

Donderdag 12 september 2019, Hotel Breukelen

Sdu oprecht
de beste
keuze

Actualiteitspecial

Personenvennootschappen en de Flex-BV*

© Sdu Opleidingen & Events, Den Haag 2019

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

Personenvennootschappen

1. J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, Hoofdstuk 2 Algemene bepalingen en interne verhoudingen, uit : Inleiding personenvennootschappen, vierde druk, Den Haag : BJU 2012	6
2. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6823	41
3. Mr. J.J.A. Hamers*, Titel 7.13BW(vennootschap); een nieuwe 'kruistocht-pro'!, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-2	44
4. Hoge Raad 's-Gravenhage 15 maart 2013, JIN 2013/91	51
5. Hoge Raad 5 november 1976 , NJ 1977, 586	68
6. Noot onder HR 15 maart 2013	75
7. Prof.mr. S.M. Bartman, Aansprakelijkheid in maatschapsverband, Ars Aequi september 2013	80
8. Hof Arnhem 15 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP9082 (Montaklus)	
9. HR 15 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 (Totaalbouw)	
10. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 (De Katterug).	
11. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745 (Alasco)	
12. Modernisering Personenvennootschappen, Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen, april 2016	85

Flex-BV

13. Kid Schwarz, Een lacune in de Geschillenregeling oude en nieuwe stijl.	213
14. Kid Schwarz, Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij beklemmende statutenwijzigingen naar komend BV recht	218
15. Kid Schwarz, De invoering van het nieuwe BV-recht en de noodzaak tot studie en aanpassing van de statuten	233
16. Kid Schwarz, Statutaire- of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van redelijkheid en billijkheid.	243
17. Kid Schwarz, Opvolging in het familiebedrijf; het nieuwe BV-recht biedt nieuwe mogelijkheden.	256
18. Gerechtshof 's-Gravenhage 7 augustus 2012, LJN: BX6974, NJ 2012, 194	257
19. Kid Schwarz en Ted Verkade, Flex-BV dwingt tot eerdere publicatie jaarrekening, Accountancynieuws 9 november 2012 nr. 20	261
20. Prof. mr. C.A. Schwarz, Vaststelling van de jaarrekening in de bv. Reparatiwet houdt de valkuil open	263
21. Prof. mr. C.A. Schwarz* en mr. dr. R.A. Wolf**, De vereenvoudigde vastgestelde jaarrekening. De gemiste kans van (het voorstel van) de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2014-1	267

Aan de deelnemers van de actualiteitspecial

Personenvennootschappen en de Flex-BV*

Geachte deelnemer,

Hierbij ontvangt u het cursusmateriaal behorende bij de actualiteitspecial 'Personenvennootschappen en de Flex-BV'.

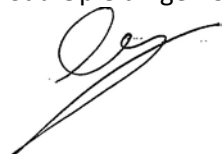
Recentelijk is een forse stroom baanbrekende rechtspraak ontstaan op het terrein van de maatschap, VOF en CV. Belangrijke vraagstukken over aansprakelijkheid, ontwikkelingen rondom interne en externe verhoudingen binnen de drie personenvennootschapsvormen en de vormgeving van samenwerkingsverbanden spelen hierbij een belangrijke rol. Verder roept het gewijzigde BV-recht in de praktijk nog steeds veel vragen op. Maar naast de haken en ogen die aan deze nieuwe rechtsvorm kleven, biedt de Flex-BV ook veel nieuwe mogelijkheden. Tijdens deze cursus wordt u op de hoogte gebracht van deze knelpunten (en hoe deze praktisch op te lossen), maar vooral ook de vele nieuwe mogelijkheden die de Flex-BV biedt.

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.

Na de cursus ontvangt u van ons een mail met daarin een link naar het digitale evaluatieformulier. Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u een moment de tijd wilt nemen om het formulier in te vullen.

Wij wensen u een plezierige en leerzame dag.

Met vriendelijke groet,
Sdu Opleidingen & Events



drs. Crescens Akkermans
Congresmanager

Programma Personenvennootschappen en de Flex-BV

09:00 – 09:30 uur

Ontvangst en registratie

09:30 – 11:00 uur

Aansprakelijkheden

- Aansprakelijkheden uit het verleden voor net toegetreden vennoten bij maatschappen, VOF's en de CV
- Persoonlijke aansprakelijkheid van commandieten
- Faillissement VOF ook faillissement vennoten?
- Aansprakelijkheden van vennoten bij onrechtmatige daad
- Consequenties voor niet bij onrechtmatige daad betrokken vennoten

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

11:00 – 11:15 uur

Pauze

11:15 – 12:45 uur

In en externe verhoudingen en samenwerkingsverbanden

- Interne en externe verhoudingen
- Keuze bepalende factoren bij vormgeving samenwerkingsverband
- Bespreken casusposities en rechtspraak

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

12:45 – 13:30 uur

Lunch

13:30 – 15:00 uur

De praktijk van de Flex-BV

- Mogelijkheden en onmogelijkheden van de Flex-BV
- Optimalisering van statutaire regelingen
- Aandeelhoudersovereenkomsten
- Standaardbesluiten

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

15:00 – 15:15 uur

Pauze

15:15 – 16:45 uur

Aandeelhouders, estate-planning en aandelenparticipaties

- Optimaliseren verhouding aandeelhouders
- Oplossen van geschillen tussen aandeelhouders
- Estate-planning
- Nieuwe mogelijkheden vormgeven aandelenparticipaties
- Verbetering traject opvolging familiebedrijf

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

Spreker

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

Hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law Rotterdam en Partner Baker Tilly Berk NV

‘Lid 1. De vennootschap bij wijze van geldschieting, anders *en commandite* genaamd, wordt aangegaan tusschen eenen persoon, of tusschen meerdere hoofdelijk verbonden vennoten, en eenen of meer andere personen als geldschietters.

Lid 2. Eene vennootschap kan alzoo te gelijker tijd zijn eene vennootschap onder eene firma, ten aanzien van de vennoten onder de firma, en eene vennootschap bij wijze van geldschieting, ten aanzien van den geldschieder.’

De wettelijke regeling van de maatschap is summier en bestaat vrijwel geheel uit bepalingen van regelend recht. Dit betekent dat de vennoten grote vrijheid hebben bij het vormgeven van het samenwerkingsverband. De inhoud van de overeenkomst van maatschap, de vormgeving en inhoud van de rechtsbetrekking tussen de vennoten zal daarom veelal worden vastgelegd in een vennootschapscontract. De mate van gedetailleerdheid van dit contract zal van samenwerkingsverband tot samenwerkingsverband verschillen en is afhankelijk van de wensen van de vennoten.

Maatschap en vennootschap kunnen worden gezien als rechtsvormen van de onderneming. In maatschapsverband zullen veelal beroepsbeoefenaars verenigd zijn, terwijl bedrijfsmatige activiteiten in de regel in vennootschapsverband worden georganiseerd. Alhoewel personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid bezitten en in het samenwerkingsverband primair de samenwerking tussen de deelnemers centraal staat, mag niet uit het oog worden verloren dat het samenwerkingsverband als een voor derden kenbare organisatie, een eenheid, deelneemt aan het economisch en rechtsverkeer. Bij de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap staat dit buiten twijfel. Zij worden immers aangegaan onder gemeenschappelijke naam en zijn verplicht zich in te schrijven in het handelsregister. Ook de openbare maatschap presenteert zich als eenheid naar derden en is sinds de inwerkingtreding van de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2008 tot inschrijving verplicht.³ Deze openbare vennootschappen hebben als het ware tot op zekere hoogte een eigen identiteit. In de jurisprudentie ziet men deze zienswijze met name terug in arresten die handelen over de vennootschap onder firma. De stille maatschap kan naar onze mening niet als kenbare organisatie worden gepresenteerd. De rechtsbetrekking tussen de deelnemers en de organisatie van deze maatschap blijven immers voor derden verborgen. Toch dient ook de stille maatschap die een onderneming drijft in de zin van de Handelsregisterwet 2007 te worden ingeschreven in het handelsregister.⁴

Het gegeven dat de personenvennootschap als organisatorisch verband naar buiten treedt, brengt met zich mee dat de overeenkomst van maatschap, de rechtsbetrekking tussen de maten, niet alleen interne gevolgen heeft. Ook de rechtsverhouding tussen de personenvennootschap, de vennoten en derden wordt mede beïnvloed door de overeenkomst tussen de deelnemers van het samenwerkingsverband.

Gezien het feit dat de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap gekwalificeerde vormen zijn van de maatschap, worden de onderlinge betrekkingen tussen de

3 Art. 5b HrgW 2007 jo. art. 17 HrgB 2008.

4 Zie nader § 2.6.3 over het handelsregister.

vennoten geregeld door de bepalingen in de negende titel van Boek 7A BW. In dit hoofdstuk zullen daarom allereerst de algemene bepalingen van de maatschap worden behandeld. Ingegaan wordt op de elementen waaruit de maatschap is opgebouwd. Daartoe geven wij een definitie van de maatschap die weliswaar ruimer is dan de wettelijke definitie in artikel 7A:1655 BW, maar die naar onze mening alle wezenlijke elementen omvat waaruit de maatschap is opgebouwd:

‘De maatschap is een overeenkomst tot samenwerking tussen twee of meer personen, die zich over en weer verplichten iets in gemeenschap te brengen, met het doel vermogensrechtelijk voordeel te behalen voor alle deelnemers door middel van de inbreng van iedere deelnemer.’

Uit deze omschrijving van het maatschapbegrip zijn de volgende elementen af te leiden: de overeenkomst, de samenwerking, de inbreng in gemeenschap en het voordeel. Deze elementen zullen hierna worden besproken.

2.2 De overeenkomst

De definitie van de maatschap zoals nu te vinden in artikel 7A:1655 BW stamt uit 1838. Uit deze definitie en haar plaats in het verbintenissenrecht⁵ blijkt dat de wetgever de maatschap destijds zag als een overeenkomst. De maatschap is een verbintenisscheppende (obligatoire), wederkerige overeenkomst, tussen twee of meer personen.

Bij de klassieke obligatoire overeenkomst is de een, de schuldenaar, verplicht tot een bepaalde prestatie tegenover de ander, de schuldeiser, die tot die bepaalde prestatie gerechtigd is. De wederkerigheid van de overeenkomst zit in het feit dat elk van de partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van een prestatie waartoe de ander zich daartegenover jegens haar verbindt (artikel 6:261 lid 1 BW). In het algemeen zal bij de wederkerige overeenkomst de zogenoemde *do ut des*-gedachte⁶ vooropstaan. De ene partij zal iets presteren met het oog op de verwachte prestatie van de andere partij.

Je sluit een overeenkomst met de academische boekhandel waarbij de boekhandel aan jou een wetboek verkoopt en zich verplicht dit boek aan jou te leveren, waartegenover jij je verplicht om tegen betaling van de koopprijs dit wetboek af te nemen. In een andere situatie ga je met de eigenaar van een studentenpand een overeenkomst aan waarbij de eigenaar aan jou voor bepaalde of onbepaalde tijd een kamer verhuurt en jij je voor de duur van de overeenkomst verplicht huurpenningen te betalen.

5 In het oude BW stond artikel 1655 in Boek 4 getiteld ‘Van verbindtenissen’; per 1 januari 1992 is dit artikel in afwachting van de nieuwe regeling van de personenvennootschap opgenomen in Boek 7A BW.

6 Letterlijke vertaling van *do ut des* is: ik geef opdat jij geeft.

In het eerste geval leidt de verbintenisscheppende wederkerige overeenkomst tot een eenmalige uitwisseling van prestaties. De relatie tussen partijen wordt beëindigd indien over en weer is gepresteerd. In het tweede geval hebben we te maken met een duurovereenkomst.

Het algemene overeenkomstenrecht is in beginsel van toepassing op de overeenkomst van maatschap.⁷ Het gegeven dat de maatschap gezien wordt als een obligatoire wederkerige overeenkomst brengt evenwel niet met zich mee dat de maatschap per definitie gelijk kan worden gesteld met iedere andere obligatoire wederkerige overeenkomst. De wederkerigheid komt bij de maatschap tot uiting doordat de ene maat iets inbrengt met het oog op de inbreng van de andere maat. Echter, de *do ut des*-gedachte gaat bij de maatschap niet zonder meer op. Hier kan in het algemeen niet gesproken worden van een eenmalige of herhaalde uitwisseling van prestaties.⁸ Hetgeen door de maten wordt ingebracht, wordt in maatschapsverband samengebracht. Het vormt een vennootschappelijke gemeenschap. Met deze inbreng in gemeenschap streven de maten vervolgens hun doel na: het door middel van samenwerking behalen van gemeenschappelijk voordeel ten behoeve van alle maten.

De maatschap kan omschreven worden als een duurovereenkomst: een overeenkomst die voortdurend verbintenissen tussen de maten doet ontstaan. Deze verbintenissen dienen in het kader te worden geplaatst van de primaire maatschapsgedachte: het op basis van ieders inbreng streven naar gemeenschappelijk voordeel door middel van samenwerking. Bij de toepassing van het algemene overeenkomstenrecht dient dan ook altijd de vraag te worden gesteld of de regeling wel kan worden toegepast vanwege het bijzondere karakter van de overeenkomst van maatschap. Immers, de maatschap is meer dan alleen een obligatoire betrekking tussen de maten. Zij is tevens het geheel van personen die in maatschapsverband samenwerken. Eerder omschreven wij dit als een eenheid die aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. Maten en maatschap mogen en kunnen evenwel niet met elkaar vereenzelvigd worden. Dat de wetgever zich bewust is geweest van het bijzondere karakter van de overeenkomst van maatschap blijkt uit het derde lid van artikel 7A:1684 BW. Daarin wordt voor de ontbinding van de maatschap bepaald dat de artikelen 6:265-279 BW niet van toepassing zijn.

De overeenkomst van maatschap wordt niet alleen beheerst door hetgeen partijen zijn overeengekomen. Partijen dienen zich zowel bij de uitvoering van de overeenkomst als ook bij onderlinge problemen te gedragen op een wijze die uit de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid voortvloeit (artikel 6:2 en 6:248 BW).⁹ In dit verband wijzen wij ook op het bepaalde in

7 De overeenkomst van maatschap zal bij meer dan twee vennoten gezien moeten worden als een meerpartijenovereenkomst. Op grond van artikel 6:213 BW zijn de bepalingen betreffende overeenkomsten niet van toepassing voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst (van vennootschap) zich daartegen verzet.

8 Zie Mohr/Meijers, p. 2: 'Bij de overeenkomst van vennootschap ligt de zaak enigszins anders. Weliswaar is ook daar sprake van wederkerigheid: ieder van de vennoten brengt iets in met het oog op de inbreng van de ander(en), maar partijen staat daarbij niet een eenmalige of herhaalde ruil voor ogen maar een bundeling van hetgeen over en weer wordt toegezegd. Zij ruilen niet: zij 'brengen' iets 'in'.

9 Vgl. art. 800 lid 2 wetsvoorstel titel 7.13 BW.

artikel 2:8 BW, dat weliswaar slechts van toepassing is voor de rechtspersonen genoemd in Boek 2 BW, maar naar onze mening analoog kan worden toegepast binnen maatschapsverhoudingen:

‘Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’

Het is zeer aan te bevelen om in de maatschapsovereenkomst bovendien voorzieningen te treffen voor oplossing van geschillen tussen de deelnemers. Een dergelijke geschillenregeling kan inhouden dat partijen zich bij verschil van mening onderwerpen aan een door een derde uit te brengen bindend advies of dat zij zich zullen neerleggen bij een uitspraak gedaan door een college van arbiters.

De maatschap is niet alleen een obligatoire en wederkerige (duur)overeenkomst, maar ook een consensuele overeenkomst. Dit wil zeggen dat de overeenkomst niet aan een bepaalde vorm is gebonden; zij is vormvrij. De uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsovereenstemming van partijen is voldoende voor het tot stand komen van de maatschap. De overeenkomst van maatschap kan zowel mondeling als schriftelijk worden gesloten. Zelfs op grond van gedragingen van partijen kan wilsovereenstemming en het bestaan van een maatschap worden aangenomen. Zie in dit verband HR 24 juni 1932 (Letterie/Holtzhuizer):¹⁰

‘[...] om op grond van de gedragingen van partijen haar wederzijdsche toestemming tot en dus het tot stand komen van de gestelde maatschap aan te nemen [...].’

In artikel 7A:1661 BW wordt bepaald dat de maatschap ontstaat, ‘begint’ zegt de wet, op het moment van het sluiten van de overeenkomst, tenzij in de overeenkomst een ander moment van ontstaan is bepaald.¹¹ Wij zijn met Maeijer¹² van mening dat voor het ontstaan van de maatschap niet vereist is dat de maten hebben ingebracht. Het volstaat dat de maten zich tot inbreng hebben verplicht.

De maatschap zal als duurovereenkomst veelal voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Het is evenwel mogelijk een maatschap voor bepaalde tijd of zelfs voor een bepaald werk aan te gaan. Bij dit laatste kan gedacht worden aan de vennootschap tussen twee bouwondernemingen aangegaan

10 NJ 1932, p. 1587. Zie ook HR 21 november 1956, NJ 1957, 524; Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, JOR 2009/315 (Dierenartsenpraktijk) en HR 2 september 2011, LJN BQ3876, JOR 2011/361 (Dierenartsenpraktijk). Zie verder Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*, nr. 28 en Mohr/Meijers, p. 12 en 13.

11 Formulier 2a (inschrijving maatschap) van de Kamer van Koophandel eist onder punt 2 dat de datum van aanvang wordt ingeschreven.

12 Asser/Maeijer 5-V, nr. 39.

met het doel om in Maastricht een tunnel te bouwen voor de autosnelweg A2. Het bestaan van de vennootschap wordt in tijd bepaald door de duur van de bouw van de tunnel. Aan het gegeven dat de maatschap is aangegaan voor een bepaalde tijd of voor een bepaald werk verbindt de wet enkele gevolgen. Zo wordt een dergelijke maatschap van rechtswege ontbonden na ommekomst van de tijd waarvoor de maatschap is aangegaan (artikel 7A:1683 sub 1 BW) en door het volbrengen van de handeling waarvoor de maatschap is overeengekomen (artikel 7A:1683 sub 2 BW). Daarnaast stelt het tweede lid van artikel 7A:1686 BW dat een maatschap die voor bepaalde tijd of voor een bepaald werk is aangegaan niet tussentijds kan worden opgezegd, tenzij anders bedongen.

Artikel 22 WvK lijkt van het beginsel van vormvrijheid af te wijken. Op grond van dit artikel moeten de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap worden aangegaan bij een authentieke of onderhandse akte. Het is evenwel niet zo dat voor het bestaan van een vennootschap een of andere akte is vereist. De akte is geen constitutief vereiste en heeft slechts een bewijsfunctie. Zie in dit verband HR 16 mei 1902 (Erwtelman/Erwtelman):¹³

‘[...] dat het ontbreken van een schriftelijke akte niet in de weg staat om zoodanige rechtsbetrekking tusschen partijen aan te nemen, omdat uit de bepaling van artikel 22 W.v.K. ‘dat het gemis eener akte aan derden niet kan worden tegengeworpen’ voortvloeit, dat die akte niet is de onmisbare voorwaarde voor het bestaan van zoodanige vennootschap; dat derhalve, indien uit de wederzijds gestelde en overeenstemmende feiten onwederlegbaar blijkt, [...], dat tusschen partijen gedurende een aantal jaren zonder eenige interruptie feitelijk bestaat eene vennootschap onder firma, dat bestaan niet door eene der partijen, [...], met goed gevolg kan worden betwist, alleen en uitsluitend op grond, dat daarvan geen schriftelijke akte is opgemaakt.’

2.3 De samenwerking

Zonder samenwerking geen maatschap. In de wettelijke omschrijving van de maatschap komen we de term ‘samenwerking’ als zodanig niet tegen. Dit is vreemd, omdat nu juist die samenwerking bepalend is voor de vraag of een overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van maatschap. De samenwerking in maatschapsverband is gebaseerd op de *affectio societatis*.¹⁴ Uit de inhoud van de overeenkomst dient duidelijk te worden dat de deelnemers de wil hebben op basis van gelijkwaardigheid met elkaar samen te werken teneinde een bepaald doel te bereiken: het behalen van gemeenschappelijk voordeel dat met elkaar gedeeld wordt. Iedere maat is gehouden tot samenwerking. Ook de maat die geen arbeid maar bijvoorbeeld alleen geld of goodwill heeft ingebracht, wordt geacht ‘samen te werken’ met de maten die alleen of onder meer arbeid inbrengen.

Ontbreekt de *affectio societatis*, dan kan niet gesproken worden van een maatschap. Het aanwezig zijn van het element van de samenwerking onderscheidt de maatschap van andere overeenkomsten zoals een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van geldlening of pacht.

13 W 7775.

14 De wil tot samenwerking als vennoten.

Als pa en zoon samenwerken op basis van een gezagsverhouding waarbij pa voortdurend de lakens - uitdeelt, is er waarschijnlijk sprake van een arbeidsovereenkomst en niet van een overeenkomst van maatschap.

De overeenkomst van maatschap is dus een overeenkomst tot samenwerking tussen de vennoten vanuit een min of meer gelijkwaardige positie. Dit laatste brengt met zich dat tussen de maten geen verhouding van ondergeschiktheid mag bestaan. Hierdoor onderscheidt de overeenkomst van maatschap zich van de arbeidsovereenkomst.¹⁵ Dit brengt overigens niet met zich dat derden niet in een arbeidsrechtelijke relatie tot de vennootschap kunnen staan. De werknemers van de vennootschap hebben in dat geval een arbeidsovereenkomst met de vennoten gezamenlijk, in hun vennootschappelijk verband. Het samenwerken op basis van een min of meer gelijkwaardige positie wil overigens niet zeggen dat er volstrekte gelijkwaardigheid tussen de maten moet bestaan. Het feit dat in een maatschap onderscheid wordt gemaakt tussen senior en junior vennoten of het gegeven dat niet alle vennoten gelijkkelijk delen in de winst, leidt er niet toe dat daardoor niet voldaan wordt aan de wettelijke omschrijving van het begrip maatschap.¹⁶

Indien pa op verzoek van zijn zoon een bepaalde geldsom steekt in de onderneming die door zoonlief is opgestart en waarin zoonlief werkzaam is, terwijl pa noch zoon de bedoeling hebben om met die inbreng op basis van samenwerking gezamenlijk voordeel te behalen, kan niet gesproken worden van een maatschap. Er is sprake van een overeenkomst tot geldlening.

Stelt pa tegen vergoeding een stuk land ter beschikking aan zijn dochter die daarop een kudde schapen laat grazen en ontbreekt de wil tot samenwerking met het doel voordeel te behalen dat door beiden wordt gedeeld, dan is er sprake van pacht en niet van een maatschap.

De overeenkomst van maatschap dient eveneens te worden onderscheiden van de participatieovereenkomst, de kartelovereenkomst en de pool- of potovereenkomst.¹⁷ Een participatieovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij deelt in de winst van de ander. Bij een dergelijke overeenkomst is geen sprake van een door samenwerking tussen vennoten te bereiken gemeenschappelijk doel. Immers, de wederpartij blijft zelfstandig haar doel nastreven, al moet zij van de winst een deel afstaan.

Een kartelovereenkomst die uitsluitend verplicht tot het nalaten van concurrerende handelingen, kan ook niet als een vennootschap worden aangemerkt. Het gaat hier immers om een enkele verplichting

15 Vgl. art. 800 lid 3 wetsvoorstel titel 7.13 BW.

16 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 9.

17 Asser/Maeijer 5-V, nr. 34.

om niet te doen en dit is niet een prestatie die voor inbreng vatbaar is. Dientengevolge wordt bij deze overeenkomst niet voldaan aan het vereiste dat iedere vennoot gehouden is tot inbreng.

Ook een pool- of potovereenkomst kan niet als een vennootschap worden beschouwd. Deze overeenkomst verplicht ieder van de deelnemers inkomsten in een pot te storten, iedere deelnemer brengt dus iets in, maar de bedoeling is niet met het aldus gevormde vermogen te gaan handelen om daarmee voordeel te behalen. Immers, het doel van de pool- of potovereenkomst is het aldus vergaarde vermogen onderling te verdelen.

Aangezien het samenwerkingsverband wordt aangegaan met het oog op de kwaliteiten van de deelnemende partijen – men zegt wel dat de maatschap *intuitu personae* wordt aangegaan – zijn maatschappen persoonsgebonden. De maten kunnen hun rechtspositie zoals die door het maatschapscontract wordt bepaald niet zonder medewerking van de andere vennoten aan een ander overdragen.¹⁸ Het persoonsgebonden karakter van de maatschap vloeit ook voort uit artikel 7A:1683 sub 4 BW. Een maatschap wordt ontbonden door de dood of de curatele van een van de maten. Het samenwerkingsverband eindigt bovendien wanneer een van de maten in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard.¹⁹

2.4 De inbreng in gemeenschap

2.4.1 Algemeen

De maatschap is een overeenkomst waarbij maten zich verbinden tot samenwerking. Deze samenwerking krijgt gestalte doordat de maten zich jegens elkaar verbinden om iets in gemeenschap te brengen. Aan het eind van deze paragraaf (§ 2.4.5) gaan wij nader in op het begrip gemeenschap. Het begrip zal nogmaals centraal staan in § 4.4. Daar zal met name worden ingegaan op de vraag of de vermogensgemeenschap bij de personenvennootschappen het karakter draagt van een afgescheiden vermogen: een vermogen dat losstaat van de vermogens van de afzonderlijke vennoten in privé.

Zoals reeds eerder werd opgemerkt, is het doel van de maatschap op basis van inbreng vermogensrechtelijk voordeel te behalen teneinde dat gezamenlijk te delen. Iedere maat is tot inbreng verplicht. Deze inbreng dient een positieve te zijn in die zin dat de inbreng een werkelijke bijdrage levert aan het bereiken van het maatschapsdoel. Indien een vennoot zich slechts verbindt tot een negatieve prestatie, wordt niet voldaan aan het vereiste van samenwerking.²⁰ Inbrengen is

18 Zie voor het antwoord op de vraag of en onder welke omstandigheden vennoten hun deelneming in het samenwerkingsverband aan derden kunnen overdragen § 6.6.

19 Zie § 5.2.5.

20 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 12 (n.a.v. artikel 800 lid 1 Wetsvoorstel titel 7.13 BW).

het ter beschikking stellen van goederen of diensten (arbeid) ten behoeve van de samenwerking. Zie in dit verband HR 24 januari 1947 (Rouma/Levelt):²¹ voor het begrip ‘inbrengen’ is kenmerkend het doel van de inbrenger middelen te verschaffen ten dienste van het gemeenschappelijk winstdoel. De Hoge Raad overweegt op dit punt als volgt:

‘[...] dat het B.W. in de artt. 1655 en volgende als een vereischte der overeenkomst van maatschap stellende, dat ieder der vennoten iets in gemeenschap moet brengen, daarbij doet uitkomen, dat dit in gemeenschap brengen door de vennoten geschiedt ‘met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen’; dat derhalve voor het begrip inbrengen (van geld of andere goederen of nijverheid) in een maatschap (iets in gemeenschap brengen), in de zin der wet, kenmerkend is het doel van den inbrenger middelen te verschaffen ten dienste van het gemeenschappelijk winstdoel; dat bij de vorming van een gemeenschappelijk vermogen uit de vermogensbijdragen der vennoten zulks dan ook geschiedt teneinde kapitaal ter beschikking te stellen benodigd voor de verwezenlijking van het vennootschapsdoel [...].’

De inbreng behoort economisch gezien als actief tot het vermogen van de vennootschap. Het bijeengebrachte vermogen mag gedurende het bestaan van de vennootschap uitsluitend worden aangewend ter bereiking van het doel van die vennootschap.

De inbreng waartoe iedere vennoot verplicht is, bestaat uit het ten behoeve van de samenwerking leveren van een prestatie, in het bijzonder uit het ter beschikking stellen van geld, goederen, genot van goederen of arbeid. Het begrip goed wordt in dit kader ruimer opgevat dan het begrip ‘goederen’ in de zin van artikel 3:1 BW. Goodwill en knowhow kunnen ook worden ingebracht.

Niet vereist is dat de vennoten bij het aangaan van de overeenkomst van vennootschap al daadwerkelijk iets inbrengen. Het gaat erom dat de vennoten zich tot inbreng verplichten. Uit de overeenkomst of de aard van de inbreng kan voortvloeien dat de nakoming van de inbrengverplichting niet meteen hoeft te geschieden. Iedere vennoot kan door zijn medevennoten worden aangesproken tot nakoming van de inbrengverplichting. Tegenover de verplichting tot inbreng staat het recht van eenieder te delen in het voordeel dat met die inbreng wordt behaald: de opbrengst van het samenwerkingsverband.

Men kan zich de vraag stellen of de vennoten, als gevolg van de door de inbreng van goederen ontstane gemeenschap, ieder gerechtigd worden tot een evenredig deel van de waarde van het ingebrachte vermogen. Stel dat vennoot A in de tussen hem en B bestaande maatschap een huis inbrengt ter waarde van € 200.000. Wordt B dan, aangenomen dat A zowel als B recht heeft op de helft van de door de maatschap gemaakte winst, gerechtigd tot de helft van de *waarde* van het huis? Door het ter beschikking stellen van middelen aan de maatschap wordt uitdrukkelijk geen vermogensverschuiving tussen de vennoten onderling beoogd. Inbreng van een goed wil dus geenszins zeggen dat de inbrenger zijn recht op de vermogenswaarde van het ingebrachte goed verliest. Tenzij anders is overeengekomen, zal na de ontbinding van de maatschap iedereen zijn inbreng of de gekapitaliseerde waarde daarvan terugkrijgen. De Hoge Raad heeft dit bepaald in het

21 NJ 1947/71. Zie ook HR 7 december 1955, NJ 1956/163.

eerdergenoemde arrest van 24 januari 1947 (Rouma-/Levelt).²² Het volgende citaat is afkomstig uit de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest:

‘dat aan den inbreng, als grond voor zoodanig gemeenschappelijk maken van de vermogensbijdragen, vreemd is het oogmerk een vermogensverschuiving tusschen de vennoten te weeg te brengen door, langs den weg der gevormde vermogensgemeenschap, een deel van het vermogen van den eenen vennoot op den anderen te doen overgaan; dat overbrenging van vermogensbestanddeelen uit het bijzonder vermogen van een vennoot in den mede-eigendom der gezamenlijke vennoten in hare gevolgen bepaald wordt door haar bijzonder doel; dat voor dit doel slechts noodig is, dat door het doen overgaan der bijgedragen gelden of goederen in een vermogensgemeenschap, de gezamenlijke vennoten den mede-eigendom daarvan verwerven met de bijzondere bestemming deze ten behoeve van de vennootschap aan te wenden, zoodat daarover voor den duur der maatschap, en wel uitsluitend ter verwezenlijking harer doeleinden, mag worden beschikt; dat dit geenszins insluit, en opdat de bijeengebrachte gelden en goederen hun rol als inbreng kunnen vervullen ook onnoodig is, dat door den inbrengenden vennoot aan de gezamenlijke vennoten tevens wordt prijsgegeven zijn recht op de vermogenswaarde, welke zijn bijdrage vertegenwoordigt; dat daarom – tenzij anders mocht zijn overeengekomen – de vennoot die, met de bijzondere bestemming den inbreng eigen, geld of goederen afstaat in den mede-eigendom der vennoten, het recht behoudt op de vermogenswaarde van het ingebrachte, zoodat hij in geval van vereffening der maatschap, een vorderingsrecht heeft tot terugbetaling van het bedrag daarvan, voorzoover dit niet door zijn aandeel in het verlies der maatschap mocht zijn opgeteerd [...].’

De gerechtigdheid tot de *waarde* van het huis moet worden onderscheiden van de *goederenrechtelijke* gerechtigdheid tot het huis. Tenzij bij de inbreng van het pand anders overeengekomen, worden de vennoten voor een gelijk deel gerechtigd tot het ingebrachte goed. Ter onderscheiding van de goederenrechtelijke aanspraak wordt de gerechtigdheid van een vennoot tot de waarde van het ingebrachte goed aangeduid met de term *economische deelgerechtigdheid*. Deze economische deelgerechtigdheid is de obligatoire aanspraak van de vennoot tegenover zijn medevennoten. De grootte van deze aanspraak wordt meestal door de vennootschapsovereenkomst bepaald en hangt dan veelal af van de inbreng en de regeling omtrent winst- en verliesverdeling.²³

2.4.2 Inbreng in de praktijk

Hoe werkt inbreng nu in de praktijk? Tussen de maten en de maatschap bestaat een zogenoemde rekening-courantverhouding²⁴ in de zin van artikel 6:140 BW. De inbreng van de individuele vennoten wordt, naast de andere financiële rechten en verplichtingen tussen maten en maatschap, in deze

22 NJ 1947/71.

23 Asser/Maeijer 5-V, nr. 155 e.v. Zie ook § 6.5.

24 Een rekening-courantverhouding houdt in dat partijen overeenkomen dat hun onderlinge vorderingen niet afzonderlijk afgerekend zullen worden en dat alleen het saldo verschuldigd zal zijn. Er vindt continu verrekening plaats. Zie F.H.J. Mijnsen, De rekening-courantverhouding, vierde druk, Deventer 2010, p. 1.

rekening-courantverhouding opgenomen. Men noemt een dergelijke rekening-courantverhouding een kapitaalrekening.

Ook boekhoudkundig zal een en ander worden verwerkt. Aan de activakant van de balans van de maatschap zal de waarde van het door de vennoot ingebrachte goed verschijnen. De vordering die de inbrengende vennoot heeft ter grootte van de vermogenswaarde van het door hem ingebrachte goed zal op de passiefzijde van de balans tot uitdrukking komen. Op de kapitaalrekening van de inbrengende vennoot zal het bedrag gelijk aan de vermogenswaarde van het ingebrachte goed ten tijde van de inbreng worden gecrediteerd.

2.4.3 Wat kan worden ingebracht?

Het eerste lid van artikel 7A:1662 BW bepaalt waaruit de inbreng kan bestaan. De inbreng bestaat uit het ten behoeve van de samenwerking leveren van een prestatie, in het bijzonder uit het ter beschikking stellen van geld, goederen (zaken en vermogensrechten: vorderingen en rechten op voortbrengselen van de menselijke geest), genot van zaken en vermogensrechten of arbeid. Ook een relatienetwerk, een klantenbestand, knowhow en goodwill zijn voor inbreng vatbaar.

Wat betekent 'inbreng van arbeid'? Indien een vennoot overeenkomt arbeid in te brengen wil dit zeggen dat hij zich verbindt en verplicht arbeid die door hem nu en in de toekomst wordt verricht ten dienste te stellen van de realisering van het aan het samenwerkingsverband ten grondslag liggende doel: het behalen van gemeenschappelijk voordeel. De redelijkheid en billijkheid brengen mee dat een vennoot niet met zijn vennootschap in concurrentie mag treden. Hij mag niet, zonder medeweten en toestemming van zijn medematen, elders en ten behoeve van anderen werkzaamheden verrichten op het vlak waarop ook de vennootschap actief is. Schendt de vennoot dit beginsel en treedt hij in concurrentie met de vennootschap, dan zal hij aangesproken kunnen worden tot vergoeding van de schade die de maatschap ten gevolge van het concurrerende gedrag lijdt. In dit verband kan gewezen worden op HR 10 februari 1921 (Brouwer/Fa. de Leeuw en Brouwer):²⁵

'dat [...] het strijdig is met de goede trouw, ook door een vennoot tegenover zijne medevennoten in acht te nemen, en niet overeen te brengen met de door hem aanvaarde verplichting om zijn arbeid en vlijt tot bevordering van het doel der vennootschap aan te wenden, dat een lid eener firma aan de vennootschap concurrentie aandoet [...].'

Deze uitspraak werd bevestigd in HR 19 oktober 1990 (Akkoca).²⁶ In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

²⁵ NJ 1921, p. 409.

²⁶ NJ 1991/21.

‘Vooropgesteld moet worden dat, behoudens omstandigheden waaruit het tegendeel blijkt, in de regel ervan moet worden uitgegaan dat degene die een v.o.f. aangaat de vennootschap geen concurrentie mag aandoen, omdat zulks strijdig moet worden geacht met de verplichting van een vennoot om zich in te zetten voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap en met de goede trouw welke hij daarbij jegens de overige vennoten in acht behoort te nemen.’

Mohr²⁷ werpt de interessante vraag op of het mogelijk is dat geen van de vennoten arbeid in gemeenschap brengt. Hij is van oordeel dat dit inderdaad tot de mogelijkheden behoort en beantwoordt de vraag bevestigend. Wij onderschrijven deze visie. Inbreng kan (aldus artikel 7A:1662 BW) bestaan uit geld, (genot van) goederen of arbeid. Daarnaast, zo zagen wij, kunnen ook andere vermogensbestanddelen worden ingebracht. Het hoeft niet per definitie zo te zijn dat in iedere maatschapsvorm steeds zowel geld, goederen als arbeid worden ingebracht. In de praktijk zal het tegendeel eerder het geval zijn. Inbreng van arbeid zal in de regel steeds plaatsvinden. Maar denkbaar is natuurlijk ook de situatie waarin twee of meer vennoten een overeenkomst aangaan waarbij alleen geld in gemeenschap wordt gebracht. Met dit aan de vennootschap ter beschikking gestelde vermogen worden vervolgens arbeidskrachten in dienst genomen die ten behoeve van de vennootschap arbeid gaan verrichten. De vennoten zullen dan in onderling overleg het beleid van de vennootschap bepalen, welk beleid vervolgens door de werknemers wordt uitgevoerd teneinde het vennootschapsdoel, met gebruikmaking van de inbreng van de vennoten, te bereiken.

2.4.4 Op welke wijze kan worden ingebracht?

Naast arbeid en geld kunnen als gezegd ook goederen en het genot daarvan worden ingebracht. De vraag die zich vervolgens aandient, is op welke wijze goederen kunnen worden ingebracht? Wij onderscheiden hierbij drie verschillende inbrengmodaliteiten. Deze zullen aan de hand van het volgende voorbeeld worden toegelicht. Tevens zal stil worden gestaan bij de gevolgen die de verschillende inbrengvormen hebben voor het antwoord op de vraag bij wie het risico ligt voor teloorgang van het ingebrachte goed ten tijde van het bestaan van de vennootschap en voor de mogelijkheid tot verrekening van de veranderingen in de waarde van het ingebrachte goed die kunnen optreden tussen het moment van inbreng van het goed en het moment waarop de vennootschap ontbonden wordt of een vennoot uittreedt.

X, Y en Z zijn voornemens tezamen een juridisch en bestuurskundig adviesbureau te beginnen in vennootschapsverband onder de welluidende naam Jur&Best Maastricht. X is een echte strateeg: hij heeft naast juridisch en commercieel inzicht eveneens een enorm gevoel voor marketing. Daarnaast heeft hij reeds een aardig klantenbestand opgebouwd gedurende zijn werkzaamheden als zelfstandig juridisch adviseur. Hij is voornemens om naast arbeid en vlijt, zijn clientèle in gemeenschap te brengen.

Y is juriste en bezit een prachtig en met name groot herenhuis in de binnenstad van Maastricht. Haar voorstel is dat de vennootschap in haar huis kantoor gaat houden. Zij zegt toe naast arbeid ook het huis in gemeenschap te brengen.

27 Mohr/Meijers, p. 46.

Z, de bestuurskundige van het drietal, zegt toe een aantal computers in gemeenschap te brengen ten behoeve van de gezamenlijke samenwerking. Bovendien brengt ook hij arbeid in.

Laten we nu bezien op welke manieren de inbreng van de afzonderlijke vennoten kan worden gerealiseerd. Zoals gezegd, bespreken we drie afzonderlijke inbrengvormen. Allereerst zullen wij de inbreng van eigendom bezien, vervolgens zal de inbreng van genot worden besproken en ten slotte wordt de economische inbreng aan de orde gesteld.

2.4.4.1 Het goed wordt juridisch overgedragen (inbreng van eigendom)

Is in de overeenkomst niets anders bepaald dan dat vennoten verplicht zijn een goed in te brengen, dan zal inbreng door middel van overdracht van de juridische eigendom bedoeld zijn. Het goed wordt overgedragen aan de vennootschap, hetgeen wil zeggen dat overdracht aan de gezamenlijke vennoten moet plaatsvinden (artikel 3:84 BW). Door deze overdracht worden de vennoten gezamenlijk eigenaar van het goed. Wij noemen dat een gemeenschap in de zin van artikel 3:166 BW, hoewel dit artikel niet rechtstreeks van toepassing is (artikel 3:189 lid 1 BW). Voor deze overdracht is een levering nodig krachtens geldige titel en moeten de leveringsformaliteiten in acht worden genomen die voor de betreffende goederen gelden. De titel voor de levering is de inbrengverplichting voortvloeiend uit de vennootschapsovereenkomst.

Zoals gezegd is de term 'goed' in artikel 7A:1662 BW ruimer dan in artikel 3:1 BW. Al hetgeen naar economische maatstaven waardeerbaar is, kan dienen als inbreng. Ook een relatienetwerk, een klantenbestand, knowhow en goodwill zijn voor inbreng vatbaar, hoewel dit geen goederen zijn in de zin van artikel 3:1 BW.²⁸ De inbreng van deze goederen die geen goederen zijn in de zin van artikel 3:1 BW, is dan ook geen overdracht van een goed in de zin van artikel 3:84 BW; het is een puur verbintenissenrechtelijke aangelegenheid.

Inbreng in een vennootschap brengt overigens niet overdracht van het gehele goed mee, maar uitsluitend overdracht van één of meerdere onverdeelde aandelen in het betreffende goed. Bij een vennootschap bestaande uit drie personen zal de inbrenger twee onverdeelde aandelen van 1/3 overdragen aan zijn medevennoten.²⁹ Hij kan niet het gehele goed overdragen, aangezien hij dan 1/3 deel aan zichzelf zou overdragen. Voor de overdracht van een aandeel in een goed gelden de algemene eisen van artikel 3:84 BW: levering krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde persoon. Op grond van artikel 3:96 BW gelden voor de levering van een aandeel in een goed de regels die voor levering van het goed gelden. Dit houdt in dat de leveringsformaliteiten van het betreffende goed in acht moeten worden genomen. De aandelen in de onroerende zaak zullen ex artikel 3:84 jo. artikel 3:89 BW worden geleverd door middel van een notariële akte van transport gevolgd door een inschrijving in de openbare registers. De aandelen in computers worden geleverd door middel van bezitsverschaffing (artikel 3:84 jo. artikel 3:90 BW).

Het gevolg van de inbreng van juridische eigendom is dat de gezamenlijke vennoten eigenaar worden en dat het risico voor het tenietgaan van het goed en veranderingen in de waarde van het

²⁸ Pitlo/Reehuis, nr. 9 en 101. Uit HR 31 mei 2002, NJ 2003/342 lijkt te volgen dat zogenoemde 'onbelichaamde' goodwill, dat wil zeggen goodwill die niet tot uitdrukking komt in waardeverhoging van goederen, een goed is in de zin van artikel 3:1 BW mits hij te gelde kan worden gemaakt, bijvoorbeeld door overdracht.

²⁹ De inbrengende vennoot kan bij de levering bepalen dat de breukdelen van de vennoten niet even groot zijn.

ingebrachte gedurende het bestaan van de vennootschap voor rekening van de gezamenlijke vennoten komen. Eerder werd opgemerkt dat inbreng niets anders betekent dan dat het goed ter beschikking van de vennootschap wordt gesteld teneinde een gemeenschappelijk vermogen te vormen dat wordt aangewend ter verwezenlijking van het vennootschapsdoel. Na ontbinding van de vennootschap kan het ingebrachte goed door middel van overdracht terugkeren in het vermogen van de oorspronkelijke inbrenger of diens rechtsopvolger(s).³⁰ Kan overdracht van het ingebrachte goed niet meer plaatsvinden, dan heeft de inbrenger recht op uitkering van de vermogenswaarde van het ingebrachte goed. Deze waarde kan worden uitgekeerd door overdracht van goederen of door betaling van geld.³¹ Tussen vennootschap en inbrenger dienen waardeveranderingen te worden verrekend.

Stel dat het huis dat door Y wordt ingebracht een waarde heeft van € 200.000 en de computers van Z een waarde vertegenwoordigen van € 10.000. Bij ontbinding van de vennootschap is een winst behaald van € 30.000. De waarde van het huis is met 20% gestegen en de restwaarde van de computers is nihil. Het totale resultaat van de vennootschap bedraagt dan € 60.000 [€ 30.000 (winst) + € 40.000 (waardestijging van het huis) - € 10.000 (afgeschreven computers)]. Indien we ervan uitgaan dat alle vennoten gelijkelijk gerechtigd zijn tot de winst, dus recht hebben op € 20.000 elk, betekent dit dat X € 20.000 ontvangt, Y krijgt een bedrag van € 220.000 en Z kan aanspraak maken op een bedrag van € 30.000.

2.4.4.2 Van het goed wordt slechts het genot ingebracht (inbreng van genot)

Als slechts het genot van een goed wordt ingebracht, leidt dit niet tot het verkrijgen van eigendom van dat goed door de gezamenlijke vennoten. Het betekent evenwel niet dat er geen gemeenschap ontstaat in de zin van artikel 3:166 BW. Immers, het recht op genot van een goed is een vermogensrecht. Wordt dit recht op het genot van een goed ingebracht, dan gaat dit recht behoren tot de gemeenschap waartoe de gezamenlijke vennoten gerechtigd zijn.

Stel dat Z de aan hem toebehorende computers niet in eigendom overdraagt aan de vennootschap, maar zich verbindt tot inbreng van het recht op genot van deze computers. De eigendom blijft berusten bij Z, terwijl de gezamenlijke vennoten een rechtens afdwingbaar gebruiksrecht hebben op de computers van Z. Hetzelfde geldt voor de inbreng van het genot van Y's huis.

Bedenk overigens dat het verhuren van de computers of het huis aan de vennootschap niet leidt tot inbreng in gemeenschap. Hier kan gesproken worden van het leveren van een prestatie (het verhuren van de goederen) en het ontvangen van een tegenprestatie van de vennootschap (het ontvangen van de huurpenningen). Van inbreng kan niet gesproken worden daar het element van het afstand doen ten behoeve van de gemeenschap niet kan worden waargenomen. Kortom, voor zover tegenover het verschaffen van genot een tegenprestatie staat, kan het verschaffen van genot niet worden gezien als een inbreng.

³⁰ Als na ontbinding direct een nieuwe vennootschap wordt opgericht, zal, net als bij het voortzetten van de vennootschap na uittreding van een van de vennoten, de uittreder vaak geen recht hebben op het terugkrijgen van het goed zelf. De redelijkheid en billijkheid zullen meestal eisen dat hij genoeg neemt met de waarde van het goed.

³¹ Vgl. artikel 830 lid 3 wetsvoorstel titel 7.13 BW.

Bij inbreng van het recht op genot van een goed gaat de waarde van het goed niet tot het vermogen van de vennootschap behoren. De waarde komt dan ook niet tot uitdrukking in de balans van de vennootschap. Wordt het genot van een goed ingebracht, dan komen risico en waardeveranderingen uitsluitend voor rekening van de inbrengende vennoot.

Bij ontbinding van de vennootschap eindigt ook de verplichting om het genot van het goed ter beschikking van de vennootschap te stellen. Verrekening van waardeveranderingen is hier niet nodig, daar deze veranderingen voor rekening komen van de inbrenger en het resultaat van de vennootschap in generlei zin beïnvloeden of beïnvloed hebben.

Uitgaande van het hiervoor geschetste voorbeeld betekent een en ander dat stijging of vermindering van de waarde van de ingebrachte goederen ten tijde van het bestaan van de vennootschap geen gevolg heeft voor de winst van de vennootschap en dat deze op € 30.000 blijft staan. Bij gelijke gerechtigdheid tot de winst ontvangen X, Y en Z elk € 10.000.

2.4.4.3 Het goed wordt economisch ingebracht (inbreng van economische eigendom)³²

Wanneer het goed economisch wordt ingebracht, zien wij een combinatie van de gevolgen van inbreng van eigendom en inbreng van genot. De juridische eigendom van het ingebrachte blijft, net als bij inbreng van genot, bij de inbrenger-eigenaar van het goed; het risico en de veranderingen in de waarde van het goed komen echter voor rekening van de vennootschap. De waarde van het ingebrachte goed verschijnt op de activazijde van de balans en op de passivazijde wordt de inbrengende vennoot voor de ingebrachte waarde gecrediteerd op zijn kapitaalrekening. Dat deze vorm van inbreng ook in de jurisprudentie is aanvaard, blijkt uit HR 29 oktober 1952.³³

‘[...] dat de omstandigheid, dat een goed eigendom is van den één, niet uitsluit, dat, economisch gezien, het belang daarbij een ander kan aangaan, alsmede dat het inbrengen van enig goed in een vennootschap aldus kan geschieden, dat het betrokken goed eigendom van den inbrenger blijft, doch de waarde daarvan tot het bedrijfsvermogen van de vennootschap gaat behoren, zodat de waardevermeerdering of de waardevermindering daarvan voor rekening van de vennootschap komt [...]’

Na ontbinding van de vennootschap kan de inbrenger weer vrijelijk beschikken over het goed en dient bovendien tussen hem en de vennootschap verrekening plaats te vinden over het verschil van de waarde van het goed ten tijde van de inbreng en de waarde die het goed vertegenwoordigt bij het einde van het samenwerkingsverband. Zie in dit kader ook het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2010³⁴ waarin de vraag werd beantwoord welk moment als peildatum moet worden genomen voor de verrekening van waardeverschillen van goederen waarvan de economische eigendom in gemeenschap is gebracht. De HR overweegt:

“Indien partijen niet anders zijn overeengekomen, moet in het licht van de wettelijke regeling van de

32 Zie voor het begrip ‘economische eigendom’ HR 5 maart 2004, NJ 2004/316 (Vagobel/Geldnet), waar de Hoge Raad in r.o. 3.3.1 het volgende overweegt: ‘Aan dit een en ander doet niet af dat Onniré wel economisch eigenaar van het pand is geweest, nu economische eigendom geen eigendom is en met dit begrip slechts wordt bedoeld op het bestaan van een aantal verbintenissenrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak, die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben.’

33 NJ 1953/557. Zie ook HR 9 april 2010, JOR 2010/222, met noot J.M. Blanco Fernández (Staal/Van Slochteren)

34 JOR 2010/222, met noot J.M. Blanco Fernández (Staal/Van Slochteren)

maatschap worden aangenomen dat een inbreng op deze voet [inbreng van economische eigendom; *JH&LvV*] is geschied voor de periode gedurende welke het doel van de maatschap (het behalen van voordeel; art. 7A:1655 BW) wordt nagestreefd, derhalve tot de ontbinding van de maatschap. Door de inbreng van de economische eigendom van het goed gaat dit goed niet behoren aan de maten gezamenlijk. Het valt derhalve niet in een gemeenschap zoals bedoeld in art. 3:166 BW. Wel zal in het kader van de vereffening de eventuele waardevermeerdering of -vermindering tussen de voormalige maten moeten worden verrekend in overeenstemming met hetgeen zij zijn overeengekomen ten aanzien van de verdeling van door de maatschap behaalde winst of gelden verlies.”

Het moment van de ontbinding van de maatschap is dus het peilmoment waarop waardeveranderingen gemeten worden

Keren wij nog eenmaal terug naar het voorbeeld van de vennootschap Jur&Best Maastricht. Y en Z brengen de economische eigendom van het huis respectievelijk de computers in. Waardestijging en -vermindering komen voor rekening van de vennootschap en beïnvloeden het vennootschapsresultaat. Uitgaande van de gegeven winst, fluctuaties in waarde van de ingebrachte goederen en gerechtigdheid tot de winst van de vennootschap betekent dit dat X € 20.000, Y € 20.000 en Z € 20.000 ontvangt.

2.4.5 Inbreng in gemeenschap

In artikel 7A:1655 BW wordt bepaald dat de maatschap een overeenkomst is waarbij twee of meer personen zich verbinden iets in gemeenschap te brengen. Op deze plaats zullen wij slechts kort en in het algemeen ingaan op het fenomeen gemeenschap. Alle goederen die door de vennoten zijn ingebracht, vormen een goederenrechtelijke gemeenschap tussen de vennoten (3:166). Aangezien de personenvennootschappen geen rechtspersoonlijkheid hebben, behoren de goederen niet tot aan de vennootschap maar aan de vennoten.³⁵ Uitgebreid komt deze materie aan de orde in § 4.4 en 4.5. Daar zal met name de vraag centraal staan naar het karakter van de gemeenschap bij de verschillende maatschapsvarianten, namelijk de vraag of deze maatschapsvormen een afgescheiden vermogen hebben en de betekenis van het antwoord op deze vraag voor vennoten en derden. Op deze plaats behandelen wij de gebondenheid van de gemeenschap en bespreken wij de gevolgen van deze gebondenheid voor de vennoten.

Eerder merkten we op dat wanneer maten iets inbrengen in de zin van afstaan ten behoeve van het gemeenschappelijke maatschapsdoel er steeds een gemeenschap in de zin van artikel 3:166 BW ontstaat. Dit gegeven brengt evenwel niet met zich mee dat ook de gemeenschapstitel (titel 7) van Boek 3 BW van toepassing is op de gemeenschap van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap. Immers, in artikel 3:189 lid 1 BW lezen wij:

‘De bepalingen van deze titel gelden niet voor [...] maatschap, vennootschap [...], zolang zij niet ontbonden zijn.’

35 Nr. 2.2-2.5 van de conclusie AG Rank-Berenschot bij HR 13 februari 2009, LJN: BG 7409.

Tijdens het bestaan van de maatschap wordt de gemeenschap dus beheerst door regels van vennootschapsrecht en niet door de bepalingen van de gemeenschapstitel.

2.4.6 De gebonden gemeenschap

Behandelen wij thans de vraag of de goederenrechtelijke gemeenschap een vrije dan wel gebonden gemeenschap is.³⁶ Algemeen aanvaard is de stelling dat hetgeen door de vennoten wordt ingebracht uitsluitend mag worden aangewend ter verwezenlijking van het gemeenschappelijke doel. Het verschil tussen een gebonden en een vrije gemeenschap wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de deelgenoten in die gemeenschap enkel tot elkaar staan in een verhouding van medegerechtigden tot de gemeenschapsgoederen of dat de verhouding tussen hen meer omvat. Bij de vennootschap bestaat dit meerdere in de samenwerking tussen de vennoten en de regeling omtrent gebruik en beheer van het vennootschapsvermogen. Deze band tussen de vennoten brengt mee dat de individuele vennoten niet bevoegd zijn over hun aandeel in de gemeenschap of hun aandeel in specifieke goederen van de gemeenschap te beschikken. Hieruit volgt dat ook schuldeisers van een individuele vennoot geen verhaal kunnen nemen op (goederen uit) de gemeenschap, zolang de vennootschap bestaat. Een dergelijke gemeenschap heet daarom *'gebonden gemeenschap'*. Deze beperking van de beschikkingsbevoegdheid vloeit voort uit de aard van de overeenkomst van vennootschap. Uitgegaan dient te worden van de opvatting dat vennoten niet, althans niet zonder toestemming van de gezamenlijke vennoten, vrij kunnen beschikken over tot de gemeenschap behorende goederen. De vennoten zijn tevens onbevoegd om tijdens het bestaan van de vennootschap verdeling van de gemeenschap te vorderen. Zie in dit verband HR 17 december 1993 (Van den Broeke/Van der Linden).³⁷

'De in een vennootschap onder firma ingebrachte goederen vormen een gebonden gemeenschap; zij zijn bestemd om te worden aangewend tot het bereiken van het doel der vennootschap. Een vennoot kan tijdens de duur der vennootschap niet vrijelijk beschikken over zijn aandeel in die goederen en evenmin aanspraak maken op een uitkering ten laste van het vennootschapsvermogen voor zover een dergelijke aanspraak niet uit het vennootschapscontract of een in overeenstemming daarmee genomen besluit voortvloeit. Voorts vormen de goederen van de vennootschap een afgescheiden vermogen dat dient als verhaalsobject voor de schuldeisers van de vennootschap.'

De beschikkingsgebondenheid van de gemeenschap ziet vanzelfsprekend alleen op de vermogensbestanddelen die tot de goederenrechtelijke gemeenschap behoren. Het geldt niet voor die goederen waarvan de inbrengende vennoot slechts het genot of de economische eigendom heeft ingebracht. Het staat hem vrij over deze goederen te beschikken mits hij ervoor zorgt dat de vennootschap het genot of gebruik van het goed kan behouden. Mohr³⁸ spreekt in dit verband van een obligatoire gehoudenheid ten opzichte van de overige vennoten. Vervreemdt of bezwaart een

36 Zie nader § 4.2.

37 NJ 1994/301.

38 Mohr/Meijers, p. 55.

vennoot een door hem in genot ingebracht goed zonder dat hij waarborgt dat de vennootschap, na overdracht of bezwaring, het goed kan blijven gebruiken, dan pleegt hij wanprestatie ten opzichte van de overige vennoten.

2.5 *Het voordeel (verlies) en de verdeling daarvan*

2.5.1 Algemeen

Het doel van de samenwerking is het verdelen van het uit de samenwerking voortvloeiende vermogensrechtelijke voordeel. Van voordeel kan gesproken worden indien de vennoten ten gevolge van hun samenwerking er beter, of in ieder geval minder slecht, voor komen te staan dan zonder die samenwerking het geval zou zijn geweest. Dit voordeel kan bestaan uit winst die door de maatschap wordt behaald, alsook in het versleutelen van de kostenbesparing die wordt veroorzaakt door samenwerking in vennootschapsverband. Men denke hier bijvoorbeeld aan een maatschap tussen twee advocatenkantoren, waarbij het voordeel ligt in besparing op overhead als huisvestingskosten of ondersteunend personeel. Het voordeel dient behaald te worden op basis van de inbreng van en samenwerking tussen de vennoten. Dit vloeit voort uit de omschrijving van de maatschap in artikel 7A:1655 BW:

‘[...] iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen.’

2.5.2 Verdeling van het voordeel (verlies)

Aard en omvang van de inbreng worden in de overeenkomst geregeld, alsook de wijze waarop het behaalde voordeel onder de vennoten wordt verdeeld. Met een beetje goede wil is uit het eerste lid van artikel 7A:1672 BW af te leiden dat het gemaakte voordeel, de winst, gemeenschappelijk moet zijn. Aan elk der vennoten dient een gedeelte van de winst toe te komen. Wij zijn van mening dat deze regel ook rechtstreeks voortvloeit uit de definitie van de maatschap. Immers, het ontstaande voordeel dient met elkander te worden gedeeld. Indien de wet voorschrijft dat met elkaar moet worden gedeeld, komt het ons moeilijk voor een van de vennoten over te slaan in het verdelingsproces. Het recht van iedere vennoot op uitkering van zijn deel in de winst ontstaat in beginsel eerst na vaststelling van de balans en de staat van baten en lasten (vgl. artikel 816 wetsvoorstel titel 7.13 BW).

Met inachtneming van het verbod van het eerste lid van artikel 7A:1672 BW, waarover hieronder meer, zijn de vennoten geheel vrij te bepalen op welke wijze de winst en het geleden verlies worden verdeeld.

Indien een verdelingsmodel in de overeenkomst ontbreekt, zullen de winst en het verlies evenredig worden verdeeld naar rato van de inbreng, aldus het eerste lid van artikel 7A:1670 BW. In dat geval wordt de ingebrachte arbeid gelijkgesteld aan het bedrag van de minst inbrengende vennoot (artikel 7A:1670 lid 2 BW).

In het eerste lid van artikel 7A:1671 BW wordt bepaald dat het aan ieder der vennoten toekomend winstaandeel niet door een van de vennoten of door een buitenstaander kan worden vastgesteld. Deze regel laat ons inziens toe dat de maatschapsovereenkomst bepaalt dat het aandeel in de winst toekomend aan de individuele vennoten, wordt vastgesteld op basis van een meerderheidsbesluit.

Enigszins vreemd is ook de bepaling dat de omvang van het aandeel in de winst van de individuele vennoten niet door een derde kan worden vastgesteld.³⁹ Wordt deze regel strikt gehanteerd, dan zou dat kunnen betekenen dat bij een geschil van mening tussen de vennoten over de vastgestelde omvang van het winstaandeel, een bindend advies van een buitenstaander of een rechterlijk of arbitraal oordeel terzake niet tot oplossing van het geschil kan leiden. Wij onderschrijven deze uitkomst niet.⁴⁰

Met betrekking tot de verdeling van de winst kunnen zich de volgende situaties voordoen:

- 1 In de overeenkomst is een regeling opgenomen met betrekking tot de verdeling van de winst.
- 2 De overeenkomst kent een winstverdelingsregeling, maar de vennoten willen hiervan afwijken. Voor een dergelijke afwijking is steeds een unaniem besluit vereist.⁴¹
- 3 Is in de overeenkomst geen winstverdelingsregeling opgenomen, dan kan de verdeling van de winst slechts worden bepaald bij een unaniem besluit van de vennoten.
- 4 Bepaalt de overeenkomst niets met betrekking tot de winstverdeling en wordt er ook geen winstverdelingsbesluit genomen, dan geldt de wettelijke verdelingsregeling.

Wij hebben hierboven opgemerkt dat alle vennoten gerechtigd dienen te zijn tot het behaalde voordeel. Een vennootschap waarbij een van de vennoten uitgesloten is van het gemeenschappelijk behaalde voordeel is een verboden en nietige vennootschap. Een dergelijke vennootschap wordt aangeduid met de term *societas leonina*.

De term *societas leonina* gaat waarschijnlijk terug op de Romeinse jurist C. Cassius Longinus. Zie Ulpianus, D. 17,2,29,2: 'Aristo deelt mee dat volgens een advies van Cassius geen vennootschap in die vorm kan worden aangegaan, dat de ene vennoot slechts de winst zou krijgen en de andere het verlies zou dragen; een dergelijke vennootschap placht Cassius een 'leeuwenvennootschap' te noemen. Wij zijn het ermee eens dat een dergelijke vennootschap, waarbij de een de winst zou opstrijken en de ander geen enkele winst, maar alleen het verlies zou dragen, geen geldige

39 In het ontwerp Van der Grinten komt een dergelijke regel dan ook niet voor. Zie artikel 7.13.1.10 lid 2.

40 Vgl. Asser/Maeijer 5-V, nr. 69.

41 Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 23.

vennootschap is [...].⁴² De term 'leeuwenvennootschap' is gebaseerd op een beroemde fabel, onder andere te vinden in de verzameling van de Latijnse auteur Phaedrus, waarin een leeuw en drie andere dieren een vennootschap aangaan om samen prooi te vangen in de bossen. Phaedrus, Fabels, Boek I, nr. 5: De koe, de geit, het schaap en de leeuw. Nooit bestaat er een betrouwbare maatschap met een machtige; mijn bewering wordt gestaafd door de volgende fabel. De koe, de geit en het schaap, dat altijd onrecht lijdt, werden jachtgenoten van een leeuw in de bossen. Toen zij een enorm groot hert hadden gevangen, sprak de leeuw, nadat de buit verdeeld was, als volgt: 'Ik neem het eerste deel, omdat ik 'de leeuw' heet. Omdat ik dapper ben, moeten jullie mij ook het tweede deel toekennen. Het derde deel behoort mij toe, omdat ik hoger in rang ben. Wanneer iemand het vierde deel aanraakt, loopt het slecht met hem af.' Zo nam de onbeschaamdheid in zijn eentje de hele buit mee.⁴³

Indien de overeenkomst van maatschap, die naar inhoud en strekking gericht moet zijn op het behalen van voordeel ten behoeve van alle vennoten, strijdig is met het verbod van de *societas leonina*, zal de overeenkomst van maatschap nietig zijn (artikel 3:40 BW). Blanco Fernández⁴⁴ betoogt dat op grond van artikel 3:41 BW de maatschap geldig blijft ten aanzien van de vennoten wier recht op de voordelen niet is beknot.⁴⁵ Overigens, niet alle uitsluitingen vallen onder de *societas leonina* en worden met nietigheid bedreigd. Zo moet aanvaardbaar worden geacht het beding dat een vennoot bij het niet behalen van een in de overeenkomst bepaalde omzet dientengevolge niet of voor een geringer deel meedeelt in de winst van de vennootschap. Eveneens aanvaardbaar achten wij het beding dat de gezamenlijke vennoten kunnen besluiten tot volledige reservering van de gemaakte winst.

Geen der vennoten mag dus worden uitgesloten van het behaalde vermogensrechtelijke voordeel van het samenwerkingsverband. Wel kan in de overeenkomst worden bepaald dat een vennoot, met uitsluiting van de overige vennoten, alle verliezen van de maatschap voor zijn rekening neemt. Men bedenke hierbij wel dat een dergelijk beding uitsluitend interne werking heeft. In de externe verhouding, dus tegenover derden, geldt immers de regeling van hoofdelijke verbondenheid (artikel 18 WvK) of verbondenheid voor gelijke delen (artikel 7A: 1680 BW) van de vennoten c.q. maten. Hierover meer in hoofdstuk 3.

Bevat de overeenkomst enkel een regeling met betrekking tot verdeling van het voordeel en zwijgt zij over de versleuteling van geleden verliezen, dan menen wij dat het verlies door de vennoten gedragen wordt op basis van de verdeelsleutel die krachtens de overeenkomst geldt voor de winst.⁴⁶

Bij overeenkomst kan worden bepaald dat iedere vennoot gehouden is zijn deel in het verlies, zoals dit blijkt uit de vastgestelde balans en de staat van baten en lasten, aan te zuiveren.⁴⁷ Bevat de

42 Vertaling van G. Macours & J.E. Spruit, in: J.E. Spruit e.a. (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, deel III (Digesten 11-24), Zutphen/Den Haag 1996.

43 Uitgave: E. Oberg, *Phaedrus, Fabeln (Sammlung Tusculum)*, tweede druk, Düsseldorf/Zürich 1999.

44 Blanco Fernández (2002), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, artikel 7A:1672 BW.

45 Een andere oplossing wordt geboden in art 7:815 lid 4 wetsvoorstel titel 7.13 BW. Daar wordt gekozen voor partiële nietigheid, namelijk nietigheid van dat beding. Anders dan in Blanco's oplossing, blijft de van winst uitgesloten vennoot partij bij de overeenkomst, alleen het beding en daarmee zijn uitsluiting van winstdeling vervalt.

46 In gelijke zin Mohr, p. 56 en HR 19 december 1934, NJ 1935, p. 881.

overeenkomst van vennootschap geen regeling voor de aanzuivering van verliezen, dan kan de redelijkheid en billijkheid onder bijzonder omstandigheden met zich mee brengen dat de vennoten hun aandeel in het verlies aanzuiveren.⁴⁸

2.6 De gemeenschappelijke naam: openbare of stille maatschap

2.6.1 Algemeen

Het is van groot belang te weten met welke samenwerkingsvorm men van doen heeft. Immers, de wetgever verbindt, met name in de verhouding tot derden, verstrekkende rechtsgevolgen aan het zijn van maatschap *sec* of het zijn van gekwalificeerde maatschap: vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. Denk hierbij met name aan het stelsel van vertegenwoordiging door en verbondenheid van vennoten in de verschillende maatschapsvormen.⁴⁹ Een van de belangrijkste kwalificerende kenmerken die het mogelijk maakt onderscheid aan te brengen tussen de verschillende personenvennootschappen is de gemeenschappelijke naam. Daarnaast is het voor de kwalificatie van het samenwerkingsverband essentieel om te weten of er een beroep dan wel een bedrijf wordt uitgeoefend. Deze termen worden nader toegelicht in § 2.7

2.6.2 Gemeenschappelijke naam: openbaar-stil

Het al dan niet optreden onder een gemeenschappelijke naam bepaalt of de vennootschap openbaar dan wel stil is. De termen ‘openbaar’ en ‘stil’ treffen we als zodanig niet in de wet aan. Toch zijn er belangrijke rechtsgevolgen aan verbonden.

Wanneer is een vennootschap openbaar? Wij nemen aan dat een vennootschap openbaar is indien zij op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam deelneemt aan het economisch en juridisch verkeer. Het voeren van een gemeenschappelijke naam is op zich nog niet voldoende voor het aannemen van een openbare maatschap. Essentieel is of de maatschap als zodanig als contractspartij optreedt, dat wil zeggen dat de tegenpartij weet dat zij aan de maatschap gebonden raakt. Het is dus een vraag van vertegenwoordiging: handelen de maten namens de vennootschap?⁵⁰ Is er geen sprake van een gemeenschappelijke naam, dan is de vennootschap stil. Derden zijn niet op de hoogte van het bestaan van de vennootschap.⁵¹

47 Zie in gelijke zin Asser-Maeijer V-5, nr. 65; anders Mohr/Meijers, p. 71.

48 In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel titel 7.13 BW wordt het voorbeeld gegeven van een operatie tot sanering van de financiën van de vennootschap die in het belang van alle vennoten is. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 26.

49 Zie hierover nader hoofdstuk 3.

50 Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 43 II 3 a..

51 Incidenteel kunnen de vennoten in een stille maatschap een rechtshandeling verrichten namens de maatschap. Dit kan leiden tot het ontstaan van een afgescheiden vermogen. Het al dan niet hebben van een afgescheiden vermogen is echter niet bepalend voor het onderscheid tussen stille en openbare maatschap. Zie nader § 4.4.2.

Presenteert de maatschap zich op een duidelijke wijze onder gemeenschappelijke naam, dan is zij openbaar. Wordt daarentegen niet onder een duidelijk kenbare gemeenschappelijke naam samengewerkt, dan is de maatschap voor derden niet kenbaar en dient zij als een stille maatschap te worden gekwalificeerd. Een paar voorbeelden:

Bij een openbare maatschap denke men bijvoorbeeld aan de maatschap van tandartsen en mondhygiënist die samenwerken onder de naam Maastrichts Tandheelkundig & Mondhygiënisch Centrum. Zo zal ook niet getwijfeld worden over het antwoord op de vraag of de samenwerking tussen mrs. Maas, Jeker en Partners Advocaten gekwalificeerd kan worden als een maatschap. Ook indien op de gevel van een statige villa onder aan de Pietersberg, onmiddellijk naast de voordeur, een koperen plaat prijkt met daarop de volgende tekst 'Dr. Torax & Dr. Thalamus, Huisartsen', zal duidelijk zijn dat beiden tezamen een maatschap zullen vormen.

Moeilijker vast te stellen is of de doktoren Torax en Thalamus samenwerken in maatschapsverband indien zij weliswaar in dezelfde villa werkzaam zijn, maar er sprake is van twee voordeuren met naast iedere voordeur een plaatje van plexiglas met op het ene plaatje de tekst 'Dr. Torax, Huisarts' en op het andere 'Dr. Thalamus, Huisarts'. We kunnen hier te maken hebben met twee zelfstandig gevestigde huisartsen die toevalligerwijs in de villa afzonderlijke praktijkruimtes hebben gehuurd. Geen maatschap. Mogelijk is eveneens dat de beide artsen weloverwogen met elkaar in die villa praktijk houden, waarvan overigens de eigendom door dr. Thalamus in gemeenschap is gebracht en waarvan hijzelf en dr. Torax gezamenlijk gebruikmaken. Zij kunnen dan in het kader van kostenbesparingen onder meer gebruikmaken van één doktersassistent(e), hoeven maar één kopieermachine en faxapparaat aan te schaffen en kunnen zonder veel omhalen elkaars wachtdiensten overnemen. Wat zij evenwel niet willen, is aan de buitenwereld kenbaar maken dat zij samenwerken in maatschapsverband. Zij willen de status van zelfstandig gevestigd arts naar de buitenwacht toe behouden. Naar alle waarschijnlijkheid bestaat er tussen de beide artsen een maatschap. Daar deze echter naar derden toe niet op duidelijk kenbare wijze en zeker niet onder gemeenschappelijke naam wordt gepresenteerd, dient in dit geval gesproken te worden van een stille maatschap: een stille kostenmaatschap.

Een vennootschap onder firma is per definitie een openbare vennootschap. Een van de essentiële kenmerken van die maatschapsvorm is dat hij onder een gemeenschappelijke naam is aangegaan (art. 16 WvK). Een commanditaire vennootschap is openbaar indien zij onder een duidelijk herkenbare gemeenschappelijke naam als zodanig, dus als commanditaire vennootschap, deelneemt aan het maatschappelijk verkeer.

Vergelijk in dit verband HR 4 januari 1937 (Erik Schaaper):⁵² '[...] doordat uit den naam, waaronder gehandeld wordt, het bestaan eener commanditaire vennootschap blijkt [...].’ En HR 3 februari 1956 (Hardy):⁵³ '[...] een als zodanig naar buiten optredende vennootschap en commandite [...].’

Een stille commanditaire vennootschap is geen vennootschap als bedoeld in het Wetboek van Koophandel. Op haar zal, mits voldaan wordt aan de samenstellende elementen van de maatschap, het maatschapsregime moeten worden toegepast.

Welke naam als gemeenschappelijke naam wordt gebruikt, wordt overgelaten aan de vindingrijkheid van de vennoten. Let wel, de Handelsnaamwet beperkt deze vrijheid door de verbodsbepalingen die zijn opgenomen in de artikelen 3 (onware aanduiding van de eigenaar), 4 (onware aanduiding van de rechtsvorm) en 5 (verbod op het voeren van een handelsnaam die voordat de onderneming onder die naam werd gedreven, reeds rechtmatig door een ander werd gevoerd). Veelal wordt in de praktijk gebruikgemaakt van eigen namen, maar ook fantasienamen komen voor. Meestal wordt aan de naam een achtervoegsel toegevoegd waardoor de vennoten willen aangeven dat er sprake is van samenwerking met anderen.

Men hoeft het telefoonboek maar open te slaan of een blik te werpen in de Gouden Gids en de voorbeelden springen eruit. We noemen er toch een paar voor de smaak: Zeilmakerij Pieters VOF, Venduhuis De Groot & Co., De Fa. Gezusters Klaasen Confectie, Hoveniersbedrijf Houtbeen & Zonen, Jeneverstokerij Erven Schwarz, Zaadhandel Mincke & Co.

Aan het onderscheid tussen stille en openbare maatschap is een aantal belangrijke rechtsgevolgen verbonden. Zo kan in de eerste plaats worden gewezen op het procesrechtelijk aspect dat de gezamenlijke maten van een maatschap die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deelnemen, onder die eigen naam kunnen dagvaarden en gedagvaard kunnen worden. Zie in dit kader HR 5 november 1976 (Moret Gudde Brinkman):⁵⁴

‘dat [...] de wetgever [...] weliswaar tot uitdrukking heeft willen brengen dat de maatschap, anders dan de v.o.f., niet als zodanig eisende en verwerende in rechte kan optreden, maar niet heeft beoogd uit te sluiten dat, indien ten behoeve of ten laste van een maatschap – in wezen door of tegen de gezamenlijke vennoten – een vordering in rechte wordt gesteld, in die gevallen waarin die maatschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, in de dagvaarding die naam wordt vermeld in plaats van de namen der afzonderlijke vennoten; dat in toenemende mate maatschappen aangegaan tussen een groot aantal vennoten onder een bepaalde naam aan het verkeer deelnemen, zodat evengenoemde wijze van dagvaarden door en van zodanige maatschappen tegemoet komt aan de behoeften der praktijk; dat na

52 NJ 1937, p. 586.

53 NJ 1960/120.

54 NJ 1977/586.

dagvaarding op voren omschreven wijze de tegenpartij, die wenst te weten wie in wezen eisende of verwerende als pp. onder de gevoerde naam optreden, kan verlangen dat namens de maatschap de namen en woonplaatsen van de vennoten worden medegedeeld [...].'

Overigens wordt thans in artikel 51 lid 2 Rv bepaald dat ten aanzien van maatschappen die een openbare naam voeren betekening van exploitatie aan hun kantoor geschiedt.

De rechtsgevolgen zijn ingrijpender indien de gezamenlijke vennoten onder gemeenschappelijke naam een bedrijf uitoefenen. Alsdan is er sprake van een vennootschap onder firma. De vennoten van deze openbare maatschap ter uitoefening van een bedrijf zijn, tenzij anders overeengekomen, bevoegd elkaar over en weer te vertegenwoordigen. Daarnaast zijn zij hoofdelijk verbonden voor de schulden van de vennootschap. De vennootschap onder firma kan ook zelfstandig in rechte opkomen als eisende of verwerende partij (zie artikel 51 lid 1 Rv). Aan het optreden onder gemeenschappelijke naam wordt bovendien het ontstaan van een afgescheiden vermogen gekoppeld. Hierover meer in § 4.4.

Het moge duidelijk zijn: zowel voor vennoten als ook voor derden is het van groot belang te weten of er sprake is van een samenwerkingsverband dat gekwalificeerd wordt als een maatschap of dat er sprake is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap. Het al dan niet voeren van een gemeenschappelijke naam (het stil of openbaar zijn) is een heel belangrijk kwalificatiemiddel. Het andere onderscheidende element, het verschil tussen beroep en bedrijf, wordt in § 2.7 besproken.

2.6.3 Het handelsregister

Aan het eind van deze paragraaf besteden wij aandacht aan de inschrijving van de personenvennootschappen in het handelsregister. Het doel van het handelsregister wordt omschreven in art. 2 van de Handelsregisterwet 2007. Er is een handelsregister van ondernemingen en rechtspersonen ter bevordering van de rechtszekerheid in het economisch verkeer, voor de verstrekking van gegevens van algemene, feitelijke aard omtrent de samenstelling van ondernemingen en rechtspersonen ter bevordering van de economische belangen van handel, industrie, ambacht en dienstverlening en voor het registreren van alle ondernemingen en rechtspersonen als onderdeel van de gegevenshuishouding die bijdraagt aan het efficiënt functioneren van de overheid. Het handelsregister wordt gehouden door de kamers van koophandel en fabrieken. In het handelsregister worden ondernemingen en rechtspersonen ingeschreven (art. 5 en 6 HrgW 2007).

De handelsregisterwet 2007 geeft geen omschrijving van het begrip onderneming. Daarvoor moeten we zijn in art. 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 (jo art. 8 sub b HrgW 2007). Van een onderneming is sprake indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van

één of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. Een en ander betekent dat aan de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap een onderneming toebehoort en dus ingeschreven moeten worden in het handelsregister. Ook de openbare maatschap ter uitoefening van een beroep dient in het handelsregister te worden ingeschreven. Immers, onder het begrip ‘onderneming’ in de zin van de Handelsregisterwet 2007 valt ook het vrije beroep (art. 5 HrgW 2007). Ten aanzien van de stille maatschap ter uitoefening van een beroep of een bedrijf werd aangenomen dat zij niet tot inschrijving verplicht was. Een stille maatschap drijft geen onderneming, daar zij niet op een voor derden duidelijk herkenbare wijze naar buiten optreedt. Dit laatste wordt gezien als een wezenlijk element van het begrip ‘onderneming’.⁵⁵ Echter, op 3 mei 2011 verscheen een wijziging van de beleidsregel⁵⁶ van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister in verband met de inschrijving van stille maatschappen.⁵⁷ In deze beleidsregel wordt bepaald dat ook aan een stille maatschap een onderneming kan toebehoren indien de activiteiten van de maatschap in Nederland als zodanig kwalificeren. De maten dienen aannemelijk te maken dat de samenwerkingsvorm een stille maatschap betreft. Met ingang van 16 mei 2011 dienen stille maatschappen die een onderneming drijven in het handelsregister te worden ingeschreven. De vraag die dan rijst is op welke wijze c.q. onder welke naam een stille maatschap moet worden ingeschreven. Op de website van de Kamer van Koophandel⁵⁸ treffen we de volgende toelichting aan:

“In het Handelsregister wordt de onderneming geregistreerd en apart daarvan degene die de onderneming exploiteert. De onderneming draagt een zogeheten handelsnaam (waarmee hij naar buiten treedt). Degene die de onderneming exploiteert heeft ook een naam, dat kan een persoonsnaam zijn, maar ook een vof, bv, (stille) maatschap etc. In de naam van de stille maatschap moeten de woorden ‘stille maatschap’ worden opgenomen. Dit is noodzakelijk om een onderscheid te kunnen maken tussen een openbare en stille maatschap.

Let op: wanneer extern onder de naam van de stille maatschap wordt opgetreden, wordt dit samenwerkingsverband al snel als openbare maatschap gezien. Daarom is het van belang, de woorden ‘stille’ of ‘maatschap’ alleen intern te gebruiken. Gebruik voor extern optreden - aan- en verkopen bijvoorbeeld - de gekozen handelsnaam van de onderneming waarin niet de woorden ‘stille’ of ‘maatschap’ voorkomt.”

De vraag is nu hoe om te gaan met deze beleidsregel en de invulling ervan door de Kamer van Koophandel? Het kenmerk van een stille maatschap is nu juist dat zij niet op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde

55 Zie W.R. Veldhuyzen, P.J.M. Jong, Het handelsregister, Deventer 2009, p. 23, 70, 71.

56 Staatscourant 2008 nr. 123, 30 juni 2008, p.15.

57 Staatscourant 2011 nr. 8401, 16 mei 2011.

58 <http://www.kvk.nl/over-de-kvk/uw-inschrijving-bij-de-kamer-van-koophandel/inschrijven-bij-de-kamer-van-koophandel/moet-ik-mijn-bedrijf-inschrijven/inschrijving-stille-maatschap/>

gemeenschappelijke naam. Het zullen veelal de *individuele* maten zijn die een onderneming in de zin van de Handelsregisterwet 2007 drijven en als afzonderlijke natuurlijke personen ingeschreven staan in het handelsregister.⁵⁹ Een stille maatschap met een handelsnaam is een contradictio in terminis: een handelsnaam betekent dat de maten onder gemeenschappelijke naam deelnemen aan het rechtsverkeer. De maatschap is dan een openbare. De toevoeging 'stille maatschap' aan de handelsnaam kan dit resultaat ons inziens niet voorkomen.

Artikel 18 HrgW 2007 bepaalt dat degene aan wie de onderneming toebehoort, verplicht is opgave ter inschrijving te doen. Tot het doen van de opgave zijn alle vennoten bevoegd. De verplichting rust op alle vennoten. Dit volgt ook uit het bepaalde in artikel 23 WvK. Op basis van het derde lid van artikel 20 HrgW 2007 eindigt de verplichting van de vennoten tot het doen van opgave ter inschrijving indien een van hen opgave heeft gedaan.

Krachtens de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2008 dienen ten aanzien van ondernemingen algemene en rechtsvorm afhankelijke gegevens in het handelsregister te worden opgenomen. In de Handelsregisterwet 2007 treffen we de basisgegevens ofwel authentieke gegevens aan (art. 9-14). Het betreft de gegevens over de onderneming (het door de Kamer van Koophandel toegekende unieke nummer, de handelsnaam, de datum van aanvang, voortzetting of beëindiging, degene aan wie de onderneming toebehoort en de vestigingen). In het de artikelen 9 tot en met 15 van het Handelsregisterbesluit 2008 zijn de andere algemene (niet authentieke) gegevens aan die ingeschreven dien te worden. Naast deze algemene gegevens geeft het Handelsregisterbesluit 2008 aan wat per specifieke rechtsvorm ingeschreven moet worden. Op basis van de Handelsregisterwet 2007 (art. 10 lid 3) en het Handelsregisterbesluit 2008 (art. 17, 18 en 19) worden ten aanzien van de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap de volgende gegevens ingeschreven: de naam, het tijdstip van aanvang en de duur waarvoor de vennootschap is aangegaan, de persoonsgegevens van de vennoten, de datum van toetreding en uittreding, de geslachtsaanduiding en handtekening van vennoten-natuurlijke personen en het bezoekadres van de vennoot-rechtspersoon, en al hetgeen de overeenkomst van vennootschap bevat ter bepaling van de rechten van derden. Men denke hier met name aan die bepalingen in de vennootschapsovereenkomst die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van vennoten beperken of uitsluiten. De vennootschapsovereenkomst zelf hoeft niet openbaar gemaakt te worden. Ten aanzien van de commanditaire vennootschap bepaalt art. 18 HrgB 2008 nog dat het aantal commanditaire vennoten en het geldbedrag en de waarde van de goederen die de commanditaire vennoten gezamenlijk aan de vennootschap ter beschikking hebben gesteld of overeengekomen zijn ter beschikking te zullen stellen in het handelsregister wordt opgenomen. De naam van de commanditaire vennoten, ook wel stille vennoten genoemd, wordt vanzelfsprekend niet in het register vermeld.

59 In de memorie van toelichting bij de Handelsregisterwet 2007 lezen we: "Echter, ook een zogenaamde vrije beroepsbeoefenaar, bij voorbeeld een notaris, advocaat of arts, kan een onderneming hebben die aan hem als natuurlijke persoon toebehoort. Volgens artikel 5, onderdeel b, moeten ook vrije beroepsbeoefenaren die een onderneming drijven, in het register worden ingeschreven. Bij de vraag of er sprake is van een onderneming wordt dus niet langer onderscheid gemaakt tussen vrije beroepsbeoefenaren en anderen. Dit sluit aan bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken 28 746), waarin dit onderscheid ook geen rol speelt." Zie *kamerstukken II* 2005/06, 30 656, nr. 3, p. 28.

Het niet-inschrijven van een personenvennootschap in het handelsregister wordt gekwalificeerd als een economisch delict in de zin van artikel 1 sub 4 WED jo. artikel 47 HrgW 2007. Op het niet-inschrijven van de vennootschap, onder firma of commanditaire vennootschap, in het handelsregister wordt bovendien een zware sanctie gesteld in artikel 29 WvK. Dit artikel is opgenomen ter bescherming van derden die handelen met een niet in het handelsregister ingeschreven vennootschap. Zolang de inschrijving van de vennootschap niet heeft plaatsgevonden, zal de vennootschap ten aanzien van derden worden aangemerkt als algemeen voor alle zaken, als aangegaan voor een onbepaalde tijd en als geen van de vennoten uitsluitende van het recht om voor de firma te handelen of te tekenen. Bij een niet-ingeschreven vennootschap gelden de beperkingen die in de vennootschapsovereenkomst ten aanzien van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de afzonderlijke vennoten zijn opgenomen niet ten aanzien van derden. Op dergelijke beperkingen kan dus bij overschrijding daarvan door de vennootschap geen beroep worden gedaan en de vennootschap zal gebonden zijn aan handelingen die door onbevoegde vennoten zijn verricht. Zelfs indien de derde op de hoogte was van de beperkingen opgenomen in de overeenkomst werken deze bij niet-inschrijving van de vennootschap niet tegen hem. Zie verder § 3.4.3.

2.7 Beroep en bedrijf

Het verschil tussen beroep en bedrijf vervaagt in de hedendaagse maatschappij. Toch worden beide begrippen nog steeds gebruikt om onderscheid te maken tussen de maatschap en de vennootschap onder firma.

Bij de wet van 2 juni 1934⁶⁰ tot opheffing van het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en tussen kooplieden en niet-kooplieden, die op 1 januari 1935 in werking is getreden, werden de begrippen ‘koopman, kooplieden en daden van koophandel’ uit ons wettelijk systeem geschrapt. Wat ontstond, was het onderscheid tussen bedrijf en beroep. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de eerder genoemde wet werd betoogd dat de term ‘beroep’ ruimer is dan ‘bedrijf’. Een beroep zou een regelmatige maatschappelijke werkzaamheid inhouden en een bedrijf zou omschreven kunnen worden als een beroep waarbij de persoonlijke kwaliteiten van de beoefenaar niet op de voorgrond staan. Dit onderscheid zou op basis van de verkeersopvattingen zeker kunnen worden bepaald. Een citaat uit de toenmalige Memorie van Antwoord:⁶¹

‘De algemeene term ‘bedrijf’ mist zekere scherpste. Toch valt het doorgaans niet moeilijk vast te stellen, of iemand een bedrijf uitoefent. De opvatting van het verkeer wijst ten deze den weg. Van een ‘bedrijf’ spreekt men slechts, als de betrokkene regelmatig en openlijk in zekere kwaliteit optreedt om voor zich zelf winst te behalen. Wie in dienst van een patroon handelt, is voor een

60 Stb. 347.

61 Bijlage Handelingen II 1933/34, nr. 72, p. 2-3.

ander op voordeel uit. De effectenspeculant beweegt zich niet openlijk als zoodanig. De nu en dan uit winstbejag gesloten koopen van den belegger, die zijn geld in onroerend goed steekt, missen de eigenschap van regelmaat. Maar waarom heeten, als men in het handelen van den apotheker de voorwaarden voor de aanwezigheid van een bedrijf vervuld acht, dan weer de medicus, de advocaat of procureur, de notaris of de deurwaarder een beroep uit te oefenen? Zij treden toch, evenals de apotheker, openlijk in hunne hoedanigheid op om zich een inkomen te verschaffen? De omstandigheid dat de diensten van den geneesheer – hetzelfde geldt ook voor den advocaat of den procureur – om zijne persoonlijke kwaliteiten, dat die van den notaris en den deurwaarder om zijne ambtelijke hoedanigheid gezocht worden, geeft aan hun optreden een bijzonder karakter, dat, naar de opvatting van het verkeer met de uitoefening van een bedrijf onvereinigbaar is.’

Zowel bij de uitoefening van een beroep als bij de uitoefening van een bedrijf gaat het om regelmatige en openlijke maatschappelijke werkzaamheid. Waar zit het verschil? Bij welke werkzaamheden staan de persoonlijke kwaliteiten van de beoefenaar op de voorgrond en bij welke activiteiten is dat niet het geval? Wij citeren op dit punt Mohr:⁶²

‘hij die geacht moet worden primair te handelen uit ideële overwegingen en die regelmatig en in gegarandeerde onafhankelijkheid, maatschappelijk werkzaam is op een terrein waarop het (gezien de existentiële belangen die aan hem door derden worden toevertrouwd) vooral aankomt op hoogontwikkelde persoonsgebonden kwaliteiten en die ook juist daarom wordt gezocht, die heeft een beroep. Degene daarentegen die uit primair materiële overweging, om voor zichzelf voordeel te behalen, regelmatig maatschappelijke werkzaamheden verricht, waarbij zijn persoonlijke kwaliteiten in de ogen van degenen in wier belang hij zijn diensten aanwendt (of aan wie hij zijn produkten verkoopt) niet zozeer ter zake doen, die heeft een bedrijf. Men zie het: de homo ethicus tegenover de homo economicus.’

Een fraaie uiteenzetting over het verschil wordt hier gegeven. Als beoefenaars van het vrije beroep kunnen onder andere worden genoemd artsen, chirurgen, advocaten, notarissen en adviseurs. Loodgieters, metselaars, timmerlieden, stratenmakers, hoteliers, cafébazen, koks en bankiers oefenen daarentegen een bedrijf uit.

De maatschap was in oorsprong bedoeld als het samenwerkingsverband voor beroepsbeoefenaren, terwijl het openbare bedrijf in de vorm van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap werd bedreven. Het gemaakte onderscheid stamt uit een tijd waarin het verschil tussen beroepsmatige en bedrijfsmatige activiteiten waarschijnlijk duidelijk kon worden gemaakt. Met veranderingen in de maatschappij verandert ook het recht en de rechtspraak. De begrenzingen zoals die hiervoor werden aangegeven, zijn in onze tijd aan vervaging onderhevig. We weten wel zo ongeveer wat een beroepsbeoefenaar is of was, een persoon die zijn kennis en kunde ter beschikking van de maatschappij stelt en die leeft voor het bevorderen van de kwaliteit van de samenleving en niet hecht aan materie. Echter, langzamerhand dient geconstateerd te worden dat (het merendeel

62 Mohr, p. 71 en Mohr/Meijers, p. 89.

van) de beroepsbeoefenaren hun beroep op een bedrijfsmatige manier uitoefenen en bepaald niet vies zijn van harde pecunia. Deze beroepsbeoefenaren werken veelal samen binnen maatschapsverband en onder gemeenschappelijke naam.

Dit laatste, het in maatschapsverband samenwerken onder gemeenschappelijke naam, is binnen de wettelijke regeling slechts dan mogelijk wanneer sprake is van beroepsuitoefening. Wanneer een maatschap een bedrijf uitoefent en zulks onder gemeenschappelijke naam doet, is immers sprake van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap. Deze constatering leert ons dat een maatschap zich zeer wel kan toeleggen op het ontwikkelen van bedrijfsmatige activiteiten, maar dat zulks niet onder gemeenschappelijke naam kán gebeuren. Beroepsbeoefening kan niet in de vorm van een vennootschap onder firma plaatsvinden, nu deze rechtsvorm steeds geacht wordt een bedrijf in stand te houden.

Daargelaten wat men in het algemeen van het onderscheid tussen beroep en bedrijf vindt, vaststaat dat de wetgever hecht aan het in stand houden van dit onderscheid ter kwalificatie van een openbare maatschap enerzijds en een VOF en commanditaire vennootschap anderzijds. De vraag is of dit correct is. In het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW waren de begrippen beroep en bedrijf niet langer van belang voor de kwalificatie van het soort personenvennootschap.⁶³ Een openbare vennootschap in de zin van het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW was een samenvoeging van de openbare maatschap en de vennootschap onder firma en zij werd in art. 801 lid 1 van het wetsvoorstel opschreven als de vennootschap tot uitoefening van een beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen⁶⁴, die op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam.

2.8 *Het bestuur van de vennootschap en de interne verhoudingen tussen de vennoten*

2.8.1 Algemeen

In de artikelen 7A:1673 tot en met 7A:1676 BW wordt een regeling gegeven van het bestuur van de vennootschap. Eerder werd al opgemerkt, maar het kan niet vaak genoeg gezegd worden, dat deze regeling voor alle personenvennootschappen geldt. De artikelen geven een bevoegdheidsverdeling tussen de vennoten op het terrein van het bestuur van de vennootschap. Onder besturen verstaan wij in dit verband het zorg dragen voor de verwezenlijking van het doel van het samenwerkingsverband. De grenzen aan de bestuursbevoegdheid van vennoten worden gegeven door het doel van het samenwerkingsverband, de wettelijke bepalingen, de regelingen opgenomen

63 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 15.

64 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 10. In de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 11) wordt opgemerkt: 'Houdster- en beleggingsactiviteiten die mede zijn gericht op het besparen van kosten kunnen onder het begrip bedrijf of onder het begrip bedrijfshandelingen vallen.'

in het vennootschapscontract en de normen van redelijkheid en billijkheid. Het belang van de vennootschap moet bij het uitoefenen van de bestuursbevoegdheid te allen tijde vooropstaan.

Gelet op de gelijkwaardigheid van de vennoten zal op basis van eenstemmigheid worden bestuurd. Voor iedere bestuurshandeling is dus unanimiteit vereist. In de praktijk kan dit leiden tot frustrerende situaties. Het kan immers zo zijn dat door een negatieve opstelling van een der vennoten in een grote advocatenmaatschap het hele besluitvormingstraject stil wordt gelegd. Als een maat het niet eens is met een bepaald beleidsvoorstel of de aanschaf van de nieuwste druk van een handboek over personenvennootschappen kan hij in beginsel niet door een meerderheidsbesluit worden gepasseerd. Iedere vennoot heeft een vetorecht. Dit is het uitgangspunt met betrekking tot het bestuur van de vennootschap. In de praktijk zal het zo'n vaart niet lopen. Vennoten werken op basis van gelijkwaardigheid samen. Het is nu juist deze samenwerking tussen de vennoten die onder omstandigheden aanleiding kan geven tot het nuanceren van het vereiste van de unanimiteit. Naar onze mening kan een onredelijk dwarsliggende vennoot verweten worden dat hij de samenwerking frustreert en dat hij in zijn verhouding tot de overige vennoten wanpresteert. Op grond van de redelijkheid en billijkheid⁶⁵ die partijen in het kader van hun samenwerking over en weer in acht moeten nemen, kan naar onze mening worden afgeweken van het beginsel van de unanimiteit en het vetorecht.

Tot het bestuur van de vennootschap behoren beheershandelingen en beschikkingshandelingen. Deze beide begrippen hebben aanleiding gegeven tot verwarring. In het algemeen kan ook niet duidelijk worden aangegeven waar het verschil tussen beheren en beschikken ligt. Het antwoord op de vraag of een bepaalde handeling nu als een beheershandeling dan wel als een beschikkingshandeling moet worden gekwalificeerd, zal afhankelijk zijn van het onderwerp en het doel van het samenwerkingsverband.

Van beheer kan worden gesproken wanneer het handelingen betreft die voortvloeien uit dan wel samenhangen met de dagelijkse gang van zaken in de vennootschap. Het zijn die handelingen die gelet op het vennootschappelijk doel tot de dagelijkse en normale werkzaamheden van de vennootschap behoren. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen beroeps- of bedrijfsmatige handelingen. Tot beheershandelingen worden zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen gerekend. Beschikkingshandelingen zijn al die handelingen die niet tot het beheer gerekend worden. Handelingen dus die gezien de doelstelling van de vennootschap en de daarmee samenhangende werkzaamheden niet tot de dagelijkse praktijk behoren. In dit kader mag men niet uit het oog verliezen dat een beschikkingshandeling in het vennootschapsrecht niet dezelfde betekenis heeft als de goederenrechtelijke beschikkingshandeling. Immers, beschikken in goederenrechtelijke zin betekent vervreemden en bezwaren met een beperkt goederenrechtelijk recht.

Keren wij terug naar het voorbeeld van de maatschap Jur&Best Maastricht die gevormd wordt door X, Y en Z. Het doel van dit samenwerkingsverband is het tegen betaling verstrekken van juridisch en bestuurskundig advies aan derden. De maatschap houdt kantoor in het pand dat door Z in de

⁶⁵ Zowel uit artikel 6:2 BW als uit artikel 6:248 BW vloeit voort dat de vennoten in hun onderlinge verhouding zijn gebonden aan de normen van redelijkheid en billijkheid. Aan toepassing van artikel 6:248 BW staat niet in de weg dat hier sprake is van een meerpartijenovereenkomst (zie artikel 6:213 lid 2 BW).

maatschap is ingebracht en in eigendom is overgedragen aan de maatschap. Tot de dagelijkse werkzaamheden behoort het telefonisch en schriftelijk verstrekken van adviezen. Hiertoe is het noodzakelijk dat de maatschap kan beschikken over kantoorbenodigdheden, zoals papier en pennen, telefoons, een fax en een kopieermachine. Aanschaf van dergelijk materiaal behoort eveneens tot de normale werkzaamheden. Bestelt een van de maten een voorraad papier of koopt hij bij het postkantoor een vel postzegels, dan betitelen wij die handelingen als beheershandelingen. Zonder dergelijke handelingen zouden de normale werkzaamheden immers niet mogelijk zijn. Het ligt anders indien de maten een krediet afsluiten bij een bank teneinde de werkzaamheden te verruimen en daarvoor zekerheid, in de vorm van een hypotheek op het kantoorpand, moeten stellen. Het kan weliswaar zo zijn dat wanneer deze handelingen niet plaatsvinden het vennootschappelijke doel niet kan worden bereikt, maar tot de normale werkzaamheden van de maatschap behoren deze daden niet. Zij dienen dan ook gekwalificeerd te worden als beschikkingsdaden.

Eerder werd gesteld dat het ondoenlijk is in het algemeen een duidelijk onderscheid te maken tussen daden van beheer en beschikkingshandelingen zonder exact te weten wat het doel van het samenwerkingsverband is en wat in dit kader normale dan wel buitengewone werkzaamheden zijn.

Het verlenen van een hypotheek op het kantoorpand van Jur&Best Maastricht wordt, gelet op het doel van de maatschap, gezien als een beschikkingshandeling. Anders ligt het bij Financieringskantoor Veltstra & partners VOF. Het aangaan en verstrekken van geldleningen behoort in deze vennootschap wel degelijk tot de normale werkzaamheden. Hier dient deze handeling als beheersdaad te worden bestempeld.

Het onderscheid tussen beheren en beschikken is van belang om vast te kunnen stellen welke handelingen, verricht door een individuele vennoot en zonder een daaraan ten grondslag liggend unaniem besluit van de vennoten, wel of niet ten laste van het vennootschapsvermogen kunnen worden gebracht. Hebben we te maken met een beheershandeling waartoe in beginsel iedere afzonderlijke vennoot bevoegd is, dan kan deze voor rekening van de vennootschap worden verricht. Gaat het daarentegen om een beschikkingsdaad, een handeling die niet tot de normale werkzaamheden van de vennootschap kan worden gerekend, dan zal deze eerst voor rekening van de vennootschap kunnen komen als deze handeling op een eenstemmig besluit van de vennoten is gebaseerd.

Alvorens nader in te gaan op beheer en beschikken wordt opgemerkt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de hier te bespreken onderling geldende regels van bestuursbevoegdheid van de vennoten en de bevoegdheid de vennootschap extern te vertegenwoordigen. Omstreden is met name de kwestie of bestuursbevoegdheid van de vennoten vertegenwoordigingsbevoegdheid impliceert indien hieromtrent niets is bepaald in het vennootschapscontract. Een en ander zal nader worden besproken in § 3.2.1 en § 3.3.1.

2.8.2 Beheren

Het staat de vennoten vrij om al dan niet een regeling met betrekking tot het beheer van de vennootschap op te nemen in het vennootschapscontract. Nemen zij een regeling op, dan kan dat geschieden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van vennootschap, maar ook op een later moment. De inhoud van de beheersregeling staat ook geheel ter discretie van de vennoten. Zo kan bepaald worden dat alle vennoten mogen beheren of dat slechts enkele vennoten deze bevoegdheid hebben en andere niet. Veelal ziet men in de praktijk dat de beheersbevoegdheid wordt toegekend aan een aantal vennoten die een dagelijks bestuur vormen.

Ten aanzien van het beheer kent de wet een aantal regelingen. Deze treffen we aan in de artikelen 7A:1673 tot en met 7A:1676 BW. Aanstonds zullen deze regelingen kort besproken worden. We beginnen evenwel met het geval waarin het vennootschapscontract met betrekking tot het beheer van de vennootschap geen regeling kent.

2.8.2.1 Geen contractuele beheersregeling

In dit geval geldt het uitgangspunt dat is neergelegd in artikel 7A:1676 BW:

‘Bij gebreke van bijzondere bedingen omtrent de wijze van beheer, moeten de volgende regelen worden in acht genomen: 1° De vennoten worden geacht zich over en weder de magt te hebben verleend om, de een voor den anderen, te beheren [...].’

Voor zover in het vennootschapscontract niet anders is bepaald, luidt de hoofdregel dat de vennoten elkaar over en weer de bevoegdheid hebben gegeven om daden van beheer te verrichten. De individuele vennoten mogen zelfstandig tot het bestuur van de vennootschap behorende beheershandelingen verrichten. Deze beheershandelingen komen vervolgens voor rekening van de vennootschap: kosten die samenhangen met deze handelingen mogen door de vennoten ten laste van het vennootschapsvermogen worden gebracht.

Hier lijkt iets vreemds te gebeuren. Aan het begin van deze paragraaf schreven wij dat het wettelijke uitgangspunt ten aanzien van het bestuur van de vennootschap is dat alle bestuursbeslissingen, beheren of beschikken, op basis van eensgezindheid tot stand dienen te komen. Echter, hier kent de wet aan iedere vennoot beheersbevoegdheid toe voor zover daarvan in het contract niet wordt afgeweken. Een en ander wordt evenwel direct, zij het in bedekte termen, hersteld. Het vervolg van artikel 7A:1676 sub 1 BW bepaalt:

‘Hetgeen ieder van hen verrigt is ook verbindende voor het aandeel der overige vennoten, zonder dat hij hunne toestemming hebbe bekomen; *onverminderd het regt van deze laatstgemelden, of van een hunner, om zich tegen de handeling, zoo lang die nog niet gesloten is, te verzetten.*’ [cursivering toegevoegd]

Uitgangspunt is dan weliswaar dat, bij gebreke van een andersluidende formulering in het vennootschapscontract, alle vennoten individueel en zelfstandig bevoegd zijn beheershandelingen te verrichten, toch wordt het beginsel van het unaniem besturen hersteld door aan iedere afzonderlijke vennoot het recht toe te kennen zich te verzetten tegen beheershandelingen. Dit verzet dient echter te worden gedaan voordat de handeling is gesteld. In dit verband kan men spreken van een preventief vetorecht.

Op grond van artikel 7A:1676 sub 2 BW mag iedere vennoot gebruikmaken van de ter beschikking van de vennootschap gestelde goederen. Dit gebruik moet dienstbaar zijn aan de verwezenlijking van het vennootschappelijke doel en dient in overeenstemming te zijn met de normale bestemming van die goederen en met de redelijkheid en billijkheid die de vennoten in hun onderlinge verhouding in acht moeten nemen. Denk in dit verband aan de eerder gemaakte opmerking over de begrenzing van de bestuursbevoegdheid van vennoten. Het gebruik van de gemeenschappelijke goederen door een vennoot mag bovendien niet in strijd komen met het gebruiksrecht van de medevennoten ten aanzien van die goederen. Iedere vennoot is voorts verplicht bij te dragen in de kosten die worden gemaakt met het oog op het behoud van de aan de vennootschap toebehorende goederen (artikel 7A:1676 sub 3 BW).

2.8.2.2 Contractuele beheersregeling

Nu het geval waarbij de vennootschapsovereenkomst wel een regeling omtrent het beheer kent. Bij het aangaan van het vennootschapscontract kunnen een of meerdere vennoten met het beheer worden belast. Dit kan overigens ook later contractueel geschieden. Uit het eerste lid van artikel 7A:1673 BW vloeit voort dat bij het aangaan van de vennootschap zelfs aan een van de vennoten, met uitsluiting van alle andere, beheersbevoegdheid kan worden verleend. Deze vennoot is dan bevoegd alle beheersdaden te verrichten. De wet spreekt hier over de met beheer belaste vennoot die 'zelfs in weerwil der overige vennoten' alle daden mag verrichten. Hieruit valt af te leiden dat het preventieve vetorecht als neergelegd in artikel 7A:1676 sub 1 BW ten aanzien van deze beheersmacht van de contractueel aangewezen beherende vennoot niet opgaat. Zolang de maatschap voortbestaat, kan deze beheersmacht slechts op basis van gewichtige redenen aan de beherende vennoot worden ontnomen, zo bepaalt het tweede lid van artikel 7A:1673 BW. Gelet op het gegeven dat de beheersbevoegdheid van de aangewezen vennoot rechtstreeks uit de vennootschapsovereenkomst voortvloeit, moet aangenomen worden dat de beherende vennoot slechts met toestemming van de overige vennoten zijn beheersfunctie mag neerleggen.

Wordt een vennoot later in een reeds bestaande vennootschappelijke verhouding contractueel belast met het beheer, dan komt hem dezelfde positie toe als de vennoot die bij het aangaan van de vennootschap in het contract met het beheer is belast. Tenzij anders overeengekomen, kan zijn beheersbevoegdheid steeds worden herroepen (artikel 7A:1673 lid 2 BW).

Indien de beheersbevoegdheid in het vennootschapscontract aan meerdere vennoten met uitsluiting van de overige vennoten is toegekend en niet verder is uitgewerkt, geven de artikelen 7A:1674 en 7A:1675 BW nadere regels.

Als bij de toedeling van de beheersmacht aan enkele afzonderlijke vennoten geen verdeling van taken of werkzaamheden is gemaakt en er evenmin een bepaling is opgenomen met de strekking dat deze beherende vennoten steeds gezamenlijk tot het beheer bevoegd zijn, heeft ieder van hen afzonderlijk beheersmacht. Ook hier zouden wij willen aannemen dat het preventieve vetorecht van artikel 7A:1676 sub 1 BW niet geldt (artikel 7A:1674 BW).

Is in het vennootschapscontract bepaald dat de beheersmacht aan een aantal vennoten gezamenlijk toegekend is, dan bepaalt artikel 7A:1675 BW dat een beheersdaad in dat geval slechts kan worden verricht met medewerking van alle tot beheer bevoegde vennoten. Gezamenlijk bevoegde vennoten kunnen dus nimmer individueel bevoegd zijn om beheersdaden te stellen. Zelfs in geval van overmacht geldt deze regel.

2.8.3 Beschikken

Over de mogelijkheid en de bevoegdheid beschikkingshandelingen te verrichten zwijgt de wet. Wij kunnen hierover dan ook kort zijn. Voor zover in de vennootschapsovereenkomst geen andere regeling is opgenomen, geldt het uitgangspunt dat beschikkingshandelingen op basis van unanimiteit worden verricht. Het beschikkend optreden van de vennoten moet zijn gebaseerd op een daaraan ten grondslag liggend eenstemmig besluit waaraan alle vennoten hebben meegewerkt. Binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid heeft iedere vennoot een vetorecht ter zake van de handelingen die niet tot de normale maatschappelijke werkzaamheden van de vennootschap behoren.

In de praktijk van de personenvennootschap kennen vennootschapscontracten veelal een gedetailleerde regeling met betrekking tot het bestuur. Nauwkeurig zal de bevoegdheid van de vennoten zijn bepaald. Geregeld zal zijn welke vennoten ten aanzien van welke specifieke handelingen individueel bevoegd zijn, welke handelingen verricht kunnen worden op basis van een daaraan ten grondslag liggend meerderheidsbesluit en welke bestuurshandelingen slechts op basis van unanimiteit mogen worden verricht. Mochten ondanks de gedetailleerde contractuele bestuursregeling toch geschillen ontstaan – het blijft immers mensenwerk –, dan verdient het aanbeveling dat het contract ook in de oplossing van deze conflicten voorziet. Ook hier kan een regeling van bindend advies of arbitrage uitkomst bieden.

2.8.4 Bestuur, rekening en verantwoording, en aansprakelijkheid

Aan het einde van deze paragraaf nog enkele opmerkingen over bestuur, over rekening en verantwoording en over aansprakelijkheid van de besturende vennoot ten opzichte van de overige vennoten en ten opzichte van de vennootschap zelf. Eerder merkten wij op dat de verhouding tussen de vennoten onderling bepaald wordt door de wet, de vennootschapsovereenkomst en de redelijkheid en billijkheid. Op iedere vennoot rust de verplichting zich als een goed vennoot te gedragen. Voorts delen wij de algemeen verkondigde opvatting⁶⁶ dat de vennoot die met bestuursbevoegdheid is belast jegens de vennootschap, en dus jegens de gezamenlijke vennoten,

⁶⁶ Vgl. Asser/Maeijer 5-V, nr. 94 en Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*, nr. 94.

gehouden is zijn taak naar behoren te vervullen (vergelijk artikel 2:9 BW). De vennoot zal verantwoording verschuldigd zijn aan de overige vennoten. Naar onze mening ziet deze verantwoordingsplicht niet alleen op de zogenoemde financiële rekening en verantwoording, maar strekt zij zich tevens uit over de wijze waarop hij zijn taak heeft vervuld. Het spreekt voor zich dat ook bestuurders niet-vennoten gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van hun taak.⁶⁷

De bestuurder is verantwoording verschuldigd aan zijn medevennoten. De bestuurder zal verantwoording dienen af te leggen over de behoorlijkheid van het door hem gevoerde bestuur. Hiertoe behoort datgene wat hij gedurende de verantwoordingsperiode heeft gedaan, maar natuurlijk ook datgene wat hij heeft nagelaten.⁶⁸ Het afleggen van rekening en verantwoording dient tenminste eenmaal per jaar te geschieden. Dit zal normaliter gebeuren bij gelegenheid van het vaststellen van de balans en de staat van baten en lasten (vgl. artikel 814 lid 4 wetsvoorstel titel 7.13 BW). Het is mogelijk dat vaker dan eenmaal per jaar of op een ander tijdstip dan bij het opmaken 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.⁶⁹ Indien een besturend vennoot nalatig is in het afleggen van rekening en verantwoording kan ieder van de medevennoten vorderen dat hij daartoe wordt veroordeeld. Hiervoor dient de gewone dagvaardingsprocedure te worden gevolgd.⁷⁰

De bestuurder van een rechtspersoon zal, indien hij zijn taak niet naar behoren vervult, pas op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn voor de ontstane schade wanneer hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het is verdedigbaar dat het vereiste van ernstig verwijt ook geldt voor de aansprakelijkheid van een bestuurder in een personenvennootschap. Heeft een vennoot door zijn schuld schade toegebracht aan de vennootschap, dan is de vennoot gehouden deze schade aan de vennootschap te vergoeden wanneer hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn fouten. Indien een vennoot zijn taak onbehoorlijk vervult, levert dit wanprestatie op tegenover de overige vennoten en zal iedere van deze vennoten van de wanpresterende vennoot kunnen vorderen dat hij schadevergoeding betaalt en dit bedrag stort in de vennootschapskas.⁷¹

2.9 Administratie, rekening en verantwoording

Titel 9 van Boek 2 BW, handelend over de jaarrekening en het jaarverslag, geldt niet voor maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap. Zij zijn dan ook niet jaarrekeningplichtig in de zin van Boek 2 BW. Dit is slechts anders indien de beherende vennoten van een vennootschap

67 Vgl. A.J.S.M. Tervoort, 'Bestuur en gebondenheid tegenover derden'; in: J.M. Gerretsen (red.), *De vennootschap volgens titel 7.13. Een civiele en fiscale verkenning van het komend personenvennootschapsrecht*, Loyens & Loeff Series, 2003, p. 86.

68 Vgl. Asser/Maeijer 5-V, nr. 96 en Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*, nr. 96.

69 Vgl. memorie van toelichting bij wetsvoorstel titel 7.13 BW, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 17.

70 A.J.S.M. Tervoort, 'Bestuur en gebondenheid tegenover derden'; in: J.M. Gerretsen (red.), *De vennootschap volgens titel 7.13. Een civiele en fiscale verkenning van het komend personenvennootschapsrecht*, Loyens & Loeff Series, 2003, p. 87.

71 Uiteraard behoeft de schade maar één keer te worden vergoed.

onder firma of een commanditaire vennootschap kapitaalvennootschappen zijn die zijn opgericht naar buitenlands recht. Op grond van het tweede lid van artikel 2:360 BW is het jaarrekeningenrecht op die vennootschappen van toepassing. Voor het overige geldt de bepaling van artikel 3:15i BW. Iedereen die een bedrijf of zelfstandig beroep uitoefent, is verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep 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 zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. Tevens is het bestuur van de vennootschap verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar een balans en een staat van baten en lasten op te maken (artikel 3:15i lid 2 jo. artikel 2:10 lid 2 tot en met 4 BW).

De jaarrekening heeft bij de personenvennootschappen in eerste instantie interne betekenis. Op basis van de jaarrekening zal het resultaat van de vennootschap worden vastgesteld en kan worden overgegaan tot de bepaling van ieders aandeel in de winst. De bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening berust ons inziens bij de gezamenlijke vennoten. Wij zijn van mening dat, indien de bestuurders van de vennootschap op basis van de vastgestelde jaarrekening gedechargeerd moeten worden, hiertoe een apart op decharge gericht besluit moet worden genomen (vergelijk artikel 2:101/210 lid 3 BW).

ECLI:NL:GHARL:2013:6823



Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	17-09-2013
Datum publicatie	19-09-2013
Zaaknummer	200.090.368
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	maatschap die niet onder die naam deelneemt aan het rechtsverkeer, niet-ontvankelijk in haar vordering.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.090.368

(zaaknummer rechtbank Zutphen 111060)

arrest van de eerste kamer van 17 september 2013

in de zaak van

de maatschap naar burgerlijk recht

[appellante] ,

gevestigd te [woonplaats],

appellante,

hierna: [appellante],

advocaat: mr. L.I. Koenderman,

tegen:

[geïntimeerde] ,

wonende te [woonplaats], gemeente [woonplaats],

geïntimeerde,

hierna: [geïntimeerde],

advocaat: mr. M.H.M. Deppenbroek.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 9 juni 2010, 2 februari 2011 en 16 maart 2011 die de rechtbank Zutphen tussen [appellante] als eiseres en [geïntimeerde] als gedaagde heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 14 juni 2011,
- de memorie van grieven, met produkties,
- de memorie van antwoord, met produkties,
- een akte overlegging produkties van de kant van [appellante],
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities (alleen van de kant van [appellante]) d.d. 8 juli 2013.

2.2

Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

3 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.8 van het vonnis van 2 februari 2011.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1

Het gaat in dit geding kort gezegd om het volgende. Advocaat mr.[naam] heeft werkzaamheden verricht in opdracht van [geïntimeerde]. Of [geïntimeerde] daarbij handelde voor zichzelf of als bestuurder van [een besloten vennootschap], is tussen partijen in geschil. [appellante] vordert in dit geding betaling van voor de werkzaamheden van mr. [naam] verzonden, maar door [geïntimeerde] en/of [een besloten vennootschap] niet (geheel) betaalde facturen, met rente en kosten. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Daartegen komt [appellante] in hoger beroep.

4.2

In hoger beroep heeft [geïntimeerde] een nieuw verweer opgeworpen dat de ontvankelijkheid van [appellante] in haar vordering betreft, en daarom als eerste dient te worden besproken. [geïntimeerde] voert aan dat de maatschap [appellante] niet bestaat of bestond ten tijde van het verrichten van de werkzaamheden, althans niet onder die naam deelnam aan het rechtsverkeer. De appeldagvaarding is uitgebracht door een andere maatschap dan de destijds bestaande maatschap. Als de maatschap [appellante] al bestaan heeft, was deze ten tijde van de appeldagvaarding ontbonden/vereffend, althans nam zij niet (meer) deel aan het rechtsverkeer onder die naam.

4.3

Het hof stelt vast dat in de brieven en e-mailberichten die ten tijde en na de werkzaamheden van mr. [naam] tussen partijen zijn gewisseld, voor zover in dit geding overgelegd, steeds melding wordt gemaakt van [appellante]. In geen van die stukken wordt de naam [appellante] vermeld. De opdrachtbevestiging d.d. 1 december 2006 (die [geïntimeerde] ontkent te hebben ontvangen) en de latere brieven van mr. [naam] zijn gesteld op briefpapier van [appellante], en mr. [naam] ondertekende zijn e-mailberichten met: [naam] [naam],[appellante]. Uit die stukken blijkt dus niet dat [appellante] onder die naam deelnam aan het rechtsverkeer.

4.4

Uit de door [appellante] bij akte in het geding gebrachte stukken blijkt dat evenmin. Immers is in produkties 9 en 10 vermeld dat de maatschappen [appellante] en [appellante] handelen onder de naam [appellante]. Dat zij (tevens) onder hun eigen naam aan het rechtsverkeer deelnemen, blijkt

daaruit niet, en blijkt ook niet uit enig ander stuk. Dat brengt mee dat [appellante] niet onder die naam kan procederen. Immers is vaste rechtspraak (sinds HR 5 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB7103) dat een maatschap onder haar eigen naam kan procederen (slechts) in die gevallen waarin die maatschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder die naam aan het rechtsverkeer deelneemt, en die regel geldt ook thans nog (HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840).

4.5

Het voorgaande zou wellicht niet onoverkomelijk hoeven zijn, en niet tot niet-ontvankelijkheid hoeven leiden, als het in feite zou gaan om een en dezelfde maatschap, die verschillende namen voert. Dat doet zich hier echter niet voor. Uit produktie 9 van [appellante] blijkt immers dat de maatschappen [appellante] en [appellante] beide bestaan of hebben bestaan, en verschillende maatschappen zijn. Het hierboven onder 4.3 overwogene lijkt mee te brengen dat in dit geding een andere maatschap als eiseres optreedt dan de maatschap met wie [geïntimeerde] heeft gecommuniceerd. De verwarring omtrent de identiteit van de eisende partij is dan ook, ondanks de nader door [appellante] gegeven toelichting en de door haar in het geding gebrachte stukken, niet opgelost. Het hof ziet dan ook geen reden om voor dit geval van de onder 4.4. bedoelde regel af te wijken.

4.6

Het bovenstaande voert tot de slotsom dat de vonnissen waarvan beroep dienen te worden vernietigd, en [appellante] alsnog niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Aan behandeling van de grieven wordt niet meer toegekomen. Als de in het ongelijk gestelde partij wordt [appellante] veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties. Deze kosten worden aan de kant van [geïntimeerde] voor de eerste aanleg bepaald op € 700,- voor griffierecht en € 1.447,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (2,5 punt tarief III), en voor het hoger beroep bepaald op € 649,- voor griffierecht en € 3.474,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (3 punten tarief III).

EThET GA

5 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt de vonnissen van de rechtbank Zutphen van 2 februari 2011 en 16 maart 2011 en doet opnieuw recht;

verklaart [appellante] niet-ontvankelijk in haar vordering;

veroordeelt [appellante] in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde] wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 700,- voor verschotten en op € 1.447,50 voor salaris en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 649,- voor verschotten en op € 3.474,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.M. Croes, Ch.E. Bethlem en M. van Hooijdonk en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 17 september 2013.

Titel 7.13 BW (vennootschap); een nieuwe 'kruistocht-pro'!

Het wetgevingsproces ten aanzien van de nieuwe regeling voor de personenvennootschappen is, voor velen, onverwacht tot een treurig einde gekomen. Nu er geen moderne regeling voor de oude maatschapsvormen lijkt te komen, blijven we steken in een oude, vergeelde en moeilijk te lezen regeling die voor een groot deel dateert uit 1838 en enkel door specialisten te doorgronden is. 'Wetgevingsterreur',¹ 'ondernemers paaien'² en het is hommeles aan de onderkant van ons vennootschapsrecht³. Enkele termen die aangeven dat het intrekken van het wetsvoorstel invoeringswet titel 7.13 BW en het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek in de academische wereld niet goed gevallen is. In deze bijdrage wordt de stelling verdedigd dat het intrekken van de nieuwe regeling een slechte zaak is en dat titel 7.13 BW – al dan niet in aangepaste vorm – er toch moet komen.



1. Inleiding

De maatschap was oorspronkelijk opgenomen in titel 9 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek van 1838. Per 1 januari 1992 werd de regeling verplaatst naar titel 9 van Boek 7A BW. De bepalingen over de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap treffen we aan in de artikelen 15 tot en met 34 van het Wetboek van Koophandel. Op 24 december 2002 werd het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het BW bij de Tweede Kamer ingediend. In de memorie van toelichting⁴ lezen we:

'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 strekt ter vervanging van de huidige negende titel van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 7A:1655 tot en met 7A: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 regeling hebben gevonden. Deze beide, *sterk verouderde en weinig duidelijk geredigeerde* [cursivering JH], regelingen zijn weliswaar zowel bij de invoering van Boek 2 nieuw BW als bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW aangepast aan de daarin vervatte nieuwe systematiek en terminologie, maar deze aanpassingen hadden uiteraard een zeer beperkt karakter. *De behoefte aan een fundamentele herziening die resulteert in een moderne en voor de praktijk bruikbare regeling van de personenvennootschappen, is dan ook onverminderd blijven bestaan* [cursivering JH].'

Echter, door het intrekken van de wetsvoorstellen tot vaststelling en invoering van titel 7.13 BW blijft de praktijk steken in de sterk verouderde en weinig duidelijk geredigeerde regeling van de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap en blijft zij verstoken van een moderne en bruikbare nieuwe regeling. Dit is zeer te betreuren.

In deze bijdrage betoog ik dat, in het licht van de kwaliteit, consistentie en bruikbaarheid van het Nederlandse vennootschapsrecht, de nieuwe regeling voor de personenvennootschappen – al dan niet in aangepaste vorm – dient te worden ingevoerd. Ik zal deze stelling onderbouwen aan de hand van een aantal onderwerpen uit de ingetrokken voorstellen: het onderscheid beroep en bedrijf, de aansprakelijkheid van de vennoten en de vertegenwoordiging van het samenwerkingsverband. Bovendien sta ik kort stil bij de in mijn ogen gebrekkige regeling van de inschrijving van de maatschap in het handelsregister. Naar mijn mening is dit laatste een voorbeeld van het gebrek aan consistentie van de wetgeving op het terrein van het vennootschapsrecht. Alvorens ik deze argumenten nader toelicht blik ik eerst kort terug op de laatste fase van de parlementaire behandeling van titel 7.13 BW.

* Mr. J.J.A. Hamers is als universitair hoofddocent rechtspersonen- en ondernemingsrecht verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht en redacteur van dit tijdschrift.

1. M.J. van Mourik, www.mr-online.nl/nieuws/juridisch-nieuws/van-mourik-opstelden-is-wetgevingsterrorist.html.
 2. M. van Olffen, G. van Solinge & M. Nieuwe Weme, 'Ondernemers paaien', *Ondernemingsrecht* 2011, 91.
 3. J. Winter, 'De staat van ons vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011, 98.
 4. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 1.

2. Een korte terugblik

Het ontwerp voor een nieuwe titel 7.13 BW kent een lange geschiedenis.⁵ Nadat op 22 april 2011 het voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer⁶ verscheen, waarin de leden van de commissie – opnieuw – zeer fundamentele opmerkingen maakten en vragen stelden die het wezen van de nieuwe regeling raakten, berichtte minister Opstelten van Veiligheid en Justitie de Eerste Kamer bij brief van 5 september 2011⁷ voornemens te zijn het wetsvoorstel (31 065), tezamen met het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (28 746) te zullen intrekken. Een citaat uit deze brief:

‘Op 22 april 2011 heeft de vaste commissie voor Justitie van uw Kamer een kritisch voorlopig verslag vastgesteld inzake het bovengenoemde wetsvoorstel. Als kern van de kritiek zie ik dat de regeling te knellend wordt geacht voor bestaande maatschappen en vennootschappen onder firma en dat dit tot onnodige kosten leidt. Er worden tevens vragen gesteld over de helderheid en bruikbaarheid van de wetgeving en de nut en noodzaak van de regelgeving. Dit voorlopig verslag is voor mij aanleiding geweest om het wetsvoorstel (31 065), tezamen met het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (28 746), te heroverwegen. Het doel van wetgeving op het terrein van het vennootschapsrecht is enerzijds om ondernemers een juridische infrastructuur te bieden waardoor zij in staat worden gesteld hun activiteiten ten volle te ontplooiën en anderzijds om de bij de vennootschap betrokkenen – vennoten respectievelijk aandeelhouders, crediteuren – voldoende bescherming te bieden tegen (machts)misbruik. Tussen beide doelstellingen dient een zeker evenwicht te bestaan. De nieuwe regeling voor de personenvennootschappen heeft tot op heden weinig steun gekregen van de beoogde gebruikers, met name ondernemers in het midden- en kleinbedrijf. Zij hebben geen behoefte aan de nieuwe personenvennootschappen en vrezen de ermee gepaard gaande kosten. VNO-NCW en MKB Nederland hebben dat standpunt recent nogmaals aan mij bevestigd. Ik ben tot de conclusie gekomen dat de primaire doelstelling van de wetgeving – het faciliteren van ondernemers – in beide wetsvoorstellen onvoldoende tot zijn recht komt. Daarom ben ik voornemens op korte termijn de procedure voor intrekking van de wetsvoorstellen in gang te zetten.’

Met deze brief wordt het treurige einde aangekondigd van een wetgevingstraject van bijna veertig jaren.⁸ De wetsvoorstellen zijn per 15 december 2011 ingetrokken.⁹

3. De ingetrokken regeling en de kritiek

Afgezien van een aantal ‘open’ begrippen¹⁰ was de ingetrokken regeling mijns inziens helder geschreven, begrijpelijk en modern. De afgelopen jaren werd vanuit de praktijk en de wetenschap kritiek geuit op de voorgestelde tekst. Deze werd naar aanleiding van deze kritiek herhaaldelijk aangepast en verbeterd. Echter, perfect was de tekst nog niet, getuige onder meer de opmerkingen en vragen van de leden van de vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer. Zoals gezegd was deze kritiek van fundamentele aard, maar niet onoverkomelijk. Voor enkele kritiekpunten werden oplossingen voorgesteld.¹¹

De wetsvoorstellen codificeerden grotendeels het reeds geldende recht en de jurisprudentie en brachten bovendien verheldering ten aanzien van een aantal omstrede vraagstukken waarover geen of slechts zeer oude rechtspraak van de Hoge Raad bestaat en waarover de literatuur verdeeld is. Om deze reden is en blijft de regeling van de wetsvoorstellen en de toelichting daarbij van belang. Daarnaast bevatten de wetsvoorstellen enkele belangrijke vernieuwingen, waaronder het opheffen van het verschil tussen beroep en bedrijf als kwalificatiemiddel, het daarmee gepaard gaande verdwijnen van de maatschap en de vennootschap onder firma en de daaruit voortvloeiende uitbreiding van de aansprakelijkheid van maten in de openbare maatschap, de mogelijkheid om te kiezen voor rechtspersoonlijkheid en de juridische omzetting van een rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschap in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Deze vernieuwingen hingen voor een groot deel samen met de ontwikkelingen in de samenleving en beantwoordden aan de vraag naar een modern en op de praktijk toegesneden vennootschapsrecht.

Vreemd genoeg lijken deze vernieuwingen, waaronder dus het afschaffen van het verschil tussen beroep en bedrijf en de daarmee samenhangende omstrede uitbereiding van de aansprakelijkheid van de maten in de openbare maatschap, niet de primaire aanleiding voor het intrekken van de wetsvoorstellen. Als ik de brief van de minister

5. Zie voor een overzicht van de parlementaire behandeling van beide wetsvoorstellen J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: BJu 2007, p. 24-27 en J.J.A. Hamers, ‘Titel 7.13 BW (vennootschap) en Raaijmakers’ “crusade”’, *TvOB* 2009-6, p. 156-157.

6. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, nr. B.

7. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, nr. C.

8. Als vertrekpunt neem ik het Ontwerp Van der Grinten uit 1972. Een ontwerp dat uitblonk door eenvoud, dat drie afdelingen kende, en als uitgangspunt nam dat de openbare vennootschap ter uitoefening van een beroep (de huidige openbare maatschap), de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap rechtspersoonlijkheid zouden bezitten. De openbare vennootschappen zouden dan weliswaar rechtspersonen zijn, de persoonlijke betrokkenheid van de vennoten bleef, ook in dit ontwerp, bestaan. De vennoten waren aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap.

9. *Kamerstukken II* 2011/12, 28 746, nr. 7.

10. Bijvoorbeeld de termen ‘aandeel in de vennootschap die rechtspersoon is’ en ‘economische deelgerechtigdheid’ in artikel 7:807 BW. Zie hierover J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: BJu 2007, p. 116 e.v.

11. Zie bijvoorbeeld J.J.A. Hamers & C.A. Schwarz, ‘Extern gered! Intern de klos?’, *TvOB* 2011-1, p. 14-18. Zie ook de *TvOB*-special (*TvOB* 2011-2) over titel 7.13 BW met bijdragen van W.J.M. van Veen, J.J.M. Grapperhaus, T.P. van Duuren en A.J.S.M. Tervoort.

goed lees,¹² lijkt het erop dat het ontbreken van steun voor de nieuwe regeling vanuit het midden- en kleinbedrijf en de aldaar levende vrees voor de met de invoering van de regeling gepaard gaande kosten doorslaggevend waren.

Nu de wetsvoorstellen zijn ingetrokken, ontberen we ook de oplossingen die de regeling bracht voor onopgeloste en omstreden vraagstukken en blijven we zitten met een antieke regeling, die sinds haar totstandkoming nauwelijks is aangepast aan de maatschappelijke ontwikkelingen. We zijn dus terug bij af.

4. Onderscheid beroep en bedrijf

Een van de aspecten waaruit blijkt dat huidige regeling niet met zijn tijd is meegegaan betreft het onderscheid tussen beroep en bedrijf. Het verschil tussen beroep en bedrijf vervaagt in de hedendaagse maatschappij. Toch worden beide begrippen nog steeds gebruikt om onderscheid te maken tussen de maatschap en de vennootschap onder firma.

Bij de wet van 2 juni 1934¹³ tot opheffing van het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en tussen kooplieden en niet-kooplieden, die op 1 januari 1935 in werking is getreden, werden de begrippen 'koopman', 'kooplieden' en 'daden van koophandel' uit ons wettelijk systeem geschrapt. Wat ontstond, was het onderscheid tussen bedrijf en beroep. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de eerdergenoemde wet werd betoogd dat de term 'beroep' ruimer is dan 'bedrijf'. Een beroep zou een regelmatige maatschappelijke werkzaamheid inhouden en een bedrijf zou omschreven kunnen worden als een beroep waarbij de persoonlijke kwaliteiten van de beoefenaar niet op de voorgrond staan. Dit onderscheid zou op basis van de verkeersopvattingen zeker kunnen worden bepaald. Zowel bij de uitoefening van een beroep als bij de uitoefening van een bedrijf gaat het om regelmatige en openlijke maatschappelijke werkzaamheid.¹⁴ Waar zit het verschil? Bij welke werkzaamheden staan de persoonlijke kwaliteiten van de beoefenaar op de voorgrond en bij welke activiteiten is dat niet het geval? Ik citeer op dit punt Mohr:¹⁵

'(...) hij die geacht moet worden primair te handelen uit ideële overwegingen en die regelmatig en in gegarandeerde onafhankelijkheid, maatschappelijk werkzaam is op een terrein waarop het (gezien de existentiële belangen die aan hem door derden worden toevertrouwd) vooral aankomt op hoogontwikkelde persoonsgebonden kwaliteiten en die ook juist daarom wordt gezocht, die heeft een beroep. Degene daarentegen die uit primair materiële overweging, om voor zichzelf voordeel te behalen, regelmatig maatschappelijke werkzaamheden verricht, waarbij zijn persoonlijke kwaliteiten in de ogen van degenen in wier belang hij zijn diensten aanwendt (of aan wie hij zijn

producten verkoopt) niet zozeer ter zake doen, die heeft een bedrijf. Men zie het: de homo ethicus tegenover de homo economicus.'

De maatschap was in oorsprong bedoeld als het samenwerkingsverband voor beroepsbeoefenaren, terwijl het openbare bedrijf in de vorm van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap werd bedreven. Het gemaakte onderscheid stamt uit een tijd waarin het verschil tussen beroepsmatige en bedrijfsmatige activiteiten waarschijnlijk duidelijk kon worden gemaakt. Met veranderingen in de maatschappij verandert ook het recht en de rechtspraak. De begrenzingsen zoals hiervoor aangegeven, zijn in onze tijd aan vervaging onderhevig. We weten wel zo ongeveer wat een beroepsbeoefenaar is of was, een persoon die zijn kennis en kunde ter beschikking van de maatschappij stelt en die leeft voor het bevorderen van de kwaliteit van de samenleving en niet hecht aan materie. Terwijl de uitoefenaars van een bedrijf – kort gezegd – sturen op geldelijk gewin. Echter, langzamerhand dient geconstateerd te worden dat (het merendeel van) de beroepsbeoefenaren hun beroep op een bedrijfsmatige manier uitoefenen en zeker niet vies zijn van harde pecunia. Deze beroepsbeoefenaren werken desalniettemin veelal samen in maatschapverband en onder gemeenschappelijke naam.

In het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW waren de begrippen 'beroep' en 'bedrijf' niet langer van belang voor de kwalificatie van het soort personenvennootschap.¹⁶ Een openbare vennootschap in de zin van het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW was een samenvoeging van de openbare maatschap en de vennootschap onder firma en zij werd in artikel 801 lid 1 van het wetsvoorstel omschreven als de vennootschap tot uitoefening van een beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen,¹⁷ die op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam. Daargelaten wat men in het algemeen van het theoretische onderscheid tussen beroep en bedrijf vindt, vaststaat dat de wetgever, met het intrekken van de wetsvoorstellen, vasthoudt aan het onderscheid tussen beroep en bedrijf ter kwalificatie van een openbare maatschap enerzijds en een vennootschap onder firma en een commanditaire vennootschap anderzijds. De vraag is of dit correct is. Immers, in de huidige regeling zijn belangrijke consequenties verbonden aan het samenwerken in de vorm van een maatschap, een vennootschap onder firma en een commanditaire vennootschap. Deze gevolgen uiten zich voornamelijk daar waar de personenvennootschap in contact treedt met derden.

12. Zie ook de antwoorden van de minister op de vragen gesteld door D66 Tweede Kamerlid A.G. Schouw (*Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 962) waarin de minister herhaaldelijk verwijst naar de opvattingen van vertegenwoordigers van VNO-NCW en MKB.

13. *Stb.* 1934, 347.

14. *Bijlage Handelingen II* 1933/34, nr. 72, p. 2-3 (MvT).

15. A.L. Mohr & V. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: 2009, p. 89.

16. Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 15.

17. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 10.

5. Aansprakelijkheid bij de personenvennootschap

Met het onderscheid tussen beroep en bedrijf hangt het verschil samen in aansprakelijkheids- en vertegenwoordigingsregime (zie hierna onder 6) tussen de maatschap en de vennootschap onder firma. Aansprakelijkheid voor gelijke delen voor de maten van de maatschap en hoofdelijke verbondenheid van de beherende vennoten in de VOF en de CV. In de voorgestelde titel 7.13 BW was dit anders. Ten gevolge van het verdwijnen van het verschil tussen beroep en bedrijf, verdwenen ook de maatschap en de vennootschap onder firma. Daarvoor in de plaats kwam de openbare vennootschap. In deze vennootschap waren alle vennoten hoofdelijk verbonden voor haar verbintenissen en was iedere vennoot in beginsel volledig vertegenwoordigingsbevoegd. Een helder systeem. Door het intrekken van de voorgestelde regeling belanden we op een punt waar we, naar mijn mening, helemaal niet willen zijn.

Eerder schreef ik dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf in de praktijk verdwenen, dan wel sterk vervaagd is. Desalniettemin blijft het onderscheid in aansprakelijkheid van maten in een maatschap enerzijds en beherende vennoten in een vennootschap onder firma en een commanditaire vennootschap anderzijds bestaan. Dit geldt ook voor het vertegenwoordigingsstelsel. Mij lijkt dit zeer onwenselijk. Indien maten in een openbare maatschap hun 'beroep' bedrijfsmatig uitoefenen dan past daar een ander aansprakelijkheidsregime bij. Deze opvatting was duidelijk terug te vinden in het wetsvoorstel.¹⁸

Een andere vraag waarop het wetsvoorstel een antwoord gaf, was die naar de verbondenheid van een toetredende vennoot voor bestaande vennootschapsschulden. Een onderwerp waarover in de literatuur geen overeenstemming bestaat.¹⁹ Maeijer²⁰ en Van Mourik²¹ zijn van mening dat een toetredende vennoot niet aansprakelijk is voor oude schulden. Mohr en Meijers²² en Van Solinge²³ achten de toetredende vennoot voor deze schulden wel aansprakelijk. In artikel 7:824 lid 2 van het wetsvoorstel werd de knoop doorgehakt: de toetredende of opvolgende vennoot is niet verbonden voor bestaande vennootschapsschulden. Er was geen goede reden om verbondenheid van een toetredende of opvolgende vennoot te aanvaarden voor oude schulden. De vennootschapsschuldeisers worden niet in hun verhaalsmogelijkheden gekort wanneer de nieuwe vennoot uitsluitend voor nieuwe vorderingen kan worden aangesproken. De schuldeisers blijven de mogelijkheid houden om zich te verhalen op de oude vennoten en op het vennootschapsvermogen.²⁴ De toetreding leidt zelfs tot een uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden. De vennootschapsschuldeisers kunnen zich op het vennootschapsvermogen verhalen, en na toetreding en in-

breng door de toetredende behoort hiertoe ook het door hem ingebrachte nieuwe vermogen.

Ten gevolge van het intrekken van de wetsvoorstellen ontstaat op dit vlak wederom onduidelijkheid. Is de toetredende vennoot nu wel of niet verbonden voor op het moment van zijn toetreding bestaande vennootschapsschulden? Er is uiteraard geen goede grond de schuldeiser te laten profiteren van de omstandigheid dat de kredietwaardigheid van de vennootschap is versterkt door toetreding van een nieuwe vennoot, een toetreding die op het moment dat hij de vordering op de vennootschap verkreeg voor hem niet te voorzien was en waarmee hij dus geen rekening heeft kunnen houden bij zijn beslissing schuldeiser van de vennootschap te worden. Echter, in het wetsvoorstel titel 7.13 werd deze uitbreiding van verhaalsmogelijkheden niet voorkomen. Ook al is de nieuwe vennoot niet zelf verbonden voor de oude schulden, de oude schulden konden wel mede op het door hem ingebrachte vermogen worden verhaald. Consequent zou zijn geweest: ofwel geen persoonlijke aansprakelijkheid van de nieuwe vennoot én geen verhaal op zijn inbreng, ofwel het tegendeel, namelijk aansprakelijkheid ook voor oude schulden en dus ook verhaal op zijn inbreng voor oude schulden.

Naar geldend recht kunnen de oude schuldeisers zich op het gehele vennootschapsvermogen verhalen, inclusief de inbreng van de nieuwe vennoot. Als ik het goed zie kiezen Mohr en Meijers mede om deze reden voor verbondenheid van de nieuwe vennoot.²⁵ Ik deel deze opvatting. Naar mijn mening dient de toetredende vennoot naar huidig recht met zijn privévermogen aansprakelijk te zijn voor bestaande vennootschapsschulden. Het is inconsequent wanneer, ondanks niet-verbondenheid van de toetredende vennoot voor oude schulden, zijn inbreng kan worden uitgewonnen voor deze oude schulden. Tevens is het ondoenlijk binnen het afgescheiden vermogen van de vennootschap een nieuwe afscheiding te maken waardoor de inbreng van de toetredende vennoot niet uitwinbaar is voor oude schulden. Bovendien is het aan de toetredende onderzoeker te verrichten naar de financiële toestand van de vennootschap waarvan hij deel wenst te gaan uitmaken. Indien de uitkomst van dit onderzoek hem niet bevalt, zou hij niet moeten toetreden.

6. Vertegenwoordiging van de personenvennootschap

Ten aanzien van de vertegenwoordiging geldt dat iedere beherende vennoot in een VOF of CV, die daarvan niet is uitgesloten, bevoegd is de vennootschap, lees de gezamenlijke vennoten, te vertegenwoordigen, terwijl bij de maatschap het tegenovergestelde geldt: enkel vertegen-

18. Vgl. het voorgestelde artikel 7:813 BW.

19. A.L. Mohr & V. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: 2009, p. 289-290 die ook naar tegenstrijdige lagere rechtspraak verwijzen.

20. Asser/Maeijer 1995 (5-V), nr. 279-280; Asser/Maeijer & Van Olffen 2010 (7-VII*), nr. 268.

21. M.J.A. van Mourik, *De personenvennootschap*, Zwolle: 1993, nr. 30.

22. A.L. Mohr & V. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: 2009, p. 290-291.

23. A.G. van Solinge, *De vennootschap volgens het ontwerp-BW* (preadvies uitgebracht voor de Vereniging 'Handelsrecht'), 1974, p. 126.

24. Vgl. het voorgestelde artikel 7:806 lid 2 BW.

25. A.L. Mohr & V. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: 2009, p. 289-291. Deze uitkomst komt overigens overeen met het thans geldende Duitse recht: § 130 HGB ('(1) Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 128 und 129 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht. (2) Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.').

woordiging van de maatschap door een maat indien deze daartoe een volmacht heeft. Ook voor wat de vertegenwoordiging van de maatschap betreft, zou ik willen verdedigen dat we toe zijn aan een gelijkschakeling met de regeling van de VOF.

Indien gesproken wordt over vertegenwoordiging van de maatschap wordt bedoeld op het handelen in naam van de maatschap. Alleen dan kan de maatschap, het geheel van maten, gebonden worden. Hiervan moet worden onderscheiden het handelen van een maat voor rekening van de maatschap. Een maat kan een handeling in eigen naam maar voor rekening van de maatschap verrichten. Dit wil zeggen dat de handelende maat de 'kosten' naar rato voor rekening van de overige maten (of de maatschapskas) kan brengen, terwijl hij zelf jegens de derde gebonden is. Welke specifieke handelingen voor rekening van de maatschap kunnen worden gebracht, zal afhangen van het feit of de betreffende handeling gekwalificeerd moet worden als een beheers- dan wel een beschikkingshandeling. Een beheershandeling komt in beginsel voor rekening van de maatschap, tenzij over deze handeling een preventief veto is uitgesproken (artikel 7A:1676 onder 1 BW). Beschikkingsdaden komen voor rekening van de handelende maat, tenzij er voorafgaande toestemming (volmacht) van de overige maten aanwezig was. In het wetsvoorstel verviel met het onderscheid tussen maatschap en VOF ook het verschil in vertegenwoordigingsregime. Ook naar huidig recht zou gesteld kunnen worden dat uit het feit dat een maat bevoegd is tot beheersdaden volgt dat hij ook bevoegd is deze daden te verrichten als vertegenwoordiger van de maatschap. Beheersbevoegdheid houdt dan vertegenwoordigingsbevoegdheid in.²⁶ Aangezien volmacht ook stilzwijgend kan worden verleend (artikel 3:61 lid 1 BW), zou ik de stelling willen innemen dat het verlenen van beheersbevoegdheid in de zin van artikel 7A:1673 BW en de beheersbevoegdheid van artikel 7A:1676 onder 1 BW tevens impliceert het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ter ondersteuning van deze opvatting zou gesteld kunnen worden dat in het huidige tijdsgewricht en in het moderne recht de personenvennootschap wordt gezien als aparte entiteit, naast de vennoten. Deze entiteit kan alleen handelen als zij wordt vertegenwoordigd door een of meerdere beherende vennoten; het bestuur van het samenwerkingsverband. Dit 'bestuur' kan gezien worden als een orgaan van de personenvennootschap. Zoals de bestuurders van een kapitaalvennootschap en de beherende vennoten van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap in beginsel vertegenwoordigingsbevoegd zijn, kan naar huidig recht ook worden aangenomen dat de beherende maten in de maatschap vertegenwoordigingsbevoegd zijn voor zover hun beheersbevoegd-

heid strekt. Anders dan bij de rechtspersonen van Boek 2 BW en de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap moet deze vertegenwoordigingsbevoegdheid worden aangenomen zonder wettelijke basis.

7. De (stille) maatschap en het handelsregister

De handelsregisterwet 2007 geeft geen omschrijving van het begrip 'onderneming'. Daarvoor moeten we zijn in artikel 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 (jo. artikel 8 onder b Hregw 2007). Van een onderneming is sprake indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van een of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. Een en ander betekent dat aan de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap een onderneming toebehoort en dat die dus ingeschreven moet worden in het handelsregister. Ook de openbare maatschap ter uitoefening van een beroep dient in het handelsregister te worden ingeschreven. Immers, onder het begrip 'onderneming' in de zin van de Handelsregisterwet 2007 valt ook het vrije beroep (artikel 5 Hregw 2007). Ten aanzien van de stille maatschap ter uitoefening van een beroep of een bedrijf werd aangenomen dat zij niet tot inschrijving verplicht was. Een stille maatschap drijft geen onderneming, daar zij niet op een voor derden duidelijk herkenbare wijze naar buiten optreedt. Dit laatste wordt gezien als een wezenlijk element van het begrip 'onderneming'.²⁷ Echter, op 3 mei 2011 verscheen een wijziging van de beleidsregel²⁸ van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister in verband met de inschrijving van stille maatschappen.²⁹ In deze beleidsregel wordt bepaald dat ook aan een stille maatschap een onderneming kan toebehoren indien de activiteiten van de maatschap in Nederland als zodanig kwalificeren. De maten dienen aannemelijk te maken dat de samenwerkingsvorm een stille maatschap betreft. Met ingang van 16 mei 2011 dienen stille maatschappen die een onderneming drijven in het handelsregister te worden ingeschreven. De vraag die dan rijst is op welke wijze c.q. onder welke naam een stille maatschap moet worden ingeschreven. Op de website van de Kamer van Koophandel³⁰ treffen we de volgende toelichting aan:

'In het Handelsregister wordt de onderneming geregistreerd en apart daarvan degene die de onderneming exploiteert. De onderneming draagt een zogeheten handelsnaam (waarmee hij naar buiten treedt). Degene die de

26. Deze stelling wordt verdedigd door o.a. Asser/Maeijer (5-V), nr. 110-111, zich baserend op o.a. C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek Verklaard*, deel IX, 's-Gravenhage: 1885, p. 112. Opzoomer neemt aan dat de beheersbevoegdheid die aan een maat wordt gegeven na het sluiten van de overeenkomst van maatschap gebaseerd is op lastgeving en dat hieruit een volmacht voortvloeit (deel IX, p. 95). Zie ook Formulier 2a (inschrijving maatschap) van de Kamer van Koophandel. In dat formulier wordt onder punt 4 geëist dat ingeschreven wordt welke maten bevoegd zijn, of deze bevoegdheid onbeperkt is en, zo nee, welke beperkingen van toepassing zijn. Waarschijnlijk is met de term 'bevoegdheid' de vertegenwoordigingsbevoegdheid bedoeld.

27. Zie W.R. Veldhuyzen & P.J.M. Jong, *Het handelsregister*, Deventer: 2009, p. 23, 70 en 71.

28. *Stcrt.* 2008, 123, 30 juni 2008, p. 15.

29. *Stcrt.* 2011, 8401, 16 mei 2011.

30. www.kvk.nl/over-de-kvk/uw-inschrijving-bij-de-kamer-van-koophandel/inschrijven-bij-de-kamer-van-koophandel/moet-ik-mijn-bedrijf-inschrijven/inschrijving-stille-maatschap/.

onderneming exploiteert heeft ook een naam, dat kan een persoonsnaam zijn, maar ook een vof, bv, (stille) maatschap etc. In de naam van de stille maatschap moeten de woorden "stille maatschap" worden opgenomen. Dit is noodzakelijk om een onderscheid te kunnen maken tussen een openbare en stille maatschap.

Let op: wanneer extern onder de naam van de stille maatschap wordt opgetreden, wordt dit samenwerkingsverband al snel als openbare maatschap gezien. Daarom is het van belang, de woorden "stille" of "maatschap" alleen intern te gebruiken. Gebruik voor extern optreden – aan- en verkopen bijvoorbeeld – de gekozen handelsnaam van de onderneming waarin niet de woorden "stille" of "maatschap" voorkomt.'

De vraag is nu hoe om te gaan met deze beleidsregel en de invulling ervan door de Kamer van Koophandel? Het kenmerk van een stille maatschap is nu juist dat zij niet op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde gemeenschappelijke naam. Het zullen veelal de *individuele* maten zijn die een onderneming in de zin van de Handelsregisterwet 2007 drijven en als afzonderlijke natuurlijke personen ingeschreven staan in het handelsregister.³¹ Een stille maatschap met een handelsnaam is een contradictio in terminis: een handelsnaam betekent dat de maten onder gemeenschappelijke naam deelnemen aan het rechtsverkeer. De maatschap is dan een openbare. De toevoeging 'stille maatschap' aan de handelsnaam kan dit resultaat niet voorkomen. Mijn voorstel is de verplichting tot inschrijving van de stille maatschap per direct te laten vervallen.

Het niet inschrijven van een personenvennootschap in het handelsregister wordt gekwalificeerd als een economisch delict in de zin van artikel 1 onder 4 WED jo. artikel 47 Hregw 2007. Het Wetboek van Koophandel en de Handelsregisterwet vullen deze strafrechtelijke sanctie aan met een civielrechtelijke. De algemene regel voor bescherming van derden tegen niet-inschrijving van feiten in het handelsregister kan gevonden worden in artikel 25 lid 1 Hregw. Deze bepaling is echter niet van toepassing indien de vennootschap onder firma niet is ingeschreven (artikel 25 lid 4 onder a Hregw). In plaats daarvan geldt dan artikel 29 WvK als *lex specialis*. Vreemd genoeg verwijst de huidige versie van artikel 25 lid 4 onder a Hregw naar artikel 7:811 lid 2 BW, een bepaling uit de wetsvoorstellen titel 7.13 BW die niet wordt ingevoerd. Inhoudelijk komt deze bepaling vrijwel overeen met artikel 29 WvK. Artikel 25 lid 4 onder a Hregw moet aldus worden uitgelegd dat het verwijst naar artikel 29 WvK. De oude versie van de Handelsregisterwet verwees in artikel 18 (het equivalent van het huidige artikel 25) nog naar artikel 29 WvK. Dit artikel 29 WvK geldt voor de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap.

Zolang de inschrijving van de vennootschap niet heeft plaatsgevonden, zal de vennootschap ten aanzien van derden worden aangemerkt als algemeen voor alle zaken, als aangegaan voor een onbepaalde tijd en als geen van de vennoten uitsluitende van het recht om voor de firma te handelen of te tekenen. Bij een niet ingeschreven vennootschap gelden de beperkingen die in de vennootschapsovereenkomst ten aanzien van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de afzonderlijke vennoten zijn opgenomen niet ten aanzien van derden. Op dergelijke beperkingen kan dus bij overschrijding daarvan door de vennootschap geen beroep worden gedaan en de vennootschap zal gebonden zijn aan handelingen die door onbevoegde vennoten zijn verricht. Voor de werking van artikel 29 WvK is de goede trouw van de derde overigens niet relevant. In tegenstelling tot artikel 25 lid 1 Hregw maakt artikel 29 WvK geen onderscheid tussen derden te goeder trouw en te kwader trouw. Dus zelfs indien de derde op de hoogte was van het feit dat de vennoot met wie hij handelde niet tot vertegenwoordiging bevoegd was, zal hij zich op artikel 29 WvK kunnen beroepen.

De nieuw ingevoerde verplichting dat ook de openbare maatschap in het handelsregister moet worden ingeschreven anticipeerde op de wetsvoorstellen titel 7.13 BW waarin de openbare maatschap aan hetzelfde regime wordt onderworpen als de huidige vennootschap onder firma. Zoals eerder gezegd zou voor de openbare maatschap ook de regel gaan gelden dat in beginsel alle vennoten vertegenwoordigingsbevoegd zijn binnen het doel van de vennootschap (artikel 811 lid 1). Artikel 7:811 lid 2 BW bevatte een regel die vrijwel letterlijk overgenomen was uit artikel 29 WvK. Ook voor de openbare maatschap zou dus de sanctie gaan gelden dat bij gebrek aan inschrijving in het handelsregister de vennootschap zou gelden als algemeen, aangegaan voor onbepaalde tijd en geen der vennoten uitsluitend van of beperkend in zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid (tenzij de derde van de uitsluiting of beperking op de hoogte was).

Nu de wetsvoorstellen titel 7.13 BW zijn ingetrokken maar de inschrijvingsplicht voor maatschappen niet is ingetrokken en zelfs is uitgebreid tot stille maatschappen, rijst de vraag welke sanctie van toepassing is wanneer de maatschap niet is ingeschreven. In ieder geval is het achterwege laten van inschrijving een economisch delict.³² Artikel 29 WvK is naar mijn mening niet van toepassing op maatschappen. Deze bepaling kan ook niet analoog worden toegepast op maatschappen omdat naar huidig recht het vertegenwoordigingsregime bij de maatschap – nog steeds – van een tegengesteld standpunt uitgaat: namelijk geen vertegenwoordigingsbevoegdheid tenzij (impliciete) volmacht. Bij gebrek aan inschrijving kan dus niet worden aangenomen dat iedere maat bevoegd is tot vertegenwoordiging. Wat dit betreft is de situatie dus niet veranderd ten opzichte van de tijd waarin voor maatschappen nog geen inschrijvingsplicht bestond. Dit is evenwel

31. In de memorie van toelichting bij de Handelsregisterwet 2007 lezen we: 'Echter, ook een zogenaamde vrije beroepsbeoefenaar, bij voorbeeld een notaris, advocaat of arts, kan een onderneming hebben die aan hem als natuurlijke persoon toebehoort. Volgens artikel 5, onderdeel b, moeten ook vrije beroepsbeoefenaren die een onderneming drijven, in het register worden ingeschreven. Bij de vraag of er sprake is van een onderneming wordt dus niet langer onderscheid gemaakt tussen vrije beroepsbeoefenaren en anderen. Dit sluit aan bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken* 28 746), waarin dit onderscheid ook geen rol speelt.' Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 656, nr. 3, p. 28.

32. Artikel 1 onder 4 WED jo. artikel 47 Hregw.

anders indien men aanneemt dat maten in een maatschap gelijk de beherende vennoten in een VOF en CV volledig vertegenwoordigingsbevoegd zijn zolang deze bevoegdheid niet op een voor derden duidelijk zichtbare wijze is beperkt of uitgesloten.

8. Ter afsluiting

Laat ik deze bijdrage afsluiten met een steunbetuiging aan de oproep van Jaap Winter³³ tot het instellen van een commissie die richting geeft aan de ontwikkeling van het Nederlandse vennootschapsrecht (ook zijn onderkant), waarbij kwaliteit, consistentie, rechtszekerheid en bruikbaarheid van deze wetgeving gewaarborgd wordt. Laat deze commissie met klem kijken naar het voorstel voor de ingetrokken regeling van titel 7.13 BW. Onderzoek alles en behoud het goede lijkt in deze een zeer wijze les.

33. J. Winter, 'De staat van ons vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011, 98.

JIN 2013/91 Hoge Raad 's-Gravenhage, 15-03-2013, 11/05494, LJN BY7840
Personenvennootschappen, Maatschap, Opdrachtregeling, Opdracht aan advocatenmaatschap, Persoonlijke aansprakelijkheid maten, Instellen vordering (Moret Gudde Brinkman-arrest)



Aflevering 2013 afl. 5
Rubriek Ondernemingsrecht
College Hoge Raad
Datum 15 maart 2013
Rolnummer 11/05494
LJN BY7840
Rechter(s) mr. Bakels
mr. Van Buchem-Spapens
mr. Heisterkamp
[Eiseres],
gevestigd te [vestigingsplaats],
Eiseres tot cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk,
tegen
1. [Verweerder 1],
wonende te [woonplaats],
2. [Verweester 2],
wonende te [woonplaats],
3. [Verweerder 3],
wonende te [woonplaats],
4. [Verweerder 4],
wonende te [woonplaats],
5. [Verweerder 5],
wonende te [woonplaats],
Verweerders in cassatie,
advocaat: mr. D.M. de Knijff.
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres], [verweerder 1],
[verweester 2], [verweerder 3], [verweerder 4], [verweerder 5] en [verweerder]
c.s.
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Conclusie (concl. A-G mr. Wesseling-van Gent)
Noot *G.C. Vergouwen*
Personenvennootschappen, Maatschap, Opdrachtregeling, Opdracht aan
Trefwoorden advocatenmaatschap, Persoonlijke aansprakelijkheid maten, Instellen vordering
(Moret Gudde Brinkman-arrest)
[BW Boek 7 - 407](#); lid 2
Regelgeving [BW Boek 7](#) - 1679 t/m 7a:1680
[Rv - 118](#)

» Samenvatting

De schuldeisers van de maatschap hebben zowel de mogelijkheid de gezamenlijke maten aansprakelijk te stellen (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als het

aansprakelijk stellen van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogens).

De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap. Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, dan zijn de maten aansprakelijk voor gelijke delen (art. 7A:1679-1681 BW). Ingeval evenwel, zoals hier (zie hiervoor in 3.1 onder (i)), sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, dan is op grond van art. 7:407 lid 2 BW iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van deze artikelen blijft bestaan indien de maat uittreedt.

Vorderingen uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, kunnen ook worden ingesteld tegen de maatschap als zodanig (en in dat geval bij toewijzing worden verhaald op het vermogen van de maatschap, dat een afgescheiden vermogen vormt; vgl. voor dit laatste art. 3:192 BW in verbinding met art. 3:189 lid 2 BW met betrekking tot de ontbonden maatschap). Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, dienen dergelijke vorderingen te worden ingesteld tegen de gezamenlijke (rechts)personen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn. Zoals is aanvaard in HR 5 november 1976, LJN AB7103, NJ 1977/586 (Moret Gudde Brinkman), kan in de dagvaarding worden volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien de gezamenlijke maten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen. De mogelijkheid om aldus de maatschap in rechte te betrekken doet niet af aan de daarnaast bestaande (en eventueel daarmee te combineren) mogelijkheid om de individuele (rechts)personen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren, in rechte te betrekken ter zake van hun hiervoor genoemde persoonlijke aansprakelijkheid.

De schuldeisers van de maatschap hebben dus zowel de mogelijkheid van het aanspreken van de gezamenlijke maten (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als van het aanspreken van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogens).

Uit het vorenstaande volgt dat de onderdelen 1a, 1d en 1e terecht zijn voorgesteld. Anders dan het hof overweegt, volgt uit het feit dat met de maatschap is gecontracteerd, niet dat de maatschap in rechte moet worden betrokken. [eiseres] kon ook ervoor kiezen (mede) de individuele maten te dagvaarden en eventueel tevens, zoals onderdeel 1d terecht aanvoert, om de individuele maten (niet alleen als maat persoonlijk aan te spreken, maar ook) aan te spreken wegens persoonlijke aansprakelijkheid uit anderen hoofde dan hun lidmaatschap van de maatschap. Hiernaast kunnen de door [eiseres] ingestelde vorderingen – die ertoe strekken [verweerder] c.s. individueel te veroordelen tot betaling van de hiervoor in de aanvang van 3.2 bedoelde bedragen – en de daarvoor door haar aangevoerde gronden – zij heeft een beroep gedaan op de hiervoor vermelde art. 7:407 lid 2 BW en 7A:1679-1681 BW – ook niet anders worden opgevat dan dat zij [verweerder] c.s. mede in hun hoedanigheid van individuele maat hebben gedagvaard in deze zaak. Zij heeft [verweerder 1] bovendien mede gedagvaard op de hem slechts persoonlijk – en dus niet als maat – betreffende grondslag van art. 7:404 BW. Hieruit volgt dat de vaststelling van het hof dat het de bedoeling van [eiseres] is geweest om (uitsluitend) de maatschap in rechte te betrekken, onbegrijpelijk is, zoals onderdelen 1b en 1c terecht aanvoeren.

Overigens verdient opmerking dat indien blijkt dat bedoeld is de gezamenlijke maten te dagvaarden, maar niet alle (rechts)personen zijn gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding maat waren, de rechter, desverzocht of zo hij het nodig oordeelt dat de niet gedagvaarde maten aan het geding (kunnen) deelnemen, in beginsel gelegenheid behoort te geven om die personen alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv.

» Uitspraak

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Het gaat in deze beroepsaansprakelijkheidszaak om de vraag of het hof de vorderingen van eiseres tot cassatie, hierna: [eiseres], terecht heeft afgewezen op de grond dat niet de juiste personen zijn gedagvaard.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In de periode van medio 1994 tot medio 2004 heeft verweerder in cassatie onder 1, [verweerder 1], een aantal werkzaamheden als advocaat verricht naar aanleiding van verschillende opdrachten daartoe van zowel [eiseres] als van Bouw- en Exploitatiemaatschappij Roham B.V., hierna: Roham, en haar enig aandeelhouder Wide Alley Properties B.V., hierna: WAP. Deze opdrachten zijn verstrekt aan de maatschap [A], hierna: de maatschap.

1.2 [Verweerder 1] en verweerder in cassatie onder 3, [verweerder 3], zijn persoonlijk geen lid geweest van de maatschap. Zij nemen sedert 1991 via hun praktijkvennootschap deel in de maatschap. Verweester in cassatie onder 2, [verweester 2], is persoonlijk evenmin lid geweest van de maatschap. Zij neemt sedert 2000 via haar praktijkvennootschap deel in de maatschap. Verweerder in cassatie onder 5, [verweerder 5], is persoonlijk toegetreden tot de maatschap per 1 januari 2000. Zijn praktijkvennootschap is sedert begin 2003 lid van de maatschap. Verweerder in cassatie onder 4, [verweerder 4], is persoonlijk toegetreden tot de maatschap per 1 januari 1994. Zijn praktijkvennootschap is sinds medio 2002 lid van de maatschap.

1.3 [Betrokkene 1], heeft tussen 1990 en juni/juli 1994 Roham als advocaat bijgestaan. [Eiseres], Roham en/of WAP verwijten [betrokkene 1] een aantal beroepsfouten te hebben gemaakt. Daarover heeft [verweerder 1] op 8 februari 1996 namens [eiseres] een procedure tegen [betrokkene 1] aangespannen. Deze procedure is geëindigd met het arrest van hof ‘s-Gravenhage van 17 september 2003, waarin de – vermeerderde – eis van [eiseres] werd afgewezen.

1.4 [Eiseres] heeft [verweerder 1] vervolgens opdracht gegeven [betrokkene 1] opnieuw te dagvaarden. Gelet op de termijn van art. 3:316 lid 2 BW moest de dagvaarding uiterlijk op 17 juni 2004 zijn betekend. Betekening heeft op 23 juni 2004 plaatsgevonden.

1.5 [Eiseres] heeft bij aangetekende brief van 8 juli 2004, voor zover relevant, het volgende aan de maatschap geschreven:

“(…) U hebt ons onlangs medegedeeld dat de dagvaarding die u voor [eiseres] zou doen uitbrengen aan [betrokkene 1] (...) niet tijdig is betekend. Als gevolg hiervan is de

stuitingstermijn van artikel 3:316 BW verlopen, en moet rekening worden gehouden met een beroep op verjaring door de gedaagden.

(...) Onze conclusie is dan ook dat de te late uitbrenging van de dagvaarding een beroepsfout van u is.

Hierbij stellen wij de maatschap [A] alsmede alle maten van die maatschap aansprakelijk voor de schade als gevolg van deze beroepsfout. De rechtsvordering die met de dagvaarding is aangelegd, betreft de invordering van een bedrag van € 4.878.132,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 13 september 1994.

(...)”

1.6 In de procedure die met de op 23 juni 2004 betekende dagvaarding werd ingeleid zijn door [eiseres], naast een bedrag van € 4.878.132,=, verschillende bedragen gevorderd. Bij vonnis van 18 oktober 2006 heeft de rechtbank Den Haag alle vorderingen van [eiseres] afgewezen omdat de betreffende rechtsvorderingen op grond van artikel 3:316 lid 2 dan wel artikel 3:310 BW verjaard waren.

1.7 In hoger beroep heeft het hof te ‘s-Gravenhage bij arrest van 22 mei 2008 geoordeeld dat alle vorderingen [\[noot:1\]](#) van [eiseres], Roham en WAP tegen [betrokkene 1] zijn verjaard [\[noot:2\]](#) vanwege de te late dagvaarding en de termijn van art. 3:316 BW [\[noot:3\]](#) dan wel de korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW. [\[noot:4\]](#)

1.8 [Eiseres] heeft bij brieven van 17 juni 2009 aan [verweerder 1], [verweerder 3], [verweerder 2], [verweerder 4] en [verweerder 5], hierna: [verweerder] c.s., voor zover van belang, het volgende geschreven:

“Bij brief van 8 juli 2004 hebben wij de maatschap [A] alsmede alle maten van die maatschap aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van de in die brief omschreven beroepsfout, bestaande uit termijnoverschrijding door [verweerder 1] bij het uitbrengen van een dagvaarding aan [betrokkene 1] (...)

Inmiddels is onherroepelijk vastgesteld dat de rechtsvorderingen die met de in de brief van 8 juli 2004 omschreven dagvaarding zouden worden aangelegd, verjaard zijn wegens het verlopen van de stuitingstermijn van artikel 3:316 BW.

In de procedure die met de te laat uitgebrachte dagvaarding is ingeleid, is op enig moment de eis vermeerderd met een rechtsvordering van Wide Alley Properties N.V. (de aandeelhouder van Roham), welke rechtsvordering ook aan [eiseres] gecedeerd is. Deze rechtsvordering betreft een vordering, eveneens tegen [betrokkene 1] (...) tot betaling van een schadevergoeding van € 5.250.394,= te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 november 1991. De vordering vloeit voort uit het verzuim van [betrokkene 1] om de beroepsfout van [betrokkene 2] te herstellen, waarvoor verwezen wordt naar punt 11 sub a van eerdergenoemde dagvaarding die (te laat) op 25 juni 2004 is uitgebracht. Als gevolg van die beroepsfout heeft Wide Alley Properties N.V. de koopprijs gederfd uit de transactie die beschreven is op pagina 23 van de dagvaarding die (te laat) op 23 juni 2004 is uitgebracht. Die schade is een direct gevolg van de wanprestatie van [betrokkene 1] jegens Roham die een onrechtmatige daad oplevert jegens Wide Alley Properties B.V.

De rechtsvordering terzake van die schade is verjaard op grond van artikel 3:310 lid 1 BW. Die verjaring is een beroepsfout van [verweerder 1], omdat hij verzuimd heeft de betreffende rechtsvordering tijdig aan te leggen, c.q. de verjaring tijdig te stuiten.

Hierbij delen wij u mede dat [eiseres] zich ondubbelzinnig haar rechten op nakoming van de verbintenissen die onderwerp zijn van deze brief , voorbehoudt. (...)”

1.9 [Eiseres] heeft een document in het geding gebracht getiteld “akte van cessie” tussen Roham en WAP enerzijds en [eiseres] anderzijds. Het beoogt de overdracht aan [eiseres] van vorderingen van Roham en WAP op [verweerder] c.s. wegens beroepsfouten als omschreven in de aan de akte gehechte conceptdagvaarding met nummer JWO/SSH/17071/643959/NLM1433588.6.

1.10 [Verweerder] c.s. weigeren betaling.

1.11 Bij dit geding inleidende dagvaarding van 27 oktober 2009 heeft [eiseres] [verweerder] c.s. gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en heeft daarbij, na wijziging van eis, [\[noot:5\]](#) hoofdelijke veroordeling van [verweerder] c.s. gevorderd tot betaling van (a) een bedrag van € 5.250.394,= (b) een bedrag van € 1.188.388,= en (c) een bedrag van € 295.144,=. [\[noot:6\]](#)

1.12 [Eiseres] heeft aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat [verweerder] c.s. als leden van de maatschap op grond van art. 7:407 BW ieder voor het geheel aansprakelijk zijn voor de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomsten van opdracht, te weten drie beroepsfouten van [verweerder 1]. [\[noot:7\]](#)

1.13 [Verweerder] c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

1.14 De rechtbank heeft de vorderingen bij vonnis van 20 oktober 2010 afgewezen.

1.15 [Eiseres] is, onder aanvoering van twee grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam. Zij heeft daarbij haar eis gewijzigd [\[noot:8\]](#) en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank en tot toewijzing van haar gewijzigde vorderingen.

[Verweerder] c.s. hebben de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van h et vonnis waarvan beroep, eventueel met verbetering van gronden.

1.16 Het hof heeft het vonnis bij arrest van 30 augustus 2011 bekrachtigd.

1.17 [Eiseres] heeft tegen dit arrest tijdig [\[noot:9\]](#) beroep in cassatie ingesteld.

[Verweerder] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht.

[Verweerder] c.s hebben gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bevat vijf onderdelen en twintig subonderdelen.

Ik bespreek deze door middel van een analyse van het bestreden arrest.

2.2 Het hof heeft in rechtsoverweging 3.2 de door [eiseres] in hoger beroep ingestelde vorderingen omschreven alsmede de daartoe aangevoerde grondslag, te weten de volgende, door [eiseres] gestelde, beroepsfouten van [verweerder 1]:

1) het niet tijdig, te weten uiterlijk op 17 juni 2004, (doen) betekenen van de dagvaarding in de zaak tegen [betrokkene 1]; [\[noot:10\]](#)

2) het niet tijdig waarschuwen van Roham en WAP dat met de executie van 13 september 1994 de verjaringstermijn van de rechtsoverwegingen van Roham en WAP tegen [betrokkene 1] op 14 september 1994 een aanvang had genomen; [\[noot:11\]](#)

3) het niet tijdig waarschuwen van Roham dat de verjaringstermijn van de vordering mogelijk al op 26 maart 1994 een aanvang had genomen, hetgeen [verweerder 1] in ieder geval op 30 oktober 1996 wist of behoorde te weten. [\[noot:12\]](#) Vervolgens heeft het hof de beroepsfout onder 1 beoordeeld in de rechtsoverwegingen 3.4-3.7 en de beroepsfouten onder 2 en 3 in de rechtsoverwegingen 3.8 en volgende.

2.3 De bekrachtiging door het hof van het vonnis waarvan beroep scharniert om zijn beantwoording van de vraag of [eiseres] de juiste personen in rechte heeft betrokken. Het hof bespreekt deze vraag in de rechtsoverwegingen 3.9-3.13 en voorts in de rechtsoverwegingen 3.14-3.19 aan de hand van het primaire standpunt van [eiseres] en in de rechtsoverwegingen 3.20-3.23 naar aanleiding van het subsidiaire standpunt van [eiseres] (dus in de bespreking van de beroepsfouten 2 en 3), met als slotsom in rechtsoverweging 3.24 het antwoord dat [eiseres] dat niet heeft gedaan. Ook bij de beoordeling van de beroepsfout onder 1 in rechtsoverweging 3.7 wordt echter naar de rechtsoverwegingen 3.9-3.19 verwezen.

De onderdelen 1 en 2, en in het kielzog daarvan onderdeel 5, richten zich tegen de rechtsoverwegingen 3.9-3.19 en de onderdelen 3 en 4 tegen de rechtsoverwegingen 3.22-3.24.

2.4 Voor de beoordeling van de onderhavige zaak is allereerst van belang dat het hof – in cassatie niet bestreden [\[noot:13\]](#) – heeft vastgesteld dat de opdrachten van zowel [eiseres] als Roham en WAP, naar aanleiding waarvan [verweerder 1] in de periode van medio 1994 tot medio 2004 werkzaamheden als advocaat heeft verricht, zijn verstrekt aan de maatschap.

2.5 Daarnaast heeft het hof in rechtsoverweging 3.10 onbestreden vastgesteld dat de maatschap als zodanig niet is gedagvaard. Gelet op de – onbestreden – vaststelling van het hof dat [verweerder] c.s. sedert begin 2003 allen via hun praktijkvennootschap deel uitmaakten van de maatschap en gezien het feit dat de onderhavige procedure is ingeleid met de op 27 oktober 2009 aan [verweerder] c.s. allen in privé uitgebrachte dagvaarding, heeft het hof in rechtsoverweging 3.11 de vraag opgeworpen of met de dagvaarding van [verweerder] c.s. de gezamenlijke maten zijn gedagvaard.

2.6 Het antwoord op deze vraag is doorslaggevend nu, zoals het hof terecht in rechtsoverweging 3.10 heeft vooropgesteld, een crediteur bij het in rechte betrekken van een openbare maatschap de keuze heeft om de maatschap, dan wel de gezamenlijke maten te dagvaarden. [\[noot:14\]](#)

2.7 Als de gezamenlijke maten van een maatschap in rechte worden betrokken, dienen dat, aldus het hof in rechtsoverweging 3.12, die (rechts)personen te zijn die ten tijde van de dagvaarding als maat deelnemen.

Dit oordeel is m.i. juist omdat het moment van dagvaarding bepalend is en niet de samenstelling van de maatschap ten tijde van bijvoorbeeld de opdrachtverlening of het begaan van de beroepsfout. [\[noot:15\]](#) Hetzelfde geldt indien bijvoorbeeld een crediteur een inmiddels meerderjarig geworden persoon in rechte wenst te betrekken voor iets wat deze als minderjarige heeft gedaan: hij zal dan de meerderjarige moeten dagvaarden en niet de wettelijk vertegenwoordiger. Een ander voorbeeld is het in rechte betrekken van een inmiddels in staat van faillissement verklaarde (rechts)persoon: men zal dan de curator moeten dagvaarden. [\[noot:16\]](#)

De samenstelling van een maatschap op het moment van de opdrachtverlening dan wel het moment van de beroepsfout is hooguit van belang voor de (interne) draagplicht, hetgeen weer afhangt van wat de toe- of uitgetreden maat is overeengekomen met de maatschap op het moment van toe- of uittreding. [\[noot:17\]](#)

2.8 Uit het vorenstaande vloeit voort dat het voor een derde die een maatschap wenst te dagvaarden verreweg het eenvoudigst is om de weg te volgen die de Hoge Raad in 1976 mogelijk heeft gemaakt, te weten die maatschap als zodanig te dagvaarden, en niet door middel van de dagvaarding van de gezamenlijke maten.

2.9 [Eiseres] zou, ondanks het feit dat zij de verkeerde personen heeft gedagvaard, desalniettemin ontvankelijk kunnen zijn in haar vorderingen indien (i) sprake is van verschoonbare onwetendheid aan haar kant omtrent de (rechts)personen die moesten worden gedagvaard of (ii) een kennelijke vergissing is gemaakt die kan worden gerectificeerd dan wel (iii) partijen de rechtsstrijd met elkaar zijn aangegaan. [\[noot:18\]](#) De onder (ii) en (iii) genoemde omstandigheden zijn in de onderhavige zaak niet aan de orde. Op de onder (i) genoemde omstandigheid is het hof ingegaan in de rechtsoverwegingen 3.14 tot en met 3.19.

2.10 Ik lees in het cassatiemiddel geen klacht tegen het oordeel van het hof dat [eiseres] het standpunt inneemt dat haar verschoonbare onwetendheid omtrent de samenstelling van de maatschap ziet op het moment dat de beroepsfouten zouden zijn gemaakt.

Dat is evenwel niet het beslissende moment voor de ontvankelijkheid. Zoals hiervoor uiteengezet dient het te gaan om verschoonbare onwetendheid omtrent de (rechts)personen die moesten worden gedagvaard en derhalve om de samenstelling van de maatschap op het moment van dagvaarding. Het doet er mitsdien niet toe wat [eiseres] in dit verband heeft aangevoerd omtrent de persoonsvermeldingen op het briefpapier van de maatschap, nu deze persoonsvermeldingen niet zien op het moment van dagvaarding, maar op het moment van de beroepsfouten van [verweerder 1]. Eventuele verschoonbare onwetendheid omtrent de samenstelling van de maatschap ten tijde van die beroepsfouten kan er dan ook niet toe leiden dat [eiseres] met een beroep daarop alsnog geacht zou kunnen worden de juiste (rechts)personen te hebben gedagvaard.

Hetzelfde geldt voor het moment van opdrachtverlening. [\[noot:19\]](#)

2.11 De tegen de rechtsoverwegingen 3.14-3.19 gerichte klachten missen, wat er verder zij van de beoordeling van het hof van dit – verkeerde – standpunt van [eiseres], op grond van vorenstaande belang.

2.12 Naar mijn mening bevat het middel geen klachten tegen rechtsoverweging 3.20, althans geen klachten die voldoen aan de eisen die ingevolge art. 407 lid 2 Rv. aan een cassatiemiddel moeten worden gesteld.

2.13 Kern van het cassatieberoep is de stelling van [eiseres] dat niet doorslaggevend is of zij met de maatschap heeft gecontracteerd als een of meer van de gedagvaarde personen maar maat in de maatschap was of waren (ten tijde van de beroepsfouten of ten tijde van de opdrachten), nu [verweerder] c.s. als de gedagvaarde personen door [eiseres] hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van hetzij art. 7:407 lid 2 BW, hetzij omdat zij aansprakelijk zijn voor de schuld van de maatschap, hetzij [verweerder 1] persoonlijk aansprakelijk is op grond van art. 7:404 BW dan wel op de voet van de Verordening op de praktijkuitoefening van 24 november 1972.

Het hof heeft deze materie beoordeeld in de rechtsoverwegingen 3.21 tot en met 3.23.

2.14 Wat er verder zij van deze beoordeling en de daartegen gerichte klachten, met het stellen van een bepaalde grondslag voor zijn vorderingsrecht kan niet worden bereikt dat men ondanks het dagvaarden van de verkeerde persoon toch ontvankelijk is in zijn rechtsvordering tegen de gedagvaarde persoon. [\[noot:20\]](#) Snijders, Klaassen en Meijer onderscheiden, in navolging van anderen,; (a) het subjectieve recht, dat wil zeggen de materiële aanspraak van de schuldeiser, (b) het vorderingsrecht (het “ius agendi”), dat wil zeggen het recht om zonodig in rechte aanspraak te maken op een subjectief recht en (c) de rechtsvordering, dat wil zeggen de processuele handeling zelf. [\[noot:21\]](#)

De rechtsvordering (de “demande”) is, zoals Heemskerk het verwoordt, het processuele middel om een vorderingsrecht (de “action”) dat iemand jegens een ander heeft (of meent te hebben), aan het oordeel van de rechter te onderwerpen teneinde daarover een vonnis te verkrijgen. De absolute bevoegdheid van de rechter in een concreet geval wordt bepaald naar de rechtsvordering (de “demande”) zoals ingesteld door de eiser, en niet naar het daarachter liggend vorderingsrecht van eiser (de “action”) of naar de weer daarachter liggende materieelrechtelijke rechtsverhouding. [\[noot:22\]](#) Dat betekent concreet dat wanneer de verkeerde persoon is gedagvaard, niet toch ontvankelijkheid kan worden ontleend aan het stellen van een bepaalde grondslag voor het betreffende vorderingsrecht.

2.15 Ook in dat opzicht is het oordeel van het hof in rechtsoverweging 3.24 dat [eiseres] niet de juiste (rechts)personen heeft gedagvaard, juist.

Hierop stuit het middel in al zijn (sub)onderdelen af en behoeven deze geen nadere bespreking.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

(...; Red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

(i) In de periode van medio 1994 tot medio 2004 heeft [verweerder 1] als advocaat werkzaamheden verricht in opdracht van [eiseres], Bouw- en Exploitatiemaatschappij Roham B.V. (hierna: Roham) en de enig aandeelhouder van laatstgenoemde, Wide Alley Properties B.V. (hierna: WAP). De opdrachten voor de werkzaamheden zijn verstrekt aan de maatschap [A] (hierna: de maatschap).

(ii) [Verweerder 1], [verweerder 3] en [verweester 2] zijn persoonlijk geen lid geweest van de maatschap. [Verweerder 1] en [verweerder 3] hebben sedert 1991 door middel van hun praktijkvennootschap deelgenomen in de maatschap, [verweester 2] sedert 2000 door middel van haar praktijkvennootschap. [Verweerder 5] is persoonlijk toegetreden tot de maatschap per 1 januari 2000. Zijn praktijkvennootschap is sedert begin 2003 in zijn plaats lid van de maatschap. [Verweerder 4] is persoonlijk toegetreden tot de maatschap per 1 januari 1994. Zijn praktijkvennootschap is in zijn plaats lid van de maatschap sinds medio 2002.

(iii) [Betrokkene 1] heeft tussen 1990 en juni of juli 1994 Roham als advocaat bijgestaan. [Eiseres], Roham en WAP verwijten [betrokkene 1] een aantal beroepsfouten te hebben gemaakt. Met betrekking tot die fouten heeft [verweerder 1] op 8 februari 1996 voor [eiseres] een procedure tegen [betrokkene 1] aangespannen. Deze procedure is geëindigd met een arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 17 september 2003, waarin de eis van [eiseres] is afgewezen.

(iv) [Eiseres] heeft [verweerder 1] hierna opdracht gegeven [betrokkene 1] opnieuw te dagvaarden. Gelet op de termijn van art. 3:316 lid 2 BW moest de dagvaarding uiterlijk op 17 juni 2004 zijn betekend. Betekening heeft pas op 23 juni 2004 plaatsgevonden.

(v) Nadat [verweerder 1] [eiseres] op de hoogte had gesteld van het feit dat de dagvaarding te laat was uitgebracht, heeft [eiseres] bij brief van 8 juli 2004 de maatschap alsmede alle maten van de maatschap aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van deze fout.

(vi) In de procedure die met de op 23 juni 2004 betekende dagvaarding is ingeleid – en die door een andere advocaat van een ander advocatenkantoor is behandeld –, heeft het hof uiteindelijk bij arrest van 22 mei 2008 alle vorderingen afgewezen, goeddeels omdat deze waren verjaard, voor een deel van die vorderingen omdat de termijn van art. 3:316 lid 2 BW was verstreken en voor het andere deel omdat de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW was verstreken.

(vii) [Eiseres] heeft, onder verwijzing naar haar hiervoor onder (v) genoemde brief, [verweerder] c.s. bij brief van 17 juni 2009 bericht dat de verjaring op grond van art. 3:316 lid 2 BW inmiddels onherroepelijk vaststaat, dat ook de verjaring op grond van art. 3:310 BW te wijten is aan een beroepsfout van [verweerder 1] en dat zij zich het recht voorbehoudt op de nakoming van de verbintenissen die het onderwerp zijn van de brief.

(viii) Volgens [eiseres] hebben Roham en WAP hun vorderingen op [verweerder] c.s. terzake van de volgens [eiseres] door [verweerder 1] begane beroepsfouten aan haar gecedeerd. Van

deze cessie heeft [eiseres] mededeling gedaan aan [verweerder] c.s. in de inleidende dagvaarding van deze procedure.

3.2 [Eiseres] vordert in deze procedure diverse bedragen van [verweerder] c.s. wegens drie beroepsfouten van [verweerder 1].

Die door [eiseres] gestelde fouten zijn door het hof weergegeven in rov. 3.2 van zijn arrest.

3.3 Het hof heeft de vorderingen niet toewijsbaar geoordeeld. Met betrekking tot de drie door [eiseres] gestelde beroepsfouten heeft het hof als volgt overwogen.

(a) De vordering met betrekking tot de eerste beroepsfout is verjaard, nu, anders dan [eiseres] stelt, de hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde brief geen stuitende werking heeft gehad. Anders dan de in 3.1 onder (v) genoemde brief, is deze brief niet gericht aan de maatschap of de gezamenlijke maten afzonderlijk, maar aan een vijftal natuurlijke personen. Het betoog van [eiseres] dat zij heeft beoogd zich in de brief tot de maatschap te richten en dat zij wist wie de maten waren omdat dit uit het briefpapier van de maatschap bleek, verwerpt het hof op dezelfde – hierna onder (b) weer te geven – gronden als waarop het met betrekking tot de tweede en derde door [eiseres] gestelde beroepsfout oordeelt dat [eiseres] niet de juiste personen heeft gedagvaard (rov. 3.6 en 3.7).

(b) Met betrekking tot de tweede en derde gestelde beroepsfout geldt dat [eiseres] heeft gecontracteerd met de maatschap en derhalve de maatschap in rechte diende te betrekken. Uit haar stellingen leidt het hof af dat dit ook haar bedoeling was en dat het haar niet erom is te doen tegen [verweerder] c.s. afzonderlijk te procederen (rov. 3.9). Bij het dagvaarden van een openbare maatschap bestaat de keuze om de maatschap dan wel de gezamenlijke maten te dagvaarden (HR 5 november 1976, LJN AB7103, NJ 1977/586 (Moret Gudde Brinkman)). [Eiseres] heeft niet de maatschap gedagvaard (rov. 3.10). Indien de gezamenlijke maten worden gedagvaard, moeten de (rechts)personen worden gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding als maat in de maatschap deelnemen. Indien nodig, zal de maatschap daarvoor de namen en woonplaatsen van de maten moeten opgeven (rov. 3.12). Ten tijde van de dagvaarding bestond de maatschap niet uit [verweerder] c.s. (maar uit hun praktijkvennootschappen) (rov. 3.13). [Eiseres] stelt [verweerder] c.s. te hebben gedagvaard omdat, gelet op de persoonsvermeldingen op het briefpapier van de maatschap ten tijde van de beroepsfouten, zij erop mocht vertrouwen dat de maatschap toen uit [verweerder] c.s. bestond. Deze stelling gaat naar het oordeel van het hof om meerdere redenen niet op (rov. 3.14-3.19).

(c) In het laatstgenoemde verband overweegt het hof onder meer dat de vermelding van namen op het briefpapier van een advocatenkantoor in het onderhavige geval onvoldoende is om tot persoonlijke aansprakelijkheid te concluderen van diegenen die op dat papier met name zijn genoemd. Het hof verwijst hiervoor naar de omstandigheid dat op gezette tijden in de periode van de beweerde beroepsfouten het briefpapier nadrukkelijk vermeldde dat de maatschap tevens beroepsvennootschappen omvat.

Deze mededeling is, naar het hof overweegt, blijkbaar geen reden voor [eiseres] geweest om zich daarover nader te informeren of de relatie met de maatschap te beëindigen. Zij werd bovendien een deel van de periode bijgestaan door een andere advocaat. Tegen die achtergrond kan, aldus het hof, het beroep van [eiseres] (als professionele en geïnformeerde partij) op gewekt vertrouwen of opgewekte schijn niet worden gehonoreerd (rov. 3.18).

(d) Met betrekking tot de tweede en derde gestelde beroepsfout verwerpt het hof voorts het subsidiair door [eiseres] gedane beroep op persoonlijke aansprakelijkheid van [verweerder 1] in verband met het in art. 7:404 BW bepaalde en het feit dat de gegeven opdrachten met het oog op zijn persoon zijn gegeven. Volgens het hof is uitgangspunt dat [verweerder 1] reeds vanaf 1991 slechts door middel van zijn ‘personenvennootschap’ diensten als advocaat verrichtte, en heeft [eiseres] niet toegelicht waarom [verweerder 1] persoonlijk (en niet zijn praktijkvennootschap) aansprakelijk moet worden gehouden. [Eiseres] heeft voorts volgens het hof haar stelling dat [verweerder 1] de opdrachten heeft gekregen met het oog op zijn persoon, niet toegelicht of onderbouwd met stukken die dateren uit de tijd van de opdrachtverlening (rov. 3.22).

(e) Voor zover [eiseres] een beroep doet op persoonlijke aansprakelijkheid van [verweerder 5] geldt overigens dat [verweerder 5] in de periode waarin de beroepsfouten zouden zijn gemaakt persoonlijk noch via zijn beroepsvennootschap lid was van de maatschap. Het hof ziet daarom niet in op welke grond [eiseres] hem aansprakelijk houdt. Voor zover [eiseres] een beroep doet op persoonlijke aansprakelijkheid van [verweerder 4], heeft [eiseres] volgens het hof onvoldoende gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat [verweerder 4] – die naar het hof overweegt bij de uitvoering van de opdrachten van [eiseres], Roham of WAP niet was betrokken –, hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade vanwege de beweerde beroepsfouten van [verweerder 1], zodat haar (eventuele) vordering jegens [verweerder 4] reeds op die grond faalt (rov. 3.23).

3.4.1 Onderdeel 1 keert zich met diverse rechts- en motiveringsklachten tegen de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven oordelen van het hof. Dienaangaande wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap. Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, dan zijn de maten aansprakelijk voor gelijke delen (art. 7A:1679-1681 BW). Ingeval evenwel, zoals hier (zie hiervoor in 3.1 onder (i)), sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, dan is op grond van art. 7:407 lid 2 BW iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van deze artikelen blijft bestaan indien de maat uittreedt.

Vorderingen uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, kunnen ook worden ingesteld tegen de maatschap als zodanig (en in dat geval bij toewijzing worden verhaald op het vermogen van de maatschap, dat een afgescheiden vermogen vormt; vgl. voor dit laatstest. 3:192 BW in verband met art. 3:189 lid 2 BW met betrekking tot de ontbonden maatschap). Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, dienen dergelijke vorderingen te worden ingesteld tegen de gezamenlijke (rechts)personen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn. Zoals is aanvaard in HR 5 november 1976, LJN AB7103, NJ 1977/586 (Moret Gudde Brinkman), kan in de dagvaarding worden volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien de gezamenlijke maten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen. De mogelijkheid om aldus de maatschap in rechte te betrekken doet niet af aan de daarnaast bestaande (en eventueel daarmee te combineren) mogelijkheid om de individuele (rechts)personen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren, in rechte te betrekken ter zake van hun hiervoor genoemde persoonlijke aansprakelijkheid.

De schuldeisers van de maatschap hebben dus zowel de mogelijkheid van het aanspreken van de gezamenlijke maten (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als van het aanspreken van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogens).

3.4.3 Uit het vorenstaande volgt dat de onderdelen 1a, 1d en 1e terecht zijn voorgesteld. Anders dan het hof overweegt, volgt uit het feit dat met de maatschap is gecontracteerd, niet dat de maatschap in rechte moet worden betrokken. [eiseres] kon ook ervoor kiezen (mede) de individuele maten te dagvaarden en eventueel tevens, zoals onderdeel 1d terecht aanvoert, om de individuele maten (niet alleen als maat persoonlijk aan te spreken, maar ook) aan te spreken wegens persoonlijke aansprakelijkheid uit anderen hoofde dan hun lidmaatschap van de maatschap. Hiernaast kunnen de door [eiseres] ingestelde vorderingen – die ertoe strekken [verweerder] c.s. individueel te veroordelen tot betaling van de hiervoor in de aanvang van 3.2 bedoelde bedragen – en de daarvoor door haar aangevoerde gronden – zij heeft een beroep gedaan op de hiervoor vermelde art. 7:407 lid 2 BW en 7A:1679-1681 BW –, ook niet anders worden opgevat dan dat zij [verweerder] c.s. mede in hun hoedanigheid van individuele maat hebben gedagvaard in deze zaak. Zij heeft [verweerder 1] bovendien mede gedagvaard op de hem slechts persoonlijk – en dus niet als maat – betreffende grondslag van art. 7:404 BW. Hieruit volgt dat de vaststelling van het hof dat het de bedoeling van [eiseres] is geweest om (uitsluitend) de maatschap in rechte te betrekken, onbegrijpelijk is, zoals onderdelen 1b en 1c terecht aanvoeren.

Overigens verdient opmerking dat indien blijkt dat bedoeld is de gezamenlijke maten te dagvaarden, maar niet alle (rechts)personen zijn gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding maat waren, de rechter, desverzocht of zo hij het nodig oordeelt dat de niet gedagvaarde maten aan het geding (kunnen) deelnemen, in beginsel gelegenheid behoort te geven om die personen alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv.

3.5.1 Onderdelen 1 en 4 klagen voorts terecht dat het hof bij zijn hiervoor in 3.3 onder (b) en (e) vermelde oordelen heeft miskend dat de maten voor verplichtingen van de maatschap persoonlijk aansprakelijk zijn op de hiervoor in 3.4.2 vermelde gronden. Degene die maat is op het tijdstip dat de in art. 7:407 lid 2 BW bedoelde opdracht is aanvaard, is in beginsel op grond van die bepaling voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming daarvan. Degene die maat is op het tijdstip dat de betrokken schuld van de maatschap ontstaat, is daarvoor voor een gelijk deel aansprakelijk op grond van art. 7A:1679-1681 BW. Anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, vallen geen nadere eisen te stellen voor persoonlijke aansprakelijkheid van de maten. In het geval van [verweerder 5] is derhalve voor persoonlijke aansprakelijkheid reeds voldoende dat hij in 2000 als maat is toegetreden tot de maatschap, na welk tijdstip een deel van de door [eiseres] gestelde schulden is ontstaan, en in het geval van [verweerder 4] dat hij maat was toen de opdrachten door de maatschap werden aanvaard of toen de door [eiseres] gestelde schulden zijn ontstaan.

3.5.2 Het hiervoor in 3.3 onder (c) vermelde oordeel van het hof berust eveneens op de opvatting die hiervoor in 3.5.1 onjuist is bevonden. De gegrondheid van de onderdelen 1 en 4 brengt derhalve mee dat dit oordeel evenmin in stand kan blijven.

3.5.3 Onderdeel 2, dat op het uitgangspunt berust dat het hof bij zijn hiervoor in 3.3 onder (c) vermelde oordeel de stelling van [eiseres] heeft verworpen dat zij uit het briefpapier van de maatschap mocht afleiden wie maat was, mist feitelijke grondslag. Het hof heeft zich bij dat oordeel slechts uitgelaten over de vraag of in de vermelding op het briefpapier een grond voor

persoonlijke aansprakelijkheid kan zijn gelegen van [verweerder] c.s., welke vraag het, uitgaande van de hiervoor in 3.5.1 onjuist bevonden rechtsopvatting, ontkennend heeft beantwoord. Na verwijzing zal genoemde stelling van [eiseres], indien nodig, alsnog moeten worden onderzocht.

3.6 Op grond van het vorenstaande is ook onderdeel 5 gegrond dat zich richt tegen het hiervoor in 3.3 onder (a) vermelde oordeel van het hof dat de brief van 17 juni 2009 geen stuitende werking heeft gehad nu deze niet is gericht aan de maatschap of de gezamenlijke maten, maar aan een vijftal natuurlijke personen. Dit oordeel berust, blijkens de verwijzing daarbij naar het hiervoor in 3.3 onder (b) vermelde oordeel van het hof, op dezelfde onjuiste rechtsopvatting als dat oordeel.

3.7 Ten slotte slaagt ook onderdeel 3. Art. 7:404 BW houdt in dat indien een opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, die persoon gehouden is de betrokken werkzaamheden zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten verrichten. Voor eventuele tekortkomingen in de uitvoering van die opdracht is die persoon in dat geval naast de opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk. Bij deze regeling is onder andere gedacht aan de advocaat die werkzaam is in maatschapsverband, waarbij de maatschap optreedt als opdrachtnemer (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 329-333).

Tegen de achtergrond van het voorgaande geeft het hiervoor in 3.3 onder (d) vermelde oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel niet naar behoren gemotiveerd. De door het hof in aanmerking genomen omstandigheid dat [verweerder 1] zijn beroep van advocaat uitoefent door middel van een praktijkvennootschap en het die vennootschap is die maat is van de maatschap, sluit niet uit dat de opdracht met het oog op de persoon van [verweerder 1] is verleend, noch dat [verweerder 1] op grond daarvan persoonlijk aansprakelijk is voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht. In dit geval staat vast dat [verweerder 1] in de (aaneengesloten) periode van 1994 tot 2004 als advocaat de opdrachten heeft uitgevoerd (zie hiervoor in 3.1 onder (i)). In dit licht valt niet in te zien dat [eiseres] haar stelling in dit verband nog nader had moeten toelichten of onderbouwen, zoals het hof overweegt.

3.8 De overige klachten die het middel bevat behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 30 augustus 2011;

verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof Den Haag;

veroordeelt [verweerder] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 6.051,49 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

» Noot

1. Deze zaak draaide om het verhaal van schade na een beroepsfout. Een advocaat verzuimde tijdig te dagvaarden en vergat tevens de verjaring te stuiten. Zijn cliënt had opdracht verleend aan de maatschap. De maatschap werd gevormd door vijf praktijkvennootschappen. De gedupeerde claimt schadevergoeding. Centraal staat de vraag of hij de juiste partijen heeft gedagvaard.

2. Als een overeenkomst van opdracht wordt gesloten met de maatschap dan zijn de individuele maten persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming. Daarnaast kan de crediteur zich verhalen op het (afgescheiden) vermogen van de maatschap.

3. Kiest de crediteur voor de eerste weg, dan verhaalt hij zich op het privévermogen van de maten. Hij dient dan de betreffende individuele maten (i.c. de praktijkvennootschappen) te dagvaarden. Kiest hij voor de tweede weg en verhaalt hij zich op het maatschapsvermogen, dan heeft hij bij dagvaarding de keuze: hij kan de vordering instellen tegen de gezamenlijke rechtspersonen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn (en ieder van hen dagvaarden), maar hij kan ook – zo is reeds geruime tijd aanvaard – volstaan met het dagvaarden van de maatschap. Dat laatste overigens alleen als het een openbare maatschap is, maar dat is bij een advocatenmaatschap doorgaans geen twistpunt.

4. Het hof lijkt zich in het onderhavige geval wat blind gestaard te hebben op het feit dat de formele opdracht aan de maatschap was verleend. Het hof stelt vast dat de maatschap niet correct is gedagvaard, omdat niet alle maten zijn gedagvaard (en de maatschap ook niet ‘als zodanig’ is gedagvaard).

5. Terecht merkt de Hoge Raad op dat dit nog niet betekent dat de maatschap in rechte moest worden betrokken. Ook de gezamenlijk maten kunnen immers aansprakelijk gesteld worden, en zelfs een individuele maat zou in theorie nog aangesproken kunnen worden, zij het uit andere hoofde dan uit het lidmaatschap van de maatschap, bijvoorbeeld wegens persoonlijke aansprakelijkheid.

6. De Hoge Raad kan zich daarom niet vinden in de vaststelling van het hof dat het de bedoeling van de crediteur moet zijn geweest om uitsluitend de maatschap aan te spreken (hetgeen zagezegd niet juist was gebeurd, waardoor de vordering volgens het hof strandde). Een aanvullend argument vindt de Hoge Raad in het in rechte gedane beroep op 7:404 BW. Dit kan de betreffende gedaagde nimmer als maat raken, maar uitsluitend persoonlijk. Dat valt niet te verenigen met de conclusie dat het de bedoeling was uitsluitend de maatschap aan te spreken.

7. Fijntjes wijst de Hoge Raad hof en rechtbank erop, dat als bedoeld zou zijn de maatschap te dagvaarden, maar de maatschap niet zelf is gedagvaard en ook niet alle rechtspersonen die ten tijde van de dagvaarding maat waren zijn gedagvaard, de rechter in beginsel de gelegenheid had moeten bieden om die personen alsnog in het geding te betrekken ex 118 Rv.

8. De Hoge Raad wijst erop dat twee van de vijf gedagvaarde natuurlijke personen eerder, voorafgaand aan dagvaarding, wel in privé maat waren geweest, maar later een praktijkvennootschap hadden tussengeschoven. Ook dat had tot de conclusie moeten leiden dat deze natuurlijke personen aansprakelijk zouden kunnen zijn jegens de schuldeiser. De ene persoon was immers in privé lid van de maatschap toen (een deel van) de schulden ontstond, de andere toen de opdrachten door de maatschap werden aanvaard. De eerste is ex 7A:1679-1681 BW (voor een gelijk deel) aansprakelijk, de tweede ex 7:407 lid 2 BW (voor het geheel).

9. Dat lijkt mij juist. Mij is overigens niet duidelijk waarom niet zekerheidshalve tevens is geclaimd van de maatschap. Ik zie ook geen goede reden om dat achterwege te laten en vraag mij af of dit een bewuste keuze is geweest.

10. De les van dit arrest is in ieder geval dat bij vorderingen als de onderhavige altijd ook de maatschap zelf dient te worden gedagvaard. Dat kan een boel ongelukken voorkomen.

G.C. Vergouwen,

» Voetnoten

[\[1\]](#)

3 Zie voor een omschrijving van de vorderingen rov. 2.2.7 van het in cassatie bestreden arrest onder a-l.

[\[2\]](#)

4 Behoudens de vorderingen k en l, die zijn afgewezen omdat de feitelijke grondslag ontbrak.

[\[3\]](#)

5 Vorderingen a en b.

[\[4\]](#)

6 Vorderingen c t/m j.

[\[5\]](#)

7 Zie conclusie van repliek tevens wijziging van eis p. 60 onderaan, p. 61 bovenaan.

[\[6\]](#)

8 Alle bedragen vermeerderd met wettelijke rente, alsmede (d) de proceskosten, zie het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 20 oktober 2010 onder 2.1.

[\[7\]](#)

9 Zie voor deze beroepsfouten rov. 3.2 van het bestreden arrest. In het navolgende duid ik de beroepsfouten (in navolging van het hof) aan als de beroepsfouten onder 1, 2 en 3.

[\[8\]](#)

10 Zie voor de vorderingen in hoger beroep rov. 3.2 van het bestreden arrest.

[\[9\]](#)

11 De cassatiedagvaarding is op 30 november 2011 uitgebracht.

[\[10\]](#)

12 Met betrekking tot de in rov. 2.2.7 omschreven vorderingen a en b.

[\[11\]](#)

13 Met betrekking tot de vorderingen c, d, e, g, h, i en j als omschreven in rov. 2.2.7.

[\[12\]](#)

14 Met betrekking tot de in rov. 2.2.7 genoemde vordering onder f.

[\[13\]](#)

15 In rov. 3.9 heeft het hof bovendien ten overvloede geoordeeld dat [eiseres] tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg heeft erkend dat zij met de maatschap heeft gecontracteerd en dat zij deze stelling ook met zoveel woorden in haar appeldagvaarding heeft betrokken. Tegen dit oordeel wordt in cassatie terecht niet opgekomen, zie subonderdeel 1a, tweede volzin.

[\[14\]](#)

16 Vgl. HR 5 november 1976, LJN AB7103 (NJ 1977, 586, m.nt. W.H. Heemskerk). Met dit arrest, dat op voordracht en vordering tot cassatie in het belang der wet is gewezen, werd een einde gemaakt aan de door de wetgever veroorzaakte onzekerheid door het schrappen van de maatschap in art. 5 Rv. (oud). Dat laatste artikel bepaalde in lid 1 onder 1 en 2 dat een exploit van dagvaarding onder meer moest behelzen de voornamen, de naam en de woonplaats van de gedaagde, en dat, indien de eisende of verwerende partij een rechtspersoon of vennootschap is, haar benaming in de plaats van naam en voornaam moesten worden uitgedrukt. In de laatste zinsnede waren door wijziging bij art. III van de Wet van 2 juli 1934 (Stb. 347) de woorden “een rechtspersoon of vennootschap” in de plaats gesteld van de woorden “een corporatie, maatschap of handelsvereniging”. In de doctrine werd betoogd dat onder “vennootschap” in art. 5 lid 1 onder 2 Rv. (oud) ook “maatschap” moest worden verstaan. Zie in dat verband Asser/Maeijer 5-V 1995, nr. 187.

[\[15\]](#)

17 Een andere rechtsopvatting zou de rechtspraktijk overigens ook voor aanzienlijke problemen kunnen plaatsen, bijvoorbeeld wanneer een eerder uitgetreden maat inmiddels is overleden; in zijn plaats zouden dan immers diens gezamenlijke erfgenamen moeten worden gedagvaard.

[\[16\]](#)

18 Zie voor het omgekeerde geval – de curator niet langer bevoegd om op te treden als procespartij – HR 29 juni 2012, LJN BU5630, (NJ 2012, 424).

[\[17\]](#)

19 Vgl. Personenassociaties (losbl.), deel I, hfdst. III, § 7 onder 1 (Slagter), alwaar een onderscheid wordt gemaakt tussen externe aansprakelijkheid en interne draagplicht, en wordt opgemerkt dat de draagplichtige (een toe- of uitgetreden maat; toev. W-vG) niet tegenover een derde aansprakelijk is, maar dat op hem alleen intern regres kan worden genomen (door de maatschap; toev. W-vG). Aldaar wordt tevens opgemerkt dat derden van de (interne) regeling van de draagplicht onkundig zijn, en dat zij er vanuit gaan dat zij de maatschap (als zodanig) kunnen aanspreken.

[\[18\]](#)

20 Vgl. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/54 e.v. en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/27.

[\[19\]](#)

21 In subonderdeel 2a wordt geklaagd dat de verschoonbare onwetendheid ook betrekking had op de samenstelling van de maatschap ten tijde van de opdrachtverleningen.

[\[20\]](#)

22 Vgl. W.H. Heemskerk, Vorderingsrecht en rechtsvordering. Over actiënrecht en Boek 3 titel 11 ontwerp-B.W., oratie VU Amsterdam, 1974, p. 19.

[\[21\]](#)

23 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, Nederlands Burgerlijk procesrecht, 2011, nr. 4.

[\[22\]](#)

24 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk, 2012, 6 en Heemskerk, a.w., p. 19. De Franse terminologie van “action” en “demande” wordt ook gebruikt door H.J. Snijders in zijn noot onder HR 25 januari 1991, LJN: ZC0122 (NJ 1992, 172), zie 4.b., tweede alinea.



© 2013 Sdu Uitgevers bv [Leveringsvoorwaarden](#) | [Privacy & Cookiebeleid](#)

2.0.4.231

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hoge Raad	Datum:	5 november 1976
Magistraten:	Dubbink, Van Der Linde, Minkenhof, Snijders, Haardt	Zaaknr:	[1976-11-05/NJ_56635]
Conclusie:	P-G Van Oosten	LJN:	AB7103
Noot:	W.H. Heemskerk	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:1976:AB7103, Uitspraak, Hoge Raad, 05- 11- 1976		

Wetgang: Rv (oud) art. 5 lid 1 onder 1°; Rv (oud) art. 5 lid 1 onder 2°

Brondocument: HR, 05-11-1976, nr [1976-11-05/NJ, 56635]

Essentie

Kan een maatschap op eigen naam als eisende of verwerende partij in rechte optreden?

Samenvatting

Art. 5, eerste lid, onder 1 en 2, Rv. bepaalt, dat een exploit van dagvaarding onder meer moet behelzen de voornaam, de naam en de woonplaats van de eiser en de naam en de woonplaats van de gedaagde, en dat, indien de eisende of verwerende partij een rechtspersoon of vennootschap is, haar benaming in de plaats van naam en voornaam moet worden uitgedrukt. In de laatste zinsnede zijn door wijziging bij art. III Wet van 2 juli 1934 (Stb. 347) de woorden ‘ een rechtspersoon of vennootschap’ in de plaats gesteld van de woorden ‘ een corporatie, maatschap of handelsvereniging’ .

Blijkens de toelichting heeft de wetgever, door in de nieuwe redactie niet meer te reppen van de maatschap, weliswaar tot uitdrukking willen brengen dat de maatschap, anders dan de vennootschap onder firma niet als zodanig eisende en verwerende in rechte kan optreden, maar niet beoogd uit te sluiten dat, indien ten behoeve of ten laste van een maatschap — in wezen door of ten laste van de gezamenlijke vennoten — een vordering in rechte wordt ingesteld, in die gevallen waarin die maatschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, in de dagvaarding die naam wordt vermeld in plaats van de namen der afzonderlijke vennoten.

In toenemende mate nemen maatschappen, aangegaan tussen een groot aantal vennoten onder een bepaalde naam aan het verkeer deel, zodat evengenoemde wijze van dagvaarden door en van zodanige maatschappen tegemoet komt aan de behoeften der praktijk. Na dagvaarding op vorenomschreven wijze kan de tegenpartij, die

wenst te weten wie in wezen eisende of verwerende als partijen onder de gevoerde naam optreden, verlangen dat namens de maatschap de namen en woonplaatsen van de vennoten worden medegedeeld.

Door in het bestreden vonnis de eiseres in haar vordering niet-ontvankelijk te verklaren op de enkele grond dat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid bezit en derhalve in rechte niet zelfstandig doch bij haar maten moet optreden, heeft de Kantonrechter een onjuiste beslissing gegeven. Het daartegen gerichte middel kan echter niet slagen omdat het gegrond is op de blijkens de wetsgeschiedenis onjuiste stelling dat de eigenlijke maatschap, waarop Titel 9 van Boek 4 BW betrekking heeft, per definitionem een vennootschap is als genoemd in art. 5, sub 2, Rv.^[1]

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

VOORDRACHT EN VORDERING TOT CASSATIE IN HET BELANG DER WET

(Procureur-Generaal Mr. van Oosten)

De Ktr. te Amsterdam heeft bij vonnis van 15 juni 1976, onder rolno. 3966/76 gewezen inzake de maatschap Moret Gudde Brinkman, eiseres, tegen Bolhuys, gedaagde, de eiseres niet-ontvankelijk verklaard in haar verminderde vordering uit overweging dat eiseres in haar verminderde vordering niet kan worden ontvangen omdat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid bezit en derhalve in rechte niet zelfstandig doch bij haar maten moet optreden.

Een grosse van het voormelde vonnis wordt hierbij overgelegd. Mr. Schwanebeck, adv. te Wassenaar, die mij heeft bericht in deze procedure als adv. voor eiseres te zijn opgetreden, meldt mij dat tegen dit vonnis geen hoger beroep is of zal worden ingesteld door de maatschap Moret Gudde Brinkman. Zodat aangenomen kan worden dat deze maatschap in dit vonnis heeft berust.

De HR heeft bij arrest van 30 jan. 1874 overwogen ten aanzien van het tweede cassatiemiddel, ‘ dat niet alleen enkele personen, hetzij dan natuurlijke of rechtspersonen, zakelijke of persoonlijke regten kunnen hebben en door middel van regtsvorderingen kunnen handhaven, maar dat ook meerdere personen gezamenlijk eigenaars of schuldeischers kunnen zijn en tot handhaving van hunne gemeenschappelijke regten gezamenlijk in regten kunnen optreden; dat bepaaldelijk vennoten in hunne door de overeenkomst van maatschap ontstane betrekkingen gemeene regten kunnen hebben en gezamenlijk hunne gemeenschappelijke regten door regtsvorderingen kunnen handhaven;

dat de wet dan ook bij art. 5, onder 2, Rv. het regt van door de overeenkomst van burgerlijke maatschap verbonden vennoten, om gezamenlijk in regten op te treden, erkent, en hen zelfs ontslaat van de verplichting om alle hunne namen in de dagvaarding te noemen, maar hun de bevoegdheid toekent om in de plaats van hunne eigene namen de benaming van de tusschen hen aangegane maatschap in de dagvaarding uit te drukken;

dat bij het bestreden vonnis mitsdien terecht is beslist, dat ook eene burgerlijke maatschap, al moge zij dan ook niet hebben rechtspersoonlijkheid, eene regtsvordering kan instellen en daardoor geen der aangevoerde artikelen is geschonden.’

Dit arrest is gewezen voordat bij art. III Wet van 27 dec. 1932 tot opheffing van de onderscheiding tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden, Stb. 347, in de tekst van art. 5, onder 2, Rv. ‘ corporatie, maatschap of handelsvereniging’ werd vervangen door ‘ regtspersoon of vennootschap’ .

Ik deel de mening van Cleveringa dat een burgerlijke maatschap ook na de wijziging, welke art. 5, onder 2, bij de voormelde Wet van 27 dec. 1932 heeft ondergaan, nog steeds als eiseres kan optreden onder haar benaming zo zij die heeft (annotatie op Ktg. Hoorn, 17 nov. 1964, Praktijkids 1964, no. 132). Met de hierboven aangehaalde overweging van de Ktr. kan ik mij dan ook niet verenigen, terwijl ik het nodig acht mij van diens vonnis in het belang der wet in cassatie te voorzien.

Mij bij dezen in het belang der wet in cassatie voorziende van het voorschreven vonnis, voer ik daartegen als middel van cassatie aan dat de Ktr. overwegende als voormeld, het 2e artikel heeft geschonden omdat de eigenlijke maatschap, waarop titel 9 van Boek 4 BW betrekking heeft, per definitionem een vennootschap is als genoemd in art. 5, sub 2, Rv. en de wet er aldaar van uitgaat dat een vennootschap de eisende partij kan zijn en derhalve als eisende partij in rechte kan optreden.

Ik vorder dat de HR het meergemelde vonnis in het belang der wet vernietige en versta dat cassatie van het vonnis geen nadeel toebrengt aan de door pp. verkregen rechten.

De Hoge Raad,

Gehoord de vordering van de Proc.-Gen. in zijn vordering daartoe strekkende dat de HR het bestreden vonnis in het belang der wet vernietige en versta dat die vernietiging geen nadeel toebrengt aan de door pp. verkregen rechten;

Gezien de stukken;

O. dat uit het bestreden vonnis en de overige stukken van het geding blijkt:

dat eiseres, in de inleidende dagvaarding aangeduid als ‘ de maatschap Moret Gudde Brinkman, accountants’ , tegen R.H. Bolhuys een vordering heeft ingesteld bij de Ktr. te Amsterdam tot betaling van een bedrag groot f 1044 met de wettelijke rente daarover van de dag der dagvaarding tot op de dag van de algehele voldoening van de gedaagde in de kosten van het geding; dat de Ktr. in het bestreden vonnis eiseres, nadat deze te dienende dage haar vordering had verminderd met de hoofdsom, in haar verminderde vordering niet-ontvankelijk heeft verklaard en haar in de kosten der procedure heeft veroordeeld, daartoe overwegende ‘ dat eiseres in haar verminderde vordering niet kan worden ontvangen omdat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid bezit en derhalve in rechte niet zelfstandig doch bij haar maten moet optreden’ ;

dat de Proc.-Gen. tegen dat vonnis als middel van cassatie aanvoert ‘ dat de Ktr., overwegende als voormeld, het recht heeft geschonden omdat de eigenlijke maatschap, waarop titel 9 van boek 4 BW betrekking heeft, per definitionem een vennootschap is als genoemd in art. 5, sub 2 Rv., en de wet er aldaar van uitgaat dat een vennootschap de eisende partij kan zijn en derhalve als eisende partij kan optreden’ ;

O. omtrent dit middel:

dat art. 5, eerste lid, onder 1 en 2, Rv. voorschrijft dat het exploit van dagvaarding zal moeten behelzen, o.m., de voornaam, de naam en de woonplaats van de eiser en de naam en de woonplaats van de gedaagde, en dat, indien de eisende of verwerende partij een rechtspersoon of vennootschap is, haar benaming in de plaats van naam en voornaam zal moeten worden uitgedrukt;

dat in de laatste zinsnede door wijziging bij art. III der Wet van 2 juli 1934, Stb. no. 347, tot opheffing van de onderscheiding tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en tussen kooplieden en niet-kooplieden de woorden ‘ een rechtspersoon of vennootschap’ in de plaats zijn gesteld van de woorden ‘ een corporatie, maatschap of handelsvereniging’ ;

dat blijkens de toelichting de wetgever, door in de nieuwe redactie niet meer te reppen van de maatschap, weliswaar tot uitdrukking heeft willen brengen dat de maatschap, anders dan de v.o.f., niet als zodanig eisende een verwerende in rechte kan optreden, maar niet heeft beoogd uit te sluiten dat, indien ten behoeve of ten laste van een maatschap — in wezen door of tegen de gezamenlijke vennoten — een vordering in rechte wordt gesteld, in die gevallen waarin die maatschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, in de dagvaarding die naam wordt vermeld in plaats van de namen der afzonderlijke vennoten;

dat in toenemende mate maatschappen aangegaan tussen een groot aantal vennoten onder een bepaalde naam aan het verkeer deelnemen, zodat evengenoemde wijze van dagvaarden door en van zodanige maatschappen tegemoet komt aan de behoeften der praktijk;

dat na dagvaarding op voren omschreven wijze de tegenpartij, die wenst te weten wie in wezen eisende of verwerende als pp. onder de gevoerde naam optreden, kan verlangen dat namens de maatschap de namen en woonplaatsen van de vennoten worden medegedeeld;

dat de Ktr. derhalve een onjuiste beslissing heeft gegeven door in het bestreden vonnis de eiseres in haar vordering niet-ontvankelijk te verklaren op de enkele grond dat een maatschap geen rechtspersoonlijkheid bezit en derhalve in rechte niet zelfstandig doch bij haar maten moet optreden; dat echter het daartegen gerichte middel niet kan slagen omdat het gegrond is op de blijkens de wetsgeschiedenis onjuiste stelling dat de eigenlijke maatschap, waarop Titel 9 van Boek 4 BW betrekking heeft, per definitionem een vennootschap is als genoemd in art. 5, sub 2 Rv.;

Verwerpt het beroep.

Noot

Auteur: W.H. Heemskerk

Dit is het eerste arrest over het procederen door een maatschap sinds de in het arrest aangeduide wijziging in art. 5 Rv. bij de Wet van 1934 werd aangebracht. Ondanks de schrapping van het woord ‘ maatschap’ in art. 5, lid 1, 2, bij die wet is er in wezen niets veranderd. In arresten van 30-1-1874, W. 3687, 15-6-1915, NJ 1915, p. 929, W. 9869, en 30-1-1925, NJ 1925, p. 391, W. 11 370 (Mff), besliste de HR reeds, dat vennoten van een burgerlijke maatschap gezamenlijk in rechte kunnen optreden en wel onder de naam van de maatschap, ook al heeft een maatschap geen rechtspersoonlijkheid.

Dat de tegenpartij na de dagvaarding mededeling van de namen (en woonplaatsen) der vennoten kan verlangen, werd ook in het arrest van 1925 beslist, toen met het gevolg dat de eisende maatschap, die die mededeling niet had gedaan, niet-ontvankelijk werd verklaard. Molengraaff meent in zijn noot, dat deze beslissing de (toenmalige) bepaling van art. 5, lid 1, 2, tweede zin, van alle betekenis berooft. Dit lijkt mij niet juist, omdat de vereenvoudigde

wijze van dagvaarden gehandhaafd blijft. Vraagt de tegenpartij geen namen, dan gaat het proces voort op naam van de maatschap. Vraagt hij wel namen, dan moet de doelmatigheid wijken voor zijn mogelijk belang en moeten de namen van alle maten worden genoemd, al zijn er vijftig maten.

Uit de MvT bij het wetsontwerp, dat leidde tot de Wet van 1934, te vinden in W. 12 535, citeer ik de desbetreffende passage:

‘ De nieuwe redactie rept niet meer van de maatschap. Ten onrechte wordt deze hier thans vermeld. De maatschap werkt slechts intern en kan dus onmogelijk een naam hebben, waaronder zij als zoodanig, dat is als eene gemeenschap met afgescheiden vermogen, zou kunnen dagvaarden of gedagvaard worden. Omdat de maatschap geen externe werking bezit, kunnen hare leden niet dan persoonlijk in rechte staan. Dat zij onder een gemeenschappelijken naam handelen, brengt daarin geen verandering.

Dit feit kan echter wel invloed hebben op den inhoud der dagvaarding. Met zulk een gemeenschappelijken naam worden de personen der vennoten collectief aangeduid. Onder dien naam kunnen zij te zamen dagvaarden en gedagvaard worden. Dat behoeft niet uitdrukkelijk gezegd te worden, want onder den ‘ naam ’ waarvan het eerste lid van art. 5, 2, gewaagt, is ook de ‘ verkeersnaam ’ begrepen. Hetzij de vennoten onder hunne familienamen hetzij zij onder den gemeenschappelijken naam, waaronder zij ten behoeve van de maatschap handelen, dagvaarden of gedagvaard worden, steeds betreft het geding de individueele vennoten. Nooit verschijnen dezen daarom anders dan persoonlijk in rechte, op welke wijze zij ook gedagvaard zijn.’

De bedoeling is duidelijk, maar door de schrapping van het woord ‘ maatschap ’ in art. 5 heeft de wetgever de bestaande verwarring vergroot. Dat onder ‘ naam ’ de verkeersnaam begrepen zou zijn en dat daarom vennoten collectief met hun maatschapsnaam kunnen worden aangeduid in de dagvaarding, is betwistbaar en volgt zeker niet uit art. 5, lid 1, 2, eerste zin; zie Cleveringa, Adv.blad 1953, p. 101, die de kwestie oplost door de maatschap onder het begrip vennootschap in de tweede zin begrepen te achten, cf. Van Rossem-Cleveringa, p. 118. In deze zin ook Rb. Amsterdam 3–3–1964, NJ 1964, 299, en de Proc.-Gen. in zijn vordering in deze zaak. Vgl. Star Busmann-Rutten, nrs. 98 en 138. De HR oordeelt hierover echter anders, met beroep op de wetsgeschiedenis.

In deze materie moeten twee dingen scherp worden onderscheiden: 1. de mogelijkheid en bevoegdheid om als procespartij op te treden (in potjeslatijn: legitima persona standi in judicio); 2. de wijze waarop een groep personen, tussen wie een samenwerkingsverband of enig ander verband bestaat, in de dagvaarding moet of mag worden aangeduid. Toegepast op de rechtspersoon: ad 1. heeft persona standi in judicio; ad 2. wordt met zijn benaming in de dagvaarding aangeduid. Wat betreft niet-rechtspersonen: in bepaalde gevallen staat de wet toe een groep personen waaraan als groep geen rechtspersoonlijkheid en geen persona standi in judicio toekomt, met een gezamenlijke benaming aan te duiden in de dagvaarding zonder vermelding van namen en woonplaatsen van de leden der groep. Voorbeelden: art. 4, 6, gezamenlijke erfgenamen; art. 5, lid 1, 2, een vennootschap; art. 784, een massa rekenrechtigen, of ten dele onbekende of afwezige rekenrechtigen. Uitvoerig hierover: R.P. Cleveringa, De collectieve dagvaarding, Adv.blad 1953, p. 45, 69, 97. Het zou onjuist zijn om aan deze wetsbepalingen een argument te ontleen voor rechtspersoonlijkheid en voor persona standi in judicio van de desbetreffende groep (zie bijv. Asser-Kamphuisen, 3e dr. 1960, p. 475, 484, 520). Men zou dan het sub 1 en het sub 2 genoemde verwarren en uit een louter formeel voorschrift een materieelrechtelijke gevolgtrekking maken.

Ook de wetgever van 1934 is aan deze verwarring niet ontkomen blijkens de doorhaling van de vermelding van de maatschap in art. 5 uit overweging dat de maatschap niet als zodanig eisende en verwerende in rechte kan optreden. Maar art. 5 geeft slechts een formeel voorschrift voor de wijze van dagvaarden. Er was dus niets tegen en alles voor om de vermelding van de maatschap daar te handhaven.

Heeft de maatschap *persona standi in judicio*? Het antwoord is: ja en nee. Nee, omdat de maatschap geen zelfstandig rechtssubject is, geen rechtspersoonlijkheid heeft, dus in die zin niet zelf procespartij kan zijn. Ja, omdat alle vennoten, die ieder voor zich procesbevoegdheid hebben en samen de maatschap vormen, heel goed samen als eisers of als gedaagden een proces kunnen voeren. Zo kan dus de maatschap, beschouwd als niet meer dan de som der individuele vennoten, in rechte optreden. In dit licht dient men ook art. 1682 BW te zien.

Voor ‘ zaken van maatschap of vennootschap’ geeft art. 126, lid 11, Rv. een voorschrift van relatieve competentie: ‘ voor den regter der plaats alwaar zij gevestigd is’ . De wetgever van 1934 zag blijkbaar geen bezwaar in het handhaven van het woord maatschap in deze bepaling, hoewel de wet hiermee erkent, dat de maatschap een eigen plaats van vestiging kan hebben, niet samenvallend met de woonplaatsen der vennoten.

Is de maatschap gedaagde partij, dan is er nog een probleem. Cleveringa, Adv.blad 1953, p. 101, wijst erop, dat een bijzondere betekenisregel ontbreekt; er dient z.i. dus betekend te worden aan de onder de maatschap begrepen vennoten volgens de gewone regelen uit de artt. 1–4 Rv. en dit zal al dadelijk noodzaken tot precisering der vennoten bij name (cf. Van Rossem-Cleveringa, p. 87). Men denke aan een accountantsmaatschap, waarvan de vijftig vennoten verspreid wonen in binnen- en buitenland. Aan elk der vennoten zou een afschrift van het exploit van dagvaarding moeten worden betekend. Dit zou niet erg ‘ tegemoet komen aan de behoeften der praktijk’ , zoals de HR voorstaat. Daarom ware de voorkeur te geven aan analogische toepassing van de regel, gegeven voor betekening aan de v.o.f. in art. 4, 4 Rv., zoals Jansen, B.Rv., I-26 voorstelt.

De nu gegeven beslissing geldt alleen voor gevallen waarin de maatschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deelneemt. Vgl. art. 7.13.1.2 Ontw. BW: ‘ De vennootschap is openbaar of stil. De vennootschap is openbaar, indien zij handelt onder gemeenschappelijke naam. De openbare vennootschap is rechtspersoon’ . Dit artikel zal gelden voor de vennootschap in het algemeen, waaronder begrepen hetgeen wij nu nog maatschap noemen. De term maatschap wordt in het ontwerp niet meer gebezigd.

Met dit arrest heeft de HR de leemte, die door de Wet van 1934 in art. 5 Rv. was ontstaan, weer opgevuld. Het ware te overwegen dezelfde leer ook toe te passen op de v.o.f. Tot nu toe heeft de HR hier anders geoordeeld. Wel mag ook de v.o.f. met haar benaming in de dagvaarding worden aangeduid (art. 5, lid 1, 2), maar hier is meer aan de hand: de v.o.f. is iets anders dan de som der vennoten, een vonnis tegen de v.o.f. kan slechts op het vennootschappelijk vermogen worden ten uitvoer gelegd en wie een vonnis executabel op de privevermogens der vennoten wenst, moet tevens alle vennoten bij name dagvaarden: HR 18–12–1959, NJ 1960, 121 (H.B.); 9–5–1969, NJ 1969, 307 (H.D.). Ook in dit arrest overweegt de HR, dat de wetgever tot uitdrukking heeft willen brengen dat de maatschap, anders dan de v.o.f., niet als zodanig eisende en verwerende in rechte kan optreden. Blijkbaar wordt aan de v.o.f., hoewel geen rechtspersoon, als zodanig *persona standi in judicio* toegekend. In De eis in reconventie, p. 87–90, heb ik deze leer bestreden, met

opgave van literatuur, waaraan toe te voegen Cleveringa, Adv.blad 1953, p. 102–105. De vereenvoudigde wijze van aanduiden van een v.o.f. in de dagvaarding is bij de bestaande rechtspraak nog slechts praktisch verantwoord, als de v.o.f. eiseres is. Voor de wederpartij kan dit echter nadelig zijn, omdat dan de vennoten in prive worden geacht niet als pp. in het geding te zijn: HR 27–6–1975, NJ 1976, 128 (V.A.N./Popo).

W.H.H

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Zie de noot onder het arrest. (Red.)

Noot onder HR 15 maart 2013

1. De praktijkvennootschappen van vijf advocaten vormen een maatschap die een advocatenkantoor in stand houdt. Een cliënt verstrekt aan de maatschap een opdracht tot het voeren van een procedure. Volgens de cliënt maakt de advocaat met het oog op wiens persoon de opdracht zou zijn verstrekt (art. 7:404 BW) fouten in de uitvoering van de opdracht. De cliënt stelt diverse vorderingen in jegens de vijf advocaten. De Hoge Raad probeert klaarheid te brengen in de weerbarstige materie van de personenrechtelijke, vermogensrechtelijke en procesrechtelijke verhoudingen tussen maatschap en maten enerzijds en crediteuren van maatschap en maten anderzijds. Aan die klaarheid bestaat grote behoefte. Hof en P-G hebben in deze kwestie heel anders gedacht en beslist dan de Hoge Raad. Hetzelfde gebeurde in de vergelijkbare zaak HR 13 december 2002, JOR 2003/32 (Bon Appetit). Het is de vraag of met [deze](#) nieuwe uitspraak de gewenste duidelijkheid is geschapen.
2. De uitspraak gaat over een maatschap, maar de belangrijkste overwegingen kunnen worden [gegeneraliseerd](#) voor andere personenvennootschappen. Ik spreek in het vervolg over vennootschappen en vennoten.
3. *Vennootschap en vennoten.* De Hoge Raad begint met de vooropstelling: “De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid” (r.o. 3.4.2). De vooropstelling ~~is niet-bevat geennieuw~~ [nieuwe inzichten](#). Het is constante rechtspraak dat de vennootschap “niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband” (HR 20 mei 1914, NJ 1915, 148; zie andere vindplaatsen bij Asser-Maeijer 5-V, 6^{de} dr. 1995, nr. 13). ~~Het geeft Wat~~ wel te denken [geeft, is](#) dat de Hoge Raad zich kennelijk genoodzaakt voelt om regelmatig het gebrek aan rechtspersoonlijkheid van de vennootschap te benadrukken. De reden hiervan is mijns inziens dat de verzelfstandiging van de vennootschap ten opzichte van de vennoten onvermijdelijk is. Zo overweegt de Hoge Raad onmiddellijk nadat hij heeft gesteld dat de maatschap geen rechtspersoon is: “Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap...”, en verderop “Ingeval evenwel, zoals hier (...), sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht...” en “Vorderingen uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, kunnen ook worden ingesteld tegen de maatschap als zodanig...” In deze passages brengt de Hoge Raad terecht tot uitdrukking dat de vennootschap aan het rechtsverkeer deelneemt. ~~Daarvoor kan men~~ [Men kan](#) gerust spreken over de vennootschap als ‘de vennoten in vennootschappelijk verband’. Daarmee wordt op treffende wijze de samenhang verwoord die er tussen vennoten en vennootschap bestaat. Dit in tegenstelling tot de rechtspersonen van Boek 2 BW, waar het onjuist zou zijn te zeggen dat de vereniging of de BV de leden/aandeelhouders in hun rechtspersonenrechtelijk verband is. Het probleem is dat in de voorstelling van de Hoge Raad de samenhang tussen vennoten en vennootschap zich oplost in de complete ontkenning van het eigen bestaan van de vennootschap. In deze voorstelling is niet de vennootschap, maar de vennoten die in juridische zin aan het verkeer deelnemen.

4. Het lijkt mij dat veel gewonnen zou zijn als de Hoge Raad, in navolging van P. Scholten en vele anderen, de eigen rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap zou erkennen. Een uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever hoeft niet te worden afgewacht. Aan de gehele ordening van de personenvennootschap zijn voldoende aanknopingspunten te ontleen om ernst te maken van de stelling dat “de vennoten en hetgeen door de overeenkomst van vennootschap is tot stand gebracht, de vennootschap, onderscheiden en tegenover elkander gesteld worden op eene wijze, welke in de plaatsstelling van de vennoten door de vennootschap uitsluit” (HR 26 november 1897, W 1897, 7047 (Boeschoten / Besier)). De erkenning van de rechtssubjectiviteit van de vennootschap past bij de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. De resultaten waartoe de huidige ordening van de personenvennootschap leidt, zijn voldoende onbevredigend om daar een einde aan te maken. Zolang de stap naar erkenning van de rechtssubjectiviteit van de vennootschap niet is gezet moet het rechtsverkeer zich zien te redden via de persoon van de vennoten. Dat dit niet altijd meevalt bewijst de onderhavige casus.
5. *Aansprakelijkheid van de vennootschap en aansprakelijkheid van de vennoten.* De Hoge Raad overweegt: “De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn *daarom* de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap.” (r.o. 3.4.2, cursief toegevoegd). De overweging moet niet worden verstaan alsof er een noodzakelijk verband zou zijn tussen ontbreken van rechtspersoonlijkheid van de vennootschap en aansprakelijkheid van de vennoten. De beperkte aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot en de onbeperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders van een BV die zich hoofdelijk verbinden voor de verbintenissen van de BV laten zien dat de verhouding tussen vennootschap en rechtspersoon enerzijds en aansprakelijkheid van de betreffende leden anderzijds geen noodzakelijke verbanden kent. Wat de Hoge Raad waarschijnlijk bedoelt, is dat de aansprakelijkheid die het juridische spraakgebruik aan de vennootschap toerekent in normatieve zin aan de vennoten moet worden toegerekend omdat de vennootschap niet als rechtssubject bestaat.
6. *Dagvaarding van de vennootschap en dagvaarding van de vennoten.* De Hoge Raad herinnert eraan dat om de gezamenlijke vennoten te dagvaarden volstaan kan worden met in de dagvaarding van de firmanaam te vermelden indien de gezamenlijke maten-vennoten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen (HR 5 november 1976, NJ 1977, 586 (Moret Gudde Brinkman)). Het is dus niet noodzakelijk om de namen van alle maten-vennoten te vermelden om ze toch als gedaagden aan te merken. Voor het geval dat men er toch voor kiest de vennoten, in hoedanigheid van personen die tezamen de vennootschap vormen, te dagvaarden – in plaats van de vennootschap – overweegt de Hoge Raad: “Overigens verdient opmerking dat indien blijkt dat bedoeld is de gezamenlijke maten te dagvaarden, maar niet alle (rechts)personen zijn gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding maat waren, de rechter, desverzocht of zo hij het nodig oordeelt dat de niet gedagvaarde maten aan het geding (kunnen) deelnemen, in beginsel gelegenheid behoort te geven om die personen alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de

voet van art. 118 Rv” (r.o. 3.4.3). Wil men zich deze complicaties besparen, dan is het raadzaam om de vennootschap met haar naam in rechte te betrekken. Daarmee zijn alle vennoten die ten tijde van de dagvaarding de vennootschap vormen gedagvaard. Zij zijn dan wel ‘als vennootschap’ en niet persoonlijk gedagvaard. Dit onderscheid heeft te maken met het verschil tussen vorderingen jegens de vennootschap en vorderingen jegens de vennoten, waarover aanstonds meer. I.c. rees de vraag wie precies gedagvaard was: de vennootschap (dat wil zeggen de gezamenlijke vennoten ‘als vennootschap’) of de vennoten. Hof en P-G oordeelden dat beoogd was alleen de vennootschap in rechte te betrekken. De Hoge Raad vindt die conclusie, na een uiteenzetting over het verschil tussen vorderingen jegens de vennootschap en vorderingen jegens de vennoten, onbegrijpelijk. Voor de motivering van het standpunt van de Hoge Raad verwijst ik naar (r.o. 3.4.3).

7. *Vorderingen jegens de vennootschap en vorderingen jegens de vennoten.* Het ging in deze casus om vorderingen van een cliënt jegens de vennootschap (het kantoor) wegens beweerde beroepsfouten. De Hoge Raad herhaalt: “Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, dienen dergelijke vorderingen te worden ingesteld tegen de gezamenlijke (rechts)personen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn” (r.o. 3.4.2). In de casus deed zich de complicatie voor dat de maatschap gevormd werd door praktijk-BV’s, waarvan de aandelen ~~op hun beurt telkens~~ door de afzonderlijke advocaten werden gehouden. Ik ga aan die complicatie hier voorbij. Waar het nu om gaat is dat een vordering jegens de vennootschap, in de voorstelling van de Hoge Raad, een vordering is jegens alle vennoten die vennoot zijn op het moment van dagvaarding. Dat kunnen andere vennoten zijn dan de vennoten die de vennootschap vormden op het moment dat de overeenkomst werd aangegaan waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit. Ik kom op dit punt nog terug.
8. De Hoge Raad vervolgt: “De mogelijkheid om aldus de maatschap in rechte te betrekken doet niet af aan de daarnaast bestaande (en eventueel daarmee te combineren) mogelijkheid om de individuele (rechts)personen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren, in rechte te betrekken ter zake van hun hiervoor genoemde persoonlijke aansprakelijkheid. De schuldeisers van de maatschap hebben dus zowel de mogelijkheid van het aanspreken van de gezamenlijke maten (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als van het aanspreken van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogens).” (r.o. 3.4.2). Het valt op dat de Hoge Raad bij het weergeven van de rechten die een vennootschapscrediteur ten dienste staan om zijn vordering betaald te krijgen afwijkt van de formulering in eerdere uitspraken. Eerder ~~werd overwogen~~ overwoog hij: “een schuldeiser van de v.o.f. [heeft] tegen ieder der vennoten twee samenlopende vorderingsrechten, namelijk een vorderingsrecht tegen de gezamenlijke vennoten, welke vordering verhaalbaar is op het vermogen van de v.o.f., en een vorderingsrecht tegen de vennoot persoonlijk, welke vordering verhaalbaar is op het vermogen van deze vennoot. Een schuldeiser die zijn rechten doet gelden tegen zowel de v.o.f. als de vennoot persoonlijk, stelt (...) in materiële zin twee vorderingen in” (HR 13 december 2002, JOR 2003/3 (Bon Appetit) en HR 18

december 1959, NJ 1960, 121 (De ~~E~~-Gauw / De Hamer)). In de kern betekenen beide formuleringen hetzelfde, namelijk dat een schuldeiser van een personenvennootschap slechts vorderingen jegens concrete vennoten heeft: jegens alle vennoten die de vennootschap vormen ten tijde van de dagvaarding (ik noem die de vennootschapsvordering) en jegens de individuele vennoten die uit hoofde van wet of contract persoonlijk aansprakelijk zijn (ik noem die de vennotenvordering). Een vordering jegens de vennootschap is in juridische zin een vordering jegens de vennoten.

9. Al hebben de formuleringen in de kern dezelfde betekenis, in de toepassing kunnen er verschillen ontstaan, bijvoorbeeld als er vennoten toe- of uittreden. Zijn de vennoten die ten tijde van de dagvaarding ‘als vennootschap’ worden ~~worden~~ aangesproken (dus op grond van de vennootschapsvordering) niet dezelfde als de vennoten die persoonlijk worden aangesproken (dus uit hoofde van de vennotenvordering), dan is er geen sprake van twee samenlopende vorderingsrechten “jegens ieder der vennoten”. Er zijn dan verschillende vorderingen jegens verschillende vennoten. Het zou voor een beter begrip van de uitspraak interessant zijn te weten waarom de Hoge Raad voor de nieuwe formulering heeft gekozen. Zijn het verschillen in uitkomst als de zojuist gesignaleerde of is het de voorkeur voor een enigszins andere dogmatische verklaring (kwesies als de ‘samenlopende vorderingsrechten’ of de ‘in materiële zin in te stellen vorderingen’ waren geen juridische vanzelfsprekendheden)?
10. *Aansprakelijkheid van de vennoten.* Voor de vennoten die aansprakelijk zijn uit hoofde van de vennootschapsvordering geldt dat hun aansprakelijkheid in beginsel beperkt is tot het vennootschappelijke vermogen. In beginsel, omdat dat vermogen ontoereikend kan zijn om alle schulden van de vennootschap te voldoen. In dat geval zijn de zittende vennoten alsnog met hun persoonlijk vermogen aansprakelijk voor het tekort dat het vennootschappelijke vermogen ongedekt laat. Voor de vennoten die aansprakelijk zijn uit hoofde van een vennotenvordering geldt art. 3:276 BW, dat de De crediteur kan zijn vordering op alle goederen van die vennoten kan verhalen tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt (~~art. 3:276 BW~~).
11. De aansprakelijkheid van de vennoten uit hoofde van de vennootschapsvordering en die uit hoofde van de vennotenvordering berusten op verschillende grondslagen. De vennootschapsvordering vloeit voort uit een handelen van ‘de vennootschap’, in het kader van een overeenkomst, een onrechtmatige daad... Daarbij gaat het telkens om een rechtsverhouding die de vennoten als collectiviteit, als vennootschap, aangaan. Bij de vennotenvordering is de situatie anders. Daar gaat het om de aansprakelijkheid van de vennoten persoonlijk, en die kan verschillend zijn voor de verschillende vennoten al naar gelang de positie die de betreffende vennoot inneemt tegenover de vennootschapscrediteur. In het onderhavige geval ging het om de aansprakelijkheid voortvloeiend uit een overeenkomst van opdracht aan een maatschap. Ter zake van deze aansprakelijkheid overweegt de Hoge Raad: “Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, dan zijn de maten aansprakelijk voor gelijke delen (art. 7A:1679-1681 BW). Ingeval

evenwel, zoals hier (...), sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, dan is op grond van art. 7:407 lid 2 BW iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van deze artikelen blijft bestaan indien de maat uittreedt” (r.o. 3.4.2). Van belang is hier de onderscheiding tussen wat ik zou willen noemen vennootschappelijke aansprakelijkheid en buitenvennootschappelijke aansprakelijkheid. Vennootschappelijke aansprakelijkheid is aansprakelijkheid die voortvloeit uit de hoedanigheid van vennoot. In de onderhavige casus ging om een maatschap en zijn de maten daarom voor gelijke maten gebonden. (Ik merk terzijde op dat de verwijzing naar art. 7A:1681 mij minder juist lijkt. Dit artikel gaat niet over de omvang van de aansprakelijkheid van de maten, maar over de gebondenheid van de maatschap). Zou het om een vof of een cv gaan, dan zouden de vennoten anders aansprakelijk zijn omdat hun positie in de vennootschap jegens de crediteur anders is dan die van de maten (art. 18 en 20 lid 1 K).

Buitenvennootschappelijke aansprakelijkheid is aansprakelijkheid die voortvloeit uit een andere hoedanigheid dan die van vennoot. In deze casus ging het om een contractuele aansprakelijkheid als (gezamenlijke) opdrachtnemer (art. 7:407 lid 2 BW). De vennoot is in deze verhouding weliswaar gebonden *omdat* hij vennoot is, maar hij is niet *als* vennoot aansprakelijk. Hij is als opdrachtnemer, naar de regels van de overeenkomst van opdracht, aansprakelijk. Andere gevallen van buitenvennootschappelijke aansprakelijkheid zijn denkbaar, bijvoorbeeld aansprakelijkheid uit een onrechtmatige daad die de vennoot in de uitvoering van een door de vennootschap aangegane overeenkomst pleegt en die hem persoonlijk kan worden toegerekend.

12. Het is van belang de vennootschappelijke en de buitenvennootschappelijke aansprakelijkheid te onderscheiden onder meer omdat de twee aansprakelijkheden verschillende vennoten kunnen betreffen, ondanks dat het steeds om dezelfde vennootschap gaat. Zo waren in de casus de maten “die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren” (r.o. 3.4.2) aansprakelijk uit hoofde van de vennootschappelijke aansprakelijkheid, terwijl uit hoofde van de buitenvennootschappelijke, i.e. uit de overeenkomst van opdracht voortvloeiende aansprakelijkheid, aansprakelijk is “degene die maat is op het tijdstip dat de in art. 7:407 lid 2 BW bedoelde opdracht is aanvaard” (r.o. 3.5.1). Men houde daarbij in het achterhoofd dat het in beide gevallen gaat om aansprakelijkheid uit hoofde van een vennotenvordering. Voor de vennootschapsvordering breng ik in herinnering dat aansprakelijk zijn de vennoten die deze hoedanigheid hebben op het moment dat de dagvaarding wordt uitgebracht (nr. 6).

13. Ik heb ~~al hier~~boven gezegd dat in deze casus zich de bijzonderheid voordoet dat de vennoten praktijkvennootschappen waren, terwijl gedagvaard zijn de natuurlijke personen die aandeelhouder waren van deze vennootschappen. Daarnaast speelde ook een rol dat het hier ging om een overeenkomst van opdracht, en de regeling van deze overeenkomst enkele bijzonderheden kent in het geval dat meerdere personen als opdrachtnemer bij de opdracht betrokken zijn (art. 7:404 en 407 lid 2 BW). Ik denk niet dat deze noot helderder wordt als deze bijzonderheden in de beschouwing worden betrokken.

Aansprakelijkheid in maatschapsverband

Prof. mr. S.M. Bartman

HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, *NJ* 2013/290, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2013/133, m.nt. Blanco Fernández (*Biek Holdings / A c.s.*)

Opvallend is ook de rechtsvorm van Jones Day: een ouderwetse maatschap, waarin iedereen aansprakelijk is als er iets misgaat. Mason: 'Cliënten vinden dat plezierig, wij dekken ons niet in.'¹

Feiten en procesgang

Het zit een rechtzoekende niet altijd mee bij het vinden van de juiste advocaat om zijn belang te behartigen. Ik geef de casus van het onderhavige arrest van de Hoge Raad, die dit verschijnsel illustreert, hieronder wat vereenvoudigd weer.²

Biek Holdings BV (hierna 'Biek') had in de periode 1990-1994 gebruik gemaakt van de diensten van mr. V. Deze laatste bleek echter een aantal beroepsfouten gemaakt te hebben, met schadegevolgen voor Biek. De weergave van de feiten in het arrest (en de conclusie van de A-G) geeft geen indicatie voor de aard van die beroepsfouten, maar navraag leert dat het in dit geval ging om het laten verlopen van termijnen en het voeren van evident onjuist verweer in rechte. Vervolgens wendde Biek zich tot mr. A die zijn confrère mr. V en de maatschap waarvan hij deel uitmaakte aansprak tot schadevergoeding. In hoger beroep werd de eis van Biek door het Hof Den Haag echter afgewezen.

Maar niet getreurd, artikel 3:316 lid 2 BW geeft de eiser als het ware een tweede kans om zijn recht te halen als de door hem geadieerde rechter inhoudelijk niet aan de behandeling van zijn vordering is toegekomen. Dit uiteraard met herstel van de fout die tot zijn niet-ontvankelijkheid leidde en eventueel voor een ander, wel bevoegd rechter-

lijk college. Maakt hij die nieuwe vordering aanhangig binnen zes maanden nadat de eerdere uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, dan stuit dat alsnog de verjaring.³ Maar ach, het noodlot slaat opnieuw toe voor Biek: mr. A doet de dagvaarding buiten de genoemde termijn van zes maanden, namelijk op 23 juni 2004, door de deurwaarder betekenen en is daarmee een week te laat om de verjaring te stuiten. Wederom wordt Biek getroffen door een beroepsfout van haar advocaat. Het Hof Den Haag oordeelt in 2008 dat haar vordering tegen mr. V vanwege deze tardieve dagvaarding inderdaad is verjaard.

Dan heeft Biek het wel gehad met mr. A. Zij schakelt een derde, opvolgend advocaat in en draagt deze op schadeverhaal te zoeken bij A en het advocatenkantoor waarvan hij deel uitmaakt, de maatschap M. Dit vanwege drie (beweerdelijke) beroepsfouten van A, waaronder het laten verlopen van genoemde dagvaardingstermijn. De nieuwe advocaat, laten we hem aanduiden als 'mr. W', stelt daartoe een dagvaarding op met een petitum gericht tegen mrs. A, B, C, D en E *persoonlijk*. Op het briefpapier van de maatschap M stonden ten tijde van de beroepsfouten van mr. A immers hun namen als partner vermeld, zoals te doen gebruikelijk op het *corporate paper* van een advocatenmaatschap.⁴ Niet geheel onbegrijpelijk ging mr. W daar dan ook op af bij het opstellen van de dagvaarding. Het briefpapier vermeldde echter ook, althans zo stelt het hof vast, dat de maatschap tevens beroepsvennootschappen omvatte.⁵

In eerste aanleg wijst de rechtbank Amsterdam de vorderingen van Biek af.⁶ In hoger beroep bekrachtigt het hof Amsterdam dit vonnis. Immers, zo redeneert het hof,

1 NRC Handelsblad van 2 juli 2013, naar aanleiding van de oprichting van een vestiging van het Amerikaanse advocatenkantoor Jones Day in Nederland begin dit jaar. Zouden de partners daar werkelijk geen praktijkvennootschappen gebruiken ter afscherming van hun persoonlijke aansprakelijkheid?

2 Zie voor commentaar op dit arrest, behalve de annotaties van Van Schilfgaarde in de *NJ* en

van Blanco Fernández in de *JOR*, ook I.A.F. Hendriksen, Aansprakelijkheid in een maatschap: de maten of advocaten?, *V&O* 2013, nr. 5, p. 92, de noot van G.C. Vergouwen in *JIN* 2013, afl. 5, p. 91 en de wenk van een anonieme meester(es) in *RCR* 2013/40. Voor een commentaar vanuit de (advocaten)praktijk zie Ilona Willemars, *Advocatenblad*, juli 2013, p. 34, onder de omineuze titel 'Samen het schip in'.

3 Vgl. HR 8 februari 2013, *JOR* 2013/108, m.nt. Van der Wiel (*Van de Steeg/Rabo*).

4 Volgens het hof gold dat overigens alleen voor A, B en C. Zie r.o. 3.17 van zijn arrest.

5 Arrest hof, r.o. 3.18.

6 Rechtbank Amsterdam 20 oktober 2010, 445301 / HA ZA 09-3913.

door A c.s. persoonlijk te dagvaarden heeft Biek niet, zoals volgens het hof nadrukkelijk wel haar bedoeling was, de maatschap M in rechte betrokken. Deze maatschap bestond ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding immers louter uit praktijkvennootschappen en deze stonden nu eenmaal niet als gedaagden vermeld. Het argument van Biek dat zij destijds was afgegaan op het door het briefpapier van de maatschap M gewekte vertrouwen stuit bij het hof onder meer af op de hoedanigheid van Biek als – in de ogen van het hof – ‘professionele en geïnformeerde partij’.⁷ Ook wijst het hof erop, met verwijzing naar het arrest *Moret Gudde Brinkman*,⁸ dat het Biek had vrijgestaan om de precieze identiteit van alle vennoten van maatschap M op te vragen, dat de maatschap deze desgevraagd ook diende te verstrekken en dat zij zelfs had aangegeven hiertoe ook bereid te zijn.⁹

Hiermee dreigde Biek andermaal het slachtoffer te worden van een beroepsfout van haar advocaat. Maar de Hoge Raad vaart gelukkig, voor Biek en haar advocaat mr. W, een gunstige koers in het daarop volgende cassatieberoep. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof Amsterdam en verwijst de zaak naar het hof Den Haag ter verdere afdoening. Ik geef de kernoverwegingen 3.4.2, 3.4.3. en 3.7 van het arrest van de Hoge Raad hieronder weer.

‘3.4.2. De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap. Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie, dan zijn de maten aansprakelijk voor gelijke delen (art. 7A:1679-1681 BW). Ingeval evenwel, zoals hier (zie hiervoor in 3.1 onder (i)), sprake is van een door de maatschap aanvaarde opdracht, dan is op grond van art. 7:407 lid 2 BW iedere maat jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor het geheel. De persoonlijke aansprakelijkheid jegens de contractuele wederpartij op grond van deze artikelen blijft bestaan indien de maat uittreedt. Vordering uit een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan, kunnen ook worden ingesteld tegen de maatschap als zodanig (en in dat geval bij toewijzing worden verhaald op het vermogen van de maatschap, dat een afgescheiden vermogen vormt; vgl. voor dit laatste art. 3:192 BW in verbinding met art. 3:189 lid 2 BW met betrekking tot de ontbonden maatschap). Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, dienen dergelijke vorderingen te worden ingesteld tegen de gezamenlijke (rechts)personen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn. Zoals is aanvaard in HR 5 november 1976, LJN AB7103, NJ 1977/586 (*Moret Gudde Brinkman*), kan in de dagvaarding worden volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien de gezamenlijke maten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen. De mogelijkheid om aldus de maatschap in rechte te betrekken doet niet af aan de daarnaast bestaande (en eventueel daarmee te combineren) mogelijkheid om de individuele (rechts)personen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maat waren, in rechte te betrekken ter zake van hun hiervoor genoemde persoonlijke aansprakelijkheid. De schuldeisers van de maatschap hebben dus zowel de mogelijkheid van het aanspreken van de gezamenlijke maten (met de mogelijkheid van verhaal op het maatschapsvermogen) als van het aanspreken van individuele (rechts)personen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst partij waren (met de mogelijkheid van verhaal op hun privévermogens).

3.4.3 Uit het vorenstaande volgt dat de onderdelen 1a, 1d en 1e terecht zijn voorgesteld. Anders dan het hof overweegt, volgt uit het feit dat met de maatschap is gecontracteerd, niet dat de maatschap in rechte moet worden betrokken. Biek kon ook ervoor kiezen (mede) de individuele maten te dagvaarden en eventueel tevens, zoals onderdeel 1d terecht aanvoert, om de individuele maten (niet alleen als maat persoonlijk aan te spreken, maar ook) aan te spreken wegens persoonlijke aansprakelijkheid uit anderen hoofde dan hun lidmaatschap van de maatschap. Hiernaast kunnen de door Biek ingestelde vorderingen – die ertoe strekken A c.s. individueel te veroordelen tot betaling van de hiervoor in de aanvang van 3.2 bedoelde bedragen – en de daarvoor door haar aangevoerde gronden – zij heeft een beroep gedaan op de hiervoor vermelde art. 7:407 lid 2 BW en 7A:1679-1681 BW –, ook niet anders worden opgevat dan dat zij A c.s. mede in hun hoedanigheid van individuele maat hebben gedagvaard in deze zaak. Zij heeft A. bovendien mede gedagvaard op de hem slechts persoonlijk – en dus niet als maat – betreffende grondslag van art. 7:404 BW. Hieruit volgt dat de vaststelling van het hof dat het de bedoeling van Biek is geweest om (uitsluitend) de maatschap in rechte te betrekken, onbegrijpelijk is, zoals onderdelen 1b en 1c terecht aanvoeren.

3.7. Ten slotte slaagt ook onderdeel 3. Art. 7:404 BW houdt in dat indien een opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of bedrijf uitoefent, die persoon gehouden is de betrokken werkzaamheden zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten verrichten. Voor eventuele tekortkomingen in de uitvoering van die opdracht is die persoon in dat geval naast de opdrachtnemer hoofdelijk aansprakelijk. Bij deze regeling is onder andere gedacht aan de advocaat die werkzaam is in maatschapsverband, waarbij de maatschap optreedt als opdrachtnemer (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 329-333). Tegen de achtergrond van het voorgaande geeft het hiervoor in 3.3 onder (d) vermelde oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel niet naar behoren gemotiveerd. De door het hof in aanmerking genomen omstandigheid dat [verweerder 1] zijn beroep van advocaat uitoefent door middel van een praktijkvennootschap en het die vennootschap is die maat is van de maatschap, sluit niet uit dat de opdracht met het oog op de persoon van [verweerder 1] is verleend, noch dat [verweerder 1] op grond daarvan persoonlijk aansprakelijk is voor tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht. In dit geval staat vast dat [verweerder 1] in de (aaneengesloten) periode van 1994 tot 2004 als advocaat de opdrachten heeft uitgevoerd (zie hiervoor in 3.1 onder (i)). In dit licht valt niet in te zien dat [eiseres] haar stelling in dit verband nog nader had moeten toelichten of onderbouwen, zoals het hof overweegt.’

Noot

1 Centraal in dit geschil staat de bedoeling van Biek met het uitbrengen van haar dagvaarding in eerste aanleg, waarin A c.s. persoonlijk werden opgevoerd als gedaagden. Bedoelde zij daarmee de maatschap M, waarvan A c.s. via hun praktijkvennootschap deel uitmaakten, in rechte te betrekken, of alleen A c.s. in privé? De uitleg van processtukken is een feitelijke aangelegenheid, waar de Hoge Raad zich in beginsel niet mee bezighoudt. Dit, tenzij de uitleg van het hof van die partijbedoeling in het bestreden arrest, mede in het licht van het relevante materiële recht, onbegrijpelijk is. Indien dat materiële recht echter op onderdelen niet helder is, fungeert de feitelijke

7 Arrest hof, r.o. 3.18.

8 HR 5 november 1976, NJ 1977, 586, m.nt. WHH,

AA 1978, p. 304, m.nt. Van Schilfgaarde (*Moret Gudde Brinkman*).

9 Arrest hof, r.o. 3.13 en 3.17.

vraag naar de uitleg van een processtuk dus als opmaat voor het beantwoorden van materiële rechtsvragen door de Hoge Raad. Dat is ook precies de inzet van dit geding. Zie daar hoe feit en recht onverbrekkelijk met elkaar samenhangen, ondanks onze verwoede en hardnekkige pogingen om die twee in ons hoofd categorisch te scheiden.¹⁰

2 De kern van het cassatiemiddel van Biek houdt in dat het hof uit het – onbetwiste – feit dat zij destijds een overeenkomst tot advocatuurlijke dienstverlening sloot met de maatschap M, ten onrechte concludeert dat Biek dan ook slechts die maatschap in rechte kon aanspreken, hetzij door vermelding van haar handelsnaam in de dagvaarding, hetzij door vermelding van alle namen van de maten waaruit zij bij het uitbrengen van de dagvaarding bestond. Omdat de maatschap M ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding slechts uit praktijkvennootschappen bestond, oordeelde het hof dat zij dus niet was gedagvaard. Ten onrechte, aldus ook de Hoge Raad, in navolging van het middel. Ten tijde van de beroepsfouten bestond de maatschap M immers ook uit natuurlijke personen. En omdat de individuele vennoten van een maatschap van rechtswege voor gelijke delen aansprakelijk zijn voor de schulden van de maatschap (art. 7A:1680 BW) had Biek dus wel degelijk ook de individuele vennoten van de maatschap M kunnen aanspreken. De Hoge Raad signaleert bovendien ook andere gronden die Biek had aangevoerd voor mogelijke aansprakelijkheid van de – deels voormalige – individuele vennoten, mogelijk zelfs met doorbreking van hun praktijkvennootschappen (zie hierna). Hiermee honoreert de Hoge Raad een motiveringsklacht en geen rechtsklacht, zoals ook blijkt uit het hanteren van de ‘(on)begrijpelijkheidstoets’ aan het eind van de boven-geciteerde rechtsoverweging 3.4.3.

3 Biek lijkt hiermee overigens wel door het oog van de naald te zijn gekropen. De Hoge Raad had immers ook kunnen volstaan met verwijzing naar het door het hof vastgestelde feit dat Biek nadrukkelijk had betoogd zich met een eerdere stuitingsbrief tot de maatschap te hebben willen richten.¹¹ Vast staat dat deze brief aan dezelfde vijf natuurlijke personen was gericht als die welke werden genoemd in de dagvaarding. Welnu, zo had de Hoge Raad kunnen overwegen, dan mocht het hof er inderdaad vanuit gaan dat het evenzeer Bieks bedoeling was om alleen de

maatschap te dagvaarden. Waarom zou Biek immers, met aanduiding van dezelfde kring van natuurlijke personen, wel een stuitingsbrief maar niet de daarop volgende dagvaarding aan de maatschap hebben willen richten? Dat klinkt weinig geloofwaardig. Omdat de Hoge Raad – grof gezegd – niet aan feiten doet, had hij die door het hof vastgestelde bedoeling van Biek dan als een gegeven moeten aannemen en diende het arrest van het hof bijgevolg in stand te blijven. Maar de Hoge Raad had blijkbaar een coulante bui, of – meer waarschijnlijk – kon niet langer wachten zijn rechtsvormende taak op het zo ernstig verwaarloosde terrein van de personenvennootschap aan te vatten.¹²

4 De Hoge Raad doet immers (veel) meer dan alleen een motiveringsklacht honoreren. Hij neemt de gelegenheid te baat om knopen door te hakken over enkele principiële rechtsvragen die de beoefenaren van het recht inzake personenvennootschappen al geruime tijd bezighouden. De urgentie om op dit terrein meer duidelijkheid te scheppen is ook aanzienlijk toegenomen door het nogal bruuske intrekken van het wetsvoorstel tot aanpassing, via invoeging van een nieuwe Titel 7:13 BW, van deze nog goeddeels uit 1838 daterende regelgeving door het ‘gedoogkabinet Wilders’, eind 2011.¹³ De Hoge Raad heeft de handschoen opgeraapt die de wetgever, na ruim veertig jaar noeste, voorbereidende arbeid door vele eminente vennootschapsjuristen, zo plompverloren op de grond heeft laten vallen. Dat is op zichzelf een goede zaak, ook al verricht de Hoge Raad deze zaakwaarneming op een wat terloopse wijze (zie hierna).

5 Welke knopen heeft de Hoge Raad met dit arrest dan doorgehakt? Allereerst denk ik dat het van belang is dat in r.o. 3.4.2 nadrukkelijk wordt gesproken van ‘een door de maatschap aanvaarde opdracht’, respectievelijk van ‘een overeenkomst die met een maatschap is aangegaan’. De Hoge Raad bevestigt hiermee nogmaals, zij het niet met zoveel woorden, het belang van het in de literatuur reeds lang beleden onderscheid tussen de openbare maatschap en de stille maatschap.¹⁴ Een maatschap die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam in het handelsverkeer naar buiten treedt, zal dat immers juist plegen te doen door het aanvaarden van opdrachten en het sluiten van andere overeenkomsten met die derden. Voor een stille maatschap geldt dat als regel niet.¹⁵ Ook

¹⁰ Zie over de verhouding tussen norm en feit de – althans voor mij – nog altijd magistrale tekst van Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel* van de Asser serie, 3e druk, 1974, in het bijzonder p. 129-135, waarin vervat de zogeheten ‘Sprong van Scholten’. Over de gronden van cassatie zie Asser *procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* (2005), Deventer: Kluwer, nr. 71 e.v.

¹¹ Arrest hof r.o. 3.7: ‘Biek betoogt in dat verband dat zij beoogd heeft zich tot de maatschap te richten en dat zij wist wie de maten waren, omdat zij dat heeft afgeleid uit het briefpapier van de maatschap waarop de namen van de betreffende personen stonden vermeld.’ Kortom, dezelfde

reden waarom Biek er voor had gekozen alleen deze namen in de dagvaarding te vermelden.

¹² In gelijke zin Ilona Willemars 2013, p. 36

¹³ *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek), C, Brief van de minister van Veiligheid en Justitie, aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (5 september 2011). Hierover Harm-Jan de Kluiver, ‘Kroniek van het ondernemingsrecht’, *NJB* 2012/885, met verdere verwijzingen. Zie voorts H.E. Boschma en P.P.D. Mathey-Bal, ‘Zijn de wetsvoorstellen rondom titel 7:13 terecht inge-

trokken?’, *Ondernemingsrecht* 2012/44. Overigens was het niet alleen hosanna met dit wetsvoorstel. Zie voor serieuze en terechte kritiek de oratie van W.J.M. van Veen, *Zwevend recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 3-13.

¹⁴ Vgl. J.B. Huizink, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Deventer: Kluwer 2011, p. 6.

¹⁵ Zie over de vraag of en wanneer (de onderneming van) een stille maatschap in het handelsregister moet worden ingeschreven P.P.D. Mathey-Bal, ‘De stille maatschap in het openbare handelsregister’, *WPNR* 2013 (6980), p. 477.

in Wetsvoorstel Titel 7:13 BW werd nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de stille en de openbare (personen) vennootschap.¹⁶

6 Nu is het feit dat de Hoge Raad dit dogmatisch onderscheid onderschrijft op zichzelf nog niet zo opmerkelijk. In het reeds genoemde arrest *Moret Gudde Brinkman* uit 1976 heeft de Hoge Raad immers reeds beslist dat de vennoten van een openbare maatschap in rechte kunnen worden betrokken door enkele vermelding van haar handelsnaam als gedaagde in de dagvaarding of het inleidende verzoekschrift. Ter onderstreping van de louter praktische betekenis van dit arrest spreekt men wel van een ‘betekeningsregel’.¹⁷ Maar nu koppelt de Hoge Raad ook rechtsgevolgen in termen van aansprakelijkheid aan de kwalificatie van een samenwerkingsverband als openbare maatschap. Aanvaardt een maatschap een opdracht van een derde dan zijn de individuele vennoten hoofdelijk tegenover de opdrachtgever gebonden en – in beginsel – voor het geheel van diens schade aansprakelijk bij een tekortkoming in de nakoming. Dit op de voet van het bepaalde in artikel 7:407 lid 2 BW. Over de vraag of dit wetsartikel überhaupt wel bij een opdracht aan een maatschap van toepassing is, werd in de literatuur getwist.¹⁸ De Hoge Raad schept hier dus de gewenste duidelijkheid voor de rechtspraktijk. Overigens betreft artikel 7:407 lid 2 BW regelend recht waarvan derhalve per contract of in de algemene voorwaarden ten gunste van de vennoten kan worden afgeweken, hetgeen in de praktijk ook dikwijls geschiedt. Zie de algemene voorwaarden van vele advocatenkantoren. Soms wordt dit ‘wegschrijven’ door beroepsorganisaties via modelclausules zelfs aanbevolen.¹⁹

7 De hoofdelijke aansprakelijkheid van de individuele vennoten die deel uitmaakten van de maatschap ten tijde van het aanvaarden van de opdracht vloeit thans, op basis van het onderhavige arrest, louter voort uit het recht inzake de opdrachtverhouding, niet uit het maatschapsrecht. De Hoge Raad gaat immers niet zo ver te beslissen dat vennoten van een openbare maatschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schadegevolgen van niet-nakoming van *elke* met de maatschap gesloten overeenkomst. Zou de Hoge Raad – bij obiter dictum – dit wel hebben beslist, dan zou op dit punt alsnog het gesneuvelde wetsvoorstel tot invoering van Titel 7:13 BW volledig zijn gevolgd. Ontwerp-artikel 7:813 BW verklaarde immers de vennoten van een openbare vennootschap hoofdelijk verbonden voor alle verbintenissen van de vennootschap (lid 1), terwijl voor de vennoten van een stille vennootschap slechts aansprakelijkheid voor gelijke delen werd voorgeschreven (lid 3).²⁰ Toch kan ik mij moeilijk aan de indruk onttrek-

ken dat ontwerp-artikel 7:813 BW bij de Hoge Raad heeft meegespeeld in zijn beslissing om artikel 7:407 lid 2 BW ook toe te passen op de maatschap als opdrachtnemer.

8 Per saldo bestaat er bij de openbare maatschap nu dus een – op materiële gronden mij dunkt lastig te verklaren – verschil in gebondenheid van haar vennoten naar gelang de aard van de overeenkomst die zij aanging. Bij opdrachtverlening geldt hoofdelijke aansprakelijkheid van alle vennoten die ten tijde van de opdracht de maatschap vormden. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid blijft de vennoot aankleven, ook nadat hij inmiddels uit de maatschap is getreden, zoals de Hoge Raad terecht overweegt (r.o. 3.4.2). Dat is logisch, immers niet het maatschapsverband maar de opdrachtverhouding constitueert deze aansprakelijkheid. Hoofdelijke aansprakelijkheid geldt ook voor de vennoten van een vennootschap onder firma (‘vof’), maar dan juist *wel* vanwege deze specifieke, op bedrijfsuitoefening gerichte maatschapsvorm en zijn wettelijke regeling (art. 18 WvK). Bij alle andere overeenkomsten gesloten door de openbare maatschap geldt, ingevolge het ‘basisregiem’ van artikel 7A:1680 BW, aansprakelijkheid voor gelijke delen. Overigens geldt dit regime ook voor vennoten die ten tijde van een opdracht nog geen deel uitmaakten van de maatschap, maar die later zijn toegetreden. Zij behoorden destijds immers niet de kring der personen bedoeld in artikel 7:407 lid 2 BW.

9 Ook de individuele gebondenheid ex artikel 7A:1680 BW blijft na uittreding van de vennoot voortbestaan. Het Wetsvoorstel Titel 7:13 BW voorzag in ontwerp-artikel 7:824 BW, ter tegemoetkoming van wensen uit de praktijk, in een verkorte verjaringstermijn van vijf jaar bij de openbare vennootschap. Het is spijtig dat dit alleszins gerechtvaardigde geesteskind van de ontwerp-wetgever met het badwater van het wetsvoorstel is weggespoeld. Huizink suggereert nog dat wanneer een wederpartij van de maatschap gedurende een redelijke termijn na kennisgeving van de uittreding van een vennoot de overeenkomst onverminderd voorzet, zij geacht mag worden in te stemmen met het beëindigen van de aansprakelijkheid van de uitgetreden vennoot.²¹ Dat is een aantrekkelijke, maar wel vergaande oplossing, zou ik menen. Mogelijk dat in voorkomend geval, bij wijze van tussenoplossing, de rechter hier de voorwaarde van een tijdsverloop van vijf jaar aankoppelt, zodat ook in dat opzicht Wetsvoorstel Titel 7:13 BW alsnog zou worden gevolgd.

10 Op een wat terloopse wijze – namelijk per obiter dictum en tussen haakjes geplaatst – beslist de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 voorts dat de zaakscrediteuren van een openbare

16 Zie voor de uitwerking daarvan Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*, Deventer: Kluwer 2010, onder nr. 104 e.v.

17 Vgl. K. Teuben, ‘Procederen door en tegen personenvennootschappen’, *MvV* 2009, nr. 11, p. 275.

18 Vgl. Huizink 2011, p. 32 (niet van toepassing) en Mohr/Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 128 (niet – zonder meer –

van toepassing). Anders echter Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*, nr. 110, die toepassing van art. 7:407 lid 2 BW onder omstandigheden zelfs bij de stille vennootschap mogelijk acht, maar voegt daar aan toe: ‘althoewel dat in de praktijk niet vaak zal voorkomen’ (nr. 110).

19 Zo bevat het Model Algemene Voorwaarden van het NIVRA/NOvA 2008 in de definitie van

Opdrachtgever de clausule: ‘De artikelen 7:404, 7:407 lid 2 en 7:409 BW worden uitdrukkelijk van toepassing uitgesloten.’

20 Hierover J.A. Heurkens, ‘Aspecten van de aansprakelijkheid van de vennoten onderling en jegens derden in titel 7.13’, *V&O* 2009, nr. 3, p. 53.

21 Huizink 2011, p. 74.

maatschap zich rechtstreeks op haar vermogen kunnen verhalen en dat dit een afgescheiden vermogen vormt. Hiertoe wordt verwezen naar ‘art. 3:192 BW in verbinding met art. 3:189 lid 2 BW met betrekking tot de ontbonden maatschap’. Ook hiermee schenkt de Hoge Raad klare wijn in een reeds lang bestaand dispuut aangaande het recht inzake de personenvennootschappen. Dat schulden ontstaan in de uitoefening van haar bedrijf bij de vof rechtstreeks en bij voorrang (dat wil zeggen, boven privéschuldeisers van de individuele vennoten) kunnen worden verhaald op de vermogensbestanddelen die de vennoten voor haar bedrijfsvoering hebben ingebracht en bestemd, de gemeenschap, heeft de Hoge Raad reeds in het aloude arrest *Boeschoten-Besier* uit 1897 uitgemaakt en nadien in een reeks uitspraken bevestigd.²² Dit geldt ook voor de commanditaire vennootschap (‘CV’), zelfs indien die maar één beherend vennoot kent.²³ Het is nu echter voor het eerst dat de Hoge Raad beslist, in navolging van de doctrine, dat dit evenzeer opgaat voor de openbare maatschap. Wat geldt voor een *ontbonden* gemeenschap (art. 3:193 BW) zou immers *à fortiori* ook moeten gelden voor de nog *bestaande* gemeenschap van de openbare maatschap.²⁴

11 Zoals gezegd, nog op een andere manier had Biek volgens de Hoge Raad – althans één van de – in de dagvaarding genoemde personen in privé kunnen aanspreken. Namelijk mr. A, op grond van artikel 7:404 BW en met ‘doorbreking’ van diens tussengeschoven praktijkvennootschap. Ook hier werkt het recht inzake de opdrachtverhouding door in de aansprakelijkheidspositie van individuele vennoten van een openbare maatschap. Biek had immers, zo betoogde zij, juist mr. A opgedragen haar belangen tegen diens falende confrère mr. V te behartigen vanwege diens specifieke kennis en ervaring in geschillen

rond beroepsaansprakelijkheid. Subsidiair beriep zij zich daarom tevens op artikel 7:404 BW. Waar het hof oordeelde dat Biek te weinig had aangedragen om haar in dit betoog te volgen, is de Hoge Raad opmerkelijk ruimhartiger door in in r.o. 3.7 te overwegen:

‘In dit geval staat vast dat [verweerder 1] in de (aaneengesloten) periode van 1994 tot 2004 als advocaat de opdrachten heeft uitgevoerd (zie hiervoor in 3.1 onder (i)). In dit licht valt niet in te zien dat [eiseres] haar stelling in dit verband nog nader had moeten toelichten of onderbouwen, zoals het hof overweegt.’

Met andere woorden, het enkele feit dat een advocaat daadwerkelijk gedurende een reeks van jaren zijn opdrachtgever heeft bijgestaan, volstaat naar het oordeel van de Hoge Raad ter onderbouwing van de stelling dat hem die opdracht dan ook is verleend ‘met het oog op’ zijn persoon, als bedoeld in artikel 7:404 BW. Ik vraag mij af of hier niet een *ex post*-oordeel de plaats inneemt van het wettelijk vereiste *ex ante*-oordeel.

12 Al met al heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen, waarmee enkele onderdelen van het ontijdig doodverklaarde Wetsvoorstel Titel 7:13 BW door ons hoogste rechtscollege alsnog zijn gereanimeerd. Dat geldt zowel voor de bevestiging van het onderscheid tussen de stille en de openbare maatschap, de erkenning van het afgescheiden vermogen van de openbare maatschap, als voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de uitvoering van een door de maatschap aanvaarde opdracht. Dat de Hoge Raad tot twee maal toe in r.o. 3.4.2 nadrukkelijk stipuleert dat de maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, juich ik alleen maar toe. Ik beschouw dit als een duidelijke fingerwijzing aan de lagere rechter om niet zelf met rechtspersoonlijkheid te gaan zitten knutselen op dit toch al weinig overzichtelijke terrein.²⁵ ■

²² Vgl. Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII*, nr. 177, met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen.

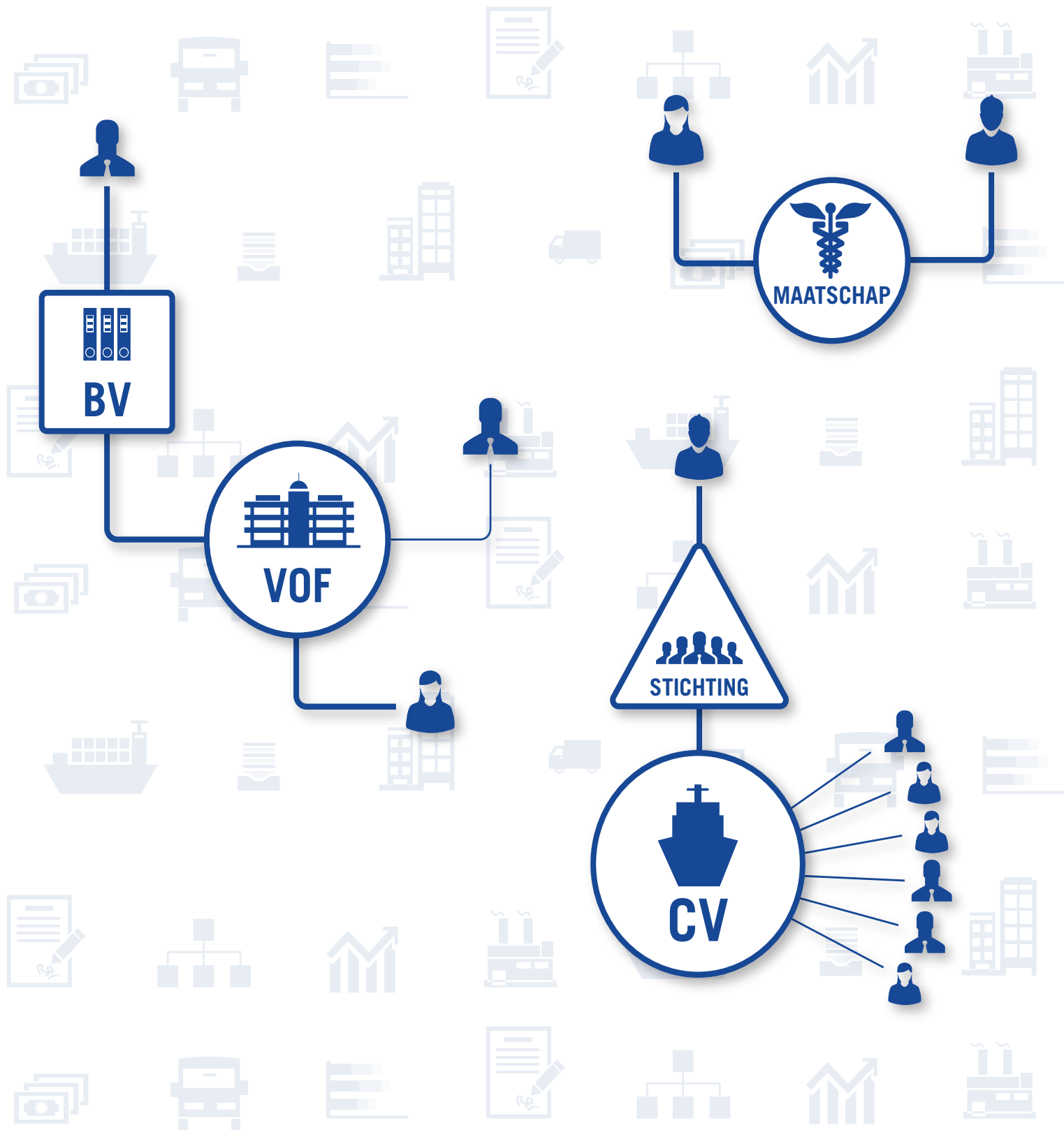
²³ HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327, m.nt. Ma (*Hovumij/Spreuwenberg*).

²⁴ Evenzo, onder meer, Mohr/Meijers 2009, p. 116. Zie voorts Huizink 2011, p. 53 e.v. met een

verhelderende uiteenzetting over deze complexe materie.

²⁵ Anders Blanco Fernández in zijn noot bij dit arrest in de JOR onder nr. 4, die het betreurt dat de Hoge Raad niet de gelegenheid heeft aangegrepen om de eigen rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap te erkennen. Ook M.J.G.C.

Raaijmakers ziet geen probleem in toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de openbare vennootschap door de rechter. Zie zijn ‘Vereenvoudiging titel 7:13 BW’, *Ondernemingsrecht* 2009-2, p. 70 (73), alsmede zijn afscheidsrede *Naar een Wetboek Ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom 2009, p. 28.



Werkgroep personenvennootschappen

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, april 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 dit rapport en het bijgaande voorstel voor een wettelijke regeling besproken met de Commissie Vennootschapsrecht op 4 april 2016. Dit rapport en het voorstel voor een wettelijke regeling wordt verder besproken tijdens het op 15 juni 2016 te houden symposium in Amsterdam: 'Naar een nieuwe regeling voor de Personenvennootschap'. De werkgroep heeft het plan om een definitief rapport en voorstel voor een wettelijke regeling daarna aan te bieden 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 11
 - 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, vereffening en verdeling 28

Hoofdstuk 11 Fiscaliteit 29

Bijlagen

- Bijlage fiscale aspecten **31**
- Voorstel Titel 7.13 **45**
- 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 onduidelikheden 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 beklem-

mend 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 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

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.

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 de specifieke aansprakelijkheidsregeling voor beroepshandelingen (zie hierover paragraaf 6.4).

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. 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 mede-vennoot 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 moeizame 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 onmiskenbare 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 rechtstelsels.

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.

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 brengt 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 met zich mee dat het vennootschappelijk vermogen aan de rechtspersoon en niet aan de vennoten toebehoort. Voor deze wijziging moet een overgangsregeling worden gecreëerd. De werkgroep heeft gekozen voor dezelfde 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. 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 hetzelfde

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

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 (§ 6.3).

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.

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

De werkgroep is daarom van mening dat een genuanceerdere benadering moet worden gekozen. Deze houdt in dat een toetreden vennoot slechts verbonden is voor prestaties waartoe de vennootschap zich reeds vóór het toetreden van de toetreden vennoot contractueel heeft verbonden, maar die eerst na diens toetreden opeisbaar worden. Hierbij kan worden gedacht aan prestaties die verschuldigd worden uit duur-overeenkomsten 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 rechtspraak¹¹ 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

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

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 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 rechtstelsels 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 verstrekende 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.

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. 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 louter een contractuele verhouding met zich brengt 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 of machtiging 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 of machtiging 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, 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 met zich 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 toetredende 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 overname. 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 rechtspersoon niet langer rechtspersoon zal zijn. 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. Notariële tussenkomst zal bij een wijziging van de personenvennootschap die eigenaar is van registergoederen voor de hand liggen. 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, vereffening en verdeling

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 is verdeeld over het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel. Het wetsvoorstel geeft een uniforme regeling voor alle personenvennootschappen.

Ontbinding zal doorgaans het gevolg zijn van een besluit van de vennoten of van het zich voordoen van een in de vennootschapsovereenkomst voorziene ontbindingsgrond. Er kunnen zich daarnaast gewichtige redenen voordoen die rechtvaardigen dat de vennootschap door de rechter wordt ontbonden. Het huidige recht opent voor de vennoten deze mogelijkheid (artikel 1684 van Boek 7A). De werkgroep denkt dat het wenselijk is deze mogelijkheid niet te beperken tot vennoten, omdat er anderen kunnen zijn die een rechtmatig belang hebben bij de algehele ontbinding van de vennootschap, bijvoorbeeld crediteuren van vennoten die een zwaarwegend belang hebben bij de verdeling van het vennootschappelijke vermogen onder de vennoten. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een uitbreiding van de kring van personen die ontbinding door de rechter kunnen vorderen.

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 vereffeningsfase 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, 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.

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.

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 directeur-grootaandeelhouders 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.

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.

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.

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 buiten-

landse 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.

2.4 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 allerminst 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.

3. Inkomstenbelasting

3.1 Nijvere maten in stille vennootschappen (bijvoorbeeld deelvissers)

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

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-grotaandeelhouder 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.

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 het 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.

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, WBR.

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.

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 hoofd criterium, 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; personen-

vennootschappen 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 al hebben ze rechtspersoonlijkheid. 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 is ingeschreven in het handelsregister. Zij staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet anders voortvloeit.
2. Al wat behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap van een openbare vennootschap die niet is in-

geschreven in het handelsregister gaat onder algemene titel over op de rechtspersoon op het moment dat de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt.

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 volzin 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 of ter uitvoering 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 worden 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 de verbintenissen van de vennootschap, 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 verbintenissen van de maatschap, 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 door 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. Tenzij zulks bij de overeenkomst van vennootschap is uitgesloten of beperkt, kan vruchtgebruik worden gevestigd op de rechten van een vennoot op uitkeringen ten laste van de winst of de reserves van de vennootschap. Het vruchtgebruik wordt gevestigd bij een daartoe bestemde akte als bedoeld in artikel 94 van Boek 3.
2. In geval van uittreding, opvolging of vereffening van de vennootschap komt het vruchtgebruik te rusten op de uittreedvergoeding als bedoeld in artikel 26 respectievelijk de vergoeding als bedoeld in artikel 27 lid 3 dan wel het recht van de vennoot op het overschot na vereffening als bedoeld in artikel 30 lid 5.
3. De vruchtgebruiker verkrijgt niet de aan de positie van een vennoot verbonden zeggenschapsrechten.
4. Van lid 1, laatste volzin 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 opvolging als bedoeld in artikel 27 lid 3. 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 als 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 lid 1 en 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 door de overdragende vennoot ondertekende akte en een mededeling daarvan aan de vennootschap. 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 der vennoten uittreden 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 andere gronden dan in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien en kan een vereffenaar aanwijzen.
2. De rechter ontbindt een rechtspersoon die door inschrijving krachtens artikel 6 is ontstaan, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie op de grond dat de vennootschap niet voldoet aan de omschrijving van artikel 1. De rechter ontbindt de rechtspersoon niet indien hij de rechtspersoon een termijn vergund heeft en deze na afloop daarvan aan de omschrijving van vennootschap voldoet. Op de vereffening van het vermogen van de ontbonden rechtspersoon zijn de bepalingen van deze afdeling van overeenkomstige toepassing.
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. 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. 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. De vennoten zijn verplicht een tekort in het vermogen van de vennootschap aan te vullen voor zover zij daarvoor draagplichtig zijn.
5. Tot het overschot na voldoening van de schuldeisers van de vennootschap zijn de vennoten gerechtigd. Artikel 17 is van overeenkomstige toepassing.

6. De vereffenaar stelt een rekening en verantwoording op van de vereffening.
7. Iedere vennoot heeft het recht tot inzage in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers.
8. Artikel 19 vindt mede toepassing op verbintenissen van de vennootschap die na de ontbinding opeisbaar worden.

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 per de datum van inschrijving op te bestaan 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 heropening van de vereffening en aanwijzing van een vereffenaar door de in lid 1 bedoelde rechtbank plaatsvinden. De griffier draagt zorg voor inschrijving van de uitspraak tot heropening van de vereffening en de eventuele aanwijzing van de vereffenaar.

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. Wijziging van een stille in een openbare vennootschap heeft tot gevolg dat zij met ingang van de dag volgend op de dag dat zij als openbare vennootschap is ingeschreven in het handelsregister rechtspersoon wordt en al wat behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap onder algemene titel overgaat op de op de rechtspersoon. 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 waarborgmaatschappij 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 waardebeoordeling 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 de verbintenissen van de vennootschap welke zijn ontstaan 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 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. 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 met de huidige

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

² Handelingen II 2011/12.

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. Behoeftte 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 eigen identiteit 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. 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 aan de openbare personenvennootschap is daarom geen ingrijpende wijziging ten opzichte van het

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).

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 uitreden 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 daarvan is dat de praktijk daarmee vertrouwd is. Een al te ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling zou onno-

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

dige 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, blijktens 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 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 in 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 uitvoe-

ring 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 regelend recht, zodat de vennoten voor een andere regeling kunnen opteren. Voorts voorziet afdeling 5 in bepalingen van regelend 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 rechts-persoonlijkheid 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 met zich brengt.

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 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 begrepen beroeps- of bedrijfsmatige handelingen. 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 ontwerp-titel 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.
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, hoeft daarom niet in de wet tot uitdrukking te worden gebracht.

Artikel 3 Openbaar en stil

1. Aan een duidelijker onderscheid tussen de openbare en de stille vennootschap bestaat al onder huidig recht behoefte. 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. Gegeven de uitgangspunten van dit wetsvoorstel, is er dan ook geen reden om de regeling op dit punt te wijzigen.
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 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. 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.

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.
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 artikel is dan ook van toepassing verklaard op 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.

Tweede lid

4. 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 overname 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

5. 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

6. 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.
7. 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. Een wettelijke regeling ter bescherming van de positie van derden is daarom gewenst. In het onderhavige artikel wordt die regeling gegeven.
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 is 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 uittreding. Alsdan dient zijn aandeel in de gemeenschappelijke goederen aan de voortzettende vennoten of een toetredende vennoot te worden overgedragen. “Bij uittreding” omvat ook de situatie dat in het kader van zijn uittreden een overdracht plaatsvindt. De formulering betekent dus niet dat de overdracht moet samenvallen 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. Aan de in voornoemde bepaling gegeven regeling is ter verduidelijking toegevoegd dat ook een ter uitvoering van de overeenkomst van vennootschap geldende regeling buiten toepassing kan 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. Het tweede lid verduidelijkt mede met het oog op de praktische bruikbaarheid van de regeling, dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zich mede uitstrekt tot deze ter uitvoering van de overeenkomst vastgestelde regels.

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 ook kan worden ontnomen of 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. Zoals in de toelichting op het voorontwerp-Van der Grinten, p. 1098, en die op de ontwerptitel 7.13, p. 21, al is opgemerkt, moeten in de administratie niet alleen transacties ten name van de vennootschap maar alle transacties voor rekening van de vennootschap worden opgenomen, evenals verrekeningen in verband met dergelijke transacties tussen een vennoot en de vennootschap of de andere vennoten. 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.
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 uit 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 4 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 en ten goede aan 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 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 rechtshande-

ling 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. De verbonden vennoten zijn naast de vennootschap partij bij overeenkomsten die op naam van de vennootschap zijn gesloten. 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. Een crediteur zal in beginsel op grond van de redelijkheid en billijkheid eerst de vennootschap aanspreken. Als een crediteur redelijkerwijs een poging heeft ondernomen de vennootschap aan te spreken en die komt niet onverwijld na dan kan een crediteur een of meerdere vennoten aanspreken. 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) handelsrecht. 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, is het uitgangspunt bij de maatschap dat de vennoten voor gelijke delen zijn 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. Sniijders 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* 2008, nr. 118 en in deze lijn HR 18 december 2015, JOR 2016/28 m.nt. Blanco Fernández. Een op de vennootschap rustende verplichting tot vergoeding van schade rust dus 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 verbintenissen die zijn ontstaan uit rechtshandelingen. 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 Schilf-gaarde. 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 desbe-treffende 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.

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 rechts-figures zoals de LLP en de Duitse Partnerschaftsgesellschaft Angehöriger Freier Berufe. Het belangrijkste kenmerk van deze figures 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 buiten-land 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 situa-tie 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 venno-ten. 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 mogelijk-heid 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 toegetreden 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 heeft 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 rechtsvordering tegen de vennootschap verjaart», is opgenomen om te verzekeren dat een eerdere verjaring van de rechtsvordering tegen de vennootschap op grond van de artikelen 307 e.v. van Boek 3, ook de verjaring meebrengt van de daarmee corresponderende rechtsvordering 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 uit de winst en de reserves. De vennoten kunnen de mogelijkheid daartoe uitsluiten of beperken, zoals 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 uit de winst of reserves van de vennootschap. 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 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 5). Bij vestiging van het vruchtgebruik kan overigens voor deze gevallen anders worden bepaald.

Artikel 21 Verpanding

1. Anders dan het huidige recht biedt artikel 21 uitdrukkelijk de mogelijkheid een pandrecht op een aandeel 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.
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 niet alleen van toepassing op de gewone 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 literatuur voor het huidige recht wordt aangenomen, deel hebben aan het bestuur van de commanditaire vennootschap als bedoeld in artikel 14. Deze regel is van regelen 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 commanditair 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 onbepaald 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 uittredende 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 4 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 4 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 togetreden 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 vooruitzicht 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 regelend 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. 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.

8. Zoals hierboven al kort aan de orde is geweest, laat een en ander niet 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.
9. 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. 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.
10. Lid 5 van artikel 22, dat overeenkomt met lid 3 van het huidige artikel 19 WvK, is al hierboven onder Algemeen, nummer 17, toegelicht. Het bepaalde in lid 1 en 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 huidige 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 geleverd 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 geleverd. De voorgestelde bepaling bevat echter wel uitdrukkelijk de mogelijkheid om daarnaast andere rechterlijke ontbindingsgronden in de vennootschapsovereenkomst op te nemen. Zie onder het huidige 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 verbintenrechtelijke 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 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 toetreders 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. Met het oog op de voorschriften die in acht moeten worden genomen voor contractsoverneming komt dit de beoogde verhandelbaarheid niet ten goede. 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 een pandrecht. Zie artikel 21 lid 3.

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 gezien 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). Het eerste lid spreekt over benoeming van “een vereffenaar”, maar als de rechter daartoe aanleiding ziet, kan hij desgevraagd meerdere vereffenaars benoemen.
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. 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 zal de rechter de rechtspersoon wel moeten ontbinden. 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. Het tweede lid is nodig zodat 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 van de huidige, met dien verstande dat de nieuwe regeling uitgaat van het feit dat de vennootschap een rechtspersoon is. Ontbeert de vennootschap rechtspersoonlijkheid, dan zijn de regels mutatis mutandis 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 bestuurstaak 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 dat geval heeft een niet draagplichtige (maar extern wel aansprakelijke) vennoot die een crediteur van de vennootschap heeft betaald, een regresrecht op de draagplichtige vennoot tot het bedrag dat de aansprakelijke vennoot aan de crediteur heeft betaald. 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 gerechtigtheid 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 gezien. 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. Het zesde lid voorziet daarin. Het artikel is niettemin niet van dwingend recht. De vennoten kunnen ervan afzien dat de verdeling geformaliseerd. Maar eveneens mogelijk is dat de overeenkomst van ven-

nootschap juist aanvullende regels bevat over de rekening en verantwoording, bijvoorbeeld dat die door de vennoten moet worden goedgekeurd of 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 kan inzage in de administratie van de vennootschap gewenst zijn (lid 7). Deze inzage ligt in het verlengde van het inzagerecht dat tijdens het bestaan van de vennootschap voorzien is in 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 vereffening 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 vereffening 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, weegt dit niet zo zwaar dat al om die reden vastgehouden moet worden aan de regel dat steeds vereffening moet plaatsvinden. De vereffening biedt als zodanig geen extra waarborgen. Bovendien blijven ook de vennoot of vennoten die de onderneming niet voortzetten wel (privé) aansprakelijk.
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 met zich 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 (Obligationsrecht).

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 het eventueel overblijvende batig saldo onder de gerechtigden tot dat saldo is verdeeld. 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 een ieder 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. 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 van de MvT is uiteengezet, is in het onderhavig voorstel gekozen voor een modernisering van de wettelijke regeling van de personenvennootschap. Bij deze opzet past dat ook de 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 ontwerptitel

7.13 werd voorzien in een 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 aansprake-

lijk 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 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 ontwerptitel 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.
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 uitredregeling 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. Die aansprakelijkheid geldt niet voor verbintenissen die zijn ontstaan voor de omzetting,
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, para 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.

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 betrok-

ken 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 6 opgenomen regeling over de verjaring van een vordering op een vennoot is gebaseerd op het principe dat rechtsvorderingen op uittredende 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.

Een lacune in de Geschillenregeling oude en nieuwe stijl.

Kid Schwarz

1. Voor aandelen in de BV en de besloten NV bestaat, zeker wanneer het gaat om minderheidspakketten, geen markt. De geschillenregeling beoogt de bekleemde aandeelhouder in zodanige vennootschap de helpende hand te bieden in die gevallen waarin het voortduren van zijn actuele betrokkenheid in redelijkheid niet kan worden verlangd. Onder omstandigheden blijkt de geschillenregeling, in zijn huidige vorm maar ook na de voorziene aanpassing in het kader van de flexibilisering van het BV-recht, echter geen soelaas te bieden. In dit kader wordt aanpassing van de geschillenregeling op de korte termijn bepleit.

2. Besloten vennootschappen worden, althans tot op heden, gekenmerkt door een dwingendrechtelijk voorgeschreven beperking van de vrije overdraagbaarheid van aandelen, welke aandelen uitsluitend op naam luiden. Bij dit type vennootschappen is er geen markt voor aandelen, hetgeen de minderheidsaandeelhouder die wenst uit te treden uit het vennootschappelijk verband feitelijk afhankelijk maakt van de overnamebereidheid van de groot-aandeelhouder c.q. een uittreding tegen reële voorwaarden onmogelijk maakt. Het zelfde geldt voor de NV met een besloten karakter. Deze vennootschap wordt in de wet gedefinieerd als de NV waarvan de statuten uitsluitend geblokkeerde aandelen op naam kennen terwijl de uitgifte van bewilligde toondercertificaten is uitgesloten¹. Zoals bekend wordt in Den Haag hard gewerkt aan de vereenvoudiging en flexibilisering van de wettelijke regeling van de BV². Eén van de voorgestelde veranderingen is het schrappen van de verplichting tot het statutair beperken van de vrije overdraagbaarheid van aandelen in de BV. In het wetsvoorstel is een aanbiedingsblokkade het wettelijk uitgangspunt, maar statutair kan deze blokkeringsregeling worden weggeschreven of worden vervangen door een goedkeuringsblokkade, dan wel een ander systeem van beperking van de vrije overdraagbaarheid. Ook in het nieuwe stelsel wordt de begrenzing gezocht in het voorschrift dat de blokkeringsregeling niet zo ver mag gaan dat de overdracht van aandelen uiterst bezwaarlijk of onmogelijk wordt³. Opvallend is dat in het wetsvoorstel de definitie van de besloten NV niet wordt aangepast. Aanpassing lijkt mij voor de hand te liggen nu voor de BV niet langer de verplichte blokkering van aandelen als wettelijk kenmerk zal gelden en het niet coherent is het besloten karakter bij de NV anders te definiëren dan bij de BV. De geschillenregeling⁴ moet het ontbreken van een markt voor aandelen in dit type vennootschappen compenseren en wil de minderheidsaandeelhouders in het besloten samenwerkingsverband beschermen. De geschillenregeling kent twee mechanismen, te weten de uitstoting van aandeelhouders⁵ en de gedwongen uittreding⁶.

¹ Zie art.2: 335 BW.

² Zie het Ontwerp van Wet Wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

³ Zie lid 5 van het voorgesteld art.2: 195 BW, waarin rekening wordt gehouden met nouveautés als het onoverdraagbaar aandeel. Het vervallen van de verplichte blokkeringsregeling werd reeds twintig jaar geleden krachtig bepleit. Zie C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen, Kluwer Deventer 1986.

⁴ Art.2: 335 e.v.

⁵ Art.2: 336 BW.

⁶ Art.2: 343 BW.

3. De uitstotingsregeling naar huidig recht alsook na de voorziene aanpassing in opgemeld wetsvoorstel, werkt globaal als volgt. De houder(s) van een derde van het geplaatst aandelenkapitaal kan een andere aandeelhouder – dus ook de houder van twee derden van de aandelen – uit de vennootschap stoten. Vereist is dat de uit te stoten aandeelhouder(s) het belang van de vennootschap zodanig ernstig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

De vordering tot uitstoting kan niet worden ingesteld door de vennootschap zelf of door een dochtervennootschap, noch door de aandeelhouder indien en voorzover deze certificaten van aandelen heeft uitgegeven die worden gehouden door de vennootschap zelf of een dochter⁷.

Bij uitstoting van aandeelhouders spelen interessante kwesties wanneer er sprake is van verpanding van aandelen. Men denke aan de situatie waarin een aandeelhouder wordt uitgestoten, terwijl er op de aandelen een pandrecht ten behoeve van een ander is gevestigd.

De wet bevat op dit punt geen regeling, ook niet in de voorgestelde aanpassingen van de geschillenregeling. Goederenrechtelijk zal het pandrecht, bij de uitstoting, het over te dragen aandeel volgen. De eiser in de uitstotingsprocedure zou een met een beperkt recht van pand bezwaard aandeel verkrijgen, op welk moment het pandrecht van karakter verandert in een zogenaamd “derden-pand”. Aannemelijk is dat met dit feit rekening zal worden gehouden bij de bepaling van de prijs die de uitstotende partij zal moeten betalen. Maar of in het prijsdrukkend effect veroorzaakt door dit derden-pand de oplossing ligt valt te betwijfelen. De pandhouder heeft in deze omstandigheden weinig te klagen. Zijn verhaalspositie wordt immers gedekt door het voortduren van de zekerheid. De positie van de eiser in de uitstotingsprocedure is echter minder aantrekkelijk. Zijn ten gevolge van de uitstoting verkregen aandelen kunnen in theorie immers door de pandhouder worden uitgewonnen wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen jegens de pandhouder niet nakomt⁸. Anders geformuleerd, het voortduren van het ongestoord aandeelhouderschap wordt in deze omstandigheden niet gecontroleerd door de aandeelhouder, maar is afhankelijk van het handelen of nalaten van de voormalig aandeelhouder die het pandrecht vestigde. Dit feit lijkt een belangrijk struikelblok te vormen voor het benutten van de uitstotingsprocedure in deze situatie.

Uitstoting kan, als gezegd, worden gevorderd wanneer gedragingen van medeaandeelhouders de belangen van de vennootschap schaden. Zeer wel denkbaar is dat de pandhouder⁹ op aandelen in een besloten (naamloze) vennootschap het stemrecht op de bezwaarde aandelen heeft ontvangen. Wanneer in deze situatie de stemgerechtigd pandhouder bij de uitoefening van de aan de verpande aandelen verbonden zeggensmacht, het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat in redelijkheid niet kan worden geduld dat het stemrecht bij hem blijft berusten, kan ook hij worden uitgestoten. Uitstoting houdt dan in het overgaan van het stemrecht op de aandelen naar de aandeelhouder/bloot-eigenaar, zulks op verzoek van de houder(s) van tenminste een derde van het geplaatst kapitaal¹⁰. Overgang van het stemrecht geschiedt zonder vergoeding aan de beperkt

⁷ Art.2: 336 lid 2 BW.

⁸ Vgl. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen, Nijmeegse Reeks Deel 49, Kluwer 1996, p.209, die pleit voor aanpassing van de regeling in die zin dat het aandeel door de eiser in de uitstotingsprocedure vrij en onbezwaard wordt verkregen.

⁹ De positie van de vruchtgebruiker op aandelen is een vergelijkbare.

¹⁰ Art.2: 342 BW.

gerechtigde, hetgeen de procedure relatief eenvoudig maakt nu valuering van het stemrecht niet aan de orde is. Voor toekenning van enige vergoeding lijkt hier ook geen plaats nu de beperkt gerechtigde het verlies van het stemrecht te wijten heeft aan zijn eigen gedragingen binnen het vennootschappelijk verband, waarbij de belangen van de vennootschap zodanig worden geschaad dat het voortduren van zijn stemgerechtigdheid in redelijk niet kan worden geduld.

4. Een tweede in de geschillenregeling aan de beklemd aandeelhouder geboden instrument ter bescherming van zijn belangen is de uittredingsregeling. Deze regeling is niet gericht op uitstoting van lastposten, maar biedt een exit aan de minderheidsaandeelhouder wiens rechten of belangen door één of meer van zijn collega aandeelhouders in zodanige mate worden geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijk niet meer van hem kan worden gevergd. Anders dan in het geval van de uitstoting gaat het bij de uittreding dus niet om het schenden van de belangen van de vennootschap, maar om het schenden van de belangen van de minderheidsaandeelhouder zelve. In dat geval kan hij de overname van zijn aandelen vorderen door degenen die hem het leven zuur hebben gemaakt. In het wetsvoorstel wordt de werking van de gedwongen uittreding verbreed, door de uitdrukkelijke bepaling dat de vordering tot uittreding ook kan worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders of van de vennootschap zelf¹¹.

In het kader van deze vorm van bescherming van beklemd minderheden, doet zich een interessant probleem voor wanneer er sprake is van vestiging van een recht van pand of vruchtgebruik op de aandelen, waarbij het stemrecht op de aandelen aan de beperkt gerechtigde werd overgedragen. Men denke hier bijvoorbeeld aan verpanding van een meerderheidspakket van aandelen in de vennootschap aan een bank, waarbij de bank het stemrecht op de verpande aandelen ontvangen heeft. Naar huidig recht zal overdracht van het stemrecht overigens bij de vestiging van het pandrecht dienen plaats te vinden, terwijl naar komend recht wordt voorzien in de mogelijkheid om de overdracht van het stemrecht aan de pandhouder op een later moment te bewerkstelligen¹². Naar huidig en komend recht ontstaan problemen wanneer de bank als stemgerechtigd pandhouder een krachtige eigen koers vaart waarbij de belangen van een minderheidsaandeelhouder zo ernstig worden geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. In deze situatie blijkt de geschillenregeling naar huidig recht alsook naar komend recht geen uittreed mogelijkheid te bieden aan de beklemd minderheid, wanneer diens belangen in ernstige mate worden geschonden door het handelen of nalaten van de bank.

Immers, de vraag of die beklemd aandeelhouder alsdan kan vorderen dat de pandhouder (of vruchtgebruiker) gehouden is zijn aandelenpakket over te nemen moet ontkennend worden beantwoord. De wet spreekt slechts over het schaden van de minderheidsbelangen

¹¹ Zie het voorgestelde nieuwe lid 1 van art.2: 343 BW. Bepaald wordt dat toewijzing van een vonnis in deze zin tegen de vennootschap niet kan plaatsvinden wanneer de regeling van de inkoop van eigen aandelen zich daartegen verzet. Zie de artt.2: 98 en 207 BW. Als bekend wordt in het wetsvoorstel de mogelijkheid van inkoop van eigen aandelen bij de BV sterk verruimd. In de Toelichting wordt in dit verband opgemerkt: "Dat de vordering (...) in de huidige wettelijke regeling niet tegen de vennootschap kan worden ingesteld, is door de regering indertijd gemotiveerd door erop te wijzen dat als gedragingen van de vennootschap aanleiding geven tot moeilijkheden, sprake is van wanbeheer en de enquêteprocedure een oplossing van de problemen moet brengen (...). Deze motivering komt thans niet meer overtuigend voor."

¹² Vgl. de leden 3 van de artt. 2: 197 en 198 BW en de voorziene aanpassing in het Wetsvoorstel.

door een of meer mede-aandeelhouders en dus niet over gedragingen van andere stemgerechtigden dan aandeelhouders¹³.

Aangenomen moet dan ook worden dat de vordering tot gedwongen overname van de aandelen van de beklemd minderheid niet tegen pandhouders of vruchtgebruikers toewijsbaar is.

Zou het probleem vervolgens kunnen worden opgelost door gebruikmaking van de uitstotingsregeling, meer bepaald door het instellen van de vordering tot uitstoting van de stemgerechtigd pandhouder leidend tot overgang van het stemrecht op de bloot-eigenaar van de aandelen? Ook deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Immers, als criterium bij de uitstotingsprocedure geldt dat gedaagden de belangen van de vennootschap in ernstige mate schaden¹⁴. Maar daarvan is in onze casus, waarin slechts de belangen van de minderheidsaandeelhouder met voeten worden getreden, geen sprake.

Onder omstandigheden is denkbaar dat de schending van diens belangen ook de belangen van de vennootschap in de vereiste ernstige mate schaden, maar zulks zal zeker niet steeds het geval behoeven te zijn. En als de conclusie al zou zijn dat de schending van de belangen van de minderheidsaandeelhouder samenvalt met een ernstige schending van de belangen van de vennootschap, zou nog zeer de vraag zijn of het de minderheidsaandeelhouder zou lukken om gebruik te maken van de uitstotingsregeling. Daarvoor is immers nodig dat de beklemd aandeelhouder tenminste een derde van de aandelen houdt.

Zou de oplossing dan gezocht kunnen worden in het instellen van een vordering tot uittreding van de beklemd minderheid ingesteld tegen de bloot-eigenaar van de aandelen die in pand zijn gegeven, in dier voege dat deze gehouden is het pakket aandelen van de beschadigde aandeelhouder over te nemen? Ook dit lijkt niet verdedigbaar. Immers, de bloot-eigenaar van de aandelen heeft zich in relatie tot de minderheidsaandeelhouder op geen enkele wijze misdragen, nog afgezien van het feit dat misdragen zonder de mogelijkheid tot uitoefening van stemrecht in de aandeelhoudersvergadering al lastig denkbaar is. De belangen van de minderheid werden geschaad door gedragingen van de stemgerechtigd pandhouder en die gedragingen zijn in dit verband uiteraard niet toerekenbaar aan de bloot-eigenaar van het aandeel. Veroordeling van de bloot-eigenaar tot overneming van het pakket van de beklemd aandeelhouder behoort in deze omstandigheden dus niet tot de mogelijkheden.

5. In mijn visie biedt de geschillenregeling, in de huidige versie alsook na de voorziene aanpassing in het kader van de flexibilisering van het BV-recht, dus geen bescherming aan een beklemd minderheidsaandeelhouder wanneer diens belangen in onaanvaardbare mate worden geschonden door de stemgerechtigd pandhouder (of vruchtgebruiker). In deze gevallen zal de beklemd minderheid de oplossing voor zijn problemen moeten zoeken in de aantasting van besluiten van de aandeelhoudersvergadering wegens strijd met de jegens hem in acht te nemen regels van redelijkheid en billijkheid¹⁵ of in een actie op grond van onrechtmatige daad.

Dit is geen wenselijke situatie. Mijns inziens dient de wettelijke regeling rap te worden aangepast in die zin dat de beklemd aandeelhouder de mogelijkheid wordt geboden een

¹³ Zie art.2: 343 lid 1 BW. Het feit dat in de voorgestelde tekst van art.2: 343 BW een vordering tot uittreding ook kan worden ingesteld tegen de vennootschap biedt geen soelaas, nu zulks slechts mogelijk zal zijn "... op grond van gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders of van de vennootschap zelf."

¹⁴ Zie art.2: 342 BW.

¹⁵ Art.8 jo. 15 lid 1 sub b BW.

vordering tot uittreding in te stellen tegen de stemgerechtigd pandhouder of vruchtgebruiker van aandelen, wanneer hij, door hun handelen, zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap niet meer van hem kan worden gevegd. Daarnaast zou de vordering, op de voet van de nieuwe regeling, ook tegen de vennootschap instelbaar moeten zijn op grond van gedragingen van één of meer stemgerechtigd pandhouders of vruchtgebruikers.

Op deze manier zou krachtig worden bijgedragen aan de effectiviteit van de geschillenregeling bij de bescherming van beklemd aandeelhouders in besloten samenwerkingsverbanden.

Prof.mr. C.A. Schwarz is hoogleraar Handels- en Ondernemingsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht.

Stelling: Het stelsel van het voorgestelde art. 2: 192a BW, dat de financiële belangen van bekleemde minderheden bij statutenwijziging in het komend BV recht moet behartigen, blijkt niet te werken. Vervanging door een uittredingsrecht is aangewezen.

Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij beklemmende statutenwijzigingen naar komend BV recht.

Kid Schwarz, Hoogleraar Handels- en Ondernemingsrecht Faculteit der Rechtsgeleerdheid UM.

1. Inleiding

Op 20 december j.l. becommentarieerde de Eerste Kamer het wetvoorstel Flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht¹. Aan de orde komt de bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen ongewenste effecten van statutenwijziging. Met name wordt de fundamentele vraag gesteld naar het beschermend effect van persoonsgebonden niet gebondenheid bij overdracht van aandelen, waarbij de koper wel wordt gebonden aan de statutaire regeling waaraan de verkopende aandeelhouder niet gebonden was. Het gaat om de uitleg van de voorgestelde artikelen 2: 192 en 192a BW, die beogen de minderheidsaandeelhouder te beschermen tegen het effect van hem onwelgevallige statutenwijzigingen. De regeling biedt de bekleemde aandeelhouder de mogelijkheid zich te onttrekken aan toepasselijkheid van de nieuwe statutaire bepaling. Deze niet gebondenheid is persoonsgebonden. Een opvolgend aandeelhouder is wel aan de statutaire regeling onderworpen². Niet helder is wat vervolgens de consequentie is wanneer de aandeelhouder zijn aandelen wil vervreemden terwijl de statutenwijziging, waaraan de aandeelhouder niet gebonden is, een krachtig waardedrukkend effect op zijn aandelen heeft. De vraag is of de aandeelhouder zich alsdan kan beroepen op de voorgestelde regeling vervat in art.2: 192a BW. Wanneer dat zo is kan hij de vennootschap verzoeken gegadigden voor zijn aandelen aan te wijzen aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen “.. volgens een regeling in de statuten.” Volgens de wettekst is van toepasselijkheid sprake “... wanneer een aandeelhouder die niet is gebonden aan een statutaire verplichting of eis (...) zijn aandelen wil vervreemden, maar overdracht van de aandelen in verband met de gebondenheid van de verkrijger aan die verplichting of eis onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is (...).” Meer bepaald is de vraag of de onmogelijkheid of uiterst bezwaarlijkheid van overdracht vanwege de gebondenheid van de potentiële koper ook ziet op het feit dat de verkoper niet een prijs voor de aandelen kan realiseren die op het niveau ligt van de waarde van de aandelen vóór

Met dank aan Wino van Veen voor zijn gedegen lezing van het concept en de opbouwende kritiek.

¹ Zowel wetsvoorstel 31 058 als de voorgestelde Invoeringswet 32 426. Zie Voorlopig Verslag Vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid van 20 december 2011, Eerste Kamer 2011-2012, 31058B.

² De wettekst noch toelichting is hier helder, maar vrij algemeen wordt aangenomen dat verkrijging van aandelen onder algemene titel, bijvoorbeeld krachtens erfrecht, niet leidt tot onderworpenheid van de nieuwe aandeelhouder aan de gewijzigde statuten waaraan de voormalig aandeelhouder niet gebonden was,

wijziging van de statuten, aan welke wijziging de aandeelhouder persoonsgebonden niet gebonden was. De vraag van CDA zijde in de Eerste Kamer werd als volgt geformuleerd³:

“Kan de regering aangeven wanneer er sprake is van ‘onmogelijkheid’ of ‘uiterst bezwaarlijkheid’ in de zin van art. 192a eerste lid? Is hiertoe voldoende dat de aandeelhouder van mening is dat hij niet de gewenste prijs voor zijn aandelen ontvangt? Volgens het voorgestelde art.192a heeft de aandeelhouder recht op een prijs die wordt vastgesteld door onafhankelijke deskundigen. Kan de regering aangeven of de deskundigen bij het bepalen van de prijs, bij toepassing van art.192a de desbetreffende verbintenis of prijsbepalingsregeling buiten beschouwing laten? Mogen of moeten de deskundigen (...) inde bepaling van de prijs verdisconteren dat op de aandelen een verbintenis rust, dan wel dat er een specifieke prijsbepalingsregeling geldt indien de gegadigden, die de vennootschap aandraagt, aan de desbetreffende verbintenis dan wel prijsbepalingsregeling zijn gebonden.”

in onderstaand opstel zal worden ingegaan op de benadering van deze problematiek door de wetgever. Voor de hand liggend lijkt aan te nemen dat, wanneer een minderheidsaandeelhouder niet is gebonden aan een statutaire verplichting, hij geen vermogensschade zou moeten leiden wanneer hij zijn aandelen wenst over te dragen aan een derde, die echter niet bereid zal blijken de prijs te betalen die correspondeert met de waarde van de aandelen vóór de statutenwijziging. De wettelijke regeling op dit punt blijkt buitengewoon warrig, gecompliceerd en geeft met name geen duidelijk antwoord op deze voor de praktijk essentiële vraag⁴. Een korte inventarisatie.

2. Art. 2: 192 lid 1 en 3 BW (nieuw).

Het nieuw voorgestelde art.2: 192 schept de mogelijkheid om statutair verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard voor aandeelhouders onderling, ten opzichte van derden of ten opzichte van de vennootschap te creëren. Daarnaast regelt dit artikel de problematiek van statutaire aanbiedingsverplichtingen en kwaliteitseisen die thans is neergelegd in de artt. 2: 195a en 195b BW. Lid 1 komt te luiden als volgt:

“De statuten kunnen met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding:

- a) bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders aan het aandeelhouderschap zijn verbonden;*
- b) eisen verbinden aan het aandeelhouderschap;*
- c) bepalen dat de aandeelhouder in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden is zijn aandelen of een deel daarvan aan te bieden en over te dragen.*

³ EK 2011-2012, 31058,B p.13

⁴ Deze vragen werden reeds opgeworpen door W.J.M. van Veen in WPNR 2007, p.950 e.v. Zie ook zijn bijdrage in WPNR 2003, p.138 e.v. Zie ook de Nijmeegse dissertatie van G.J.C. Rensen (2005), Extra verplichtingen van leden en aandeelhouders.

Een in de vorige zin onder a, b of c bedoelde verplichting of eis kan niet (...) tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd.”

Bij verplichtingen onder a denke men bijv. aan de statutaire bepaling dat aandeelhouders gehouden zijn het vennootschappelijk garantievermogen te versterken wanneer een bepaalde solvabiliteitsgrens wordt overschreden. Bij b gaat het om de invoering van kwaliteitseisen, bijv. de statutaire bepaling dat alle aandeelhouders van de BV tandarts zijn. Bij c gaat het bijv. om de statutaire verplichting tot aanbieding van aandelen aan mede aandeelhouders wanneer een aandeelhouder wegens ziekte gedurende 6 maanden arbeidsongeschikt is en niet in de onderneming van de vennootschap werkzaam kan zijn.

Wanneer de statuten van de vennootschap in bovengemelde zin worden gewijzigd kunnen minderheidsaandeelhouders die niet voor wijziging stemmen, zich beroepen op de niet-gebondenheid aan de ingevoerde verplichting of eis. De consequentie is dat de aandeelhouder niet verplicht wordt tot bijstorting bij overschrijding van de solvabiliteitsgrens, resp. aandeelhouder kan blijven ook al is hij geen tandarts en geen aanbiedingsverplichting zal voelen wanneer hij langer dan zes maanden arbeidsongeschikt is.

Een vierde vorm van persoonsgebonden niet gebonden zijn treffen we verderop in dit artikel. Bij aanbiedingsverplichtingen is, ook onder het nieuwe recht, het uitgangspunt dat de aanbieder een prijs ontvangt gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen. Naar huidig recht kan statutair niet worden afgeweken van deze wettelijke waarderingsgrondslag en is, mijns inziens nog steeds, de vraag of zulks bij aandeelhoudersovereenkomst wel mogelijk is⁵. Naar komend recht wordt statutaire afwijking van de wettelijke waarderingsgrondslag mogelijk. In het voorgesteld lid 3 van art.2: 192 BW wordt bepaald dat de statuten kunnen voorzien in een afwijkende prijsbepalingsregeling bij aanbiedingsverplichtingen, waarbij wordt opgemerkt dat zo'n statutair afwijkende regeling niet aan een aandeelhouder tegen zijn wil kan worden opgelegd.

Het fenomeen van het persoonsgeboden niet-gebonden zijn als bescherming voor een bekleemde minderheidsaandeelhouder nieuwe stijl doet zich dus tenminste vier keer voor, te weten bij invoering van de eisen of verplichtingen genoemd onder a, b en c van lid 1, en bij het statutair definiëren van een andere prijsbepaling dan het wettelijk uitgangspunt van de werkelijke waarde van de aandelen in het kader van een statutaire aanbiedingsverplichting⁶.

⁵ C.A. Schwarz, Statutaire of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van redelijkheid en billijkheid, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur, 2009-1, p.14-21. De HR heeft zich over deze vraag niet uitgelaten. Zie HR 23 oktober 2009, LJN BJ7331 (Ramsley). Zie ook W.J.M. van Veen, ZIFO-reeks deel 2, Kluwer Deventer 2011, p.7 e.v..

⁶ Een vijfde verschijningsvorm is de mogelijkheid persoonsgebonden niet gebonden te geraken aan een statutaire regeling in de statuten als bedoeld in art 192a, regelende de aanwijzing door de vennootschap van gegadigden voor de aandelen die de minderheidsaandeelhouder wenst over te dragen maar waarvoor, door de gebondenheid van de koper aan de nieuwe statutaire regeling, geen gegadigden te vinden zijn. Wanneer die

3. Niet gebondenheid aan statutaire prijsbepaling bij aanbiedingsverplichting.

Dit laatste geval onderscheidt zich van de eerste drie situaties in die zin dat het niet gebonden zijn aan die statutaire prijsbepaling primair ziet op de financiële positie van de aandeelhouder. Hij zal, wanneer de aanbiedingsverplichting daar is, niet zijn onderworpen aan de nieuwe statutaire regeling en aanspraak kunnen maken op de prijs gelijk aan de waarde door deskundige(n) te bepalen zonder, zo lijkt mij, dat de deskundige(n) de nieuwe prijsbepalingsregeling in hun waardering betrekken. Belangrijke vraag in dit kader is hoe de situatie ligt wanneer de niet aan de statutaire prijsbepaling gebonden aandeelhouder, voordat de verplichting tot aanbieding ontstaat, zijn aandeel wil overdragen aan een derde. In dit verband verklaart lid 2 van art.2: 192a BW (nieuw) dat lid 1 van dat artikel van overeenkomstige toepassing is wanneer de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is in verband met de gebondenheid van de verkrijger aan een statutaire prijsbepalingsregeling waaraan de aandeelhouder niet is gebonden.

Men denke aan de volgende situatie. A is aandeelhouder in de BV. Statutair is bepaald dat bij arbeidsongeschiktheid van een aandeelhouder gedurende 1 jaar een aanbiedingsverplichting ontstaat jegens medeaandeelhouders. Bij statutenwijziging wordt de prijsbepalingsregeling aangepast en bepaald op 50% van de intrinsieke waarde van het aandeel. A gaat hier niet mee akkoord en is niet gebonden aan de nieuwe prijsbepalingsregeling. A zal, wanneer hij moet aanbieden, een waarde ontvangen als door deskundigen te bepalen, waarbij de prijsbepalingsregeling buiten beschouwing wordt gelaten. Wanneer A zijn aandelen wenst over te dragen aan een derde voordat de aanbiedingsplicht ontstaat, zal de derde (B) niet bereid zijn een prijs te betalen gelijk aan de waarde van de aandelen. B wordt als toetredend aandeelhouder immers wel aan de statutaire prijsbepalingsregeling gebonden. Laten we aannemen dat B bereid is te kopen tegen 60% van de waarde.

Art.2: 192a lid 1 (nieuw) bepaalt als volgt:

“Indien een aandeelhouder, die niet gebonden is aan een statutaire verplichting of eis als bedoeld in artikel 192 lid 1, zijn aandelen wil vervreemden, maar overdracht van de aandelen in verband met de gebondenheid van verkrijger aan die verplichting of eis onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is, kan hij de vennootschap verzoeken om gegadigden aan te wijzen aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen volgens een regeling in de statuten. Op deze regeling is artikel 192 lid 3 van overeenkomstige toepassing. Indien de vennootschap niet binnen drie maanden na het verzoek gegadigden heeft aangewezen, kan de aandeelhouder binnen zes maanden na het verstrijken van deze termijn zijn aandelen aan een ander overdragen en is de verkrijger van de aandelen niet gebonden aan de statutaire verplichting of eis.”

regeling in de statuten een afwijkende prijsbepalingsregeling zou bevatten kan de minderheidsaandeelhouder zich ook aan de werking van die bepaling onttrekken. Zie art.2: 192a lid 1 jo art.2: 192 lid 3 BW als voorgesteld.

De vraag is of in onze casus A gebruik kan maken van deze regeling, stellende dat het hem onmogelijk is zijn aandelen over te dragen tegen een prijs corresponderend met de waarde, zoals hem voor de statutenwijziging (bij aanbidding) was gegarandeerd. Indien dit zo is zou de vennootschap een persoon moeten aanwijzen die bereid is zijn aandelen over te dragen *volgens een regeling in de statuten*, welke regeling hem in beginsel een prijs gelijk aan de waarde zou moeten garanderen⁷. Wanneer de vennootschap zo'n persoon niet binnen de gestelde termijn aanwijst, zou A zijn aandelen aan B kunnen overdragen⁸ zonder dat B wordt gebonden aan de statutaire prijsbepalingsregeling die afwijkt van het wettelijk uitgangspunt. Het komt mij voor dat deze uitleg tot een redelijk resultaat zou leiden waar het betreft de bescherming van de vermogenspositie van de door de statutenwijziging beklemd geraakte minderheidsaandeelhouder. Belangrijk argument voor deze zienswijze is dat, bij een ander antwoord op deze vraag, de bescherming van de minderheidsaandeelhouder die persoonsgebonden niet gebonden is aan de nieuwe prijsbepalingsregeling, een wassen neus zou zijn. Zolang de aanbiddingsplicht niet ontstaat zou A niet kunnen uittreden tegen een prijs gelijk aan de waarde van zijn aandelen. Daarbij komt dat aanbiddingsgerechtigde aandeelhouders veelal niet gehouden zijn de aangeboden aandelen over te nemen. Gegeven het feit dat B wel gebonden zal zijn aan de nieuwe prijsbepalingsregeling en dit feit verdisconteert in zijn koopprijs, zal A niet, althans slechts op uiterst bezwaarlijke wijze⁹, kunnen overdragen. Bijkomend argument voor deze zienswijze is dat op de statutaire regeling die aanwijzing van een derde moet regelen het bepaalde in art.2: 192 lid 3 (nieuw) van overeenkomstige toepassing is verklaard¹⁰. Dit leidt ertoe dat, wanneer in die regeling voor een afwijkende prijsbepaling wordt gekozen, de minderheidsaandeelhouder eveneens een beroep zal kunnen doen op zijn niet-gebondenheid aan die regeling. Anders geformuleerd, ook dit buitengewoon ingewikkeld stelsel lijkt de beklemd aandeelhouder een prijs te garanderen gelijk aan de waarde van zijn aandelen.

Als ik het goed zie is de meest voor de hand liggende uitleg van het nieuwe stelsel in de situatie waarin A wordt geconfronteerd met een afwijkende prijsbepalingsregeling in het kader van een statutaire aanbiddingsverplichting de volgende. Hij zal zich aan de werking van de statutaire prijsbepalingsregeling kunnen onttrekken. Bij het ontstaan van de aanbiddingsplicht heeft hij recht op een prijs gelijk aan de door deskundige(n) te bepalen volle waarde. Wanneer mede-aandeelhouders niet reflecteren of er geen aanbiddingsverplichting geldt moet hij zijn aandelen aan B kunnen overdragen. B zal de statutaire regeling, die hem als aandeelhouder wel zal treffen, in zijn prijs verdisconteren. In dat geval zal A, zo lijkt de toelichting te suggereren¹¹, de BV kunnen verzoeken een koper

⁷ Zie noot 6..

⁸ Men realiseer zich dat in het komend BV-recht de wettelijke verplichting tot hantering van een statutaire blokkeringsregeling zal vervallen. Vgl. het voorgestelde art.2: 195 BW.

⁹ Nl. tegen een veel lagere prijs door de werking van de statutaire bepaling waaraan hij persoonsgebonden niet gebonden was

¹⁰ Zie noot 6. Ook lid 5 van art 195b (nieuw) zoals dat in oorsprong luidde (TK 2006-2007, 31058 nr.2, p.8), wijst op de juistheid van deze uitleg.

¹¹ Men bestudere in dit kader de vage aanwijzingen op p. 53 e.v. van de MvT TK 2006-2007 nr.3, p.53 e.v.

aan te wijzen die moet kopen tegen de prijs gelijk aan de waarde, dat wil zeggen de waarde van het aandeel zonder dat rekening wordt gehouden met de statutaire bepaling waaraan A niet is onderworpen, welke bepaling de marktprijs van de aandelen drukt¹². Wanneer die persoon niet (tijdig) wordt gevonden kan A aan B overdragen, waarbij B op zijn beurt ook niet aan de afwijkende statutaire prijsbepaling bij gedwongen aanbieding van aandelen zal zijn gebonden¹³. Intussen is ook in deze uitleg wel duidelijk dat we hier te maken hebben met een gedrocht van een regeling die de praktijk bepaald niet dient. Het had voor de hand gelegen de (potentieel) beklemden minderheid bij een zodanig ingrijpende statutenwijziging een andere mogelijkheid te bieden om de vermogensrechtelijke belangen, voortvloeiende uit de statutenwijziging waaraan die minderheid niet onderworpen is, te beschermen.

4. Niet gebondenheid aan nieuwe statutaire verplichtingen of eisen.

Een iets andere vraag is die naar het effect van de persoonsgebonden niet gebondenheid van een minderheidsaandeelhouder bij invoering van statutaire verplichtingen of eisen in de zin van art. 2: 192 lid 1 BW (nieuw). De wetgever heeft pas in een later stadium van het proces het nieuwe art. 192 en 192a ontworpen. In het oorspronkelijk art. 192 (nieuw) was alleen de invoering van statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijk aard geregeld. In lid 5 en 6 werd de regeling aangetroffen die thans in boven geciteerd art. 192a lid 1 is neergelegd¹⁴.

De regeling van de statutaire aanbiedingsverplichtingen en kwaliteitseisen nieuwe stijl werd in het oorspronkelijk voorstel aangetroffen in de aangepaste artikelen 195a en 195b van het voorstel.

De wetgever onderscheidde aanvankelijk scherp tussen statutaire introductie van verplichtingen enerzijds, en invoering van aanbiedingsverplichtingen en kwaliteitseisen anderzijds. In het oorspronkelijk ontwerp kon een minderheidsaandeelhouder zich niet onttrekken aan de werking van een nieuwe statutaire regeling die een aanbiedingsverplichting creëerde. Men was van mening dat een verplichting tot aanbieding en overdracht zich beperkt tot het aandeel en niet drukt op het overig vermogen van de aandeelhouder, terwijl de geschillenregeling de mogelijkheid zou bieden uit de vennootschap te treden wanneer de aanbiedingsverplichting ertoe zou leiden dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden gevergd¹⁵. De bescherming van een minderheid tegen invoering van verplichtingen van

¹² Zie noot 6.

¹³ Noch, zo moet worden aangenomen, aan de afwijkende prijsbepalingsregeling die, in het licht van de werking van art. 2: 192a lid 1 BW (nieuw), is opgenomen in de 'regeling in de statuten' op welke basis de BV een gegadigde moet aanwijzen, wanneer A ook aan die prijsbepalingsregeling persoonsgebonden niet was gebonden. Zie noot 6.

¹⁴ Het ambtelijk voorontwerp voorzag in een specifiek voor deze situatie van beklemming ontwikkeld uittredingsrecht dat werd opgenomen in de geschillenregeling. "Uiteindelijk is gekozen voor de oplossing in lid 5 en lid 6, omdat hiermee wordt bevorderd dat partijen zelf een oplossing vinden en de gang naar de rechter zoveel mogelijk wordt vermeden.", aldus de MvT TK 2006-2007, 31 058, p.47.

¹⁵ MvT TK 2006-2007, 31058 nr.3 p.53/54.

verbintenisrechtelijke aard werd door de wetgever zwaarder aangezet nu deze verplichtingen niet alleen raakten aan het aandeelhouderschap, maar aan het vermogen van de aandeelhouder¹⁶.

Resultaat van deze analyse is dat statutair ingevoerde verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard alsook kwaliteitseisen niet konden worden opgelegd tegen de wil van de zittend minderheidsaandeelhouder, maar dat zulks niet gold voor aanbiedingsverplichtingen¹⁷. Aanvankelijk is overwogen de invoering van statutair aan de aandelen verbonden verplichtingen slechts mogelijk te maken bij unaniem besluit, maar dit zou een te inflexibel keurslijf scheppen. Vervolgens is een uittreedrecht voor tegenstemmend aandeelhouders overwogen, maar dit werd bij de BV te ingrijpend geoordeeld¹⁸. Ook hier, dus bij ingevoerde verplichtingen en kwaliteitseisen, werd de 'oplossing' gevonden in de persoonsgebonden niet gebondenheid van de aandeelhouder die niet voor invoering stemde. Men realiseerde zich dat in die situatie de minderheidsaandeelhouder toch beklemd zou kunnen raken door het feit dat overdraagbaarheid een probleem zou kunnen vormen.

“De omstandigheid dat een opvolgende aandeelhouder wel gebonden is aan de statutaire verplichting kan ertoe leiden dat de overdracht van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt. De aandeelhouder die niet had ingestemd met de invoering van de statutaire verplichting kan dus toch door de verplichting bekneld raken. Om de aandeelhouder een uitweg uit de situatie te bieden is (..) een regeling opgenomen die hem in staat stelt om zijn aandelen tegen een billijke prijs over te dragen. Art.195b bevat een vergelijkbare regeling ten aanzien van statutaire eisen aan het aandeelhouderschap. Indien de vennootschap niet tijdig gegadigden aanwijst, is de aandeelhouder vrij zijn aandelen aan een derde over te dragen en is deze evenmin gebonden aan de statutaire verplichting. Indien de derde vervolgens de aandelen wil vervreemden, kan hij bij beknelling eveneens een beroep doen op lid 5 en lid 6”¹⁹.

Deze formulering, die tot de meest heldere op dit punt behoort, schept geen duidelijkheid. Wat betekent bekneld raken. Als aandeelhouder (A) wil overdragen en geen enkele koper kan vinden die onderworpen wil zijn aan de statutaire eis of kan voldoen aan de ingevoerde kwaliteitseis, lijkt de situatie helder. De regeling garandeert hem dan een billijke prijs. Ik zou willen aannemen dat die prijs de waarde door deskundigen te bepalen zou moeten zijn zonder rekening te houden met de statutaire regelingen die A (persoonsgebonden) niet regarderen. Maar als A wel een koper kan vinden maar tegen een veel lagere prijs dan de waarde die zijn aandelen hadden vóór de statutenwijziging waaraan hij niet was

¹⁶ Vgl art.192 zoals dat luidde in het oorspronkelijk ontwerp, 2006-2007 31058 nr.2.

¹⁷ Waarbij het uitgangspunt wel was dat de aandeelhouder, in ieder geval bij aanbieding, een prijs moet ontvangen gelijk aan de waarde van zijn aandelen. Zie punt 3 voor de mogelijkheid om statutair af te wijken van dit wettelijke uitgangspunt en de bescherming van de minderheid tegen zo'n besluit.

¹⁸ Vgl. MvT TK 2006-2007, 31058 nr.3 p.45/46.

¹⁹ MvT TK 2006-2007, 31058 nr.3 p.47.

onderworpen. Komt hij dan ook voor de regeling in aanmerking die hem de billijke prijs garandeert? En als dat zo is, wordt die billijke prijs dan bepaald rekening houdend met het waardedrukkend effect van de statutaire bepalingen die A niet, maar de aan te wijzen koper wel zullen regardereren?

Gegeven de ratio van de wettelijke regeling, bescherming van het privé vermogen van de aandeelhouder tegen negatieve effecten van statutenwijzigingen waaraan hij persoonlijk niet gebonden raakt, lijkt de meest voor de hand liggende beantwoording van bovenstaande twee vragen een bevestigde te zijn. Bij een ontkennende beantwoording zou de niet gebondenheid van de beklemd aandeelhouder weinig betekenen omdat hij feitelijk in een positie komt waarin hij, hoewel niet gebonden aan de gewraakte bepalingen, wel het financieel nadeel ervaart bij overdracht van zijn aandelen. In die analyse zou hij moeten kwalificeren voor de 'regeling in de statuten' die hem de mogelijkheid geeft over te dragen aan een aan te wijzen gegadigde, waarbij de deskundige die de prijs bepaald, naar mijn smaak, geen rekening zou mogen houden met het waardedrukkend effect van de statutaire regeling die de overdragend aandeelhouder niet regardeert. Het komt mij voor dat slechts de meerderheidsaandeelhouder(s) bereid zijn te worden aangewezen nu een derde in beginsel niet geïnteresseerd zal zijn. Wanneer de mede aandeelhouders niet bereid zijn te kopen voor die waarde lijkt de meest redelijke uitleg dat de aandeelhouder vrij zal zijn aan een ander over te dragen die dan op zijn beurt ook niet gebonden raakt aan de desbetreffende statutaire bepaling.

Naar aanleiding van stevige kritiek op de scherpte van het onderscheid tussen statutaire verplichtingen enerzijds en aanbiedingsverplichtingen en kwaliteitseisen anderzijds, kwam de wetgever uiteindelijk, en mijns inziens volkomen terecht, tot de conclusie dat het onderscheid praktisch niet valt te maken, bijv. omdat overdrachtsverplichtingen ook tot financieel nadeel kunnen leiden. Besloten werd niet alleen statutaire kwaliteitseisen, maar ook aanbiedingsverplichtingen onder te brengen in het voorgestelde art.192. Anders dan in de oorspronkelijke opzet van de wetgever kunnen nu ook aanbiedingsverplichtingen niet tegen de wil van de aandeelhouder worden opgelegd. Opnieuw een ronkende toelichting, die geen antwoord geeft op essentiële vragen, en met name niet op de vraag of, wanneer een aandeelhouder niet aan een aanbiedingsplicht onderworpen wordt, hij gebruik kan maken van de regeling van 192a indien hij geen koper kan vinden voor zijn aandelen voor een prijs gelijk aan de waarde van de aandelen vóór invoering van de aanbiedingsplicht. De bescherming van de minderheidsaandeelhouder: *"(...) houdt in dat een zittend aandeelhouder niet gebonden kan worden door een verplichting waarmee hij niet heeft ingestemd. Daarnaast wordt hij bij overdracht van zijn aandelen beschermd tegen onredelijke waardedalingen of opsluiting als gevolg van de omstandigheid dat de verkrijger van de aangeboden aandelen wel gebonden is aan de statutaire regeling"*²⁰. Op de vraag wie bepaalt of overdracht door de statutenwijziging onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is

²⁰ TK 2008-2009, 31058 nr.6 p.21

geworden, antwoordt de minister dat dit oordeel in eerste instantie aan de aandeelhouders en de vennootschap zelf is en dat, wanneer de vennootschap het verzoek tot aanwijzing van een koper niet inwilligt, een rechterlijk oordeel kan worden gevraagd. Er is niet gekozen voor een specifiek uittredingsrecht als eerder voorzien, nu het de voorkeur verdient dat partijen eerst zelf proberen tot een oplossing te komen, op welke wijze zou worden voorkomen dat de gang naar de rechter moet worden gemaakt²¹.

Ik zou willen aannemen dat, door de wisseling van zienswijze van de regering, thans ook moet worden aangenomen dat de persoonsgebonden niet aan een aanbiedingsverplichting gebonden aandeelhouder gebruik moet kunnen maken van de regeling van 192a, omdat hij bij verkoop van zijn aandelen wordt geconfronteerd met een lage prijs door verdiscontering van de potentiële aanbiedingsplicht van de koper. En ook hier zou een redelijke benadering zijn dat de deskundigen die de billijke prijs bepalen, geen rekening houden met het waardedrukkend effect van de aanbiedingsverplichting die op de door de BV aangewezen koper komt te rusten. Een andere benadering zou, net als bij analyse van de situatie bij invoering van een afwijkend prijsbepalingsstelsel, van statutaire verplichtingen of statutaire kwaliteitseisen, de gehele regeling onzinnig maken. Die moet de ook op deze wijze beklemd aandeelhouder, zeker na onderbrenging van aanbiedingsverplichtingen onder de werking van art. 192, immers beschermen tegen de negatieve effecten van de statutenwijziging waaraan hij niet gebonden wenst te zijn, niet alleen waar het betreft zijn organisatierechten, dus zijn positie in het vennootschappelijk verband, maar ook waar het betreft zijn financiële belangen.

5. Conclusie 1.

De conclusie is dat de voorgestelde regeling op voor de praktijk essentiële punten onduidelijk, gecompliceerd en onbruikbaar is. Dit gaat voorspelbaar leiden tot veel juridische discussies en procedures, hetgeen niet bijdraagt aan de aantrekkelijkheid van de rechtsvorm. Bij analyse van het systeem van het voorgestelde art. 192a, lijkt de conclusie dat door de BV aan te wijzen gegadigden per definitie de mede-aandeelhouders in de BV zullen zijn, samenhangend met het feit dat derden niet geïnteresseerd zijn in minderheidsposities en zeker niet wanneer de prijs wordt bepaald zonder verdiscontering van de nieuwe statutaire regeling waaraan de overdragend aandeelhouder niet, maar de toetredend aandeelhouder wel, gebonden wordt. Mijns inziens zou de voorgestelde wettelijke regeling slechts dan bescherming bieden aan de vermogensrechtelijke belangen van de beklemd minderheidsaandeelhouder, wanneer die aandeelhouder steeds aanwijzing kan vragen van een koper die bereid is een prijs te betalen die gelijk ligt aan de waarde van de aandelen vóór invoering van de waardedrukkende statutaire bepaling. Per definitie zal die aangewezen persoon de mede (meerderheids-) aandeelhouder(s) zijn. Wanneer die

²¹ TK 2008-2009, 31058 nr.6 p.48

weigeren de consequenties van de door hen gecreëerde financiële beklemming van de minderheid te dragen, ontstaat het circus van mogelijkheid van overdracht van aandelen aan een koper die ook dan persoonsgebonden niet gebonden zal zijn etc., waarbij overigens de vraag is of de problematische en onduidelijke situatie waarin de koper zal komen te verkeren niet ook een krachtig prijsdrukkend effect zal hebben.

Ik zou menen dat dit systeem niet aanbevelenswaardig is. Meer voor de hand liggend is de keuze voor een ander sluitstuk op de bescherming die art. 192 de beklemde minderheid biedt in de institutionele sfeer, nl. dat hij niet gedwongen kan worden in de interne verhoudingen de tegen zijn zin ingevoerde verplichting of eis na te leven. Wanneer de statutaire wijziging die de minderheidsaandeelhouder niet regardeert een prijsdrukkend effect heeft op zijn aandelen, zou hij jegens de vennootschap een uittredingsrecht moeten ontvangen. Op deze wijze zou de meerderheidsaandeelhouder(s) dwingend de rekening gepresenteerd worden van de voorgenomen statutenwijziging, waarbij uittreding kan plaatsvinden op basis van de waarde van de aandelen door deskundigen te bepalen voor doorvoering van de statutenwijziging. Het is geruststellend dat de Eerste kamer de vinger krachtig op de zere wonde drukt. Minder geruststellend is de beantwoording van deze vragen door de Minister, zoals die ons zeer recent gewerd.

6. Op de valreep; een vaag maar verontrustend antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie.

Op 1 maart j.l. verscheen dat antwoord ²². Daar valt, in verband met opgemelde vragen, het volgende te lezen:

“Het instemmingsvereiste in het voorgestelde artikel 192 beoogt de minderheidsaandeelhouder te beschermen tegen benadeling van zijn persoonlijke vermogen. De aandeelhouder mag er immers van uitgaan dat hij niet is gebonden tot een hoger bedrag dan waartoe hij in het kader van de volstorting van zijn aandelen is gehouden. ”

Uitgangspunt is derhalve de bescherming van het vermogen van de aandeelhouder dat, zoals de wetgever inmiddels ook van mening is, in alle gevallen genoemd in art. 192, gevaar loopt. In dat verband is de vraag naar de reikwijdte van het bepaalde in 192a, meer bepaald naar de uitleg van het begrip “onmogelijkheid” of “uiterste bezwaarlijkheid”, van groot belang. De Minister merkt op:

“Artikel 192a lid 1, eerste zin, ziet op het geval dat een aandeelhouder die niet is gebonden aan een statutaire eis of verplichting, zijn aandelen wil overdragen, maar de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is in verband met de gebondenheid van de verkrijger aan

²²EK 2011-2012, 32 426 C MvA, p.23/24.

die eis of verplichting. De aandeelhouder kan in dat geval de vennootschap verzoeken om gegadigden aan te wijzen aan wie hij zijn aandelen kan overdragen volgens een regeling in de statuten. Met deze regeling wordt beoogd een evenwicht te vinden tussen enerzijds het belang van de aandeelhouder om niet te worden 'opgesloten' in de vennootschap en anderzijds het belang van de vennootschap dat aandeelhouders niet vrij kunnen uittreden op kosten van de vennootschap. "Onmogelijk" betekent dat uit de eis of de verplichting zelf voortvloeit, dat hieraan niet (langer) kan worden voldaan. Van "onmogelijkheid" kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de statuten de eis stellen dat uitsluitend nakomelingen van de oprichter aandeelhouder kunnen zijn, terwijl die er niet meer zijn. Over het criterium van "uiterste bezwaarlijkheid" kan het volgende opgemerkt worden. Uit het vereiste van "uiterste bezwaarlijkheid" vloeit voort dat een aandeelhouder eerst zelf op zoek gaat naar gegadigden. Indien een aandeelhouder meent dat hij niet de gewenste prijs voor zijn aandelen ontvangt, betekent dit dat hij in ieder geval een gegadigde heeft gevonden. Of er wordt voldaan aan het criterium "uiterste bezwaarlijkheid" zal door de rechter van geval tot geval worden beoordeeld. Daarbij kan ook het verschil tussen de geboden en de gewenste prijs van belang zijn."

Vertalen we het antwoord naar onze casus waarin A, die niet gebonden is aan de statutenwijziging die zijn vermogen bedreigt, zijn aandelen wil overdragen. De uitleg van het begrip 'onmogelijk' in art.192a lijkt slechts te zien op de situatie waarin het vinden van een kwalificerend opvolgend aandeelhouder, ongeacht de prijs die deze bereid zou zijn te betalen, überhaupt niet tot de mogelijkheden lijkt te behoren. In de uitleg van de Minister kan de bekleemde aandeelhouder slechts in die omstandigheden een beroep doen op 192a. Uit het antwoord lijkt te moeten worden geconcludeerd dat er geen sprake kan zijn van 'onmogelijkheid' van overdracht wanneer zich een gegadigde zou melden die bereid is de aandelen voor een zeer geringe prijs, om niet of, gegeven de massieve potentiële statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, zelfs voor een negatieve koopprijs over te nemen. Anders geformuleerd, van onmogelijkheid in de zin van dit artikel lijkt geen sprake te kunnen zijn als er iemand gevonden kan worden die bereid is de aandelen over te nemen, waarbij de hoogte, of liever de 'laagte' van de prijs geen rol speelt. Dat blijkt uit het vervolg van het antwoord van de Minister. Laten we aannemen dat de bekleemde aandeelhouder iemand heeft gevonden die bereid is de aandelen over te nemen maar tegen een fractie van de waarde die aan de aandelen verbonden was voor de gewraakte statutenwijziging, of om niet c.q. tegen bijbetaling van verkoper. In dat laatste geval zou er, zo lijkt een redelijke uitleg, steeds sprake moeten zijn van 'uiterste bezwaarlijkheid' die kwalificeert voor toepassing van 192a. Dit blijkt echter niet het uitgangspunt van de Minister. Laconiek wordt opgemerkt dat de aandeelhouder blijkbaar wel een gegadigde heeft kunnen vinden maar koper en verkoper het niet eens worden over de voorwaarden van overdracht, waarbij "ook het verschil tussen de geboden en de gewenste prijs van belang (kan) zijn." In dat geval zal de rechter moeten oordelen of de regeling van 192a, in de omstandigheden van het geval, toepassing vindt. Wat hier duidelijk lijkt te worden is dat de Minister de bekleemde minderheid geen aanspraak wenst te geven op de mogelijkheid van realisatie van de waarde

van het aandeel zonder dat rekening wordt gehouden met het prijsdrukkend effect van de statutenwijziging waaraan hij niet gebonden werd. Blijkbaar moet de verkoper accepteren dat de koper de statutenwijziging, waaraan hij wel gebonden raakt, in zijn prijs verdisconteert. De billijke prijs die de bekleemde minderheid in het wetsvoorstel in deze omstandigheden wordt gegarandeerd is dus in ieder geval een waarde waarin het effect van de statutenwijziging waaraan de aandeelhouder niet gebonden was, is verdisconteerd. Ik vermag hier niet een krachtig streven tot bescherming van het vermogen van de minderheid te ontdekken. De meerderheid dringt een statutaire regeling op aan de minderheid die een groot negatief effect heeft op de waarde van de aandelen. De bescherming wordt dan gezocht in het feit dat de aandeelhouder niet gebonden wordt aan de statutaire eis of verplichting, maar zal geen beschermend effect sorteren wanneer de aandeelhouder zijn aandelen wenst over te dragen en er geen serieuze prijs voor de aandelen wordt geboden. Hier past de opmerking dat, bij deze uitleg van de regeling, een beroep op vernietigbaarheid van zodanige statutenwijziging op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid voor de hand ligt²³. Ook zou men kunnen denken aan de uittredingsmogelijkheid in het kader van de geschillenregeling. Dit lijkt wellicht in dit kader minder zinvol nu hierbij geldt dat deskundigen hun waardering maken met inachtneming van statutaire bepalingen omtrent vaststelling van de waarde, en de rechter beslist of met zodanige bepalingen rekening zal worden gehouden²⁴. Hier kan tegenover worden gesteld dat deze rechtsgang meer perspectief biedt dan het Ministerieel scenario als hier geschetst, nu er bij de uittreding in ieder geval deskundigen betrokken zullen zijn en de wet weliswaar voorschrijft dat deskundigen rekening houden met statutaire prijsbepalingsregelingen, maar zulks niet is bepaald ten aanzien van andere statutaire regelingen zoals verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard die een gelijk of zelfs ernstiger waardedrukkend effect kunnen sorteren. Daarnaast bepaalt de voorgestelde formulering van de uittreedregeling dat de rechter desgevorderd een billijke verhoging kan toepassen in verband met gedragingen van de gedaagden (in onze casus de meerderheidsaandeelhouders) indien aannemelijk is dat de waardevermindering daaraan valt te relateren en deze vermindering niet voor rekening van de bekleemde minderheid behoort te blijven²⁵.

Maar los van deze vluchtroutes; wanneer de bekleemde aandeelhouder een koper zal vinden in de vorm van, zo mag verwacht worden, de mede (meerderheids)aandeelhouder, en er ontstaat, zoals in deze omstandigheden steeds aan de orde zal zijn, geen overeenstemming over de prijs, zal de rechter moeten oordelen of er sprake is van 'uiterste bezwaarlijkheid van overdraagbaarheid' in de zin van 192a. Voorspelbaar is dat het dit type procedures zal gaan regenen. Niet voorspelbaar is de uitkomst. Op basis van de bemerkingen van de Minister kan de rechter het standpunt innemen dat de bekleemde minderheid gewoon

²³ Art.2: 8 jo. 15 lid 1 sub b BW.

²⁴ Vgl. de artt.2: 343 jo 339 lid 2 en 340 lid 3 BW als voorgesteld.

²⁵ Art.2: 343 lid 4 BW als voorgesteld.

genoegen moet nemen met een koopprijs van nihil wanneer hij zijn aandelen wenst over te dragen.

Maar laten we aannemen dat de bekleemde aandeelhouder, gegeven de uiterste bezwaarlijkheid van overdracht van zijn aandelen, volgens die rechter kwalificeert voor de regeling van 192a. De aandeelhouder moet dan gebruik kunnen maken van een statutaire regeling volgens welke hij zijn aandelen zal kunnen overdragen aan de door de vennootschap aangewezen gegadigde(n). Ook hier zal het, zo moet worden aangenomen, steeds gaan om een mede-aandeelhouder. Wanneer deze statutaire regeling wordt voorzien is van een prijsbepalingregeling die afwijkt van het wettelijk uitgangspunt, kan de minderheidsaandeelhouder die niet aan die regeling onderworpen wil zijn zich onttrekken aan de werking daarvan²⁶. Ik zou menen dat deze bepaling ziet op afwijking van het wettelijk uitgangspunt dat deskundigen de waarde economisch verkeer bepalen, dus bijvoorbeeld dat in deze situaties een prijs wordt bepaald gebaseerd op 50% van de aldus door deskundigen bepaalde waarde. De vraag werd gesteld of, wanneer de deskundigen de waarde bepalen op grond van de regeling in de statuten als bedoeld in art.192a, zij rekening zullen houden met de statutair ingevoerde verplichting of statutaire prijsbepalingsregeling als bedoeld in art.192, dus met die waarde drukkende bepalingen waaraan de bekleemde aandeelhouder persoonlijk niet gebonden is. De Minister schrijft in antwoord:

“De statutaire regeling volgens welke de niet-gebonden aandeelhouder zijn aandelen kan overdragen, indien de overdracht aan een gebonden aandeelhouder onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is, dient zodanig te zijn dat de aandeelhouder die dit verlangt een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen, ingevolge artikel 192a lid 1 juncto artikel 192 lid 3. Bij de prijsbepaling moet de deskundige rekening houden met het feit dat de verkrijgende aandeelhouder gebonden is aan de verplichting of eis. Pas indien de vennootschap voor die prijs geen gegadigden kan vinden, kan de aandeelhouder zijn aandelen aan een ander overdragen en is de verkrijger niet gebonden aan de statutaire verplichting of eis (artikel 192a lid 1, laatste zin). Hetzelfde geldt indien er een specifieke prijsbepalingsregeling is.”

Ik vind dit antwoord niet minder dan schokkend. Het prijsdrukkend effect van de nieuwe statutaire regeling, zij het een verplichting of eis waaraan de aandeelhouder niet gebonden is maar de opvolgend aandeelhouder wel, blijkt volledig door de deskundigen te moeten worden meegenomen bij de bepaling van de prijs. Het effect van de statutenwijziging waaraan de minderheid niet is onderworpen dreunt dus volledig door in de door de deskundigen te bepalen prijs waarvoor de door de vennootschap aan te wijzen persoon de aandelen zal kunnen kopen, en daarmee in het vermogen van de minderheidsaandeelhouder. Ook de wettelijke voorziening dat een afwijkende prijsbepalingsregeling in de statutaire regeling als bedoeld in 192a de minderheidsaandeelhouder niet regardeert lijkt een papieren aangelegenheid. De

²⁶ Zie noot 6.

deskundigen zullen bij hun waardering van de aandelen immers rekening moeten houden met de statutair ingevoerde prijsbepalingsregeling die afwijkt van het wettelijk uitgangspunt. Wanneer in de statutaire regeling die de procedure van de aanwijzing van een gegadigde in de zin van art. 192a regelt nog eens een afwijkende prijsbepalingsregeling zou kunnen worden opgenomen die de tegenstemmende aandeelhouder ook nog eens zou treffen, zou het leed helemaal niet meer te overzien zijn en besluitvorming in deze zin evident in strijd met de redelijkheid en billijkheid hebben plaatsgevonden. Wat van dit punt ook zij, slechts als de vennootschap zo'n persoon niet zal kunnen vinden, lees wanneer de meerderheidsaandeelhouders voor die prijs niet geïnteresseerd zijn, zal de minderheidsaandeelhouder zijn aandelen kunnen vervreemden aan een derde die dan ook niet gebonden zal zijn aan de desbetreffende statutaire regeling. Het lijkt mij praktisch ondenkbaar dat in die omstandigheden een derde kan worden gevonden, laat staan een derde die bereid is een betere prijs te betalen dan de in het kader van 192a door deskundigen bepaalde prijs.

7. Conclusie na antwoord.

De wetgever slaat een heilloze weg in. De regeling is buitengewoon gecompliceerd en wordt nog gecompliceerder door de uitwerking in de beantwoording van de vragen. Mijns inziens miskent de wetgever de feitelijke situatie in besloten verhoudingen waarin een minderheid beklemd raakt. Voor zijn pakket is geen markt. De enige geïnteresseerde partij is de medeaandeelhouder, en dat is juist degene die door de statutenwijziging te bewerkstelligen tegen de wens van die minderheid, de beklemming veroorzaakt. Als hierboven geciteerd blijkt de regeling te beogen: *'(...) een evenwicht te vinden tussen enerzijds het belang van de aandeelhouder om niet te worden 'opgesloten' in de vennootschap en anderzijds het belang van de vennootschap dat aandeelhouders niet vrij kunnen uittreden op kosten van de vennootschap'*. Dat klinkt mooi maar het beeld van een vrij uittredende minderheid op kosten van de vennootschap vertekent de realiteit. Die minderheid wordt, wanneer het waardedrukkend effect van de statutenwijziging wordt doorberekend in de 'markt' waarin die aandeelhouder wil uittreden, onder omstandigheden vol en ernstig in zijn vermogen getroffen terwijl de potentieel enig gegadigde²⁷ de veroorzaker van de beklemming is. Hierbij realiseren men zich dat de meerderheidsaandeelhouder, na overname van het minderheidspakket, bij machte is om de statuten opnieuw te wijzigen in hem welgevallige zin. Verschil van inzicht over de prijs is in deze situatie met zekerheid voorspelbaar. Dit leidt tot een prominente rol van de rechter bij geschillenbeslechting tussen minderheids- en meerderheidsaandeelhouders, met alle financiële gevolgen, met name voor de minderheidsaandeelhouder die tegen de vennootschap zal moeten procederen, van dien. Anders geformuleerd, in deze uitleg wordt geen evenwicht gevonden tussen opsluiting van de aandeelhouder in de vennootschap en uittreden op kosten van de vennootschap, maar

²⁷ Al dan niet door de vennootschap aangewezen

kan de beklemd minderheid niet uittreden zonder het effect van de statutaire regeling direct in zijn vermogen te voelen, in welk laatste geval de meerderheidsaandeelhouder ten volle profiteert van de lage koopprijs die ontstaat door de door hem bewerkstelligde statutenwijziging, die overigens vervolgens ongedaan gemaakt kan worden.

Zeker na de beantwoording van de vragen door de Minister die in dit opstel aan de orde zijn meen ik dat de voorgenomen weg voor oplossing van dit probleem niet de juiste is, vooral niet vanuit het perspectief van aantrekkelijkheid van de rechtsvorm in het licht van beperking van administratieve lasten en andere verplichtingen. De conclusie moet zijn dat de oplossing moet worden gezocht in het schrappen van de regeling van 192a, die, zo blijkt, de beklemd minderheid geen soelaas biedt. Een passende oplossing wordt mijns inziens gevonden in het toekennen van een uittreedrecht aan door de voorgenomen statutenwijziging in de zin van art. 192 beklemd rakende minderheden jegens de vennootschap, waarbij de prijs gelijk is aan de waarde van de aandelen door deskundigen te bepalen zonder inachtneming van de (voorgenomen) statutenwijziging. De vennootschap²⁸ kan kiezen de wijziging door te zetten maar moet dan accepteren dat de aandeelhouder kan uittreden met vergoeding van de waarde zoals die luidt vóór statutenwijziging. Hier kan een reden liggen af te zien van statutenwijziging. Wanneer de minderheid in deze omstandigheden niet wenst uit te treden is er geen reden een aanvullend beschermend traject op te zetten in het kader van de latere overdracht van de aandelen. En in de interne verhoudingen zou de aandeelhouder, die niet onderworpen wil zijn aan de nieuwe statutaire regeling en niet wenst uit te treden, niet gebonden raken aan de statutaire eis of verplichting in de zin van art.192.

Op deze wijze zou een evenwichtig resultaat worden bereikt dat geen afbreuk doet aan de flexibiliteit van de rechtsvorm²⁹.

²⁸ Lees “de meerderheidsaandeelhouders”

²⁹ Deze structuur vind ik aantrekkelijker dan een veto recht bij statutenwijziging. Vgl. over varianten van bescherming van minderheidspositie ook W.J.M. van Veen in WPNR 6731 (2007), p. 950 e.v.

De invoering van het nieuwe BV-recht en de noodzaak tot studie en aanpassing van de statuten.

Kid Schwarz, Hoogleraar Ondernemingsrecht Universiteit Maastricht en redacteur van dit tijdschrift.

1. Inleiding.

De invoering van het nieuwe BV-recht op 1 oktober j.l. heeft zich rustig voltrokken. Met name de landelijke pers heeft nauwelijks aandacht aan deze majeure wijziging van het ondernemingsrecht besteed. En als het al gebeurde waren het wat slappe verhalen met zo'n beetje dezelfde strekking, nl. het heeft allemaal weinig om de hakken, het belangrijkste is het wegvallen van het minimumkapitaal en er is geen noodzaak tot statutenwijziging¹. Met name deze laatste mededeling zet de ondernemer en de minder goed geïnformeerde adviseur op het verkeerde been. Naar mijn mening is er alle reden om de statuten van iedere vennootschap, dus ook die van een eenpersoons-BV, aan krachtige studie te onderwerpen. Zonder enige twijfel zal zo'n studie aantonen dat wijziging van de statuten per direct aanbeveling verdient zo niet absoluut noodzakelijk is. Hieronder zal ik een aantal redenen voor actie aangeven.

2. Nieuwe wettelijke regeling dwingt niet tot statutenwijziging; gemiste kansen.

Als bekend is toename van administratieve lasten voor het bedrijfsleven al jaren het politieke struikelblok voor wetgevingsinitiatieven. Wanneer een wetsvoorstel dat gevaar in zich draagt is het politiek dood want onverdedigbaar. Dit heeft ertoe geleid dat men heeft gepoogd het nieuwe BV-recht zo in te richten dat bij invoering statutenwijziging niet noodzakelijk zou zijn. Deze boodschap heeft het gevoel van urgentie van analyse van bestaande statuten na 1 oktober j.l. de das om gedaan en dat is jammer en potentieel schadelijk voor ondernemers. Mijns inziens is snelle actie geboden.

Allereerst moet worden geconstateerd dat geen gebruik gemaakt kan worden van nieuwe mogelijkheden die het recht per 1 oktober 2012 biedt zonder dat de statuten worden aangepast en dat is natuurlijk jammer. Wanneer men gebruik wil maken van de vele aantrekkelijke mogelijkheden die het nieuwe recht biedt om de BV optimaal te structureren, is statutenwijziging noodzakelijk. De te behalen voordelen zijn groot en raken aan de organisatie van de vennootschap in het algemeen, maar ook aan zaken als bedrijfsopvolging en estate planning. Ten aanzien van dit laatste aspect valt te denken aan de mogelijkheid van emissie van aandelen zonder stemrecht bij bijvoorbeeld jeugdige afstammelingen, zodat die kunnen meegroeien in de waardeontwikkeling van de vennootschap zonder dat er stemrecht aan de aandelen is verbonden². Belangrijke voordelen zijn er ook te behalen in de sfeer van de opvolgingsproblematiek in het familiebedrijf. Als alternatief voor het 'kaal' nalaten van aandelen of certificaten van aandelen is de mogelijkheid ontstaan om soorten aandelen per kind te creëren, terwijl de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van één of

¹ Vgl de bijdrage van De Vos in het Financieel Dagblad van 29 september j.l.

² Zie art.2: 228 lid 5 BW

meer bestuurders aan de vergadering van houders van aandelen van die soort wordt toegekend³. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan op deze wijze een meer houdbaar opvolgingstraject in het familiebedrijf worden ontwikkeld dan onder het oude recht mogelijk was, waarbij overwogen kan worden om binnen deze constructie gebruik te maken van de eveneens nieuwe mogelijkheid om aandelen voor een bepaalde periode onoverdraagbaar te maken⁴, op welke wijze de voortzettend erfgenaam gedurende een bepaalde periode niet geconfronteerd kan worden met wensen van mede-aandeelhouders tot overdracht van aandelen in de BV. Ook kan financiering van aandelen door een volgende generatie steviger dan voorheen worden gefaciliteerd doordat in het nieuwe recht het verbod van financiële assistentie is komen te vervallen, maar dan moeten statutaire bepalingen waarin dat verbod is hertaald wel worden geëlimineerd⁵. Men realiseer zich dat bestudering van deze mogelijkheden ook van belang is in een DGA-situatie nu ook daar estate planning en opvolgingsproblematiek aan de orde zijn of gesteld moeten worden. In het algemeen kan, afhankelijk van de aard van de samenwerking binnen het vennootschappelijk verband, de structuur van de vennootschap worden verbeterd gebruik makend van de nieuwe mogelijkheden die de wet biedt. Men denke aan het statutair verankeren van verplichtingen tussen aandeelhouders onderling of ten opzichte van anderen⁶, aan het aanpassen van de statutaire blokkeringsregeling waardoor de mogelijkheid van overdraagbaarheid van aandelen wordt vergroot dan wel onbeperkt mogelijk wordt of aan het binden van een financiële partij in de vennootschap door het plaatsen van voor een zekere periode onoverdraagbare aandelen⁷.

3. Vermijden van problemen; de positie van certificaathouders.

Ook het uitgangspunt van de directe werking van de nieuwe wet noodzaakt tot aanpassing van de statuten. Hierdoor ontstaat een probleem waar het betreft de positie van houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Slechts aan houders van bewilligde certificaten werd onder het oude recht een organisatierechtelijke positie binnen de BV toegekend. Aan de houder van dit type certificaten kwamen tot 1 oktober alle rechten van een aandeelhouder toe, behalve het stemrecht. Deze certificaathouders waren dus vergadergerechtigd, welke situatie overigens met zich bracht dat onder het oude recht, wanneer deze certificaten in omloop waren, besluitvorming buiten vergadering niet mogelijk was⁸. Daarnaast werden deze certificaathouders geacht krachtens wet of statuten bij de vennootschap te zijn betrokken, met welke positie het recht samenhangt om besluiten van organen van de vennootschap voor vernietiging voor te dragen wanneer deze jegens die certificaathouders in strijd met de redelijkheid en billijkheid uitwerkten⁹. Tenslotte kende de wet aan houders van met medewerking van de

³ Zie art.2: 242 lid 1 BW. Onder het nieuwe recht is denkbaar dat de ontslagbevoegdheid van de door de houders van bepaalde aandelen benoemde bestuurders niet alleen komt te liggen bij die aandeelhouders, maar eveneens bij een ander orgaan, zoals bijvoorbeeld de algemene vergadering of een RvC. Op deze wijze kan het potentieel gevaar van partijdig bestuur worden vermeden.

⁴ Zie art.2: 195 lid 3 BW

⁵ Het oude art.2: 207c BW. Op de problemen van het overgangsrecht in dit kader kom ik onder punt 5 terug.

⁶ Zie de mogelijkheden die door art.2: 192 BW worden geboden

⁷ Zie het nieuwe art.2: 195 BW

⁸ Zie art.2: 238 lid 1 (oud) BW

⁹ Zie art.2: 8 jo. 15 lid 1 sub b BW

vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen het gemeenschappelijk wettelijk pandrecht toe op de aandelen die, ten titel van beheer, door het administratiekantoor werden gehouden¹⁰. In de literatuur is begin jaren negentig discussie ontstaan over de vraag wanneer er sprake is van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten. Tegenover de traditionele opvatting dat van medewerking slechts sprake was wanneer het orgaan dat tot emissie van aandelen bevoegd was uitdrukkelijk besloot tot het verlenen van medewerking¹¹, werd aangevoerd dat de ratio leges veeleer dwong te concluderen tot verleende medewerking wanneer die medewerking feitelijk bleek te zijn verleend¹². In de twee volgende decennia is op dit punt geen communis opinio ontstaan, hetgeen de wetgever ertoe heeft gebracht de discussie te beslechten door te bepalen dat, met ingang van 1 oktober, er nog slechts sprake is van een organisatierechtelijke betrekking tussen BV en certificaathouders, wanneer zulks in de statuten tot uitdrukking is gebracht doordat aan certificaten bij de statuten vergaderrechten worden verbonden¹³. De wet bepaalt tevens dat het aandeelhoudersregister de namen moet bevatten van de houders van certificaten van aandelen waaraan vergaderrecht is verbonden, met vermelding van de datum waarop het vergaderrecht aan de certificaten is verbonden en de datum van erkenning of betekening van de akte¹⁴. Wanneer een vennootschap voor 1 oktober medewerking heeft verleend aan de uitgifte van certificaten moet bij de eerstvolgende statutenwijziging vergaderrecht aan de houders van deze certificaten worden toegekend. Tot het moment van die statutenwijziging worden onder certificaten waaraan statutair vergaderrecht is verbonden tevens verstaan certificaten die voor 1 oktober vergaderrecht hadden en die als zodanig in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen. Die inschrijving moet uiterlijk op 1 oktober 2013 plaats hebben gevonden¹⁵, maar wanneer die inschrijving niet op orde is op het moment van bijeenroeping van de eerste aandeelhoudersvergadering na inwerkingtreding van het nieuwe recht, moet die vergadering op basis van de oude wettelijke regeling¹⁶ worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad. Het feit dat het nieuwe recht direct in werking is getreden maar geen verplichting tot statutenwijziging brengt, veroorzaakt transitieproblemen¹⁷. Het overgangsrecht, dat bepaalt dat certificaathouders de vennootschap kunnen verzoeken hen als vergadergerechtigde in te schrijven in het aandeelhoudersregister en, bij weigering, de rechtbank kunnen verzoeken het bestuur op te dragen hen als zodanig in te schrijven in het aandeelhoudersregister, is op dit punt niet deugdelijk. Certificaathouders die zich het probleem niet realiseren zullen, in voorkomend geval, eerst tegen het moment van de aandeelhoudersvergadering waarnemen dat ze geen oproeping ontvangen waardoor ze in een beklemd positie geraten die, bij weigering van medewerking van het bestuur, niet snel zal kunnen worden opgelost. Überhaupt is het mijns inziens zeer de vraag of de oplossing moet worden gevonden bij actie van het bestuur in dit verband. Zo zou het bestuur zich de vraag kunnen stellen waarom een bepaalde certificaathouder als vergadergerechtigde moet worden ingeschreven, daarbij haar eigen

¹⁰ Vgl. art.3: 259 (oud) BW

¹¹ Vgl. F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Kluwer Deventer 1991

¹² C.A. Schwarz, *Enkele vragen bij certificering van aandelen*, TVVS 1992, p.6 e.v.

¹³ Zie art.2: 227 lid 2 BW. Het nieuwe art.3: 259 kent het wettelijk pandrecht toe aan de houders van certificaten waaraan de statuten van de vennootschap het vergaderrecht toekennen.

¹⁴ Zie art.2: 223 jo. 194 BW

¹⁵ Zie art.V.2.lid 1, Invoeringswet FlexBV, Stb.2012, 300.

¹⁶ Art.2: 223 lid 3 (oud) BW

¹⁷ Zie G.M. Portier, WPNR 2011, p.47 e.v.

invulling gevend aan het oude criterium ‘medewerking bij de certificering’. Deze studie zou kunnen leiden tot de conclusie dat een certificaathouder in het verleden ten onrechte voor algemene vergaderingen is uitgenodigd nu er nooit een formeel besluit is genomen door de aandeelhoudersvergadering tot het verlenen van medewerking aan de desbetreffende certificeringsoperatie, bij welke standpuntbepaling het bestuur zich gesterkt zou kunnen voelen door de beschikking van de OK inzake The Greenery¹⁸. Ik zou menen dat deze analyse noch de bevoegdheid tot erkenning van vergadergerechtigdheid, zeker gezien de nieuwe wettelijke regeling betrekkelijk het ontstaan van vergaderrecht, aan het bestuur is maar slechts aan de aandeelhoudersvergadering toekomt. Een en ander afwegend zou ik menen dat de veranderde positie van de certificaathouder in het nieuwe recht, in combinatie met de overgangsrechtelijke benadering, feitelijk dwingt tot directe aanpassing van de statuten, bij gebreke waarvan het verstandig is om zekerheid te creëren door de aandeelhoudersvergadering te laten beslissen over toekenning van vergaderrechten aan houders van bepaalde certificaten voor de periode waarin een en ander nog niet in de statuten is verwerkt.

4. Vermijden van problemen; de statutaire regeling van aanwijzing van gegadigden bij onmogelijke overdracht van aandelen in de zin van art.2: 192a BW.

In het nieuwe recht kunnen allerhande verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard in de statuten van de vennootschap worden geïncorporeerd. Dat geldt niet alleen voor verplichtingen tussen aandeelhouders onderling en tussen aandeelhouders en de BV. Sinds 1 oktober vormen de statuten van de BV ook een bron van verbintenissen tussen aandeelhouders en crediteuren van de vennootschap, bijvoorbeeld wanneer de statuten bepalen dat aandeelhouders in bepaalde omstandigheden hoofdelijk zijn verbonden voor schulden van de vennootschap. Daarnaast kunnen statutair allerhande zogeheten ‘bad leaver’ bepalingen worden opgenomen, bijvoorbeeld houdende een aanbiedingsverplichting van aandelen bij voorgenomen overdracht van aandelen binnen een bepaalde periode na oprichting van de BV, waarbij statutair een prijs wordt bepaald die aanmerkelijk lager is dan de waarde van de aangeboden aandelen door deskundige(n) te bepalen. Een zodanige statutaire regeling bindt uiteraard degene die tot de BV toetreedt. Een vraag was echter hoe de zittend minderheidsaandeelhouder wordt beschermd bij een statutenwijziging die hij niet wenst (ook) omdat zijn persoonlijk vermogen door die wijziging wordt geraakt. Als bekend heeft de wetgever niet gekozen voor een instemmingsrecht, dus een ‘blocking/vote’ voor potentieel beklemden minderheden, noch voor een uittreedyrecht bij een statutenwijziging waarmee niet wordt ingestemd. De bescherming heeft de wetgever gezocht in de mogelijkheid voor minderheidsaandeelhouders om zich te beroepen op een zogeheten ‘persoonsgebonden niet-gebondenheid’ aan de nieuwe statutaire regeling waarmee niet werd ingestemd¹⁹. Dit systeem brengt met zich dat een aandeelhouder die zich op zijn niet-

¹⁸ OK 21 juni 2007, JOR 2007, 182. Zie ook TK 2010-2011, 32426 nr.8, p. 18, alwaar de verwachting wordt uitgesproken dat het betwisten van de stelling dat certificaten met medewerking zijn uitgegeven vaak de reden zal zijn voor de weigering van inschrijving door het bestuur van vergaderrechten van certificaathouders.

¹⁹ Vgl. art. 192 lid 1 en lid 3 (slot) BW. Zie hierover C.A. Schwarz, Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij beklemmende statutenwijziging naar komend BV-recht, TvOB 2012, p.52 e.v. alsook Inleiding Nieuw BV-recht, Paris, Zutphen 2012, par.2.

gebondenheid beroept, niet is onderworpen aan een nieuwe statutaire regeling waarmee hij niet heeft ingestemd. Zouden de statuten aandeelhouders verplichten tot verhoging van het garantievermogen wanneer een bepaalde solvabiliteitseis wordt onderschreden, dan zou de aandeelhouder niet tot bijstorting verplicht zijn wanneer zulks aan de orde is wanneer hij zich indertijd op niet-gebondenheid aan deze statutaire bepaling zou hebben beroepen. En wanneer een aanbiedingsverplichting zou worden gewijzigd waarbij statutair een andere prijs zou worden bepaald dan de waarde door deskundige(n) te bepalen, zou de aandeelhouder die zich op zijn niet-gebondenheid heeft beroepen aan deze statutenwijziging, recht houden op een prijs te bepalen op de basis als onder de oude statutaire regeling aan de orde was.

Dit beschermingssysteem lijkt werkbaar zolang de aandeelhouder die persoonsgebonden niet-gebonden is zijn aandelen niet wenst over te dragen. Wanneer zulks wel aan de orde is zal overdracht van de aandelen aan een derde veelal niet goed mogelijk zijn omdat de derde wel wordt gebonden aan de statutaire regeling waaraan de aandeelhouder niet gebonden is, en de koper het waardedrukkend effect van de statutaire regeling waaraan hij wel gebonden zal raken in zijn koopprijs zal verdisconteren. Hierdoor kan overdracht van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk blijken te zijn. Voor deze gevallen voorziet het nieuwe recht in een regeling²⁰. De aandeelhouder die zijn aandelen door dit fenomeen niet kan overdragen, kan de BV verzoeken om gegadigden aan te wijzen aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen. Wanneer de vennootschap niet binnen drie maanden na dit verzoek een gegadigde aanwijst, is de aandeelhouder vrij zijn aandelen aan een derde over te dragen, waarbij ook de verkrijger van die aandelen niet-gebonden zal zijn aan de statutaire bepaling die de overdragend aandeelhouder niet gold²¹. Dit systeem van aanwijzing van een gegadigde moet zijn gebaseerd op *‘een regeling in de statuten’*.

Nu dit mechanisme per 1 oktober is ingevoerd, zijn bestaande statuten niet van een zodanige regeling voorzien. Ik zou menen dat er veel voor te zeggen is de statuten op dit punt snel aan te passen, dus voordat een aandeelhouder zich tegen een volgende statutenwijziging verklaart omdat hij meent daardoor in zijn persoonlijk belang te worden geschaad. Dat hangt samen met het feit dat het voor de hand ligt en niet per definitie onredelijk is om binnen zo’n *‘regeling in de statuten’* af te wijken van het uitgangspunt dat degene die als gegadigde door de vennootschap wordt aangewezen, zal kunnen kopen voor een prijs die (enigszins) lager kan worden bepaald dan op de waarde (economische waarde) zoals door deskundigen te bepalen. De aandeelhouder treedt immers uit en de aangewezen gegadigde, in de BV per definitie een mede-aandeelhouder, zet voort. De wet bepaalt echter dat, wanneer in die *‘regeling in de statuten’* op grond waarvan een gegadigde wordt aangewezen wordt afgeweken van een prijs gelijk aan de waarde door deskundige(n) te bepalen, aandeelhouders zich persoonsgebonden niet-gebonden kunnen verklaren aan die prijsbepalingsregeling. Aandeelhouders zullen, zo lijkt mij, slechts instemmen met een redelijke prijsbepalingsregeling in dit kader wanneer de verhoudingen goed zijn. Moet zo’n regeling later worden ontworpen, nl. als de noodzaak is ontstaan omdat een aandeelhouder door een statutaire wijziging waaraan hij niet gebonden is beklemd is geraakt, is die kans verkeken.

Hier past overigens een opmerking over de zorgplicht van notarissen, betrokken bij de statutenwijziging waarin zo’n *‘regeling in de statuten’* wordt ingevoerd. Het komt mij voor

²⁰ Art.2: 192a BW

²¹ Zie over de uitleg van de minister over de inhoud van het begrip ‘onmogelijke of uiterst bezwaarlijke overdracht’, noot 19.

dat minderheidsaandeelhouders, die gemiddeld van een en ander slecht op de hoogte zijn, geïnformeerd moeten worden over de mogelijkheid zich niet gebonden te verklaren aan een in die regeling afwijkende prijsbepalingsregeling, zoals de wet uitdrukkelijk stipuleert in art.2: 192a lid 1 jo. 192 lid 3 BW.

5. Vermijden van problemen; de nieuwe regeling van vaststelling en publicatie van de jaarrekening.

In het wetsvoorstel werd een bijzondere wijze van besluitvorming buiten vergadering aanvankelijk opgenomen in het voorgestelde art.2: 238 lid 3 BW. Hierin werd tot uitdrukking gebracht dat ondertekening van de opgestelde jaarrekening door de bestuurders, wanneer alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, zou gelden als vaststelling van de jaarrekening. Aan deze regeling werd later toegevoegd dat deze vaststelling tevens strekt tot kwijting van bestuurders en commissarissen. Zonder dat deze bepaling inhoudelijk werd gewijzigd werd de regeling later overgebracht naar een nieuw lid 5 van art. 210 BW, regelende de besluitvorming omtrent de jaarrekening²². Deze wijze van vaststelling van de jaarrekening is per 1 oktober j.l. direct van toepassing maar kan statutair worden uitgesloten.

Opvallend is dat in de parlementaire discussie, althans voor zover ik heb kunnen vinden, geen aandacht is besteed aan de vraag wat het effect is op de termijn waarbinnen de jaarrekening dient te worden gepubliceerd. Immers, de wet bepaalt dat de jaarrekening binnen vijf maanden na sluiting boekjaar dient te zijn opgesteld, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste zes maanden door de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden²³. De jaarrekening wordt na opstelling vastgesteld door de aandeelhoudersvergadering, na welke vaststelling de rechtspersoon binnen acht dagen de jaarrekening publiceert. Anders dan voor de opstelling en het moment van publicatie bevat de wet geen voorschrift voor de termijn waarbinnen de opgestelde jaarrekening moet worden vastgesteld. Onder het oude BV-recht kon uit de wet worden afgeleid dat het de bedoeling is om de jaarrekening binnen een maand na opstelling vast te stellen, nu zulks in het wettelijk model verondersteld werd te gebeuren op de jaarvergadering die, indien geen kortere termijn was bepaald, zou moeten plaatsvinden binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, dus binnen één maand na afloop van de termijn van vijf maanden die geldt voor de vaststelling²⁴. Sinds 1 oktober j.l. bepaalt de wet nog slechts dat tijdens het boekjaar ten minste één algemene vergadering wordt gehouden of ten minste eenmaal de jaarrekening wordt vastgesteld op basis van het bepaalde in art.2: 210 lid 5 BW. Wel bevat de wet het uitgangspunt dat binnen twee maanden na opstelling de jaarrekening is vastgesteld, bij gebreke waarvan het bestuur onverwijld de opgemaakte jaarrekening moet publiceren²⁵. In beginsel dient dus vaststelling van de jaarrekening plaats te hebben gevonden binnen twee maanden na het verstrijken van de periode van vijf maanden waarin de opstelling dient te zijn afgerond. Deze wettelijke regeling is in 2004 ingevoerd ter

²² Zie TK 2009-2010, 32426 nr.3, p.29 (Invoeringswet).

²³ Art.2: 210 lid 1 BW

²⁴ Vgl. art.2: 218 lid 2 (oud) jo. 210 lid 1 BW

²⁵ Art.2: 394 leden 1 en 2 BW

versterking van de bescherming van belanghebbenden, die eerst hun bezwaren aan de rechter kunnen voorleggen na publicatie van de (niet vastgestelde) jaarrekening²⁶. Voor opstelling kan een afwijkende termijn worden gehanteerd, nu de vijfmaands termijn met ten hoogste zes maanden kan worden verlengd door de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden²⁷. In dat geval geldt dat publicatie van de jaarrekening uiterlijk na dertien maanden na afloop van het boekjaar zal moeten plaatsvinden²⁸. Als bekend doet de HR niet moeilijk wanneer er geen formeel besluit is genomen tot verlenging van de termijn voor opstelling. Overwogen werd:

“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.”²⁹

Sinds die uitspraak is het in de praktijk van het MKB niet ongebruikelijk dat opstelling van de jaarrekening plaatsvindt binnen 11 maanden, waarna vaststelling binnen twee maanden plaatsvindt en de jaarrekening, op de voet van art.2: 394 lid 3 BW, dus uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar, wordt gepubliceerd.

Nu het wettelijk uitgangspunt is dat, in de BV waarin alle aandeelhouders ook bestuurder zijn, ondertekening van de opgestelde jaarrekening de vaststelling van de jaarrekening met zich brengt, is de consequentie dat publicatie van de jaarrekening moet plaatsvinden binnen acht dagen na ten hoogste elf maanden na sluiting van het boekjaar³⁰. Dit is slechts anders wanneer één der bestuurders of commissarissen de jaarrekening niet heeft ondertekend, in welk geval vaststelling door de algemene vergadering zal moeten plaatsvinden en weer uitgegaan mag worden van een termijn van dertien maanden voor publicatie van de jaarrekening. Men realiseert zich echter dat, wanneer er sprake is van een eenpersoons vennootschap die geen commissarissen kent, deze situatie niet goed denkbaar is, nu de enig bestuurder binnen de gestelde termijn de jaarrekening dient op te stellen en te ondertekenen, bij gebreke waarvan schending van de opstellingstermijn in beginsel vast staat³¹. In ieder geval in de situatie van de eenpersoonsvennootschap geldt, tenzij statutair anders bepaald, per 1 oktober derhalve in beginsel een termijn voor publicatie van de jaarrekening van elf maanden plus acht dagen. Hetzelfde geldt wanneer er meerdere bestuurders/commissarissen in de BV betrokken zijn en deze de opgestelde jaarrekening hebben ondertekend.

²⁶ Lbl. Rp. Aant. 1 bij Artikel 394 (Ijsselmuiden).

²⁷ Art.2: 210 lid 1 BW

²⁸ Art.2: 394 lid 3 BW

²⁹ HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (nt. Ma.)

³⁰ Art. 2: 210 lid 1 en lid 5, jo. 394 lid 1 BW

³¹ Zie art.2: 210 lid 3 BW

De vraag is of deze regeling leidt tot de conclusie dat er sprake is van een schending van de publicatieplicht of mogelijk administratieplicht als bedoeld in het aansprakelijkheidsrecht, wanneer binnen dit type vennootschappen niet binnen elf maanden en acht dagen wordt gepubliceerd, maar uiterlijk na dertien maanden na sluiting boekjaar³². Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig te geven.

Immers, enerzijds kan worden opgemerkt dat, wanneer in de BV bestuurders en commissarissen de jaarrekening hebben ondertekend en alle overige vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgestelde jaarrekening en hebben ingestemd met deze wijze van besluitvorming buiten vergadering, de publicatietermijn van acht dagen en elf maanden niet is nageleefd. En wanneer er sprake is van een eenpersoonsvennootschap waarin niet binnen die termijn is gepubliceerd staat tenminste vast dat de bestuurder de termijn voor opstelling van de jaarrekening niet heeft nageleefd³³.

Anderzijds kan worden opgemerkt dat de nieuwe regeling slechts mogelijkheden biedt om in de interne verhoudingen formele vaststellingsvergaderingen te vermijden wanneer aandeelhouders het over de inhoud van de jaarrekening eens zijn, dat derden de interne verhoudingen niet kunnen overzien en derhalve niet uit kunnen gaan van publicatie van de jaarrekening na uiterlijk elf maanden en dat, ook in het nieuwe recht, de wettelijke bepaling gehandhaafd blijft dat de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar openbaar gemaakt moet zijn³⁴. Met name op grond van het laatste argument zou ik menen dat in het nieuwe BV-recht *niet* is bedoeld te concluderen tot schending van de publicatieplicht als neergelegd in art.2: 394 BW wanneer, bij (potentiële) toepasselijkheid van art.2: 210 lid 5 BW, niet binnen elf maanden en acht dagen na sluiting boekjaar is gepubliceerd.

Men kan onzekerheden op dit punt slechts wegnemen door in de statuten af te wijken van de regeling van art.2: 210 lid 5 BW waar het betreft de wijze van vaststelling van de jaarrekening³⁵.

6. Vermijden van problemen; het overgangsrecht.

³² Zie art.2: 248 lid 2 BW, alwaar schending van het bepaalde in art.2: 394 BW (alsook de administratieplicht van art.2: 10 BW) tot de conclusie van vaststaand onbehoorlijk bestuur leidt

³³ Hetgeen als een schending van de administratieplicht in de zin van art.2: 10 BW kan worden gezien.

³⁴ Art.2: 394 lid 3 BW. Ook aan de boven geciteerde rechtspraak van de HR zouden argumenten voor dit standpunt kunnen worden ontleend. Zo merkte de AG Asser in zijn conclusie op als volgt: “ In de zaak nr. 14990 heb ik primair betoogd — kort gezegd — dat voor de toepassing van art. 2:248 lid 2 BW (...), de vraag of de algemene vergadering van aandeelhouders de termijn voor het opmaken van de jaarstukken heeft verlengd niet meer relevant is indien vaststaat dat de jaarstukken met inachtneming van de maximale termijn van art. 2:394 BW eenmaal zijn gepubliceerd. Is dat betoog juist dan kunnen de onderhavige klachten niet tot cassatie leiden omdat dan de beslissing van het hof om het beroep van de curator op art. 2:248 lid 2 BW te passeren in elk geval juist is wat er zij van de daarvoor door het hof gebezigde redengeving al was het alleen al omdat de sanctie van lid 7 van die bepaling, namelijk dat iedere belanghebbende van de rechtspersoon nakoming van de in de leden 1–5 omschreven verplichtingen kan vorderen, dan geen toepassing meer kan vinden.”

³⁵ Men realiseer zich overigens dat statutair niet kan worden bepaald dat ondertekening van de jaarrekening wel leidt tot vaststelling van de jaarrekening maar niet tot het verlenen van décharge. Zie C.A. Schwarz, Inleiding tot het nieuwe BV-recht, Uitgeverij Paris 2012, p.26.

Als gezegd heeft de per 1 oktober ingevoerde wetgeving directe werking. Dit feit kan problemen met zich brengen in verband met de werking van het overgangsrecht. Dat overgangsrecht brengt met zich dat een statutaire verwijzing naar- of de zakelijke weergave van een onder oud recht geldend wetsartikel, geacht wordt een verwijzing of een weergave van de nieuwe wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van de statutaire regeling³⁶.

Conclusie in dit verband is derhalve dat het aanbeveling verdient om op korte termijn de statuten van de vennootschap te screenen op wijzigingen die op deze manier ongemerkt de statutaire regeling binnen zijn gekomen en daarop, zo nodig, actie te nemen. Zo is een statutaire verwijzing naar de wettelijke vrije kring waarbinnen aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen niet meer functioneel nu die wettelijke vrije kring per 1 oktober is komen te vervallen en er onder nieuw recht indien gewenst steeds een statutaire vrije kring moet worden gedefinieerd³⁷.

Een groter probleem wordt veroorzaakt door het feit dat in de statuten veelal geen verwijzing naar of zakelijke weergave van een wetsartikel wordt aangetroffen, maar een zelf gecomponeerde variatie op een wettelijke regeling. Deze statutaire bepalingen worden niet van rechtswege anders gelezen, maar blijven de vennootschap beheersen. Dat is enerzijds prettig bezien vanuit de zekerheid die de statutaire regeling biedt, maar anderzijds kunnen hier grote nadelen aan zijn verbonden. Hierbij moet dan vooral gedacht worden aan hoofdpijnbepalingen naar oud recht, die in het nieuwe recht zijn komen te vervallen, zoals de 'nachgründingsregeling'³⁸ en het verbod van financiële assistentie bij de BV³⁹, alsook aan wettelijke beperkingen die in het nieuwe recht zijn komen te vervallen, zoals bijvoorbeeld aan de orde bij de inkoop van aandelen⁴⁰. Wanneer in de statuten de regeling van art.2: 207c BW hertaald is opgenomen kan onzekerheid ontstaan over de consequenties. Zo kan men van mening zijn dat een rechtshandeling die onder het oude recht in strijd met het verbod van financiële steunverlening is verricht nietig is, maar dat het vervallen van die bepaling sinds 1 oktober niet meer tot nietigheid kan leiden ook niet wanneer een vergelijkbare regeling nog in de statuten staat. Op zich is deze benadering verdedigbaar omdat bij het vervallen van de wettelijke regeling er geen sprake meer is van een statutaire beperking van de vertegenwoordigingsmacht die uit de wet voortvloeit⁴¹, maar voor mij blijft het probleem bestaan dat een besluit in strijd met deze statutaire regeling in beginsel moet worden gekwalificeerd als een nietig besluit⁴². Het probleem is meer evident in het licht van het vervallen vereiste van machtiging voor de mogelijke inkoop van eigen aandelen. Wanneer statutair na 1 oktober j.l. de machtiging voor de inkoop van aandelen door de aandeelhoudersvergadering wordt geëist zoals regelmatig het geval is, zal inkoop zonder die machtiging na 1 oktober nietig zijn. Kortom, ook de overgangsrechtelijke problematiek dwingt tot studie der statuten.

³⁶ Art. 71 Overgangswet NBW is van overeenkomstige toepassing verklaard in art. V.1 (overgangsrecht) in de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht

³⁷ Zie art.2: 195 BW oud en nieuw en de bemerkingen van Schoonbrood in WPNR 2012, p. 425

³⁸ Art.2: 204c BW (oud)

³⁹ Art.2: 207c BW (oud)

⁴⁰ Art.2: 207 BW (oud)

⁴¹ Zo begrijp ik althans de redenering van Schoonbrood in WPNR 2012, p.429

⁴² Art.2: 14 lid 1 BW

7. Conclusie.

Een en ander brengt mij tot de conclusie dat het nuttig en noodzakelijk is de statuten van de BV te analyseren, welke analyse in veel gevallen zal blijken te noodzaken tot statutenwijziging.

Trailer:

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan statutaire en contractuele afspraken met betrekking tot de berekening van de prijs die voor aandelen zal moeten worden betaald bij aanbidding op grond van een blokkeringsregeling in ruime zin, alsook bij uitstoting of gedwongen uittreding van aandeelhouders in het kader van de geschillenregeling. Aandacht wordt gevraagd voor de bescherming van het belang van minderheidsaandeelhouders bij het ontvangen van een prijs voor de aandelen, gelijk aan de waarde van die aandelen in het economisch verkeer, zeker als een aanbiedingsplicht ontstaat zonder betrokkenheid van de tot aanbidding verplichte aandeelhouder.

Statutaire- of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van redelijkheid en billijkheid.

Prof.mr. C.A. Schwarz.
Hoogleraar Ondernemingsrecht UM.

1. Inleiding en probleemstelling.

De rechtsvorm van de BV is de door de wetgever gedachte vorm voor het besloten samenwerkingsverband van aandeelhouders. Deze rechtsvorm, in 1971 in ons recht geïntroduceerd, was en is in hoge mate een kopie van de NV. De wetgever structureerde de BV als een NV met een verplicht besloten karakter, tot uitdrukking komend in het feit dat de BV slechts aandelen op naam kon uitgeven, terwijl de overdraagbaarheid van die aandelen beperkt diende te zijn¹. Zoals de NV is de BV een kapitaalvennootschap, geregeld in Boek 2 BW, en als zodanig scherp te onderscheiden van de maatschap, met zijn bijzondere verschijningsvormen VOF en CV. De personenvennootschap kent geen rechtspersoonlijkheid, zodat de aansprakelijkheid van de vennoten in persoon is gegeven. Dit laatste verandert niet in het nieuwe personenvennootschapsrecht². Dit gegeven leidt tot de neiging van MKB-ondernemers om hun besloten samenwerkingsverband, dat in veel gevallen een maatschapsachtig karakter heeft en ook wel als quasi-maatschap wordt aangeduid³, in een BV-structuur onder te brengen. Naar huidig recht is dat bijzonder lastig. De dwingendrechtelijke regeling van de BV is eigenlijk niet geschikt voor het herbergen van dit type samenwerkingsverbanden. Dat leidt in de praktijk tot spanning bij de vormgeving van statuten, maar met name ook tot de compositie van innoverende aandeelhoudersovereenkomsten, die vaak op gespannen voet staan met dat dwingend vennootschapsrecht⁴. Een en ander vormde overigens een belangrijke reden om te streven naar vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht. In het thans voorliggend voorstel

¹ C.A. Schwarz, *Blokkerings van aandelen*, Nijmeegse Reeks Dl. 27, Kluwer Deventer 1986.

² In de nieuwe regeling is de vennoot hoofdelijk aansprakelijk, ook als gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om de Openbare Vennootschap of de Commanditaire Vennootschap nieuwe stijl te voorzien van rechtspersoonlijkheid. Zie art.813 zoals voorgesteld in Wetsvoorstel 28746.

³ Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, par.3.6

⁴ Over de spanning tussen aandeelhoudersovereenkomsten en wettelijke- c.q. statutaire bepalingen is de laatste jaren veel lezenswaardigs geschreven. Enkele verwijzingen: C.M. Stokkermans in het KNB Preadvies 2008 en in WPNR 2008, p.111 e.v., P.J. Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 350 e.v., W.J.M. van Veen, WPNR 2003, p.138 e.v. en WPNR 2007, p.950 e.v., L. van Caneghem, *Rechtskundig Weekblad* 2006, p.462 e.v., G.J.H. van der Sangen, S&V 2003, p.32 e.v. en J.A.M. Ten Berg in het Preadvies KNB 2002, p.161 e.v.

van wet⁵ is dan ook het streven om de BV-vorm geschikt te maken voor samenwerkingsverbanden die duidelijke kenmerken van een maatschap hebben, goed waarneembaar.

Maar naar huidig recht is het dus behelpen geblazen. Regelmatig wordt in aandeelhoudersovereenkomsten bepaald dat weliswaar gekozen wordt voor een statutaire aanbiedingsblokkade, geldend bij overdracht van aandelen buiten de zo ruim mogelijk geformuleerde vrije kring, maar dat de vennoten over en weer gehouden zijn niet te reflecteren wanneer door één van hen aandelen worden aangeboden in het kader van een voorgenomen overdracht buiten die vrije kring. Wij zijn van mening dat een overeenkomst met deze inhoud (partieel) nietig is nu een dwingendrechtelijk voorgeschreven beperking van de overdraagbaarheid van het aandeel wordt weg gecontracteerd⁶. In het komend flexibel bv-recht zal dit probleem zijn opgelost, nu wordt voorgesteld de verplichte blokkering van aandelen te doen vervallen (zie hierna).

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor in het kader van het streven naar continuïteit van de samenwerking in zo'n quasi-maatschap, geperst in de structuur van een BV. De bedoeling is om, gegeven de behoefte aan continuïteit, de samenwerkenden voor langere tijd te binden in die BV-structuur, die hier eigenlijk niet voor geschikt is. Immers, naar huidig recht zijn niet-overdraagbare aandelen onbestaanbaar en staan aandeelhoudersovereenkomsten die beogen de samenwerkenden in die samenwerking te binden, op gespannen voet met het uitgangspunt dat aandelen steeds overdraagbaar moeten zijn. Gedreven door de noden van de praktijk ziet men regelmatig overeenkomsten tussen aandeelhouders, waarin wordt afgesproken dat men gedurende een bepaalde periode de samenwerking niet zal beëindigen. Gegeven de principiële overdraagbaarheid van het aandeel wordt dan wel overeengekomen dat bij vertrek binnen vijf jaren na toetreding de waarde van het aandelenpakket dat dient te worden aangeboden aan de 'verblijvende' mede-aandeelhouders zal worden gewaardeerd op basis van 'boekwaarde' en dat bij aanbidding na vijf jaar maar binnen tien jaar, de prijs wordt bepaald op basis van de intrinsieke waarde van het aandeel. Pas wanneer een aandeelhouder na verloop van een periode van tien jaar zijn aandelen wenst aan te bieden aan zijn mede-aandeelhouders, kan hij ook aanspraak maken op betaling van de aan zijn pakket verbonden goodwill, meer bepaald op een prijs gelijk aan de waarde in het economisch verkeer.

Ook dit type afspraken vertoont spanning met het geldend BV-recht. Immers, de wet bepaalt dat de blokkeringsregeling zodanig dient te zijn dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, van degene die reflecteert op zijn aanbidding een prijs ontvangt, gelijk aan de *waarde* van zijn aandelen vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen⁷.

Als gezegd komt de wettelijk verplichte blokkering van aandelen te vervallen in de flexibiliseringsvoorstellen. In de voorgestelde regeling is een aanbiedingsblokkade van toepassing, tenzij statutair wordt afgeweken. Deze afwijking kan bestaan uit een keuze voor een ander systeem van beperking van de vrije overdraagbaarheid, maar ook voor een vrije overdraagbaarheid van aandelen⁸. Uitgangspunt is en blijft dat de aandelen in het besloten

⁵ Volgende noot

⁶ Art.3: 40 BW. Gegeven de aard van dit type voorschriften zal van vernietigbaarheid van de overeenkomst geen sprake zijn.

⁷ Naar komend recht zal ook dit probleem zijn opgelost, nu wordt voorgesteld te komen tot een systeem waarin aandelen in de BV voor een bepaalde periode niet overdraagbaar zijn, op welke wijze de samenwerkenden in het samenwerkingsverband volstrekt gebonden worden. Vgl. het in het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering (Tweede Kamer 2006-2007, 31058 nr.2) voorgestelde art.2: 195 lid 3 BW.

⁸ Art.2: 195 BW als voorgesteld

samenwerkingsverband overdraagbaar zijn. Dit is slechts anders wanneer gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om aandelen statutair voor een bepaalde periode onoverdraagbaar te maken⁹.

Bij quasi-maatschappen past, gegeven het 'intuitu personae' karakter van de samenwerking, een vorm van beperking van de overdraagbaarheid van het aandeel, evenals het creëren van aanbiedingsverplichtingen in nader te bepalen situaties, bijvoorbeeld bij het verlies van een bepaalde kwaliteit. Deze aanbiedingsverplichtingen¹⁰ worden, samen met de blokkeringsregeling in enge zin, wel aangeduid als blokkeringsregeling in ruime zin.

De blokkeringsregeling in enge zin kan leiden tot een situatie waarin een uittredend aandeelhouder zich verplicht ziet zijn aandelen over te dragen aan een andere partij dan de door hem gewenste overnemer¹¹. Ook bij toepasselijkheid van andere statutaire- of contractuele aanbiedingsverplichtingen ziet een aandeelhouder zich, ongewenst, verplicht aandelen over te dragen. Deze situaties, dus ongewenste overdrachtsverplichtingen, zijn nauw verwant aan het resultaat bij toepassing van de geschillenregeling. Bij uitstoting of gedwongen uittreding van een aandeelhouder¹² is immers ook sprake van een ongewenste (verplichting tot) overdracht van aandelen. Naar huidig recht moet de blokkeringsregeling in ruime zin zodanig worden vormgegeven dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, van degene aan wie hij moet overdragen, een prijs ontvangt gelijk aan de waarde van zijn aandelen zoals vastgesteld door één of meer deskundigen. Ook bij uitstoting of uittreding in het kader van de geschillenregeling is het wettelijk uitgangspunt dat de rechter, bij de bepaling van de prijs, de waarde economisch verkeer zo veel mogelijk benadert. Bepaald wordt dat de deskundigen in hun bericht aan de rechter in verband met diens bepaling van de prijs, rekening houden met hetgeen omtrent de vaststelling van de waarde is bepaald in de blokkeringsregeling, waarbij de wetgever uitgaat van (de benadering van) de waarde economisch verkeer.

In deze bijdrage is er aandacht voor de wettelijke ruimte die wordt geboden om statutair maatstaven op te nemen die leiden tot bepaling van een andere prijs dan de waarde van het aandeel bij overdracht. Daarnaast wordt gekeken naar de mogelijkheden die aandeelhoudersovereenkomsten in dit kader bieden en met name naar de vraag of deze overeenkomsten onder alle omstandigheden leiden tot binding van partijen, met name in die gevallen waarin een aandeelhouder zich, tegen zijn wil, genoodzaakt ziet om uit te stappen. De conclusie is dat nieuwe gedachten over deze materie, blijkend uit de toelichting bij het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, kritisch bezien moeten worden.

2. Relevantie van de grond voor het ontstaan van aanbiedingsplichten.

Discussies over geldigheid c.q. inroepbaarheid van waarderingsgrondslagen bij overdracht van aandelen spelen vooral in situaties waarin een aandeelhouder moet overdragen aan een

⁹ Zie noot 7

¹⁰ Zie de artt. 2: 195a en 195b in verband met de eigenlijke blokkeringsregeling van art. 2: 195 BW. De voorgestelde aanpassing van de regeling bij Nota van Wijziging (5 november 2008, Tweede Kamer 31058 nr.7) waarbij een nieuw art. 2: 192a wordt voorgesteld naast aanpassing van art. 2: 192, waarbij de artt. 2: 195a en 195b komen te vervallen, brengt materieel geen wijziging in benadering.

¹¹ Zie Par.2 hieronder.

¹² Art. 2: 336 resp. 343 BW

niet door hem gekozen wederpartij. Deze situatie kent twee varianten. De eerste is die waarin een aandeelhouder, op basis van de statutaire blokkeringsregeling, niet in staat blijkt zijn aandelen over te dragen aan zijn gedroomde contractspartner tegen de overeengekomen prijs. Dit kan zich voordoen als in het geval van een aanbiedingsblokkade mede-aandeelhouders reflecteren op de aangeboden aandelen, of, in het geval van een goedkeuringsblokkade, het goedkeurend orgaan de goedkeuring weigert en andere gegadigden voor de aandelen aanwijst die bereid en in staat zijn te kopen¹³. Wanneer statutair of in een aandeelhoudersovereenkomst is voorzien in een methode van prijsberekening die leidt tot een andere prijsstelling dan op basis van de waarde economisch verkeer, speelt de vraag of de overdragend aandeelhouder steeds aan die methode gebonden zal zijn.

De tweede variant is die waarin een aandeelhouder tegen zijn wil gedwongen wordt om afstand van zijn aandelen te doen. De wet maakt mogelijk dat, in bepaalde statutair gedefinieerde gevallen, een aandeelhouder gehouden is zijn aandelen aan te bieden en over te dragen¹⁴. Ook kan statutair zijn aangegeven dat in bepaalde gevallen één of meer van de aandeelhoudersrechten, zoals het stemrecht, de vergaderrechten en/of de aan de aandelen verbonden winstrechten, worden opgeschort¹⁵. Wanneer de aandeelhouder in die omstandigheden niet gehouden is tot aanbieding van aandelen over te gaan, zal hem een exit moeten worden geboden wil de opschorting van de lidmaatschapsrechten geen einde nemen. In dat geval kan de aandeelhouder de vennootschap verzoeken om binnen drie maanden gegadigden voor zijn aandelen aan te wijzen, bij gebreke van welke aanwijzing de opschorting van aandeelhoudersrechten eindigt.

In al deze omstandigheden, leidend tot een situatie waarin een aandeelhouder gedwongen wordt zijn aandelen over te dragen aan iemand aan wie hij niet wenst over te dragen, geldt dat, indien hij dit verlangt, de overnemer een prijs moet betalen gelijk aan de waarde van zijn aandeel zoals die door één of meer onafhankelijke deskundigen wordt bepaald. Dit betreft dus de prijs die een geïnteresseerde in het kader van de blokkeringsregeling dient te betalen, alsook de te betalen prijs bij gehoudenheid tot aanbieding bij verlies van kwaliteit en bij aanwijzing van gegadigden voor de aandelen wanneer aandeelhoudersrechten op basis van een statutaire regeling zijn opgeschort en hij daarmee geen genoegen neemt. Laatstbedoelde regelingen zijn opgenomen in de artt.2: 195a en 195b BW, welke artikelen zijn ingevoerd bij gelegenheid van de afschaffing van het preventief departementaal toezicht¹⁶. De gedachte was dat ook in geval van het krachtens de statuten ontstaan van een aanbiedingsverplichting dan wel van een opschorting van aandeelhoudersrechten, de aandeelhouder een prijs moet kunnen ontvangen die hij bij een vrijwillige overdracht van aandelen zou kunnen realiseren en waarin de waarde van de aandelen wordt weerspiegeld. Deze formulering stelt direct de vraag in hoeverre een aandeelhouder tevoren bij overeenkomst afstand kan doen van de bescherming van zijn financiële rechten, zoals deze in de regeling van de blokkering van aandelen in ruime zin is verankerd. Meer bepaald is de vraag of de formulering van de bepaling in lid 6 van art.2: 195 en in de leden 3 van de artt.2: 195a en 195b zo gelezen kan worden dat het zinsdeel dat de aandeelhouder recht heeft op

¹³ Art.2: 195 lid 4 BW

¹⁴ Art.2: 195a BW.

¹⁵ Art.2: 195b BW.

¹⁶ Wet van 22 juni 2000, Stb 283 in werking getreden per 1 september 2001. Bij nota van wijziging in het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering wordt voorgesteld deze artikelen te schrappen. Zie noot 10.

de door deskundigen te bepalen prijs 'indien hij dit verlangt' beoogt overeenkomsten waarin andere waarderingsmaatstaven worden overeengekomen mogelijk te maken.

Voor dat aan bespreking van dit punt wordt toegekomen, nog een tweetal opmerkingen. In de eerste plaats is een onderscheid te maken tussen de problematiek in het licht van de blokkeringsregeling in enge zin en in ruime zin. Wanneer de statuten dwingen tot een aanbieding van aandelen aan mede-aandeelhouders of aan een nader aan te wijzen derde, zal de aandeelhouder zijn aanbod steeds in kunnen trekken c.q. kunnen besluiten zijn aandelen niet voor de door deskundigen bij wege van bindend advies bepaalde prijs over te dragen¹⁷.

Wanneer echter de aandeelhouder op grond van een statutaire aanbiedingsverplichting moet overdragen bestaat geen mogelijkheid het aanbod in te trekken nadat deskundigen de te ontvangen prijs hebben bepaald. Algemeen wordt aangenomen dat dit advies daadwerkelijk bindend is, tenzij de rechter oordeelt dat zulks niet het geval is omdat, naar zijn oordeel, geen redelijk denkend deskundige tot deze waardebepaling had kunnen komen. Hetzelfde geldt feitelijk wanneer een aandeelhouder te maken krijgt met een op statutaire basis voorziene opschorting van aandeelhoudersrechten en hij de vennootschap wil verzoeken gegadigden voor zijn aandelen aan te wijzen. Gegeven de door de opschorting van aandeelhoudersrechten veroorzaakte onmogelijkheid voor de aandeelhouder om zijn belangen in de vennootschap te beschermen, is ook in dit geval het intrekken van het aanbod na prijsvaststelling geen reële optie.

Dit onderscheid lijkt mij relevant voor de beoordeling van de vraag of een overeenkomst waarbij een andere maatstaf voor prijsbepaling is afgesproken verbindend is. Immers, aandeelhouders zullen veelal niet bij machte zijn om het ontstaan van een verplichting tot aanbieding te voorkomen, waardoor zij zich buiten hun wil om geconfronteerd zien met een overdrachtsverplichting waarbij de te ontvangen prijs wordt beïnvloed door de overeengekomen waarderingsgrondslag die voor een andere situatie is bedoeld. Men denke aan de in de inleiding genoemde overeenkomst, waarin is bepaald dat een aandeelhouder die onmiddellijk uittreedt een korting op de waarde van zijn aandelen voor de kiezen krijgt. Wanneer een aandeelhouder in die omstandigheden besluit om in strijd met de afspraken uit te stappen, lijkt mij het oordeel over de geldigheid van de afspraak anders uit te moeten vallen dan wanneer dezelfde aandeelhouder gehouden blijft tot aanbieding wegens verlies van statutair vereiste kwaliteit. Ook in dit laatste geval lijkt een verdere nuancering van belang te zijn, waarbij relevant is of de aandeelhouder al dan niet heeft bijgedragen aan het ontstaan van de aanbiedingsverplichting, dus of het gaat om een omstandigheid die hij al dan niet kon sturen. Zo lijkt het verschil te maken of de aanbiedingsplicht ontstaat wegens het verlies van kwaliteit op basis van een veroordelende tuchtrechtelijke uitspraak, dan wel wegens het ontstaan van arbeidsongeschiktheid van de aandeelhouder die op basis van de arbeidsovereenkomst binnen de onderneming van de vennootschap werkzaam moet zijn.

3. Parallel met de geschillenregeling.

Dezelfde problematiek, dus toepasselijkheid van statutair of bij overeenkomst bepaalde waarderingsgrondslagen bij uittreding van vennoten, speelt een belangrijke rol bij toepassing van de geschillenregeling. Bij succesvolle toepassing van het instrument van uitstoting kan de houder van een derde deel van het geplaatst kapitaal de aandelen van de

¹⁷ Art.2: 195 leden 4 en 5 BW

meerderheidsaandeelhouder overnemen wanneer deze de belangen van de vennootschap in hevige mate heeft geschonden¹⁸. Wanneer de belangen van een minderheidsaandeelhouder door één of meer van zijn mede-aandeelhouders in zodanige mate worden geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden gevergd, kan hij vorderen dat zijn aandelen door die mede-aandeelhouder(s) worden overgenomen¹⁹. Bij de geschillenregeling wordt de voor de aandelen te betalen prijs niet door deskundigen, bij wijze van bindend advies, bepaald. De door de overnemer te bepalen prijs wordt in de geschillenregeling bepaald door de rechter. Deze wijst een of drie deskundigen aan die hem schriftelijk berichten over de waarde van de aandelen. Vervolgens bepaalt de rechter de prijs die de uitgestoten of uittredende aandeelhouder zal ontvangen, waarbij het deskundigenbericht wordt meegewogen. Ook hier is sprake van een door de aandeelhouder niet gewenste overdracht van aandelen. Ook hier speelt de vraag in hoeverre statutaire of contractuele waarderingsgrondslagen door de rechter moeten worden gehanteerd bij de vaststelling van de prijs van de aandelen. Dit klemmt te meer nu de aandeelhouder die moet overdragen, in ieder geval bij de gedwongen uittreding, geen enkele schuld treft aan het ontstaan van de overdrachtsverplichting. Kan men stellen dat de aandeelhouder die wordt uitgestoten daarvoor zelf het fundament heeft gecreëerd, nl. het in hevige mate benadelen van de belangen van de vennootschap, bij een gehonoreerd beroep op de regeling van de uittreding is dit niet het geval. Sterker nog, het feit dat de uittredend vennoot door zijn mede-aandeelhouders is gedwongen om zijn aandelen over te dragen staat vast nu de rechter oordeelt dat die mede-aandeelhouders zich in relatie tot de uittreder zodanig hebben misdragen dat het voortduren van diens aandeelhouderschap in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. In deze omstandigheden is er dus sprake van vaststaande 'overmacht' bij de uittredend aandeelhouder, die uit het samenwerkingsverband is geforceerd door zijn mede-aandeelhouders.

4. De zienswijze van de wetgever.

De mogelijkheden van vormgeving van de blokkeringsregeling in ruime zin, dus inclusief statutaire aanbiedingsverplichtingen en opschorting van aandeelhoudersrechten bij verlies van kwaliteit, werd tot 1 september 2001 met name geadresseerd in de Departementale Richtlijnen 1986. Een deel van het in die tijd in die Richtlijnen geregelde, werd, bij gelegenheid van de afschaffing van het inhoudelijk departementaal toezicht²⁰, in wettelijke bepalingen neergelegd, bij de uitleg van welke bepalingen de Richtlijnen nog steeds relevant zijn²¹. In Par.36 van de Richtlijnen werd bepaald dat iedere blokkeringsregeling zodanig ingericht moest zijn dat de aandeelhouder, bij overdracht van aandelen aan een ander dan de beoogd koper, desgewenst de *waarde* van zijn aandelen ontvangt als vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen, terwijl de statuten normen mogen bevatten voor het bepalen van de werkelijke waarde van de aandelen. Deze formulering in de Richtlijnen maakt helder dat statutair niet een grondslag voor waardering mag worden voorzien die leidt tot een andere waardering/prijsbepaling dan op basis van de werkelijke waarde. Stel nu dat in de aandeelhoudersovereenkomst anders wordt bepaald, bijvoorbeeld in dier voege

¹⁸ Zie art.2: 336 BW.

¹⁹ Zie art.2: 343 BW.

²⁰ Zie noot 16

²¹ Zie Losbladige Rechtspersonen, Band Aanverwante stukken 2 tabblad 2.

dat bij uittreden binnen een bepaalde termijn de aandelen moeten worden aangeboden tegen een prijs die veel lager ligt dan de waarde economisch verkeer; is zo'n overeenkomst dan geldig c.q. afdwingbaar ?

Het standpunt zou kunnen worden ingenomen dat aandeelhouders bij het aangaan van de overeenkomst gebruik maken van de in de wettelijke regeling van prijsbepaling ingebouwde ruimte om af te zien van de wettelijke aanspraak op de werkelijke waarde door deskundigen te bepalen. De tekst zegt immers dat '... de aandeelhouder die dit verlangt ..' deze prijs moet ontvangen. Raadpleging van de parlementaire geschiedenis leert, mijns inziens, dat deze zinsnede slechts bedoelt tot uitdrukking te brengen dat een aandeelhouder kan afzien van waardering door deskundigen en in overleg met degenen aan wie hij zijn aandelen aanbiedt in vrijheid tot prijsafspraken mag komen. Ik heb in wetsgeschiedenis en literatuur geen argument kunnen vinden voor de stelling dat de wetgever c.q. de toenmalige Richtlijngever beoogde statutair ruimte te scheppen voor afspraken waarbij (ruim) tevoren wordt overeengekomen dat afstand wordt gedaan van ontvangst van de werkelijke waarde bij overdracht aan een ander dan een voorziene contractspartij. En als zodanige statutaire afwijking niet is toegestaan zou ik menen dat een overeenkomst in strijd met deze dwingendrechtelijke regeling al snel blijkt aantastbaar te zijn en geen basis te kunnen bieden voor afdwingbare verbintenissen tussen de contractspartners. Dit spreekt te meer wanneer het gaat om situaties waarin de aandeelhouder, tegen zijn wil, gehouden is om zijn aandelen aan mede-aandeelhouders aan te bieden.

Dat dit, althans tot voor kort, de heersende visie was, moge blijken uit de Toelichting bij de voorgestelde tekst van art.2: 195a bij het Voorontwerp Tweede Tranche van het Wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, zoals openbaar gemaakt op 22 juni 2006²², waar wordt opgemerkt:

"De expertgroep heeft aanbevolen om art. 195a lid 3 van regelend recht te maken en daarbij te bepalen dat een afwijkende statutaire prijsbepalingsregeling niet geldt ten aanzien van de aandeelhouder die daarmee niet heeft ingestemd. Deze aanbeveling is niet overgenomen. Omdat art.195a betrekking heeft op de situatie waarin een aandeelhouder wordt verplicht tot aanbidding en overdracht van zijn aandelen, acht ik het wenselijk dat de wet een dwingendrechtelijke waarborg bevat voor een billijke prijs. De vaststelling door een onafhankelijke deskundige biedt daarvoor een passende bescherming."

Eerst uit het Voorstel van Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van 31 mei 2007 en uit de Nota van Wijziging van 11 november 2008²³ blijkt een andere opvatting van de Ministers van Justitie en Economische zaken. In de voorgestelde formulering wordt weliswaar steeds aangegeven dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, een prijs ontvangt gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door een of meer deskundigen, maar uitdrukkelijk wordt bepaald dat de statuten kunnen voorzien in een van de vorige zin afwijkende prijsbepalingsregeling, welke overigens aan een aandeelhouder niet tegen zijn wil kan worden opgelegd²⁴. Het gaat hier dus niet, zoals naar huidig recht het uitgangspunt

²² Bundel NV en BV, p.Xii-66

²³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31058 nr.2 en 2008-2009 nr.7.

²⁴ Vgl. de voorgestelde tekst van art.2: 195 lid 4, 195a lid 1 en 195b lid 5 bij het Voorstel van Wet (31058 nr.2). Het schrappen van deze artikelen als voorgesteld bij Nota van Wijziging (31058 nr.7) brengt op het punt van de prijsvaststelling in afwijking van de hoofdregel dat aanspraak gemaakt kan worden op waardering door deskundigen, geen materiële verandering. Vgl. lid 3 van art.2: 192 BW zoals geïntroduceerd bij Nota van

blijkt te zijn, om een manier van benadering van de *waarde* van de aandelen, maar om een alternatieve bepaling van de *prijs*. Als voorbeelden worden in de Toelichting genoemd de statutaire regeling dat de prijs van prioriteitsaandelen nimmer meer kan bedragen dan het nominaal bedrag, de regeling waarin aandeelhouder A aan aandeelhouder B de keuze laat om tegen de door A genoemde prijs diens aandelen te kopen dan wel zijn aandelen aan A te verkopen en de regeling waarin twee aandeelhouders op elkanders pakket bieden, waarbij de hoogste bieder mag kopen tegen de prijs die de lagere bieder heeft geboden.

Derhalve eerst op 31 mei 2007 bleek de zienswijze veranderd te zijn, onder meer op basis van de reacties op het consultatiedocument. De spanning blijft naar mijn smaak gelegen in het feit dat weliswaar allerhande prijsafspraken kunnen worden gemaakt waarbij de aandeelhouder, bijvoorbeeld voor een bepaalde periode, een korting op de waarde van zijn aandelen accepteert bij aanbidding aan mede-aandeelhouders, maar dat die prijsafpraak niet (steeds) zal zijn bedoeld te gelden in het geval van een gedwongen uittreding uit het vennootschappelijk samenwerkingsverband. In dit verband is met name ook interessant te zien hoe met dit probleem wordt omgegaan in de geschillenregeling, meer bepaald in geval van een gedwongen uittreding. Ook hier is een belangrijke wijziging in de visie van de wetgever waarneembaar. Bij de aanpassing van de geschillenregeling zoals voorgesteld in de Tweede Tranche van het Voorontwerp van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht²⁵ werd bepaald dat de rechter deskundigen benoemt die schriftelijk moeten berichten over de waarde van de aandelen in het economisch verkeer. Aangegeven werd²⁶ dat als er sprake was van een statutaire- of contractuele bepaling omtrent vaststelling van de prijs, de deskundigen, naast de waarde economisch verkeer, ook de waarde zouden vermelden op basis van die berekeningsmethode. In de Toelichting wordt opgemerkt²⁷:

“In de eerste zin is tot uitdrukking gebracht dat de deskundigen moeten rapporteren over de waarde van de aandelen in het economisch verkeer. Voor de aandeelhouder die wordt uitgestoten of die wil uittreden is dat de basis voor de door de rechter vast te stellen prijs. (...) Statutaire waardebepalingen behoren daarom niet doorslaggevend te zijn. De rechter heeft tot taak te waarborgen dat de minderheidsaandeelhouder een redelijke prijs ontvangt. In het voorstel is dit aldus uitgewerkt dat de deskundigen de waarde in het economisch verkeer vaststellen. Bevatten de statuten of een overeenkomst in de zin van art. 337 lid 1 bepalingen over de waardering, dan vermelden de deskundigen tevens de waarde met inachtneming daarvan. Het is vervolgens aan de rechter om de prijs te bepalen. Met een waarde die is

Wijziging op 11 november j.l. In de toelichting bij de wijzigingsvoorstellen (31058 nr.6, p.,21 e.v.) wordt overwogen dat, behalve statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard ook statutaire verplichtingen tot aanbidding en overdracht en statutaire eisen aan het aandeelhouderschap niet tegen de wil van de aandeelhouder kunnen worden opgelegd, met als bijkomend voordeel dat de wettelijke regeling op beide punten uniform kan zijn en kan worden gebundeld in de nieuw voorgestelde artikelen 2: 192 en 192a BW. “De bescherming van de minderheidsaandeelhouder is hierbij vormgegeven conform de voorgestelde regeling voor statutaire verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard. Die bescherming houdt in dat een zittende aandeelhouder niet gebonden kan worden door een verplichting waarmee hij niet heeft ingestemd. Daarnaast wordt hij bij overdracht van zijn aandelen beschermd tegen onredelijke waardedalingen of opsluiting als gevolg van de omstandigheid dat de verkrijger van de aandelen wel gebonden is aan de statutaire regeling. “

²⁵ Bundel NV en BV, p.Xii-43 e.v.

²⁶ Lid 2 van het alstoen voorgestelde art.2: 339 BW

²⁷ Bundel NV en BV, p.XIi-72, Toelichting bij het alstoen voorgestelde art.2: 339 BW

*vastgesteld met inachtneming van statutaire of contractuele maatstaven houdt de rechter slechts rekening voorzover dat billijk is.*²⁸

Ook in dit kader prevaleerde dus midden 2006 nog de visie dat de rechter de prijs diende vast te stellen op basis van de waarde van de aandelen in het economische verkeer. Weliswaar staat in de thans geldende wettelijke regeling dat de deskundigen, die de rechter schriftelijk berichten in het kader van zijn prijsvaststelling, hun bericht opstellen met inachtneming van hetgeen omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen in de blokkeringsregeling is bepaald, maar deze formulering weerspiegelt geen afwijkende opvatting. Het gaat hier immers om statutaire waarderingsgrondslagen en die mogen, naar huidig recht als boven opgemerkt, niet zodanig zijn opgesteld dat ze leiden tot een prijs die afwijkt van de waarde economisch verkeer. Van deze aanpak blijft weinig over bij de voorgestelde aanpassing van de geschillenregeling in het Wetsontwerp dat op 31 mei 2007 het licht zag. In art.2: 339 lid 2 in dit ontwerp staat thans dat, wanneer tussen partijen statutair of bij *overeenkomst gericht op de oplossing van geschillen tussen aandeelhouders*²⁹, bepalingen omtrent de vaststelling van de waarde van aandelen zijn voorzien, de deskundigen hun bericht opstellen met inachtneming daarvan. Het voorgestelde lid 3 van art.2: 340 BW bepaalt thans als volgt:

“Met bepalingen in de statuten of een overeenkomst omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen houdt de rechter geen rekening voor zover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden.”

De conclusie luidt derhalve dat de thans geldende wettelijke regeling in beginsel uitgaat van het recht van aandeelhouders om te verlangen dat zij, bij een verplichting tot aanbieding aan mede-aandeelhouders of aan een door mede-aandeelhouders aan te wijzen derde, de waarde in het economisch verkeer, als door deskundigen te bepalen, ontvangen. In de huidige blokkeringsregeling in ruime zin gaat het om de prijs gelijk aan de waarde van de aandelen. Het opnemen van statutaire afwijkingen is naar huidig recht niet goed te doen, nu het slechts kan gaan om een afwijkende bepaling van de waarde, en niet om een van de waarde afwijkende prijsvaststelling. Een voorbeeld van een in de rechtspraak (en praktijk) geaccepteerde statutaire regeling is die waarin wordt bepaald dat de prijs van priors niet meer kán bedragen dan de nominale waarde van het aandeel³⁰. Wanneer, in de huidige praktijk, buiten-statutaire regelingen tussen aandeelhouders worden overeengekomen, was een terughoudende analyse van de geldigheid van deze afspraken gepast, zeker wanneer het gaat om een aanbiedingsverplichting die ontstaat buiten de macht van de aandeelhouder.

²⁸ Toegevoegd wordt nog dat dit zeker het geval zal zijn indien een zodanige regeling de overdracht uiterst bezwaarlijk zou maken, in welk geval de rechter de regeling ook op grond van art.2: 337 lid 2 buiten toepassing zal laten.

²⁹ Vgl. de in het Voorstel van wet voorgestelde tekst van art.2: 337 lid 1 BW. De aanpassingen als voorgesteld bij Nota van Wijziging van 11 november 2008 (31058 nr.7) brengen ook hier geen materiële wijziging. In de toelichting op de wijziging van de geschillenregeling (31058 nr.6 p.23) wordt opgemerkt: “De voorgestelde geschillenregeling zal meer ruimte bieden voor informele vormen van geschillenbeslechting. Uit het voorgestelde art.337 lid 1 volgt dat een bij statuten of overeenkomst vastgelegde geschillenregeling in beginsel voorgaat op de wettelijke geschillenregeling. Dit is slechts anders, indien de overdracht van aandelen daardoor onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt. Een vergelijkbare regeling is opgenomen voor regelingen die een duidelijke maatstaf bevatten voor de bepaling van de waarde van de aandelen (het voorgestelde art.339 lid 3).

³⁰ Vgl. HR 21 januari 2005, NJ 2005, 126 (nt. Ma.).

Hetzelfde geldt naar huidig recht voor de prijsbepaling bij toepassing van de geschillenregeling. Zeker in een uittredingssituatie wordt de aanbieding van aandelen niet 'getriggerd' door gedragingen van de uittredend aandeelhouder, maar juist door gedragingen van mede-aandeelhouders, die hem het leven zo zuur maken dat het voortduren van het aandeelhouderschap van de beklemd aandeelhouder niet kan worden gevegd. Logischerwijze lijkt mij in deze omstandigheden steeds te moeten worden voorbij gegaan aan prijsvormingsmechanismen die zouden leiden tot bepaling van een andere, lagere, prijs voor de uittredend aandeelhouder dan de waarde van zijn aandelen in het economisch verkeer. Een andere visie prikkelt terroristisch gedrag van meerdeheidsaandeelhouders.

5. Het effect van de gewijzigde visie.

Sinds 2007 is, als gezegd, een andere benadering van ministeriële zijde waarneembaar. In het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van bv-recht zoals dat thans voorligt wordt niet alleen de mogelijkheid om prijsafspraken te maken statutair (en dus ook contractueel) krachtig verruimd, maar gaan die statutaire of contractuele prijsindicatoren het uitgangspunt vormen voor de deskundigen die bindend adviseren over de prijs bij aanbieding in het kader van blokkeringsregelingen in ruime zin. Dit geldt ook in de nieuw voorziene bepalingen van de geschillenregeling, waarin het uitgangspunt voor rechterlijke prijsvaststelling is gelegen in de overeengekomen prijsafspraken.

Het effect van dit veranderend inzicht is reeds nu in de rechtspraak waarneembaar, bijvoorbeeld in de affaire Ramsley³¹. Ook hier was sprake van een besloten, 'intuitu personae' aangegaan samenwerkingsverband in de vorm van een BV, waarin statutair was bepaald dat elke overdracht van aandelen slechts kon geschieden na aanbieding aan mede-aandeelhouders, terwijl de koopprijs, tenzij de aanbieder en mede aandeelhouders eenparig anders overeenkomen, zou worden bepaald door deskundigen waarbij het uitgangspunt was dat de prijs de waarde van de aandelen in het economisch verkeer zou reflecteren³². In strijd met deze statutaire uitgangspunten wordt een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, waarin onder meer is voorzien in een aanbiedingsverplichting met stevige 'korting' op de waarde van het aandeel in het economisch verkeer bij arbeidsongeschiktheid van een 'partner' gedurende enige tijd dan wel bij uittreden wegens 'incompabilité d'humeur'. Een aandeelhouder³³ wordt arbeidsongeschikt en ontvangt, op basis van de overeengekomen prijsafspraken, bij zijn verplichte aanbieding van aandelen aan mede-aandeelhouders een waarde die lager ligt dan de waarde economisch verkeer. De uittreder stelt dat hij recht heeft op een berekening van de prijs als statutair is bepaald, met voorbijgaan aan het in de aandeelhoudersovereenkomst bepaalde voorzover dat zou leiden tot bepaling van een lagere prijs. Uittreder stelt dat art. 2: 195a BW van dwingendrechtelijke aard is en dat een overeenkomst die leidt tot een prijsbepaling op andere basis dan de waarde door deskundigen te bepalen, op dat punt nietig althans vernietigbaar is³⁴. Ik zou menen dat dit,

³¹ Hof Den Haag 7 augustus 2008, JOR 2008,262 (nt. Stokkermans)

³² De statuten dateren van 1996 of daarvoor.

³³ De partners namen deel in de BV via personal holdings, dus het ging om arbeidsongeschiktheid van de DGA van een aandeelhouder, maar dat is in dit kader niet relevant

³⁴ Zie voor de voorgestelde wijzigingen bij Nota van wijzigingen per 11 november 2008, noot 24.

naar huidig recht, een uitstekend pleitbaar standpunt is. Verwijzing naar de ontwikkelingen in het flexibiliseringsproces speelden een interessante rol in deze affaire, zij het dat die verwijzing zich toespitste op de vraag van gebondenheid van aandeelhouders aan een wijziging van de statuten waarbij een berekening van de prijs wordt opgenomen die afwijkt van de waardering in het economisch verkeer. Ramsley wees op de toelichting van de wetgever bij de formulering van art.2: 195a BW bij het voorontwerp van 22 juni 2006 waarin werd opgemerkt:

“Omdat art.195a betrekking heeft op de situatie waarin een aandeelhouder wordt verplicht tot aanbidding en overdracht van aandelen, acht ik het wenselijk dat de wet een dwingendrechtelijke waarborg bevat voor een redelijke prijs. Een vaststelling door een onafhankelijke deskundige biedt daarvoor een passende bescherming. Een minderheidsaandeelhouder die wordt geconfronteerd met een statutenwijziging welke hem verplicht tot aanbidding en overdracht heeft daarmee een uit de wet voortvloeiende waarborg.”

Ik zou menen dat deze formulering op heldere wijze de communis opinio weergeeft zoals die medio 2006 aan de orde was, dus zo’n 8 jaar na het aangaan van de gewraakte aandeelhoudersovereenkomst, en dat de overeenkomst Ramsley dus niet zou binden, nu de arbeidsongeschiktheid een omstandigheid was waar Ramsley niet voor koos en de dwingendrechtelijke waarborg dat de bij de gedwongen aanbidding aan mede-aandeelhouders geldende prijs door deskundigen zou worden bepaald, zijn belangen zou moeten dienen.

Het Hof neemt echter waar dat de opvatting van de wetgever tussen 22 juni 2006 en 1 juni 2007 fors is gewijzigd en merkt op:

“In het uiteindelijke wetsvoorstel, dat op 1 juni 2007 –dus na de pleidooien in deze zaak- het licht heeft gezien, is echter alsnog de aanbeveling van de expertgroep gevolgd, mede naar aanleiding van de uitkomsten van de consultatieronde die heeft plaatsgevonden. (...) Geconstateerd moet worden dat op dit moment de opvatting breed wordt gedragen dat zelfs de statuten een regeling moeten kunnen bevatten die inhoudt dat een aandeelhouder bij gedwongen uitkoop minder dan de werkelijke waarde voor zijn aandelen ontvangt indien hij met die regeling heeft ingestemd. Gelet ook op het onder 37 overwogene kan niet worden aangenomen dat nog maar tien jaar geleden, toen de onderhavige aandeelhoudersovereenkomst werd gesloten, aan art.195a lid 3 BW de betekenis moest worden toegekend dat het zich, op straffe van (ver)nietig(baar)heid, verzette tegen een regeling in een (aandeelhouders-)overeenkomst met diezelfde inhoudt.”

Ik zou menen dat het Hof Den Haag hier een verkeerde conclusie trekt. Eerder wordt immers het standpunt uit de toelichting bij het artikel in de vorm van 22 juni 2006 geciteerd, waaruit de op dat moment heersende zienswijze bleek. En dát dit ook zo was blijkt uit bovenstaande analyse van wet- en regelgeving. Daar waar de overeenkomst in 1998 was aangegaan, lijkt mij dat dit het aanknopingspunt had dienen te vormen op grond waarvan het Hof zijn oordeel over dit argument had moeten baseren. Maar een belangrijker vraag is of het voortschrijdend inzicht van de wetgever op dit thema, waarbij het Hof zo enthousiast aanhaakt, een verbetering brengt. Natuurlijk kan worden opgemerkt dat het doel van de

wijziging van het bv-recht zoals thans voorzien, vooral is gericht op het flexibiliseren van de regelgeving door het schrappen van veel dwingendrechtelijke bepalingen, en dat in die gedachte het omarmen van de contractsvrijheid bij het opstellen van aandeelhoudersovereenkomsten uitstekend past. En dat je er daarnaast, als aandeelhouder, zelf bij bent als je een overeenkomst aangaat waarbij prijsafspraken worden gemaakt die niet de waarde van het aandeel reflecteren. En dat daarnaast, als het effect van dit alles ál te onredelijk wordt, de redelijkheid en billijkheid van art.2: 8 BW zal waken over de belangen van de minderheidsaandeelhouder.

Maar al deze overwegingen overtuigen mij niet. Immers, in de praktijk kunnen minderheidsaandeelhouder zich enerzijds gedwongen zien om tot een aandeelhoudersovereenkomst toe te treden, terwijl, onder omstandigheden, de consequenties van het toetreden tot die overeenkomst op de lange(re) termijn niet zijn te overzien. Immers, prijsbepalingen in zo'n overeenkomst kunnen, onder komend recht, ineens van doorslaggevend belang blijken te zijn wanneer, buiten betrokkenheid van de aandeelhouder, aanbiedingsverplichtingen ontwaken, bijvoorbeeld door het ontstaan van arbeidsongeschiktheid terwijl het werknemerschap als kwaliteitseis voor aandeelhouderschap is gedefinieerd of omdat de minderheidsaandeelhouder zo in zijn belangen wordt geschaad door de meerderheidsaandeelhouder dat hij wel gebruik moet maken van de uittredingsmogelijkheid die de geschillenregeling biedt.

6. Conclusie.

Naar huidig recht kunnen statutair geen waarderingsmechanismen worden opgenomen die bij aanbidding van aandelen op grond van de blokkeringsregeling in ruime zin leiden tot een vaststelling van een prijs die niet correspondeert met de waarde van de aandelen in het economisch verkeer. In de praktijk worden regelmatig aandeelhoudersovereenkomsten gesloten waarin zulks wel geschiedt. De geldigheid van deze overeenkomsten, in ieder geval voorzover deze zijn aangegaan vóór 1 juni 2007, kan worden betwist nu de inhoud in strijd is met dwingend recht, althans met de uitleg van dwingendrechtelijke bepalingen zoals die in ieder geval algemeen werd gehanteerd tot 1 juni 2007. De kracht van de argumentatie waarbij niet-gebondenheid aan de overeenkomst kan worden bepleit hangt mijns inziens vooral ook samen met de vraag of een aandeelhouder zich al dan niet 'vrijwillig' onderworpen ziet aan de situatie waarin aandelen moeten worden aangeboden met hantering van de overeengekomen prijsstelling. In die gevallen waarin de aandeelhouder het ontstaan van de aanbiedingsplicht niet kon sturen, zou ik menen dat er een harde wettelijke aanspraak moet zijn op het ontvangen van een prijs die overeenkomt met de *waarde* van de over te dragen aandelen.

Ik zou menen dat, ook naar komend recht, die garantie wettelijk moet blijven bestaan in die gevallen waarin een aandeelhouder zich buiten 'schuld', dus geheel onvrijwillig, geconfronteerd ziet met een aanbiedingsverplichting. Zoals opgemerkt zal deze situatie zich vooral voordoen bij het verlies van statutair gestelde kwaliteitseisen of, bijvoorbeeld, een soort 'opzegging' van het aandeelhouderschap aan een minderheidsaandeelhouder bij meerderheidsbesluit, waarbij de aanbiedingsverplichting ontstaat of op die grond aandeelhoudersrechten worden opgeschort, waardoor de aandeelhouder feitelijk gehouden is gebruik te maken van de mogelijkheden die de wet hem biedt om uit te treden uit het

vennootschappelijk verband³⁵. Anders geformuleerd, ik meen dat er goede redenen zijn, vooral ook samenhangend met de noodzaak van bescherming van minderheden, nog eens goed naar de voorgestelde formulering van de artikelen 2: 192 en 192a BW in het wijzigingsvoorstel bv-recht te kijken.

Hetzelfde geldt mijns inziens voor de gewijzigde visie op het punt van de rechterlijke prijsbepaling bij uitstoting of uittreding van aandeelhouders, zoals kenbaar uit het voorliggend Voorstel van wet. Vooral bij een uittredingsprocedure, waarbij naar het oordeel van de rechter steeds vaststaat dat de minderheidsaandeelhouder krachtig door de meerderheid te grazen is genomen, lijkt mij de redelijkheid en billijkheid steeds met zich mee te moeten brengen dat de rechter de prijs bepaalt op de waarde economisch verkeer, en dat er in die gevallen op geen enkele wijze rekening moet worden gehouden met berekeningsgrondslagen, in overeenkomst of statuten, die leiden tot een andere bepaling van de prijs.

In de rechtspraak wordt reeds nu rekening gehouden met de veranderde inzichten van de ministers en 'het veld' per 1 juni 2007, leidend tot de opvatting dat een overeengekomen waarderingsgrondslag, ook wanneer de aandeelhouder buiten zijn 'schuld' verplicht blijkt zijn aandelen over te dragen, tot een prijsstelling leidt die veel lager ligt dan de waarde van de over te dragen aandelen. Het zal helder zijn dat ik de visie van het Hof Den Haag niet deel. In de eerste plaats omdat de overeenkomst werd aangegaan op het moment waarop de uitleg die partijen hanteerden geen andere kon zijn dan de op dat moment gebruikelijke uitleg, zoals verwoord bij de toelichting op het flexibiliseringsontwerp van 2006. Op de tweede plaats ben ik van mening dat de zienswijze als wordt aangetroffen in de toelichting bij het Voorstel van wet van 2007 op dit punt ondeugdelijk is. Stokkermans³⁶ is het met de conclusie van het Hof Den Haag eens, maar vraagt zich af of de verwijzing naar het wetsvoorstel van 2007 nodig was. Hij stelt de, zijns inziens blijkbaar retorische, vraag of de conclusie van het Hof anders had moeten luiden als de tekst van het wetsvoorstel van 2007 gelijk was gebleven aan die van 2006. Hij beantwoordt die vraag niet, blijkbaar omdat een ontkennende beantwoording volledig voor de hand ligt. Mijn beantwoording van die vraag is een driewerf JA.

³⁵ Zie art.2: 195b BW

³⁶ In zijn noot bij dit arrest in JOR 2008, 263

Opvolging in het familiebedrijf; het nieuwe BV-recht biedt nieuwe mogelijkheden.

Prof.mr. C.A. Schwarz, Hoogleraar Ondernemingsrecht Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Maastricht en partner Baker Tilly Berk.

Opvolging in het familiebedrijf is een vaak emotioneel en delicaat traject. Het vermogen van Pa zit meestal 'in de zaak'. In de praktijk betekent dit dat op termijn de aandelen op de 4 kinderen zullen overgaan. Vooral wanneer slechts één van de kinderen opvolgt en de anderen medeaandeelhouder worden, moet het traject goed worden doordacht. Outside aandeelhouders willen dividend, terwijl het bestuur koerst op zelffinanciering. De outside aandeelhouders kijken kritisch naar het bestuur en kunnen, bij verschil van inzicht, het bestuur ontslaan. De continuïteit van de vennootschap werd op deze wijze niet verzekerd. Vaak wordt gekozen voor certificering van aandelen. Pa draagt de aandelen over aan een stichting en ontvangt certificaten van aandelen. Bij overlijden vererven dan geen aandelen, maar certificaten van aandelen. Het stemrecht op de aandelen berust bij de stichting, maar de wijze van samenstelling van het stichtingsbestuur na het overlijden van Pa geeft vaak problemen.

Het nieuwe BV-recht biedt mogelijkheden tot optimalisering. Zo zou in ons voorbeeld Pa de statuten kunnen wijzigen en, naast aandelen met stemrecht, aandelen zonder stemrecht kunnen creëren. Vervolgens kan hij zijn testament zo inrichten dat, als hij sneeft, de erfgenaam die opvolgt houder wordt van aandelen met stemrecht, terwijl de outsiders aandelen zonder stemrecht verkrijgen. Dit zou er toe leiden dat deze aandeelhouders niet tot ontslag van het bestuur kunnen besluiten. Nadeel is dat de aandeelhouder met stemrecht als enige de macht heeft om te besluiten over uitkeringen aan aandeelhouders. Hier dreigt het gevaar dat de outside aandeelhouders geen dividend ontvangen. Dit gevaar zou getackeld kunnen worden door de outside aandeelhouders contractueel een dividendstroom te garanderen. Zo zou kunnen worden vastgelegd dat aandeelhouders zonder stemrecht jaarlijks 50% van de voor uitkering beschikbare operationele winst ontvangen zolang de solvabiliteit xx% bedraagt en de liquiditeitsratio yy. In het kader van het verder beschermen van de positie van deze aandeelhouders zou statutair kunnen worden bepaald dat de vergadering van aandeelhouders zonder stemrecht een bestuurder kan benoemen.

Resterend probleem is dat de outsiders al snel ontevreden blijken en hun aandelen willen overdragen. Denkbaar is dat men deze situatie wil vermijden gedurende een periode van bijvoorbeeld vijf jaar na de bedrijfsopvolging, in welke periode de nieuwe aandeelhouder/bestuurder c.q. de vennootschap vet op de botten moet krijgen om de aandelen zonder stemrecht over te nemen. Dit zou gerealiseerd kunnen worden door statutair te bepalen dat die aandelen gedurende vijf jaar na vererving niet overdraagbaar zijn. Vervolgens zou dan, als sluitstuk, statutair bepaald kunnen worden dat, wanneer de periode van vijf jaren is verstreken, de aandelen zullen worden ingekocht of overgenomen voor een tevoren te bepalen prijs. Resultaat van dit traject is dat het kind dat opvolgt niet afhankelijk wordt van het stemgedrag van zijn bloedverwanten noch ontijdig kan worden geconfronteerd met een uittreedwens van stemrechtloze aandeelhouders. De outside aandeelhouders erven onoverdraagbare en stemrechtloze aandelen, maar krijgen een dividendstroom gegarandeerd. En wanneer de outside-aandeelhouders hun aandelen op termijn willen verkopen ontvangen ze een tevoren gedefinieerde rechtvaardige prijs. Door gebruik te maken van deze nieuwe mogelijkheden kan een duurzamer opvolgingstraject worden ontworpen. Het nieuwe BV-recht biedt mogelijkheden voor tailor-made oplossingen.

LJN: BX6974

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.088.318/01

Rolnummer rechtbank : 372898 / HA ZA 10-2876

arrest van 7 augustus 2012

inzake

VAN LAWICK & CO. VERMOGENSBEHEER B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

appellante,

hierna te noemen: Van Lawick,

advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

HOF PENSIOEN B.V.,

gevestigd te Bosch en Duin, gemeente Zeist,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Pensioen-BV,

advocaat: mr. H.J. Tulp te Leeuwarden.

1. Het geding

Bij exploit van 13 april 2011 is Van Lawick in hoger beroep gekomen van de door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnissen van 30 maart 2011 en 6 april 2011. Bij memorie van grieven - met producties - heeft Van Lawick elf grieven aangevoerd, die door Pensioen-BV bij memorie van antwoord - eveneens met producties - zijn bestreden. Pensioen-BV heeft een akte met nadere producties genomen, waarop Van Lawick bij akte heeft gereageerd. Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

2. Beoordeling van het hoger beroep

2.1 Het vonnis van 30 maart 2011 is bij vonnis van 6 april 2011 gerectificeerd. In het navolgende wordt de uitspraak zoals die na rectificatie is komen te luiden als "het vonnis" aangeduid.

2.2 De door de rechtbank in het vonnis onder 2.1-2.13 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden. Ook het hof gaat van die feiten uit.

2.3 Het gaat in deze zaak - kort weergegeven - om het volgende:

- Het vermogen van Pensioen-BV dient om [belanghebbende sub 1], geboren op [geboortedatum], pensioenuitkeringen te doen.
- Op 1 oktober 2001 heeft Pensioen-BV vermogensbestanddelen aan Van Lawick in beheer gegeven. Daartoe is een overeenkomst tot vermogensbeheer gesloten (verder: de overeenkomst).
- Overeengekomen werd een defensief beleggingsbeleid, met een aandelenbelang van maximaal 30, eventueel 40 procent.
- Van Lawick heeft vanaf enig moment een wezenlijk deel van het in beheer gegeven vermogen geïnvesteerd in zogenoemde perpetuums, zijnde - ruw gezegd - eeuwigdurende obligaties.
- Op dergelijke perpetuums is verlies geleden.
- Pensioen-BV heeft vanwege de belegging in perpetuums de overeenkomst met Van Lawick opgezegd tegen 1 april 2009.

2.4 Pensioen-BV acht Van Lawick wegens wanprestatie aansprakelijk voor door haar geleden verliezen en misgelopen baten. De rechtbank heeft onder meer (i) voor recht verklaard dat Van Lawick jegens Pensioen-BV toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst tot vermogensbeheer, doch alleen voor zover Van Lawick heeft belegd in perpetuums, en (ii) Van Lawick veroordeeld tot vergoeding van de desbetreffende schade, op te maken bij staat.

de aansprakelijkheid

2.5 De rechtbank heeft onder 4.14 van haar vonnis geconcludeerd dat Van Lawick is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen voor zover zij heeft belegd in perpetuele leningen. De grieven I en III tot en met IX richten zich tegen dat oordeel en de overwegingen van de rechtbank waarop dat is gebaseerd. Het hof overweegt hierover als volgt.

2.6 Uit de tekst van de genoemde overeenkomst, zoals weergegeven onder 2.2, 2.4, 2.5 en 2.6 van het vonnis, volgt dat een defensief beleggingsbeleid door Van Lawick diende te worden gevoerd en dat genoemd beleid onder meer

inhield dat overwegend in defensieve beleggingsobjecten, zoals obligaties, diende te worden belegd waarbij goede debiteuren dienden te worden gekozen, en dat verder uitgangspunt was dat 20 à 30% van het in beheer gegeven vermogen in risicodragende waarden (met name aandelen in defensieve sectoren) zou worden belegd, en dat bij goede vooruitzichten dat belang 40% mocht zijn. De Haviltexmaatstaf hanterende, dient de overeenkomst in overeenstemming met die tekst te worden uitgelegd.

2.7 Van Lawick heeft onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat Pensioen-BV (in de loop der tijd) in afwijking van de inhoud van de overeenkomst heeft ingestemd met een ander - meer risicovol - beleggingsbeleid of dat Pensioen-BV bij Van Lawick het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij met een dergelijk ander beleid akkoord ging. Het onder 2.9 van het vonnis vermelde e-mailbericht van Pensioen-BV van 8 november 2006 bevestigde dat een verhouding 60/40 vastrentend/aandelen akkoord was "als er zich goede kandidaten melden", hetgeen kennelijk begrepen moet worden als: indien er aantrekkelijke aandelen kunnen worden gekocht. Hiermee is geen wezenlijke verandering ten opzichte van de oorspronkelijke afspraken bewerkstelligd.

2.8 Van Lawick diende zich aan de inhoud van de overeenkomst te houden, ook als een adequate pensioenvoorziening voor [belanghebbende sub 1] niet tot het afgesproken defensieve beleggingsbeleid zou nopen. De stellingen van partijen met betrekking tot dat laatste - waaronder grief III - kunnen dan ook buiten beschouwing blijven.

2.9 De door Pensioen-BV gewraakte perpetuals zijn obligaties met in elk geval als bijzonderheid dat de datum waarop de lening dient te worden afgelost niet is bepaald. In de zin van de overeenkomst - de Haviltexmaatstaf bij de uitleg daarvan hanterende - dienen ze, omdat het obligaties zijn, te worden gerekend tot de categorie obligaties/vastrentend/niet-risicodragend, en niet tot de categorie aandelen/risicodragende waarden/zakelijke waarden. Dat wordt niet anders door de omstandigheid dat in de onder 2.6 van het vonnis geciteerde passage uit een bijlage bij de overeenkomst volgt dat obligaties tot het vreemd vermogen van de onderneming horen, hetgeen bij perpetuals anders is, althans kan zijn.

De verwerving door Van Lawick van perpetuals was derhalve niet in strijd met het contractuele maximum van 40% voor de categorie aandelen/risicodragende waarden/zakelijke waarden.

2.10 De vraag is vervolgens of vanwege de bijzondere risico's die aan de onderhavige perpetuals verbonden zijn, de door Van Lawick voor Pensioen-BV beheerde portefeuille een samenstelling kreeg die onverenigbaar was met de overeengekomen defensieve belegging, althans een samenstelling kreeg die een redelijk handelende en redelijk bekwame vermogensbeheerder, mede gelet op de inhoud en de strekking van de overeenkomst, had behoren te voorkomen.

2.11 Bij de beantwoording van die vraag - waarbij de stelplicht en in voorkomend geval de bewijslast in beginsel op Pensioen-BV rustten - is onder meer van belang vast te stellen welke bijzondere risico's aan de onderhavige perpetuals verbonden zijn en in hoeverre Van Lawick vanwege die risico's van verwerving van die perpetuals had moeten afzien, of ze op een bepaald moment had moeten verkopen.

2.12 De zaak is nog niet rijp om de hiervoor geformuleerde vraag te beantwoorden, mede omdat Pensioen-BV haar vordering bij memorie van antwoord op wezenlijke onderdelen nader heeft onderbouwd, waarop Van Lawick nog niet heeft kunnen reageren.

2.13 Op enige van belang zijnde factoren gaat het hof thans in.

2.14 Hoewel achteraf bekend is in welke mate op de perpetuals verlies is geleden, dient de (on)juistheid van het verwerven en behouden van die obligaties te worden beoordeeld naar de kennis waarover Van Lawick destijds beschikte of behoorde te beschikken. Bij de verwerving van de perpetuals (laatstelijk in 2006) was de kredietcrisis, die met name banken fors heeft getroffen, nog niet in zicht.

2.15 Van betekenis is de samenstelling van de gehele portefeuille en de risico's van de te onderscheiden onderdelen daarvan. Ook is van belang welk extra rendement de perpetuals zouden kunnen opbrengen.

2.16 De uit de stukken blijkende mogelijke risico's van perpetuals kunnen als volgt worden onderscheiden:

- a. relatief grote vatbaarheid van de koers voor rentewijzigingen, in het bijzonder samenhangend met de bij rentestijging toenemende onaantrekkelijkheid van vastrentende leningen met een eeuwigdurende looptijd;
- b. beperkte verhandelbaarheid;
- c. achterstelling van de lening waardoor, ingeval van faillissement van de debiteur, de positie van gewone crediteuren/obligatiehouders een betere is;
- d. niet gegarandeerde rentebetaling; rentebetaling kan worden overgeslagen;
- e. mogelijkheid tot conversie in aandelen.

2.17 Een risico dat niet eigen is aan een perpetual is het voor obligaties algemeen bestaande risico van onvoldoende kredietwaardigheid van de debiteur, op welk risico Pensioen-BV in bijlage 4 bij de overeenkomst is gewezen. Wel kan het eeuwigdurende karakter van de lening (het in de tijd onbepaald ver weg liggen van de aflosverplichting) het negatieve effect van een verminderde kredietwaardigheid en een dreigend faillissement van de debiteur versterken.

2.18 Pensioen-BV legt (in hoger beroep) kennelijk ook aan haar vordering ten grondslag dat Van Lawick in strijd met de overeenkomst geen goede debiteuren heeft geselecteerd. Terecht beroept zij zich er daarbij op dat tot de overeenkomst de afspraak behoorde dat Van Lawick goede debiteuren zou selecteren.

Bij het ontbreken van argumenten die tot het tegendeel voeren, dient voor de beoordeling van de juistheid van handelen door Van Lawick in dezen de kwalificatie van de debiteuren door een of meer van de bekende kredietbeoordelaars te worden gehanteerd. Van Lawick heeft gemotiveerd aangevoerd dat ten tijde van de verwerving van de onderhavige perpetuals de desbetreffende debiteuren een rating hadden die een gering kredietrisico impliceert. Pensioen-BV heeft dat niet, althans onvoldoende gemotiveerd weersproken.

Gesteld noch gebleken is dat Pensioen-BV Van Lawick deelgenoot heeft gemaakt van de bedenkingen van haar aandeelhouder [belanghebbende sub 1] over de kredietwaardigheid van IJslandse banken.

2.19 Voor een nadere beoordeling van de aansprakelijkheid behoeft het hof inlichtingen van partijen, in het bijzonder een reactie van Van Lawick op hetgeen Pensioen-BV daarover bij en na memorie van antwoord heeft aangevoerd. Over de wenselijkheid van een deskundigenbericht en in voorkomend geval de merites van een dergelijk onderzoek wenst het hof ook door partijen te worden geïnformeerd.

Daartoe zal een comparitie van partijen worden gelast.

schade

2.20 Hoewel de vordering (vergoeding van schade op te maken bij staat) niet noopt tot bepaling van de hoogte van de schade, zal reeds thans - voor het geval aansprakelijkheid zou worden aangenomen - op enkele aspecten daarvan worden ingaan.

2.21 Voor eigen schuld aan de zijde van Pensioen-BV is vereist dat zij zich van de aan perpetuals verbonden specifieke risico's bewust was, althans de indruk heeft gewekt dat zulks het geval was, en zij met die risico's heeft ingestemd. Uit de stellingen van Van Lawick op dit onderdeel volgt niet dat aan dat vereiste is voldaan.

2.22 De nog nader te bepalen contractuele norm die Van Lawick verbiedt om perpetuals in een bepaalde mate onderdeel van de door haar beheerde portefeuille te doen zijn, strekt er toe Pensioen-BV te vrijwaren voor risico's die aan perpetuals verbonden zijn. Tot die specifieke risico's behoort niet het onder 2.17 genoemde algemene ook voor reguliere obligatie geldende risico van (dreigende) onvoldoende kredietwaardigheid van de debiteur, voor zover dat risico niet door het perpetuele karakter wordt versterkt.

Grief X is derhalve in zoverre gegrond.

Wat betreft dit relativiteitsvereiste/causale verband wenst het hof van Pensioen-BV te vernemen van elk relevant perpetual, welk van de genoemde risico's dat eigen is aan perpetuals (zie onder 2.16 en 2.17) zich heeft gerealiseerd.

2.23 Voorts wenst het hof met betrekking tot de omvang van de voor vergoeding in aanmerking komende schade, van Pensioen-BV te vernemen welke perpetuals zij na beëindiging van de overeenkomst met Van Lawick heeft behouden en hoe de koers/waarde van die leningen (met name Deutsche Bank, Royal Bank of Scotland) zich nadien heeft ontwikkeld. Kennelijk hebben ook perpetuals van de portefeuille van Pensioen-BV deel uitgemaakt waarop geen verlies is geleden (Dexia/ING). Het hof wens van partijen te vernemen welk rendementsvoordeel ten opzichte van reguliere obligaties met die perpetuals is behaald.

Ook deze inlichtingen dienen ter comparitie te worden verstrekt.

voorts

2.24 Voor zover mogelijk dienen partijen de verlangde inlichtingen (zie 2.19, 2.22 en 2.23) voorafgaande aan de comparitie bij brief met bijlagen aan de wederpartij en de raadsheer-commissaris (griffie civiel recht, handel) te verstrekken. Zulks niet later dan drie weken voorafgaande aan de comparitie.

2.25 Pensioen-BV dient voorafgaande aan de comparitie, binnen de hiervoor vermelde termijn, tevens aan de raadsheer-commissaris toe te sturen, de in het proces-verbaal van de in de eerste instantie gehouden comparitie van partijen genoemde brief van haar advocaat van 27 januari 2011, met producties 13-15.

2.26 De comparitie zal mede dienen voor het beproeven van een schikking.

2.27 Elke nadere beslissing wordt aangehouden. Dat geldt mede voor de beoordeling van grieven II en XI.

3. Beslissing

Het hof:

- beveelt partijen, deugdelijk vertegenwoordigd door een persoon die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is om een schikking aan te gaan, vergezeld van hun raadslieden, voor het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke regeling te verschijnen voor de hierbij benoemde raadsheer-commissaris mr. J.H.W. de Planque, in een der zalen van het Paleis van Justitie, Prins Clauslaan 60 te 's-Gravenhage op maandag 5 november 2012, aanvang 10.00 uur;
- bepaalt dat, indien een der partijen binnen veertien dagen na heden, onder gelijktijdige opgave van de verhinderdata van beide partijen in de komende vier maanden, opgeeft dan verhinderd te zijn, de raadsheer-commissaris (in beginsel eenmalig) een nadere datum en tijdstip voor de comparitie zal vaststellen;

- verstaat dat het hof de door Van Lawick overgelegde stukken behoudt ten behoeve van de comparitie van partijen, zodat overlegging daarvan voor de comparitie niet nodig is;
- bepaalt dat partijen hetgeen onder 2.24 en 2.25 is overwogen in acht dienen te nemen;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.H.W. de Planque, M.M. Olthof en R. van der Vlist,
en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 7 augustus 2012 in aanwezigheid van de griffier.



Van dertien maanden naar elf maanden

Flex-BV dwingt tot eerdere publicatie jaarrekening

Kid Schwarz en Ted Verkade

De flexibilisering van het BV-recht voorziet in een eenvoudiger wijze van vaststelling van de jaarrekening bij de BV waarin alle aandeelhouders ook bestuurder zijn. Onbedoeld lijkt deze regeling te dwingen tot vervroeging van de termijn van publicatie van de jaarrekening.

In het nieuwe art. 2:210 lid 5 BW is sinds 1 oktober 2012 bepaald dat ondertekening van de opgestelde jaarrekening door de bestuurders, wanneer alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, geldt als vaststelling van de jaarrekening. Deze vaststelling strekt tevens tot kwijting van bestuurders en commissarissen. Deze wettelijke regeling van vaststelling van de jaarrekening is per 1 oktober jl. direct van toepassing, maar kan statutair worden uitgesloten.

Termijnen jaarrekening

Opvallend is dat in de parlementaire discussie, althans voor zover wij hebben kunnen vinden, geen aandacht is besteed aan de vraag wat het effect is op de termijn waarbinnen de jaarrekening moet worden gepubliceerd. Immers, de wet bepaalt dat de jaarrekening binnen vijf maanden na sluiting boekjaar moet zijn opgesteld, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste zes maanden door de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden. De wet bepaalt dat indien de jaarrekening niet binnen twee maanden na het einde van de opmaaktermijn is vastgesteld, het bestuur onverwijld de opgestelde jaarrekening moet publiceren. Publicatie moet in elk geval uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar plaatsvinden.

Uitspraak HR

Waar het gaat om het constateren van onbehoorlijk bestuur doet de HR zoals bekend niet moeilijk wanneer er geen for-



meel besluit is genomen tot verlenging van de termijn voor opstelling. Overwogen werd:

‘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.'

Sinds die uitspraak is het in de praktijk van het MKB niet ongebruikelijk dat opstelling van de jaarrekening plaatsvindt binnen elf maanden, waarna vaststelling binnen twee maanden plaatsvindt. Dan wordt de jaarrekening, op de voet van art. 2:394 lid 3 BW, dus uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar gepubliceerd.

Consequenties

Nu in de BV waarin alle aandeelhouders ook bestuurder zijn, het wettelijk uitgangspunt is dat ondertekening van de opgestelde jaarrekening de vaststelling van de jaarrekening met zich brengt, is de consequentie dat publicatie van de jaarrekening moet plaatsvinden binnen acht dagen na ten hoogste elf maanden na sluiting van het boekjaar.

Dit is slechts anders wanneer één van de bestuurders of commissarissen de jaarrekening niet heeft ondertekend en/of niet alle overige vergadergerechtigden met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd, in welk geval vaststelling door de algemene vergadering zal moeten plaatsvinden en weer uitgegaan mag worden van een termijn van dertien maanden voor publicatie van de jaarrekening.

Wanneer er sprake is van een eenpersoonsvennootschap die geen commissarissen en overige vergadergerechtigden kent, is deze situatie niet goed denkbaar. De enig bestuurder moet binnen de gestelde termijn de jaarrekening opstellen en ondertekenen, bij gebreke waarvan schending van de opstellingstermijn in beginsel vaststaat.

In ieder geval in de situatie van de eenpersoonsvennootschap geldt, tenzij statutair anders bepaald, per 1 oktober derhalve in beginsel een termijn voor publicatie van de jaarrekening van elf maanden plus acht dagen. Hetzelfde geldt wanneer er meerdere bestuurders/commissarissen in de BV betrokken zijn

en deze de opgestelde jaarrekening hebben ondertekend.

Economisch delict of schending publicatieplicht

De vraag is of deze regeling leidt tot de conclusie dat sprake is van een economisch delict en/of een schending van de publicatieplicht of mogelijk administratieplicht als bedoeld in het aansprakelijkheidsrecht wanneer binnen dit type vennootschappen niet binnen elf maanden en acht dagen wordt gepubliceerd, maar uiterlijk dertien maanden na sluiting boekjaar. Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig.

De Wet op de economische delicten ver-

'Tijdig' wil in de onderhavige situatie zeggen uiterlijk elf maanden plus acht dagen na einde boekjaar.'

wijst in artikel 1 voor wat betreft de publicatieplicht naar art. 2:394 lid 3 BW. Daarin is vermeld dat de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na einde boekjaar moet zijn gepubliceerd. Het niet voldoen aan de kortere publicatietermijn van elf maanden plus acht dagen leidt naar onze mening daarmee niet tot een economisch delict.

Enerzijds

Voor wat betreft de gevolgen van het niet nakomen van de verkorte publicatietermijn voor de aansprakelijkheid van bestuurders, ligt het gecompliceerder. Enerzijds kan worden betoogd dat wanneer in de BV bestuurders en commissarissen de jaarrekening hebben ondertekend en alle overige vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgestelde jaarrekening en hebben ingestemd met deze wijze van besluitvorming buiten vergadering, vaststaat dat de publicatietermijn van acht dagen en elf maanden niet is nageleefd. Daarmee is niet voldaan aan de verplichtingen omtrent publicatie zoals opgenomen in art. 394 BW. Volgens art. 2:248 lid 2 BW is bij niet voldoen aan deze verplichtingen sprake van een onbehoorlijke taakvervulling,

die in geval van faillissement kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Anderzijds

Anderzijds kan het standpunt worden ingenomen dat de nieuwe regeling slechts mogelijkheden biedt om in de interne verhoudingen formele vaststellingsvergaderingen te vermijden wanneer aandeelhouders het over de inhoud van de jaarrekening eens zijn, dat derden de interne verhoudingen niet kunnen overzien en derhalve niet uit kunnen gaan van publicatie van de jaarrekening na uiterlijk elf maanden. En dat, ook in het nieuwe recht, voor het constateren van onbehoorlijk bestuur het uitgangspunt blijft dat de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar openbaar gemaakt moet zijn.

Onzekerheden voorkomen

Men kan onzekerheden op dit punt uiteraard voorkomen door tijdig te deponderen. 'Tijdig' wil in de onderhavige situatie zeggen uiterlijk elf maanden plus acht dagen na einde boekjaar. Veiligheidshalve lijkt het ons gewenst om in de statuten af te wijken van de regeling van art. 2:210 lid 5 BW waar het betreft de wijze van vaststelling van de jaarrekening, zodanig dat de vóór de flexibilisering van het BV-recht geldende termijnen van kracht blijven. An



Kid Schwarz is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht en partner bij BakerTillyBerk. Ted Verkade is registeraccountant en directeur vaktechniek accountants bij BakerTillyBerk.

Vaststelling van de jaarrekening in de bv. Reparatiwet houdt de valkuil open.

Reparatiwet

Op 11 oktober 2013 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie een Verzamelwet (of Reparatiwet) bij de Tweede Kamer ingediend. Een van de onderwerpen hierin is de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening in het sinds een jaar geldende nieuwe bv-recht. In *Accountancynieuws* 2012-20, p. 14-15, is er op gewezen dat de flex-bv bij de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening dwingt tot een eerdere publicatie van die jaarrekening. De Verzamelwet brengt hierin geen verandering. De oplossing zou kunnen zijn van de huidige en de voorgestelde, nieuwe hoofdregel de wettelijke uitzondering te maken.

Hoe zat het ook al weer?

Art. 2:210 lid 5 BW bepaalt dat indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de bv zijn de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en eventuele commissarissen tevens als vaststelling van die jaarrekening geldt. Wanneer er andere vergadergerechtigden zijn, moeten zij kennis nemen van de opgestelde jaarrekening en instemmen met deze vereenvoudigde wijze van vaststelling. Andere vergadergerechtigden zijn bijvoorbeeld houders van stemrechtloze aandelen en houders van certificaten met vergaderrecht. Er is gewezen op de valkuil van deze hoofdregel, dat na de vereenvoudigde vaststelling binnen acht dagen gepubliceerd moet worden. Na einde boekjaar moet aldus bij een vereenvoudigde vaststelling binnen elf maanden en acht dagen de jaarrekening gepubliceerd zijn. Zo niet, dan kan dat bij faillissement van de bv tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder leiden. In de MKB-praktijk is echter gebruikelijk - en daarop zijn of waren de werkprocessen van veel accountantskantoren afgestemd - conform art. 2:394 lid 3 BW de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar te publiceren. Wanneer men naar huidig recht aan de regeling van vereenvoudigde vaststelling wil ontkomen, dan moet die in de statuten worden uitgesloten.

De voorgestelde, nieuwe regeling

De beoogde Verzamelwet sleutelt tekstueel wat aan de huidige regeling van de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening. Bij inwerkingtreding van de Verzamelwet komt te gelden dat de statuten 'anders kunnen bepalen'.

Hiermee wordt bedoeld te regelen dat bv's die statutair bepalen dat vaststelling van de jaarrekening door de algemene vergadering plaatsvindt, geen last meer hebben van de nieuwe regeling van vereenvoudigde vaststelling.

Het wetsvoorstel voldoet om een aantal redenen niet. Achtergrond van de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening is onnodige formaliteiten te voorkomen en administratieve lasten te verlichten. In veel statuten van bv's, die voor 1 oktober 2012 zijn opgericht, is een regeling opgenomen binnen welke termijn het bestuur de jaarrekening moet opmaken en binnen welke termijn de algemene vergadering vervolgens de jaarrekening moet vaststellen. In de voorgestelde regeling kan daardoor geen gebruik (meer) worden gemaakt van de vereenvoudigde vaststelling. De statuten bepalen immers anders en daarmee wordt van de voorgestelde, wettelijke hoofdregel afgeweken. Er moet, als onnodige formaliteit, een algemene vergadering worden gehouden. De ondernemer, of zijn accountant, zal in dit systeem de statuten van zijn bv zorgvuldig moeten checken om te constateren welke regeling geldt. Dat komt de door de minister zo voorgestane verlichting van de administratieve lasten voor de ondernemer niet ten goede.

Daarnaast kan via internet zeer goedkoop een bv worden opgericht. Gelet op de tariefstelling zal waarschijnlijk van (uitgebreide) advisering geen sprake zijn en zullen de statuten zo kort mogelijk gehouden worden. De vraag is of de statuten van die bv voorzien in een aparte regeling van de vaststelling van de jaarrekening. Zo niet, dan blijft de valkuil van te late publicatie van de jaarrekening voor de onwetende, niet-geadviseerde bestuurder open staan. Dat geldt ook voor al bestaande bv's. Het wetsvoorstel voorziet namelijk niet in overgangsrecht. Tot de datum van inwerkingtreding van de Verzamelwet geldt de 'oude' (dus huidige) regeling van vereenvoudigde vaststelling. Extra oplettendheid is in de overgangsperiode vereist.

Het wetsvoorstel heeft evenmin oog voor de controleplichtige bv in de zin van art. 2:393 BW. Aan de opgestelde jaarrekening moet bij deze vennootschap een verklaring van de accountant zijn toegevoegd alvorens vaststelling van de jaarrekening door het daartoe bevoegde orgaan - bij de bv de algemene

vergadering - kan plaatsvinden. Ook vergadergerechtigde niet-aandeelhouders moeten in het systeem der wet kennis kunnen nemen van de opgestelde jaarrekening en de controleverklaring voordat kan worden vastgesteld. En dat kan niet wanneer de regeling van vereenvoudigde vaststelling van toepassing is, omdat de ondertekening van de opstelling gelijk leidt tot vaststelling van de jaarrekening. In geval van een controleplichtige bv met (een) aandeelhouder(s)/bestuurder(s) zal de regeling van vereenvoudigde vaststelling steeds statutair moeten worden uitgesloten.

Aansprakelijkheid

In de reeds genoemde bijdrage van Schwarz en Verkade in *Accountancynieuws* is gewezen op de onzekerheid wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders bij het niet nakomen van de verkorte publicatietermijn van art. 2:210 lid 5 jo. 394 lid 1 BW. Indien deze termijn bij de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening niet is nagekomen, kan enerzijds gesteld worden dat volgens art. 2:248 lid 2 BW sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur. Anderzijds kan als uitgangspunt genomen worden dat de 'normale' of oude publicatietermijn van art. 2:394 lid 3 BW van toepassing blijft, omdat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening een interne regeling is met als doel een formele algemene vergadering te vermijden. Bovendien zou art. 2:210 lid 5 BW niet extern werken, in die zin dat crediteuren meestal niet zullen weten of alle aandeelhouders tevens bestuurders van de vennootschap zijn. De bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW is een externe aansprakelijkheid en beoogt crediteuren te beschermen, zo is de gedachte. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van de Verzamelwet is over deze onzekerheid met geen woord gerept. Dat is een gemiste kans. Het devies blijft daarom: statuten checken en tijdig deponeren!

Decharge

Zowel onder de huidige als de voorgestelde regeling geldt dat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening automatisch leidt tot decharge van bestuurders en commissaris. Met deze decharge doet de vennootschap afstand van haar vordering op grond van art. 2:9 BW een bestuurder aansprakelijk te houden wegens onbehoorlijke taakvervulling. Onder het voor 1 oktober 2012 geldende recht was de regel dat de vaststelling van de jaarrekening was losgekoppeld van de decharge. Dat

waren twee aparte besluiten op de agenda van de algemene vergadering. Ook in dit opzicht blijft dus oplettendheid bij de vereenvoudigde vaststelling vereist indien de aandeelhouders/bestuurders van mening zijn dat een van hen zich minder goed van zijn taak heeft gekweten. In dat geval zal niet ondertekend moeten worden.

Betere wetgeving

De conclusie is dat de reparatiewetgeving onvoldoende doordacht is. Het advies aan de wetgever lijkt ons de voor 1 oktober 2012 geldende regeling en termijnen voor vaststelling en publicatie van de jaarrekening te handhaven met de mogelijkheid om daarvan in de statuten af te wijken door te kiezen voor een regeling van vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening. De ondernemer kiest in dat laatste geval bewust voor het voordeel dat een formele algemene vergadering waarin de jaarrekening wordt vastgesteld niet hoeft te worden gehouden (tenzij er andere vergadergerechtigden zijn) met als keerzijde dat een verkorte publicatietermijn geldt, die ook externe werking heeft. Weliswaar zou door het handhaven van de voor 1 oktober 2012 geldende regeling geen sprake zijn van de beoogde lastenverlichting. Daarmee worden echter wel ongewenste situaties en onzekerheid voorkomen die al snel tot lastenverzwaring leiden.

Kid Schwarz is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Maastricht (ICGI) en partner BakerTillyBerk. Rogier Wolf is universitair docent aan het ICGI en advocaat bij TeekensKarstens advocaten notarissen.

Niet voor publicatie

Voor meer informatie

Prof. mr. C.A. Schwarz
Maastricht University
Institute for Corporate Law, Governance,
and Innovation Policies
Postbus 616
6200 MD Maastricht
T: 06 – 22 38 22 82
E: cschwarz@xs4all.nl

mr. R.A. Wolf
TeekensKarstens advocaten notarissen

Postbus 402
2400 AK Alphen aan den Rijn
t: 06 - 45 26 48 56
e: wolf@tk.nl

De vereenvoudigde vastgestelde jaarrekening. De gemiste kans van (het voorstel van) de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013

De vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening dwingt de bestuurders-aandeelhouders van een B.V. tot oplettendheid in die gevallen waarin alle aandeelhouders ook bestuurder zijn. Indien zij de jaarrekening na het opmaken ondertekenen, leidt die ondertekening direct tot vaststelling op de wijze als voorzien in art. 2:210 lid 5 BW. Conform art. 2:394 lid 1 BW moet daarna binnen acht dagen de jaarrekening gepubliceerd worden. Dit betekent dat sinds 1 oktober 2012 de jaarrekening in die gevallen op 8 december van het jaar volgend op het boekjaar moet zijn gepubliceerd. Deze regeling heeft, onbedoeld, in de praktijk tot forse problemen en discussie geleid. De door de minister op 11 oktober 2013 bij de Tweede Kamer ingediende Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013 brengt hierin geen verandering en voldoet op dit punt niet. De ondernemer zal zijn statuten moeten blijven checken, de vastgestelde jaarrekening vervroegd moeten deponeren, of de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening in de statuten moeten uitsluiten. Beter zou zijn, ook indien alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn van de B.V., als hoofdregel te formuleren dat de jaarrekening in de algemene vergadering formeel moet worden vastgesteld, zoals art. 2:210 lid 3 BW bepaalt. De wettelijke uitzondering zou de (huidige) vereenvoudigde vaststelling kunnen zijn. Art. 2:210 lid 5 BW in het voorstel van de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013 zou in deze zin aangepast moeten worden. Deze uitzondering biedt de ondernemer die dit wenst de geboden flexibiliteit.



1. Inleiding

Art. 2:210 lid 5 BW bepaalt dat indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de B.V. zijn, de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en eventuele commissarissen tevens als vaststelling van die jaarrekening geldt. Conform art. 2:394 lid 1 BW moet na deze vereenvoudigde vaststelling binnen acht dagen de jaarrekening gepubliceerd worden. Na einde boekjaar moet aldus bij een vereenvoudigde vaststelling binnen elf maanden en acht dagen de jaarrekening gepubliceerd zijn. In de literatuur is op de valkuil en aansprakelijkheidsrisico's van deze hoofdregel gewezen.¹ De valkuil en de risico's zitten niet zozeer in de ongewijzigde regel van art. 2:394 lid 1

BW, maar in de directe vaststelling door ondertekening van de opgemaakte jaarrekening als bedoeld in art. 2:210 lid 5 BW die, zeker binnen de eenpersoons-B.V., dwingt tot publicatie van de jaarrekening binnen elf maanden en acht dagen in plaats van in de praktijk de gebruikelijke dertien maanden, als uiterste termijn zoals bedoeld in art. 2:394 lid 3 BW.

Op 11 oktober 2013 is de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013 ('Verzamelwet') ingediend.² Deze Verzamel-

* Prof. mr. C.A. Schwarz is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Maastricht (ICGI), partner bij BakerTillyBerk en redacteur van dit tijdschrift.

** Mr. dr. R.A. Wolf is advocaat bij TeekensKarstens advocaten notarissen, universitair docent aan de Universiteit Leiden en aan de Universiteit Maastricht (ICGI) en redacteur van dit tijdschrift.

1. C.A. Schwarz & T. Verkade, 'Flex-BV dwingt tot eerdere publicatie jaarrekening', *AccountancyNieuws* 2012-20, p. 14-15 (hierna: Schwarz & Verkade 2012); G.C. van Eck, 'Complicaties bij de "vereenvoudigde" vaststelling van de jaarrekening (ex art. 2:210 lid 5 BW)', *V&O* 2012, afl. 12, p. 222-224 (hierna: Van Eck 2012). Anders: B. Verkerk, 'Verwarring over de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening', *O&F* 2013, afl. 2, p. 68-76 (hierna: Verkerk 2013 (1)).
2. Herstel van wets technische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van andere wijzigingen van ondergeschikte aard in diverse wetsbepalingen op het terrein van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013), *Kamerstukken II* 2013/14,

wet beoogt wetstechnische gebreken te herstellen.³ In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of de Verzamelwet de genoemde valkuil repareert. Zo niet, wat is het alternatief?⁴

2. Huidige regeling

De hoofdregel van art. 2:210 lid 1 BW is dat het bestuur de jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar van de B.V. opmaakt. Deze termijn kan door de algemene vergadering met ten hoogste zes maanden worden verlengd. In de praktijk gebeurde dat in de regel, zelfs zonder dat daaraan een (uitdrukkelijk) verlengingsbesluit ten grondslag lag.⁵ Art. 2:210 lid 2 BW bepaalt dat het bestuur de opgemaakte jaarrekening ondertekent, waarna conform art. 2:210 lid 3 BW de jaarrekening door de algemene vergadering wordt vastgesteld. Deze vaststelling strekt niet tot decharge van bestuurders en commissarissen. De B.V. moet vervolgens de jaarrekening blijken art. 2:394 lid 1 BW binnen acht dagen na de vaststelling openbaar maken. De jaarrekening moet in ieder geval binnen dertien maanden na het boekjaar openbaar worden gemaakt, zo bepaalt art. 2:394 lid 3 BW. In de praktijk wordt in de regel deze laatste termijn als uiterste publicatietermijn gehanteerd.⁶

Met de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ('Wet flex-bv') is een uitzondering op deze hoofdregels geïntroduceerd. Art. 2:210 lid 5 BW bepaalt dat indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de B.V. zijn de ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en eventuele commissarissen tevens als vaststelling van die jaarrekening geldt. Wanneer er andere vergadergerechtigden zijn, moeten zij kennis nemen van de opgestelde jaarrekening en instemmen met deze vereenvoudigde wijze van vaststelling. Er is in dat geval sprake van besluitvorming buiten vergadering in de zin van art. 2:238 BW. Andere vergadergerechtigden zijn bijvoorbeeld houders van stemrechtloze aandelen en houders van certificaten met vergaderrecht.⁷ Conform art. 2:394 lid 1 BW moet na deze vereenvoudigde vaststelling binnen acht dagen de jaarrekening gepubliceerd worden. De Wet flex-bv heeft in deze termijn geen verandering gebracht. In de memorie van toelichting bij de Verzamelwet is dit nog eens bevestigd.⁸ Het gevolg van art. 2:210 lid 5 BW is dat na einde boekjaar bij een vereenvoudigde vaststelling binnen elf maanden en acht dagen de jaarrekening moet zijn gepubliceerd. Zo niet, dan kan dat bij faillissement van de B.V. tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder leiden.⁹ Argeloze DGA's die eendachtig de hoofdregel van art. 2:210 lid 2 BW de

jaarrekening ondertekenen met de bedoeling die jaarrekening op een later moment in een algemene vergadering vast te stellen, omdat ook nog andere onderwerpen op de agenda staan, lopen dus in de valkuil.

In de MKB-praktijk is het gebruikelijk – en daarop zijn of waren de werkprocessen van veel accountantskantoren afgestemd – conform art. 2:394 lid 3 BW de jaarrekening eerst uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar te publiceren. Wanneer men naar huidig recht aan de regeling van vereenvoudigde vaststelling wil ontkomen, dan moet die in de statuten worden uitgesloten. De wet voorziet door middel van de laatste volzin van art. 2:210 lid 5 BW in die mogelijkheid.¹⁰

3. De voorgestelde nieuwe regeling

De voorgestelde tekst van art. 2:210 lid 5 BW luidt als volgt:

'Tenzij de statuten anders bepalen, geldt ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens als vaststelling in de zin van lid 3, mits alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn en mits alle overige vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd zoals bedoeld in artikel 238 lid 1. In afwijking van lid 3 strekt deze vaststelling tevens tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen.'

Een eerste vergelijking leert dat de beoogde Verzamelwet slechts tekstueel wat aan de huidige regeling van de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening sleutelt. Bij inwerkingtreding van de Verzamelwet komt aldus te gelden dat de statuten 'anders kunnen bepalen'. De vereenvoudigde vaststelling zelf verandert niet.

De wetgever motiveert dit als volgt:

'In de praktijk is gebleken dat in veel statuten is vastgelegd binnen welke termijn de jaarrekening door het bestuur moet worden opgemaakt en binnen welke termijn deze vervolgens door de algemene vergadering moet worden vastgesteld. In de praktijk is het onduidelijk of dit in overeenstemming is met de hoofdregel en of dit beschouwd kan worden als het uitsluiten in de statuten van de wijze van vaststellen zoals in artikel 210 lid 5 is vereist voor afwijking van de hoofdregel. De onduidelijkheid vloeit vooral voort uit de formulering dat de statuten deze wijze van vaststelling moeten "uitsluiten". Door-

33771. De laatste stand van zaken ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is het op 28 november 2013 ingediende verslag. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33771, 6, p. 1.

3. *Kamerstukken II* 2013/14, 33771, 3, p. 1 (MvT).

4. Zie ook A. Dieleman, 'Vereenvoudigde vaststelling jaarrekening wordt nog complexer', *AccountancyNieuws* 2013-20, p. 18-19 (hierna: Dieleman 2013).

5. Zie HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713, m.nt. Ma.

6. Zie voor een overzicht: H. Beckman, 'Depot van de jaarrekening en andere daarmee verband houdende jaarrekeningperikelen', *Ondernemingsrecht* 2013, afl. 8, p. 300-306 (hierna: Beckman 2013).

7. Art. 2:227 lid 2 BW. Zie echter ook art. 2:197 lid 4 en 2:198 lid 4 BW voor de vruchtgebruiker en de pandhouder.

8. *Kamerstukken II* 2013/14, 33771, 3, p. 6 (MvT). Zie ook Beckman 2013, p. 301.

9. Schwarz & Verkade 2012, p. 15; Van Eck 2012, p. 223. Anders: Verkerk 2013 (1), p. 72-74. Zie voor het verdere vervolg van de discussie tussen Schwarz & Verkade enerzijds en Verkerk anderzijds: *O&F* 2013, afl. 4, p. 47-52.

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

gaans is in het nieuwe bv-recht de formulering gebruikt “tenzij de statuten anders bepalen”. Daarom wordt voorgesteld om deze uitsluiting te vervangen door de standaardformulering “tenzij de statuten anders bepalen”. Bv’s waarvan de statuten in het kader van de vaststelling van de jaarrekening uitgaan van een algemene vergadering, kunnen dit zo houden indien zij dat wensen. Daarmee wijken zij dan af van de wettelijke hoofdregel.¹¹

Het wetsvoorstel voldoet om een aantal redenen niet. Ten eerste, achtergrond van de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening is onnodige formaliteiten te voorkomen en administratieve lasten te verlichten.¹² In veel statuten van B.V.’s, die voor 1 oktober 2012 zijn opgericht, is een regeling opgenomen binnen welke termijn het bestuur de jaarrekening moet opmaken en binnen welke termijn de algemene vergadering vervolgens de jaarrekening moet vaststellen. In de voorgestelde regeling kan daardoor geen gebruik (meer) worden gemaakt van de vereenvoudigde vaststelling. De statuten bepalen immers ‘anders’ en daarmee wordt van de hoofdregel van de vereenvoudigde vaststelling afgeweken. Er moet, als onnodige formaliteit, een algemene vergadering worden gehouden. De ondernemer, of zijn accountant, zal in dit systeem de statuten van zijn B.V. zorgvuldig moeten checken om te constateren welke regeling geldt. Dat komt de door de minister zo voorgestane verlichting van de administratieve lasten voor de ondernemer niet ten goede. Ten tweede, er kan via internet zeer goedkoop een B.V. worden opgericht. Gelet op de tariefstelling zal van (uitgebreide) advisering geen sprake zijn en zullen de statuten zo kort mogelijk gehouden worden. De vraag is of de statuten van die B.V. voorzien in een aparte regeling tot vaststelling van de jaarrekening. Zo niet, dan blijft de valkuil van te late publicatie van de jaarrekening voor de onwetende, niet-geadviseerde bestuurder openstaan. Dat geldt ook, zoals gesteld, voor al bestaande B.V.’s.

Het wetsvoorstel voorziet, ten derde, niet in overgangrecht. Tot de datum van inwerkingtreding van de Verzekeringwet geldt de ‘oude’ (dus huidige) regeling van vereenvoudigde vaststelling. Gelet op de huidige status van het wetgevingsproces is niet te verwachten dat het wetsvoorstel nog in 2013 aangenomen zal worden en in werking zal treden. Voor het boekjaar 2012 biedt de Verzekeringwet in ieder geval geen soelaas. Extra oplettendheid is in de overgangperiode vereist.

Ten vierde, het wetsvoorstel heeft evenmin oog voor de controleplichtige B.V. in de zin van art. 2:393 BW. Aan de opgestelde jaarrekening moet bij deze vennootschap volgens art. 2:393 lid 7 BW een verklaring van de accountant zijn toegevoegd alvorens vaststelling van de jaarrekening door het daartoe bevoegde orgaan – bij de B.V. de algemene vergadering – kan plaatsvinden. Ook vergader-

gerechtigde niet-aandeelhouders moeten in het systeem der wet kennis kunnen nemen van de opgestelde jaarrekening en de controleverklaring voordat kan worden vastgesteld. De controleverklaring is een constitutief vereiste. Ontbreekt de verklaring, dan is de vaststelling nietig. In de literatuur verschillen de meningen in hoeverre de vereenvoudigde vaststelling, waar de ondertekening van de opgemaakte jaarrekening direct leidt tot vaststelling daarvan, strookt met het bepaalde in art. 2:393 lid 7 BW.¹³ Het is vooralsnog een gemiste kans dat de minister over deze problematiek in het wetsvoorstel, of de toelichting daarop, geen helderheid heeft verschaft.

4. Aansprakelijkheid

In de literatuur is gewezen op de onzekerheid wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders bij het niet nakomen van de verkorte publicatietermijn – in de zin van elf maanden en acht dagen in plaats van de in de praktijk gebruikelijke dertien maanden – van art. 2:210 lid 5 jo. 394 lid 1 BW.¹⁴ Indien deze termijn bij de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening niet is nagekomen, kan enerzijds gesteld worden dat volgens art. 2:248 lid 2 BW sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur.¹⁵ Anderzijds kan als uitgangspunt genomen worden dat de ‘normale’ of in de praktijk gebruikelijke publicatietermijn van art. 2:394 lid 3 BW van toepassing blijft, omdat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening een interne regeling is met als doel een formele algemene vergadering te vermijden. Bovendien zou art. 2:210 lid 5 BW niet extern werken, in die zin dat crediteuren meestal niet zullen weten of alle aandeelhouders tevens bestuurders van de vennootschap zijn. De bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW is een externe aansprakelijkheid en beoogt crediteuren te beschermen, zo is de gedachte.¹⁶

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van de Verzekeringwet is ook over deze onzekerheid met betrekking tot eventuele aansprakelijkheid met geen woord gerept, anders dan dat de publicatietermijn van acht dagen na vaststelling geldt.¹⁷ Ook dat is een gemiste kans. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zullen vanwege dit risico telkens de statuten moeten worden gecheckt, omdat de statuten ‘anders kunnen bepalen’. Daarnaast zal de vennootschap, althans haar bestuur, tijdig de jaarrekening moeten deponeren, omdat indien het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen van art. 2:394 BW het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is in de zin van art. 2:248 lid 2 BW. De valkuil van art. 2:210 lid 5 BW komt ook in dit geval dus om de hoek kijken. Gelet op het feit dat in de memorie van toelichting wordt verwezen naar de publicatieter-

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33771, 3, p. 6 (MvT). In *Kamerstukken II* 2013/14, 33771, 6 (Verslag) zijn nadere vragen ter verduidelijking van deze toelichting gesteld.

12. *Kamerstukken II* 2013/14, 33771, 3, p. 6 (MvT). *Kamerstukken I* 2011/12, 31058 en 32426, C, p. 22-23 (MvA I).

13. Van Eck 2012, p. 223. Verkerk 2013 (1), p. 69-71. C.A. Schwarz & T. Verkade, ‘Nogmaals, de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening in het nieuwe bv-recht’, *O&F* 2013, afl. 4, p. 47-49. B. Verkerk, ‘Naschrift’, *O&F* 2013, afl. 4, p. 51-52. Beckman 2013, p. 306. F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, p. 734, noot 15.

14. Schwarz & Verkade 2012.

15. Zie bijvoorbeeld Beckman 2013, p. 302.

16. Zie bijvoorbeeld Verkerk 2013 (1), p. 72-74.

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

mijn van art. 2:394 lid 1 BW van acht dagen na vaststelling, moet naar onze mening (vooralsnog) van de externe werking van art. 2:210 lid 5 BW worden uitgegaan, tenzij de minister zich hierover alsnog anders uitlaat.¹⁸

5. Decharge

Zowel onder de huidige als de voorgestelde regeling geldt dat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening automatisch leidt tot decharge van bestuurders en commissarissen. Met deze decharge doet de vennootschap afstand van de mogelijkheid om op grond van art. 2:9 BW een bestuurder aansprakelijk te houden wegens onbehoorlijke taakvervulling. De regel dat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening automatisch leidt tot decharge van bestuurders en commissarissen wijkt ook af van de huidige hoofdregel van art. 2:210 lid 3 BW, namelijk dat de vaststelling van de jaarrekening is losgekoppeld van de decharge, waarover separaat besloten moet worden. Dat zijn in deze hoofdregel dus twee aparte besluiten op de agenda van de algemene vergadering. Ook in dit opzicht blijft dus oplettendheid bij de vereenvoudigde vaststelling vereist indien de aandeelhouders/bestuurders van mening zijn dat een van hen zich minder goed van zijn taak heeft gekweten. In dat geval zal de opgestelde jaarrekening niet door alle bestuurders ondertekend moeten worden dan wel de regeling van art. 2:210 lid 5 BW statutair uitgesloten moeten worden.¹⁹

6. Conclusie

De conclusie is dat de reparatiewetgeving ter zake van art. 2:210 lid 5 BW onvoldoende doordacht is. Het advies aan de wetgever lijkt ons de hoofdregels van art. 2:210 lid 1-3 jo. 2:394 lid 1-3 BW voor de vaststelling en publicatie van de jaarrekening te handhaven met de mogelijkheid om daarvan in de statuten af te wijken door te kiezen voor een regeling van vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening.²⁰ De ondernemer kiest in dat laatste geval *bewust* voor het voordeel dat een formele algemene vergadering waarin de jaarrekening wordt vastgesteld niet hoeft te worden gehouden (tenzij er andere vergadergerechtigden zijn) met als keerzijde dat een verkorte publicatietermijn – in de zin van elf maanden en acht dagen in plaats van de in de praktijk gebruikelijke dertien maanden – geldt, die ook externe werking heeft. Daarbij zou dan, wat ons betreft, ook de mogelijkheid van ontkoppeling van de vereenvoudigde vaststelling en de decharge van bestuurders en commissarissen mogelijk gemaakt moeten worden. Op die manier zou statutair gekozen kunnen worden voor de vereenvoudigde wijze van vaststelling van de jaarrekening, terwijl daaraan niet de automatische decharge is verbonden.

Weliswaar zou bij het hanteren van de hoofdregels als uitgangspunt – met als mogelijke uitzondering de vereenvoudigde vaststelling – geen sprake zijn van de beoogde lastenverlichting. Daarmee worden echter wel ongewenste situaties en onzekerheid voorkomen.

18. Vergelijk Beckman 2013, p. 305.

19. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058 en 32426, C, p. 22-23 (MvA I). *Kamerstukken I* 2011/12, 31058 en 32426, E, p. 19-20 (Nadere MvA I).

20. In gelijke zin: Dieleman 2013, p. 19.