

Vergaderjaar 2010–2011

31 065

Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek)

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE

Vastgesteld 22 april 2011

Het voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

1. Inleiding

De leden van de **CDA**-fractie danken de regering voor toezending van de geïntegreerde tekst van de Vaststellingswet en de Invoeringswet, die nu voor het eerst een samenhangend en afgerond oordeel mogelijk maakt van de gehele tekst van titel 7.13 BW zoals die is voorgesteld in de Vaststellingswet en gewijzigd is door de nu ingediende Invoeringswet. Deze leden stellen vast dat de Invoeringswet zeer belangrijke wijzigingen heeft gebracht in de opzet van titel 7.13 als voorgesteld in de door de Tweede Kamer reeds eerder aangenomen Vaststellingswet en de gevolgen daarvan in de belastingwetgeving. De Eerste Kamer heeft haar (nadere) oordeel over de Vaststellingswet opgeschort totdat ook de Invoeringswet zou zijn ingediend. Nu dat is geschied, is zij, anders dan de Tweede Kamer, in de gelegenheid de voorstellen in hun geheel te beoordelen. Dat leidt tot een aantal algemene kanttekeningen en vragen van deze leden.

De leden van de **VVD**-fractie hebben kennis genomen van wetsvoorstel 31 065, de Invoeringswet titel 7.13 BW. Hoewel het oorspronkelijke wetsvoorstel 28 746, Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, door de Invoeringswet en de behandeling ervan in de Tweede Kamer beslist verbeterd is, hebben deze leden nog enkele vragen.

De leden van de **PvdA**-fractie hebben kennis genomen van de Invoeringswet inzake personenvennootschappen. Door de Eerste Kamer is in 2005–2006 kritisch gereageerd op wetsvoorstel 28 746, Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek, met name op mogelijk onbedoelde consequenties van deze – in de voorgestelde regeling – rechtspersoonlijk getinte contractsvorm. Op onderdelen is het

nut en de noodzaak van deze wijziging ten opzichte van de vertrouwde bestaande personenvennootschappen ter discussie gesteld. Een voorbeeld daarvan is de liquidatieregeling, welke door de nu voorliggende invoeging van het nieuwe art. 7:831a BW nog ingewikkelder is gemaakt. Wat echter in 2005–2006 niet is gebeurd, is het ter discussie stellen van nut en noodzaak van wetsvoorstel 28 746 als geheel. Mogelijk waren deze leden te optimistisch toen zij veronderstelden, dat de regering de sinds 2005 opgekomen kritiek op de nieuwe personenvennootschap, in de uitvoeringswet zou pareren dan wel repareren. Tot een fundamentele reparatie van de inherente inconsequenties van deze hybride rechtsvorm (rechtspersoon of samenwerkingsovereenkomst) is het echter – voor zover deze leden konden nagaan – in de Uitvoeringswet niet gekomen. Deze leden zullen daarom de regering bevragen over de voordelen van de nieuwe personenvennootschap ten opzichte van de vertrouwde maatschap, VOF en CV, op de noodzaak van het onderscheid tussen vennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid en op de onontkoombaarheid van de personenvennootschap, nadat de flex-BV zal zijn ingevoerd.

2. Algemeen

Helderheid en bruikbaarheid wetgeving

De voorstellen 28 746 en 31 065 beogen het nu nog verspreide personenvennootschapsrecht in titel 7.13 BW bijeen te brengen en in te passen in de opzet van het nieuwe BW dat hiermee zijn voltooiing nadert. Die doelstelling onderschrijven de leden van de **CDA**-fractie. Het gaat hier om een kernonderdeel van het ondernemingsrecht. Daarvoor geldt de eis dat dit door zijn helderheid, kenbaarheid en eenvoud voor langere tijd bruikbaar moet blijven voor de praktijk en geen ernstige belemmeringen opwerpt voor verdere vernieuwingen en aanpassingen die nuttig of nodig zullen blijken te zijn. Hierbij valt ook, maar niet alleen te denken aan aanpassingen die nodig zullen blijken op grond van het onderzoek dat de regering instelt naar onder meer een vereenvoudigde overdraagbaarheid of inbreng en omzetting van een eenmanszaak, regeling van fusie en splitsing van personenvennootschappen en uitbreiding van de thans nog beperkte mogelijkheden tot omzetting van personenvennootschappen in een rechtspersoon van Boek 2 BW.¹ Het nieuwe recht strekt mede tot bevordering van ondernemerschap, een competitief ondernemingsklimaat en daarom dient het te worden getoetst op zijn bruikbaarheid en betekenis voor de huidige en toekomstige ondernemingspraktijk en de directe en indirecte lasten voor het bedrijfsleven. Dat geldt meer dan ooit nu gevolgen van de huidige financiële crisis naar verwachting het midden- en kleinbedrijf en het snel groeiende aantal zzp'ers in de dienstensector waarop de voorstellen nu juist zijn gericht, langdurig en ernstig zullen raken. Daarbij past naar het oordeel van deze leden niet de gedachte om de voorstellen, zoals zij nu luiden, bij wijze van experiment alvast in te voeren en te bezien of en in hoeverre die later kunnen of moeten worden aangepast. Het gaat hier – zoals ook uiteengezet in de brief van VNO-NCW en MKB Nederland van 6 oktober 2009 aan de Tweede Kamer en van 11 maart 2010 aan de Eerste Kamer – in de eerste plaats om *bestaande* ondernemingen in het MKB en dienstensector, want een openbare maatschap (ca. 30 000–40 000) en vof (ca. 165 000) worden van rechtswege een OV, een CV (ca. 12 000) wordt een CV nieuwe stijl en stille maatschappen (aantal onbekend) en door samenwerking gebonden gemeenschappen worden een stille vennootschap, waarop de dwingende regels van titel 7.13 BW toepasselijk worden.

¹ *Kamerstukken I 2006/07, 28 746, p. 6, 7 en 17.*

Nut en noodzaak regelgeving

Een niet onbelangrijke vraag die zich bij de leden van de **VVD**-fractie – en overigens ook in bredere zin bij de diverse commentatoren in de juridische literatuur¹ – opdringt is, wat naar het oordeel van de regering nog de zin is van het introduceren van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) als het dankzij wetsvoorstel 31 058 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht) veel simpeler wordt om een BV op te richten. De flex-BV biedt de vennoten meer bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid dan de OVR. Het lijkt dan ook waarschijnlijk dat wanneer het wetsvoorstel flex-BV van kracht zal zijn geworden de flex-BV alleen al om die reden de voorkeur zal verdienen boven de OVR. Tegelijkertijd doet zich met het introduceren van de OVR de in de ogen van deze leden minder gewenste situatie voor dat er een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt geïntroduceerd buiten Boek 2 BW, waarvoor de algemene bepalingen van Boek 2 niet gelden. Deze leden ontvangen graag een reactie van de regering.

In het verlengde van bovenstaande vraag, vernemen deze leden graag ook van de regering of zij alsnog overweegt om de wetsvoorstellen voor de personenvennootschap en die voor de flex-BV als het ware in elkaar te schuiven, teneinde te bereiken dat er een werkelijk modern vennootschapsrecht, althans wat de regeling voor de personenvennootschap en de BV betreft, tot stand komt.

Kan de regering nog eens integraal aan de leden van de **PvdA**-fractie uiteenzetten in welke opzichten de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap niet meer voldoen vanuit bedrijfsmatig oogpunt? Tegen welke problemen lopen de vennoten van zo'n «oude» vennootschap aan? Wil de regering daarbij onderscheid maken tussen bedrijfsmatige problemen, financiële problemen en fiscale problemen? In welke mate worden door de nieuwe stille vennootschap, OV, OVR, CV en CVR de door de regering bij de beantwoording van de vorige vraag genoemde problemen bij de maatschap, VOF en CV opgelost? Welke problemen blijven onverminderd bestaan? Deze leden dachten daarbij onder meer aan de (hoofd)elijke aansprakelijkheid van de vennoten voor schulden van de vennootschap.

Als de regering het hele wetgevingsproces vanaf 2000 nog eens zou moeten overdoen, zou zij dan – met de wetenschap van nu – opnieuw gekozen hebben voor de positionering van een – vanuit rechtspersonenrechtelijke inslag bezien, dus met veel dwingend recht en dwingendrechtelijke beperkingen opgebouwde – rechtsfiguur in het contractenrecht? Zou de personenvennootschap niet vanuit contractenrechtelijke principes opgebouwd moeten worden met alleen de voor een goede bedrijfsvoering, ter bescherming van derden, strikt noodzakelijke (dwingendrechtelijke) kenmerken?

Is de regering het met deze leden eens dat – zoals ook in de literatuur is opgemerkt – in feite de personenvennootschap zoals voorgesteld in de nieuwe regeling op tal van punten minder flexibel is, en derhalve is ingehaald door wetsvoorstel 31 058 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)? Zo nee, waarom niet?

Motivering keuzes

Inmiddels is er naast een aantal (brand)brieven van maatschappelijke organisaties een vracht aan wetenschappelijke literatuur over het onderhavige onderwerp verschenen, waaronder een tweetal handboeken van gezaghebbende auteurs, de oratie van prof. mr. W.J.M. van Veen en het liber amicorum, dat is aangeboden aan prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers. Hoewel in het voorliggende wetsvoorstel een aantal knopen is doorgehakt, is naar de mening van de leden van de **CDA**-fractie in de

¹ Zie onder andere prof. mr. P. van Schilf-gaarde, «De opbouw van het vennootschapsrecht», *WPNR* 140e jrg. nr. 6822, p. 961–968.

parlementaire behandeling nog niet voldoende gebleken op grond van welke motieven de regering een aantal keuzen heeft gemaakt, met name ten aanzien van vraagpunten die door de twee laatstgenoemde auteurs aan de orde zijn gesteld. Bovendien gaat het steeds om vraagpunten die voor de rechtspraak van groot belang zijn.

Keuze rechtsvorm

Wil de regering nog eens ingaan op de opmerking van de Raad van State dat de keuze voor een bepaalde rechtsvorm puur fiscaal gedreven lijkt? Is de regering het met de leden van de **PvdA**-fractie eens, dat niet fiscale redenen maar bedrijfsmatige voordelen de keuze voor een bepaalde rechtsvorm zouden moeten bepalen?

Uniform winstbegrip

Is de regering bereid nog eens na te denken over een uniform winstbegrip ongeacht de structuur van de onderneming? De leden van de **PvdA**-fractie zijn zich bewust van de grote verschuivingen die dit voor de bepaling van de winst in de diverse ondernemingsvormen kan veroorzaken. Waarom denkt de regering dat dit met een zorgvuldige overgangsregeling niet te ondervangen zou zijn? Ziet de regering de voordelen van een uniform winstbegrip vanuit de optiek van transparantie? Zou de keuze voor een rechtsvorm voor de onderneming daardoor niet meer bedrijfsvoeringsgericht kunnen worden in plaats van fiscaal gedreven?

Vormen personenvennootschappen

De leden van de **PvdA**-fractie constateren dat er nu maar liefst vijf verschillende vormen personenvennootschappen ontstaan, als gevolg van wetsvoorstel 28 746. Vindt de regering deze overzichtelijker dan de «oude» drie? In welk opzicht zijn zij wezenlijk van elkaar verschillend – anders dan in hun formele wijze van totstandkoming via een notariële akte en hun ingewikkelde beëindiging of liquidatie ex artikel 7:831a BW? Geven vennootschappen mét rechtspersoonlijkheid meer bevoegdheden en minder aansprakelijkheden voor de vennoten dan de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid?

Lastenverzwaring

De omzetting van rechtswege en toepasselijkheid van het nieuwe dwingende recht noopt alle bestaande maat- en vennootschappen tot initiële kosten van *screening* met de hulp van juridische en fiscale adviseurs om te kunnen bepalen of hun overeenkomst herziening of heroverweging behoeft en of zij rechtspersoonlijkheid willen verkrijgen op de wijze als voorzien in artikel 832. De leden van de **CDA**-fractie betreuren dat voor de beoordeling van de gevolgen van het nieuwe recht voor de praktijk geen gegevens beschikbaar zijn over de omvang van die initiële en blijvende lastenverzwaring voor bestaande en *nieuwe* vennootschappen en samenwerkings- en financieringsvormen die een «stille vennootschap» worden. Dit klemt temeer nu het bedrijfsleven ernstig te kampen heeft met de hardnekkige gevolgen van de kredietcrisis. Een ACTAL-onderzoek is niet uitgevoerd en de regering heeft daarom ook niet gevraagd. Kan de regering zelf aangeven welke invloed de voorstellen hebben op de door de regering beoogde lastenvermindering voor het bedrijfsleven en daarbij ook samenwerking tussen zzp'ers en financierings- en beleggingsvormen betrekken?

Concurrentiepositie

Wat de behoeften van de praktijk en maatschappelijke ontwikkelingen betreft, brengen de leden van de **CDA**-fractie graag enkele vragen onder de aandacht. Het aantal openbare beroepsmaatschappen, ook van advocaten en notarissen, dat zich omzet in een NV of BV dan wel gebruik maakt van een LLP neemt gestaag toe. Vindt dit zijn oorzaak in proactief gedrag dat wordt veroorzaakt door gebreken van het nieuwe recht, en zo ja, welke zijn dat? Of is het de wens om mogelijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten van andere partners te beperken, welke mogelijkheid door het nieuwe recht niet wordt geboden? Indien dit laatste het geval is, wat betekent dit naar het oordeel van de regering dan voor de aantrekkelijkheid van het nieuwe recht voor de in belang toenemende dienstensector en Nederland als plaats van hoofdvestiging van internationaal werkzame kantoren? Vormt dit voor de regering reden zijn eerdere afwijzing van een Nederlandse variant van de Engelse «Limited Liability Partnership» te heroverwegen?

Toezeggingen onderzoek

Tot slot van deze algemene opmerkingen memoreren de leden van de **CDA**-fractie de toezeggingen van de minister¹ om te onderzoeken of ook een eenmanszaak, net als in het Duitse, Oostenrijkse en Belgische recht,² op vereenvoudigde wijze als geheel en in één rechtshandeling, kan worden ingebracht in een vennootschap. Voor de praktijk en meer in het algemeen voor de bevordering van ondernemerschap is dat van groot belang, omdat ondernemingen – ook die van zzp'ers – in de regel starten als eenmanszaak en vaak pas later, als er een samenwerking in een vennootschap met andere partners tot stand komt, als «going concern» worden «ingebracht».

De minister zegde ook toe te onderzoeken of behoefte bestaat aan een regeling voor fusie en splitsing van personenvennootschappen.¹ Ook dat is voor de praktijk een belangrijk onderwerp, zoals blijkt uit de vele fusies en ontvlechtingen van beroepsmaatschappen en bedrijfsmatige samenwerkingen. In de Invoeringswet is in artikel 7:831a slechts een gecompliceerde regeling getroffen voor het geval de onderneming van een vennootschap wordt voortgezet door één vennoot.

Voorts zegde de minister toe te zullen onderzoeken of de thans zeer beperkte mogelijkheid van omzetting van een OVR in een BV ook voor de OV mogelijk kan worden gemaakt en omzetting uit te breiden tot andere rechtsvormen, zoals de NV.³ De beperkingen van de artikelen 7:834–835 zijn echter ook in de Invoeringswet gehandhaafd. Deelt de regering het oordeel dat reeds het toenemende aantal «omzettingen» van beroepsmaatschappen in een NV of BV illustreert dat aan een uitbreiding van de mogelijkheden tot omzetting, fusie en splitsing in de praktijk kennelijk behoefte bestaat? Tot welke resultaten heeft het door hem toegezegde onderzoek geleid? Heeft dat al geleid tot voorlopige of concrete voornemens tot wijziging en aanvulling van de voorliggende voorstellen? Kunnen zodanige voorstellen worden ingepast in de huidige opzet van titel 7.13 zonder dat deze titel opnieuw fundamenteel of in belangrijke mate moet worden veranderd? Welke wijzigingen zouden titel 7.13, respectievelijk de bepalingen dienaangaande in Boek 2 BW behoeven?

3. Juridische aspecten

Definities

Het wetsvoorstel biedt onvoldoende duidelijkheid over het begrip «bedrijf» of «bedrijfsmatige activiteit», menen de leden van de **VVD**-fractie. Het beoogen van vermogensrechtelijk voordeel is één van de

¹ Kamerstukken I, 2006–2007, 28 746, E, p. 3.

² Zie Par. 152 Umwandlungsgesetz (Duitsland), par. 38 en 142 Unternehmensgesetzbuch (Oostenrijk) en artt. 768 e.v. Belgisch Wetboek van Vennootschappen.

³ Kamerstukken I, 2006–2007, 28 746, E, p. 6.

vereisten voor de personenvennootschap.¹ Betekent dit ook dat wanneer op contractuele basis partijen afspreken om bijvoorbeeld gezamenlijk te beleggen teneinde kosten te besparen er al sprake is van «bedrijf», aangezien het besparen van die kosten als vermogensrechtelijk voordeel kan worden aangemerkt? De regering lijkt die mening toegedaan. Betekent dit dan niet tevens dat elke personenvennootschap per definitie geacht wordt bedrijfsmatige activiteiten uit te voeren? Dat kan niet de bedoeling zijn.² Kan de regering opheldering verschaffen?

Dwingend recht

Bij vijfde nota van wijziging is onder meer artikel 822, vijfde lid, gewijzigd. Deze wijziging vond, zo blijkt uit de toelichting, plaats om buiten twijfel te stellen dat ook het eerste lid van dit artikel dwingendrechtelijk van aard is.³ Dit zou uit de formulering blijken, aldus de regering, hetgeen evenwel in het geheel niet herkenbaar is. Kennelijk bevat het wetsvoorstel dwingend recht waar dit niet uit de regeling zelf blijkt. De regeling in het eerste lid van artikel 822 betreft bovendien een regeling waarvan het niet voor de hand ligt dat zij dwingendrechtelijk van aard is, waarop hieronder nog zal worden teruggekomen. De **CDA**-fractie acht het onwenselijk dat er kennelijk dwingend recht besloten ligt in de regeling die niet kenbaar is. Voor de praktijk is van groot belang dat helder is welke bepalingen dwingendrechtelijk van aard zijn en welke niet. Kan de regering aangeven welke bepalingen nog meer dwingendrechtelijk van aard zijn zonder dat dit expliciet in de wettekst is vermeld?

Titel 7.13 bevat meer dwingend recht dan het huidige recht met betrekking tot de maatschap, vof en cv, zo constateren de leden van de **VVD**-fractie. Het wetsvoorstel kent ook nogal wat «verholen» dwingend recht, waarvan ook niet altijd duidelijk is wat de reikwijdte ervan is. Volgens art. 7:821 lid 1 jo. lid 5 kan in het vennootschapscontract niet worden afgesproken dat een vennoot de goederen die hij heeft ingebracht bij zijn uittreden zal krijgen toegedeeld.⁴ Van Veen vraagt zich af of dit betekent dat de vennoten niet buiten het vennootschappelijk contract een koopoptie op dat goed mogen toekennen waarbij, indien de optie wordt uitgeoefend, de koopprijs wordt verrekend met het recht op uitkering van de waarde van diens aandeel in de vennootschap.⁵ Graag een reactie van de regering. Bij uittreding is dwingendrechtelijk voorgeschreven dat de economische waarde vergoed moet worden. Waarom zouden partijen niet desgewenst de boekwaarde of een vast bedrag overeen kunnen komen? In internationale verhoudingen bijvoorbeeld kan een dergelijke dwingendrechtelijke bepaling de bedoeling van partijen flink doorkruisen.

Overgangsrecht

Het overgangsrecht van Titel 7.13 eerbiedigt bestaande rechtsverhoudingen en zelfs aloude namen niet. De leden van de **VVD**-fractie bepleiten eerbiedigende werking van bestaande namen en verhoudingen. Daarmee zou kunnen worden voorkomen dat vele duizenden ondernemers zich noodgedwongen tot juridische specialisten moeten wenden om advies. Hoe beoordeelt de regering dit?

4. OV(R) en flex-BV

Onderscheid

De leden van de **CDA**-fractie vernemen graag het oordeel van de regering over de stelling dat een OV die rechtspersoonlijkheid heeft en een OVR die ingevolge het nieuwe artikel 804 slechts zeer beperkt rechtspersoon is, niet wezenlijk van elkaar verschillen.⁶ Deelt zij de mening van deze leden

¹ Artikel 7:800 lid 1 BW.

² Zie ook prof. mr. W.J.M. van Veen, «De personenvennootschap volgens titel 7.13», *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, 2010(6), p. 220–224.

³ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 065, nr. 17, p. 3.

⁴ «diens aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap toegedeeld aan de overblijvende vennoten».

⁵ Prof. mr. W.J.M. van Veen, «De personenvennootschap volgens titel 7.13», *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, 2010(6), p. 220–224.

⁶ C.R. Huiskes, «Enige beschouwingen rondom het aandeel in een OV(R)», in: prof. dr. P.H.J. Essers e.a., *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 199–208; M.L.M. van Kempen, «Rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht», in: prof. dr. P.H.J. Essers e.a., *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 245–252; M.J. Kroeze, «Rechtspersoon en vennootschap», in: prof. dr. P.H.J. Essers e.a., *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 283–294; P. Van Schilfgaarde, «De opbouw van het vennootschapsrecht», in: prof. dr. P.H.J. Essers e.a., *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 409–421; C.A. Schwarz, «Het nieuwe personenvennootschapsrecht. Enige kritische beschouwingen», in: prof. dr. P.H.J. Essers e.a., *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 439–448; J.J.A. Hamers, «Titel 7.13 BW (vennootschap) en Raaijmakers' «crusade»», *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2009, p. 154–161; M.J.G.C. Raaijmakers, «Vereenvoudiging Titel 7.13 (personenvennootschappen)», *Ondernemingsrecht* 2009, p. 70–81; en J.M. Blanco Fernández, «Privaatrecht Actueel – De rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap: een voorstel», *WPNR* 2009/6816, p. 825–826.

dat handhaving van dit onderscheid de voorstellen, niet het minst ook in vergelijking met het buitenland, voor de praktijk onnodig compliceert en daarom naar verwachting ook tot veel onzekerheid en gerechtelijke procedures zal leiden? Hoe oordeelt de regering over de suggesties om het verschil tussen OV en OVR te schrappen en vervolgens a) alle openbare vennootschappen als rechtspersoon aan te merken, zoals in het ontwerp Van der Grinten (Art. 7.13.1.2 lid 2 BW), dan wel b) dat niet uitdrukkelijk te doen en ondernemers die hun aansprakelijkheid willen beperken te wijzen op de mogelijkheden van de flex-BV?¹ Biedt een flex-BV een werkelijk alternatief voor de contractuele vrijheid in een OV om de onderlinge betrekkingen tussen de vennoten en hun vennootschap te regelen? Vindt de regering een zodanige vlucht in de BV met alle daaraan voor de praktijk verbonden kosten, complicaties en fiscale gevolgen wenselijk?

Voordelen

Kan de regering aan de leden van de **PvdA**-fractie aangeven welke voordelen een ondernemer heeft ten opzichte van samenwerking in een flex-BV, indien hij besluit samen te werken in een OVR of een CVR? Wil de regering deze voordelen uitsplitsen in bedrijfsmatige voordelen, goederenrechtelijke voordelen en fiscale voordelen?

Onduidelijkheid rechtspersoonlijkheid

Een van de meest opmerkelijke veranderingen is de mogelijkheid dat een OV of CV ervoor kan kiezen rechtspersoonlijkheid te verkrijgen. Het onderscheid tussen OV en OVR is door de wijzigingen bij de Invoeringswet vrijwel geheel verdwenen, zij het dat voor verkrijging van rechtspersoonlijkheid de vereiste tussenkomst van de notaris gehandhaafd is.² Voor de praktijk is echter onduidelijk waarop ondernemers hun keuze tussen die twee vormen zouden moeten baseren, zodat veel afhangt van het advies van geraadpleegde deskundigen die echter met dezelfde onduidelijkheden worden geconfronteerd. De OVR wordt immers weliswaar uitdrukkelijk als rechtspersoon aangemerkt, maar artikel 7:804 BW beperkt de betekenis daarvan met zoveel woorden tot titel 7.13 zelf. Het gevolg daarvan is dat een OVR niet, zoals andere rechtspersonen, gebruik kan maken van de faciliteiten van omzetting, fusie en splitsing. Omgekeerd vertonen een OV en een CV in het ontwerp voor titel 7.13 alle kenmerken van een juridisch zelfstandige entiteit die als rechtspersoon wordt aangeduid. Ze hebben een afgescheiden vermogen met verhaalsvoorrang voor zakelijke schuldeisers, een eigen naam waaronder zij deelnemen aan het rechtsverkeer, een eigen woonplaats, inschrijving in het handelsregister als rechthebbende op een onderneming, vertegenwoordiging door besturende vennoten, de bevoegdheid eigen rechten en verplichtingen te verkrijgen, om eisend en verwerend in rechte op te treden, te failleren en zich als afzonderlijk lichaam te ontbinden op een wijze als in Boek 2 BW voorzien voor rechtspersonen. Deelt de regering het oordeel van de leden van de **CDA**-fractie dat daarmee vast staat dat de OV of CV rechtsbevoegdheid bezit? Kan zij, als zij dat oordeel deelt, nader toelichten waarom dat niet, net zoals in het Duitse en Oostenrijkse recht,³ in de wet zelf uitdrukkelijk en met zoveel woorden is vastgelegd om te voorkomen dat ondernemers op onjuiste gronden worden bewogen tot de keuze voor een OVR of CVR?

¹ Zoals bepleit door prof. mr. P. van Schilf-gaarde, «De opbouw van het vennootschapsrecht», *WPNR* 140e jrg. nr. 6822, p. 961–968.

² Artikel 7:802 BW.

³ Zie bijvoorbeeld Par. 124 Handelsgesetzbuch (Duitsland) en Par. 105 Unternehmensgesetzbuch (Oostenrijk).

Overdracht aandelen

Een ander belangrijk punt voor de bruikbaarheid en aantrekkelijkheid hangt daarmee direct samen, t.w. de overdracht (en inbreng) van aandelen. Een OVR-aandeel kan worden overgedragen bij eenvoudige

akte (artikel 821 lid 4), maar voor de overdracht van een OV-aandeel moet dit geschieden op dezelfde gecompliceerde wijze als geldt voor het aandeel in een stille vennootschap (artikel 821 lid 1). Voor de leden van de **CDA**-fractie is onduidelijk waardoor dit voor de praktijk zeer bezwarende verschil wordt gerechtvaardigd nu OV en OVR wat hun juridische zelfstandigheid betreft niet wezenlijk lijken te verschillen. Kan de regering toelichten waarom dit ongerechtvaardigde verschil niet is opgeheven en daarmee ook voor het aandeel in een OV of CV een eenvoudige overdracht bij akte mogelijk is gemaakt?

Draagplicht na ontbinding

De leden van de **VVD**-fractie delen met onder andere Mohr/Meijers, de zorgen over de draagplicht na ontbinding.¹ Samengevat komt het probleem er op neer dat de regering beroepsbeoefenaren, zoals artsen en advocaten, blij lijkt te maken met een dode mus wat betreft de disculpatiemogelijkheid die tegen aansprakelijkheid – hoofdelijke aansprakelijkheid – beschermt. Kan de draagplicht bij een samenloop van ontbinding en disculpatie worden «weggeschreven» in het vennootschapscontract? Indien dit mogelijk is, zou de zich disculperende vennoot niet draagplichtig zijn bij een grote claim, waarvan hij eerder de aansprakelijkheid kon afschudden met een beroep op art. 7:813 lid 2.² Hoe beoordeelt de regering de door de Hamers en Schwarz² voorgestelde tekstaanpassing van art. 7:830 lid 2, nu naar komend recht het faillissement van de vennootschap niet het faillissement van de vennoten met zich brengt?

Opvolging

Titel 7.13 staat niet toe dat vennoten door middel van contractsovername of onder algemene titel opvolgen, zo constateren de leden van de **VVD**-fractie. Opvolging gaat dwingendrechtelijk gepaard met partiële ontbinding jegens de uittredende vennoot.³ Vennootschappen waarvoor de mogelijkheid van overdracht dan wel opvolging onder algemene titel van wezenlijk belang is, komen in de problemen. Onderkent de regering deze problemen? Onderkent de regering tevens dat in dit soort gevallen gekozen zal worden voor een buitenlandse rechtsvorm waar deze beperkingen niet gelden? Hoe beoordeelt zij dit en geeft haar dit geen aanleiding om ten aanzien van de bedoelde vennootschappen de regeling te heroverwegen?

Belastingplicht bij omzetting OVR

De leden van de **PvdA**-fractie constateerden hierboven al dat de keuze voor een bepaalde vorm van personenvennootschap eerder fiscaal dan bedrijfsmatig gedreven lijkt. Zij leiden dat niet alleen af uit het advies van de Raad van State bij de Invoeringswet maar ook uit de Invoeringswet zelf. Maar liefst vier pagina's van deze wet zijn aan belastingwetgeving gewijd. Ook leiden zij dat af uit het schrijven van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs waarover in de Tweede Kamer al uitvoering van gedachten is gewisseld.⁴ Toch wilden zij nog een fiscaal aspect op tafel leggen, dat door de heer Van de Streek is aangesneden in het Maandblad belastingbeschouwingen.⁵

Een BV is dividendbelastingplichtig en een OVR is dat niet. Indien een BV wordt omgezet in een OVR, is geen dividendbelasting verschuldigd, noch over de open noch over de stille winstreserves. Dit wordt niet gecompenseerd door overdrachtsbelasting. Het vermogen van de BV met alle daarin opgenomen (en verstopte) winstreserves gaat zonder dividendbelastingheffing over naar het vennootschapsvermogen, en kan vervolgens zonder dividendbelasting worden uitgekeerd aan de vennoten (zeker als zij in het buitenland wonen en de dividendbelasting dus een eindheffing is). Is deze

¹ A.L. Mohr, bew. door V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen. Naar huidig en toekomstig recht*, Deventer: Kluwer 2009.

² Zie ook mr. J.J.A. Hamers en prof. mr. C.A. Schwarz, «Extern gered! Intern de klos?», *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2011-1, p. 14-18.

³ Artikel 7:818 leden 1 en 4 jo. artikel 7:823 lid 2 BW.

⁴ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 065, nr. 10.

⁵ Mr. drs. J.L. van de Streek, «Fiscale gevolgen van de nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht (Titel 7.13 BW)», *MBB*, augustus 2007, p. 251-263. Dit fiscale aspect – waardoor de schatkist leeg zou lopen – is ook wel aangeduid als «het lek van de eeuw».

redenering juist? Zo ja, zal dit niet leiden tot een massale omzetting van BV's met opgepotte reserves in OVR's louter om fiscale redenen?

5. Artikelsgewijs

Artikel 800

Nederland is, voor zover bekend, het enige land dat stille en openbare vennootschappen in dezelfde wettelijke regeling opneemt, in plaats van de stille vennootschap afzonderlijk als bijzondere vorm van gemeenschap te behandelen en alle openbare vennootschappen bijeen te regelen. Het onderscheid tussen «stil» en «openbaar» blijft – ook na de gedachtewisseling in de Tweede Kamer – reeds voor de praktijk op zich lastig en bezwaarlijk, zo menen de leden van de **CDA**-fractie. Welke vormen van samenwerking, financiering en belegging als stille vennootschap zullen, kunnen of moeten worden aangemerkt blijft onzeker. Voorts betekent dit dat voor de stille vennootschap onnodig de dwingende bepalingen van titel 7.13 gaan gelden, terwijl de OV in goederenrechtelijke zin als een bijzondere vorm van gemeenschap wordt behandeld. Dat roept twijfel op over de vraag of bestaande VOF's, CV's en openbare maatschappen na omzetting in een OV, in goederenrechtelijke zin nog kunnen opereren als zelfstandige dragers van rechten en plichten.¹ De OV en CV worden in de voorstellen immers juist behandeld als een *stille* maatschap waarin nu juist de maten zelf dragers zijn van de rechten en verplichtingen. Dit betekent een bezwarende achteruitgang voor de huidige VOF's, CV's en openbare maatschappen nu die ook worden geconfronteerd met goederenrechtelijke problemen. Een eerste probleem is dat bezittingen en schulden niet toebehoren aan de OV, maar aan de gezamenlijke vennoten. Ten tweede is het «aandeel» van een vennoot in een OV een vorm van deelgerechtigdheid in alle activa en passiva van die OV, en die kan niet op eenvoudige wijze als één geheel bij akte worden overgedragen. In plaats daarvan moet – net zoals bij een stille vennootschap – de deelgerechtigdheid worden geleverd volgens de voor de diverse te leveren goederen geldende vereisten (cessie van debiteuren, separate overdracht van een octrooi, et cetera).²

Dat alles is onnodig gecompliceerd, conflictgevoelig en naar het zich laat aanzien innerlijk tegenstrijdig. OV's zouden daardoor veel minder aantrekkelijk worden dan OVR's (voor OVR's gelden die goederenrechtelijke problemen niet). Nu dat ook geldt voor *bestaande* VOF's en CV's die van rechtswege worden omgezet in OV's, drijft dit, zoals al eerder opgemerkt, ondernemers zonder goede reden in de richting van een keuze voor de OVR. Onnodige lastenverzwaring en juridisering van de praktijk zou zijn voorkomen, en de waardebeoordeling van een aandeel bij overdracht zou aanzienlijk zijn vereenvoudigd – zie daarover ook de opmerkingen hieronder bij artikel 808 – als was voorzien in de mogelijkheid om ook een aandeel in een OV bij eenvoudige akte te leveren. De gecompliceerde levering van afzonderlijke goederen zou dan achterwege kunnen blijven, en ook afzonderlijke cessie en contractoverneming jegens crediteuren en contractspartijen zou dan niet meer nodig zijn. Voor crediteuren maakt dit alles geen verschil, omdat die beschermd blijven doordat zij onverkort hun aanspraken jegens en verhaal op de vennoten behouden, die aansprakelijk zijn en blijven voor de schulden van de OV of CV. Kan de regering toelichten waarom zij het goederenrechtelijke regime van de OV en CV niet laat aansluiten bij dat van de OVR om die hier gesignaleerde problemen weg te nemen, de overdracht van een aandeel in een OV of CV net als dat in OVR of CVR te doen geschieden bij eenvoudige akte, en ook de regeling van de «inbreng» in artikel 832 (verkrijging rechtspersoonlijkheid) te vereenvoudigen? Waarom heeft zij niet de verwarrende regeling van de stille vennootschap uit titel 7.13 BW geschrapt en die, net

¹ In andere landen worden zij dan ook uitdrukkelijk als rechtspersoon dan wel als rechtsbevoegde entiteit of zelfstandig drager van rechten en plichten aangemerkt, terwijl stille vennootschappen onder een andere noemer worden geregeld.

² Artikel 7:821 lid 1, artikel 7:823 lid 3 en artikel 3:186 BW.

als thans, onderworpen aan de regels van titel 3.7 BW en het algemene contractenrecht?

Naar de mening van de leden van de **VVD**-fractie is het niet duidelijk wat de gevolgen zijn als een OVR bij de aanvang wel, maar op een later moment niet meer voldoet aan de vereisten van artikel 7:800 BW. Vindt in een dergelijk geval artikel 7:803 toepassing of geldt dit artikel slechts indien de OVR «van meet af aan» nietig is?

Artikel 801

Als de rechtspersoonlijkheid van de OV (zoals in Frankrijk en het ontwerp Van der Grinten) of haar rechtsbevoegdheid (zoals in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland) wordt erkend, is voor ondernemers als gebruikers van het nieuwe recht geen twijfel mogelijk dat een bestaande VOF, CV en openbare maatschap ook onder de nieuwe titel 7.13 als zelfstandige entiteit kunnen blijven bestaan. Ook de «goederenrechtelijke problematiek» zoals bedoeld in de eerste aantekening bij artikel 800, is dan opgelost. Ondernemers zullen dan ook niet om die reden worden genoodzaakt om hun vennootschap, die van rechtswege een OV is geworden, om te zetten in een OVR. Elke suggestie dat iedere verstandige ondernemer zou moeten kiezen voor een OVR zou dan duidelijk worden weggenomen. Door VNO-NCW en MKB Nederland is bij brief van 6 oktober 2009 aan de Tweede Kamer gesuggereerd daartoe een lid 3 toe te voegen, luidende: «*De openbare vennootschap is bevoegd in eigen naam rechtshandelingen te verrichten, overeenkomsten aan te gaan, goederen te verwerven en te vervreemden, in rechte eisend en verwerend op te treden en kan ingeval van haar insolventie failliet worden verklaard zonder dat zulks noodzakelijk het faillissement van haar vennoten tot gevolg heeft.*» Gaarne vernemen de leden van de **CDA**-fractie het oordeel van de regering over dit voorstel tot verduidelijking.

Artikel 802

Door de wijzigingen ingevolge de Invoeringswet behoeft de notariële akte waarbij een OV rechtspersoonlijkheid verkrijgt nog slechts de naam, het doel en de zetel van de vennootschap te bevatten. Kan de regering aan de leden van de **CDA**-fractie toelichten waarom hij, mede gelet op de hiervoor reeds besproken zeer sterke gelijkenis tussen OV en OVR, desniettemin vasthoudt aan het vereiste van notariële tussenkomst? Waarom is, gelet op het belang van de open en internationaal georiënteerde Nederlandse economie, het eerste lid niet zodanig herzien dat de akte, die slechts de naam, het doel en de zetel van een OVR/CVR behoeft te vermelden, niet slechts in de Nederlandse, maar tenminste ook in de Engelse, Franse, Duitse en Spaanse taal kan worden opgemaakt?

Artikel 804

De leden van de **CDA**-fractie vragen de regering – met het oog op het grote belang voor de praktijk – nauwkeurig aan te geven wat de betekenis van deze bepaling is voor de omvang van de rechtsbevoegdheid van een OVR en die te vergelijken met die van de OV, waarbij zij verwijzen naar hun bovenstaande algemene opmerkingen.

Artikel 806 juncto 812

De regering heeft gesteld dat gezamenlijke aanschaf van een landbouwmachine voor particulier gebruik met als doel kosten te besparen, als stille vennootschap moet worden aangemerkt.¹ Nadat hierop kritiek en zorgen zijn geuit onder meer door VNO/NCW en MKB Nederland en in deze

¹ Zie o.m. *Kamerstukken I 2006/07*, 28 746, E, p. 17–19.

commissie, wekt de regering in antwoord op amendement 22¹ – dat gericht was op het wegnemen van onduidelijkheid op dit punt – de indruk dat onder meer deze gemeenschappelijke gebruiksvormen – de regering noemt overigens alleen carpooling en beleggingsclubjes – ook als gemeenschappelijke eigendom kunnen worden ingericht.²

Deze omslag vergt een nadere toelichting. Het is immers een wezenskenmerk van de bijzondere overeenkomsten – waaronder de overeenkomst van vennootschap – dat als een overeenkomst de eigenschappen heeft die gelden voor een bepaalde bijzondere overeenkomst, de overeenkomst onder de desbetreffende wettelijke regeling valt. Partijen hebben op dit punt geen keuzemogelijkheid. Met andere woorden, het gezamenlijk aanschaffen van een gebruiksobject met het oog op het besparen van kosten is een stille vennootschap of is dat niet. Naar het oordeel van de leden van de **CDA**-fractie zal een dergelijke gemeenschappelijke gebruiksvorm als regel moeten worden geduid als eenvoudige gemeenschap met een gebruiksregeling in de zin van titel 3.7, maar het standpunt van de regering is op dit punt niet eenduidig. Kan de regering zich hierover nogmaals uitlaten en daarbij onder meer aangeven of, en zo ja, onder aanduiding van welke precieze criteria het verwerven van een bepaald goed voor gemeenschappelijk gebruik teneinde kosten te besparen, als stille vennootschap dan wel als eenvoudige gemeenschap in de zin van titel 3.7 moet worden aangemerkt?

De regering heeft in haar brief opgemerkt dat bij faillissement van de vennoten de stille vennootschap niet separaat failliet hoeft te worden verklaard.³ Desondanks voorziet de voorgestelde regeling er in dat ook de stille vennootschap separaat failliet kan worden verklaard. De gemenoteerde opmerking van de regering roept daarom enkele vragen op. Kan de regering aangeven of in geval van faillissement van de vennoten in een stille vennootschap, het vermogen dat behoort tot de stille vennootschap alleen door middel van faillietverklaring van de stille vennootschap als zodanig kan worden uitgewonnen? Zo nee, kan de regering dan aangeven onder welke omstandigheden de stille vennootschap wel zelfstandig failliet dient te worden verklaard om haar vermogen te kunnen uitwinnen?

Artikel 808

De economischedeelgerechtigdheid van een vennoot in het vermogen van de vennootschap valt, zo staat er in dit artikel, in de gemeenschap met zijn levenspartner. Onduidelijk blijft de betekenis van «economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap», en met name of daarin ook de waarde van de *goodwill* van het aandeel is begrepen, die immers niet in het vermogen *van de vennootschap* maar slechts in het privévermogen van de vennoot tot uitdrukking komt. De regeling lijkt conflictgevoelig, niet alleen ingeval van boedelverdeling na echtscheiding van een vennoot, maar ook bij de waardebepaling van het aandeel ingeval van overdracht omdat ook daarbij wordt aangehaakt bij die «economische deelgerechtigdheid».⁴ Dit is conflictgevoelig, waarschijnlijk niet bedoeld en in elk geval hoogst onwenselijk. De leden van de **CDA**-fractie verzoeken de regering hierover haar oordeel te geven.

Artikel 815, eerste lid

In artikel 815, eerste lid, is bepaald dat iedere vennoot voor een gelijk deel in de winst en het verlies van de vennootschap deelt. Van deze regel kan, aldus de tweede volzin van dit artikellid, «slechts worden afgeweken bij overeenkomst van vennootschap». Deze formulering roept de vraag op of het wel mogelijk is dat de vennoten bij unaniem genomen besluit kunnen afwijken van de wettelijke of een in het vennootschapscontract opgenomen winstverdelingsregeling of andere contractuele bepaling. Deze vraag komt mede op bij de leden van de **CDA**-fractie omdat het

¹ Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 31 065, nr. 22.

² Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 31 058, nr. 28, p. 3.

³ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 058, nr. 28, p. 4.

⁴ Artikel 821 en 823.

BV-recht een vergelijkbare regeling kent en er ten aanzien van de BV wordt voorgesteld in de wet op te nemen dat de algemene vergadering – mits unaniem – kan besluiten tot een van de statutaire winstverdelingsregeling afwijkende winstverdeling.

Artikel 817

In de brief¹ aan de Tweede Kamer merkt de regering op dat uit artikel 818 niet volgt dat opvolging door middel van contractsoverneming of fusie of splitsing is uitgesloten. Mag hier door de leden van de **CDA**-fractie uit worden afgeleid dat opvolging door contractsoverneming of fusie of splitsing inderdaad mogelijk is mits dit door partijen is overeengekomen? Als de regering van oordeel is dat dit niet het geval is, uit welk wetsartikel volgt dit dan wel? In verband hiermee speelt de vraag welk redelijk belang er mee is gediend dat de overgang door middel van contractsoverneming, fusie of splitsing onder algemene titel dwingendrechtelijk moet worden uitgesloten?

Naar huidig recht wordt voor investerings- en beleggingsdoeleinden – in de regel – wel gebruik gemaakt van de overdraagbaarheid van de positie van de commanditaire vennoot. Deze commanditaire posities kunnen in dat geval ook zijn bezwaard met een beperkt recht zoals een pandrecht. Indien de regering nu van mening mocht zijn dat uit de voorgestelde titel 7.13 dwingendrechtelijk voortvloeit dat de overdraagbaarheid van genoemde contractuele posities niet langer mogelijk is, kan zij dan aangeven wat de invoering van het wetsvoorstel zou betekenen voor bestaande overdraagbare posities en daarop gevestigde beperkte rechten? Komen deze laatste, nu de overdraagbaarheid komt te vervallen, van rechtswege te vervallen?

Artikel 817 en 818

Blijkens artikel 818, vierde lid, is dit artikel overwegend dwingendrechtelijk van aard. Zo kan in het vennootschapcontract niet worden bepaald dat een vennoot met rechtspersoonlijkheid door zijn ontbinding ophoudt vennoot te zijn. Uitsluitend door het ophouden te bestaan, wordt het uittreden van de desbetreffende vennoot bewerkstelligd, aldus het eerste lid, sub b. Deze bepaling geeft de leden van de **CDA**-fractie aanleiding tot een tweetal vragen.

Zoals bekend blijft een rechtspersoon na ontbinding slechts bestaan voor zover dit ter vereffening van zijn vermogen noodzakelijk is. De rechtspersoon houdt na ontbinding op te bestaan nadat er geen baten meer zijn. In de vereffening dient echter in het geval dat de rechtspersoon vennoot is in een personenvennootschap, diens economische deelgerechtigdheid in de vennootschap te worden betrokken. Deze valt echter slechts open door diens uittreden en daarvoor vereist de wet dat de rechtspersoon ophoudt te bestaan, hetgeen dus niet kan zolang er nog baten zijn. Daardoor lijkt een impasse te ontstaan. Was het niet beter geweest in de wet op te nemen dat een vennoot die rechtspersoonlijkheid bezit, uittreedt doordat zij wordt ontbonden zoals ook thans gebruikelijk is in vennootschapscontracten?

De tweede vraag in dit verband is of het dwingende recht ten aanzien van het vennootschapscontract ook geldt ten aanzien van overeenkomsten buiten het vennootschapscontract. De nieuwe regeling brengt immers mee dat waar in bestaande vennootschapscontracten is opgenomen dat het vennootschapscontract jegens een vennoot of rechtspersoon door ontbinding wordt beëindigd, de gang naar de rechter moet worden gemaakt om de ontbinding te bewerkstelligen. De ontbinding van een rechtspersoon is dan immers een ontbindende voorwaarde in de zin van het tweede lid. In dat geval zullen partijen naar moet worden aangenomen op de voet van het eerste lid sub a, ook kunnen overeenkomen dat de

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 28, p. 4.

vennoot of rechtspersoon uittreedt. Kan de regering aangeven of partijen ook vóórdat de vennootschap of rechtspersoon is ontbonden, buiten het vennootschapscontract kunnen overeenkomen dat de vennoot of rechtspersoon bij diens ontbinding zal uittreden? Kan de regering meer in het algemeen aan deze leden aangeven of bij een overeenkomst als bedoeld in artikel 818, eerste lid sub a, de uittreding van een vennoot afhankelijk kan worden gesteld van het in vervulling gaan van een toekomstige onzekere gebeurtenis?

Artikel 818

Bij de Invoeringswet wordt voorgesteld om aan artikel 818, eerste lid sub b, toe te voegen dat ook het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, dwingendrechtelijk leidt tot het uittreden van een vennoot. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat ook de schuldsaneringsregeling is gericht op het te gelde maken van het vermogen van de failliet, aldus blijkt uit de toelichting.¹ Het is de vraag of dit verstandig is en wel om twee redenen. Met het uittreden van de vennoot valt diens bron van inkomsten weg die noodzakelijk is voor het voldoen van de schulden waarmee het doel van de saneringsregeling wordt gefrustreerd. Daarbij komt dat het partijen vrijstaat om in het vennootschapscontract op te nemen dat de economische deelgerechtigdheid in geval van faillissement of toepasselijkheid verklaring van de schuldsaneringsregeling lager is dan de werkelijke waarde of zelfs op nihil wordt gesteld, zo blijkt ook uit de memorie van toelichting. Deze mogelijkheid is er opdat het gedwongen uittreden niet zal leiden tot uitwinning van het vermogen. Is het vanuit deze optiek niet te prefereren om ten aanzien van de gevolgen van de toepasselijk verklaring van de schuldsaneringsregeling voor het uittreden van de desbetreffende vennoot meer contractsvrijheid te laten? Kan de regering aan de leden van de **CDA**-fractie aangeven of ook is overwogen om ten aanzien van de toepasselijk verklaring van de schuldsaneringsregeling eenzelfde regeling te treffen als ten aanzien van het onbekwaam worden van een vennoot?

Artikelen 821 en 823

Met verwijzing naar de hierboven gemaakte algemene opmerkingen, vragen de leden van de **CDA**-fractie waarom de voorstellen niet voorzien in een vereenvoudigde overdracht van het aandeel in een OV of CV bij eenvoudige akte.

Artikel 821

In artikel 821, eerste lid, is bepaald dat bij het uittreden uit een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, het aandeel van de uittredende vennoot in de goederen die behoren tot de vennootschappelijke gemeenschap, worden toebedeeld aan de overige vennoten. Deze bepaling is blijkens het vijfde lid dwingendrechtelijk van aard, zo constateren de leden van de **CDA**-fractie. Brengt de regeling mee dat in het vennootschapscontract niet kan worden geregeld dat – zoals naar huidig recht niet ongebruikelijk is – een uittredende vennoot bepaalde goederen die behoren tot de gemeenschap bij zijn uittreden zal krijgen toebedeeld? In voorkomende gevallen zal de uitgetreden vennoot die zekerheid wensen en in vennootschapsovereenkomsten pleegt hierin dan te worden voorzien. Indien het antwoord op de gestelde vraag negatief is en dergelijke afspraken niet langer in het vennootschapscontract gemaakt kunnen worden, kunnen de vennoten dan tijdens het bestaan van de overeenkomst onderling afspreken dat de uittredende bepaalde goederen na zijn uittreden, bijvoorbeeld tegen een bepaalde vergoeding, zal kunnen overnemen? Voor de praktijk is duidelijkheid op dit punt van groot belang.

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 065, nr. 16, p. 6.

Artikel 823, eerste lid

Bij vijfde nota van wijziging¹ is ter verduidelijking in het vijfde lid van artikel 823 opgenomen dat ook artikel 823 eerste lid dwingendrechtelijk van aard is. Kan de regering aan de leden van de **CDA**-fractie uitleggen waarom deze bepaling dwingendrechtelijk dient te zijn? In de praktijk is thans heel gebruikelijk dat over de toetreding en opvolging van vennoten bij (verzwaarde) meerderheid kan worden besloten. Daarnaast bestaan ook vennootschappen waarin de positie als vennoot zelfs vrij overdraagbaar is. In de fiscale wetgeving is zelfs nadrukkelijk met de «open» personenvennootschap rekening gehouden. Deze mogelijkheid lijkt nu te worden afgesloten doordat de medewerking van alle vennoten wordt vereist. Hierdoor verkrijgt elke vennoot een vetorecht terzake van deze besluiten. De praktijk wordt door deze beperking te zeer gehinderd.

Artikel 823, eerste lid

Bij vijfde nota van wijziging¹ is in artikel 823, eerste lid, een tweede volzin toegevoegd waarin is bepaald dat de medewerking van de uittredende vennoot aan zijn opvolging ook kan worden verleend nadat de vennootschap ten aanzien van hem reeds is ontbonden, zo lezen de leden van de **CDA**-fractie. Kan hieruit worden afgeleid dat indien in het vennootschapscontract niet is voorzien in opvolging, ook na het uittreden van de vennoot in opvolging kan worden voorzien mits met medewerking van de uitgetreden vennoot? Geldt dit ook indien na het uittreden uit bijvoorbeeld een tweepersoonsvennootschap, één vennoot de onderneming wenst voor te zetten met een opvolger van de uittredende vennoot? Dit lijkt mogelijk met toepassing van artikel 817 lid 1, sub c, maar verduidelijking op dit punt is wenselijk.

Kan de regering toelichten of de wijziging van 823, eerste lid – die lijkt te zijn gericht op het voorkomen van onnodige complicaties bij het uittreden uit bijvoorbeeld twee persoonsvennootschappen zonder dat voor ontbinding in opvolging is voorzien – meebrengt dat ook zijn visie op artikel 817 zou moeten worden herzien? Hiermee wordt bedoeld op het standpunt van de regering dat indien de vennootschapsovereenkomst een bepaling bevat als bedoeld in artikel 817, eerste lid, sub a, de vennootschap steeds algeheel worden ontbonden en moet worden geliquideerd, ook indien alle vennoten de vennootschap wensen voort te zetten? Hier lijken mede gezien de zojuist besproken wijziging van artikel 823, eerste lid, goede argumenten te zijn.

Artikel 823, vierde lid

In de Invoeringswet wordt voorgesteld in artikel 823, vierde lid, op te nemen dat indien bij opvolging blijkt dat de uittredende vennoot draagplichtig is in een verlies jegens de vennootschap, hij dit aan de opvolger dient te voldoen. De positie van de opvolger wordt echter in de systematiek van het wetsvoorstel bepaald door hetgeen in de overeenkomst is opgenomen,² zo constateren de leden van de **CDA**-fractie. Indien nu in de overeenkomst niet is bepaald dat de opvolger treedt in de draagplicht van zijn voorganger, hoe wordt die draagplicht van de uittredende vennoot dan jegens de vennootschap afgewikkeld? Waarom is deze bepaling van dwingendrechtelijke aard gemaakt, zodat partijen de mogelijkheid is ontnomen de draagplicht van de uittredende vennoot met de vennootschap zelf af te wikkelen?

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 065, nr. 17.

² Artikel 7:823 lid 2 BW.

In de literatuur en vanuit de praktijk is veel kritiek geleverd op en twijfelt over het nut en de noodzaak van de dwingendrechtelijke liquidatieregeling van Afdeling 6, ingericht naar het voorbeeld van de regeling voor rechtspersonen in Boek 2 BW. Die is onnodig dwingend en belastend, terwijl de huidige regeling in Titel 3.7 BW in de praktijk goed blijkt te voldoen, menen de leden van de **CDA**-fractie. Zij leidt tot ongewenste gevolgen ingeval niet liquidatie en vereffening, maar een voortzetting van de onderneming wordt beoogd. Deels zijn die bezwaren ondervangen in art. 7:831a, maar de mogelijkheid vervalt dat iedere partner zijn eigen bedrijf dat hij heeft ingebracht weer zelf voortzet als de samenwerking wordt beëindigd. Dit zou dan eerst moeten worden geliquideerd. Slechts met het restant daarvan kunnen zij proberen dan weer een nieuwe onderneming op te starten. Dit leidt tot kapitaalvernietiging. De praktijk is gebaat bij handhaving van de huidige regeling. Kan de regering toelichten waarom Afdeling 6 niet is geschrapt en Titel 3.7 BW – ook voor de OVR – is gehandhaafd? Gesuggereerd is in art. 7:825, derde lid, te bepalen dat bij ontbinding van een OVR of CVR haar vermogen onder algemene titel overgaat op haar vennoten, waarna de afwikkeling geschiedt op dezelfde wijze als bij de OV volgens Titel 3.7 BW. Waarom is die suggestie niet overgenomen?

Artikel 831a

De regeling van artikel 831a die bij Invoeringswet wordt voorgesteld, is erop gericht te bewerkstelligen dat een onderneming na algehele ontbinding van de vennootschap kan worden voortgezet zonder dat zij eerst dient te worden geliquideerd. De voorgestelde regeling voorziet erin dat een dergelijke voortzetting mogelijk is bij voortzetting van de onderneming door een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, zo lezen de leden van de **CDA**-fractie. Gesteld evenwel dat een vennootschap bestaat uit drie artsen en dat zij besluiten de vennootschap te ontbinden, maar na ontbinding elk hun eigen praktijk wensen voort te zetten. Kan dit dan worden gerealiseerd zonder dat zij eerst de liquidatieregeling hoeven te doorlopen? Artikel 831a lijkt niet voor deze situatie te zijn geschreven. Als de regering van mening is dat artikel 831a hiertoe wel de mogelijkheid biedt, kan de regering dan aangeven welke stappen dan moeten worden gezet?

De voorgestelde regeling van artikel 831a brengt voorts mee dat crediteuren van de vennootschap bij voorrang verhaal kunnen nemen op de goederen die voorheen behoorden tot de vennootschappelijke gemeenschap, en die zijn geleverd aan degene die de onderneming voortzet (zesde lid). Deze regeling brengt mee dat de crediteuren van de voortzetter worden achtergesteld bij crediteuren van de ontbonden vennootschap. Deze regeling is niet vanzelfsprekend. Degene die de onderneming voortzet heeft hiervoor immers als regel een goede prijs betaald en de crediteuren van degene die de onderneming heeft overgenomen uit de ontbonden vennootschap, hebben de koopprijs direct of indirect gefinancierd. Het lijkt de leden van de **CDA**-fractie dan ook onjuist dat zij in rang achter worden gesteld bij de crediteuren van de ontbonden vennootschap. De crediteuren van de ontbonden vennootschap kunnen zich bovendien ter verkrijging van voldoening van hun vorderingen richten tot de gewezen vennoten die immers elk aansprakelijk blijven tot voldoening daarvan. De vraag dringt zich daarom op of de voorgestelde regeling wel in balans is.

Kan de regering ook aangeven hoe de rangregeling in het zesde lid zich verhoudt tot zakelijke zekerheidsrechten die door de voortzetter van de onderneming zijn verstrekt? Wellicht kan de regering hierbij ingaan op de

casus dat degene die de onderneming overneemt, ter financiering daarvan een geldlening afsluit bij de bank en de bank een pandrecht bedingt op alle aan de overnemer te leveren goederen. Gaat dan het recht van de gewezen vennootschapscrediteuren boven het pandrecht van de bank? Kan de regering voor deze leden ook de vraag beantwoorden of in het geschetste geval de gewezen vennootschapscrediteuren, bedoeld in het zevende lid, alsnog met succes liquidatie van de onderneming kunnen vorderen indien aan de daarvoor gestelde criteria is voldaan?

Artikelen 832–835

Omzettingen komen in de praktijk zeer veelvuldig voor, niet alleen van openbare maatschappen in een NV, BV of coöperatie, maar ook van een VOF of CV in een BV of NV. De praktijk heeft behoefte aan vereenvoudiging en de voorstellen voorzien daar niet in.

Zoals hierboven reeds opgemerkt in algemene zin, constateren de leden van de **CDA**-fractie dat zelfs een OVR (rechtspersoon) niet direct toegang heeft tot de mogelijkheden die Boek 2 biedt voor omzetting, fusie en splitsing. Een OV heeft zelfs niet de beperkte mogelijkheid die een OVR heeft tot omzetting in een BV. Omzetting van een OV (CV) in een BV of NV staan zij niet toe. Alleen als een OV eerst OVR wordt kan zij zich daarna pas – en dan alleen maar – in een BV omzetten.¹ Maar wil zij een NV of coöperatie worden dan moet zij zich daarna nog een keer omzetten. Daarvoor is telkens een notariële akte en het doorlopen van de gehele procedure nodig, wat onnodig ingewikkeld, belastend, conflictgevoelig en kostbaar voor de praktijk is. Aanneming van de voorstellen dreigt die voor de praktijk zeer wenselijke flexibilisering voor lange tijd te zullen blokkeren. De regering zegde toe deze onderwerpen nader te zullen onderzoeken.

Deze leden vragen de regering de resultaten van haar onderzoek toe te lichten. Deelt de regering het oordeel van deze leden dat die uitbreidingen van de mogelijkheid tot omzetting voor de praktijk wenselijk zijn? Kan zij motiveren waarom die niet reeds in de wijzigingsvoorstellen van de Invoeringswet zijn opgenomen? Is zij voornemens te dezer zake nieuwe voorstellen in te dienen?

Artikel 837, tweede lid

In de literatuur en door VNO-NCW en MKB Nederland is bezwaar gemaakt tegen de aanscherping – ook voor bestaande CV's (!) – van het beheersverbod van de commanditaire vennoot als deze een beslissende invloed uit(oefent) op het optreden van door de besturende vennoten namens de vennootschap. De leden van de **CDA**-fractie delen de zorgen die daaromtrent naar voren zijn gebracht. Juist nu financiering van bedrijven in het MKB en de dienstensector steeds meer tot problemen blijkt te leiden, heeft deze aanscherping een afschrikwekkende werking op ondernemers die bij opvolging als commanditair vennoot hun investering als commanditair vermogen willen laten zitten, maar ook op *private equity* en ander financiële instellingen die als commanditair vennoot een CV willen financieren. Die wijziging in de bestaande praktijk belemmert de financieringspraktijk. De vaagheid van de maatstaf en de lastige meetbaarheid van die invloed leidt tot onzekerheid, juridisering en procedures. Bestaande CV's en de deelnemende vennoten zullen hun contracten en de wijze waarop zij hun *monitoring* en *risk management* inhoud geven, moeten screenen en juridisch advies moeten inwinnen over de invloed die commanditaire vennoten mogen aanwenden op besturende vennoten tot maatregelen bij dreigende insolventie of achterblijvende prestaties, of zij zullen gedwongen worden een andere rechtsvorm te kiezen die *monitoring* door de commanditair niet in de weg staat. Deze leden vragen de regering nader toe te lichten wat hem heeft

¹ Artikel 7:832 BW.

bewogen die wijziging in de huidige regeling ondanks die terechte zorgen te handhaven.

6. Tot slot

Onduidelijkheid vaststelling griffierechten

Het is tevens van belang dat er in de rechtspraak nog steeds onduidelijkheid bestaat over de vraag of in civiele procedures bij de vaststelling van griffierecht, maatschappen en vennootschappen onder firma respectievelijk commanditaire vennootschappen als rechtspersonen moeten worden aangemerkt. In de jurisprudentie kan men voorbeelden vinden van uitspraken waarin samenwerkingverbanden als hier bedoeld als rechtspersoon worden beschouwd.¹ Dit uitgangspunt is ook neergelegd in de «Handleiding tarieven in burgerlijke zaken» van 1 februari 2009, waarin kennelijk geen wijziging is gebracht na de invoering van het nieuwe stelsel van griffierechten². De invoering van het voorliggende wetsvoorstel zal met zich meebrengen dat er samenwerkingsverbanden zullen zijn die van kleur verschieten, zoals een VOF, die een OVR wordt. De leden van de **CDA**-fractie vragen zich af of een en ander geen aanleiding zou moeten zijn om van de gelegenheid gebruik te maken met betrekking tot het griffierechtstelsel duidelijkheid te scheppen. Mede in het licht van de vereenvoudiging van het BV-recht is het dan de vraag of bij het griffierechtstelsel het onderscheid tussen rechtspersoon en natuurlijk persoon nog wel gehandhaafd moet worden. Ligt het niet meer voor de hand om onderscheid te maken tussen de procespartij die rechtspersoon is, of een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf enerzijds en natuurlijke personen anderzijds?

Samenwerkingsovereenkomst

Is het, gesteld dat de onderhavige regeling wordt ingevoerd, voor een eenvoudige ondernemer mogelijk een flexibele en naar eigen wens in te richten samenwerkingsovereenkomst met een collega aan te gaan, en dat door zijn vertrouwde boekhouder op papier te laten zetten, hetgeen thans in de praktijk niet ongebruikelijk is? Welke beperkingen en risico's zijn dan aan zo'n zonder deskundige juridische bijstand gesloten overeenkomst verbonden, zo vragen de leden van de **PvdA**-fractie.

De leden van de commissie zien de antwoorden van de regering met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie,
Van de Beeten

De griffier van de vaste commissie voor Justitie,
Van Dooren

¹ Rb. 's-Gravenhage 9 juli 1996, *LJN* AP0231.

² Wet van 30 september 2010, *Stb.* 2010, 715.