PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2003

Personenvennootschappen

Prof. mr. A.L. Mohr

Prof. mr. M.J.A. van Mourik

Prof. mr. H.M.N. Schonis

KLUWER

PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT' 2003

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2003

Personenvennootschappen

Prof. mr. A.L. Mohr

Prof. mr. M.J.A. van Mourik

Prof. mr. H.M.N. Schonis

KLUWER

ISBN 90-130-0405-9

© 2003 Vereeniging 'Handelsrecht'

Secretariaat van de Vereeniging 'Handelsrecht':
Mr. lic. R.J.A. Bron-Slis
Weena 690, 3012 CN Rotterdam
Postbus 2888, 3000 CW Rotterdam
telefoon 010 224 6410

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 enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover 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 verschuldigde wettelijke vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). 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.

VOORWOORD

Op de vooravond van kerstmis vorig jaar werd het Ontwerp titel 13 van Boek 7 BW aan den volke prijsgegeven. Aanvankelijk hadden de Vereeniging "Handelsrecht" en het Van der Heijden Instituut in gedachte de uit te brengen preadviezen daarover in een gezamenlijke vergadering te bespreken op de datum waarop wij nu het manuscript inleveren. Op onze aandrang werd een onmenselijke tijdsdruk teruggebracht tot normaal gewelddadige proporties. Het resultaat bestaat in hoofdzaak uit twee afzonderlijke nogal verschillend gecomponeerde stukken die elk bestaan uit vier delen, zoals in de muziek niet ongebruikelijk is. Het stuk van Mohr bezingt vooral de obligatoire dat van Van Mourik meer de goederenrechtelijke kant. Een en ander wordt voorafgegaan door een korte ouverture en besloten met een finale van de hand van Schonis; als steeds heeft de fiscalist het laatste woord. Het thema? Laten we het eens anders zeggen: de personenvennootschap in haar diverse arrangementen, waaronder de uitvoering met rechtspersoonlijkheid. Wij hebben er, met dank aan Maeijer, een gedegen aantal kostelijke uren aan gezeten. Hij zelf nog veel meer! Nu is de beurt aan u. En dan spreken wij elkaar hierover op 6 juni a.s. Deo volente.

Tweede Paasdag, 21 april 2003.

A.L. Mohr

M.J.A. van Mourik

H.M.N. Schonis

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING

I. Enkele overwegingen 3

1.1 De belangrijkste discussiepunten 3
1.2 Keuzemogelijkheid; een flexibele oplossing!? 4
1.3 Drie andere opties 5
1.4 Drie opmerkingen 7

II. Kort overzicht van de ontwikkelingen 8

2.1 Het Ontwerp-Van der Grinten van 1972 8
2.2 Ontwikkelingen na 1972 9
2.3 Het Ontwerp-Maeijer 10

DEEL I 13

1. Afdeling 1: Algemene bepalingen 15

1.1 Inleiding 15
1.2 Overeenkomst en rechtsbetrekking 15
1.3 Nauwkeurige omschrijving 16
1.4 Bepaalde aard en structuur 16
1.5 Art. 800 lid 1; de materiële kenmerken van de overeenkomst van vennootschap 17
1.6 Gevolgen van niet voldoen aan een of meer materiële kenmerken 19
1.7 Art. 800 lid 2; gedrag zoals een goed vennoot betaamt 19
1.8 Art. 801 lid 1; de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid 20
1.9 Wat betekent 'gericht zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf'? 21
1.10 Wat betekent 'duidelijk naar buiten optreden onder als zodanig gevoerde naam'? 21
1.11 Art. 801 lid 2; de maatschap 23
1.12 Art. 802; voordelen van rechtspersoonlijkheid 25
1.13 Art. 802 lid 1; de vereisten voor de totstandkoming van een 'OVR' 27
1.14 Het vereiste dat in de overeenkomst is bepaald dat zij rechtspersoon is 28

1.15	Het vereiste dat de overeenkomst in een notariële akte is opgenomen	28
1.16	De vereisten van Nederlandse taal en schriftelijke volmacht	31
1.17	Inschrijving in het handelsregister onder opgave van rechtspersoonlijkheid	31
1.18	Het intreden van de rechtspersoonlijkheid daags na inschrijving	31
1.19	Art. 802 lid 2; een OVR is zelfstandig drager van rechten en plichten	33
1.20	Art. 802 lid 2; de bepalingen van titel 2.1 zijn alleen bij verwijzing toepasselijk	33
1.21	Art. 802 leden 3 en 4; woonplaats en naamvoering	34
1.22	Art. 803; gevolgen van nietigheid van de overeenkomst van vennootschap	34
1.23	Art. 804; de bepalingen van titel 13 zijn van dwingend recht	37
1.24	Aandachtspunten	39
2.	**Afdeling 3: De besturende vennoten; de gebondenheid tegenover derden**	43
2.1	Algemeen	43
2.2	Artikel 809; besturende (en niet-besturende?) vennoten	44
2.3	Besluitvorming	46
2.4	Art. 809 lid 2; wijze van taakvervulling en verantwoordelijkheid	46
2.5	Art. 309 lid 3; periodieke rekening en verantwoording (decharge?)	47
2.6	Art. 810; bevoegdheid tot handelen voor rekening van de vennootschap	48
2.7	Bevoegdheid tot vertegenwoordiging en aansprakelijkheid	50
2.8	Art. 811 lid 1; bevoegdheid tot vertegenwoordigen	50
2.9	Art. 811 lid 2; gevolgen van niet publiceren in het handelsregister	52
2.10	Art. 812; handelen in naam van de maatschap	54
2.11	Art. 813 lid 1; de vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden	55
2.12	Art. 813 lid 2; disculpatie i.g.v. tekortkoming in de nakoming van een opdracht	58
2.13	Aansprakelijkheid van vennoten uit de wet	59
2.14	Art. 813 lid 3; verbondenheid van vennoten van een maatschap	60
2.15	Aandachtspunten	61

3. Afdeling 4: Het voeren van administratie; winst en verlies 64

3.1 Art. 814 lid 1; de administratie 64
3.2 Art. 814 lid 2; het recht op inzage van de boeken 64
3.3 Art. 814 lid 3; de jaarrekening, het opmaken daarvan en het boekjaar 65
3.4 Art. 814 lid 4; vaststelling van de jaarrekening door vennoten of derden 66
3.5 Art. 814 lid 5; de bewaarplicht 67
3.6 Art. 815 lid 1; verdeling van winst en verlies in beginsel naar gelijke delen 67
3.7 Art. 815 lid 2; vaststelling van ieders deel door vennoten of derden 68
3.8 Art. 815 lid 3; het bepaalde t.a.v. de winst geldt ook voor het verlies 70
3.9 Art. 815 lid 4; het beding dat een vennoot niet deelt in de winst is nietig 71
3.10 Art. 815 lid 4: het beding dat een vennoot niet deelt in het verlies is niet nietig 73
3.11 Art. 815 lid 5: bedingen inzake rente of vaste vergoeding voor inbreng 73
3.12 Art. 816 lid 1; gerechtigdheid tot uitkering van het winstaandeel 75
3.13 Art. 816 lid 2; aanzuiveren van het verlies 76
3.14 Aandachtspunten 77

4. Afdeling 7: Verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid; omzetting 79

4.1 Algemeen 79
4.2 Art. 832 lid 1; een bestaande vennootschap kan rechtspersoonlijkheid verkrijgen 80
4.3 Art. 832 lid 2 en lid 3; de vereisten voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid 81
4.4 Art. 832 lid 4; verhaal van schulden na het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid 85
4.5 Art. 832 lid 4; de rechtspersoon treedt in de positie van de vennootschap 85
4.6 Art. 833 lid 1; het opgeven van rechtspersoonlijkheid 88
4.7 Art. 833 lid 2 en lid 3; de vereisten voor het opgeven van rechtspersoonlijkheid 88
4.8 Art. 833 lid 4; verhaal van schulden na het eindigen van de rechtspersoonlijkheid 90

4.9 Art. 833 lid 4; de vennootschap treedt in de positie van de rechtspersoon 91
4.10 Art. 834 lid 1 en lid 6; omzetting van een OVR in een BV 91
4.11 Art. 834 lid 2; de vereisten voor omzetting van een OVR in een BV 92
4.12 Art. 834 lid 3; rechterlijke machtiging tot omzetting van een OVR in een BV 95
4.13 Art. 834 lid 4; verklaring van geen bezwaar en accountants-verklaring 98
4.14 Art. 834 lid 5 en lid 7; inschrijving van omzetting en verjaring van vorderingen 98
4.15 Art. 835 lid 1 en lid 6: omzetting van een BV in een OVR 99
4.16 Art. 835 lid 2; de vereisten voor omzetting van een BV in een OVR 100
4.17 Art. 834 lid 3 en lid 4; rechterlijke machtiging tot omzetting van een BV in OVR 105
4.18 Aandachtspunten 107

DEEL II

1. Inbreng 113

1.1 Inbreng als essentiale van de samenwerking 113
1.2 Wat komt zoal voor inbreng in aanmerking? 113
1.3 De verplichting tot inbreng 114
1.4 Nakoming van de verplichting tot inbreng 116
1.5 De rechtspositie van de inbrenger in een rechtspersoon 117
1.6 Beschikkingsbevoegdheid en uitwinning 118
1.7 Uitwinning, uittreding en toetreding 118
1.8 Het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap en de huwelijksgemeenschap 119
1.9 Aandachtspunten 120

2. Ontbinding en voortzetting van de vennootschap 123

2.1 Inleiding 123
2.2 Faillissement van een vennoot 124
2.3 Opzegging 125
2.4 Relatieve ontbinding 126
2.5 Verdeling na relatieve ontbinding 128
2.6 De vergoedingsvordering 129

2.7	De vergoedingsschuld een 'zaaksschuld'?	130
2.8	Uittreding, toetreding, aansprakelijkheid en verjaring	131
2.9	'Voortduring' met een of meer erfgenamen	132
2.10	Opvolging	134
2.11	Aandachtspunten	136
3.	**Vereffening en verdeling**	137
3.1	Ontbinding, vereffening en afwikkeling	137
3.2	Het toepasselijke recht ten aanzien van de ontbonden vennootschappelijke gemeenschap	137
3.3	De ontbonden vennootschappelijke gemeenschap	138
3.4	De ontbonden maatschapsgemeenschap	139
3.5	De vereffenaars	139
3.6	De vereffening	140
3.7	De verdeling	140
3.8	Economische deelgerechtigdheid; de kapitaalrekening	142
3.9	Inbreng en afwikkeling	143
3.10	Einde van de vereffening	144
3.11	Aandachtspunten	144
4.	**De commanditaire vennootschap**	145
4.1	Inleiding	145
4.2	De commanditaire vennootschap	145
4.3	De commanditaire vennoot	146
4.4	Inbreng	147
4.5	De commanditaire vennootschap op aandelen	148
4.6	Handelend optreden van de commanditaire vennoot	148
4.7	Het uitoefenen van beslissende invloed door de commanditaire vennoot	149
4.8	Naamgeving en aansprakelijkheid	153
4.9	'Delen' in het verlies; inbreng	153
4.10	De commanditaire vennootschap met één besturende vennoot	154
4.11	Aandachtspunten	155

DEEL III

1.	**Inleiding**	159
2.	**Actuele fiscale aspecten van maatschappen en vennootschappen**	160
2.1.	Algemeen; inkomsten- en vennootschapsbelasting	160
2.1.1	De maatschap en de vennootschap onder firma	160
2.1.2.	De commanditaire vennootschap	161
2.2.	De afgrenzing tussen aan inkomsten- en aan vennootschapsbelasting onderworpen subjecten	162
2.2.1.	Belastingplicht in de vennootschapsbelasting; rechtspersoonlijkheid	162
2.2.2.	Nadere afbakening	162
2.3.	Andere fiscale aspecten van personenvennootschappen	166
2.3.1.	Het transparantie-beginsel	166
2.3.2.	Transparantie en subjectbenadering	168
2.3.3.	Subjectbenadering, inbreng in en vervreemding van een vennootschappelijk aandeel	169
2.3.4.	Overlijden van een vennoot	171
3.	**Fiscale aspecten van wetsvoorstel 28 746**	173
3.1.	Algemeen	173
3.1.1.	Rechtspersoonlijkheid en vennootschapsbelasting	175
3.1.2.	Verband met de deelnemingsvrijstelling; buitenlandse samenwerkingsverbanden	176
3.2.	Het winstoogmerk	178
3.3.	De inbreng	179
3.4	Het onderscheid tussen de OVR en de OV	179
3.5.	Ontbinding en voortzetting van de vennootschap	180
3.6.	Wijziging van de rechtsvorm	182
3.7.	De commanditaire vennootschap	183
3.8.	Gevolgen voor andere fiscale wetten	183
4.	**Slot**	184

INLEIDING

Prof. mr. A.L. Mohr

INLEIDING

Alvorens mij te zetten aan een zakelijke behandeling van de onderwerpen waarvan mijn mede-preadviseurs en ik hebben afgesproken dat die door mij zullen worden behandeld, permitteer ik mij een korte, enigszins persoonlijk getinte, beschouwing te wijden aan het ontwerp als geheel.

I. Enkele overwegingen

1.1. De belangrijkste discussiepunten

Aan het thans voorliggen in de Tweede Kamer van dit stuk nr. 28 746 houdende een voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek, is een langdurig proces vooraf gegaan. Een 'voortrein' in het kader van de totstandkoming van het Nieuw BW – zoals ooit de bedoeling was – is het niet geworden; eindelijk sukkelt dit treintje, met acht wagons, nu dan de overkapping binnen.
Oorzaak van deze vertraging is ongetwijfeld vooral geweest de heftige discussie, en de daaruit voortgekomen onenigheid en onzekerheid, die is losgebrand rond de vraag of het nu wel of niet een goed idee was om, zoals Van der Grinten deed in zijn ontwerp van 1972, alle openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid te verlenen. In mindere mate speelde ook de vraag of de classificatie van rechtsvormen op basis van het onderscheid beroep/bedrijf niet eindelijk eens diende te worden afgeschaft, nadat dat – omwille van behoud van het 'cachet' van het vrije beroep – in 1934 op het nippertje aan die dans was ontsprongen.[1] Dat laatste pleit is bij aanname van dit ontwerp dan nu beslecht: alle openbare vennootschappen worden als het ware 'vennootschap onder firma'; het onderscheid beroep-bedrijf zal voortaan als rechtsvorm-bepalend criterium geen rol meer spelen. Maar het andere discussiepunt is nog niet de wereld uit!

De vraag wèl of niet rechtspersoon, wordt in dit ontwerp beantwoord met: 'Die keuze moeten de vennoten zelf maar maken; rechtspersoon of geen rechtspersoon, het kan allebei!' Ter ondersteuning van dit voorstel worden in de memorie van toelichting op het ontwerp (hierna: MvT) tal van argumenten aangevoerd, veelal niet zozeer van principiële als wel van praktische aard. Ik noem hierna kort de m.i. belangrijkste. Op deze wijze, zo lezen wij, behoeven krachtens overgangsrecht niet alle openbare vennootschappen de rechtspersoonlijkheid in te worden gedreven. Door het bieden van een keuzemogelijkheid wordt rechtsonzekerheid voorkomen over de positie die zou

---

[1] Vgl. Mohr, Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, vijfde herziene druk, Gouda Quint 1998, p. 71.

worden ingenomen door samenwerkingsverbanden die niet zouden voldoen aan de (naar het oordeel van de ontwerpers) noodzakelijkerwijs vereist te stellen formaliteiten voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Zou er niet ook een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid bestaan dan zouden samenwerkingsverbanden immers desondanks kunnen handelen onder een gemeenschappelijke naam en dus kan er niet aan worden ontkomen ook dit soort openbare vennootschappen – zonder rechtspersoonlijkheid – te erkennen en te regelen. Een keuzemogelijkheid is niet bezwaarlijk, zo wordt betoogd, omdat een eerder gemaakte – later misschien betreurde – keuze, niet definitief is maar met voortbestaan van de vennootschap altijd weer kan worden herzien. Rechtspersoonlijkheid heeft, zo wordt benadrukt, zeker zijn voordelen, maar deze liggen uiteindelijk toch uitsluitend op het terrein van het goederenrecht en voor wat deze inderdaad complexe goederenrechtelijke problematiek van de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid betreft, worden in dit ontwerp een aantal voorstellen gedaan waardoor bestaande controverses worden opgelost. Ook in het buitenland – verwezen wordt o.m. naar het Verenigd Koninkrijk en België – komen personenvennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid voor. Kortom een keuzemogelijkheid ligt, zo betogen de ontwerpers, voor de hand en biedt, in overeenstemming met de wensen van de praktijk (waarbij natuurlijk ook altijd fiscale overwegingen een rol zullen spelen), een flexibele oplossing. Aldus parafraseer ik een aantal op deze keuzeproblematiek betrekking hebbende passage's uit de MvT.

1.2 Keuzemogelijkheid; een flexibele oplossing!?

Waar het ontwerp hier spreekt van een (flexibele) 'oplossing', is mijn bezwaar nu juist dat hiermee mijns inziens niets is opgelost! De wetgever staat voor een keuzeprobleem en door er voor te kiezen die keuze niet te maken, is dat probleem natuurlijk niet opgelost! Het probleem wordt alleen verplaatst naar de vennoten in de praktijk die alsnog zelf een keuze zullen moeten maken *'die het best past bij hun concrete wensen en omstandigheden'*, zoals de MvT het zegt. Die mogen straks dus kiezen; maar voor hen en hun adviseurs zal het praktisch niet mogelijk zijn een bewuste keuze te maken voor dát alternatief dat voor hen het meest passend is. Daarvoor zijn de verschillen, de voor- en nadelen van de beide alternatieven, niet concreet en evident genoeg[2], ook niet – maar dat moeten we later in dit preadvies nog maar eens zien – waar het de fiscale kant van de zaak betreft.

---

2 Timmerman, Ondernemingsrecht 2003, 4, p. 97, voorstander van de in het ontwerp geboden keuzemogelijkheid zegt het zo: 'Partijen bij een openbare vennootschap mogen zelf beslissen of de techniek van de rechtspersoon voor hun samenwerkingsverband doelmatig is. Aan het zijn van rechtspersoon zijn mijns inziens weinig materieelrechtelijke gevolgen verbonden.'

Dat maakt ook dat de op het eerste gezicht aantrekkelijke mogelijkheid om een vermeend verkeerde eerder gemaakte keuze later te herzien, geen soelaas kan bieden, omdat – als al evident mocht zijn dat een gerezen bezwaar dat kleeft aan de eerder gekozen structuur inderdaad kan worden weggenomen door alsnog voor het alternatief te kiezen – het zeker niet eenvoudig zal zijn om te voorzien of de keuze voor het alternatief niet juist weer andere onvermoede bezwaren zal oproepen. Wie straks aan een aardappelboer die wil samengaan met een collega of een CEO van een multinational die een internationale joint-venture overweegt, in een paar woorden kan uitleggen of hij er 'zijn concrete wensen en omstandigheden in aanmerking genomen' beter aan doet voor een vennootschap mét of een zónder rechtspersoonlijkheid te kiezen, die gaat een grote toekomst tegemoet![3]
Men kan er natuurlijk ook vanuit gaan dat straks blijkt dat het de praktijk allemaal niet zoveel uitmaakt[4] en dat de 'keuze' meer door een soort mode of door 'standing' of door willekeurige omstandigheden, dan door gearticuleerde argumenten zal worden bepaald (zoals dat in ons land ook bij de keuze tussen een NV en een BV tot op zekere hoogte het geval is). Maar ook dat kan natuurlijk geen motief zijn voor het als wetgever achterwege laten van een eigen keuze, al was het maar uit overwegingen van rechtseconomie. Waarom twee regelstelsels – met allebei hun denkwerk verschaffende eigenaardigheden – om één en dezelfde rechtsvorm te regelen?

1.3 Drie andere opties

Ik kom nog even terug op het misschien toch wel belangrijkste, door de ontwerpers tegen het maken van een eenduidige keuze voor rechtspersoonlijkheid voor alle openbare vennootschappen aangevoerde, bezwaar. Dat bestaat daarin dat, naar hun oordeel, enerzijds – omwille van de rechtszekerheid – formele totstandkomingseisen voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid niet kunnen worden gemist, terwijl anderzijds niet zal kunnen worden voorkomen dat door samenwerkingsverbanden gehandeld wordt onder een gemeenschappelijk gevoerde naam ook zonder dat aan die vereisten is voldaan. Dit probleem kan mijns inziens (inderdaad: door het maken van keuze's!) op drie manieren worden opgelost.
De eerste is dat men uiteindelijk toch maar afziet van het stellen van formele vereisten voor het verkrijgen door een openbare vennootschap van de status van rechtspersoon: het enkele *op voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten treden onder een door haar als zodanig gevoerde naam*, brengt

---

3 Zie Raaijmakers, WPNR p. 250 waar hij schrijft: 'Opmerkelijk is dat een OVR niets nieuws brengt, niet voor de partners, noch voor derden of de fiscus, maar wel leidt tot hoge notaris-, adviseurs- en overdrachtskosten en belasting voor onroerende zaken.

4 In deze zin Huizink, WPNR 6524, p. 227.

dan voor de vennootschap de status van rechtspersoon mee. Dat was het systeem dat door Van der Grinten destijds werd voorgesteld maar dat in dit ontwerp van de hand wordt gewezen omdat het bepalende criterium te vaag zou zijn en teveel rechtsonzekerheid zou opleveren. Overigens is dat een gevoelen waarvan het realiteitsgehalte door de ontwerpers niet nader wordt geadstrueerd.
De tweede oplossing zou kunnen zijn, dat – omwille van de rechtszekerheid en ter voorkoming van teveel problemen van overgangsrecht – wel formele totstandkomingsvereisten worden gesteld voor het verkrijgen van de status van rechtspersoon, bijvoorbeeld (dat is het eenvoudigste en goedkoopste) inschrijving in het handelsregister of desnoods – zoals dit ontwerp doet – ook nog een notariële akte. Hoe dan ook zal, bij gelijkstelling van beroep en bedrijf, iedere openbare vennootschap steeds tot inschrijving in het handelsregister verplicht zijn. (In het geval een notariële akte wordt vereist zal deze akte daarbij moeten worden getoond.) Aan het eventueel handelen onder 'gemeenschappelijke naam' zónder inschrijving in het register zijn (ook naar de regels van dit ontwerp) de gevolgen verbonden als thans verwoord in art. 29 WvK. Die gevolgen zijn voor betrokkenen voorwaar niet aantrekkelijk.[5] Dat betekent naar mijn stellige overtuiging dat het fenomeen van illegale/informele openbare vennootschappen, waar de ontwerper zo bang voor is zich – na verloop van een redelijk te bemeten periode van overgangsrecht – stellig maar hoogst zelden voordoen. Uit de MvT blijkt mij niet dat de ontwerpers deze tweede optie serieus hebben overwogen.
Dan zie ik nog een derde optie. In het ontwerp zijn allerlei thans bestaande controversen ten aanzien van het vennootschapsgoederenrecht opgelost[6], een probleem van het keuzesysteem van het ontwerp is dat daardoor tal van zaken apart geregeld moeten worden voor openbare vennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid en een probleem is bovendien dat het blijkbaar nodig is om allerlei ingewikkelde formele eisen te stellen voor het verkrijgen en eventueel weer opgeven van die rechtspersoonlijkheid waarvan iedereen het erover eens is dat die uiteindelijk maar weinig echte voordelen heeft. Dat allemaal tezamen roept de vraag op: waarom zouden wij daar dan eigenlijk aan beginnen? Waarom zouden we twee regelstelsels in de wet opnemen voor een en dezelfde rechtsvorm? Alom klinkt bovendien de roep om BV's met een meer contractueel bepaalde structuur. Laat ons dan beter die weg inslaan en ons bij de vernieuwing van het recht richten op de creatie van een joint-venture BV, van een BV met (ook) persoonlijk aansprakelijke aandeelhouders en van een BV die – op basis van een aandeelhoudersovereenkomst – niet door een 'bestuur' maar door de aandeelhouders zelf wordt bestuurd; BV's kortom die in uiteenlopende opzichten de openbare perso-

5 Zie hierna bij de behandeling van art. 811 lid 2 ontwerp.
6 Timmerman, Ondernemingsrecht 2003, 4, p. 97, geeft daarvan een enthousiaste opsomming.

nenvennootschap nabij komen. En laten we ons dan voor wat de inhoud van deze titel 13 van Boek 7 betreft tevreden stellen met een regeling van de stille vennootschap en de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid en deze titel niet belasten met een min of meer overbodige gewichtigdoenerige hybride 'vreemde eend' in de bijt en allerlei ingewikkelde regelgeving daar omheen. Het enige wat we dan nodig hebben is een regeling voor de omzetting van een openbare vennootschap in een BV; daar is toch niet per se de tussenstap naar een OVR voor nodig, lijkt mij. Misschien is – als we dan echt zo vreselijk ingewikkeld moeten doen over die rechtspersoonlijkheid – deze laatste optie eigenlijk nog maar de beste.[7] Alles kan ten slotte, maar het moet wel conceptueel en overtuigend gebeuren![8] Dan moet dit boemeltje nog maar even wachten en later aan zijn dienstregeling beginnen met wat minder wagons. Niemand – behalve het notariaat misschien[9] – staat bij mijn weten echt te popelen om er op te springen.[10]

1.4 Drie opmerkingen

Mijn eerste opmerking sluit min of meer aan bij de vorige paragraaf. Het voorliggende ontwerp omvat, en vooral daardoor is het zoveel omvangrijker dan het Ontwerp-Van der Grinten van destijds, een speciaal op de personenvennootschappen afgestemde vereffeningsregeling die zeven artikelen en 25 bepalingen telt. Moet er – terwijl men alom aandringt op deregulering – nu werkelijk nog weer een zo relatief uitvoerige en specifieke vereffeningsregeling bij komen? Is dat nou nodig een vereffeningsregeling die zich, zoals de MvT zegt, *'situeert tussen'* die van de 7e titel van Boek 3 en die van titel 1 van Boek 2 en past dat wel in de gelaagde structuur van ons BW? Doen

---

7 En wellicht kan dan vanaf de andere kant van de zee-engte tussen titel 7.13 en Boek 2, de 'gap' nog worden verkleind door te bouwen aan een personenvennootschap (niet-rechtspersoon) met beperkte aansprakelijkheid.

8 Zie in dit verband Raaijmakers t.a.p. pp. 247/248 die meer ingrijpende herschikkingen voorstaat. Zie ook Raaijmakers t.a.p. p. 252/253.

9 Inderdaad laat de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, waarin het notariaat naar vanzelf spreekt ruim is vertegenwoordigd, in haar Rapport aan de vaste Tweede Kamer commissie voor Justitie (hierna Rapp. Gecomb. Cie) weten: 'De behoefte in de praktijk aan een nieuwe moderne regeling is groot en de Gecombineerde Commissie juicht de invoering dan ook zeer toe. In het bijzonder geldt dit voor de invoering van de keuze aan vennoten om rechtspersoonlijkheid toe te kennen aan de openbare vennootschap.' De Commissie wijst er daarbij op dat er in Nederland thans ruim 150.000 vennootschappen onder firma en bijna 8000 cv's in het handelsregister zijn ingeschreven en dat er daarnaast dan nog een onduidelijk (groot) aantal maatschappen bestaat in de sfeer van de vrije beroepen en het agrarische gebeuren.

10 In de 'aandachtspunten' die in het hierna volgende aan elk hoofdstuk zullen worden toegevoegd zal op de door de ontwerpers niet gekozen alternatieve mogelijkheden niet (steeds) weer worden teruggekomen.

wij daarmee niet ook de moeizaam totstandgebrachte maar uiteindelijk hoogst ingenieus gestructureerde gemeenschapstitel ernstig tekort? Maar goed, dat is hier nu niet mijn onderwerp maar dat van een van mijn medepreadviseurs! Met u, ben ik benieuwd wat hij er van vindt![11]

Mijn tweede opmerking is dat opvalt dat de ontwerpers niet zoiets in het ontwerp hebben opgenomen als een 'beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid', naar het voorbeeld van de Anglo-Amerikaanse Limited Liability Partnership of de Duitse pendant daarvan de Partnerschaftsgesellschaft. Ik laat de MvT zelf aan het woord. *'Er is van afgezien om in dit wetsvoorstel de in het buitenland wel bekende figuur van de beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid apart te regelen. Wil men beperkte aansprakelijkheid van de vennoten realiseren, dan staat de figuur van de kapitaalvennootschappen hiertoe open. Voorts wordt de omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een B.V. (waarna deze desgewenst kan worden omgezet in een N.V.) mogelijk gemaakt in artikel 834.'* Gezien dit gegeven zullen nadere beschouwingen over het eventuele voor en tegen van een dergelijke, op zichzelf zonder twijfel intrigerende en in bepaalde kringen hoogstwelkome, rechtsfiguur in het hierna volgende achterwege blijven.[12]

Dan een laatste opmerking (en zoals dat heet: 'maar niet de minste'). Alle moeite die er voor nodig is om ergens gedegen kritiek op te leveren neemt een weldenkend mens natuurlijk alleen als hij het object daarvan ook die moeite waard vindt. Laat over dat laatste in dit geval geen twijfel bestaan! Ziet u gerust de mate en omvang van mijn commentaar als rechtevenredig aan mijn ontzag voor de door de ontwerpers verrichte inspanningen.

II. Kort overzicht van de ontwikkelingen

2.1 Het Ontwerp-Van der Grinten van 1972

In het Ontwerp Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte, was een voorontwerp opgenomen voor titel 7.13 van de hand van Van der Grinten. Dit Ontwerp - Van der Grinten dat dateert uit 1972 telde drie afdelingen (omvattende respectievelijk 20, 4 en 3 artikelen): 1: Algemene bepalingen, 2: Vennoot-

---

11 Inmiddels weet ik wat Van Mourik hier van vindt. Hij spreekt van een 'gelukkige beslissing'!

12 Zie hierover WPNR 6524, de Kluiver, p. 207 en Raaijmakers p. 249. De Gecomb. Cie acht het wenselijk dat nader onderzoek wordt gedaan naar de mogelijkheid een dergelijke rechtsfiguur in de Nederlandse wetgeving te introduceren.

schap onder Firma en 3: Commanditaire Vennootschap. In de eerste afdeling werd onderscheiden tussen openbare vennootschappen (de vennootschappen die *'handelen onder gemeenschappelijk naam'*) en stille vennootschappen waarbij dat niet het geval is. Alle openbare vennootschappen zijn rechtspersoon, zo bepaalde het ontwerp, de stille niet. Wel had de stille vennootschap een afgescheiden vermogen. Openbare vennootschappen-rechtspersoon zijn dus volgens dit ontwerp: (i) de openbare maatschap van beroepsbeoefenaren, (ii) de vennootschap onder firma waarin een bedrijf wordt uitgeoefend en (iii) de commanditaire vennootschap.
Het verschil tussen de in de eerste afdeling geregelde *openbare vennootschap* (bestemd voor beroepsbeoefenaren) en de in de tweede afdeling geregelde *vennootschap onder firma* (tot uitoefening van een bedrijf) zou voornamelijk daarin bestaan dat de vennoten van de eerste *naar gelijke delen* en die van de laatste *hoofdelijk* verbonden zouden zijn (naast de rechtspersoon) voor de verbintenissen van de vennootschap.
Het onderscheid op basis van het verschil tussen *niet* en *wel* bedrijfsmatige (commerciële) activiteiten bleef gehandhaafd *omwille van de traditie* en omdat dat *in andere landen ook het geval was*.
Als categorieën konden dus op basis van Ontwerp-Van der Grinten worden onderscheiden: de stille vennootschap (beroep of bedrijf), de openbare vennootschap (beroep), de vennootschap onder firma (bedrijf) en de commanditaire vennootschap (bedrijf).
Over de merites van dit ontwerp werd, zoals eerder al ter sprake kwam, vervolgens uitvoerig gediscussieerd.

2.2 Ontwikkelingen na 1972

Het Ontwerp-van der Grinten is verder blijven liggen; iedereen werd er na een tijdje een beetje moe van.[13] De tijd verstreek. In 1992 is de bestaande maatschapsregeling verhuisd van de negende titel van boek IV Oud-BW naar titel 9 van Boek 7A NBW (de rommelzolder van de nog niet gerenoveerde bijzondere overeenkomsten). Daarbij vond aanpassing plaats aan de terminologie van het NBW en bovendien kwam de vereffening van ontbonden vennootschappen (waarvoor in het toenmalige art. 1689 werd verwezen naar het erfrecht) te vallen onder de tweede afdeling van de gemeenschapstitel, de 7de titel van Boek 3. Dit laatste ging gepaard met de algemeen als bezwaarlijk ervaren voorziening dat geen 'automatische' verblijving van goederen meer mogelijk was in gevallen van uittreden en opvolgen. Voortaan moest, zo bepaalt art. 3:186, *levering* (ten titel van *overgang*) plaatsvinden

13 In 1974 werd in de vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' een preadvies besproken van Prof. mr. P. van Schilfgaarde en mr. A.G. van Solinge getiteld: 'De vennootschap volgens het ontwerp B.W.', Tjeenk Willink, Zwolle 1974.

van het onverdeeld aandeel in elk gemeenschapsgoed afzonderlijk! Dat gaf enige consternatie.Van de gelegenheid van de verhuizing werd gebruik gemaakt om onder de bepalingen van de maatschapstitel enig dor hout te kappen en een enkele bepaling een facelift te geven. Maar verder bleef alles bij het oude.
Ook doctrine en jurisprudentie leverden intussen nauwelijks enige duidelijk nieuwe gezichtpunten op. Of het moest zijn dat steeds meer werd gepropageerd en aanvaard dat niet alleen de vennootschap onder firma maar ook de openbare maatschap en de CV met slechts één beherend vennoot (CV+1) een afgescheiden vermogen moest worden toegedacht. De Hoge Raad wilde daar overigens niet volmondig aan![14] Verder leed ook het onderscheid beroep-bedrijf in steeds sterkere mate een zieltogend bestaan waardoor de openbare maatschap opschoof in de richting van de VOF.[15]
In de tweede helft van de jaren negentig, of daaromtrent, aanvaardde Maeijer c.s. de opdracht een nieuw ontwerp te maken voor titel 13 van Boek 7 BW.

2.3 Het Ontwerp-Maeijer

Maeijer c.s. (hierna ook: 'de ontwerpers') baseerden zich bij het maken van dit ontwerp, behalve op eigen gewortelde kennis van zaken, op (i) het Ontwerp-Van der Grinten en het daarop geleverde commentaar en op wat er verder alzo in de laatste 30 jaar over de personenvennootschappen geschreven is[16], op (ii) de uitkomsten van een door hem georganiseerde consultatie van allerlei maatschappelijke organisaties[17] waarvan de resultaten onderwerp van bespreking zijn geweest in de Vereeniging 'Handelsrecht' op 6 november 1998[18] en op (iii) recente wetgevingsactiviteiten op het terrein van de personenvennootschappen in o.m. Verenigd Koninkrijk en België waarvan hij in de MvT melding maakt en andere buitenlandse rechtsregels.[19]

---

14 Vgl. Bijvoorbeeld: HR 1-7-1993, NJ 1993, 687 (Ardross Engeneering)

15 Zie o.m. de arresten HR 5-11-1976, NJ 1977, 586 (Moret Gudde Brinkman) en 22-11-1989 NJ 1990, 674 (Muramatsu).

16 Niet in de laatste plaats door Maeijer zelf!

17 Het betrof hier een Notitie met vraagpunten door Maeijer voorgelegd aan de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen en de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf.

18 Daarvan wordt verslag gedaan in 'Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvenootschappen', Tjeenk Willink, 1999. Zie ook MvT p. 6.

19 Ter voorkoming van onnodige herhaling zal ik in het onderstaande slechts bij hoge uitzondering verwijzen naar het Ontwerp-Van der Grinten en andere bronnen waarnaar in de MvT op dit ontwerp stelselmatig wordt verwezen. Ook naar de nadere vindplaats in de MvT zal ik niets steeds verwijzen als ik refereer aan de toelichting die daar gegeven wordt bij het artikel waarvan ik de inhoud bespreek.

Naar de regels van dit Ontwerp-Maeijer dienen vijf soorten vennootschap te worden onderscheiden: de maatschap (of stille vennootschap), de openbare vennootschap (de 'OV'), de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (de 'OVR'), de commanditaire vennootschap (de 'CV') en de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (de 'CVR').[20] Vergeleken bij het huidig recht zijn er dus twee categorieën bijgekomen, de OVR en de CVR, en is er één komen te vervallen: de openbare maatschap. Alle openbare vennootschappen zijn verplicht tot inschrijving in het handelsregister. De Handelsregisterwet 1996 en het Handelsregisterbesluit, zullen daartoe moeten worden gewijzigd!
Het Ontwerp-Maeijer kent niet drie maar acht afdelingen en niet 27 maar 38 artikelen. De afdelingen zijn de volgende: 1. Algemene bepalingen, 2. Inbreng, 3. De besturende vennoten; de gebondenheid tegenover derden, 4. Het voeren van administratie; winst en verlies, 5. Ontbinding en voortzetting van de vennootschap, 6. Vereffening en verdeling, 7. Verkrijging en opgeven van rechtspersoonlijkheid; omzetting, 8. De commanditaire vennootschap.[21]

---

20 Van de aanduidingen 'OV', 'OVR', 'CV' en 'CVR' zal ik mij in het onderstaande zelden of nooit bedienen; ik kan er nog slecht aan wennen en had bovendien op school al een hekel aan aanduidingen als 'Natte His' e.d.

21 Wat mij in deze, over het geheel genomen, overtuigende en helder volgordelijke indeling intrigeert, is dat de commanditaire vennootschap daarin de plaats krijgt van een soort wormvormig aanhangsel.

DEEL I

Prof. mr. A.L. Mohr

1. Afdeling 1: Algemene bepalingen

1.1 Inleiding

Op de overeenkomst van vennootschap is, buiten de bepalingen van deze titel 13, het overeenkomstenrecht van toepassing (met name de titels 3.2 en 6.5). Ook naar het nieuwe recht kan de vennootschapsovereenkomst m.i. gekwalificeerd worden als een wederkerige overeenkomst met een 'do ut des' karakter.[22] Ieder van de vennoten verplicht zich tot inbreng van een prestatie[23] en tot samenwerking met de andere vennoten en krijgt daarvoor (het recht op) een aandeel in de gezamenlijk behaalde winst terug.
In de MvT[24] wordt gewag gemaakt van de mogelijkheid dat bepalingen van algemeen vermogensrecht door de inhoud van titel 13 uitdrukkelijk buiten werking worden gesteld of dat bepalingen van vermogensrecht buiten toepassing dienen te blijven omdat deze zich niet verdragen met bijzondere bepalingen van vennootschapsrecht. Voorbeelden van het eerste zijn de artikelen 6:265 t/m 6:297 die in art. 820 lid 3 met zoveel woorden als niet op een vennootschap van toepassing worden verklaard. Hetzelfde geldt voor de buiten toepassing verklaring van de bepalingen van titel 7 van Boek 3 in art. 825 lid 4. Maar ook impliciet worden bepalingen van vermogensrecht buiten werking gesteld; een voorbeeld daarvan wordt gevonden in het bepaalde in art. 805 lid 3, dat inhoudelijk afwijkt van hetgeen art. 6:15 lid 2 bepaalt en het bepaalde in art. 813 lid 3 voorzover dat niet strookt met art. 6:102 lid 1. Ook het bepaalde in artikel 6:24 BW zal niet van toepassing zijn indien een vennootschap op grond van een toekomstige onzekere gebeurtenis wordt ontbonden. Een voorbeeld van het tweede, een regeling die zich niet verdraagt met de bijzondere bepalingen van vennootschapsrecht, kan mijns inziens worden gevonden in de niet toepasselijkheid op de overeenkomst van vennootschap van het opschortingsrecht als neergelegd in art. 6:262 (de exceptio non-adimpleti contractus).

1.2 Overeenkomst en rechtsbetrekking

De vennootschap van titel 7.13 is niet alleen overeenkomst maar ook rechtsbetrekking, zoals bijvoorbeeld – in de contractuele sfeer – ook huur en – daarbuiten – huwelijk zowel overeenkomst als rechtsbetrekking zijn. In de MvT wordt in dit verband, mijns inziens niet geheel begrijpelijk, gesproken

---

22 Zie voor het huidig recht HR 3-12-48, NJ 1949, 358 (Geldersch Dagblad).
23 De toevoeging 'positieve' is uit de tekst van het ontwerp uiteindelijk weggelaten, maar is in de MvT blijven staan. Zie hierover, Mohr, t.a.p. p. 41.
24 MvT 2.3, p. 4.

van: *'twee kanten van een medaille'*.[25] Ik neem aan dat daarmee bedoeld is te zeggen dat tussen beide een onlosmakelijke samenhang bestaat: zonder overeenkomst van vennootschap ontstaat geen rechtsbetrekking die beheerst wordt door de bepalingen van titel 13 en die bepalingen gelden ook alleen voor rechtsbetrekkingen waaraan een overeenkomst van vennootschap ten grondslag ligt (vgl. de artikelen 803 lid 1 en 820 lid 4).[26] De MvT beveelt aan om, alhoewel dus uit de overeenkomst een vennootschappelijke rechtsbetrekking ontstaat die tot op zekere hoogte wordt 'gepersonifieerd' (zeker als zij rechtspersoon is) en daar van 'losgemaakt'[27], voor ogen te houden dat de overeenkomst het grondbegrip blijft!

1.3 Nauwkeurige omschrijving

In dit verband wordt in de MvT vermeld, dat (evenals in het Ontwerp-Van der Grinten) gekozen is voor een nauwkeurig omschreven, en beperktere omschrijving van het vennootschapsbegrip; alleen samenwerking van een *'bepaalde aard of structuur'* is daaronder te begrijpen. Deze keuze wordt niet nader gemotiveerd maar lijkt mij met name in relatie tot het bepaalde in art. 7:804 juist. Het in die bepaling neergelegde uitgangspunt dat wanneer het om een vennootschap gaat de bepalingen van titel 13 in beginsel van dwingend recht zijn, is – voorzover het al wenselijk moet worden geacht zoiets te bepalen (waarover hierna in par. 23) – natuurlijk alleen maar gepast als je weet over wat voor soort samenwerkingsverband je het hebt.

1.4 Bepaalde aard en structuur

Alleen contractuele samenwerking van een bepaalde 'aard of structuur' kwalificeert, naar wij zagen, als vennootschap. Voor wat haar aard betreft wordt de vennootschap als samenwerkingsvorm m.i. vooral bepaald door het gegeven dat zij gericht is op het behalen van een vermogensrechtelijk voordeel waarin alle vennoten delen en dit streven dient bovendien op zodanige wijze te zijn gestructureerd dat het zich voltrekt *door middel van* (met gebruikmaking van) hetgeen door ieder der vennoten daartoe is ingebracht. De structuur van de vennootschap wordt overigens primair bepaald door het persoonsgebonden karakter van de rechtsbetrekking tussen de vennoten die ten opzichte van elkaar een min of meer gelijkwaardige positie innemen. Deze elementen met name zijn bepalend voor de vraag of wel of niet sprake is van

---

25 *'Uit de context zal wel steeds duidelijk zijn op welk aspect (in het bijzonder) wordt gedoeld'*, aldus de MvT p. 3 onder 2.2.

26 Wel is analogische toepassing van de vennootschapsbepalingen op andere samenwerkingsvormen die niet als vennootschap kwalificeren denkbaar.

27 Zie MvT p. 3 onder 2.2.

een vennootschap dan wel van een vereniging of een andere vorm van samenwerking. Mij komt het overigens juister voor in dit verband te spreken van 'aard *en* structuur' dan van 'aard *of* structuur'.

1.5 Art. 800 lid 1; de materiële kenmerken van de overeenkomst van vennootschap

Wil er naar de regels van het ontwerp een vennootschap zijn, dan moet allereerst sprake zijn van *samenwerking*. Met samenwerking, aldus de MvT, wordt hier gedoeld op samenwerking *op voet van een min of meer gelijkwaardige positie*; niet de subjectieve wil daartoe is voor de beoordeling of dat het geval is beslissend, maar de wijze waarop de samenwerking in de praktijk wordt ten uitvoer gelegd. Dit samenwerkingsvereiste markeert de grens met sommige andere rechtsverhoudingen, zoals bijvoorbeeld de poolovereenkomst, pacht, huur, opdracht en geldlening. De eis dat sprake moet zijn van een min of meer gelijkwaardige positie bakent de vennootschap vooral af van de arbeidsovereenkomst.[28]
Dat samenwerking een essentiale is voor een kwalificatie als vennootschap betekent overigens niet dat ook elk van de vennoten arbeid zou behoeven in te brengen, aldus verduidelijkt de MvT.[29] Daarmee is dan dat misverstand hopelijk voorgoed uit de wereld.
De term samenwerking suggereert een zekere mate van duurzaamheid, maar dat is een relatief begrip; de duur kan zich beperken tot de tijd die gemoeid is met het totstandbrengen van één werk, het plaatsvinden van een enkel evenement of het verrichten van een enkele transactie. De rechtsvormkeuze lijkt zich overigens, gezien het bepaalde in art. 801 lid 1 (waarover hierna), in dat soort gevallen te beperken tot die van een stille vennootschap. De activiteiten van laatstbedoelde vennootschap beperken zich, zo vermeldt de MvT, ook niet tot beroeps- of bedrijfsmatige handelingen; *'dat werkt te verengend'* en is *'niet nodig'*. Ik kan de extra ruimte die deze vrijheid biedt niet helemaal overzien.

---

28 De Gecomb. Cie vraagt zich af of *gelijkwaardigheid* wel een juist criterium is en merkt op: 'Samenwerking tussen vennoten zonder dat er sprake is van gelijkwaardigheid – men denke aan senior- en juniorvennoten – is naar de mening van de Commissie zeer goed mogelijk zonder dat dit het ontstaan van een gezagsverhouding tot gevolg heeft met als gevolg conversie van de overeenkomst van vennootschap in een arbeidsovereenkomst.' Mijns inziens is dit wel erg een oratio pro domo en wordt daarbij niet zozeer gedacht aan hoe vennootschappelijke verhoudingen behoren te liggen in al die 160.000 firma's en cv's, die helemaal geen 'senior' en 'junior' partners hebben.

29 Dat was de redenering die Van der Grinten er destijds toe bracht het element van *samenwerking* in zijn ontwerp niet op te nemen in de omschrijving van het begrip vennootschap.

Zoals wij reeds zagen, kwalificeert alleen een samenwerking van een bepaalde 'aard of structuur' als vennootschap. De samenwerking moet, om wat meer compleet te worden, gericht zijn op (i) het behalen van vermogensrechtelijk voordeel en wel (ii) ten behoeve van alle vennoten (iii) door middel van inbreng (iv) door ieder van de vennoten.
Met de eis dat het om het behalen van (een onderling te verdelen) vermogensrechtelijk voordeel moet gaan[30] wordt een duidelijke scheidslijn getrokken tussen de vennootschap en de (informele) vereniging die immers juist geen winst onder haar leden mag verdelen. Mijns inziens valt deze duidelijke afbakening toe te juichen; samenwerking met een gemeenschappelijk altruïstische oogmerk of om andere reden dan een vermogensrechtelijk voordeelstreven, horen in de categorie vennootschappen niet thuis.[31]
Het begrip vermogensrechtelijk voordeel moet als vanouds ruim worden verstaan, daaronder valt ook vermijding van verlies en besparing van kosten. Het voordeel moet *gemeenschappelijk* zijn. Elk van de individuele vennoten dient daarin te delen of anders gezegd: (rechtens) aanspraak te kunnen maken op een deel daarvan. Daar tegenover staat dan weer de verplichting van elk van hen om een inbrengprestatie te leveren. In deze koppeling van 'voor wat hoort wat', manifesteert zich het wederkerige ('do ut des') karakter van de vennootschap. Tenslotte is dan – zoals wij zagen – voor de aard van de vennootschap ook nog bepalend dat hetgeen wordt ingebracht *instrumenteel* moet zijn in het kader van het streven naar voordeel. *'Daarmee'*, zo lezen wij in de MvT, *'is duidelijker de functie van de inbreng als middel voor het te bereiken doel aangegeven, en wordt een afbakening verkregen van de vennootschap met bijvoorbeeld een pot- of poolovereenkomst en de enkele regeling van vermogensrechtelijke betrekkingen in samenlevingsverbanden buiten huwelijk'.*
Samenvattend kunnen in art. 800 lid 1 de navolgende materiële kenmerken (essentialia) van de overeenkomst van vennootschap worden gelezen:
- samenwerking;
- voordeelstreven;
- gehoudenheid van alle vennoten tot inbreng;
- recht van alle vennoten op een aandeel in het voordeel;

30 Ook deze eis was in het Ontwerp-Van der Grinten niet in de omschrijving van het begrip vennootschap opgenomen.

31 Niet geheel duidelijk is voor mij de betekenis van de in de MvT bij art. 800 onder 1 gemaakte opmerking dat *'Niet uitgesloten is dat het behaalde vermogensrechtelijke voordeel geheel of ten dele voor een ideëel doel word aangewend.'* Dat geldt dan m.i. toch alleen voorzover de individuele vennoten daartoe ieder voor zich zo zouden beslissen.

– hetgeen is ingebracht (de gemeenschap) moet in het kader van het gezamenlijke voordeelstreven een instrumentele rol spelen.[32]

1.6 Gevolgen van niet voldoen aan een of meer materiële kenmerken

De vraag rijst welke situatie ontstaat indien mocht blijken dat een uit een overeenkomst voortvloeiend samenwerkingsverband dat zich als vennootschap presenteert, niet blijkt te voldoen aan deze materiële kenmerken. Gezien het feit dat de bepalingen van titel 13 in beginsel dwingendrechtelijk van aard zijn, zal in eerste instantie de gevolgtrekking moeten worden gemaakt dat in dat geval sprake is van een nietige overeenkomst van vennootschap. Is in die overeenkomst bepaald dat de vennootschap rechtspersoon is, dan lijken op het eerste gezicht de gevolgen in te zullen treden als bepaald in art. 803, maar bij nader inzien is dat niet juist. Blijkens het bepaalde in art. 820 lid 4, zal de vennootschap-rechtspersoon niet nietig zijn maar zal deze door de rechter moeten worden ontbonden. Heeft de vennootschap geen rechtspersoonlijkheid dan zijn de gevolgen van nietigheid wegens het niet voldoen aan de omschrijving van art. 800 lid 1 in het ontwerp niet geregeld. Een en ander zal bij de bespreking van art. 803 en art. 820 nader onder ogen worden gezien.

1.7 Art. 800 lid 2; gedrag zoals een goed vennoot betaamt

Vanouds geldt de vennootschap gezien haar duurkarakter en het gegeven dat de vennoten bovendien voor het welslagen van hun ondernemen heel erg op elkaar zijn aangewezen, als een contract 'uberrimea fidei', dat wil zeggen als een overeenkomst die naar zijn aard bij uitstek dient te worden nageleefd op een wijze die strookt met redelijkheid en billijkheid. De ontwerpers hebben het, onder verwijzing naar bepalingen als 6:248, 7:611 en 2:8 lid 1, niet overbodig gevonden dat in sobere, maar een beetje ouderwets klinkende bewoordingen nog maar eens vast te leggen in art. 800 lid 2. Wellicht had voor de volledigheid nog kunnen worden vermeld dat de vennoten zich ook jegens de vennootschap als zodanig, als goed vennoot te gedragen hebben, maar kennelijk gaat in de gedachten van de ontwerpers de personificatie van de

---

[32] Waarom de Gecomb. Cie meent te moeten opmerken 'dat het erop lijkt dat een contractuele regeling als het fonds voor gemene rekening *naar de mening van de wetgever* onder de nieuwe definitie van vennootschap valt', is mij geheel onduidelijk. Waarschijnlijk is deze opmerking ingegeven door de hoop dat dat niet zo is. Anderzijds wil men weer graag van de wetgever horen dat houdster- of beleggingsactiviteiten onder het begrip 'bedrijf' vallen zodat dan weer wèl van een vennootschap sprake is. Zie hierover ook Tervoort in NJB 2003, p. 363, nt. 7 en het daar door hem vermelde arrest van Hof Amsterdam, 5 oktober 1989, FED 1989/364 waarin louter 'beleggen' door het hof niet werd aangemerkt als bedrijfsuitoefening hetgeen mij, civielrechtelijk gesproken althans, juist voorkomt.

rechtsbetrekking niet zover; het overeenkomstig karakter, zo zagen wij, staat voor hen voorop.
In dit verband valt overigens op, dat niet ook een bepaling is opgenomen als die welke wij aantreffen in het tweede lid van de artikelen 2:8 en 6:248 (de zgn. corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid). Temeer daar het gegeven dat de bepalingen van titel 13 in beginsel dwingend van aard zijn wel meebrengt dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin redelijkheid en billijkheid corrigerend zouden moeten kunnen werken. Art. 821 bijvoorbeeld lijkt dwingend te bepalen dat indien de waarde van het aandeel van een uitgetreden vennoot negatief is, door hem aan de vennootschap terstond een bedrag dient te worden vergoed gelijk aan die negatieve waarde. Mijns inziens kunnen maatstaven van redelijkheid en billijkheid er onder omstandigheden toe nopen dat de voortzettende vennoten accepteren dat hij, in afwijking van deze stelregel, toch in een aantal termijnen betaalt. En zo zijn er natuurlijk nog allerlei andere voorbeelden te bedenken.

1.8 Art. 801 lid 1; de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid

In het ontwerp wordt, waar het de rechtsvorm van maatschappen en vennootschappen betreft, geen onderscheid meer gemaakt op basis van het verschil tussen beroepsmatige en bedrijfsmatige activiteiten. De MvT zegt het zo[33]: *'Er zijn ... in de praktijk grensgevallen, waarin dit criterium geen duidelijk antwoord geeft, terwijl ook afgezien hiervan de grenzen tussen beroep en bedrijf vervagen; ...Hoe dit echter zij, voor de in dit artikel opgenomen omschrijving van de openbare vennootschap is het onderscheid niet van belang.'*
Onder 5 in de Toelichting op art. 801 (p. 9) lezen wij hierover nog: *'Dit heeft tot gevolg dat in het wetsvoorstel voor vele kwesties eenzelfde regeling kan worden getroffen ten aanzien van beide vroegere rechtsfiguren die thans worden samengetrokken onder de figuur openbare vennootschap. Zie bijvoorbeeld voor de verbondenheid en aansprakelijkheid van de vennoten in persoon artikel 813.'*
Ik zal hier over deze kwestie – waarover in het verleden al zo veel gezegd is – minstens zo kort zijn als de ontwerpers: de relevantie van het onderscheid beroep-bedrijf is hiermee exit als criterium ter onderscheiding van de rechtsvorm van personenvennootschappen. De openbare 'maatschap' is met de vennootschap onder firma gelijkgetrokken.
De omschrijving van de openbare vennootschap staat in het ontwerp centraal; de vennootschappen die hier niet onder vallen zijn 'maatschap'.

---

33 MvT onder 3, p. 8.

'Voor de openbare vennootschap', zo lezen wij in de MvT, *'gelden drie vereisten: a. de vennootschap moet gericht zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf; b. zij moet op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreden; c. zulks moet geschieden onder een door haar als zodanig gevoerde naam.'* Gaan wij deze vereisten na.

1.9 Wat betekent 'gericht zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf'?

Vennoten van een openbare vennootschap moeten beogen met zekere regelmaat beroeps- of bedrijfsmatig bezig te zijn. Het lijkt duidelijk dat zij zodra zij daartoe overgaan ook gehouden zijn tot inschrijving in het handelsregister. Voor wat de inschrijvingsverplichting van beroepsbeoefenaren betreft zal de Handelsregisterwet 1996 (en het Handelsregisterbesluit 1996) daartoe dienen te worden aangepast. Het ligt voor de hand aan te nemen dat voor die inschrijving formulieren zullen worden gebruikt zoals deze thans voor vennootschappen onder firma worden gehanteerd. Van een verplichting tot het *deponeren* van de vennootschapsovereenkomst kan alleen daarom al geen sprake zijn doordat de wet niet voorschrijft dat een openbare vennootschap (zonder rechtspersoonlijkheid) schriftelijk moet worden aangegaan.[34]
Een vennootschap die zich niet richt op een regelmatige maatschappelijke beroeps- of bedrijfsmatige werkzaamheid, maar bijvoorbeeld slechts op een incidenteel beroeps- of bedrijfsmatig (of andersoortig) handelen, zoals bijvoorbeeld de realisatie van één transactie, een manifestatie of een enkele prestatie (de zgn.'société momentanée') zal dus niet als een openbare vennootschap maar als een maatschap worden aangemerkt.[35]

1.10 Wat betekent 'duidelijk naar buiten optreden onder als zodanig gevoerde naam'?

Naast het vereiste onder a. geldt (b) dat de vennootschap *op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten moet optreden* en (c.) dat *zulks moet geschieden onder een door haar als zodanig gevoerde naam.*
Bij het vereiste onder b lijkt het er niet zozeer om te gaan *hoe* de vennootschap zich naar buiten toe manifesteert, maar *dat* zij dat doet! Dat moet zijn: op zodanige wijze dat voor derden *('in het maatschappelijk verkeer')* duidelijk kenbaar is dat zij met een eenheid te maken hebben. Daardoor alleen echter kwalificeert zij kennelijk nog niet als een openbare vennootschap omdat daarvoor tevens nodig is dat wordt voldaan aan de afzonderlijke eis

---

34 Vgl. voor het huidig recht art. 22 WvK en de daarop betrekking hebbende literatuur.
35 Van een verplichting tot inschrijving in het handelsregister zal m.i. in dat soort gevallen in de regel geen sprake zijn.

Als eerste post binnen het eigen vermogen wordt vermeld *het geplaatste kapitaal*, ook al is dit niet volgestort. Dit is de hoofdregel: is dit kapitaal nog niet gestort, dan moet onder de activa worden vermeld het niet-gestorte deel, met afzonderlijk het deel waarvan bijstorting is gevraagd. Lidstaten mogen ook voorschrijven dat het opgevraagde kapitaal (= gestort kapitaal vermeerderd met het opgevraagde deel van het geplaatste kapitaal) als eerste post moet worden opgenomen. In dat geval moeten afzonderlijk blijken het geplaatste kapitaal en het gestorte kapitaal en moet onder de actiefzijde van de balans het opgevraagde nog niet-gestorte deel worden vermeld.
Wat het *agio* betreft, merk ik op dat ook uit de Vierde EEG-richtlijn het karakter van de agioreserve niet blijkt. Wel moet geconstateerd worden dat in diverse lidstaten – meer in het bijzonder bij de NV – blijkt dat agio beperkt aanwendbaar is en in die zin een krachtens of volgens de wet aan te houden reserve is.[58]
Van de genoemde *herwaarderingsreserve* blijkt niet specifiek of deze heeft te gelden als een krachtens of volgens de wet op te nemen reserve. Wel geldt dat deze reserve alleen kan voorkomen indien op de grondslag van actuele waarde wordt gewaardeerd. Of die grondslag mag of moet worden gehanteerd, hangt af van hetgeen de lidstaten hierover bepalen. De Vierde EEG-richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat als deze grondslag wordt toegepast:

- meerwaarden boven historische boekwaarden moeten worden opgenomen in de herwaarderingsreserve met vermelding van de fiscale behandeling ervan;
- uitkeringen ten laste van de herwaarderingsreserve niet zijn toegestaan, tenzij het om gerealiseerde herwaarderingen gaat;
- de herwaarderingsreserve moet worden verminderd voorzover niet meer nodig voor de toepassing en het bereiken van het doel van de gebruikte waarderingsmethode;
- de herwaarderingsreserve te allen tijde geheel of ten dele in kapitaal kan worden omgezet.

Dit samenstel van bepalingen maakt duidelijk dat als de herwaarderingsreserve aan de orde is, deze heeft te gelden als een krachtens of volgens de wet aan te houden reserve, voorzover niet gerealiseerd of in aandelen "omgezet". Het komt mij evident voor dat die omzettingsmogelijkheid niet te absoluut moet worden gezien. "Omzetting" kan alleen aan de orde komen voorzover deze reserve effectief aanwezig is.
De hoogte van de herwaarderingsreserve wordt daarnaast beïnvloed door de wijze waarop rekening wordt gehouden met (toekomstige) belastingheffing. In beginsel heeft dit geen effect op het verschil tussen het eigen vermogen (netto actief) en het gebonden eigen vermogen. Dit effect kan er wel zijn

58 Zie bijvoorbeeld Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.

indien het gaat om de vraag of een herwaarderingsreserve per geherwaardeerd actief, per groep van gelijksoortige activa dan wel voor alle activa moet worden beschouwd. Immers, bij een collectieve benadering komen waardeverminderingen op het ene activum in mindering op de meerwaarde van een ander activum.

Hoewel niet genoemd in de hierboven weergegeven indeling van het eigen vermogen volgens de Vierde EEG-richtlijn, is er een op een herwaarderingsreserve lijkende reserve in 2001 in de Vierde EEG-richtlijn opgenomen in samenhang met regels over de waardering van financiële instrumenten.[59] Deze regels kunnen lidstaten toestaan of voorschrijven en mogen beperkt worden tot de geconsolideerde jaarrekening. De waarderingsgrondslag voor de financiële instrumenten is "fair value" (in de Nederlandse tekst van de richtlijnbepalingen ongelukkig genoeg weergegeven met "waarde in het economisch verkeer"). Waardewijzigingen in de financiële instrumenten moeten in de winst- en verliesrekening worden opgenomen behoudens enkele uitgezonderde situaties (afdekking in een systeem van hedge accounting; waardewijziging verband houdende met een wisselkoersverschil dat betrekking heeft op een netto-investering in een buitenlandse entiteit). In die uitgezonderde situaties moet verwerking plaatsvinden in de *"reserve waarde in het economisch verkeer"*. Een lidstaat kan ook verlangen of toestaan dat als het gaat om een waardeverandering van een verkoopbaar financieel instrument, deze wordt opgenomen in de "reserve waarde in het economisch verkeer". Over het karakter van de "reserve waarde in het economische verkeer" en de plaats binnen het eigen vermogen bevat de gewijzigde richtlijnbepaling geen expliciete uitspraak. Wel is bepaald dat de "reserve waarde in het economisch verkeer" moet worden aangepast wanneer de daarin opgenomen bedragen niet meer noodzakelijk zijn voor de toepassing van de hierboven genoemde gevallen dat de reserve moest worden gevormd. Daaruit is mijns inziens af te leiden dat beoogd is een (bijzondere) herwaarderingsreserve die heeft te gelden als een krachtens of volgens de wet aan te houden reserve voorzover niet gerealiseerd. Een bepaling die inhoudt dat de hier bedoelde reserve te allen tijde geheel of ten dele in aandelen kan worden omgezet, ontbreekt.
Het voorgaande houdt ook in dat de waardewijzigingen van financiële instrumenten die in de winst- en verliesrekening zijn verantwoord, meebrengen dat zij deel uitmaken van het jaarresultaat en binnen de grenzen van de Tweede EEG-richtlijn uitkeerbaar zijn of anderszins aangewend zouden mogen worden. Dit impliceert dat als het om ongerealiseerde waardever-

[59] Richtlijn 2001/65/EG, Pb 27-10-2001, L 283. Voor 1 januari 2004 moet aan de gewijzigde richtlijnbepalingen zijn voldaan.

schap, blijkens de MvT, ook worden aangeduid als 'stille vennootschap'. Waar art. 801 lid 2 bepaalt dat de vennootschap die niet openbaar is wordt aangeduid als *maatschap* wordt hiermee, althans voor wat de inhoud van het ontwerp zelf betreft, m.i. duidelijk teveel gezegd! De aanduiding maatschap wordt in de bepalingen van het ontwerp alleen dan gebezigd in het geval voor haar iets anders geldt dan voor andere vennootschappen. En dat betekent dat in tal van bepalingen in het ontwerp geen gewag wordt gemaakt van het feit dat hetgeen daarin voor *vennootschappen* is bepaald evenzeer van toepassing is op de stille variant daarvan, de maatschap. Logischer was het geweest als de ontwerpers hadden gekozen voor een omgekeerd uitgangspunt: de stille vennootschap van art. 801 lid 2 kan (en mag) ook als 'maatschap' worden aangeduid. Overigens worden in het ontwerp de vennoten van de maatschap ook niet als 'maten' maar als vennoten aangeduid. Hoe dit ook zij, al wat geen openbare vennootschap is, is maatschap. Deze negatieve omschrijving, zo stelt de MvT, voorkomt overlappingen en hiaten. Hiermee is m.i. nog niet gezegd dat ook de grenslijn tussen openbaar en stil steeds duidelijk zal zijn.

Voor kortstondige vennootschappen, waarin niet met zekere bestendigheid een beroep of bedrijf of waarin andersoortige werkzaamheid[38] wordt uitgeoefend, zal, zoals wij eerder zagen, hebben te gelden dat zij maatschap zijn. En dat blijven zij ook als zij zich, eventueel onder een als zodanig gevoerde naam, als eenheid naar buiten manifesteren op een wijze als in art. 801 lid 1 vermeld en hiervoor besproken.[39] Deze constatering strookt ook, bedoeld of onbedoeld, met het bepaalde in art. 812 waar gewag wordt gemaakt van het handelen *in naam* van een maatschap. Voor verbintenissen voortvloeiend uit handelen voor een maatschap (steeds op basis van een volmacht) zijn de vennoten niet hoofdelijk maar naar gelijke delen aansprakelijk (zie art. 813 lid 3). Het zal met name daarom van belang zijn, zowel voor vennoten zelf als voor derden, om duidelijk te kunnen vaststellen waar het omslagpunt ligt tussen het verrichten van *incidentele beroeps- of bedrijfshandelingen of andere handelingen* enerzijds en *het uitoefenen van een beroep of een bedrijf* anderzijds. Alleen in het laatste geval zal de vennootschap die zich op de in

38 Het voor gezamenlijke rekening bijzetten van luister bijvoorbeeld, aan de 300-jarige geboortedag van een groot astronoom, onder de naam: 'Drie eeuwen Johannes Twinckel', in de verwachting dat daar een interessant bedragje mee te verdienen valt. Een ondeugende vraag zou zijn: stel dat de viering door derden gesponserd wordt en aan de naam zou zijn toegevoegd 'CV', zou het dan toch een commanditaire vennootschap zijn terwijl van een openbare vennootschap als bedoeld in art. 801 geen sprake is?

39 Tervoort in NJB 2003, nr 8, p. 363, vindt, en daar zit wel wat in lijkt mij, dat het niet mogelijk moet zijn dat een vennootschap die naar buiten treedt onder een als zodanig door haar gevoerde naam, desondanks ressorteert onder de categorie 'stille vennootschap' omdat zij zich niet richt op het uitoefenen van een beroep of bedrijf! Hij stelt daarom voor de verwijzing naar beroep en bedrijf uit de wettekst te schrappen.

art. 801 lid 1 aangegeven wijze van een naam bedient een openbare vennootschap zijn. Het is voor mij de vraag of het in de praktijk wel altijd mogelijk zal blijken dat omslagpunt te bepalen. Wellicht kan de vraag, of al dan niet gehoudenheid bestaat tot inschrijving van de 'onderneming' in het handelsregister, eventueel in combinatie met de vraag of een dergelijke inschrijving de facto ook inderdaad heeft plaatsgevonden, hierbij een leidraad zijn. Niet geheel ondenkbaar is overigens dat de (stille) maatschap onder de vrije beroepsbeoefenaren weer aan populariteit zal winnen, nu de vennoten van een openbare beroepsvennootschap hoofdelijke aansprakelijkheid krijgen aangemeten.

1.12 Art. 802; voordelen van rechtspersoonlijkheid

Art. 802 bepaalt dat een openbare vennootschap rechtspersoon kan zijn.
Wat hebben wij te winnen bij een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid? Daarover is al veel gezegd en veel geschreven. De MvT bij dit ontwerp[40] zegt/schrijft er dit over: *'Als voordeel van eerstgenoemd stelsel kan worden vermeld dat de rechtspersoon rechthebbende is van de goederen van de vennootschap, zodat een eventueel beslag daarop en de executie daarvan worden vereenvoudigd; ook levering aan de vennootschap zelf van bijvoorbeeld onroerende zaken is dan mogelijk. Voorts wordt hiermee de 'overdracht' van een aandeel in het vennootschapsvermogen bij uittreden (artikel 7:821 lid 4) en bij opvolging en toetreding (artikel 7:823 lid 3) van een vennoot vergemakkelijkt. Weliswaar zijn deze voordelen uitsluitend gelegen op het terrein van het goederenrecht, maar zij hebben daarmee toch niet een geringere betekenis;...'*
Inderdaad liggen de voordelen van een stelsel waarin de vennootschap rechtspersoon is hoofdzakelijk op het terrein van het goederenrecht, waarover Van Mourik hier schrijven zal. Maar mij moet wel even van het hart dat die voordelen in deze passage van de MvT bepaald niet breed worden uitgemeten. Er wordt geen gewag gemaakt van de complexe problematiek rond de goederengemeenschap, het gebonden karakter daarvan, het extern van het overige vermogen van de vennoten zogenaamd 'afgescheiden' vennootschapsvermogen, de schimmige daaruit voortvloeiende identiteitsvragen in het kader van bijvoorbeeld schuldvergelijking en wat al niet meer! Dit zijn aangelegenheden waarover (vooral ook door Maeijer zelf) tientallen bladzijden zijn volgeschreven en die een hersengymnastiek vergen waarop lang niet iedereen altijd maar weer zit te wachten. Niet voor niets merkte Van der Grinten destijds in de toelichting op zijn ontwerp op: *'Van een klaar rechtsdenken over het gemeenschappelijk vermogen bij de vennootschap kan niet*

[40] MvT pp. 4/5.

worden gesproken.' Dat is duidelijke taal en er is nauwelijks reden om aan te nemen dat er sindsdien veel zou zijn veranderd. Wel is het zo dat, naar al eerder werd geconstateerd, thans dit ontwerp een aantal knelpunten en controversen tot een oplossing brengt. Maar hoe dat ook zij, ál die zojuist vermelde verschijnselen gaan tot het verleden behoren als de vennootschap, in haar hoedanigheid van rechtspersoon, zowel ten opzichte van de vennoten (en hun privé-crediteuren) als ten opzichte van de zaakscrediteuren, een eigen vermogen heeft en zelfstandig drager van rechten en plichten wordt in de zin van art. 5 van Boek 2 BW zoals art. 802 lid 2 dat ook bepaalt.

Waarom, zo vragen wij ons (omdat wij dat niet laten kunnen!) nogmaals af, kiest het ontwerp er dan toch niet voor *alle* openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid toe te kennen? Waarom een keuzemogelijkheid, waardoor we wellicht toch weer ruimschoots met al die goederenrechtelijke problemen blijven zitten? Eerder zagen wij al dat daarvoor in de MvT tal van argumenten worden aangedragen, maar het argument dat aan het behoud van een openbare vennootschap *zonder* rechtspersoonlijkheid *vanuit de praktijk gezien een duidelijke behoefte zou bestaan*, bevindt zich daar niet onder. Als ik het goed zie is de keuzemogelijkheid waarvoor de ontwerpers hebben gekozen dan ook niet positief maar negatief bepaald.
Een van de in de MvT aangevoerde argumenten die in het voorgaande nog niet werd geanalyseerd, is het argument dat hierdoor overgangsproblemen worden uit de weg gegaan.[41] Kennelijk wordt hierbij gedoeld op het probleem dat bij algemene toekenning van rechtspersoonlijkheid, de goederen die deel uitmaken van het gemeenschapsvermogen van de niet minder dan honderdvijftigduizend thans bestaande openbare maatschappen, vennootschappen onder firma en cv's zouden moeten worden overgeheveld naar het vermogen van een door de wet ingestelde rechtspersoon.[42] Door het bieden van een keuzemogelijkheid, waarbij het initiatief wordt gelaten aan de vennoten zelf, lost dit probleem zich voor een deel natuurlijk vanzelf op doordat door die vennoten eenvoudigweg niet voor rechtspersoonlijkheid wordt

41 In de MvT lezen wij op p. 5: *'Een belangrijk voordeel van dit flexibele stelsel boven het stelsel van het Ontwerp-Van der Grinten is nog dat hiermee overgangsproblemen met betrekking tot bestaande openbare maatschappen en vennootschappen onder firma worden voorkomen. Deze behoeven immers krachtens overgangsrecht niet alle de rechtspersoonlijkheid in te worden gedreven; ook zij kunnen hun eigen keuze maken.*' Zie in gelijke zin: Timmerman t.a.p. p. 97 die ook het mijns inziens wat dooddoenerige argument aanvoert dat een blijvende complicerende keuzemogelijkheid kan worden gerechtvaardigd doordat daardoor problemen van 'overgangsrecht' worden voorkomen. Nee, als je niet echt overgaat naar een nieuw systeem heb je ook geen problemen van overgangsrecht! Dat is zoiets als 'overstappen op de euro met behoud van de gulden'.

42 Heeft een vergelijkbaar probleem zich niet ook – in beperktere mate – voorgedaan toen bij de invoering van Boek 2 de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid rechtspersoonlijkheid verkreeg? Ik heb daar nooit iets over vernomen. Misschien is dat mij ontgaan.

gekozen en voorzover dat wel het geval is, biedt de in het ontwerp voor de overstap naar rechtspersoonlijkheid vereist gestelde tussenkomst van een notaris een zekere garantie dat de goederenrechtelijke kant van de zaak de vereiste aandacht krijgen zal en goed zal worden afgehandeld. Althans zo wordt het in de MvT voorgesteld.[43]
Maar moeten wij ons nu bij de keuze voor wél of níet rechtspersoonlijkheid, ook weer laten ringeloren door datzelfde weerbarstige goederenrecht dat ons nou juist op het spoor zet van een voorkeur voor de rechtspersoon? Zou in het kader van een algemene bepaling van overgangsrecht niet kunnen worden volstaan met het (dwingendrechtelijke) voorschrift dat voor alle bestaande openbare maatschappen en vennootschappen geldt dat alle tot de gemeenschap behorende goederen door de vennoten in de nieuw verordonneerde vennootschap-rechtspersoon moeten worden ingebracht en dat zowel de schulden van de 'oude' vennootschappen als die van de 'nieuwe' vennootschap-rechtspersoon kunnen worden verhaald zowel op de goederen van die nieuwe rechtspersoon als op de gemeenschapsgoederen van de oude vennootschappen voorzover die nog niet in de rechtspersoon zijn ingebracht! Een dergelijke regeling omvat het ontwerp zelf in art. 832 toch ook voor het geval van een vrijwillig gekozen verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een bestaande openbare vennootschap! De vraag of het echt zinvol is daarbij de tussenkomst van een notaris voor te schrijven zullen wij nader bezien in par. 15.

1.13 Art. 802 lid 1; de vereisten voor de totstandkoming van een 'OVR'

Zonder dat dat mijns inziens aanstond duidelijk is, heeft art. 802 uitsluitend betrekking op de situatie dat partijen die een overeenkomst van openbare vennootschap met elkaar aangaan daarbij *van meet af aan* overeenkomen dat de vennootschap rechtspersoon zal zijn. Komen zij dat pas later overeen, en is de openbare vennootschap bijvoorbeeld inmiddels al ingeschreven in het handelsregister, dan 'bestaat' dus de openbare vennootschap al en in dat geval zal sprake zijn van *'verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een bestaande openbare vennootschap'* als geregeld in art. 832. Met name de notaris, die de akte moet verlijden, zal hierop goed bedacht moeten zijn want aan de inhoud van de akte worden niet in beide gevallen dezelfde eisen gesteld.
De in art. 832 opgenomen regeling geldt niet ook voor het geval er alreeds een *stille* vennootschap bestaat. Besluiten de vennoten daarvan de vennootschap 'om te zetten' in een openbare vennootschap die van meet af aan rechtspersoonlijkheid heeft, dan is dus art. 802 van toepassing. Anders ligt

43 Zie daarover hierna in par. 15.

dit natuurlijk indien zij, bedoeld of onbedoeld, eerst de rechtsvorm van een openbare vennootschap zijn gaan hanteren (of daarin verzeild zijn geraakt) doordat zij zich van een naam zijn gaan bedienen als omschreven en op een wijze als bepaald in art. 801 lid 2.[44]
Al met al zal in de praktijk de grenslijn die toepasselijkheid van art. 802 enerzijds en art. 832 anderzijds van elkaar scheidt niet altijd gemakkelijk zijn waar te nemen, nogmaals: dat is een mooi klusje voor de notaris nu de eisen waaraan de inhoud van de akte moet voldoen voor beide gevallen verschillend zijn.
Wij gaan voort. Een openbare vennootschap is (van meet af aan) rechtspersoon indien aan de volgende vereisten is voldaan:

- in de overeenkomst van vennootschap is bepaald dat zij rechtspersoon is;
- de overeenkomst is in een notariële akte opgenomen;
- de akte is verleden in de Nederlandse taal;
- een eventuele volmacht tot medewerking aan de akte is schriftelijk verleend.

Rechtspersoonlijkheid treedt in daags nadat de vennootschap onder opgave van haar rechtspersoonlijkheid in het handelsregister is ingeschreven.
Lopen wij in de volgende paragrafen deze vereisten na en vragen wij ons af waarom deze zijn gesteld.

1.14 Het vereiste dat in de overeenkomst is bepaald dat zij rechtspersoon is

Wat hier staat lijkt (is!) niet logisch; het enkel opnemen in de overeenkomst van de bepaling dat de vennootschap rechtspersoon is, maakt niet dat zij dat daarmee ook inderdaad *is*, dat wordt zij immers pas daags nadat zij in het handelsregister is ingeschreven en op dat moment is de akte waarin die overeenkomst is opgenomen inmiddels natuurlijk al verleden. De bewoordingen van deze bepaling zouden m.i. dan ook moeten worden gewijzigd.

1.15 Het vereiste dat de overeenkomst in een notariële akte is opgenomen

Eerst over de notariële akte als zodanig. Blijkens de MvT dient daaronder te worden verstaan een door een notaris ondertekende akte die voldoet aan de vereisten die de wet stelt voor authenticiteit van de akte[45]; zoniet dan ont-

44 Zie in dit verband ook Timmerman, t.a.p. p. 96.
45 Van Olffen, WPNR 6524, p. 220 wijst erop dat wellicht onbedoeld niet het vereiste wordt gesteld dat het een 'ten overstaan van een in Nederland standplaats hebbende notaris verleden akte moet betreffen'. Zie ook hierover: De Monchy, Ondernemingsrecht 2003, 4, p. 125.

staat de rechtspersoon niet. *'Maar wel'*, zo stelt de MvT, *'is er dan nog steeds, ingevolge de vennootschapsovereenkomst, een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.'* Dit laatste brengt mee, zo begrijp ik de MvT, dat men hier minder subtiel te werk hoeft te gaan dan bij de rechtspersonen van Boek 2 waar een onderscheid wordt gemaakt tussen het geheel ontbreken van een door een notaris ondertekende akte (met *algehele nietigheid* van de rechtspersoon als gevolg) en het ontbreken van kracht van authenticiteit (een *heelbaar* oprichtings*gebrek*). Ik zet overigens bij de eerder bedoelde in de MvT ten beste gegeven bewering 'dat er dan ingevolge de overeenkomst nog steeds een openbare vennootschap is' een groot vraagteken. Is het wel juist om vennoten die zich blijkens de inhoud van de door hun gesloten overeenkomst een vennootschap met rechtspersoonlijkheid hebben willen aanmeten ongevraagd in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid te doen verzeild raken? Hoe zo 'is er dan nog steeds' een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid? Die is er nooit geweest en het was ook niet de bedoeling van partijen dat die er komen zou![46] M.i. ontbreekt, tenzij van een andere bedoeling blijkt, de daartoe vereiste instemming van partijen. In elk geval is zeker niet zonder meer juist dat er zoals de toelichting het zegt *'ingevolge de vennootschapsovereenkomst, een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid'* ontstaat, want die overeenkomst zal nu juist bepalen dat de vennootschap *wel* rechtspersoon is.

Het zware vereiste van een notariële akte, zo blijkt uit de toelichting[47], is vooral gesteld om ervan verzekerd te zijn: '*dat het tot stand komen van de rechtspersoonlijkheid van een openbare vennootschap op deskundige wijze wordt begeleid en de vereiste inbreng in de rechtspersoon overeenkomstig de daarvoor geldende regels geschiedt'*. Op dit aspect wordt in het onderstaande nader ingegaan. Hier nu eerst even over het voorschrift dat in die notariële akte *de overeenkomst van vennootschap* moet worden opgenomen. De vraag rijst of deze eis betrekking heeft op (i) de gehele overeenkomst of op (ii) alleen datgene wat als gevolg van het semi-dwingende karakter van de ontwerp-bepalingen daarin móet worden opgenomen omdat slechts *bij* of *krachtens* de overeenkomst daarvan kan worden afgeweken of (iii) eventueel uitsluitend op hetgeen lid 3 van art. 802 voorschrijft dat *'een zodanige vennootschap vermeldt in de overeenkomst van vennootschap'*, te weten woonplaats, naam en doel.

Het expliciete antwoord op deze vraag vinden wij – zij het op een onverwachte plaats – in de MvT[48]: *de gehele overeenkomst* moet in de notariële akte worden opgenomen! En dat zal m.i. dan dus ook hebben te gelden voor

---

46 Stel je voor dat wel of niet rechtspersoonlijkheid fiscaal nou net een cruciaal verschil zou uitmaken!

47 MvT p. onder 3.

48 MvT bij de toelichting op art. 833 op p. 64 onder 2.

alle na de totstandkoming van de vennootschap in die overeenkomst aan te brengen *wijzigingen*! De notaris kan dan maar misschien het beste de vennotenvergaderingen steeds komen bijwonen.
Dit hoogst belastende vereiste staat naar mijn idee in geen enkele redelijke verhouding tot de toch betrekkelijk geringe betekenis die de rechtspersoonlijkheid in relatie tot een contractueel bepaalde openbare vennootschap heeft. Dit is temeer het geval waar de betekenis daarvan – zoals wij zagen – voornamelijk ligt op het terrein van het goederenrecht en juist niet op dat van de contractuele verhoudingen. Dat de wetgever zich ervan verzekerend wil weten dat de inbreng in het vermogen van een vennootschap rechtspersoon geschiedt 'overeenkomstig de daarvoor geldende regels' vind ik eigenlijk ook al hoogst overdreven, zeker als het, zoals in het kader van dit art. 802, gaat om een nieuw aangegane vennootschap. Veelal wordt daarin niet veel meer dan arbeid ingebracht, wat moet een notaris daarmee? Bovendien zullen in de overeenkomst, die in de notariële akte wordt opgenomen, weliswaar de door de vennoten aangegane verplichtingen tot inbreng zijn vermeld, maar aan nakoming van de daaruit eventueel voortvloeiende verplichtingen tot levering aan de vennootschap-rechtspersoon zal toch eerst kunnen worden voldaan als de vennootschap, pas enkele dagen daarna, haar rechtspersoonlijkheid heeft verkregen.[49] Hoe zal dan de notaris, die – mogen wij aannemen – inmiddels al lang weer andere dingen aan het doen is, erop toezien dat dat op de juiste wijze gebeurt?[50]
En wat heeft het, afgezien van dit inbreng-aspect, voor zin dat al hetgeen vennoten met elkaar afspreken, al dan niet in afwijking (voorzover toegestaan) van de in titel 13 opgenomen bepalingen en ook nog eens elke nadien daarin aangebrachte wijziging, door een notaris in een notariële akte wordt vastgelegd? En wat dan als dat niet gebeurt, gelden die afspraken dan tussen de vennoten ook niet? Bestaat niet bovendien het gevaar dat een notaris, alvorens bereid te zijn de akte te verlijden, zich met van alles en nog wat gaat bemoeien waarvan hij vindt dat het niet of anders zou moeten? Veel rompslomp, kosten en werkverschaffing, meer zie ik niet voor me.[51]
Hoe dit alles ook zij, naar de regels van dit ontwerp dient steeds de gehele overeenkomst van openbare vennootschap waarin is bepaald dat zij rechtspersoon is, te worden opgenomen in een notariële akte. Mij spreekt dit niet aan.

---

49 Ook als de akte inbreng van registergoederen omvat, zal de instrumenterende notaris zijn ministerie bij de daaruit voortvloeiende, enige dagen later te verrichten, leveringshandeling natuurlijk niet kunnen opdringen.

50 Ook de vennoten zelf moeten er rekening mee houden dat in het kader van inbreng te verrichten leveringshandelingen moeten worden uitgesteld totdat de vennootschap daags na inschrijving drager van rechten en plichten is geworden.

51 Verrassend was voor mij in bijna gelijke bewoordingen hetzelfde te lezen bij Raaijmakers t.a.p. p. 249.

1.16 De vereisten van Nederlandse taal en schriftelijke volmacht

Deze vereisten zijn rechtstreeks ontleend aan die welke gelden voor de rechtspersonen van Boek 2.[52] Dat vooral de eerste eis bezwaarlijk kan zijn wanneer het gaat om internationale joint-ventures, is evident. De vraag is of deze eis gerechtvaardigd is doordat daarmee inderdaad een behartigenswaardig doel wordt gediend.[53]

1.17 Inschrijving in het handelsregister onder opgave van rechtspersoonlijkheid

Elke openbare vennootschap, met of zonder rechtspersoonlijkheid en onverschillig of door haar een beroep of een bedrijf wordt uitgeoefend zal op basis van de ontwerp-regeling gehouden zijn tot inschrijving in het handelsregister. Zoals eerder opgemerkt zullen de Handelsregisterwet 1996 en het Handelsregisterbesluit 1996 daartoe dienen te worden aangepast en zal inschrijving, naar mag worden aangenomen, plaatsvinden aan de hand van door de KvK vastgestelde formulieren.
Van een verplichting tot het deponeren van de notariële akte waarin de overeenkomst van vennootschap is opgenomen wordt in titel 13 niet gerept. Dat zou ook te ver gaan, aangezien daarin veelal gegevens zijn terug te vinden van persoonlijke aard. Wel lijkt art. 802 lid 1 te bepalen dat de vennootschap bij inschrijving *'opgave'* doet van haar rechtspersoonlijkheid. Welbeschouwd is dit onmogelijk, aangezien zij, blijkens het voorgaande zinsdeel, die rechtspersoonlijkheid steeds pas nadien zal verwerven.

1.18 Het intreden van de rechtspersoonlijkheid daags na inschrijving

De rechtspersoonlijkheid treedt in daags nadat de vennootschap onder opgave van haar rechtspersoonlijkheid in het handelsregister is ingeschreven. De MvT verwijst voor deze regeling, die afwijkt van hetgeen geldt voor de rechtspersonen van Boek 2, naar wat is bepaald voor het EESV met zetel in Nederland.[54] Deze verwijzing is, als ik het goed zie, maar ten dele op zijn plaats aangezien ten aanzien van het EESV geldt dat zij rechtspersoonlijkheid krijgt niet daags *na*, maar *op* de dag van inschrijving. De hier gepresenteerde unieke regeling ten aanzien van het effectief worden van rechtspersoonlijkheid vindt zijn basis in het belang van rechtszekerheid voor der-

---

52 Om mij niet geheel duidelijke reden zijn deze vereisten niet in titel 2.1 gesteld, maar bij iedere rechtspersoon afzonderlijk.

53 Zie daarover Van Olffen, t.a.p. p. 220 en ook De Monchy t.a.p. p. 126. Ook de Gecomb. Cie protesteert en wijst erop dat deze eis thans ook niet geldt.

54 Zie art. 3 lid 1 Uitvoeringswet EESV

den, aldus de MvT.[55] Wij lezen: *'De systematiek gevolgd in de artikelen 69 en 180 Boek 2 ten aanzien van de NV en BV kan hier niet worden toegepast, omdat de in deze bepalingen voorziene civielrechtelijke sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders hier weinig effect zou hebben. De vennoten van een openbare (personen)vennootschap zijn immers al hoofdelijk verbonden ingevolge artikel 813 lid 1.'*
Daarom, zo lijkt de redenering, is de enige effectieve sanctie, de vennootschap rechtspersoonlijkheid te onthouden zolang geen inschrijving daarvan heeft plaatsgevonden onder opgave van die rechtspersoonlijkheid. Daarmee is voor mij in elk geval nog niet verklaard waarom die rechtspersoonlijkheid pas daags nadien en niet onmiddellijk zou kunnen intreden.
Maar een andere, meer intrigerende, vraag die bovenstaande passage bij mij oproept is: vanaf welk moment moet de vennootschap zelf (voorlopig dan mogelijk nog even zonder rechtspersoonlijkheid) eigenlijk geacht worden te bestaan? Valt dat moment samen met het moment waarop de rechtspersoonlijkheid intreedt, of met dat waarop de notariële akte wordt verleden, of kan dat tijdstip ook nog eerder gelegen zijn bijvoorbeeld op het moment dat de vennoten het over de inhoud van de overeenkomst eens zijn geworden?[56] In de MvT vind ik het antwoord niet, al lijkt er toch van te worden uitgegaan dat het bestaan van de vennootschap min of meer losstaat van de vraag of er (al) sprake is van rechtspersoonlijkheid. Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit de eerder aangehaalde passage waarin wordt opgemerkt dat als de notariële akte nietig mocht blijken, er toch altijd nog *ingevolge de overeenkomst* een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid resteert. Maar betekent dat dan, strikt genomen, niet dat het ook in het kader van art. 302 eigenlijk gaat om het *'verkrijgen van rechtspersoonlijkheid door een al bestaande vennootschap'*. En als dat zo is dan bevinden wij ons dus eigenlijk ook hier al in de sferen van art. 832! Ik zei het al, de grenslijn tussen art. 802 en 832 is niet makkelijk te trekken. Ik vrees althans dat ik er niet helemaal uitkom!
Overigens vraag ik mij af of we de in de MvT toegelichte sanctie op niet inschrijving, die bestaat uit het vooralsnog niet intreden van rechtspersoonlijkheid, wel nodig hebben.[57] Voor het geval een personenvennootschap niet is gepubliceerd, en dat is dan toch het geval dat zich hier voordoet (want er stond niet al eerder een vennootschap ingeschreven), kent de wet immers al

---

55 MvT p. 10 onder 3.

56 Ook de Gecomb. Cie zou, in verband de mogelijkheid goederen te verkrijgen, graag weten wat de status van de vennootschap is tussen het moment van het verlijden van de notariële akte en de dag na die waarop de vennootschap als rechtspersoon in het handelsregister is ingeschreven.

57 Zo nee, dan kan de rechtspersoonlijkheid intreden bij het verlijden van de notariële akte, zoals normaal gesproken het geval is bij het ontstaan van rechtspersonen.

een effectieve sanctie, te weten die van art. 29 WvK. In het ontwerp vinden wij deze bepaling, in iets verzachte vorm[58], terug in art. 811 lid 2.

Maar weer eens een verzuchting: hoeveel eenvoudiger zou dit alles zijn indien de wet zou bepalen dat iedere openbare vennootschap van rechtswege rechtspersoon is en, op straffe van de sanctie als vermeld in art. 29WvK (art. 811 lid 2 Ontwerp titel 13), verplicht tot inschrijving in het handelsregister.[59]

1.19 Art. 802 lid 2; een OVR is zelfstandig drager van rechten en plichten

Op een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid is artikel 5 van Boek 2 van toepassing. Zij staat dus wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijke persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Ik heb mij enige inspanning getroost mij voorbeelden van 'het tegendeel' voor de geest te halen, maar zonder spontaan succes. Ook de MvT maakt daar geen melding van. Wel zal het voor sommigen wellicht toch nog even wennen zijn dat deze rechtspersoonlijkheid gepaard gaat met het gegeven dat (een enkele uitzondering daargelaten) ook steeds de vennoten voor haar verbintenissen hoofdelijk aansprakelijk zijn. Op die uitzondering(en) beloof ik u nog terug te komen!

1.20 Art. 802 lid 2; de bepalingen van titel 2.1 zijn alleen bij verwijzing toepasselijk

Weliswaar is hier dus sprake van rechtspersoonlijkheid, maar de bepalingen van titel 1 van Boek 2 zijn geschreven voor de 'institutionele' rechtspersonen van boek 2 en daarom passen ze niet goed bij de vennootschappen van titel 13 die primair door een overeenkomst worden beheerst, ook als zij rechtspersoon zijn, zo constateert de MvT. Alleen die bepalingen van titel 1 van Boek 2 waarnaar in titel 13 verwezen wordt zijn toepasselijk. De MvT noemt in dit verband de artikelen 803 lid 1, 825 lid 3 en 830 lid 4. Het geldt hier, althans waar het de beide laatste betreft, verwijzingen die niet slechts op de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid maar op alle vennootschappen van titel 13 van toepassing zijn. Sommige van deze verwijzingen zijn zo specieus dat het mijns inziens, uit praktische overwegingen en voor goed begrip, de voorkeur zou hebben verdiend de bewoordingen daarvan in de betrokken bepalingen van titel 13 uit te schrijven, in plaats van te volstaan

---

58 Zie daarover in Hfdst. 2 par. 9 hierna.

59 Vgl. Raaijmakers t.a.p. p. 249. Zie in deze zelfde zin: Tervoort t.a.p. p. 364.

met daarnaar te verwijzen. Ook het omgekeerde doet zich voor, soms zijn hele artikelen, ook uit andere titels van boek 2, in de bepalingen van dit ontwerp uitgeschreven terwijl misschien beter met een verwijzing had kunnen worden volstaan. Een enkel voorbeeld van beide gevallen zullen wij ter plekke signaleren.

1.21 Art. 802 leden 3 en 4; woonplaats en naamvoering

In de overeenkomst van vennootschap met rechtspersoonlijkheid (die in een notariële akte moet zijn opgenomen) dient de woonplaats[60] van de vennootschap te zijn vermeld. Desondanks bepaalt lid 3 van art. 802 – min of meer ten overvloede zou ik denken – ook nog dat bij gebreke daarvan de gemeente waar de notaris die de akte heeft verleden zijn standplaats had, als woonplaats van de vennootschap geldt. Overigens dient ingevolge het bepaalde in art. 9 lid 1 onder b. van het Handelsregisterbesluit 1996 van iedere onderneming (dus ook van openbare vennootschappen) het adres (en – voorzover van toepassing – het correspondentieadres met vermelding – zo mogelijk – van de postcode) in het handelsregister te worden ingeschreven. Een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid heeft logischerwijs geen woonplaats in de zin van art. 10 Boek 1 BW, aangezien zij geen rechtspersoon is.
Evenals een NV of BV dient de openbare vennootschap-rechtspersoon op de in lid 4 van art. 802 vermelde geschriften, stukken en aankondigingen[61] haar naam en woonplaats te vermelden en in haar naam de woorden *openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid* dan wel de letters *OVR* op te nemen. Voor een niet rechtspersoonlijkheid bezittende openbare vennootschap geldt niet een verplichting om de aanduiding *OV* te voeren; te haren aanzien geldt slechts het gegeven van een *door haar als zodanig* gevoerde naam.[62]

1.22 Art. 803; gevolgen van nietigheid van de overeenkomst van vennootschap

Voor goed begrip zij allereerst geconstateerd dat het in deze bepaling niet gaat over de eventuele gevolgen van nietigheid van de notariële akte waarin de overeenkomst is opgenomen, maar om nietigheid van de overeenkomst van vennootschap zelf. In het eerstbedoelde geval (dat de notariële akte nie-

60 In de MvT p. 10 onder 4. wordt gesteld dat bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid 'het begrip statutaire zetel'geen dienst kan doen; zie daarover in kritische zin Van Olffen, t.a.p. p. 221. Ook de Gecomb. Cie pleit er voor de vennootschap met rechtspersoonlijkheid een 'zetel' te bezorgen.

61 Met uitzondering van reclames en *telegrammen*; bestaan die nog?

62 Zie par. 10 hiervoor.

tig is) ontstaat geen rechtspersoon aangezien de rechtspersoonlijkheid nu juist in de in die akte opgenomen overeenkomst dient te zijn bepaald. (Wel is er dan, zoals we zagen in par. 15 hiervoor, volgens de MvT ineens sprake van een vennootschap *zonder* rechtspersoonlijkheid.)
Waar het nietigheid van de overeenkomst betreft, kan gedacht worden aan nietigheid ingevolge art. 3:40 BW op grond van strijd met de openbare orde, de goede zeden of de wet en ook bijvoorbeeld aan het geval dat één van partijen bij het sluiten van de overeenkomst feitelijk onbekwaam was. In dat laatste geval zal immers de overeenkomst ook ten aanzien van de overige vennoten niet tot stand zijn gekomen. Een bepaling als voor de rechtspersonen van Boek 2 opgenomen in art. 2:4 lid 2 tweede zin past in het personenvennootschapsrecht niet aangezien deze vennootschappen een intuitu personae karakter hebben. In gevallen als zojuist bedoeld, zal er geen vennootschap en dus ook geen rechtspersoon tot stand zijn gekomen en zullen de zaken vervolgens moeten worden afgewikkeld zoals bepaald in lid 1 van dit art. 803. De MvT zegt het zo: *'Het als afgescheiden vermogen te behandelen vermogen dat is gevormd ten name van de beoogde maar niet bestaande rechtspersoon, kan dan door de op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie door de rechter te benoemen vereffenaars worden vereffend en verdeeld, zoveel mogelijk overeenkomstig artikel 830.'*
Voor wat de schulden betreft bepaalt art. 803 lid 1 dat daarvoor zowel degenen die zijn opgetreden als *besturende* vennoten (wat dat zijn komt hierna bij de bespreking van afdeling 3 aan de orde) als *de personen die ten behoeve van het vermogen gehandeld hebben*, hoofdelijk verbonden zijn. Hieruit lijkt voort te vloeien dat enerzijds niet allen die dachten vennoot te zijn geworden persoonlijk verbonden zijn, terwijl anderzijds personen die wellicht geenszins de bedoeling hebben gehad zichzelf (mede) te verbinden dat wel zijn. Dat lijkt mij niet gewenst, maar misschien zie ik het verkeerd.[63]
Lid 2 van art. 803 bepaalt dat in plaats van de in lid 1 voorgeschreven vereffening en verdeling ook alsnog een geldige openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan worden aangegaan, waarin het gevormde vermogen, met toestemming van de rechter, kan worden ingebracht.

Opmerkelijk komt het voor dat het bepaalde in dit artikel uitsluitend ziet op de situatie dat beoogd was een vennootschap met rechtspersoonlijkheid tot stand te brengen. Ook de overeenkomst waarbij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid of een maatschap is aangegaan kan natuurlijk

63 Van Olffen, t.a.p. p. 225 wijst erop dat voor de draagplicht de achterliggende verhoudingen tussen de partijen bij de nietige overeenkomst van vennootschap bepalend zijn. Zie ook Blanco Fernández, WPNR 6524, p. 256 die in dit verband ongerijmdheden signaleert en van oordeel is dat de *'transpolatie'* van art. 2:4 lid 4 geen recht doet aan de verschillen tussen de rechtspersoon van Boek 2 en de vennootschappen van Boek 7.

achteraf nietig blijken en dan zal, mijns inziens, – mede in het belang van haar crediteuren – toch evenzeer het ten name daarvan gevormde vermogen (de gemeenschap) als een afgescheiden vermogen moeten worden afgewikkeld of eventueel, met toestemming van de rechter, in een alsnog rechtsgeldig opgerichte vennootschap moeten kunnen worden ingebracht. Toegegeven, een dergelijk regeling kennen wij naar huidig recht voor de vennootschap onder firma en voor maatschappen ook niet. Maar is het niet wat onevenwichtig dat de nietigheidsgevolgen ten aanzien van de vennootschap-rechtspersoon tot in detail worden geregeld, terwijl zo'n regeling voor de rest van vennootschappen ontbreekt? Ik zou menen dat alle vennootschappen daarvoor in aanmerking komen.[64]

Behalve in de tot nu toe genoemde gevallen, kan een overeenkomst van vennootschap als zodanig ook nietig zijn omdat niet is voldaan aan de in art. 800 lid 1 – zoals wij zagen – nauwkeurig omschreven materiële kenmerken van een vennootschap.[65] Zo komt het in de praktijk wel voor dat een overeenkomst die eigenlijk een arbeidsovereenkomst of een pachtovereenkomst is, (al dan niet moedwillig) wordt gegoten in de vorm van een vennootschap. Ook kan het zijn dat in de overeenkomst van vennootschap bedingen zijn opgenomen (ten aanzien van de winstverdeling bijvoorbeeld) die strijdig zijn met hetgeen daaromtrent dwingendrechtelijk is voorgeschreven; men zie art. 815 leden 4 en 5 (de 'societas leonina'). Al naar gelang de omstandigheden, kan dat op grond van het bepaalde in art. 3:40 e.v. leiden tot partiële maar ook tot algehele nietigheid van de overeenkomst van vennootschap of eventueel een conversie.[66]
Kortom niet alle overeenkomsten die worden gepresenteerd als overeenkomst van vennootschap, zijn dat ook réchtens en in dat geval zijn zij, als zodanig, nietig. Dat geldt echter verrassenderwijs, naar de regels van het ontwerp, níet voor het geval het betreft een overeenkomst waarbij een vennootschap-rechtspersoon is aangegaan! Blijkens het bepaalde in de laatste twee zinnen van art. 820 lid 4 (ik treed nu even buiten mijn grenzen) is in een dergelijke geval de overeenkomst niet van rechtswege nietig maar zal zij, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, door de

64 Zie in gelijke zin ook Blanco Fernández, WPNR 6524, p.255.

65 Zie in dit verband Raaijmakers t.a.p. p. 250, die vraagtekens zet bij deze nietigheid in geval de vennoten handelen 'onder firma'.

66 Vgl. art. 3:42. Een probleem dat zich m.i. kan voordoen in verband met conversie van een nietige vennootschap in een sui generis rechtsverhouding is dat crediteuren dan wellicht geen verhaal meer zou kunnen toekomen op een afgescheiden vermogen met als gevolg dat zij aanspraak (moeten) kunnen maken op vereffening van het in naam van de nietige vennootschap gevormde vermogen. Zie over de vraag welke regels na conversie van toepassing moeten worden geacht op de sui generis rechtsverhouding, Blanco Fernández, WPNR 6524, p. 255.

rechter moeten worden *ontbonden*.[67] Vervolgens zal dan vereffening en verdeling plaatsvindt op de wijze als bepaald in afdeling 6.
Mijn vraag zou zijn: betekent dit dat een in de rechtsvorm van een vennootschap-rechtspersoon aangegane arbeids- of pachtovereenkomst geacht zal moeten (mogen en kunnen) worden een vennootschap te zijn, zolang zij door de rechter niet is ontbonden? Ik kan mij dat, gezien het verschil in karakter van de betrokken overeenkomsten, maar moeilijk voorstellen!

Voor de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid geldt het bepaalde in het vierde lid van art. 820 niet. Een openbare vennootschap die geen rechtspersoon is of een maatschap, die niet voldoet aan de materiële kenmerken van art. 800 lid 1, zal als nietig moeten worden aangemerkt. Een reden temeer, zou ik denken, om voor de gevallen van nietigheid van vennootschappen die geen rechtspersoon zijn een regeling te treffen die er in voorziet dat het gevormde vermogen op een ordentelijke manier – dat wil zeggen als een afgescheiden vermogen – wordt afgewikkeld. Dit geldt overigens evenzeer voor het geval een overeenkomst van openbare vennootschap of maatschap wordt vernietigd. Ook voor die situatie kent het ontwerp, uitsluitend voor vennootschappen mét rechtspersoonlijkheid, een in art. 820 lid 4 opgenomen bijzondere regeling tot ontbinding (gevolgd door vereffening en verdeling) die voor andere vennootschappen niet geldt.

1.23 Art. 804; de bepalingen van titel 13 zijn van dwingend recht

Art. 804 bepaalt: *'Van de bepalingen van deze titel kan slechts worden afgeweken voor zover dat uit de wet blijkt.'* Hier wordt het systeem gevolgd zoals dat ook geldt voor het rechtspersonenrecht van Boek 2. Waar het hier echter contractueel bepaalde rechtsverhoudingen betreft en geen institutioneel bepaalde, rijst de vraag waarom deze keuze is gemaakt en of dat wenselijk is. Waarom deze keuze is gemaakt wordt in de MvT uitgelegd. Dat is gebeurd: *'Ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid ten behoeve van de vennoten en crediteuren…' 'Het bleek erg bezwaarlijk om in deze titel uit te gaan van regelend recht omdat hierop in diverse bepalingen te veel uitzonderingen van dwingend recht zouden moeten worden gemaakt, hetgeen de inzichtelijkheid van de regeling niet ten goede zou zijn gekomen. Ook de in dit wetsvoorstel mogelijk gemaakte rechtspersoonlijkheid van een openbare vennootschap vraagt om diverse dwingendrechtelijke voorzieningen.'*

---

67 Vgl. het bepaalde in art. 2:21 lid 1 onder c. Niet is in art. 820 lid 4 opgenomen de mogelijkheid voor de rechter om een terme de grâce te verlenen; vgl. 2:21 lid 2.

Het is mij niet aanstond duidelijk waarmee de ontwerpers in dit verband zo geworsteld hebben. Crediteuren hebben mijns inziens slechts behoefte aan duidelijkheid omtrent de vraag wie bevoegd is voor de vennootschap te handelen, wie zij vervolgens kunnen aanspreken en wat hun verhaalspositie is. Die duidelijkheid wordt hen geboden door de gehoudenheid tot publicatie van voor hen relevante gegevens in het handelsregister en door de aan de personenvennootschap eigen karakteristiek dat alle gewone (dat wil zeggen niet commanditaire) vennoten van een openbare vennootschap hoofdelijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de vennootschap, die zelf bovendien of wel een afgescheiden vermogen, of wel een eigen vermogen heeft waarop zij zich kunnen verhalen. Waarom de vennoten-contractanten zelf, die steeds een min of meer gelijkwaardige positie innemen, behoefte zouden hebben aan *duidelijkheid en rechtszekerheid* anders (en meer) dan die welke voortvloeit uit de bepalingen van de door hun zelf gesloten overeenkomst, eventueel aangevuld met de inhoud van wettelijke bepalingen van regelend recht, zie ik ook niet zo direct. Voor de vennoten lijkt mij de mogelijkheid om hun onderlinge verhoudingen zoveel mogelijk zelf te kunnen regelen, interessanter dan de mate van *inzichtelijkheid* die titel 13 hen biedt. Waarom bijvoorbeeld, moet de vennootschap per se een of meer *besturende* vennoten hebben?[68] Mag het bestuur desgewenst door hun niet uit handen worden gegeven, zodat zij zich zelf aan hun professie kunnen wijden in plaats van als amateurs een grote organisatie te besturen? Waarom moeten per se de besturende ven*noten* de administratieplicht en bewaarplicht vervullen?[69] Waarom moet een uittredend vennoot terstond de negatieve waarde van zijn aandeel integraal aan de vennootschap vergoeden en mag niet worden overeengekomen dat hij in termijnen zal betalen?[70] En zo zijn er zonder twijfel nog duizend en één van dat soort vragen.
Ook belangrijk is natuurlijk de vraag of inderdaad de voorliggende regeling de beloofde duidelijkheid schept. Als uit de wet blijkt dat van een bepaling van titel 13 mag worden afgeweken, kan dat dan alleen wanneer dat expliciet *in* de overeenkomst is bepaald of kan dat ook *krachtens* de overeenkomst, bijvoorbeeld bij besluit? Of hangt dat af van de vraag hoe de tekst van het betrokken artikel luidt? De bewoordingen zijn wat dit aangaat niet steeds dezelfde. In de artikelen 811 lid 1, 814 lid 4, 815 lid 2 en 816 lid 2 (bijvoorbeeld) is sprake van de mogelijkheid *'bij'* de overeenkomst anders te bepalen, terwijl (opnieuw, bijvoorbeeld) in de artikelen 809 lid 1, 810 lid 2, 816 lid 1 wordt gesproken van de mogelijkheid af te wijken *'bij of krachtens'*

68 Het antwoord dat ik daarop zelf geef in Hfdst. 2 par. 2 hierna, hoeft niet iedereen aan te spreken.

69 Zie art. 814.

70 Zie het bepaalde in de laatste zin van art. 821 lid 2 waarin van een dergelijke mogelijkheid geen gewag wordt gemaakt.

de overeenkomst.[71] Als ik het goed zie, betekent het eerste dat afwijking slechts is toegelaten voorzover die specifiek in de overeenkomst zelf is vermeld, terwijl voor de tweede categorie voldoende is dat in de overeenkomst de bevoegdheid om eventueel tot afwijking te besluiten aan *de* of *aan een of meer nader bepaalde vennoten* wordt verleend. Zo kent dus het ontwerp gradaties van dwingendheid. Hoewel de gehanteerde systematiek op zichzelf inderdaad duidelijk is, valt m.i. toch te vrezen dat het subtiele onderscheid vennoten zou kunnen ontgaan met als gevolg dat verwarring en geharrewar kan ontstaan.

Mijns inziens kan een bepaling als art. 804 toch maar beter achterwege worden gelaten, al geef ik toe dat ik – anders dan de ontwerpers wellicht – niet ben toegekomen aan een analyse in al haar facetten van de nadelen die dat zou kunnen meebrengen.[72] Maar tenslotte hebben wij het tot nu toe ook zonder een dergelijke bepaling weten te stellen zonder dat als gevolg daarvan – naar mijn weten – van bittere ervaringen gesproken kan worden. En het gegeven dat aan de contractuele vennootschappen thans een variant met rechtspersoonlijkheid is toegevoegd, lijkt mij onvoldoende reden om de contractuele vennootschappelijke verhoudingen over de hele linie stijver in het pak te rijgen.

1.24 Aandachtspunten

1. Een vennootschap die zich slechts richt op incidentele beroeps- of bedrijfshandelingen of op andersoortige werkzaamheden, is een 'stille vennootschap'. Ook als zij daarbij op voor derden duidelijk kenbare wijze handelt onder een door haar als zodanig gevoerde naam. (par. 11)

2. De overeenkomst van vennootschap behoeft niet schriftelijk te worden aangegaan, maar als de vennootschap rechtspersoon is moet de overeenkomst wel in een notariële akte worden opgenomen. (par. 9 zie ook Hfdst. 4 par. 2)

3. Uit de naam waaronder een openbare vennootschap niet-rechtspersoon als zodanig handelt, behoeft niet expliciet te blijken dat zij een openbare vennootschap is. (par. 10)

---

71 In art. 815 lid 2 wordt ook nog de terminologie 'ingevolge' de overeenkomst gebruikt.

72 Vgl. ook De Kluiver, WPNR 6524, p. 205 en Blanco Fernández, t.a.p. 255. Zie ook Timmerman t.a.p. p. 95 die art. 804 kenmerkt als zijns inziens het meest controversiële artikel uit het ontwerp. Zie voorts Tervoort t.a.p. p. 362 waar hij schrijft: 'Betreurenswaardig is dat het personenvennootschapsrecht dwingendrechtelijk van aard wordt.' Ook de Gecomb. Cie is van het bepaalde in art. 804 in het geheel niet gecharmeerd.

4. Anders dan de tekst van art. 801 lid 2 suggereert wordt de vennootschap die niet openbaar is, in de bepalingen van het ontwerp alleen dan als *maatschap* aangeduid als voor haar een andere regeling geldt dan voor andere vennootschappen. (par. 11)

5. Niet onwaarschijnlijk is dat de stille vennootschap (maatschap) onder vrije beroepsbeoefenaren weer aan populariteit zal winnen nu de vennoten van alle openbare vennootschappen hoofdelijke aansprakelijkheid krijgen aangemeten. (par. 11)

6. Art. 802 is uitsluitend van toepassing in het geval de openbare vennootschap *van meet af aan* rechtspersoonlijkheid ambieert; *bestaat* zij al en wil zij rechtspersoonlijkheid 'verkrijgen' dan is niet art. 802 maar art. 832 van toepassing en gelden voor de inhoud van de notariële akte andere voorschriften. Beide situaties zijn (voor de notaris) niet steeds makkelijk te onderscheiden. (par. 13)

7. Kennelijk moet ervan worden uitgegaan dat wanneer een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt aangegaan er nog geen openbare vennootschap bestaat (ook niet een zonder rechtspersoonlijkheid) tot op de dag volgend op haar inschrijving in het handelsregister. Dat lijkt een geforceerde constructie. (par. 13 en par.18)

8. De in art. 802 lid 1 gestelde eis dat in de overeenkomst van vennootschap moet zijn bepaald dat zij rechtspersoon *is* en dat opgave moet worden gedaan van *haar rechtspersoonlijkheid* bij het handelsregister, is niet logisch nu die rechtspersoonlijkheid pas intreedt daags na de inschrijving van die opgave. (par. 14)

9. Niet juist lijkt de constatering in de MvT, dat in geval van nietigheid van de notariële akte waarin de overeenkomst van vennootschap is opgenomen waarin is bepaald dat zij rechtspersoon is, er *'ingevolge de overeenkomst nog steeds een openbare vennootschap is'*. Die is er nooit geweest en het was ook niet de bedoeling van partijen dat die er zou komen! Er is dan, tenzij van een andere bedoeling blijkt, *géén* vennootschap. (par. 15)

10. Het gestelde vereiste dat de *gehele overeenkomst* van vennootschap in de notariële akte moet worden opgenomen (en derhalve, naar het voorkomt, ook *alle na de totstandkoming van de vennootschap in die overeenkomst aan te brengen wijzigingen)*, lijkt voor de praktijk hoogst bezwaarlijk! (par. 15)

11. Niet duidelijk is hoe – zoals volgens de MvT de bedoeling is – de notaris erop toeziet, dan wel op kan toezien, dat inbreng in het vermogen van een

vennootschap-rechtspersoon geschiedt *'overeenkomstig de daarvoor geldende regels'*, aangezien de met inbreng verbandhoudende leveringshandelingen op zijn vroegst pas enkele dagen na het verlijden van de notariële akte kunnen worden verricht. (par. 15)

12. Is de voor totstandkoming van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid vereist gestelde tussenkomst van de notaris praktisch en theoretisch gesproken 'zijn geld waard'? (par. 15)

13. Het vereiste dat de akte (en dus ook de daarin opgenomen overeenkomst van vennootschap) moet worden verleden in de Nederlandse taal, lijkt in een global village overdreven en bezwaarlijk. Zie ook de artt. 832 en 833. (par. 16)

14. *Alle* openbare vennootschappen zullen op straffe van de (straffe) sanctie als neergelegd in art. 811 lid 2 (vgl. in art. 29 WvK iuncto art. 18 lid 4 onder a Hrgw) in het handelsregister moeten worden ingeschreven (naar mag worden aangenomen zal dat gebeuren aan de hand van door de KvK vast te stellen formulieren). (par. 18)

15. De vraag kan worden gesteld of naast de onder 14 vermelde sanctie de, in de MvT toegelichte, sanctie op niet inschrijving van een openbare vennootschap-rechtspersoon die bestaat uit het vooralsnog niet intreden van rechtspersoonlijkheid, eigenlijk wel nodig is? Zoniet dan kan de openbare vennootschap al meteen rechtspersoonlijkheid verkrijgen *door* het verlijden van de notariële akte en niet pas *na inschrijving* in het register. (par. 18)

16. Kunnen, terwille van de overzichtelijkheid, de in het ontwerp van toepassing verklaarde bepalingen uit Boek 2 niet beter in de betrokken ontwerp-artikelen worden uitgeschreven? (par. 20)

17. Wat is er tegen het verlenen aan een OVR van een 'zetel'; ook al is dat dan misschien niet een 'statutaire' zetel? (par. 21)

18. Een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is *nietig* o.m. indien de overeenkomst waarbij zij is aangegaan in strijd is met een van de materiële kenmerken van art. 800; is de vennootschap wèl rechtspersoon dan moet zij (ingevolge art. 820 lid 4) *door de rechter worden ontbonden*. (par. 22)

19. Is een arbeidsverhouding die (ten onrechte) is neergelegd in een overeenkomst van vennootschap die rechtspersoonlijkheid heeft, een 'vennoot-

schap' zolang de rechter die rechtspersoon nog niet heeft ontbonden? (par. 22)

20. Ook de overeenkomst van vennootschap waarin is bepaald dat zij rechtspersoon is kan *nietig* zijn; in dat geval geldt art. 803. Deze bepaling zou ook dienen te gelden voor alle gevallen van nietigheid van vennootschappen die geen rechtspersoon zijn omdat de zaakscrediteuren op het afgescheiden vermogen daarvan een zelfstandig verhaalsrecht hebben. (par. 22)

21. Een probleem dat zich voordoet bij conversie van een nietige overeenkomst van vennootschap in een sui generis rechtsverhouding is dat daarbij het afgescheiden karakter van het vermogen niet zomaar verloren mag gaan. (par. 22)

22. Vrijwel algemeen is men van mening, dat het bepaalde in art. 804 beter achterwege had kunnen blijven. (par. 23)

2. Afdeling 3: De besturende vennoten; de gebondenheid tegenover derden

2.1 Algemeen

De thans te bespreken afdeling 3, *'behelst'*, in de woorden van de MvT, *'een regeling met betrekking tot Besturende vennoten. Van bijzonder belang zijn hier de bepalingen omtrent de handelingsbevoegdheid van de besturende vennoot, zowel in zijn interne verhouding tot de overige vennoten als in zijn verhouding tegenover derden'*.[73] Voorts wordt benadrukt[74] dat de bevoegdheid 'voor rekening' van de vennootschap te handelen waarbij de belangen van de vennoten in het geding zijn, moet worden onderscheiden van de bevoegdheid de vennootschap 'te vertegenwoordigen', waarbij mede dient te worden gelet op de belangen van de derden met wie wordt gehandeld. *'Daarom'*, aldus de MvT, *'is in dit wetsvoorstel bij de regeling van het bestuur (artikel 809 en artikel 810) en de vertegenwoordiging (artikel 811 en 812) voor een nieuwe opzet gekozen, waarbij de term 'besturend vennoot' in plaats van de term 'beherend vennoot' wordt gebezigd, omdat laatstgenoemde term ten onrechte de suggestie zou kunnen wekken dat onder het beheer slechts in beperkte mate beschikkingshandelingen kunnen vallen.'* Mijn commentaar zou zijn dat weliswaar de term 'beherend' vennoot misschien inderdaad in het in de MvT gesignaleerde opzicht niet zo gelukkig is, maar dat mij toch niet helemaal duidelijk is wie aan een daaruit mogelijkerwijs voortvloeiende verwarring (met goederenrechtelijke begrippen) ten prooi zou kunnen vallen. De term 'besturend' vennoot, heeft m.i. ook zijn nadelen. Bijvoorbeeld dat daarvan ten onrechte de suggestie uitgaat dat betrokkene met leidinggevende taken zou zijn belast die op andere vennoten, althans enkele of meer van hen, niet zouden rusten. Maar dat is niet de bedoeling. In de regel zal in een openbare vennootschap, met name die waarin een bedrijf wordt uitgeoefend (anders wellicht dan in een uit tientallen vennoten bestaande vennootschap van vrije beroepsbeoefenaars), iedere vennoot 'besturend' vennoot zijn en dat is dan dus qua positie niets bijzonders![75]

---

73 MvT onder 2. Algemeen, p. 3.

74 MvT bij Afdeling 3, Algemeen, p. 16.

75 In het verband van een vennootschap van beroepsbeoefenaren kan m.i. de term *besturend vennoot (managing partner)* ook ten onrechte de indruk vestigen dat men van doen heeft met een partner die zich niet zozeer met de beroepsbeoefening zelf maar meer met de kantoororganisatie bezig houdt. Zie voor min of meer gelijk getoonzette bezwaren tegen de term 'besturende vennoten', Huizink t.a.p. p. 228.

2.2 *Artikel 809; besturende (en niet-besturende?) vennoten*

Artikel 809 en het volgende artikel 810 komen in de plaats van de huidige artikelen 7A:1673 t/m 1676 waarin de problematiek rond 'beheren en beschikken' is vervat. Deze nieuwe artikelen bevatten, aldus de MvT, een aantal algemene bepalingen met betrekking tot het bestuur van de vennootschap en wel ongeacht of het gaat om een openbare vennootschap – al dan niet rechtspersoon – of een maatschap. Daarbij verdient opmerking, zo vervolgt de MvT, dat ten aanzien van de inrichting van het bestuur (lid 1 van dit art. 809) en de interne bevoegdheid van een besturend vennoot (art. 810) contractuele vrijheid bestaat om een en ander te regelen zoals men gewenst acht.

Niet aanstonds is duidelijk wat wij in dit verband onder 'bestuur' moeten verstaan. De tekst van art. 809 lid 1 bepaalt dat iedere vennootschap tenminste *een of meer besturende vennoten* moet hebben en dat, tenzij bij of krachtens de overeenkomst anders is bepaald, iedere vennoot dat is. Inderdaad zou ik denken dat een personenvennootschap in beginsel geen bestuur of speciale bestuurders heeft, maar bestuurd wordt door alle vennoten tezamen. Onder besturen ben ik dan geneigd te verstaan 'het (mede) leiding geven aan de organisatie', d.w.z. bepalen hoe men gezamenlijk te werk zal gaan en het daaraan vervolgens uitvoering geven door voor rekening of in naam van de vennootschap feitelijke en rechtshandelingen te verrichten. Daarbij kan natuurlijk ook de vraag aan de orde komen of het terwille van een ordelijke en effectieve gang van zaken niet verstandig is de taken onderling op een bepaalde wijze te verdelen. Gaat men daartoe over, dan zullen deze en gene onder vennoten met (bestuurlijke) deeltaken worden belast. Maar voorzover dat niet het geval is zullen de taken en bevoegdheden blijven berusten bij de vennoten gezamenlijk. Ook kunnen natuurlijk employees met taken worden belast. Onwaarschijnlijk[76] – maar niet onmogelijk – is dat sommige vennoten er mee zouden instemmen dat zij geheel geen bestuurlijke taken zullen vervullen (de vraag rijst dan overigens wel, of nog van *samenwerking* sprake is als bedoeld in art. 800 lid 1). Maar wanneer de zaken zo geregeld zijn, dat sommige van de vennoten met bijzondere – meer of minder belangrijke – (bestuurlijke) taken worden belast, terwijl de overige taken en bevoegdheden blijven waar zij zijn, d.w.z. bij alle vennoten tezamen, wie zijn dan de 'besturende vennoten' in de zin van art. 809 lid 1? Zonder belang is dat antwoord niet, want in tal van artikelen van het ontwerp zijn specifieke taken, bevoegdheden en verplichtingen vervat, die op het bordje liggen van in het bijzonder de besturende vennoten.[77]

---

76 Behoudens in het geval van een commanditaire vennootschap.

77 Vgl. de artikelen 803 lid 1, 809 lid 3, 810 lid 1, 811 lid 1, 812, 814 lid1, 814 lid 3, 814 lid 5, 825 lid 2, 833 lid 3 en 834 lid 3.

Ik meen dat wij er maar van moeten uitgaan dat met besturende vennoten zijn bedoeld alle vennoten *die niet geheel zijn uitgesloten van de bevoegdheid om ten name of voor rekening van de vennootschap te handelen*. Dat zijn dus normaal gesproken *alle* vennoten.[78] En dat betekent dat wij ons bij lezing van het ontwerp van de toevoeging 'besturend' dus niets moeten aantrekken en ons daardoor niet van de wijs moeten laten brengen! Ook de praktijk zal, naar ik aanneem, gewoon blijven spreken van 'vennoten' en 'partners' met weglating – als regel – van de kwalificatie 'besturend'. Naar huidig recht pleegt de kwalificatie 'beherend' toch ook alleen te worden gebruikt als dat nodig is om 'gewone' vennoten van commanditairen te onderscheiden.

Vennoten zijn vrij – zo blijkt uit de tweede zin van art. 809 lid 1 – omtrent de vraag wélke vennoot, intern gesproken, wáártoe bevoegd is, regelingen te treffen zowel *bij* overeenkomst (of nadere overeenkomst) als *krachtens* de overeenkomst. Dat laatste wil dus zeggen, bij besluit genomen door degenen onder de vennoten die daartoe bij de overeenkomst meer in het bijzonder de bevoegdheid is toebedeeld. Traditioneel wordt aldus een onderscheid gemaakt tussen zgn. 'gérants statutaires' en 'gérants mandataires'. De eersten ontlenen hun bevoegdheid direct aan de overeenkomst, de laatsten aan een mandaat hen krachtens de overeenkomst bij besluit toegekend. Zo'n mandaat kan natuurlijk vervolgens ook weer bij besluit worden ingetrokken maar een aan de overeenkomst ontleende bevoegdheid kan alleen worden ongedaan gemaakt door wijziging van de overeenkomst en daarvoor is in beginsel de medewerking van alle vennoten is vereist. Niet voor niets bepaalt thans art. 7A:1673 lid 2 uitdrukkelijk dat een in de overeenkomst toegekende bevoegdheid desalniettemin om 'gewichtige reden' kan worden 'herroepen'. In het ontwerp vinden we deze bepaling niet terug, als gevolg waarvan mogelijk problemen kunnen ontstaan.

Rest hier nog de vraag waarom is voorgeschreven dat iedere vennootschap tenminste één besturend vennoot moet hebben. Ik begrijp dat zo: met besturend vennoot is kennelijk bedoeld een vennoot die namens (of voor rekening van) de vennootschap kan optreden en die dus de vennootschap en haar vennoten kan binden. Zou geen van de vennoten daartoe bevoegd zijn, dan zou daardoor het samenwerkingsverband buiten het rechtsverkeer komen te staan.[79]

---

[78] Ook de vennoten van een grote maatschap die geen deel uitmaken van 'het bestuur' daarvan, hebben in de regel wel een creditcard van de maatschap op zak en zal het zijn toegestaan voor rekening van de maatschap benzine te tanken en onderweg een broodje te eten.

[79] De Gecomb. Cie zag graag bepaald dat de vennootschap ook derden kan aanwijzen als bestuurders van de vennootschap *al dan niet met uitsluiting van de vennoten*.

Het hier gegeven voorschrift betekent m.i. overigens niet dat de vennoten, of tenminste een van hen, de vennootschap ook daadwerkelijk zelf zouden moeten *besturen*; daartoe kan door de besturend vennoten desgewenst aan derden een opdracht worden verstrekt of derden kunnen daarvoor worden in dienst genomen. Nogmaals de term 'besturend vennoot' duidt, als ik het goed zie, op niets méér dan op de bevoegdheid om in enig opzicht alleen of samen met anderen voor de vennootschap te handelen. Men kan het ook zo zeggen: iedere vennoot die de bevoegdheid heeft iets te doen wat een commanditaire vennoot niet mag op straffe van hoofdelijk aansprakelijk te worden, die is – naar de terminologie van het ontwerp – 'besturend' vennoot.

2.3 *Besluitvorming*

In het voorgaande – en dat zal in het hierna volgende niet anders zijn – is zo hier en daar sprake van 'besluitvorming'. Opmerkelijk is dat over de wijze waarop besluiten van de vennootschappen van titel 13 Boek 7 tot stand komen nergens in het ontwerp gerept wordt.[80] Ik acht dat vooral daarom ongewenst, omdat de ervaring leert dat daarover geen algemeen gedeeld inzicht bestaat. Sommigen achten het min of meer vanzelfsprekend dat besluitvorming in een samenwerkingsverband van meerdere personen in beginsel plaatsvindt bij meerderheid van stemmen, terwijl anderen de overtuiging hebben dat, waar in vennootschappelijke verhoudingen de overeenkomst en niet de rechtsbetrekking voorop staat, moet worden uitgegaan van de eis van unanimiteit. In die laatste opvatting is besluitvorming bij gewone of gekwalificeerde meerderheid van stemmen alleen aan de orde indien en voorzover dat is overeengekomen. Mijns inziens sluit die laatste opvatting het beste aan bij wat de ontwerpers in hun toelichting dienaangaande zo hier en daar laten doorschemeren. Maar ik zou menen dat een expliciete aan de wijze van besluitvorming gewijde bepaling in het ontwerp niet zou misstaan. Om niet te zeggen: niet gemist mag worden! Slechts eenmaal, te weten ten aanzien van een besluit tot omzetting van een openbare vennootschap in een BV (zie art. 834 lid 2 onder a) schrijft het ontwerp voor dat een besluit met een gekwalificeerde meerderheid (van tweederden van het aantal vennoten) dient te worden genomen. Ook hieruit valt m.i. voor de vraag die hier aan de orde is, niet veel op te maken.

2.4 *Art. 809 lid 2; wijze van taakvervulling en verantwoordelijkheid*

Lid 2 van art. 809 bepaalt iets wat ons niet behoeft te verbazen nadat wij eerder al hebben kennisgenomen van het in art. 800 lid 2 gegeven voorschrift

80 Zie hierover ook Huizink, t.a.p. p. 228.

dat de vennoten zich tegenover elkaar moeten gedragen *zoals een goed vennoot betaamt*. Hier lezen we nu dat een besturend vennoot is gehouden tot een *behoorlijke vervulling* van zijn taak; een formulering zoals wij die ook aantreffen in art. 2:9 Boek 2. Welke deze taak precies is volgt overigens, anders dan bij de rechtspersonen van boek 2 het geval is, niet uit de wet maar zal pas blijken als hij – al dan niet met zijn instemming – bij of krachtens de overeenkomst eventueel in het bijzonder daarmee wordt belast. Aan niet behoorlijke taakvervulling (naar wij mogen aannemen van een aard die maakt dat hem daarvan *een ernstig verwijt* kan worden gemaakt) zullen uiteenlopende consequenties kunnen worden verbonden. Te denken valt hierbij o.m. aan intrekking (zo mogelijk) van de hem opgedragen taak of verleende bevoegdheid, gehoudenheid tot schadevergoeding en eventueel uitstoting o.g.v. gewichtige redenen als bedoeld in art. 820 lid 1.

'Indien er meerdere besturende vennoten zijn, is er sprake van een collectieve verantwoordelijkheid', zo lezen wij in de MvT. Geheel logisch vind ik dat eigenlijk niet. In geval alle vennoten besturend vennoot zijn is het hier bepaalde min of meer een dooddoener. Maar ook als de taken onderling zijn verdeeld zullen de besturende vennoten (anders dan leden van het bestuur van een rechtspersoon van Boek 2) dikwijls niet met gelijksoortige maar juist met uiteenlopende taken zijn belast. In dat geval zullen vennoten zich, naar mag worden aangenomen, kunnen disculperen wanneer het een aangelegenheid betreft die niet tot hun werkkring behoort.[81]
Het hier in lid 2 bepaalde, houdt natuurlijk niet in dat eventuele *niet-besturende* vennoten, die toch wellicht ook taken zullen hebben, zich daarvan niet behoorlijk zouden behoeven te kwijten!

2.5 Art. 309 lid 3; periodieke rekening en verantwoording (decharge?)

Besturende vennoten zijn tenminste éénmaal per jaar rekening en verantwoording verschuldigd aan hun medevennoten; zo bepaalt art. 309 lid 3. De geëigende gelegenheid daarvoor is de dwingendrechtelijk voorgeschreven jaarlijkse vennotenvergadering als bedoeld in art. 814 lid 4 waarin de balans en de staat van baten en lasten moeten worden vastgesteld. In veel gevallen zal het afleggen van de hier bedoelde rekening en verantwoording 'door de besturende vennoten' er op neerkomen dat alle vennoten (als zij daar al de tijd voor wensen vrij te maken) elkaar één keer per jaar eens diep in de ogen kijken en zich afvragen hoe het (nog) beter kan! Anders ligt dat natuurlijk als een personenvennootschap (een grote vennootschap van beroepsbeoefenaars bijvoorbeeld) echt zoiets als een 'Bestuur' heeft. De leden daarvan zul-

81 Zie over onbehoorlijke taakvervulling van besturende vennoten en aansprakelijkheid ook Huizink, t.a.p. p. 229.

len aan de vennotenvergadering verantwoording afleggen over het door hun gevoerde beleid en ook om decharge verzoeken. Overigens strekt de hierbedoelde plicht, tot het afleggen van rekening en verantwoording aan *ieder* van de (individuele) mede-vennoten.[82]
Natuurlijk zullen vennoten ook tussentijds een mede-vennoot die iets heeft gedaan wat hun niet zint ter verantwoording kunnen roepen en vervolgens tot passende maatregelen kunnen overgaan; niets noopt hen ertoe daarmee te wachten tot de jaarlijkse vergadering.[83]
De rekenprocedure van 771 e.v. Rv waarnaar de MvT verwijst, is in de nieuwe versie daarvan, op de situatie die hier aan de orde is niet van toepassing.

2.6 *Art. 810; bevoegdheid tot handelen voor rekening van de vennootschap*

Art. 810 bepaalt dat een besturend vennoot – en dat betekent zoals wij zagen voorzover er niet iets anders is afgesproken *iedere* vennoot – bevoegd is om *voor rekening van de vennootschap* alle rechtshandelingen te verrichten *die gelet op het doel van de vennootschap tot haar normale werkzaamheden behoren*. Dit komt overeen met wat ook geldt naar huidig recht. Ingevolge het bepaalde in art. 7A: 1676 sub 1 is, voorzover niet iets anders is afgesproken, iedere vennoot bevoegd 'beheershandelingen' te verrichten. De term 'beheershandeling' heeft dus, om redenen die eerder ter sprake kwamen, in het ontwerp plaatsgemaakt voor de term 'rechtshandeling behorend tot de normale werkzaamheden'. Inderdaad kan hierdoor geen verwarring meer ontstaan met het begrip 'beheren' zoals dat in goederenrechtelijk verband moet worden onderscheiden van 'beschikken'. Of deze wisseling van termen nou echt in alle opzichten een verbetering kan worden genoemd vraag ik mij af.
Naar huidig recht is het inmiddels wel zo, dat de andere vennoten de mogelijkheid hebben om, mits zij dat doen nog voordat een medevennoot overgaat tot het verrichten van een dergelijke normale handeling, daarover een (preventief) veto uit te spreken. Dat heeft dan tot gevolg dat de betrokken vennoot niet langer bevoegd is de betrokken handeling voor rekening van de vennootschap te verrichten, zolang hij daarvoor niet een voorafgaand fiat van de mede-vennoten heeft gekregen. Een en ander vinden wij in het laatste zinsdeel van art. 7A:1676 sub 1. Ik heb deze voorziening altijd heel zinvol gevonden en begrijp niet goed waarom die in het ontwerp niet is meegenomen.

---

82 Zie hierna bij de bespreking van art. 814 lid 2.

83 Ook eventuele niet-besturende vennoten zullen zich natuurlijk tegenover hun mede-vennoten zo nu en dan moeten verantwoorden over de wijze waarop zij hun taken – zo zij die hebben – hebben vervuld.

Voor het verrichten van andere rechtshandelingen – dan die behorend tot de normale werkzaamheden – voor rekening van de vennootschap behoeft een besturend vennoot de instemming van de andere vennoten zo bepaalt art. 310 lid 1 voorts. Aangenomen mag worden dat met 'de' *alle* andere vennoten is bedoeld. En aangenomen mag tevens worden, dat ook een *niet-* besturend vennoot een dergelijke instemming behoeft! De hierbedoelde *andere* handelingen zijn die welke naar huidig recht worden aangeduid als 'beschikkingshandelingen'. De vraag rijst hoe wij die categorie dan in de toekomst zullen moeten aanduiden; 'niet-normale handelingen' klinkt mij niet prettig in de oren.[84]

Lid 2 van art. 310 bepaalt vervolgens dat vennoten geheel vrij zijn om in het kader van een overeengekomen taakverdeling of bestuursformering de kwestie wie onder welke voorwaarden, welke normale of niet normale handelingen, wel of niet voor rekening van de vennootschap mag verrichten, naar eigen inzicht te regelen. De MvT zegt het zo[85]: *'Partijen kunnen dus afwijkende regelingen treffen, bijvoorbeeld de bevoegdheid beperken tot handelingen tot een bepaald bedrag, bepalen dat slechts twee vennoten gezamenlijk bevoegd zijn, bepaalde handelingen 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.'* 'Of dat een vennoot daartoe in het geheel geen instemming van andere vennoten behoeft', zou ik daaraan willen toevoegen.
Welbeschouwd wijkt de regeling met betrekking tot de interne bevoegdheidsverdeling c.q -verlening niet af van wat daaromtrent geldt naar huidig recht. Behalve dan dat het hierboven gememoreerde vetorecht is komen te vervallen.
Het in art. 809 lid 1 gegeven voorschrift dat een vennootschap steeds een of meer besturende vennoten moet hebben, sluit mijns inziens de mogelijkheid uit om bij of krachtens de overeenkomst te bepalen dat geen enkele vennoot (individueel of samen met andere vennoten) voor rekening van de vennootschap kan handelen. Wel kunnen – zoals wij reeds eerder zagen – de besturende vennoten (of besturend vennoot), zo dat de instemming heeft van de andere vennoten, de aan hen toekomende taken en bevoegdheden eventueel via opdracht of arbeidsovereenkomst door derden laten uitoefenen.

---

84 Zie voor de mening van Huizink dat het ontwerp het hele onderscheid tussen beheren en beschikken maar het beste had kunnen 'weg schrijven', t.a.p. p.p. 228 en 230. Wat hem betreft, zo begrijp ik, mag zoveel mogelijk regelend recht overboord.

85 MvT, p. 17.

2.7 *Bevoegdheid tot vertegenwoordiging en aansprakelijkheid*

De artikelen 811 t/m 813 komen in de plaats van de huidige artikelen 7A: 1679 t/m 1682 en 17 en 18 WvK, behalve voor zover deze laatste, ten dele, ook betrekking hebben op *on*bevoegdheid om in naam van de vennootschap te handelen.[86]

2.8 *Art. 811 lid 1; bevoegdheid tot vertegenwoordigen*

Allereerst zij opgemerkt dat – zonder dat dat mijns inziens aanstonds zo duidelijk uit de tekst blijkt – artikel 811 uitsluitend betrekking heeft op de openbare vennootschap. Voor de vertegenwoordiging van de maatschap (voorzover daarvan sprake kan zijn) geldt het bepaalde in art. 812.
Uitgangspunt is dat bij de openbare vennootschap iedere besturend vennoot bevoegd is de vennootschap zonder beperking te vertegenwoordigen zowel op het obligatoire als op het goederenrechtelijke vlak. In beginsel geldt dat dus voor alle vennoten, zoals dat thans ook geldt voor de vennoten van een vennootschap onder firma.
De eerste vraag die opkomt is of deze bevoegdheid voor een individuele vennoot beperkt blijft tot de handelingen die hij op grond van zijn interne bevoegdheid voor rekening van de vennootschap mag verrichten. Dat is niet het geval. De in art. 811 aan vennoten toekomende bevoegdheid om de vennootschap *te vertegenwoordigen* staat los van de hem ingevolge het bepaalde in art 810 toekomende of toegekende interne bevoegdheid om *voor rekening van* de vennootschap te handelen.
Blijkens het bepaalde in art. 811 zijn alle vennoten in beginsel bevoegd tot het verrichten van alle handelingen *'die dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap'*. Dit geldt voor iedere (besturend) vennoot 'tenzij *bij* de overeenkomst anders is bepaald'. Bepaald kan bijvoorbeeld zijn dat vennoten of sommige van hen níet tot vertegenwoordigen bevoegd zijn, of alleen samen met een ander en/of slechts tot een bepaald bedrag en wat dies meer zij.
Aanstonds is hiermee duidelijk dat interne bevoegdheid (tot handelen voor rekening van de vennootschap) en externe bevoegdheid (tot het vertegenwoordigen van de vennootschap) niet samenvallen. Want ten eerste is een vennoot intern natuurlijk nooit bevoegd handelingen te verrichten die weliswaar objectief gesproken 'dienstig *kunnen* zijn tot het verwezenlijken van het doel' maar die, gezien de feiten en omstandigheden de vennootschap

86 'In geval van onbevoegd handelen door een vennoot gelden de regels die in Boek 3 zijn gegeven (zie artikel 3:70 in verbinding met artikel 3:78)', zo lezen wij in de MvT p. 20 onder 5. Naar mijn weten is de geldende opvatting dat de betrokken vennoot in dat geval zélf is gebonden! Vgl. Mohr t.a.p. p. 143.

betreffende (waarmee de vennoot bekend is), daartoe *in concreto* niet dienstig zijn. En ten tweede kan een vennoot intern bevoegd of onbevoegd zijn, niet omdat dat *bij* de overeenkomst is bepaald, maar omdat dat *krachtens* de overeenkomst is bepaald.

De bedoeling van het hier gekozen stelsel is duidelijk. Derden moeten kunnen oordelen over de vraag of een vennoot die handelt ten name van de vennootschap ook inderdaad de mogelijkheid heeft om haar (en dus ook de mede-vennoten) te binden. De derde zal zich dan dus (i) moeten afvragen of naar zijn oordeel de betrokken handeling redelijkerwijs gesproken dienstig *kan* zijn tot het verwezenlijken van het (gepubliceerde) doel van de vennootschap en tevens zal hij (ii) zich bij het handelsregister moeten vergewissen van de vraag of de vertegenwoordigingsbevoegdheid van degeen met wie hij in zee gaat de aan te gane handeling omvat.
Dat dit laatste het noodzakelijk maakt om in art. 811 lid 1 te bepalen dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid slechts *bij* en niet ook *krachtens* de overeenkomst kan worden geregeld komt mij bezwaarlijk voor. De MvT[87] verwijst in dit verband naar art. 12 onder d van het Handelsregisterbesluit 1996, waar is bepaald dat van een vennootschap onder firma wordt ingeschreven *'al hetgeen de overeenkomst bevat ter bepaling van de rechten van derden'*. Mijns inziens staat deze bepaling, die natuurlijk ook betrekking heeft op (bijvoorbeeld) bedingen aangaande continuïteit e.d., er niet aan in de weg dat de KvK formulieren zou hanteren waarop dient te worden vermeld welke vennoten welke mate van vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben, los van de vraag of die hem *bij* of *krachtens* de overeenkomst is verleend.
Op zichzelf gesproken is het natuurlijk opmerkelijk dat een vennoot enerzijds (extern) 'bevoegd' kan zijn om ten name van de vennootschap op te treden, terwijl hij anderzijds (intern) niet bevoegd is om diezelfde handeling voor haar rekening te verrichten. Het hier gehanteerde vertegenwoordigingsstelsel heeft in zoverre veel weg van het zgn. richtlijnstelsel dat geldt voor de rechtspersonen van Boek 2.[88]
Gaat een vennoot zijn boekje te buiten, in die zin dat hij bij zijn extern handelen zijn interne bevoegdheid overschrijdt, dan zijn dus weliswaar de vennootschap en de mede-vennoten gebonden, maar deze zullen voorzover zij de verplichtingen uit de betrokken rechtshandeling hebben na te komen op de intern onbevoegde vennoot regres kunnen nemen. Hier staat de derde verder buiten, of het zou moeten zijn dat kan worden gesproken van door hem gemaakt 'misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid'.[89]

---

87 MvT p. 18 onder 3.
88 Zie de artt. 130/240 van Boek 2.
89 Zie hierover Huizink t.a.p. p. 231, die vindt dat deze regeling wel erg ver gaat.

Ook waar het de vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft komt het mij voor dat het in art. 809 lid 1 gegeven voorschrift dat een vennootschap steeds een of meer besturende vennoten moet hebben, de mogelijkheid uitsluit dat bij de overeenkomst van vennootschap zou zijn bepaald dat, in enig opzicht, geen van de vennoten (individueel of samen met andere vennoten) de vennootschap kan vertegenwoordigen.

Onnodig te memoreren dat in geval een vennoot zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid overschrijdt, eventueel toch sprake kan zijn van gebondenheid van de vennootschap (en de vennoten) op grond van aan de vennootschap of de mede-vennoten toe te rekenen schijn van bevoegdheid of bekrachtiging van de onbevoegd verrichte handeling door de overige vennoten achteraf dan wel zaakwaarneming. De thans in art. 7A:1681 opgenomen regeling van gebondenheid in geval van baattrekking, vinden wij – naar verwacht mocht worden[90] – in het ontwerp niet terug.
Al met al komt, in het algemeen gesproken, de in het ontwerp gepresenteerde vertegenwoordigingsregeling mij helder en goed werkbaar voor.

2.9 Art. 811 lid 2; gevolgen van niet publiceren in het handelsregister

De in art. 811 lid 2 opgenomen regeling is gestoeld op die welke thans is vervat in art. 29 WvK iuncto art. 18 lid 4 onder a Handelsregisterwet 1996. Zij houdt in dat in geval de vennootschap *in het geheel niet* is ingeschreven in het handelsregister, zij ten aanzien van derden geldt (i) *als algemeen voor alle zaken* (zodat aan derden niet kan worden tegengeworpen dat verrichte handelingen niet dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel); (ii) als *aangegaan voor onbepaalde tijd* (zodat aan derden niet kan worden tegengeworpen dat de vennootschap niet gebonden is omdat zij ten tijde van het verrichten van de handeling niet meer zou hebben bestaan) en (iii) als *geen der vennoten uitsluitend of beperkend in zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid* (zodat aan derden niet kan worden tegengeworpen dat de handelende vennoot niet bevoegd was de betrokken handeling in naam van de vennootschap te verrichten).
In het geval dus vennoten van een *openbare* vennootschap (dat wil zeggen dat *feitelijk* door hen, in het kader van een beroep of bedrijf op een voor derden duidelijk kenbare wijze, wordt opgetreden onder een door de vennootschap als zodanig gevoerde naam) nalaten aan de inschrijvingsverplichting te voldoen, zullen zij verbonden worden *door elke willekeurige rechtshandeling door een hunner in naam van de vennootschap aangegaan*. Onnodig te zeggen dat deze sanctie op niet publiceren voor individuele vennoten

90 Ook in het Ontwerp-Van der Grinten kwam deze regeling al niet meer voor.

onoverzienbare risico's meebrengt. Temeer daar voor het intreden van dit gevolg ook niet van belang is of de derde wel of niet *wist* dat het tussen de vennoten overeengekomen doel werd overschreden of dat de vennootschap alreeds was geëindigd. Ook derden die niet te goeder trouw zijn kunnen zich op het bepaalde in art. 811 lid 2 en art. 29 WvK beroepen. Naar huidig recht geldt dit voor alle drie hiervoor vermelde aspecten. In het ontwerp is de regeling in zoverre verzacht, dat dit niet geldt voor het geval genoemd onder (iii). Onbevoegdheid tot vertegenwoordiging van de handelend vennoot, kan dus wèl aan de derde worden tegengeworpen als die daarvan *niet onkundig was*. Wat de ontwerpers er toe heeft bewogen deze verlichting ten gunste van de nalatige vennoten aan te brengen, wordt in de MvT niet uit de doeken gedaan. Wellicht ligt de reden daarvoor voor de hand, maar zij laat zich door mij toch niet raden!

Dan nog even dit. De geïnteresseerde lezer zal zich misschien herinneren dat in de Inleiding werd geopperd dat voor het verkrijgen van rechtspersoonlijk van openbare vennootschappen heel goed zou kunnen worden volstaan met de enkele eis van inschrijving van de vennootschap in het handelsregister. Dat is trouwens, daar wordt in MvT ook op gewezen, in diverse andere landen ook het geval.[91] Mijn inziens, zo schreef ik, behoeft gezien het gewicht van de sanctie die is verbonden aan niet-inschrijven in het handelsregister, er niet voor te worden gevreesd dat op enige schaal van betekenis zou worden gehandeld als ware men een openbare vennootschap, zonder aan die verplichting tot inschrijving te voldoen. Nu u deze sanctie nog eens onder ogen heeft gezien herhaal ik deze stelling. Van enige beweerdelijke noodzaak om – wanneer rechtspersoonlijkheid zou worden verkregen alleen door inschrijving in het handelsregister – toch ook nog een regeling te ontwerpen voor openbare vennootschappen (zonder rechtspersoonlijkheid) die aan die verplichting niet zouden voldoen, kan geen sprake zijn. Want dat soort vennootschappen zullen zich in de realiteit niet, of maar heel sporadisch, voordoen.[92] En mocht dat eens een keer wel het geval zijn dan kan toepassing van art. 2:4 lid 3 e.v. in combinatie met art. 29 WvK uitkomst brengen, waarbij dan de gelukkige afloop eventueel dus kan zijn dat alsnog een rechtsgeldige vennootschap-rechtspersoon tot stand komt!

---

91 Vgl. MvT noot 1, p.10.

92 Anders denkt daarover kennelijk Timmerman t.a.p. p. 97, die schrijft dat er voor gevreesd zou moeten worden dat er dan toch een soort 'tweesporig systeem' zou blijven bestaan. Eerlijk gezegd begrijp ik niet hoe hij dat zou kunnen denken.

2.10 *Art. 812; handelen in naam van de maatschap*

De tekst van art. 812 luidt: *'Een besturend vennoot van een maatschap kan slechts in haar naam handelen, wanneer hij hiertoe van de andere vennoten volmacht heeft.'*
Bij de bespreking van art. 810, een bepaling die ook voor de maatschap geldt, zagen wij hoe komt vast te staan of en in hoeverre vennoten bevoegd zijn *voor rekening* van de vennootschap te handelen. Kennelijk is het ook bij de maatschap niet de bedoeling dat deze interne bevoegdheid tevens de externe bevoegdheid meebrengt om de andere vennoten te vertegenwoordigen. Voor dat laatste is een door de andere vennoten verstrekte volmacht vereist.[93] De vraag rijst of dit een algemene volmacht kan zijn, waarbij een vennoot de bevoegdheid wordt verleend de medevennoten te binden in alle gevallen dat hij handelt binnen het terrein van zijn interne bevoegdheid. Ik zou denken dat de vennoten elkaar over en weer dergelijke volmachten zouden kunnen verlenen.
Beschikt een vennoot over de daartoe vereiste volmacht dan kan hij, zo bepaalt art. 812 'in *naam* van de maatschap' handelen. Daar kijk ik even van op! De MvT licht deze uitdrukkingswijze alsvolgt toe: *'dat betekent hier steeds in naam van de gezamenlijke vennoten als zodanig'*. De woorden 'de gezamenlijke vennoten als zodanig' ben ik geneigd te begrijpen als een bescheiden *personificatie* van de maatschap met afgescheiden vermogen. Maar een *naam* in de letterlijke betekenis, waarin dit samenwerkingsverband kan worden gevangen, heeft de maatschap als 'stille'vennootschap, dacht ik nu juist (meestal) niet. En ik zie dan ook niet direct hoe *in naam van de gezamenlijke vennoten* kan worden gehandeld. Kennelijk moeten we dat niet te letterlijk opvatten.[94] Overigens zou ik denken dat door de gevolmachtigde vennoot bij voorkeur gehandeld zou behoren te worden *in naam van elk van de door hem vertegenwoordigde vennoten als zodanig* (d.w.z. in diens hoedanigheid van vennoot). Dan weet de derde niet alleen wie hij (voor gelijke delen) zal kunnen aanspreken (de maatschap is immers niet gepubliceerd in het handelsregister), maar bovendien dat betrokkenen een maatschap vormen met een afgescheiden vermogen waarop hij zich (ook nog) kan verhalen. Mijns inziens zou de tekst van artikel 813 beter kunnen luiden: *'Een besturend vennoot van een maatschap kan slechts handelen in naam van de vennoten als zodanig, wanneer hij hiertoe van de andere vennoten volmacht heeft.'*

---

93 Kennelijk kan de tekst van art. 812 tot misverstand aanleiding geven. De bedoeling van de bepaling is niet om tot uitdrukking te brengen dat niet ook aan anderen een volmacht kan worden gegeven, maar dat ook besturende vennoten, willen zij hun medematen kunnen binden, daar niet zonder kunnen. Vgl. Huizink t.a.p. p. 232.

94 Zie hierover ook de Gecomb. Cie die voorstelt in de tekst van art. 812 de woorden ' in haar naam' te vervangen door 'namens de gezamenlijke vennoten'.

Ook in de MvT wordt nog benadrukt dat er alleen rechten en verplichtingen ontstaan die de maatschap aangaan, indien gehandeld is *'namens de vennoten in die hoedanigheid'*. Dit betekent dus dat alleen schulden die voortvloeien uit handelingen waarbij ook *aan de wederpartij duidelijk was* dat zij werden aangegaan in het kader van een tussen de mede-contractanten bestaande maatschap, op het afgescheiden maatschapsvermogen kunnen worden verhaald. En bovendien betekent dit, zoals wij hierna (bij de bespreking van art. 813 lid 3) zullen zien, dat de derde ook de vennoot die gehandeld heeft zélf, slechts voor een gelijk deel zal kunnen aanspreken.[95]

Overigens, maar dit meer als aardigheidje terzijde, is niet onder alle omstandigheden uitgesloten dat ook een maatschap zich *als zodanig van een naam* bedient. Een voorbeeld: Enige tientallen vrije beroepsbeoefenaars handelen in het kader van hun professie onder eigen naam, maar zij drukken onderaan hun briefpapier de wervende tekst: 'Lid van de Accountants Associatie Twente (AAT)'. Stel dat AAT zich regelmatig (onder deze als zodanig door haar gevoerde naam) in het verkeer manifesteert bij het huren van zaaltjes waar know how bijeenkomsten voor haar vennoten en voorlichtingsavonden voor het bedrijfsleven worden belegd en dat AAT bovendien overgaat tot het uitgeven van wervende met haar naam gesierde brochures, dan zal zij toch niet als openbare vennootschap, maar als maatschap kwalificeren omdat zij geen beroep of bedrijf uitoefent. Het zal duidelijk zijn dat het commerciële en geen ideële overwegingen zijn die maken dat alle accountants uit de regio zich aansluiten bij de maatschap AAT, dus een vereniging lijkt het ook niet echt te zijn! We hebben dus, bijwege van anomalie, te maken met een maatschap met een door haar als zodanig gevoerde naam waaronder zij op voor derden duidelijk kenbare wijze handelt!

2.11 *Art. 813 lid 1; de vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden*

Art. 813 lid 1 regelt de verbondenheid van vennoten voor verbintenissen van een openbare vennootschap. Vragen wij ons eerst af hoe verbintenissen van een openbare vennootschap (met en zonder rechtspersoonlijkheid) kunnen ontstaan. Allereerst (i) door een rechtshandeling verricht door een vennoot die daartoe krachtens de wet de bevoegdheid heeft of aan wie deze bevoegd-

---

95 Een wederpartij die het te bezwaarlijk vindt om, als het eventueel ooit zover mocht komen, alle vennoten van de maatschap voor gelijke delen te moeten aanspreken, zal er de voorkeur aan (kunnen) geven alleen met de betrokken besturend vennoot zelf te contracteren. Deze laatste zal dan (handelend *voor rekening van de maatschap*) jegens de wederpartij als contractspartij gelden en alleen zelf voor het geheel aansprakelijk zijn. Zie over deze problematiek, Huizink t.a.p. p. 234.

heid *bij* de overeenkomst is verleend. Voorts (ii) door het handelen van een vennoot of een niet-vennoot aan wie daartoe door de vennoten of een daartoe bevoegde vennoot, volmacht is verleend; dat kan zijn een algemene of een incidentele volmacht. Tot het verlenen van een incidentele volmacht zal in principe iedere zelf tot vertegenwoordigen bevoegde vennoot kunnen overgaan. Voor het verstrekken van een algemene volmacht, bijvoorbeeld aan een directeur of een procuratiehouder, zal in de regel een besluit van alle vennoten vereist zijn. Ik laat dit aspect hier verder rusten aangezien dat allemaal aan de vennoten zelf is. Vervolgens kan ook (iii) een verbintenis van de vennootschap ontstaan door het handelen in naam van de vennootschap door iemand die daartoe niet bevoegd is als gevolg van – zoals wij eerder zagen – toerekenbare schijn, bekrachtiging of zaakwaarneming. En tenslotte (iv) kan de vennootschap ook gebonden worden door het handelen in eigen naam door een vennoot van wie de wederpartij weet dat hij deel uitmaakt van de vennootschap waardoor deze derde ervan uitgaat dat die vennoot beoogt de vennootschap te binden. De MvT verwijst in dit verband naar HR 3 december 1971, NJ 1972, 117 en wijst erop dat niet bijvoorbeeld alleen het gebruik van briefpapier van de vennootschap leidt tot een resultaat als hier bedoeld.[96] Onnodig tenslotte te vermelden dat een verbintenis van een vennootschap natuurlijk ook (v) kan voortvloeien uit de wet![97]
Dat 'de' vennoten voor de verbintenissen van de vennootschap hoofdelijk verbonden zijn, zoals art. 813 lid 1 bepaalt, is gezien het bepaalde in art. 824 lid 2, overigens slechts juist voorzover deze vennoten *'ten tijde van het ontstaan van de verbintenis vennoot zijn'*. Men kan het vanzelfsprekend vinden of niet, maar een toetredend of opvolgend vennoot is slechts verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap die *na* zijn toetreding of opvolging zijn ontstaan.[98] Dit hangt samen met het gegeven dat anderzijds een uitgetreden vennoot voor die verbintenissen verbonden *blijft*; zie art. 824.[99]

De hoofdelijke verbondenheid van de vennoten van een openbare vennootschap voor haar verbintenissen, is stellig een dwingendrechtelijk voorschrift! Dat blijkt eigenlijk al direct uit het feit dat – anders dan bij lid 3 van

96 MvT p. 20 onder 4. De MvT memoreert ook nog dat het zich kan voordoen dat een vennoot ingevolge de vennootschapsovereenkomst niet bevoegd is om in eigen naam (concurrerend?) op te treden. Dat is dan echter puur een aangelegenheid tussen de vennootschap en de betrokken vennoot, waar de derde in beginsel buiten staat.

97 Op deze bron van verbintenissen wordt in par. 13 hierna nog teruggekomen.

98 Inzoverre is er naar mijn gevoel toch ook niet echt sprake van 'opvolging'. Zie hierover ook Mohr t.a.p. p. 213 e.v.

99 Dat een uitgetreden vennoot nog gebonden raakt aan een verbintenis uit een rechtshandeling aangegaan in naam van vennootschap ná het moment van zijn uittreden, kan zich voordoen in geval hij niet bij het handelsregister is uitgeschreven.

art. 813 – niet de woorden *'tenzij in de overeenkomst met derde is bepaald ....'* aan de bewoordingen van lid 1 zijn toegevoegd.
De hoofdelijke verbondenheid van vennoten is een onvervreemdbaar kenmerk van de openbare vennootschap, dat niet door vennoten en derden kan worden 'weg-gecontracteerd'. Wensen vennoten een overeenkomst met een derde te sluiten zonder voor de daaruit voortvloeiende verbintenissen persoonlijk hoofdelijk verbonden te worden, dan kunnen zij dat alleen maar doen door buiten het kader van de vennootschap te handelen. De derde zal dan geen crediteur van de vennootschap zijn en dus ook geen verhaal kunnen nemen op het afgescheiden vermogen daarvan; hij wordt geen 'zaakscrediteur'![100]

Opmerkelijk acht ik het dat uit de MvT niet blijkt of de ontwerpers hebben overwogen de aansprakelijkheid van de individuele vennoten tot een subsidiaire te maken, in die zin dat derden eerst de vennootschap zouden dienen aan te spreken. Een regeling in een zin zoals die, op grond van het bepaalde in art. 2:30 lid 4, ook geldt voor de in het handelsregister ingeschreven informele vereniging. Ik had me graag met de ontwerpers verdiept in het voor en tegen daarvan.[101] Overigens zou ik menen dat een vennoot die ervaart dat hij door een crediteur van de vennootschap op een onheuse manier persoonlijk wordt aangesproken met bewust voorbij gaan van de vennootschap, met mogelijk succes een beroep zou kunnen doen op art. 6:2 BW.[102]

Tenslotte nog dit: 'verbonden voor een verbintenis' betekent zoveel als 'zelf *gehouden tot nakoming* van de overeengekomen prestatie'. Waar deze prestatie zeker niet altijd uit het betalen van geld zal bestaan, heeft het mij altijd verwonderd dat deze formulering ook van toepassing is op een commanditaire vennoot die zijn boekje is te buiten gegaan; men zie voor wat het ontwerp betreft art. 837 lid 2. Volgens de regels van het ontwerp kunnen in de toekomst ook aan beroepsvennootschappen commanditaire vennoten verbonden zijn.[103] Veelal zal – net zoals nu al het geval is bij bedrijfsuitoefening – de gedachte dat een commanditaire vennoot de door de vennoten-beroepsbeoefenaren toegezegde prestaties zou kunnen leveren nergens op slaan.

---

[100] Zie hierover Huizink t.a.p. p. 233, die bij de ratio van het dwingendrechtelijk karakter van de hoofdelijke aansprakelijkheid enige vraagtekens zet. Mijns inziens is inderdaad de kern van de zaak dat alleen crediteuren die *alle* vennoten kunnen aanspreken verhaal kan toekomen op het afgescheiden vennootschapsvermogen dan wel op het vermogen van de vennootschap rechtspersoon.

[101] In noot 10 bij art. 813 wordt in de MvT volstaan met de constatering dat sommige rechtstelsels een dergelijke regel wel kennen.

[102] Zie hiervoor ook: Mohr t.a.p. pp. 129 en 145 en De Monchy t.a.p. p. 127.

[103] MvT bij Afdeling 8, Algemeen onder 2. p. 69.

2.12 *Art. 813 lid 2; disculpatie i.g.v. tekortkoming in de nakoming van een opdracht*

Lid 2 van art. 813 heeft betrekking op de situatie dat *de openbare vennootschap een opdracht heeft ontvangen*. Voorzover het een openbare vennootschap niet-rechtspersoon betreft is hier, zo merkt de MvT op[104], sprake van een zekere personificatie van de rechtsbetrekking.
Lid 2 bepaalt dat als de openbare vennootschap een opdracht ontvangt weliswaar iedere vennoot (op grond van lid 1) hoofdelijk aansprakelijk wordt ook voor de eventuele verplichting tot schadevergoeding in geval van tekortkoming in de nakoming van de verbintenissen die uit die opdracht voortvloeien, maar dat dat niet geldt indien *de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.* Dit is dus een verzachting vergeleken bij de aansprakelijkheid van lid 1, speciaal voor het geval het gaat om een overeenkomst van opdracht als geregeld in titel 7.7. De MvT[105] licht de portee van deze regeling toe: *'De bepaling heeft in het bijzonder betekenis voor openbare vennootschappen tot het uitoefenen van een beroep waarbij het veelal zal gaan om opdrachten tot dienstbetoon die verplichten tot niet bij voorbaat kwantitatief meetbare prestaties. Ook bij bedrijfsuitoefening komen dergelijke opdrachten echter voor.'*
Wat de MvT precies probeert te verduidelijken met de opmerking dat het hier gaat om *'niet bij voorbaat kwantitatief meetbare prestaties'* ontgaat mij een beetje. Maar de bedoeling is duidelijk. Vennoten die niets te verwijten valt moeten niet hoeven opdraaien voor de schade die de opdrachtgever lijdt als gevolg van een fout van slechts een of enkele van hun. Dat geldt zowel in geval van beroepsuitoefening als wanneer het gaat om de uitoefening van een bedrijf.
Ik weet niet zeker of ik het goed zie, maar dat zou voor de huidige vennootschappen onder firma in de dienstverlenende sector wel eens een aanzienlijke verlichting kunnen betekenen. Uit de MvT blijkt overigens niet zozeer dat bedoeld is dat effect teweeg te brengen.

Wellicht is het goed nog even te kijken wanneer precies een tekortkoming aan iemand 'niet kan worden toegerekend'. Art. 6:75 bepaalt dat een tekortkoming niet aan iemand kan worden toegerekend, *'indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'.*
Komt het feit dat het reisbureau verzuimd heeft mijn hotel te boeken, *naar in het verkeer geldende opvattingen,* alleen voor rekening van de vennootschap zelf en die ene vennoot die zich met dat aspect van het onderne-

104 Zie MvT onder 2. Algemeen, onder 2.2. p. 3.
105 Zie MvT bij art. 813 onder 2. p. 20.

mingsgebeuren bezig houdt? En hoe zit het met het laten verlopen van een termijn in de advocatuur?[106] Was er niet juist, naar wij eerder zagen sprake van 'collectieve verantwoordelijkheid' – en ik zou dan al gauw denken: ook aansprakelijkheid – van alle besturende vennoten, of geldt dat alleen intern? Maar dan nog!

Hoe dit ook zij – maar ik moet u zeggen dat ik er niet zo gerust op ben! – het hier in lid 2 van art. 813 bepaalde sluit aan bij artikel 7:407 lid 2, waar het gaat om een opdracht die *door twee of meer personen tezamen* is ontvangen. Kennelijk moeten wij, naar het inzicht van de ontwerpers, het ontvangen van een opdracht door een openbare vennootschap min of meer zien als het *tezamen ontvangen daarvan door alle vennoten* van die vennootschap.[107] Daarvan is natuurlijk in het geval dat de vennootschap rechtspersoon is juridisch geen sprake maar daarvoor geldt krachtens lid 2 van art. 813 dezelfde regel, aldus de MvT.

Het bepaalde in art. 7:407 is niet van dwingend recht (vgl. art. 400 lid 2). Voor art. 813 lid 2 geldt dat, aldus de MvT, wel! Eerlijk gezegd begrijp ik dat laatste niet helemaal. Waarom mogen de gezamenlijke vennoten, voorzover hun dat opportuun mocht voorkomen, niet met de wederpartij afspreken dat zij zich niet zullen kunnen disculperen?

Overigens zijn, mijns inziens, ondanks de gelijkluidende disculpatie-voorziening de gevolgen verbonden aan de situatie dat een opdracht *door twee of meer personen is ontvangen* en die waarin deze is ontvangen door een openbare vennootschap (al dan niet rechtspersoon), uiteindelijk toch nog wel heel verschillend. In het eerste geval zijn degenen die zich met succes op disculpatie hebben beroepen verder van de vordering bevrijd. In het tweede geval echter zal naast de aansprakelijke vennoot of vennoten ook steeds de vennootschap *als zodanig* aansprakelijk zijn en zal de derde de vordering kunnen verhalen op het afgescheiden vennootschapsvermogen. Wanneer dit uiteindelijk resulteert in een verlies van de vennootschap zullen, als dit leidt tot ontbinding van de vennootschap – bijvoorbeeld als gevolg van haar faillissement – alle vennoten naar rato van hun draagplicht daarin moeten bijdragen; vgl. art. 830 lid 2. Lijkt het misschien niet allemaal een beetje mooier dan het uiteindelijk zou kunnen blijken te zijn?

2.13 Aansprakelijkheid van vennoten uit de wet[108]

Naar algemene opvatting kan een handelen van een vennoot van een openbare vennootschap, onder omstandigheden, hebben te gelden als een

---

[106] 'Lastige procedures hierover liggen in het verschiet', zo lees ik in dit verband bij Wezeman, Ondernemingsrecht 2003, 4, p. 101.

[107] Ik deel dit inzicht overigens niet: vgl. Mohr, t.a.p. p. 116. Vgl. ook Huizink t.a.p. p. 233.

[108] Opmerkelijk is dat dit aspect in de gehele MvT niet aan de orde komt.

onrechtmatige daad van de vennootschap als zodanig.[109] De vraag of de vennootschap rechtspersoon is, is daarbij niet van belang. In geval door de vennootschap een opdracht is ontvangen en een tekortkoming in de nakoming daarvan jegens de wederpartij tevens moet worden gezien als een onrechtmatige daad gepleegd jegens een derde, ontstaat de situatie dat alle medevennoten, ook die welke zich jegens de opdrachtgever met succes hebben gedisculpeerd, toch ex art. 813 lid 1 jegens deze derde onverkort hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door hem geleden schade. Zo bezien is het risicobeperkend effect van de in lid 2 opgenomen disculpatiemogelijkheid toch (ook) wellicht wat minder groot dan de vennoten (ik denk hier met name aan de beoefenaren van vrije beroepen) zich zouden wensen. Want voor de gevolgen van buitencontractuele 'megaclaims' – en dat is toch de nachtmerrie bij uitstek van iedere advocaat en accountant die werkzaam is in een groot samenwerkingsverband – biedt het bepaalde in art. 813 lid 2 dus geen soelaas! Het is maar dat ze het weten![110]
Deze en de aan het slot van de vorige paragraaf gedane constatering, doet de vraag rijzen of het ontwerp niet toch meer aandacht had moeten geven aan de figuur van een beroepsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid.[111] Als het zo eenvoudig was om de (te) scherpe kantjes van de hoofdelijke aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren in vennootschapsverband weg te nemen als de ontwerpers met invoering van art. 813 lid 2 toch eigenlijk suggereren, dan hadden buitenlandse wetgevers zich misschien ook de moeite wel bespaard daarvoor een aparte rechtsvorm te creëren!

Persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten kan natuurlijk ook voortvloeien uit fiscale- en sociale verzekeringswetten e.d.[112]

2.14 Art. 813 lid 3; verbondenheid van vennoten van een maatschap

De in art. 813 lid 3 bedoelde verbondenheid betreft de verbintenissen van de maatschap. Behalve het afgescheiden vermogen van de maatschap als zodanig, zijn ook hier daarnaast de vennoten verbonden. Betreft het een deelbare prestatie dan is dat een verbondenheid voor gelijke delen. Dat geldt ook voor de (besturend) vennoot die gehandeld heeft zelf; vgl. art. 6:6 lid 1. Anders dan waar het de hoofdelijke verbondenheid van art. 813 lid 1 betreft, kan in de overeenkomst met de derde van deze regel worden afgeweken in

109 Zie daarover o.m. Mohr, t.a.p. p. 120 e.v.
110 Vgl. Huizink t.a.p. p. 227.
111 Ook door Tervoort t.a.p. 370 wordt nog eens benadrukt dat het te betreuren valt dat de 'door de praktijk zeer gewenste en thans niet bestaande' personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid niet door het wetsvoorstel wordt geïntroduceerd.
112 Zie daarover nader Wezeman t.a.p. p. 102.

die zin dat wordt afgesproken dat de vennoten hoofdelijk of voor ongelijke delen verbonden zijn.
Opmerkelijk is dat de laatst genoemde mogelijkheid afwijkt van hetgeen thans is bepaald in art. 7A: 1680. Daar is bepaald dat van de verbondenheid van vennoten naar gelijke delen kan worden afgeweken in die zin dat de vennoten in plaats daarvan verbonden zullen zijn 'in evenredigheid van hun aandeel in de maatschap' en niet *zomaar* 'voor ongelijke delen'. Wat hiervan (en *of* dit) de bedoeling is wordt in de toelichting niet onthuld.[113]
Gaat het om een ondeelbare prestatie dan volgt uit artikel 6:6 lid 2 dat de maten hoofdelijk verbonden zijn. Voor het geval van schadevergoeding wegens wanprestatie zijn zij ook in dat geval echter weer verbonden naar gelijke delen aangezien het dan weer een deelbare prestatie betreft. Dat laatste, aldus de MvT, is dus een afwijking van het bepaalde in art. 6:102.

2.15 Aandachtspunten

1. Iedere vennootschap heeft een of meer *besturende* vennoten. Besturende vennoten zijn vennoten die niet geheel zijn uitgesloten van bevoegdheid om voor rekening van of in naam van de vennootschap te handelen; in de regel zijn dat dus *alle* vennoten. Van de toevoeging 'besturend' moeten wij ons niets aantrekken. (par. 1 en 2)

2. Vennoten zijn vrij om *bij* of *krachtens* de overeenkomst te bepalen in hoeverre vennoten bevoegd zijn om voor rekening van de vennootschap te handelen. Het verschil tussen *bij* of *krachtens* is in dit verband bepalend voor het onderscheid tussen 'gérants statutaires' en 'gérants mandataires'. Het ontwerp kent niet de bepaling (vgl. art. 7A:1673 lid 2) dat ook een *bij* de overeenkomst toegekende bevoegdheid om 'gewichtige reden' kan worden 'herroepen'. (par. 2)

3. In het ontwerp is niet bepaald hoe de besluitvorming binnen een personenvennootschap plaatsvindt. Die vraag is niet onomstreden. Uit de MvT lijkt te kunnen worden opgemaakt dat, tenzij anders is bepaald, unanimiteit vereist is. Een uitdrukkelijke bepaling hierover zou in het ontwerp niet misstaan. (par. 3)

4. (Besturende) vennoten moeten hun taak behoorlijk vervullen. Zij zijn *collectief* verantwoordelijk. Dat lijkt onlogisch nu zij (anders dan leden van het

[113] Dat met een crediteur zou kunnen worden afgesproken dat sommige of alle vennoten in het geheel niet aansprakelijk zullen zijn (terwijl deze toch als 'zaakscrediteur' zou kunnen worden aangemerkt) acht ik niet mogelijk; zie in die zin: Huizink t.a.p. p. 234.

bestuur van een rechtspersoon van Boek 2) dikwijls uiteenlopende taken en bevoegdheden zullen hebben. Volgens de MvT dienen zij rekening en verantwoording af te leggen ook aan *individuele* mede-vennoten. (par. 4)

5. Iedere vennoot is, tenzij *bij of krachtens* de overeenkomst anders is bepaald, (intern) bevoegd *voor rekening van de vennootschap* rechtshandelingen te verrichten *behorend tot de normale werkzaamheden* (vgl.'beheersdaden'); voor *andere* handelingen (vgl. 'beschikkingsdaden') is instemming van alle vennoten vereist. Alleen de terminologie is dus gewijzigd. Het preventieve vetorecht van art. 7A:1676 sub 1 is (helaas) verdwenen. (par. 6)

6. Iedere besturende vennoot van een *openbare* vennootschap is, tenzij *bij* (níet *krachtens*) de overeenkomst anders is bepaald, (extern) bevoegd in naam van de vennootschap alle rechtshandelingen te verrichten *die dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel*. De externe bevoegdheid tot *'vertegenwoordigen van'* is dus ruimer dan de interne tot handelen *'voor rekening van'*; vgl. het richtlijnstelsel van artt. 2:130/240. (par. 8)

7. Zonder dat uit de MvT blijkt waarom, gaat de in art. 811 lid 2 opgenomen sanctie op het niet publiceren van een openbare vennootschap in het handelsregister minder ver dan die van art. 29 WvK iuncto art. 18 lid 4 onder a Handelsregisterwet 1996. (par. 9)

8. Besturende vennoten van een maatschap kunnen uitsluitend *'in haar naam'* handelen als zij van alle andere vennoten *volmacht* hebben. Ook hier loopt de interne en externe bevoegdheid niet parallel. *'In haar naam'* betekent volgens de MvT: *'in naam van de gezamenlijke vennoten als zodanig'*; alleen als op die wijze wordt gehandeld ontstaat een 'zaaksschuld'. (par. 10)

9. Hoofdelijke verbondenheid van vennoten van een openbare vennootschap is een dwingendrechtelijk voorschrift; wordt met een derde anders overeengekomen dan is deze geen zaakscrediteur. Het ontwerp bepaalt (helaas en zonder argumentatie) niet dat de persoonlijke hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten een *subsidiair* karakter heeft. (par. 11)

10. Wellicht heeft de voor het geval van 'opdracht', meer in het bijzonder t.b.v. beroepsbeoefenaren, geïntroduceerde mogelijkheid tot disculpatie voor vennoten aan wie *de tekortkoming niet kan worden toegerekend*, onverwacht (plezierige) gevolgen voor vennoten van dienstverlenende 'firma's'. (par. 12)

11. Vennoten die zich hebben gedisculpeerd zullen in geval van ontbinding (faillissement) van de vennootschap uiteindelijk toch, naar rato van hun

draagplicht, in het door een tekortkoming een hunner veroorzaakte verlies moeten bijdragen. (par. 12)

12. In geval van aansprakelijkheid van de vennootschap uit onrechtmatige daad biedt de disculpatiemogelijkheid de vennoten geen soelaas. Wellicht hadden de ontwerpers, in navolging van het buitenland, toch meer aandacht moeten geven aan de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. (par. 13)

13. In de overeenkomst tussen een maatschap en een derde kan worden afgesproken dat de maten voor *ongelijke delen* verbonden zijn. Naar huidig recht (art. 7A:1680) is bepaald: *in evenredigheid van hun aandeel in de maatschap*. Is voor dit verschil bewust gekozen en waarom? Geldt *'niet'* aansprakelijk of *'voor 10 eurocent'* ook als *ongelijke delen*? (par. 14)

3. Afdeling 4: Het voeren van administratie; winst en verlies

3.1 Art. 814 lid 1; de administratie

De vervulling van de in lid 1 van art. 814 vermelde plicht een administratie te voeren is, naast de bewaarplicht van lid 5, een van de weinige componenten van de 'taak' van de besturende vennoten die in het ontwerp expliciet worden vermeld en die op grond van het bepaalde in art. 809 lid 2 'behoorlijk' moet worden vervuld.
Waar het de openbare vennootschappen betreft, die per definitie een beroep of bedrijf uitoefenen, vloeit de gehoudenheid tot het voeren van een administratie ook al voort uit het bepaalde in art. 15a van Boek 3, in welke bepaling ook de leden 2 t/m 4 van artikel 10 van Boek 2 van overeenkomstige toepassing worden verklaard. In zoverre had in deze titel 13 dus slechts geregeld behoeven te worden wat voor een vennootschap meer of anders geldt dan voor diegenen die een beroep of bedrijf hebben toch al het geval is. Ten aanzien van de vraag waar*van* administratie moet worden gehouden, is in lid 1 de omschrijving gekozen van art. 2:10: '*van alles betreffende haar werkzaamheden'* en niet *'van alles betreffende (haar) beroep of bedrijf'* zoals in art. 3:15a is bepaald. De reden hiervoor zal zijn dat een maatschap, evenals sommige rechtspersonen, mogelijkerwijs activiteiten uitoefent die niet ressorteren onder de categorieën beroep of bedrijf. Voor het overige zijn de bewoordingen van art 3:15a lid 1, 2:10 lid 1 en 814 lid 1 gelijkluidend. Met een van overeenkomstige-toepassingverklaring van art. 2:10 lid 1 had hier m.i. kunnen worden volstaan.[114]

3.2 Art. 814 lid 2; het recht op inzage van de boeken

Lid 2 komt, althans voor wat de vennootschap onder firma en haar vennoten betreft, in de plaats van het huidige art. 11 WvK waar het zgn. 'openleggen' van de boeken is geregeld. Vennoten hebben als *'regelrecht belanghebbenden'* van rechtswege recht op inzage van de boeken van de vennootschap. Dat geldt ook voor commanditaire vennoten. Het betreft hier een bepaling van dwingend recht, hetgeen – zoals in de MvT wordt uiteengezet[115] – onder omstandigheden bezwaarlijk kan zijn. In het ontwerp wordt daarom de mogelijkheid opengelaten anders te bepalen in zoverre dat ook kan worden overeengekomen dat niet de vennoot zelf maar uitsluitend een door hem aan te wijzen accountant de boeken zal kunnen raadplegen. In de MvT wordt

---

114 Vgl. in dergelijke zin Beckman, Ondernemingsrecht 2003, 4, p. 108 waar hij er tevens voor pleit de bepalingen omtrent de administratie en de balans en staat van baten en lasten over te brengen naar Afdeling 1 van titel 13.

115 MvT p. 21 onder 2.

voorts benadrukt dat de vennoot nog andere wegen openstaan om door hem verlangde informatie te verkrijgen. Wij lezen: *'Los van deze regeling heeft iedere vennoot recht op de inlichtingen en bewijsstukken die hij redelijkerwijze nodig heeft om zich een oordeel te vormen over de omvang van de gemaakte winst en daarmee van het hem toekomende bedrag. ... De plicht van de besturende vennoot tot rekening en verantwoording aan ieder van zijn mede-vennoten, is neergelegd in lid 3 van artikel 809.'* De vraag is of dit wel allemaal zo vanzelfsprekend is als dat nergens met zoveel woorden is bepaald.

3.3 *Art. 814 lid 3; de jaarrekening, het opmaken daarvan en het boekjaar*

Lid 3 van art. 814 heeft betrekking op de jaarstukken (balans en staat van baten en lasten) van de vennootschap, een aangelegenheid waarover weliswaar het huidige vennootschapsrecht niet rept, maar die desondanks wel aan de orde is; ook hier weer langs de weg van art. 3:15a. In dat artikel wordt verwezen naar lid 2 van art. 10 Boek 2 waarin deze verplichting is neergelegd. Lid 3 van art. 814 bepaalt (evenals lid 2 van art. 2:10) dat de jaarstukken moeten worden opgemaakt binnen zes maanden na het einde van het boekjaar maar voegt daar (net als voor de meeste rechtspersonen geldt) aan toe, dat in de overeenkomst kan worden voorzien in de mogelijkheid tot verlenging van deze termijn met ten hoogste vijf maanden door degenen die blijkens de overeenkomst bevoegd zijn daartoe te besluiten. Ook voor wat het bepaalde in de eerste volzin van lid 3 betreft had goeddeels kunnen worden volstaan met een verwijzing naar lid 2 van art. 10 Boek 2, zoals dat ook gebeurt in art. 3:15a. In elk geval had moeten worden vermeden dat hier gedeeltelijk andere bewoordingen worden gebruikt dan in die bepaling, aangezien dat tot verwarring kan leiden. Zo lijkt het alsof de balans en de staat van baten en lasten van een personenvennootschap niet *op papier* zouden behoeven te worden gesteld, terwijl die eis voor alle rechtspersonen en beoefenaren van een bedrijf of beroep wel geldt. Dat kan toch niet de bedoeling zijn!

De laatste zin van lid 3 bepaalt dat, indien de overeenkomst geen ander boekjaar aanwijst, het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar zoals dat ook voor rechtspersonen geldt (vgl. art. 2:10a). Ook hier had kunnen worden verwezen.

Overbodig te zeggen dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin het aangewezen is tussentijds een balans en een staat van baten en lasten op te maken en vast te stellen.

3.4 *Art. 814 lid 4; vaststelling van de jaarrekening door vennoten of derden*

De bevoegdheid tot het (binnen een redelijke termijn) vaststellen van de door de besturende vennoten opgemaakte jaarstukken (met toelichting wellicht?)[116] ligt in beginsel bij alle vennoten tezamen. '*Of*', zo luidt het bepaalde in lid 4: *'indien zulks bij de overeenkomst is bepaald bij een besluit van vennoten mits alle vennoten aan de beraadslaging hierover kunnen deelnemen, of door een of meer derden'*.
Zonder dat zulks – naar mijn idee – in de tekst aanstonds duidelijk tot uitdrukking komt, betekent – zo blijkt uit de MvT – *'een besluit van vennoten'* niet alleen dat bij de overeenkomst kan worden bepaald dat de vaststelling plaatsvindt bij meerderheidsbesluit, maar ook dat deze bevoegdheid exclusief in handen kan worden gelegd van *bepaalde* in de overeenkomst nader omschreven vennoten. Dat kunnen bijvoorbeeld zijn: alleen de besturende vennoten of alleen de senior-partners of alleen zij die deel uitmaken van een 'bestuur' zoals dat in de overeenkomst kan zijn vorm gegeven. Ik vraag mij af of dat wel wenselijk is. Niet uitgesloten is dan uiteindelijk dat aan slechts één vennoot (of zo men wil – omwille van het gebruikte meervoud in de tekst van de bepaling – *twee* vennoten) de bevoegdheid toekomt de jaarrekening (en daarmee de te verdelen jaarwinst!) van de vennootschap vast te stellen. Daarbij hebben die 'vaststellers', zo meldt de MvT, dan bovendien nog – omdat gesproken wordt van 'vaststellen' en niet van 'goedkeuren' – het recht tot het *'anders bepalen van sommige posten van de jaarstukken'* en het vervolgens gewijzigd vaststellen daarvan.[117]
Komt hiermee de 'voet' niet te ontvallen aan de karakteristiek van 'de min of meer gelijkwaardige positie' van vennoten? En niet voor niets is toch bij alle *ledenorganisaties* van boek 2 het vaststellen van de jaarrekening een onvervreemdbaar recht van de ledenvergadering als zodanig! Hier is alleen bepaald dat *'alle vennoten aan de beraadslaging hierover moeten (kunnen) deelnemen'*. Ik weet niet goed wat ik me daarbij voor moet stellen; zo leuk is het meestal niet om ergens over te mogen mee-beraadslagen als je uiteindelijk niet kan mee-beslissen of er in feite al voor je ís beslist. Maar goed, misschien moeten we deze mogelijkheid, waaraan van de kant van degenen die zich in een sterke positie bevinden zeer zeker behoefte kan bestaan, accepteren nu deze vennootschappen immers primair overeenkomst en niet rechtsbetrekking zijn.
Bedenkingen heb ik evenzeer waar het de mogelijkheid betreft de bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening *bij* de overeenkomst uit handen

116 Vgl. Beckman, t.a.p. p.109.
117 Naar het oordeel van Beckman bestaat er in deze zin geen onderscheid tussen de termen 'goedkeuren' en 'vaststellen'; zie t.a.p. p. 109.

te geven aan een of meer derden, zoals art. 814 lid 4 ook toelaat. Is het wel juist een zo belangrijke vennootschappelijke discretionaire beleidsbevoegdheid (die uitmondt in de vaststelling van de te verdelen jaarwinst) in handen te leggen van personen die buiten de rechtsbetrekking staan? Aan wie en op grond waarvan zijn de betrokkenen dan voor de wijze waarop zij die bevoegdheid uitoefenen verantwoording verschuldigd? Mijn inziens kan een mogelijkheid derden hierin te betrekken beter worden beperkt tot de situatie dat vennoten er zelf niet uit zouden komen. Daarbij kan dan een formulering worden gekozen als die van het laatste zinsdeel van het nog te bespreken lid 2 van art. 815.[118, 119]

3.5 *Art. 814 lid 5; de bewaarplicht*

De in dit lid aan de besturende vennoten opgedragen bewaarplicht – een 'taak' waarvoor zij collectief verantwoordelijk zijn – vloeit voorzover het de openbare vennootschappen betreft ook al voort uit art. 3:15a waarin wordt verwezen naar art. 2:10 lid 3 waarin deze verplichting is neergelegd. Dit lid 5 heeft dus weer alleen zelfstandige betekenis voor stille vennootschappen die eventueel andere dan beroeps- of bedrijfswerkzaamheden verrichten. Overigens wordt in art. 814 niet herhaalt, of verwezen naar, hetgeen is bepaald in lid 4 van art. 2:10, een bepaling die via een verwijzing in art. 3:15a evenzeer van toepassing is op de openbare vennootschappen. Die bepaling houdt, kort gezegd, in dat de te bewaren gegevens op andere gegevensdragers mogen worden overgebracht mits dat volledig gebeurt en de gegevens voor de duur van de gehele bewaartijd binnen redelijke termijn leesbaar kunnen worden gemaakt. Het is maar dat de bewaarplichtige besturende vennoten het weten, want deze bepaling zal ondanks het feit dat die via art. 814 lid 5 niet is terug te vinden, ook voor hen gelden!

3.6 *Art. 815 lid 1; verdeling van winst en verlies in beginsel naar gelijke delen*

Anders dan het huidige art. 7A: 1670, maar overeenkomstig het Ontwerp-Van der Grinten, gaat het ontwerp uit van een verdeling van winst en verlies *naar gelijke delen* 'ongeacht de waarde van ieders inbreng in de vennootschap'. Voor dit uitgangspunt is, zou ik denken, gekozen niet omdat dat zo redelijk is, maar om de problemen te vermijden die voortvloeien uit de hui-

---

[118] Vgl. in gelijke zin: Beckman t.a.p. p. 109.

[119] Beckman, t.a.p. signaleert dat geen voorschriften zijn opgenomen ten aanzien van de inrichting of een verplichting tot publicatie van de jaarstukken. Hij pleit ervoor alle vennootschappen met vennoten die onder titel 2.9 vallen, geheel onder de werking daarvan te brengen.

dige regeling die juist bepaalt dat winst en verlies worden verdeeld *naar rato van de waarde van ieders inbreng*. Dat is op zichzelf gesproken onmiskenbaar een heel redelijke benadering, maar juist daardoor zijn vennoten wellicht geneigd over winst en verliesverdeling geen nadere afspraken te maken! En dan, zo leert de praktijk, komt men mogelijk voor het onvoorziene probleem te staan dat het – gezien het feit dat (op goede gronden overigens) de slavenmarkt is afgeschaft – niet goed doenlijk is de waarde van de inbreng van arbeid objectief te bepalen! De huidige wettelijke regeling houdt met dat gegeven weliswaar rekening[120], maar biedt niet altijd een bevredigende oplossing. Over de verschillende aspecten van de daaruit voortvloeiende problematiek is in de loop der jaren veel geschreven. Ik zal u daarmee niet vervelen. Een indrukwekkende bloemlezing daaruit is overigens opgenomen in de conclusie van de AG bij een arrest van de Hoge Raad dat nog op 7 maart van dit jaar over deze materie is gewezen (zaaknr: CO1/175HR); waarmee maar gezegd wil zijn dat dit soort kwesties léven!
Het grote voordeel van het in art. 815 lid 1 neergelegde uitgangspunt – verdeling in gelijke delen – is dat dit in de meeste gevallen zo apert onredelijk zal uitwerken dat de vennoten heus niet zullen nalaten een andere verdeling overeen te komen. Die zal – bijzondere, onzakelijke, al dan niet fiscaal georiënteerde, overweging daargelaten – natuurlijk dan ook meestal wel weer een zeker verband leggen tussen inbreng en winstrecht.
De in art. 815 lid 1 opgenomen bepaling is dus min of meer een trucje om te bereiken dat de vennoten niet zullen nalaten over de verdeling van winst en verlies expliciete afspraken te maken! Want daar komt geheid ruzie van.Ten aanzien van de inhoud van deze afspraken is aan de vennoten een grote, zij het geen totale, vrijheid gelaten.

3.7 *Art. 815 lid 2; vaststelling van ieders deel door vennoten of derden*

De inrichting van lid 2 van art. 815 vertoont een opvallende parallellie met die van lid 4 van het voorafgaande art. 814 waarin, zoals wij zagen, de bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening is geregeld. Uitgangspunt is ook hier dat vaststelling van ieders deel in winst of verlies geschiedt door alle vennoten tezamen. Is de wijze van winstverdeling min of meer eenduidig in de overeenkomst van vennootschap vastgelegd, dan kan het natuurlijk heel goed zijn dat – als de jaarrekening eenmaal is vastgesteld – de vaststelling van ieders aandeel in de daaruit blijkende winst (of verlies) niet meer om het lijf heeft dan het maken van een simpele rekensom. Nadere besluitvorming is dan niet nodig. Anders ligt het natuurlijk als de overeenkomst bepaalt dat de wijze waarop de winst wordt verdeeld van jaar tot jaar zal

120 Zie art. 7A:1670 lid 2.

worden vastgesteld, of als de overeengekomen wijze van winstverdeling elementen bevat die nog nadere vaststelling behoeven. De vraag kan bijvoorbeeld spelen of de betrokken vennoten wel of niet aan bepaalde voor de omvang van het hun toekomend winstaandeel bepalende criteria hebben voldaan. Wie heeft zijn targets wel of niet gehaald? Etc. Ook in dat soort gevallen is uitgangspunt dat de vennoten daarover tezamen beslissen. Maar *bij* de overeenkomst kan ook anders worden bepaald. Ook hier kan, net als wij zagen bij de vaststelling van de jaarrekening, de bevoegdheid om het winstdeel van vennoten vast te stellen in handen worden gelegd niet alleen van de meerderheid van de vennoten, maar ook 'van vennoten' waarmee, zoals wij zagen, bedoeld is alleen *bepaalde* vennoten: de senior-partners, de vennoten die lid zijn van 'het bestuur' of (waarom niet?) de vennoot die vroeger het fundament heeft gelegd voor de toenmalige eenmanszaak, of wat men verder ook maar afspreekt! Wel moeten, zo is ook hier bepaald, *'alle vennoten aan de beraadslaging hierover kunnen deelnemen'*. Dat wil in dit verband, zo stel ik mij voor, zoveel zeggen als dat vennoten, wanneer zij dat nodig vinden, individueel of gezamenlijk om tekst en uitleg kunnen vragen. Het zal duidelijk zijn dat het in de gelijkheid van de verhoudingen diep kan ingrijpen wanneer sommige vennoten de bevoegdheid toekomt de omvang van het winstdeel van anderen te bepalen. Het elk van de individuele vennoten toekomend winstaandeel! … dat is toch tenslotte waar het iedere vennoot om begonnen is! Niet voor niets was een regeling als deze, in het Ontwerp-Van der Grinten niet opgenomen en is de houdbaarheid daarvan naar huidig recht op zijn zachtst gezegd hoogst controversieel. In de MvT lezen we hierover het volgende: *'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 reeds voor het huidig recht: Asser-Maeijer 5-V nr. 69 met vermelding van verdere literatuur. Ook hier dient iedere vennoot in de gelegenheid te worden gesteld aan de beraadslaging over zulk een besluitvorming deel te nemen. Zie ook hierboven ad artikel 814 sub 4. Deze toevoeging waarborgt dat niet te zeer wordt getornd aan het karakter van de vennootschap als een overeenkomst tot samenwerking.'*
Inderdaad is bij grote vennootschappen van vrije beroepsbeoefenaren gebleken van de behoefte aan de mogelijkheid om een dergelijke regeling te kunnen treffen. Daarmee worden ongetwijfeld veel problemen voorkomen.[121]

[121] Typerend is dat de Gecomb. Cie vindt dat de vraag wie ieders winstaandeel kan vaststellen geheel vrij kan worden gelaten. Niets geen bemoeienis daarmee van junior-vennoten! Ook hier weer maakt de Cie zich er kennelijk geen voorstelling van hoe dat zou kunnen uitwerken in al die tienduizenden vennootschappen onder firma.

Maar is dat voldoende rechtvaardiging voor het introduceren van deze regeling ook voor alle andere vennootschappen waarin slechts een paar vennoten 'samenwerken'? In zijn algemeenheid ben ik van mening dat deze regeling weldegelijk de deur wagenwijd openzet voor verhoudingen waarin *'te zeer aan het karakter van de vennootschap als overeenkomst van samenwerking wordt getornd'*. Wat blijft er over van een min of meer gelijkwaardige positie van vennoten als de een het inkomen van de ander kan bepalen? Langs deze weg kan binnen vennootschappen een onderscheid tussen heren en knechten worden aangebracht met als gevolg dat, zo men misstanden wenst te voorkomen, met name de scheidslijn tussen vennootschap en arbeidsovereenkomst wel heel scherp in de gaten zal moeten worden gehouden. U hoort het al: ik ben er niet gelukkig mee!

Tenslotte, en hier wijken de bewoordingen af van die welke we lazen in art. 814 lid 4 bij vaststelling van de jaarrekening, kan de vaststelling van aandelen in de winst en het verlies *ingevolge* de overeenkomst aan een of meer derden worden opgedragen. Dat gebeurt dan, zo begrijp ik het, dus niet *bij* de overeenkomst maar op grond van een besluit dat eventueel kan worden genomen op de wijze als in de overeenkomst kan zijn bepaald. Tegen een dergelijke regeling, die het huidige art. 7A:1671 niet toelaat, maar wel al was opgenomen in het Ontwerp-Van der Grinten, bestaat mijns inziens geen bezwaar.

3.8 Art. 815 lid 3; het bepaalde t.a.v. de winst geldt ook voor het verlies

Als slechts het deel van een vennoot in de winst of in het verlies is bepaald, dan geldt dit voor winst én verlies. Het eerste zal zich in de praktijk natuurlijk vaker voordoen dan het tweede. Het betreft hier, aldus de MvT, de verheffing van hetgeen in literatuur en rechtspraak wordt aanvaard, tot wettelijke uitlegregel. Helemaal kan ik de gevolgen van deze, op het eerste gezicht voor de hand liggende, 'regel' niet overzien. Stel dat de overeenkomst bepaalt dat een vennoot bij het bereiken van een zekere omzet een 10% groter deel van de winst zal ontvangen, welk deel dan in mindering komt op dat van zijn medevennoot. Hoe werkt deze wettelijke uitlegregel dan uit in het (eigentijdse) geval dat het omzetniveau wordt gehaald in een situatie waarin tegelijkertijd door de vennootschap verlies wordt gemaakt? Moet de betrokken vennoot tot de conclusie komen dat hij zich maar beter niet zo had kunnen inspannen? Of redden we ons eruit door te zeggen dat het deel in de winst niet in de overeenkomst is 'bepaald' in de hier bedoelde zin?

3.9 *Art. 815 lid 4; het beding dat een vennoot niet deelt in de winst is nietig*

Het beding dat een vennoot niet in de winst zal delen is strijdig met de materiële omschrijving van de vennootschap in art. 800 lid 1. Van oudsher spreekt men in dit verband van de 'verboden' societas leonina. Blijkens het hier in lid 4 van art. 815 bepaalde, is aan het eventueel opnemen van dit beding niet het gevolg verbonden dat de overeenkomst van vennootschap (ex art. 3:40) in zijn geheel nietig is: slechts het beding is nietig.
Bezien wij de gevolgen die deze partiële nietigheid heeft voor de overeenkomst van vennootschap als geheel dan stuiten wij op art. 3:41 BW. De MvT houdt ons voor dat in dit verband aan drie uitkomsten kan worden gedacht. (i) De overeenkomst als zodanig staat met het nietige beding niet in onverbrekelijk verband en zal voortbestaan; winstverdeling dient alsnog plaats te vinden conform de regels van aanvullend recht, dat wil zeggen naar gelijke delen. (ii) De overeenkomst van vennootschap als geheel staat wèl in onverbrekelijk verband met het nietige beding en is derhalve in zijn geheel nietig. (iii) De nietige vennootschapsovereenkomst wordt geconverteerd in een wel rechtsgeldige sui generis overeenkomst op basis van het bepaalde in art. 3:42 BW. Het is dan weliswaar geen vennootschap, maar de rechtsverhouding blijft voortbestaan.
Bezien wij deze mogelijkheden nader.
Allereerst (i) kan dus de conclusie van de vennoten zelf (of eventueel van een oordelend rechter) zijn dat – nu het gemaakte beding nietig is – moet worden uitgegaan van een winstverdeling in gelijke delen conform de hoofdregel van art. 815 lid 1. Partijen kunnen zelf, zo zegt de MvT, deze winstverdelingsregeling eventueel aanpassen. Het is maar de vraag of men in voorkomende gevallen met deze mogelijkheden uit de voeten kan.
Vaker zal zich wellicht voordoen de situatie als bedoeld onder (ii) die waarin de nietigheid van het beding de hele overeenkomst, die daarmee onverbrekelijk is verbonden, in zijn val meesleept. Voorzover het betreft een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is dan vervolgens de toestand ongewis. Eerder, bij de bespreking van art. 803, zagen wij immers dat alleen de gevolgen van nietigheid van een overeenkomst van vennootschap die rechtspersoon is, in het ontwerp zijn geregeld. En wat dan als de vennootschap wel rechtspersoonlijkheid heeft? Dan doet zich de verrassing voor dat – als ik het goed zie – daarvoor in de gegeven situatie het bepaalde in art. 3:41 niet geldt, aangezien art. 820 lid 4 van het ontwerp bepaalt dat de vennootschap-rechtspersoon in het geval niet aan de materiële kenmerken van art. 800 lid 1 wordt voldaan niet *nietig* is, maar *door de rechter moet worden ontbonden*. Of moet op die regel in het geval van het nietige beding van dit art. 815 lid 4 een uitzondering worden gemaakt? Mij dunkt van niet; het recht houdt nu eenmaal niet van nietige rechtspersonen! De rechter zal de

vennootschap-rechtspersoon, zo lijken de bewoordingen van art. 820 lid 2 mee te brengen, zonder een terme de grâce te kunnen verlenen, *moeten* ontbinden. Dat zou dus betekenen dat hij de vennoten niet de gelegenheid kan geven de nietige winstdelingsregeling alsnog op aanvaardbare wijze bij te stellen op een wijze als hiervoor onder (i) bedoeld. Ik kan mij moeilijk voorstellen dat dat de bedoeling is.
En dan nu de derde in de MvT geopperde mogelijkheid om uit de verboden societas leonina weg te komen: conversie als bedoeld in art. 3:42 in een samenwerkingsvorm sui generis. Daarvan kan, zo zegt de MvT, sprake zijn: *'wanneer blijkens de strekking van de overeenkomst moet worden aangenomen dat partijen haar ook zouden hebben gesloten, indien zij vanwege de nietigheid van de overeenkomst van vennootschap van deze laatste overeenkomst hadden afgezien'* Een probleem dat ik waar het conversie aangaat al eerder signaleerde is dat niet alleen de belangen van partijen zelf, maar ook die van derden daarbij in het geding zijn. Het is immers, lijkt mij, niet waarschijnlijk dat de sui generis samenwerkingsvorm waarin de nietige vennootschap zou worden geconverteerd ook met een afgescheiden vermogen zal zijn uitgerust. Wellicht zal om die reden dan toch de 'would be' vennootschap moeten worden vereffend. Van conversie van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een sui generis samenwerkingsvorm zal, mede op grond van het bepaalde in art. 820 lid 4 maar ook overigens, naar het mij voorkomt, geen sprake kunnen zijn.
Tenslotte wordt in de MvT in dit verband nog opgemerkt: *'Ook is mogelijk dat een gesloten overeenkomst mede blijkens haar bewoordingen van meet af aan niet is bedoeld als overeenkomst van vennootschap en ook niet als zodanig kan worden gekwalificeerd, doch bijvoorbeeld wel als een samenwerkingsovereenkomst sui generis of als een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid. ... De toepasselijkheid van dit lid en eventuele conversie komen dan niet aan de orde.'* Wij hebben dan voor wat de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid betreft te maken met een nietige, of zo men wil non-existente, vennootschap. Maar als het om een openbare vennootschap mét rechtspersoonlijkheid gaat, dan existeert die – in weerwil van wat de MvT zegt – wel degelijk en wel totdat zij op grond van het bepaalde in art. 820 lid 4 op verzoek van een belanghebbende of het OM is ontbonden. In zoverre kent het ontwerp, althans in eerste instantie, aan de verkregen rechtspersoonlijkheid grotere betekenis toe dan aan de vraag of de rechtsbetrekking die deze status heeft verworven een vennootschap is of niet. Het oogmerk hierbij zal weer zijn te voorkomen dat onduidelijkheden zouden ontstaan op het goederenrechtelijk vlak.

De hele in deze paragraaf besproken problematiek overziende, kan de vraag worden gesteld waarom deze kwestie rond de societas leonina eigenlijk een zo speciale behandeling krijgt. Het gaat hier toch uiteindelijk om niets meer

of anders, dan een beding dat strijdig is met een van de materiële kenmerken van een vennootschap, zoals er zich nog veel meer laten denken. Zo bijvoorbeeld – om maar dicht bij huis te blijven – het (nietige!) beding dat een vennoot niets hoeft in te brengen. De daaraan verbonden juridische consequenties zijn, zou ik denken, min of meer gelijk aan die welke wij zojuist in relatie tot de societas leonina bespraken. Spelen hier de oude Romeinen misschien een spelletje met ons?

3.10 *Art. 815 lid 4: het beding dat een vennoot niet deelt in het verlies is niet nietig*

Het laatste zinsgedeelte van de ene volzin waaruit art. 815 bestaat, bepaalt dat *echter* niet nietig is het beding dat een vennoot niet of slechts tot een bepaald bedrag in het verlies zal delen. Dit laatste geldt overigens, welbeschouwd, voor de winstverdeling ook. Niet geheel duidelijk is waarom hier geschreven staat *'slechts voor een bepaald bedrag'* en niet *'slechts in beperkte mate'*. Het moet toch ook mogelijk zijn af te spreken dat een vennoot slechts 10% van het verlies voor zijn rekening zal behoeven te nemen? Wellicht is dit woordgebruik ingegeven door de in zekere zin vergelijkbare situatie die zich voordoet bij de commanditaire vennootschap, maar het lijkt mij hier niet de bedoeling.
Het opmerkelijke van deze bepaling (die ook geldt naar huidig recht[122] en die ook was opgenomen in het Ontwerp-Van der Grinten) is dat, ondanks het feit dat de vennootschap een overeenkomst is *tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening*, toch kan worden afgesproken dat een of meer van de vennoten niet zullen delen in de 'downside' van het financiële resultaat van de gezamenlijke werkzaamheden. Echt verbazend vind ik het dan ook niet dat een dergelijke regeling, die toch wel enigszins op gespannen voet staat met de materiële omschrijving van de vennootschap, elders – naar ik in de MvT lees – zo hier en daar niet is toegestaan.[123]

3.11 *Art. 815 lid 5: bedingen inzake rente of vaste vergoeding voor inbreng*

In dit lid 5 wordt de (m.i. dus eigenlijk overbodige) regeling rond de societas leonina van lid 4, nog weer verder uitgewerkt. Uitgangspunt is hierbij de regel dat geoorloofd is dat vennoten voor hun inbreng een bepaalde rente of vaste vergoeding bedingen. Mijn eerste vraag zou zijn: is hiermee bedoeld een rente of vergoeding ten laste van het eventuele positieve vennootschapsresultaat, de winst – zo die er is – of moeten deze worden gezien als kosten?

---

[122] Zie art. 7A:1672
[123] Vgl. MvT noot 2 p. 24.

Deze vraag wordt mijns inziens noch in de tekst van deze bepaling, noch in de daarop gegeven toelichting beantwoord. Misschien kan het dus wel allebei! Maar als dat de bedoeling is, dan denk ik ten eerste dat daarover dan wel heel duidelijke afspraken moeten worden gemaakt (gaat het om een bijzondere winstdelingsregeling of om kosten van de vennootschap?) en dan vraag ik mij bovendien af hoe een vaste rente of een vergoeding die voor rekening komt van de vennootschap zich verhoudt tot het karakter van de 'inbreng' in verband waarmee deze wordt bedongen. Mijns inziens brengt iemand die een geldbedrag ter beschikking van de vennootschap stelt tegen normale bij geldlening gehanteerde rentecondities, daarmee niets in de vennootschap in. Evenmin trouwens als iemand die zijn arbeid of een gebruiksrecht ter beschikking stelt tegen een passende financiële vergoeding. In bedoelde gevallen is, lijkt mij, sprake van geldlening respectievelijk opdracht en huur. Dergelijke overeenkomsten kunnen zeer wel tussen een vennootschap en haar vennoten worden aangegaan, maar met inbreng heeft dat niets te maken (of het moest zijn dat de overeengekomen rente en vaste vergoedingen geringer zijn dan de normale, maar daar heeft deze bepaling het niet over).
Gaan wij er dus maar vanuit dat bedoeld is dat de overeengekomen rente en vergoedingen moeten worden gezien als onderdeel van de winstdelingsregeling; de betrokken vennoten zijn als het ware voor die bedragen preferent winstgerechtigd. Dan houdt dit lid 5 dus de bepaling in, dat als deze aan sommige vennoten toekomende (preferente) bedragen in hun totaliteit zo hoog zijn dat eigenlijk al bij voorbaat duidelijk is dat als deze worden voldaan er voor andere vennoten (het ontwerp spreekt van *'een andere vennoot'*) geen winst meer zal overschieten, er in feite langs deze weg toch weer sprake is van een societas leonina. Het in dat geval niet 'geoorloofde beding' zal dan, neem ik aan, nietig zijn.[124] En vervolgens kan dan weer worden teruggevallen op de wettelijke winstdelingsregeling of tot het oordeel worden gekomen dat de overeenkomst als geheel nietig is of dat conversie aan de orde is. Dit alles net zoals in het geval van een nietig beding als bedoeld in lid 4.

Aan het slot van de Toelichting op deze bepaling wordt opgemerkt dat vennoten, zoals in de regel inderdaad het geval zal zijn, kunnen 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 dienen te worden verrekend.'* Deze kwestie van zgn. periodieke *privé-opname* is in het ontwerp zelf, terecht, niet geregeld.

---

124 Anders dan Tervoort, zie t.a.p. p. 367, kennelijk vreest valt m.i. ook *'een aanzienlijk hoger dan marktconforme managementvergoeding voor de besturende vennoot'* onder de omschrijving *vaste vergoeding voor inbreng* (van *arbeid* in dit geval).

3.12 *Art. 816 lid 1; gerechtigdheid tot uitkering van het winstaandeel*

Gerechtigd zijn tot een eenmaal vastgesteld winstdeel, is niet hetzelfde als gerechtigd zijn *uitkering* daarvan te kunnen verlangen. Art. 816 lid 1 geeft als uitgangspunt dat vennoten tot uitkering van hun winstaandeel gerechtigd zijn aanstonds na vaststelling van de balans en de staat van baten en lasten; tenzij bij of krachtens de overeenkomst anders is bepaald. Van gerechtigdheid tot uitkering direct na vaststelling van de jaarrekening zal, naar wij eerder zagen, alleen sprake kunnen zijn als ieders winstdeel daarmee ook al meteen vaststaat. Onder de in de bepaling bedoelde uitzonderings gevallen zullen dus ook moeten worden begrepen, regelingen die meebrengen dat na vaststelling van de jaarstukken de aan de onderscheiden vennoten toekomende winstdelen nog nader zullen moeten worden berekend of bepaald. Zoals wij zagen kan daarvoor nog nadere besluitvorming nodig zijn door vennoten die daartoe bij de overeenkomst de bevoegdheid hebben (zoals bijvoorbeeld: de besturende vennoten, senior-partners, vennoten die deel uitmaken van 'het bestuur' of eventueel derden). Uitkering zal in die gevallen pas aan de orde kunnen zijn nadat het winstdeel van betrokkene door de daartoe bevoegde vennoten of derden is vastgesteld. Aangenomen moet worden, dat die vaststelling binnen een redelijke termijn na vaststelling van de jaarstukken zal dienen te geschieden.
Iets anders is, en daarop in hoofdzaak lijkt deze bepaling te doelen, dat bij of krachtens de overeenkomst kan zijn of – bij besluit van vennoten – kan worden bepaald, dat in het belang van de vennootschap slechts een bepaald gedeelte van het winstdeel, of (incidenteel) in het geheel geen winst, zal worden uitgekeerd. Wat de gevolgen daarvan zijn lezen we in de MvT: *'Indien 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.'*
Ik neem niet aan dat dit per se zo zou behoeven te worden benaderd. Wanneer het voornamelijk gaat om een tijdelijke liquiditeitskrapte van de vennootschap, kan ik mij ook heel goed voorstellen dat besloten wordt dat vennoten er voor een bepaalde periode genoegen mee moeten nemen dat een deel van het hun toekomende winstbedrag wordt geblokkeerd en bijgeschreven op een door de vennootschap op hun naam aangehouden privé-rekening. Het hangt er uiteindelijk maar vanaf wat wordt afgesproken.
'Onder bijzondere omstandigheden', zo merkt de MvT nog op, *'kan het vorderen van een uitkeerbaar winstdeel in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid'*. De basis hiervoor is gelegen in het bepaalde in art. 800 lid 2.

3.13 Art. 816 lid 2; aanzuiveren van het verlies

Art. 816 lid 2 houdt de bepaling in, dat *bij* overeenkomst kan worden bepaald dat iedere vennoot gehouden is zijn deel in het verlies aan te zuiveren. Blijkens de MvT dienen wij uit de term *'aanzuiveren'* op te maken dat het hier gaat om het *jaarlijkse* (uit de jaarrekening blijkende) aandeel in het verlies. Bij vereffening ligt dat anders, dan kan, zo bepaalt art. 830, de vereffenaar zonder meer *'van iedere gewezen vennoot vorderen in de liquidatiekas datgene te storten waartoe hij naar evenredigheid van zijn door hem te dragen aandeel in het verlies is gehouden.'*

De bepaling van lid 2 van art. 816 berust, blijkens de MvT, op de overweging dat niet valt in te zien waarom een verplichting tot aanzuiveren van zijn aandeel in het verlies zonder meer zou bestaan voor een vennoot die volledig aan zijn inbrengplicht heeft voldaan.[125]

Voor wat de uitzonderingsmogelijkheid betreft moet uit de zegswijze *bij* overeenkomst worden opgemaakt dat het niet mogelijk is in de overeenkomst te bepalen dat, naar bevind van zaken, nader over de vraag of verliezen al dan niet moeten worden aangezuiverd, door vennoten zal worden beslist. Kennelijk (de MvT zegt er niets over) wordt het effect van een dergelijke aanzuiveringsverplichting daarvoor te ingrijpend geacht en wordt gevonden dat vennoten wat dit betreft van meet af aan moeten weten waar ze aan toe zijn. Ik ben van de noodzaak om de vennoten in dit opzicht tegen zichzelf in bescherming te nemen niet zonder meer overtuigd.[126]

Dan is het vervolgens zo, dat áls bij overeenkomst wordt bepaald dat een aanzuiveringsplicht bestaat, deze – blijkens de tekst van art. 816 lid 2 – voor *iedere* vennoot zal moeten gelden. Dat begrijp ik niet: waarom kan, als partijen dat geraden voorkomt, niet worden overeengekomen dat deze verplichting voor sommige vennoten wel en voor andere niet zal gelden? Mijns inziens zou art. 816 lid 2 moeten luiden: '*Bij of krachtens de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat vennoten gehouden zijn hun deel in het verlies aan te zuiveren.*'

Ook in het kader van deze verplichting tot suppleren van het verlies rijst vervolgens weer de vraag hóe dat dient te gebeuren. Er laten zich vele modaliteiten denken. Betalen aan de vennootschap en bijboeken op de kapitaalrekening als additionele inbreng lijkt, grof gezegd, het meest voor de hand te liggen. Maar dit aspect kan natuurlijk nader in de overeenkomst waarin de aanzuiveringsplicht wordt opgenomen worden vormgegeven.

---

125 Beckman t.a.p. p. 110. vraagt zich af hoe, wanneer er geen aanzuiveringsplicht bestaat, het geleden verlies jaarrekeningstechnisch moet worden verwerkt.

126 De Gecomb. Cie stelt voor een nieuw tweede lid van art. 815 te doen luiden: *'Bij of krachtens de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat iedere vennoot gehouden is zijn deel in het verlies aan te zuiveren.'*

Dan nog deze opmerking uit de MvT: *'Indien in de vennootschapsovereenkomst omtrent dit punt niets is bepaald, kunnen de redelijkheid en billijkheid er onder bijzondere omstandigheden toch toe nopen dat de vennoten hun aandeel in het verlies aanzuiveren. Men denke bijvoorbeeld aan een operatie tot sanering van de financiën die in het belang is van iedere vennoot.'* Mij dunkt dat daarvoor nog wel wat meer nodig zou kunnen zijn dan dat aanzuivering *'in het belang is van iedere vennoot'*. Je moet het je als individueel vennoot bijvoorbeeld, vanuit de privé-sfeer gezien, ook nog maar kunnen permitteren! Reden temeer, lijkt mij, om niet als uitgangspunt te nemen dat een eventuele aanzuiveringsplicht steeds voor *iedere* vennoot zou moeten gelden.

3.14 Aandachtspunten

1. Voor wat betreft de verplichting om een administratie te voeren en de bewaarplicht, had kunnen worden volstaan met een van overeenkomstige toepassing-verklaring van het bepaalde in art 2:10. (par. 1)

2. Is wel wenselijk dat *bij* de overeenkomst kan worden bepaald dat de (eventueel door hen geamendeerde) jaarstukken (en daarmee de jaarwinst) kunnen worden vastgesteld door slechts een of meer van de vennoten of derden? Komt het belang dat de andere vennoten daarbij hebben voldoende tot zijn recht door het voorschrift dat zij *'aan de beraadslaging hierover moeten kunnen deelnemen'*. (par. 4)

3. Is het wel wenselijk dat kan worden bepaald dat het aandeel in de winst kan worden vastgesteld door een of meer van hen. Waarborgt inderdaad het voorschrift dat *'alle vennoten aan de beraadslaging hierover moeten kunnen deelnemen'* dat, zoals de MvT wil doen geloven, door deze regel niet *'te zeer aan het karakter van de vennootschap als overeenkomst van samenwerking wordt getornd'*? (par. 4)

4. Zijn de regelingen onder 2. en 3. niet tezeer ingegeven door de specifieke behoeften van grote vennootschappen van beroepsbeoefenaars, met voorbijgaan aan de verhoudingen zoals die liggen binnen tienduizenden vennootschappen met maar enkele vennoten? (par. 7)

5. Is de specifieke regeling (in art. 814 leden 4 en 5) ten aanzien van de societas leonina eigenlijk niet overbodig aangezien het daar bepaalde evenzeer geldt voor andere gevallen waarin een beding strijdig is met een materieel kenmerk van de overeenkomst van vennootschap als omschreven in art. 800. (par. 9. en 11.)

6. In art. 815 lid 4 dienen de woorden 'tot een beperkt bedrag' te worden gelezen als 'in beperkte mate'. (par. 10)

7. Verdient het niet de voorkeur ten aanzien van de aanzuivering van het (jaarlijkse) verlies te bepalen: '*Bij of krachtens de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat vennoten gehouden zijn hun deel in het verlies aan te zuiveren.*' (par. 13.)

4. Afdeling 7: Verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid; omzetting

4.1 Algemeen

Waar het ontwerp de openbare vennootschappen de keuze biedt tussen het hebben van rechtspersoonlijkheid of niet, dient natuurlijk ook geregeld te worden hoe die rechtspersoonlijkheid wordt verkregen en eventueel weer wordt opgegeven. Duidelijk moet zijn hoe daarover door de vennoten besloten wordt, aan welke formele en materiële vereisten daarbij moet worden voldaan en hoe de positie en belangen van de vennootschap zelf en van derden daarbij worden gewaarborgd.
Het ontwerp omvat daarnaast een regeling voor omzetting van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en omgekeerd. Daarmee wordt, vanuit Boek 7, een bescheiden brug geslagen tussen de daar in titel 13 geregelde persoonsbetrokken vennootschappen en de BV, de meest besloten variant van de institutioneel bepaalde vennootschappen van Boek 2. Opmerkelijk is dat de omzetting in een BV, een kwestie die systematisch gesproken natuurlijk eigenlijk in Boek 2 geregeld zou moeten worden, ook in titel 7.13 is opgenomen. De ontwerpers hebben daarvoor, zo lezen we in de MvT[127], gekozen ter wille van de overzichtelijkheid maar ongetwijfeld – zou ik denken – ook om praktische reden. Gezien het verschil in karakter tussen de openbare vennootschap van titel 7.13 en een kapitaalvennootschap van Boek 2, bepaalt het ontwerp dat voor de hier bedoelde omzetting een rechterlijke machtiging is vereist, zoals dat ook geldt voor sommige omzettingen van 'ongelijksoortige' rechtspersonen binnen Boek 2.[128] Desgewenst behoren na omzetting in een BV, zo benadrukt de MvT, verdere omzettingen in andere rechtspersoonsvormen van Boek 2 (en via de coöperatie ook in een EESV) tot de mogelijkheden.[129] Zo bezien ligt voor de personenvennootschappen de wijde wereld open![130]

---

[127] MvT Afdeling 7. Algemeen, onder 2. p. 61.

[128] Laat ik het helemaal aan het begin van de behandeling van deze omzettingsproblematiek maar zeggen: de ervaring leert, mijns inziens, dat 'de rechter' in het algemeen gesproken geen raad weet met de vraag of hij wel of niet (en waarom) bij omzetting van rechtspersonen een machtiging zal afgeven! Te vrezen valt dat dat in het geval van omzetting van een OVR in een BV en andersom niet anders zal zijn. Onbegrijpelijk acht ik dat overigens niet, aangezien voor een goede beoordeling van de relevante voorliggende vragen een grote mate van expertise is vereist die van een 'gewone' rechter niet altijd kan worden verwacht.

[129] 'Daartoe moeten de partners dan voor de derde keer naar de notaris (OV-OVR, OVR-BV en dan BV-NV)!', verzucht Raaijmakers t.a.p. p. 251. Ik leef met hem mee.

[130] De Monchy t.a.p p. 127 doet er namelijk nog een schepje bovenop door er op te wijzen dat als eenmaal is omgezet in een EESV, onder omstandigheden, ook expatriëring nog tot de mogelijkheden behoort! De Gecomb. Cie vraagt zich af waarom niet ook omzetting in een NV met uitsluitend aandelen op naam en een blokkeringsregeling mogelijk zou zijn. Ook dan immers heeft de vennootschap een 'persoonsgericht' besloten karakter.

Niet geregeld in het ontwerp is een mogelijkheid tot fusie of splitsing (met overgang onder algemene titel van vermogen) van personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid onderling.[131] Wel kan omzetting van een personenvennootschap in een BV gelijktijdig met een fusie van die BV met een andere kapitaalvennootschap van Boek 2 of een splitsing van die BV worden voorbereid, aldus de MvT. Daarmee verbandhoudende vraagstukken laat ik hier verder rusten.

Rest mij op te merken, dat hetgeen in het eerste artikel van deze afdeling 7 is bepaald aangaande het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid, van bijzondere praktische betekenis moet worden geacht. Met de daarin opgenomen voorschriften en regelingen zullen immers alle thans bestaande openbare vennootschappen en openbare maatschappen die na invoering van dit ontwerp zouden wensen rechtspersoon te worden, te maken krijgen.

4.2 *Art. 832 lid 1; een bestaande vennootschap kan rechtspersoonlijkheid verkrijgen*

Lid 1 van art. 832 bepaalt kort en goed: 'Een bestaande openbare vennootschap kan rechtspersoonlijkheid verkrijgen.' Eerder (bij de bespreking van art. 802) zagen wij wat een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid is. Strikt genomen, zou men denken, kan iedereen (en waarom dan niet ook een openbare vennootschap) een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid 'verkrijgen' door aan de daarvoor in art. 302 gestelde vereisten en formaliteiten te voldoen. Voor het geval een bestaande openbare vennootschap die wil verwerven geeft evenwel dit art. 832 een afzonderlijke, maar wel zwaar op art. 802 leunende, regeling. De vraag waarom voor dit geval een bijzondere regeling nodig is wordt in de MvT niet met zoveel woorden aan de orde gesteld, maar wordt bij nadere beschouwing van deze bepaling wel duidelijk; het gaat hier om *voortzetting* van een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid in de rechtsvorm van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid; zo men wil: 'met behoud van identiteit'.[132] De vraag zou kunnen opkomen of niet ook een níet openbare vennootschap die extra status van rechtspersoonlijkheid verkrijgen kan door aan de in dit artikel gestelde vereisten te voldoen. Het antwoord luidt ontkennend. Voorwaarde is immers nu juist, dat de bestaande vennootschap *openbaar* is, dat wil zeggen dat zij 'een vennootschap is tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf, die op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam'; vgl. art.

131 Hetgeen door dezen en genen wordt betreurd.

132 Zie over de vraag hoe wij dit zouden moeten zien, Raaijmakers t.a.p. p. 251.

801 lid 1. Ter verificatie van dat bestaan zou men het handelsregister kunnen raadplegen alwaar een dergelijke vennootschap behoort te zijn ingeschreven. Maar strikt genomen is met een dergelijke inschrijving het bestaan nog niet aangetoond, aangezien men daartoe ook best kan overgaan zonder de facto ooit te handelen of gehandeld te hebben als in art. 801 is omschreven. Ook het omgekeerde is het geval: een bestaande openbare vennootschap kan er heel wel zijn ook al is zij niet in het handelsregister ingeschreven.
De eis dat de openbare vennootschap moet *bestaan* sluit m.i. dus niet uit dat de vennoten van een maatschap (in plaats van de route via art. 802 te kiezen) de maatschap eerst zouden omzetten in een openbare vennootschap (die wordt ingeschreven in het handelsregister) waarna deze 'bestaande' openbare vennootschap terstond overgaat tot het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid op de wijze als in art. 832 bepaald. M.i. zal de notaris in een dergelijk geval niet behoeven na te gaan in hoeverre er werkelijk sprake is, of al was, van een 'bestaande' openbare vennootschap, door te verifiëren of al dan niet reeds eerder op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door het samenwerkingsverband als zodanig gevoerde naam naar buiten werd getreden. Ook al bij de bespreking van art. 802 werd geconstateerd dat de grenslijn tussen dat artikel en art. 832 niet scherp kan worden getrokken.

4.3 *Art. 832 lid 2 en lid 3; de vereisten voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid*

Lid 2 van art. 832 somt een drietal eisen op waaraan door de openbare vennootschap voor het verkrijgen de geambieerde rechtspersoonlijkheid moet worden voldaan: (a.) in de overeenkomst van vennootschap wordt bepaald dat zij rechtspersoon is; (b.) de aldus gewijzigde overeenkomst wordt in een notariële akte opgenomen; (c.) alle goederen behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap worden blijkens die akte ingebracht in de rechtspersoon.
In de laatste volzin van lid 2 wordt dan nog bepaald dat de vennootschap rechtspersoon is vanaf de dag volgend op die waarop zij aan het handelsregister van het verkrijgen daarvan opgave heeft gedaan. Hier zien wij dezelfde inconsistentie als die gesignaleerd werd bij art. 802: de vennootschap kan logischerwijs geen opgave doen van rechtspersoonlijkheid die zij nog niet heeft. Een subtiel verschil tussen art. 802 en 832 is dat voor een nieuwe vennootschap geldt dat rechtspersoonlijkheid intreedt daags na *inschrijving* van de vennootschap in het handelsregister terwijl de rechtspersoonlijkheid bij latere verkrijging daarvan (door een al bestaande vennootschap) ingaat de dag na *opgave*.
Bezien wij de in lid 2 onder a, b. en c. opgesomde eisen nader.
Het vereiste onder a. lijkt te vooronderstellen dat de overeenkomst van vennootschap waarin deze bepaling moet worden 'opgenomen', op schrift zou

zijn gesteld. Een dergelijk vereiste is[133] evenwel nergens in het ontwerp vermeld en ik stel mij voor dat er heel wat openbare vennootschappen zijn (met name van vrije beroepsbeoefenaren) waarvan de overeenkomst niet schriftelijk is vastgelegd. M.i. zou ook de onder a. bedoelde bepaling dat de vennootschap rechtspersoon *is* mondeling kunnen worden overeengekomen en vervolgens pas in de onder b. vereist gestelde akte op schrift kunnen worden gesteld.
De wijze waarop vennoten tot de beslissing komen rechtspersoon te willen worden is duidelijk. Zij dienen dat overeen te komen. Daarvoor is dus in beginsel hun aller instemming vereist. De vraag is of, als dat eerder al is overeengekomen, een beslissing daartoe ook *krachtens* de overeenkomst kan worden genomen bij meerderheidsbesluit van alle vennoten of *door vennoten*, wat wil zeggen – zoals we reeds herhaaldelijk zagen –, bepaalde vennoten: alleen besturende vennoten, senior-partners of andere in de overeenkomst bepaalde vennoten. Mij komt het voor dat vennoten hierover kunnen afspreken wat zij willen.[134] In de MvT wordt hierover anders gedacht: *'In beginsel is voor zulk een wijziging instemming van alle vennoten vereist, tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk in een nadere regeling is voorzien waarbij een (gekwalificeerde) meerderheid van vennoten ook de minderheid ten aanzien van zo'n wijziging kan binden. Wel dient dan iedere vennoot aan de besluitvorming hieromtrent te kunnen deelnemen.'* Een bepaling of principe waaruit deze beperking zou voortvloeien staat mij niet bij.[135]
Het vereiste onder a. is gelijk aan het eerste vereiste dat in zijn algemeenheid voor de totstandkoming van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid is gesteld in art. 802 lid 1. Het vereiste onder b. houdt in dat de *aldus gewijzigde* overeenkomst in een notariële akte wordt opgenomen. Op de cursief weergegeven woorden na, is deze eis gelijk aan de tweede eis die in art. 802 lid 1 wordt gesteld. Bedoelde woorden houden in dat in de overeenkomst moet worden vermeld dat de vennootschap rechtspersoon *is*. In de MvT wordt opgemerkt dat indien ook de overeenkomst van de bestaande openbare vennootschap, die nu rechtspersoon wordt, al in een notariële akte was opgenomen, kan worden volstaan met een wijziging daarvan. Daarbij zal deze akte dan tevens moeten worden aangevuld op grond van het bepaalde in art 832 lid 2 onder c. dat hierna aan de orde komt. Aan het vereiste onder b. is nog toegevoegd een verwijzing naar de laatste twee zinnen van

133 Anders is thans in art. 22 WvK voor de vennootschap onder firma voorgeschreven. Zie daarover in dit verband, van Olffen t.a.p. p. 220.

134 Zie daarover: De Monchy t.a.p. p. 125.

135 Als in de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat sommige vennoten de winstdelen van anderen zullen kunnen bepalen, waarom zouden vennoten dan niet ook een beslissing als deze aan andere vennoten mogen overlaten?! Zie voorts voor de wijze van besluitvorming hierover: Van Olffen, t.a.p. 221.

art. 802 lid 1 waar is bepaald dat de akte dient te worden verleden in de Nederlandse taal en dat een eventuele volmacht tot medewerking aan de akte schriftelijk moet zijn verleend. Een en ander kwam reeds daar ter sprake. Dat laatste geldt ook voor de vraag wat precies onder een notariële akte dient te worden verstaan[136] en of de gehele overeenkomst van vennootschap daarin moet worden opgenomen.
Tot zover in dit lid 2 van art. 832, niets nieuws onder de zon in vergelijking met de inhoud van art. 802!

Meer specifiek is het vereiste vermeld onder c.: alle gemeenschapsgoederen moeten blijkens de notariële akte worden ingebracht in de rechtspersoon. Ook in het geval van art. 802 dat een nieuwe openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt aangegaan, zal de akte natuurlijk in de overeenkomst opgenomen inbrengbepalingen bevatten. Maar in dit geval van voortzetting van een bestaande vennootschap, maar dan als rechtspersoon, wordt dwingend voorgeschreven dat *'alle goederen behorend tot de vennootschappelijke gemeenschap worden ingebracht in de rechtspersoon'*. Tot deze goederen behoren, aldus de MvT, 'ook gelden en rechten op genot van goederen'.[137]
Dit voorschrift onder c. is er kennelijk vooral op gericht te voorkomen dat naast het vermogen van de rechtspersoon ook nog een vennootschappelijke gemeenschap zou blijven bestaan. Maar zie ik het goed, dan staat de bepaling er bijvoorbeeld niet aan in de weg dat de vennoten, bij gelegenheid van de overgang naar rechtspersoonlijkheid, zouden overeenkomen dat zij een tot de vennootschappelijke gemeenschap behorend onroerend goed niet zullen inbrengen in de rechtspersoon, maar dat zij dit voortaan gezamenlijk buiten de vennootschap – in vrije gemeenschap – zullen exploiteren.
De MvT zegt het zo: *'Iets anders is dat bij een personenvennootschap of deze nu rechtspersoon is of niet, met instemming van alle vennoten of ingevolge de vennootschapsovereenkomst uitkeringen of terugbetalingen kunnen worden gedaan waardoor het kapitaal of de inbreng wordt verlaagd. Bij personenvennootschappen kennen wij immers geen kapitaalbescherming juist in verband met de persoonlijke betrokkenheid van de vennoten.'*

---

136 Zie daarover ook De Monchy t.a.p. p. 125.

137 Niet geheel duidelijk is of met de woorden 'blijkens de akte' is bedoeld dat 'alle' tot de gemeenschap behorende goederen die (dus) moeten worden ingebracht in die akte moeten worden gespecificeerd. Mijns inziens zal dat, gezien het feit dat het om 'alle' goederen gaat, per definitie onmogelijk zijn. Zie voor overwegingen die het bezwaarlijk kunnen doen zijn dat *alle* goederen in de rechtspersoon moeten worden ingebracht: Van Olffen t.a.p. p. 222. Zie ook: De Monchy t.a.p. p. 126, die zich zorgen maakt voor het geval dat bepaalde goederen zouden 'zijn vergeten'. Daarvan kan wanneer geen specificatie hoeft plaats te vinden – en daar ga ik vanuit – geen sprake zijn. 'Alle goederen' zijn dan immers 'alle goederen' en als men iets vergeten heeft te leveren dan moet dat eenvoudigweg alsnog gebeuren.

De eerste zin van art. 832 lid 3 bepaalt dat voor de inbreng van de gemeenschapsgoederen in het vermogen van de rechtspersoon levering is vereist (ten titel van inbreng) op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven. Hiermee wordt nog maar eens duidelijk tot uitdrukking gebracht dat van een overgang onder algemene titel geen sprake kan zijn.[138] Levering zal dienen plaats te vinden door de vennoten tezamen. Zij zijn gehouden daaraan mee te werken op grond van de nadere overeenkomst waarin is bepaald dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid zal verkrijgen; eventueel kan bij deze leveringen worden gebruik gemaakt van door hun verleende (onherroepelijke) volmachten.
Ook hier zal het de bedoeling zijn dat de voorgeschreven bemoeienis van de notaris meebrengt dat verzekerd is dat inbreng in de rechtspersoon geschiedt op de voor overdracht voorgeschreven wijze. Ook hier geldt evenwel, net als we zagen bij art. 802, dat inbreng pas kan plaatsvinden enkele dagen nadat de akte door de notaris is verleden, zodat het nog maar de vraag is in welke mate hij daarbij door de inbrengers zal worden betrokken.
Vervolgens wordt in lid 3, het bepaalde in art. 805 lid 4 (hetgeen kennelijk moet zijn lid 3) van toepassing verklaard, waar is bepaald dat (naast de vennootschap zelf) ook iedere vennoot te haren behoeve de naleving kan vorderen van de verplichting tot inbreng.

[De in dit derde lid van art. 832 en het derde lid van art. 805, waarnaar hier verwezen wordt, gebruikte bewoordingen geven mij aanleiding een opmerking terzijde te maken die niet helemaal op 'mijn' terrein ligt. De term 'inbreng' wordt in het ontwerp in tweeërlei betekenis gebruikt, soms in die van 'het aangaan van een (inbreng) verplichting' (zo bijvoorbeeld in art. 832 lid 2 onder c.) en soms in de zin van 'de naleving van die (inbreng) verplichting' (zoals in dit lid 3 van art. 832). Heel duidelijk komt dit verschil in betekenis trouwens ook tot uitdrukking in art. 805 lid 2, waar gesproken wordt van 'inbreng' die 'verplicht tot inbreng'! Soms kan deze dubbele betekenis verwarrend werken.[139] Zo mogelijk dient deze m.i. daarom te worden geëcarteerd.]

---

138 De Monchy t.a.p. p. 127 zou willen dat dat wel zo was, al noemt hij het zelf ook wel een 'long shot'.

139 Zie voor een treffend voorbeeld daarvan, dat zelfs een kip en een ei oplevert (voorwaar niet niets in deze voor de branche zo moeilijke tijden): Van Olffen t.a.p. p. 222. Ook De Monchy, Ondernemingsrecht 2003, 4, pp. 126/127, lijkt voluit in deze val te zijn gelopen. Ook de Gecomb. Cie ziet hier het verschil tussen inbreng in de zin van het aangaan van een verplichting en inbreng in de zin van het nakomen daarvan, over het hoofd. Hoe moet dat dan straks aflopen als het om een eenzame dorpsnotaris gaat?

4.4 *Art. 832 lid 4; verhaal van schulden na het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid*

Zoals wij zagen, dienen bij verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een bestaande openbare vennootschap alle gemeenschapsgoederen daarvan, door levering, in (het vermogen van) de rechtspersoon te worden ingebracht. Er mag van worden uitgegaan dat deze levering binnen redelijke termijn ('zo spoedig mogelijk', zegt de MvT) zal dienen te geschieden. Maar niet staat vast dat deze levering steeds aanstonds kan of zal plaatsvinden; sommige goederen blijven dus mogelijkerwijs nog enige tijd achter in de 'vroegere' gemeenschap. Voorkomen moet worden dat crediteuren van de rechtspersoon als gevolg daarvan hun directe verhaalsrecht op die goederen, die deel uitmaakten van het afgescheiden vermogen van de voormalige openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, zouden verliezen. Daarom bepaalt de eerste volzin van lid 4 van art. 832 dat crediteuren van de rechtspersoon, behalve op de goederen van de rechtspersoon, ook op die gemeenschapsgoederen – *'voor zover nog aanwezig'* – een direct verhaalsrecht toekomt. Een prima 'overgangs'bepaling zou ik denken.

4.5 *Art. 832 lid 4; de rechtspersoon treedt in de positie van de vennootschap*

De tweede volzin van lid 4 van art. 832 geeft mij veel stof tot overdenken! De tekst luidt: *'De rechtspersoon treedt bij rechtsverhoudingen die op dat moment bestonden tussen de vennootschap en derden, in de positie van die vennootschap.'*

Het eerste wat ik mij afvraag is welk moment hier precies bedoeld wordt met '*dat*' moment. Aangezien de tekst van deze zin zelf geen aanknopingspunt biedt, moeten we daarvoor terug naar de voorafgaande volzin van dit lid 4, die aanvangt met de woorden: *'Na het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid ... '*. Kennelijk is dat het moment (*'Na het ontstaan'*) waarop hier gedoeld wordt. En dat is dan meteen ook de verklaring voor het feit dat gesproken wordt over rechtsverhoudingen die op dat moment 'bestonden', want op dat moment ('na het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid') is de rechtspersoon dus bij de bedoelde rechtsverhoudingen (tussen de vennootschap en derden) al in de positie van de vennootschap getreden, dus 'bestaan' ze tussen de vennootschap en derden niet (meer), maar 'bestonden' ze. Al met al had ik het helderder gevonden als de tekst geluid had: *'Op het moment van het ontstaan van de rechtspersoonlijkheid treedt de rechtspersoon bij rechtsverhoudingen die op dat moment bestaan tussen de vennootschap en derden, in de positie van de vennootschap.'*

Maar dan iets anders. Is dat nou zo, dat de rechtspersoon 'in de positie treedt van de vennootschap'? Vanwaar die gescheiden voorstelling van vennootschap en rechtspersoon? Die rechtspersoon is toch de nieuwe verschijningsvorm van dezelfde vennootschap! Is het niet veeleer zo dat de vennootschap met rechtspersoonlijkheid ('de rechtspersoon'), bij rechtsverhoudingen die op 'dat moment' bestaan tussen de vennootschap (zonder rechtspersoonlijkheid) met derden, de positie van die vennootschap *voortzet*? Het is toch niet zo dat de een *in de plaats* van de ander treedt (of de ander voor de een opzij gaat)? Er is toch niet sprake van een rechtspersoon enerzijds en een vennootschap anderzijds, maar van één en dezelfde vennootschap, eerst zónder, en daarna mét rechtspersoonlijkheid! Mijn volgend voorstel zou dan ook zijn de tekst van deze zin te doen luiden: *'De rechtsverhoudingen die op het moment van het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid bestaan tussen de vennootschap en derden, bestaan voort met de rechtspersoon.'* Ik geef toe het komt uiteindelijk misschien op hetzelfde neer, maar toch … !

Dan nog een vraag die het hier bepaalde bij mij oproept: hoe verhoudt deze regeling zich tot het in art. 832 lid 2 onder c opgenomen voorschrift dat alle vennootschappelijke gemeenschaps*goederen* in de rechtspersoon moeten worden ingebracht? Is voor wat de van die gemeenschap deel uitmakende *rechten* betreft dat *inbrengen* eigenlijk nog wel nodig als de rechtspersoon bij rechtsverhoudingen met derden vanzelf al de positie inneemt van de vennootschap die geen rechtspersoon was? Ik zou denken van niet! Maar dan kan de inbrengplicht van lid 2 onder c. dus ook beperkt blijven tot de *zaken* die tot de gemeenschap behoren en hoeven er geen cessies en moeizame overnames van tot de gemeenschap behorende schulden en verplichtingen plaats te vinden. Zie ik het goed, dan kan in lid 2 onder c. worden gesproken van 'alle *zaken* behorend tot de gemeenschap'. De rechten en plichten volgen, dankzij het bepaalde in dit ene zinnetje, vanzelf (*'ook de nevenrechten etc. en bijkomende rechten en alle verplichtingen'*, aldus de MvT).[140]
Wel moeten wij ons dan nog afvragen wat hier precies bedoeld is met 'derden'? Kunnen dat, afhankelijk van de aard van de rechtsverhouding, eventueel tegelijkertijd ook vennoten zijn? Als een vennoot een pand verhuurt aan de vennootschap, is hij dan in de hier bedoelde zin een derde? Uit de MvT kan ik dat niet opmaken. Wel wordt in verband met het beoogde effect van de verplichting tot inbreng van alle gemeenschapsgoederen opgemerkt: *'(Ook) in de overige rechten en verplichtingen van de vennoten op en jegens elkaar die voortvloeien uit de overeenkomst van vennootschap, komt bij het aldus verkrijgen van rechtspersoonlijkheid geen wijziging. Hun onderlinge*

140 Mijns inziens hoeft dat dus ook niet te verwonderen, want uiteindelijk blijven deze rechten en verplichtingen namelijk gewoon waar ze al zijn: bij de vennootschap.

verhoudingen worden blijvend door die voortbestaande overeenkomst beheerst.' Van de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de hiervoor bedoelde huurovereenkomst, kan niet gezegd worden dat zij *voortvloeien uit de overeenkomst van vennootschap.*[141] Mogen zij dan, gerekend worden tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit rechtsverhoudingen met *derden,* of moeten zij, alleen omdat de wederpartij toevallig ook vennoot is, dan toch nog weer afzonderlijk worden ingebracht op grond van het bepaalde in lid 2 onder c.? Dat laatste lijkt mij niet voor de hand te liggen. Wellicht is het daarom beter niet van rechtsverhoudingen met 'derden', maar van rechtsverhoudingen met 'anderen' te spreken. Daaronder vallen dan alle rechtsverhoudingen (ook die met vennoten) voorzover die geen deel uitmaken van de – voortbestaande – onderlinge vennootschappelijke rechtsbetrekking als zodanig.
Uiteindelijk zou ik dan ook willen voorstellen de tweede zin van art. 832 lid 4 te doen luiden: *'De rechtsverhoudingen die op het moment van het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid bestaan tussen de vennootschap en anderen, bestaan voort met de rechtspersoon.'*

Een allerlaatste vraag in relatie tot de slotzin van art. 833 lid 4 is dan nog of deze bepaling van dwingend recht is of dat in overeenkomsten tussen de vennootschap en een wederpartij daarvan kan worden afgeweken. Mijns inziens is dat, mede gezien het bepaalde in art. 804, niet mogelijk.

Overzien wij het bovenstaande dan zal, bij invoering van het ontwerp, een bestaande openbare maatschap of vennootschap onder firma rechtspersoonlijkheid kunnen verkrijgen door in grote lijnen aan de volgende vereisten te voldoen: (i) de overeenkomst van vennootschap (waarin de bepaling is opgenomen dat de vennootschap rechtspersoon is) moet in een notariële akte worden opgenomen, (ii) in die akte moet zijn bepaald dat alle tot de gemeenschap behorende goederen/zaken in de rechtspersoon worden ingebracht, (iii) bij het handelsregister moet opgave worden gedaan van de rechtspersoonlijkheid (die de dag daarna intreedt). Vervolgens moet dan natuurlijk ook nog ('zo spoedig mogelijk') uitvoering worden gegeven aan de onder (ii) bedoelde inbrengverplichting.[142]
Zo bezien valt het dus allemaal wel mee. Al zijn er natuurlijk ontegenzeggelijk wel – altijd onwelkome – kosten verbonden aan deze overstap.[143]

---

141 Anders ligt dat wellicht voor een door een vennoot ingebracht genotsrecht.
142 Maar mocht dat wat langer duren dan is er niets aan de hand.
143 Raaijmakers t.a.p. p. 246, spreekt o.m. in dit verband van kostbare en gecompliceerde 'barriers to entry'. Zie ook t.a.p. p. 250 waar hij constateert dat rechtspersoonlijkheid de vennootschap eigenlijk niets oplevert.

4.6 *Art. 833 lid 1; het opgeven van rechtspersoonlijkheid*

Art. 833 vormt, aldus de MvT *'het spiegelbeeld van artikel 832'*, te weten het 'opgeven' door een openbare vennootschap van de rechtspersoonlijk die zij langs de weg van art. 802 vanaf haar ontstaan gehad heeft, langs die van art. 832 later heeft verkregen of heeft na omzetting vanuit een BV (vgl. art. 835). Waarom vennoten daartoe zouden overgaan wordt in de MvT niet overwogen, wellicht is hierbij (vooral) ook gedacht aan mogelijke fiscale motieven. Maar hoe dan ook, zal van de mogelijkheid tot dit opgeven, anders dan wellicht van die tot het alsnog verkrijgen, m.i. slechts sporadisch worden gebruik gemaakt. De mogelijkheid is er, lijkt het, vooral om de uit de keuzemogelijkheid voortvloeiende veel geprezen flexibiliteit te onderstrepen (en ter wille van de volledigheid van het systeem natuurlijk).
Eerder reeds rees even de vraag of men deze 'weg terug' vervolgens ook zonder schokken (ontbinding en vereffening) zou kunnen voortzetten door de openbare vennootschap die haar rechtspersoonlijkheid heeft opgegeven dan vervolgens nog weer te doen worden tot een stille vennootschap. M.i. zou dat inderdaad het geval moeten zijn, temeer daar naar de regels van het ontwerp ook de stille vennootschap (maatschap) een afgescheiden vermogen heeft, met als gevolg dat de belangen van de zaakscrediteuren bij deze 'reductie' niet in geding zijn. De vereiste te nemen praktische maatregelen daartoe lijken mij te zijn: het niet meer hanteren op een voor derden duidelijk kenbare wijze van de eerder als zodanig gevoerde naam en uitschrijving uit het handelsregister. Hoe dit ook zij, deze mogelijkheid komt in ontwerp noch de toelichting daarop aan de orde en niet zeker is voor mij dat deze gang van zaken niet als een ontbinding van de openbare vennootschap als bedoeld in art. 817 lid 1 onder b. zou (moeten) worden aangemerkt met als gevolg dat vereffening zou dienen plaats te vinden op een wijze als geregeld in Afdeling 6. Of eventueel in het kader van een noodzakelijke vereffening nog ruimte zou bestaan voor een voortzetting van de vennootschap in de rechtsvorm van een maatschap, zal hier niet nader worden onderzocht. Ik ben toch al afgedwaald!

4.7 *Art. 833 lid 2 en lid 3; de vereisten voor het opgeven van rechtspersoonlijkheid*

Lid 2 van art. 833 somt weer drie eisen op waaraan bij het opgeven van rechtspersoonlijkheid moet worden voldaan: (a.) in de overeenkomst van vennootschap moet de bepaling dat zij rechtspersoon is worden geschrapt; (b.) deze wijziging wordt in een notariële akte opgenomen; (c.) alle goederen waartoe de rechtspersoon gerechtigd is worden blijkens die akte ingebracht in een vennootschappelijke gemeenschap waarvan de vennoten de deelgenoten zijn.

In de laatste zin van lid 2 is weer bepaald dat de vennootschap niet langer rechtspersoon is vanaf de dag volgend op die waarop zij aan het handelsregister opgave heeft gedaan van het opgeven van haar rechtspersoonlijkheid.

Bezien wij de in lid 2 onder a, b. en c. hierboven opgesomde eisen en hun al dan niet spiegelbeeldigheid ten opzichte van die welke worden gesteld in art. 832 lid 2.
Voor de (onder a. impliciet vereist gestelde) beslissing om de rechtspersoonlijkheid op te geven door in de overeenkomst de bepaling dat de vennootschap rechtspersoon is te 'schrappen', is in beginsel ook weer de instemming van alle vennoten vereist. De vraag is ook hier, of als dat eerder al mocht zijn overeengekomen, een beslissing daartoe ook *krachtens* de overeenkomst kan worden genomen bij meerderheidsbesluit van alle vennoten of *'door vennoten'*. Ik zou, zoals hiervoor in par. 2 uiteengezet, menen dat dat mogelijk zou moeten zijn.
De bewoordingen van het onder b. gestelde vereiste wijken af van die van lid 2 onder b. van art. 832. Hier wordt niet bepaald dat *de aldus gewijzigde overeenkomst,* maar dat *deze wijziging* (het schrappen dus van de bepaling dat zij rechtspersoon is) in een notariële akte moet worden opgenomen. In de MvT wordt opgemerkt: *'De vereiste wijziging van de overeenkomst dient in de notariële akte te worden opgenomen. Het is niet per se nodig dat dan de gehele overeenkomst in de notariële akte wordt opgenomen; dat is immers geen eis bij een vennootschap die geen rechtspersoon (meer) is. Maar omdat bij een vennootschap-rechtspersoon de overeenkomst al in een notariële akte is opgenomen, zal veelal een wijziging bij notariële akte van die eerste akte plaatsvinden.'* Of deze laatste speculatie juist is, zal ooit wellicht de praktijk uitwijzen.
Aan het vereiste onder b. is ook hier een verwijzing toegevoegd naar de laatste twee zinnen van art. 802 lid 1 die betrekking hebben op het gebruik van de Nederlandse taal en een schriftelijke volmacht.
In lid 2 onder c. is – spiegelbeeldig aan lid 2 onder c. van art. 832 – bepaald dat alle goederen waartoe de rechtspersoon gerechtigd is blijkens de notariële akte worden ingebracht in een gemeenschap waarvan alle vennoten de deelgenoten zijn.[144] Dit voorschrift beoogt te voorkomen dat niet alle goederen die eerst tot het vermogen behoorden van de vennootschap-rechtspersoon deel zouden gaan uitmaken van de (nieuwe) vennootschappelijke gemeenschap. Op grond van de overwegingen als naar voren gebracht in par. 5 hierboven kan de hier onder c. bedoelde inbrengplicht m.i. beperkt blijven

[144] Op de vraag of het eigenlijk wel noodzakelijk is dat *alle* vennoten tot de gemeenschapsgoederen gerechtigd worden wordt hier niet ingegaan. Zie voor daartegen m.i. terecht geopperde bezwaren, met name ook waar het commanditaire verhoudingen betreft, Van Olffen t.a.p. p. 224.

tot alle 'zaken' waartoe de rechtspersoon gerechtigd is; zie ook hierna in par. 9.

Lid 3 van art. 833 bepaalt, evenals dat bij het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid het geval is, dat voor die inbreng in de vennootschappelijke gemeenschap levering is vereist. Levering (aan de gezamenlijke vennoten) zal dienen plaats te vinden door de besturende vennoten. Ook hier weer wordt art. 805 lid 3 van toepassing verklaard. Evenals het geval is bij het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid, zal ook hier de voorgeschreven levering door de besturende vennoten 'zo spoedig mogelijk' moeten plaatsvinden. De vraagt rijst evenwel aan wie, na het eindigen van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap (dat wil zeggen vanaf het begin van de dag volgend op die waarop opgave bij het handelsregister is gedaan) deze (nog even) achtergebleven goederen toebehoren. Uit de bepaling blijkt dat niet, maar de MvT zegt daarover het volgende: *'De levering dient zoals in lid 3 is bepaald, te geschieden door de besturende vennoten. Indien de vennootschap niet langer rechtspersoon is (zie de laatste zin van lid 2) geschiedt die levering van de goederen vanuit het gevormde vermogen ten name van die niet meer bestaande rechtspersoon dat in zoverre als aparte entiteit moet worden erkend (zie in ander verband ook art. 4 lid 3 eerste zinsnede Boek 2).'*
Ter verduidelijking: de eerste zinsnede van art. 4 lid 3 luidt: *'Is ten aanzien van een niet bestaande rechtspersoon een vermogen gevormd ... '*. Terecht dus spreekt de MvT van een *'ander verband'*. Ik zie dan ook niet hoe – zonder dat in de tekst van art. 833 het bepaalde in art. 4 van Boek 2 expliciet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard – tot deze constructie zou kunnen worden gekomen.[145] Het vermogen van de vennootschap rechtspersoon is helemaal niet *'gevormd ten aanzien van een niet bestaande rechtspersoon'* maar *door* een rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap die nadien haar rechtspersoonlijkheid heeft opgegeven. Mijn voorstel zou zijn aan het slot van lid 2 een zin toe te voegen die luidt: *'De rechtspersoonlijk blijft bestaan voorzover dat voor de naleving van de verplichting tot inbreng in de vennootschappelijke gemeenschap nodig is.'* We hebben hier dan van doen met een zeer beperkt rechtsbevoegde rechtspersoon; men vergelijke het bepaalde in art. 828 en in de eerste zinsnede van art. 2:19 lid 5.

4.8 Art. 833 lid 4; verhaal van schulden na het eindigen van de rechtspersoonlijkheid

Deze bepaling is geheel spiegelbeeldig aan de eerste zin van art. 832 lid 4. Bedoeld is hiermee te voorkomen dat crediteuren van de vennootschap,

145 Zie voor vergelijkbare protesten: Van Olffen t.a.p. p. 224.

nadat deze haar rechtspersoonlijkheid heeft opgegeven, (tijdelijk) geen direct verhaalsrecht zouden hebben op goederen die eerder deel uitmaakten van het vermogen van de voormalige vennootschap-rechtspersoon, voorzover die nog niet in de gemeenschap zijn ingebracht. Crediteuren van de vennootschap hebben op grond van deze bepaling, behalve op de goederen van de vennootschap, ook verhaal op de goederen *van de niet meer bestaande rechtspersoon*, voor zover nog aanwezig. Ook in dit verband verwijst de MvT weer naar art. 4 van Boek 2: *'In zoverre mogen die goederen ten name van de rechtspersoon als een 'afgeschieden vermogen' worden beschouwd; zie in dit verband ook de leden 3 en 4 van artikel 4 Boek 2, die daar echter zijn voorzien met het oog op vereffening.'* Zoals gezegd vind ik deze verwijzing niet overtuigend en er met de haren bij gesleept. Mijns inziens kan in aansluiting op mijn eerder voorstel tot toevoeging van een zin aan het slot van lid 2, hier in lid 4 in plaats van over *'de goederen van de niet meer bestaande rechtspersoon'* beter worden gesproken van *'de goederen van de niet meer bestaande vennootschap met rechtspersoonlijkheid'*. Die bestaat niet meer, maar de rechtspersoon nog (even) wel voorzover dat nodig is voor de naleving van de verplichting tot inbreng!

4.9 *Art. 833 lid 4; de vennootschap treedt in de positie van de rechtspersoon*

Op grond van argumenten als hiervoor in par. 5 naar voren gebracht, zou mijn voorkeur zijn dat de laatste zin van lid 4 van art. 833 komt te luiden: *'De rechtsverhoudingen die op het moment van het eindigen van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap bestaan tussen de rechtspersoon en derden, bestaan voort met de vennootschap.'*
Ik beperk mij hier tot de opmerking dat het woord 'derden' in dit geval niet behoeft te worden vervangen door 'anderen' aangezien ook de vennoten in relatie tot de rechtspersoon ongezien als derden zullen hebben te gelden.

4.10 *Art. 834 lid 1 en lid 6; omzetting van een OVR in een BV*

Art. 834 opent de door sommigen lang verbeide, maar toch nog min of meer revolutionaire mogelijkheid tot omzetting van een personenvennootschap (met rechtspersoonlijkheid dat wél) in een BV. Besloten is kennelijk de desbetreffende regeling niet op te nemen in titel 1 van Boek 2, waarin (in art. 2:18) de omzetting van de in dat boek geregelde rechtspersonen is geregeld[146] en ook niet in titel 5 van Boek 2, terwijl het hier toch uiteindelijk de

[146] Naar het oordeel van Raaijmakers, t.a.p. p. 251, kan ook een openbare vennootschap zich omzetten op grond van art. 2:18.

totstandkoming van een BV betreft. De gedachte dat deze omzetting (en die in de omgekeerde richting) tot de mogelijkheden zou moeten behoren omdat dat, zoals de MvT het zegt, *'voor de praktijk dienstig is'*, is niet nieuw. Al in het oorspronkelijke ontwerp Meijers was in Boek 2 in een dergelijke regeling voorzien. Bij de invoering van Boek 2 BW zijn de desbetreffende bepalingen geschrapt in afwachting van de totstandkoming van titel 13 van Boek 7.[147] Nu is het dan zover!
In de MvT lezen wij dat bij deze omzetting *'...het bestaan van de rechtspersoon niet wordt beëindigd (zie lid 6) doch deze voortbestaat in een andere rechtsvorm.'* Lid 6 is gelijkluidend aan lid 8 van art. 18 Boek 2: *'Omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet'*. Mijns inziens kan daaraan gevoegelijk worden toegevoegd, dat ook de *vennootschap* (want daar gaat het natuurlijk toch uiteindelijk om) *niet eindigt*, maar in aangepaste vorm voortbestaat in een andere rechtspersoonsvorm.
Het betreft hier twee rechtsvormen die, zoals de MvT memoreert, *in meerdere opzichten van elkaar verschillen*. Als verschillen worden met name vermeld: de niet persoonlijke verbondenheid van aandeelhouders bij een BV, de voor de BV geldende bepalingen aangaande kapitaalbescherming en de (ondanks verplichte blokkeringsregelingen) altijd aanwezige mogelijkheid tot overdracht van een aandeel in een BV. *'De personenvennootschap die rechtspersoon is, heeft aldus een wezenlijk ander karakter dan de BV, die als kapitaalvennootschap is geregeld in Boek 2'*, zo wordt in de MvT geconcludeerd. Deze verschillen zijn dan ook meteen de reden waarom (in lid 2 onder d. van art. 834) voor deze omzetting een *rechterlijke machtiging* vereist wordt gesteld.[148]

4.11 Art. 834 lid 2; de vereisten voor omzetting van een OVR in een BV

Lid 2 van art. 834 somt vier eisen op waaraan bij deze omzetting moet worden voldaan: a. een overeenkomst van vennoten tot omzetting of, indien de overeenkomst daarin voorziet, een besluit tot omzetting genomen met de instemming van tenminste tweederden van het aantal vennoten; b. een notariële akte van omzetting die de statuten van de besloten vennootschap bevat; c. een aanduiding in die akte van het vermogen van de openbare vennoot-

147 Zie nader de MvT bij Afdeling 7, Algemeen onder 2.

148 In de MvT wordt in dit verband nog opgemerkt: 'Een dergelijke machtiging is hier temeer aangewezen nu het preventief toezicht zoals aangeduid in artikel 179 Boek 2 zich krachtens de Wet van 22 juni 2000, Stb. 238, zal gaan beperken tot een antecedentenonderzoek en niet langer een onderzoek zal behelzen naar de concept-akte (statutenonderzoek).' Deze opmerking begrijp ik eerlijk gezegd niet. Geldt datzelfde argument dan niet ook voor bijvoorbeeld de omzetting van een coöperatie in een NV of BV? Mijns inziens heeft het wegvallen van het juridisch technisch preventief toezicht hier niets mee te maken. Er komt toch gewoon een notaris aan te pas! Zie hierover ook De Monchy, t.a.p. p. 129.

schap en zijn bestanddelen, en hoeveel aandelen ieder der vennoten gelet op zijn deelgerechtigdheid[149] in dat vermogen, in het kapitaal van de BV zal verkrijgen; d. een rechterlijke machtiging.
Lopen wij deze vereisten successievelijk na.
Omzetting moet, zoals onder a. bepaald, in beginsel door de vennoten worden *overeengekomen*: ieders toestemming is vereist. In de overeenkomst van vennootschap kan evenwel op een mogelijke toekomstige omzetting al worden vooruitgelopen door daarin te bepalen dat over omzetting t.z.t. met een gekwalificeerde meerderheid van tenminste tweederden van de stemmen van alle vennoten zal kunnen worden beslist. *'Deze gekwalificeerde meerderheid'*, aldus de MvT, *'wordt geëist omdat het hier een belangrijke beslissing betreft die ingrijpende gevolgen kan hebben voor de vennoten'*.
De vraag kan worden gesteld waarom het ontwerp de grens legt bij tweederden; de MvT volstaat met een verwijzing naar het Duitse Umwandlungsgestetz.[150] Inderdaad de grens moet (als men die wenselijk oordeelt) érgens liggen, waarom dan niet op Duits niveau![151]
Van de mogelijkheid in de overeenkomst te bepalen dat bij (gekwalificeerde) meerderheid over omzetting kan worden beslist zal mijns inziens overigens vrijwel uitsluitend worden gebruik gemaakt door vennootschappen die een groot aantal vennoten tellen.
In dit verband wijs ik nog op belangrijke verschillen, in met name de interne structuur van een personenvennootschap enerzijds en een BV anderzijds, waarop in de MvT niet met zoveel woorden wordt geattendeerd. Ik denk hierbij aan het verschil dat in een BV de bevoegdheden zijn verdeeld over tenminste twee 'organen' en het verschil dat bij de BV de besluitvorming in handen ligt van degenen die de meerderheid van het aandelenkapitaal verschaffen. Treffend komt tot uitdrukking hoezeer de overstap van personenvennootschap naar BV kan ingrijpen in de onderlinge verhoudingen van vennoten, in de casus die speelde in het zgn. Lampe-Videoworks arrest.[152] Op de stoep van het notariskantoor wordt, na 'omzetting' van de vennootschap onder firma in een BV, de kersverse bestuurder/aandeelhouder Lampe door zijn beide medebestuurders/aandeelhouder als directeur van de BV ontslagen en het bos ingestuurd![153]

---

[149] Opmerkelijk is dat hier gesproken wordt van deelgerechtigheid tout court en niet van 'economische' deelgerechtigdheid zoals in lid 3 en 835 lid 2 onder c en lid 3; zie nader aldaar.
[150] Art. 2:18 BW stelt dat voor een omzettingsbesluit van een ledenorganisatie een meerderheid van negen tienden van de *uitgebrachte* stemmen vereist is (behalve als het een omzetting BV-NV v.v. betreft).
[151] De Monchy, t.a.p. p. 128, betoogt, mijn inziens terecht, dat deze regel niet bevredigend uitwerkt in geval in een vennootschap, zoals voorkomt, sommige vennoten meer stemmen hebben dan anderen. Beter zou daarom zijn te bepalen dat voor het besluit tenminste tweederden van de *stemmen* van de vennoten zijn vereist.
[152] HR 31-05-1996, NJ 1996, 694.
[153] En daar is hij nooit meer helemaal uitgekomen!

Een geruststelling is in elk geval dat, zoals we in de MvT lezen, '*het voor de hand ligt dat de vennoten door overeenkomst of bij besluit eerst hun instemming betuigen nadat zij kennis hebben genomen van het notarieel ontwerp van de notariële omzettingsakte, dat zal worden voorbereid door de notaris in samenspraak met de besturende vennoten...*'. En bovendien is, naar wij zullen zien, in lid 3 van dit artikel voorzien een bescherming van niet instemmende vennoten.

Het vereiste onder b. houdt in dat er een notariële akte van omzetting moet zijn die de statuten van de BV bevat. De vraag of hierbij wel of niet de eis geldt dat deze akte kracht van authenticiteit moet hebben, zoals geldt voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid van een openbare vennootschap, komt in de MvT niet aan de orde. Ik ga er vanuit dat, waar het hier de totstandkoming van een BV betreft, aan de akte geen hogere eisen zullen worden gesteld dan die welke gelden ex art. 4 lid 1 van Boek 2.

Onder c. wordt ten eerste de eis gesteld dat in de akte *'een aanduiding van het vermogen van de openbare vennootschap en zijn bestanddelen'* is opgenomen.[154] Helemaal duidelijk is het mij niet, maar ik zie deze 'aanduiding van het vermogen' onder meer als een soort pendant van de in art. 2:204a lid 1 vereist gestelde, door oprichters op te maken, beschrijving van hetgeen in natura in een BV zal worden ingebracht.[155] Die beschrijving vormt in dat kader vervolgens de basis voor een ingevolge het bepaalde in lid 2 van art. 2:204a door een accountant af te leggen zgn. minimum-verklaring omtrent de waarde daarvan in relatie tot het door de oprichters te storten bedrag op de aan hen uit te geven aandelen. Zo bezien valt het op dat de in art. 2:204a aan deze beschrijving nader gestelde eisen hier niet lijken te worden gesteld. Ook de eisen die in (het hierna nog te bespreken) lid 4 van art. 834 worden gesteld aan de – ook bij de onderhavige omzetting vereist gestelde accountantsverklaring – lijken minder stringent dan die van art. 2:204a lid 2.

Een tweede gegeven dat op grond van het bepaalde onder c. moet worden opgenomen is *'(een aanduiding van?) hoeveel aandelen ieder der vennoten gelet op zijn deelgerechtigdheid in dat vermogen, in het kapitaal van de besloten vennootschap zal verkrijgen'*. Dit is mijns inziens een precair punt. Anders dan bij een personenvennootschap immers, waar de zeggenschap en ook het winstrecht in beginsel los staan van de omvang van de (economische) deelgerechtigdheid van vennoten in het vermogen, is de omvang van het stem- en winstrecht van aandeelhouders van een BV in beginsel geëvenredigd aan de omvang van hun deelname in het nominale aandelenkapitaal.

---

154 De Monchy, t.a.p. p. 128 is van oordeel dat het opnemen van deze aanduiding *in* de akte leiden kan tot ongewenste publicatie van vertrouwelijke gegevens; de akte zal immers bij het handelsregister moeten worden gedeponeerd.

155 De Gecomb. Cie zegt ervan uit te gaan 'dat de akte dus een balans/beschrijving zal moeten bevatten (vgl. de juridische fusie/splitsing)'.

Mijns inziens zal dan ook bij de verdeling van de aandelen in de BV waarin de vennootschap wordt omgezet, niet zozeer moeten worden 'gelet' op de omvang van de deelgerechtigdheid van vennoten in het vermogen van de bestaande openbare vennootschap, maar op de onderlinge verhoudingen zoals men die voor de toekomst binnen de BV wenselijk acht. In elk geval kan het niet zo zijn dat vennoten een recht zouden kunnen doen gelden op een aan de omvang van hun deelgerechtigdheid in het vennootschapsvermogen evenredige hoeveelheid aandelen (en daarmee verbonden winst- en zeggenschapsrechten) in de BV.[156] Hoe dit een en ander voor de toekomstige BV-situatie moet worden geregeld (bijvoorbeeld via agio-stortingen, crediteringen, toekenning van preferente- of prioriteitsaandelen en/of door het sluiten eventueel van een aandeelhoudersovereenkomst) daarover zal overleg dienen plaats te vinden met de notaris.[157] Vervolgens zal daarover onderlinge overeenstemming tussen de vennoten moeten worden bereikt alvorens tot de omzetting kan worden overgegaan.[158]
Mijns inziens is de onder c. vermelde, in de akte op te nemen, 'aanduiding' van gegevens vooral bedoeld om de rechter in staat te stellen zich een oordeel te vormen over de vraag of hij al dan niet de onder d. vereiste machtiging zal verlenen. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat de rechter daarbij niet zal kunnen volstaan met het maken van simpele rekensommen, in de zin van: het vermogen van de vennootschap is zo en zo groot, dús moet het aandelenkapitaal ook zo groot zijn, of: een vennoot is voor een zoveelste gedeelte economisch deelgerechtigd in de vennootschap, dús heeft hij recht op een daaraan evenredige portie aandelen in de BV.[159]

4.12 *Art. 834 lid 3; rechterlijke machtiging tot omzetting van een OVR in een BV*

Lid 3 van art. 834 bepaalt dat slechts de besturende vennoten (waarvan de vennootschap er altijd een of meer heeft) de vereiste machtiging tot omzetting aan de rechtbank kunnen verzoeken. Daarbij moet een ontwerp van de akte worden overgelegd. Dit laatste sluit m.i. niet uit dat, ten einde de rechter volledig te informeren, ook de inhoud van een eventuele aandeelhoudersovereenkomst aan hem zou worden ter kennis gebracht. Vervolgens, zo bepaalt dit lid 3, gelast de rechter de oproeping van de vennoten die niet heb-

---

156 Zie in dit verband ook Raaijmakers t.a.p. p. 252.
157 De Gecomb. Cie vraagt zich bezorgd af of het gehele vermogen van de vennootschap in geplaatst kapitaal *moet* worden omgezet.
158 Anders dan De Monchy, t.a.p. ben ik van oordeel dat uit het ontwerp niet blijkt dat de vennoten uiteindelijk niet de vrijheid toekomt zelf te bepalen hoeveel aandelen ieder van hen in de BV krijgen zal.
159 Maar hoe de rechter dan wel zal moeten redeneren en oordelen dat is daarmee natuurlijk nog niet duidelijk!

ben ingestemd.[160] Enerzijds kan daarvan natuurlijk alleen sprake zijn in de (uitzonderings) gevallen dat tot omzetting door (een meerderheid van) vennoten is *besloten* en anderzijds vraag ik mij af hoe de rechter aan wie de machtiging wordt gevraagd, er weet van heeft dat er vennoten zijn die tegen de omzetting hebben gestemd (of zich van stemming daarover hebben onthouden) en hoe hij weet wíe dat zijn. Niet is bepaald dat aan hem omtrent een en ander gespecificeerd mededeling moet worden gedaan.[161]

Hetgeen vervolgens in dit vrij uitvoerige lid 3 van art. 834 is bepaald is een compilatie van teksten uit lid 5 van art. 2:18, dat betrekking heeft op omzetting van rechtspersonen van Boek 2 in het algemeen, en lid 2 van de artikelen 2:71/181, waarin de omzetting van een NV respectievelijk BV in andere rechtspersonen van Boek 2 is geregeld.
Aan lid 5 van art. 2:18 is ontleend: de (verplichte) weigering door de rechter indien (i) *'een rechtsvordering tot nietigverklaring of vernietiging van de overeenkomst tot omzetting of het besluit daartoe aanhangig is'* of (ii) *'de belangen van de vennoten die niet hebben ingestemd, onvoldoende zijn ontzien'*. Vooral voor een goede beoordeling door de rechter van deze laatste vraag lijkt mij van belang dat hij kennis neemt, niet alleen van de aandelenverdeling, maar ook van de inhoud van een eventuele aandeelhoudersovereenkomst. Tot het oordeel dat de belangen van een of meer vennoten onvoldoende zijn ontzien kan de rechter op eigen initiatief en naar eigen inzicht komen. Niet opgenomen in lid 3 is de zinsnede die wel voorkomt in lid 5 van art. 2:18 en die (waar het dit *onvoldoende ontzien van belangen* betreft) toevoegt: *'of van anderen van wie ten minste iemand zich tot de rechter heeft gewend'*. Waarom deze toevoeging achterwege is gelaten wordt in de MvT niet verklaard. Ik zou juist denken dat deze niet zou misstaan waar het in dit geval toch gaat om een omzetting waardoor voor de toekomst het ontstaan van persoonlijke verbondenheid van vennoten voor verbintenissen van de vennootschap uit de markt wordt genomen! Wel zegt overigens de MvT dat de gegeven opsomming van weigeringsgronden *niet limitatief* is.
Lid 3 vervolgt met te bepalen dat de rechter de machtiging dient te weigeren *'indien een vennoot die niet heeft ingestemd en geen aandeelhouder wil worden van de vennootschap op zijn schriftelijk verzoek in te dienen binnen een maand nadat hem de mogelijkheid hiertoe door de vennootschap is meegedeeld, geen schadeloosstelling heeft verkregen voor het verlies van zijn economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap.'*
Allereerst valt op dat er kennelijk (en terecht) van wordt uitgegaan dat mogelijk is dat een vennoot niet instemt, maar desondanks er mee akkoord gaat

160 Dit voorschrift dat blijkens de MvT moet worden gezien als een aanscherping van lid 1 van art. 429f Rv – welke bepaling overigens van toepassing is – treffen wij in art. 2:18 niet aan.
161 Ook bij de Gecomb. Cie is deze vraag gerezen.

aandeelhouder te worden. De hier in lid 3 van art. 834 gehanteerde bewoordingen komen zeer nabij aan die welke worden gebezigd in de tweede en derde volzin van lid 2 van de reeds vermelde artikelen 2:71/181. Meestal zal de toepassing daarvan betrekking hebben op gevallen van omzetting waarvoor geen machtiging vereist is. Uit het derde lid van de art. 2:71/181 blijkt echter m.i. dat ook indien dat wel het geval is, de rechter het verlenen van die machtiging niet behoeft op te schorten zolang de niet instemmende aandeelhouders zijn schadeloosstelling nog niet heeft verkregen. Dat, op grond van het bepaalde in lid 3 van art. 834, dat hier wel vereist is lijkt mij nogal bezwaarlijk omdat daardoor het omzettings-voornemen langdurig kan worden opgehouden! Alvorens de machtiging kan worden verleend zal immers eerst de omvang van de schadeloosstelling moeten worden overeengekomen of – zo dat niet lukt – door een of meer (eerst nog te benoemen) onafhankelijke deskundigen moeten worden vastgesteld (met toepassing van de artikelen 2:351 en 2:352) en vervolgens ook nog uitgekeerd. Zie voor een ander de een na laatste volzin van art. 834 lid 3. Dat kan allemaal, dunkt mij, wel een tijdje duren! Uit de MvT blijkt niet waarom de ontwerpers hier niet de weg van de artikelen 2:71 en 2:181 hebben gevolgd. Aangenomen mag, mijns inziens, worden dat dit verband houdt met het feit dat zolang dit alles niet is gebeurd, moeilijk zal zijn vast te stellen of door de om te zetten vennootschap-rechtspersoon aan de vermogensdrempel van de BV wordt voldaan en hoe groot het bij omzetting uit te geven aandelenkapitaal van de BV kan worden.

De regeling rond het hier gestelde machtigingsvereiste is, zoals wij zagen, nagenoeg geheel georiënteerd op de regeling zoals die geldt voor rechtspersonen van Boek 2 en dan met name de NV en BV. De vraag kan worden gesteld of het, waar het hier gaat om de omzetting van een personenvennootschap, niet heel veel eenvoudiger zou zijn geweest het machtigingsvereiste achterwege te laten en aan te sluiten bij de mogelijkheden die uittreden en uitstoten van vennoten hier bieden.[162] Waarom niet bepaald dat een vennoot, die in geval tot omzetting wordt besloten geen aandeelhouder wil worden, *uittreedt* in een zin als bedoeld in art. 818 lid 1? En zou men menen dat vennoten langs die weg te weinig objectieve bescherming zou worden geboden, dan zou als alternatief kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid te bepalen dat de omstandigheid dat een vennoot geen aandeelhouder wil worden geldt als een gewichtige reden als bedoeld in art. 820 lid 1, met als gevolg uitstoting *door de rechter onder door hem te stellen voorwaarden*.[163] Gevreesd moet worden dat, zoals de zaken nu liggen, het bepaalde in art. 804

[162] Zie voor een andere suggestie: De Monchy, t.a.p. p. 130. Hij stelt voor de rechterlijke machtiging te vervangen door een verzetsrecht.

[163] Zie in gelijke zin: Raaijmakers t.a.p. p. 252.

aan de mogelijkheid tot het alsnog in de overeenkomst opnemen van dergelijke bedingen die de gang van zaken aanzienlijk vereenvoudigen en bespoedigen, in de weg staat. Of ben ik te somber?
Tenslotte bepaalt lid 3 nog dat de notaris in de akte van omzetting verklaart dat de machtiging op het ontwerp van de akte is verleend.

4.13 Art. 834 lid 4; de vereisten van een verklaring van geen bezwaar en een accountantsverklaring

Lid 4 van art. 834 bepaalt dat aan de akte van omzetting moeten zijn gehecht: a. een verklaring van geen bezwaar en b. een accountantsverklaring. Op het vereiste van een verklaring van geen bezwaar meen ik hier niet te hoeven in gaan. De onder b. vereiste verklaring van een accountant (als bedoeld in art. 393 lid 1 van Boek 2) moet een verklaring zijn '*waaruit blijkt dat het eigen vermogen van de rechtspersoon op een dag binnen vijf maanden vóór de omzetting ten minste het bedrag beloopt van het gestorte deel van het geplaatste kapitaal volgens de akte van omzetting; bij het eigen vermogen mag de waarde worden geteld van hetgeen na die dag uiterlijk onverwijld na de omzetting op de aandelen zal worden gestort.*' In plaats van deze hele mondvol in deze bepaling in extenso op te nemen had mijns inziens kunnen worden volstaan met een van overeenkomstige toepassingverklaring van het bepaalde in art. 2:183 lid 2 onder b waar woordelijk deze zelfde bepaling is opgenomen voor het geval van omzetting in een BV van een andere rechtspersoon van Boek 2, niet zijnde een NV. Een vraag is voor mij, of het begrip 'eigen vermogen' zonder meer hanteerbaar is wanneer het gaat om een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, maar voor anderen is dat misschien zonder meer duidelijk.
In de MvT wordt nog gememoreerd dat het bepaalde in art. 2:183 mede is ingegeven door art. 2:204a betreffende inbreng in natura en er dus toe strekt dat bij de beoogde BV aan het kapitaalvereiste wordt voldaan. Zoals wij eerder zagen, zal de in lid 2 onder c. vereist gestelde *'aanduiding in de akte van het vermogen van de openbare vennootschap en zijn bestanddelen'*, wellicht dienst kunnen doen als basis voor de door de accountant te produceren verklaring.

4.14 Art. 834 lid 5 en lid 7; inschrijving van omzetting en verjaring van vorderingen

Art. 834 lid 5 schrijft, weinig gearticuleerd, voor dat 'de rechtspersoon' opgave doet van de omzetting ter inschrijving in het handelsregister zowel daar waar de vennootschap moet zijn ingeschreven, als daar waar de BV moet worden ingeschreven. Op het moment dat deze opgave dient te geschieden zal de BV inmiddels al rechtspersoon zijn (vanaf, zou ik denken,

het moment waarop de notariële akte werd verleden) en logischerwijs gesproken is de openbare vennootschap dan dus geen rechtspersoon meer. Het komt mij dus voor dat deze beide opgaven zullen moeten worden gedaan door het bestuur van de BV. De dag waarop deze beide opgaven zijn ingeschreven is onder meer van belang voor de aanvang van de verjaringstermijn als bedoeld in art. 834 lid 7.

Lid 7 van art. 834 luidt: *'Rechtsvorderingen tegen de vennoten van de openbare vennootschap of hun erfgenamen tot nakoming van ten tijde van de omzetting bestaande verbintenissen van die vennootschap, verjaren door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag waarop de omzetting overeenkomstig lid 5 in het handelsregister is ingeschreven.'*[164] Dit is een soort collectieve variant van de bepaling die in art. 824 lid 1 is opgenomen voor het geval een vennoot uittreedt.[165]

4.15 Art. 835 lid 1 en lid 6: omzetting van een BV in een OVR

Lid 1 van art. 835 bepaalt: *'Een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan zich met in acht neming van de leden 2 tot en met 5 omzetten in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid.'*[166]
Bij deze aan art. 834 spiegelbeeldige omzetting verlaat de BV het territoir van de institutionele rechtspersonen en treedt het ongewisse gebied van het contractenrecht binnen. De omzetting beëindigt niet de rechtspersoon en, zou ik ook hier weer denken, evenmin de vennootschap. Gezien het verschil in aard en structuur van de beide rechtspersoonsvormen ligt een dergelijke stap alleen voor de hand wanneer er sprake is, of althans voor de toekomst zal zijn, van een intuitu personae samenwerkingsverband, d.w.z. een relatie die een persoonsbetrokken karakter heeft. Een dergelijk karakter impliceert als het ware al dat er zoiets is, of ontstaat, als een aandeelhoudersovereenkomst waarbij ook de bestuurders van de BV en de BV zelf zijn betrokken. De overdraagbaarheid van de aandelen zal dikwijls al in vergaande mate zijn ingeperkt en veelal zullen in een dergelijke constellatie alle, of nagenoeg alle, aandeelhouders tevens bestuurder zijn of althans bij het bestuur nauw

---

[164] Vgl. Raaijmakers t.a.p. p. 252 waar hij stelt deze periode te lang te vinden. Zie ook: De Monchy, t.a.p. p. 130, waar hij tegen deze voortdurende aansprakelijkheid de nodige, gefundeerde, bezwaren aanvoert.

[165] Niet duidelijk is voor mij waarom hier in art. 834 lid 7 wordt gesproken van 'Rechtsvorderingen tot nakoming van ten tijde van de omzetting bestaande verbintenissen', terwijl art. 824 spreekt van 'Een rechtsvordering tot nakoming van ten tijde van zijn uittreden opeisbare vorderingen'.

[166] Een schoonheidsfoutje is mijns inziens dat in het vorige (spiegelbeeldige) artikel 834 staat 'met inachtneming van *de volgende leden*' terwijl hier gesproken wordt van 'met inachtneming van *de leden 2 tot en met 5*'.

zijn betrokken.[167] In zoverre zal er misschien in de onderlinge verhoudingen tussen de aandeelhouders/vennoten niet eens zo heel veel veranderen bij de overstap naar de openbare vennootschap. Een ander aspect is dat het vermogen van de rechtspersoon van karakter verandert. Van een verplicht eigen vermogen van de rechtspersoon en regels van kapitaal- en vermogensbescherming zal na omzetting geen sprake meer zijn. Daar staat dan weer de ingrijpende verandering tegenover dat de vennoten voortaan voor de verbintenissen van de openbare vennootschap-rechtspersoon persoonlijk verbonden zullen zijn. Dit alles maakt dat wij in de MvT lezen: *'Ook aan deze omzetting zijn vanwege het verschillend karakter van de beide rechtsvormen specifieke moeilijkheden verbonden, en daarom wordt ook hier in lid 2 sub e voor de omzetting een rechterlijke machtiging vereist.'*

4.16 Art. 835 lid 2; de vereisten voor omzetting van een BV in een OVR

Lid 2 van art. 835 somt bij deze spiegelbeeldige omzetting niet 4 maar 5 eisen op waaraan bij de omzetting van een BV van Boek 2 in een vennootschap van titel 7.13 moet worden voldaan: a. een besluit tot omzetting genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging en in elk geval met een meerderheid van ten minste tweederden van de uitgebrachte stemmen; b. een notariële akte van omzetting die de overeenkomst van openbare vennootschap bevat; c. een aanduiding in die akte van het vermogen van de besloten vennootschap en zijn bestanddelen, en hoe groot de deelgerechtigdheid van ieder der vennoten in het vermogen van de openbare vennootschap zal zijn, gelet op de aandelen die ieder van hen in het kapitaal van de besloten vennootschap houdt; d. het naleven van artikel 209 van Boek 2 dat op het besluit tot omzetting van toepassing is en e. een rechterlijke machtiging.
Lopen wij ook deze vereisten weer successievelijk na:
Onder a. is bepaald dat het besluit tot omzetting moet worden genomen op eenzelfde wijze als in de betrokken vennootschap is voorgeschreven voor een besluit tot statutenwijziging[168] en in elk geval met tweederden van de *uitgebrachte* stemmen. In de MvT lezen wij: *'Dit laatste correspondeert met artikel 834 lid 2 sub a;'*. Waar in art. 834 lid 2 onder a. is bepaald dat de instemming is vereist van tenminste tweederden van *het aantal* vennoten is mijns inziens deze correspondentie maar betrekkelijk. Meer in de buurt was het ontwerp wellicht gekomen met voor de BV te bepalen dat tweederden van het aantal stemmen *dat kan worden uitgebracht* vereist is. Maar goed, helemaal komt men er natuurlijk nooit aangezien het, als het om stemrecht

167 De zaken liggen natuurlijk enigszins anders in het geval een BV zich zou omzetten in een CVR; van die situatie, die specifieke aspecten vertoont, wordt hier niet uitgegaan.
168 Vgl. het eerste zinsdeel van art. 2:18 lid 2 onder a.

gaat, bij kapitaalvennootschappen nu eenmaal niet om aandeel*houders* maar om stemrecht verbonden aan *aandelen* draait. Het vereiste van tweederden van de uitgebrachte stemmen is dus, onder omstandigheden, niet alleen in vergelijking met de omgekeerde omzetting, maar ook in vergelijking met die van negen tienden[169] der uitgebrachte stemmen die geldt voor omzetting van een BV in andere andersoortige rechtspersoonsvormen, een nogal lage drempel. Kennelijk oordelen de ontwerpers de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid ten opzichte van de BV nu ook weer niet zó andersoortig dat de drempel van negen tienden daarvoor zou moeten gelden en daar is misschien ook wel iets voor te zeggen. In de MvT wordt op dit punt niet ingegaan. Daarbij komt dat ook hier in lid 3 van dit artikel, is voorzien in een bescherming van aandeelhouders die niet met het besluit tot omzetting hebben ingestemd. Overbodig natuurlijk te benadrukken dat deze omzetting niet kan worden aangemerkt als een soort ingrijpende 'statutenwijziging'. Een openbare vennootschap heeft – ook als zij rechtspersoon is – geen 'statuten'. Ook hier wordt in de MvT opgemerkt dat het voor de hand ligt *'dat de aandeelhouders eerst besluiten nadat zij kennis hebben genomen van het notarieel ontwerp van de notariële omzettingsakte die door het bestuur van de BV ingevolge lid 3 bij het verzoek tot machtiging moet worden overgelegd aan de rechter'*.

Onder b. is bepaald dat de notariële akte van omzetting de '*overeenkomst van openbare vennootschap'* moet bevatten. Ik zou menen dat deze tekst op grond van het bepaalde in art. 802 lid 2 moet worden aangevuld in die zin dat wordt bepaald dat akte moet bevatten: 'de overeenkomst van openbare vennootschap *waarin is bepaald dat zij rechtspersoon is'*. Ook de overeenkomst van een niet rechtspersoonlijkheid bezittende openbare vennootschap kan immers in een notariële akte worden opgenomen, maar in een dergelijke vennootschap kan een BV niet worden omgezet.

Als eerder, rijst ook hier weer de vraag wat onder een 'notariële akte' moet worden verstaan. Als ik het goed zie zal die in dit geval weer wèl kracht van authenticiteit moeten hebben; zie daarvoor bij art. 802 lid 1. Zoals wij ook al eerder zagen moet de *gehele* overeenkomst van vennootschap in de notariële akte worden opgenomen. Opmerkelijk is m.i. dat aan het bepaalde onder b. van dit art. 835 niet is toegevoegd (zoals wel het geval is bij de artt. 832 en 833 lid 2 onder b.) dat hierbij het bepaalde in art. 802 lid 1 van overeenkomstige toepassing is.

Onder c. wordt de eis gesteld dat in de akte wordt aangeduid (i) *'het vermogen van de besloten vennootschap en zijn bestanddelen'* en (ii) *'hoe groot de economische deelgerechtigdheid van ieder der vennoten in het vermogen van de openbare vennootschap zal zijn, gelet op de aandelen die ieder van*

[169] Vgl. art. 2:18 lid 2 onder a.

hen in het kapitaal van de besloten vennootschap heeft'.[170] In de MvT lezen wij: *'De achtergrond van dit laatste is dat de waarde en hoeveelheid van hun aandelen voor zover daarop is gestort, in beginsel bepalend zijn voor de berekening van hun economische deelgerechtigdheid. Het kan zijn dat bij deze berekening wel gedeclareerde doch niet geïnde dividenden of uitstaande opeisbare vorderingen tot volstorting van de aandelen moeten worden verdisconteerd'*

Kennelijk is ook hier weer de bedoeling dat aan de rechter die de onder e. voorgeschreven machtiging moet verlenen aan de hand van de onder c. vermelde aanduidingen, duidelijk wordt hoe een en ander in elkaar steekt en in zijn werk zal gaan. Maar ook hier weer geldt dat het geenszins voor de hand ligt om te veronderstellen dat het aantal aandelen dat een aandeelhouder in de BV heeft simpelweg zou moeten of mogen worden vertaald in een daaraan evenredige economische deelgerechtigdheid (al dan niet tot uitdrukking komend in een navenant winstdeel) in het vermogen van de openbare vennootschap waarin de BV wordt omgezet. Mijns inziens geeft de MvT ook hier weer een wat te simplistische voorstelling van zaken. Niet slechts de omvang van het aandeelhouderschap (en op de aandelen eventueel nog niet uitgekeerde dividenden of gedane stortingen) immers is bepalend voor de economische of zeggenschapspositie die een aandeelhouder in relatie tot een BV heeft. Tal van andere aspecten en regelingen kunnen, zoals wij zagen in par. 11, daarbij een rol spelen.[171]

Onder d. is vermeld het vereiste tot het naleven van art. 209 van Boek 2 *'dat op het besluit tot omzetting van toepassing is'*. Dat art. 2:209 op dit omzettingsbesluit van toepassing is, vloeit – behalve uit het feit dat dit hier is bepaald – inderdaad, zou men kunnen zeggen, voort uit het tweede lid van art. 2:181 lid 2 waarin de omzetting van een BV in andere rechtspersoonsvormen (niet zijnde een NV) is geregeld. Thans geldt deze bepaling natuurlijk uitsluitend voor omzettingen binnen Boek 2 maar daar komt bij invoering van deze nieuwe titel 7.13 dan dus de openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid bij. Art. 2:209 heeft betrekking op een besluit van een BV tot *kapitaalvermindering*. Een dergelijk besluit moet gedeponeerd worden bij het handelsregister en in een landelijk verspreid dagblad worden gepubliceerd. Ten behoeve van haar crediteuren zal de BV desgevraagd zekerheid moeten stellen en voorts kan iedere crediteur (binnen een termijn van twee maanden) tegen het besluit in verzet komen en bepaalde waarbor-

---

170 Opvallend is dat hier, anders dan in art. 834 lid 2 onder c, gesproken wordt van 'economische' deelgerechtheid. M.i. dienen de bewoordingen van beide bepalingen te worden gelijkgetrokken. Breed gedragen onder de commentatoren is overigens de opvatting dat het woord 'economische' in dit verband overbodig is en bovendien in juridische regelgeving misstaat: het zou derhalve achterwege moeten worden gelaten.

171 Vgl. in gelijke zin: Raaijmakers t.a.p. p. 253.

gen verlangen. Op dit verzet zal door de rechter worden beslist. Het besluit tot *omzetting* (in dit geval in een OVR) wordt niet van kracht zolang dit alles niet is afgehandeld. Men zie voor verdere bijzonderheden de daarvoor geëigende handboeken.

In eerste instantie is men (althans was ik) geneigd te denken dat crediteuren van de in een openbare personenvennootschap omgezette BV er toch eigenlijk wat hun verhaalsmogelijkheden betreft niet echt op achteruit zullen gaan. De vennoten van de openbare vennootschap waarin die BV wordt omgezet worden toch immers naast de openbare vennootschap-rechtspersoon voor haar verbintenissen hoofdelijk aansprakelijk! Hooguit zouden crediteuren in een slechtere positie komen te verkeren als gevolg van het gegeven dat een openbare vennootschap geen gebonden eigen vermogen kent zoals een BV dat wel heeft. In de MvT lezen wij hieromtrent echter het volgende. *'Bij de hier bedoelde omzetting van een BV vervalt haar aandelenkapitaal dat opgaat in het vermogen van de openbare vennootschap-rechtspersoon. Van een kapitaal- en vermogensbescherming zoals voor de BV in de wet is voorzien, is niet langer sprake. Ook kan het vermogen worden verminderd door de ingevolge lid 3 aan 'uittredende' aandeelhouders te betalen schadeloosstellingen. Voor verbintenissen van de BV die reeds bestaan op het moment van de omzetting, zijn de vennoten van de openbare vennootschap niet verbonden. Om de belangen van zaakcrediteuren te waarborgen, is daarom in lid 2 sub d voor omzetting vereist dat artikel 209 van Boek 2 welke bepaling voorziet in een verzetrecht van crediteuren bij kapitaalvermindering, op het besluit tot omzetting van toepassing is.'*
'Voor verbintenissen van de BV die reeds bestaan op het moment van de omzetting zijn de vennoten van de openbare vennootschap niet verbonden!'
Hier zien wij mijns inziens hoezeer de gedachte die men hebben kan over wat een 'spiegelbeeld' is, kan afwijken van de realiteit van dat beeld!

Laat ons de situatie rond de verbondenheid van vennoten nog eens goed bekijken en de beide spiegelbeeldige omzettingen van art. 834 enerzijds en art. 835 anderzijds met het oog op dit aspect nog eens tegenover elkaar zetten.
Eerst de omzetting van art. 834: De omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een BV leidt ertoe dat de vennoten vanaf het moment van omzetting niet meer worden verbonden voor verbintenissen van de BV die nadien ontstaan. Voor de op het moment van omzetting bestaande verbintenissen van de vennootschap zijn de vennoten persoonlijk verbonden en dat blijft ook zo (zij het voor een beperkte periode van vijf jaren).
In het spiegelbeeldige geval van art. 835 geldt: De omzetting van een BV in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid leidt ertoe dat de ven-

noten vanaf het moment van omzetting hoofdelijk zullen zijn verbonden voor de verbintenissen van de openbare vennootschap die nadien ontstaan. Voor de op dat moment bestaande verbintenissen van de BV zijn zij niet hoofdelijk verbonden en dat blijft ook zo!
Spiegelbeeldig klopt dit helemaal. En toch klopt er naar mijn gevoel iets niet. Want de vraag is dan: wie is voor de op het moment van omzetting bestaande verbintenissen van de BV daarna dan wel verbonden? Het antwoord is kennelijk: alleen de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid zelf! Op het moment dat de omzetting een feit wordt ontstaat dus een openbare vennootschap-rechtspersoon die naast haar overig vermogen uitsluitend schulden heeft waarvoor zij zelf wél maar haar vennoten niet persoonlijk verbonden zijn. En dat zal nadien voor wat die schulden betreft ook steeds zo blijven.[172] Gezien de vrijheid van vennoten om vervolgens naar eigen inzicht de omvang van het vermogen van deze vennootschap-rechtspersoon geheel zelf te bepalen, is daarmee inderdaad de positie van de crediteuren van dergelijke vorderingen uiterst ongewis. Al valt dat natuurlijk uiteindelijk toch wel weer mee. Want *draagplichtig* zijn de vennoten – als het op een faillissement zou aankomen – natuurlijk voor die schulden van de vennootschap-rechtspersoon toch weer wel!

Ik vind dit een ongerijmde situatie. Mijns inziens vloeit die ongerijmdheid voort uit het te eenzijdige gezichtspunt dat het alleen *de rechtspersoon* zou zijn die wordt omgezet en niet ook de vennootschap. *De vennootschap* bungelt er maar zo'n beetje bij en raakt (met haar vennoten en al) in een verkrampte positie. Veel logischer zou toch zijn te bepalen dat bij omzetting van een BV in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid de vennoten van die vennootschap vanaf dat moment – naar de karakteristiek van de rechtsvorm *openbare vennootschap* – wèl aansprakelijk zijn voor de bestaande verbintenissen van de *voortbestaande* rechtspersoon! Langs die weg wordt dan het verlies van de regels van kapitaal- en vermogensbescherming die gelden bij de BV voor de crediteuren gecompenseerd door de pendant daarvan bij de personenvennootschap: de persoonlijke verbondenheid van vennoten. Zo is het (omgekeerd) in het spiegelbeeldige geval toch ook! In die situatie is het toch ook niet zo dat de regels van kapitaalbescherming, die een karakteristiek zijn van de besloten vennootschap, als kapitaalvennootschap, *niet* gaan gelden voor de crediteuren van de rechtspersoon wier vorderingen dateren uit de periode vóór de omzetting.
Ik heb het ongemakkelijke gevoel dat we in een lachspiegel hebben staan kijken!

---

172 Alle vennoten zijn in deze situatie als het ware 'toetredend' of 'opvolgend' vennoot in een zin als bedoeld in art. 824 lid 2. Al eerder gaf ik te kennen ook van die bepaling niet gecharmeerd te zijn.

Wellicht valt te overwegen aan art. 835 een zesde lid toe te voegen dat luidt: *'Vanaf de dag volgend op die waarop de in lid 4 bedoelde opgaven zijn gedaan zijn de vennoten van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid hoofdelijk verbonden voor alle verbintenissen van de rechtspersoon.'* De vraag is vervolgens of het vanuit het oogpunt van crediteuren-bescherming dan nog wel nodig is om art. 2:209 op deze omzetting toepasselijk te doen zijn. Niet toepasselijkheid daarvan zou de gang van zaken bij de omzetting immers aanzienlijk vereenvoudigen. Wellicht zou hier kunnen worden volstaan met toepassing van de in lid 1 van art. 2:209 voorgeschreven deponering van het omzettingsbesluit bij het handelsregister en de plicht tot publicatie in een landelijk dagblad. Aan de regeling zou dan bovendien, in het kader van de rechterlijke machtiging, een voorziening kunnen worden toegevoegd die voorziet in bescherming van de belangen van derden. Op dit laatste voorstel wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

4.17 *Art. 834 lid 3 en lid 4; rechterlijke machtiging tot omzetting van een BV in OVR*

Lid 3 van art. 835 bepaalt: *'Slechts de besloten vennootschap kan machtiging tot omzetting verzoeken aan de rechtbank...'*. Inderdaad is niet duidelijk wie anders dat zou kunnen doen dan (het bestuur van) de BV. Vervolgens is, net als bij de omgekeerde omzetting van art. 834, voorgeschreven dat de rechter de oproeping gelast van de aandeelhouders die niet met de omzetting hebben ingestemd. Ook hier weer rijst de vraag of (en zo ja, hoe) de rechter weet wie deze niet instemmende aandeelhouders zijn.
De in lid 3 hierna opgesomde gronden tot het weigeren door de rechter van de gevraagde machtiging corresponderen met die welke werden besproken bij art. 834 lid 3. De machtiging wordt door hem geweigerd (i) *'indien het vereiste besluit nietig is of indien een rechtsvordering tot vernietiging daarvan aanhangig is'* (ii) *'indien de belangen van de aandeelhouders die niet hebben ingestemd, onvoldoende zijn ontzien'* en voorts (iii) *'indien een aandeelhouder die niet heeft ingestemd en geen vennoot wil worden, van de besloten vennootschap op zijn schriftelijk verzoek in te dienen binnen een maand nadat hem de mogelijkheid hiertoe door de vennootschap is meegedeeld op dezelfde wijze als de oproeping tot de algemene vergadering, geen schadeloosstelling heeft verkregen voor het verlies van zijn aandelen.'*

Ook hier is onder (iii) – evenals het geval is in art. 834 – om onduidelijke reden een toevoeging weggelaten die in het min of meer gelijkluidende lid 5 van art. 2:18 wél is opgenomen. Die toevoeging houdt in dat machtiging door de rechter wordt geweigerd niet alleen wanneer 'de belangen van stemgerechtigden die niet hebben ingestemd', maar ook indien belangen *'van anderen van wie ten minste iemand zich tot de rechter heeft gewend'* niet

voldoende zijn ontzien. Zou, zoals hierboven door mij werd gesuggereerd, alsnog worden bepaald dat bij de omzetting van een BV in een openbare vennootschap de vennoten na omzetting wèl persoonlijk verbonden zijn voor de verbintenissen van de BV en zou in verband daarmee de toepasselijkheid van art. 2:209 alsnog worden geschrapt, dan zou juist deze aanvulling er in kunnen voorzien dat de rechter de vereiste machtiging niet verleent wanneer crediteuren te kennen geven van mening te zijn dat zij door de omzetting in hun belangen worden geschaad. Tot zover hierover.

Ook hier komen we, net als het geval was bij art 834 lid 3, in verband met de regeling onder (iii) het probleem tegen dat een aandeelhouder die geen vennoot wenst te worden de hem toekomende – eventueel eerst nog door deskundigen vast te stellen – schadeloosstelling moet hebben *verkregen* alvorens de rechter machtiging tot omzetting kan verlenen. Waarom is het niet mogelijk dat betrokkene deze claim – nadat de omvang daarvan later eenmaal is vastgesteld – doet gelden tegen de dan inmiddels omgezette rechtspersoon die immers voortbestaat? Dat de rechter in (andere) gevallen van omzetting van een BV in een andere rechtspersoonsvorm wel de machtiging kan verlenen zonder dat voordien schadeloosstelling is verkregen, zagen wij al bij de bespreking van art. 834 lid 3. Onnodig te zeggen dat de omzettingsprocedure aanzienlijk vlotter kan verlopen indien hier die regeling (van art: 2:71/181) wordt gevolgd.[173]
Tenslotte bepaalt lid 3 nog dat de notaris in de akte van omzetting verklaart dat de machtiging op het ontwerp van de akte is verleend.

Art. 834 lid 4 schrijft ook hier weer voor dat 'de rechtspersoon' opgave doet van de omzetting ter inschrijving in het handelsregister zowel daar waar hij als besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid moet zijn ingeschreven, als daar waar hij als openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid zal moeten worden ingeschreven.[174] Waar de omzetting dan inmiddels heeft plaatsgevonden komt het mij voor dat deze opgaven zullen moeten worden gedaan door de besturende vennoten van de openbare vennootschap. Maar wellicht kan men daarover ook anders denken.

---

173 Raaijmakers t.a.p. p. 253 stelt voor ook hier deze kwestie te regelen via de bepalingen van uitkoop/uitstoot van de artt. 2:336 en 2:343. Mij lijkt dat (anders dan bij de omgekeerde omzetting) bij het bestaan van de specifieke regeling van art. 2:181 voor het geval van omzetting van een BV in een andere rechtspersoon, niet zozeer voor de hand te liggen.

174 Niet geheel duidelijk is waarom in het laatste zinsdeel gesproken wordt van 'zal moeten worden' in plaats van (zoals ook in art. 834 lid 5 het geval is) van 'moet worden'; wellicht een verschrijving.

4.18 Aandachtspunten

1. Art. 832 is van toepassing als een *bestaande* openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid wil verkrijgen. *Bestaat* zij nog niet (maar bijvoorbeeld een maatschap) dan geldt art. 802. De grens tussen al wel of nog niet *bestaan* is soms onduidelijk. Hadden beide artikelen, die maar weinig verschillen, niet beter kunnen worden geïntegreerd? (par. 2)

2. Art. 832 lid 2 bepaalt dat de overeenkomst van vennootschap moet bepalen dat zij rechtspersoon *is* en dat zij die status verkrijgt vanaf de dag volgend op die waarop *opgave* is gedaan van *het verkrijgen* daarvan; dat is allebei niet logisch. (par. 3)
(N.B. Bij toepassing van art. 802 is niet het moment van *opgave* maar van *inschrijven* bepalend).

3. Alleen *bij* de overeenkomst kan worden bepaald dat door de vennoten omtrent het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid anders dan met eenstemmigheid kan worden besloten. De vraag is waarom dat nodig is. (par. 3)

4. Bij verkrijging van rechtspersoonlijkheid moeten blijkens de notariële akte *alle* gemeenschapsgoederen daarin worden ingebracht. Vervolgens zullen deze dan, na verkregen rechtspersoonlijkheid, ten titel van inbreng aan de rechtspersoon moeten worden geleverd. (par. 3)

4a. De term 'inbreng' wordt in het ontwerp in tweeërlei betekenis gebruikt: die van 'aangaan van een (inbreng) verplichting' maar tevens in die van 'naleving van die (inbreng) verplichting'; deze dubbele betekenis zaait verwarring en kan beter worden geëcarteerd. (par. 3)

5. Evenals bij art. 802 kan levering (ten titel van inbreng) op zijn vroegst plaatsvinden enkele dagen na het verlijden van de notariële akte en dus is niet verzekerd dat de notaris erop zal/kan toezien dat zulks geschiedt op de daarvoor voorgeschreven wijze. (par. 3)

6. Om te voorkomen dat crediteuren van de vennootschap-rechtspersoon hun verhaalsrecht op gemeenschapsgoederen, voorzover die nog niet geleverd zijn, zouden verliezen, bepaalt art. 832 lid 4 dat zij zich ook daarop kunnen blijven verhalen. (par. 4)

7. De tweede zin van art. 832 lid 4 zou op grond van een aantal overwegingen beter kunnen luiden: *'De rechtsverhoudingen die op het moment van het verkrijgen van de rechtspersoonlijkheid bestaan tussen de vennootschap en anderen, bestaan voort met de rechtspersoon.'* (par. 5)

8. Het in art. 832 lid 2 onder c. opgenomen voorschrift dat *alle vennootschappelijke gemeenschapsgoederen* in de rechtspersoon moeten worden ingebracht (en geleverd), kan dan beperkt blijven tot *alle 'zaken' behorend tot de gemeenschap*. (par. 5)

9. Kan een openbare vennootschap die haar rechtspersoonlijkheid opgeeft, vervolgens ook een maatschap worden zonder dat zij 'onderweg' wordt ontbonden en moet worden vereffend? (par. 6)

10. De vereisten waaraan moet worden voldaan bij het 'opgeven' van rechtspersoonlijkheid zijn m.m. goeddeels dezelfde als die welke gelden voor het 'verkrijgen' daarvan. (par. 7)

11. Volgens de MvT geschiedt levering ten titel van inbreng in de goederengemeenschap, door de vennootschap die niet langer rechtspersoon is *'vanuit het gevormde vermogen ten name van die niet meer bestaande rechtspersoon dat in zoverre als aparte entiteit moet worden erkend'*. Verwezen wordt naar at. 2:4 lid 4. Dat lijkt een vreemde constructie. (par. 7)

12. Zou niet beter zijn aan het slot van lid 2 de bepaling toe te voegen: *'De rechtspersoonlijk blijft bestaan voorzover dat voor de naleving van de verplichting tot inbreng in de vennootschappelijke gemeenschap nodig is.'* (par. 7)

13. Door het bepaalde in de eerste zin van art. 833 lid 4 (spiegelbeeldig aan die van art. 832 lid 4) wordt voorkomen dat crediteuren van de vennootschap die rechtspersoonlijkheid heeft 'opgegeven' geen verhaalsrecht zouden hebben op goederen van de (voormalige) vennootschap-rechtspersoon, voorzover nog aanwezig. (par. 8)

14. De MvT spreekt van goederen *'van de niet meer bestaande rechtspersoon'*. Beter zou zijn: *'van de niet meer bestaande vennootschap-rechtspersoon'*; die vennootschap bestaat niet meer, maar (in mijn voorstel) de rechtspersoon nog wel, voor zolang nodig voor naleving van de inbrengverplichting. (par. 8)

15. De tweede zin art. 833 lid 4 zou beter kunnen luiden: *'De rechtsverhoudingen die op het moment van het opgeven van de rechtspersoonlijkheid bestaan tussen de rechtspersoon en derden, bestaan voort met de vennootschap.'* Zie onder 7. hiervoor. (par. 9)

16. Omzetting van een OVR in een BV is niet in art. 2:18 of titel 2.5 opgenomen. Vereist is een rechtelijke machtiging omdat, aldus de MvT, de per-

sonenvennootschap met rechtspersoonlijkheid een *wezenlijk ander karakter* heeft dan de BV als kapitaalvennootschap van Boek 2. (par. 10)

17. Omzetting moet worden *overeengekomen,* of daartoe kan, mits dat *bij* de overeenkomst van vennootschap is bepaald, worden besloten met een meerderheid van tenminste tweederden van de stemmen van *alle* vennoten. Dat zal pas gebeuren, aldus de MvT, na kennisneming van het notarieel ontwerp van de akte die de statuten van de BV omvat. (par. 11)

18. Ter voorlichting van de rechter bevat de akte gegevens omtrent het vermogen van de OVR en de samenstelling daarvan en van de hoeveelheid BV-aandelen die vennoten zullen verkrijgen, gelet op hun deelgerechtigdheid. De vraag is of een en ander de rechter een reële basis biedt voor verantwoorde oordeelsvorming. (par. 11)

19. Zolang, door de rechter op te roepen, vennoten die niet hebben ingestemd (wie zijn dat?), geen schadeloosstelling hebben gekregen, wordt geen machtiging verleend. De vraag is of het nodig is dat de omzetting hierop wacht; vgl. de artt. 2:71/181. (par. 12)

20. Zou niet eenvoudiger zijn geweest, met terzijde laten van een machtigingsvereiste (waarmee de rechter wellicht slecht raad weet) te bepalen dat een vennoot die geen aandeelhouder wil worden van de BV, daardoor uittreedt dan wel dat dit een gewichtige reden is voor diens uitstoting? (par 12)

21. Op deze omzetting is art. 2:183 lid 2 van toepassing (verklaring van geen bezwaar en accountantsverklaring). Op het moment van omzetting bestaande rechtsvorderingen tegen de vennoten tot nakoming van bestaande verbintenissen van de vennootschap, verjaren door verloop van vijf jaar. (par. 13)

22. Spiegelbeeldige omzetting van een BV in een OVR vereist een besluit genomen met tenminste dat tweederden van de *uitgebrachte* stemmen dat tevens voldoet aan de eisen die gelden voor een statutenwijziging. De regeling volgt in grote lijnen het patroon van de spiegelbeeldige omzetting. (par. 15)

23. In dit geval geldt bovendien art. 2:209 dat betrekking heeft op kapitaalvermindering. Dat is nodig omdat, in de visie van het ontwerp, enerzijds bij omzetting *het gebonden vermogen van de BV wegvalt* en daar anderzijds, voor wat de bestaande verbintenissen betreft, *geen persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten voor in de plaats komt.* (par. 16)

24. Deze visie komt mij niet juist want niet spiegelbeeldig voor! Zo goed als kapitaal- en vermogensbescherming een karakteristiek is van de BV, is persoonlijke verbondenheid van vennoten een wezenskenmerk van de personenvennootschap. Die verbondenheid dient ook te gelden voor de bij omzetting al bestaande verbintenissen. (par. 16)

25. Wellicht kan aan art. 835 een zesde lid worden toegevoegd dat luidt: *'Vanaf de dag volgend op die waarop de in lid 4 bedoelde opgaven zijn gedaan zijn de vennoten van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid hoofdelijk verbonden voor alle verbintenissen van de rechtspersoon.'* (par. 16)

26. Mocht dan nog crediteurenbescherming nodig zijn, dan kan in art. 835 lid 3 worden bepaald dat rechterlijke machtiging niet alleen wordt geweigerd wanneer de belangen *'van stemgerechtigden die niet hebben ingestemd'*, maar ook indien belangen *'van anderen van wie ten minste iemand zich tot de rechter heeft gewend'* niet voldoende zijn ontzien; vgl. art. 2:18 lid 5. (par. 17)

DEEL II

Prof. mr. M.J.A. van Mourik

1. Inbreng

1.1 Inbreng als essentiale van de samenwerking

Art. 800 lid 1 omschrijft 'vennootschap' als een overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening. De samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten 'door middel van inbreng door ieder van de vennoten'. Een openbare vennootschap *is* rechtspersoon indien dat in de overeenkomst is bepaald en deze overeenkomst in een notariële akte is opgenomen (art. 802 lid 1). Inschrijving in het handelsregister is een constitutief vereiste.
De toelichting op art. 805 leert ons dat we bij inbreng moeten denken aan

> *'de terbeschikkingstelling van iets ten behoeve van de vennootschap. Datgene wat ter beschikking is gesteld, wordt daarmede dienstbaar gemaakt aan het bereiken van het vennootschappelijk doel.'* [1]

De inbreng is uit de aard der zaak dienstbaar aan de samenwerking, maar mag nog hoger gewaardeerd worden. Zij vormt immers een essentieel aspect van de samenwerking. Dat kan uit de omschrijving worden opgemaakt. Het wordt bevestigd door art. 805 lid 1, dat bepaalt dat iedere vennoot tot inbreng is gehouden.
Reeds het enkele ter beschikking stellen is toereikend om van samenwerking te kunnen spreken.[2] Terbeschikkingstelling impliceert dienstbaarmaking.
De samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel. Dat impliceert dat de vennoten het behaalde voordeel zullen delen. Lid 4 van art. 815 verklaart een beding dat inhoudt dat een vennoot niet in de winst zal delen nietig. Art. 815 lid 1 kiest als uitgangspunt dat iedere vennoot voor een gelijk deel deelt in de winst en het verlies. Waaraan wordt toegevoegd 'ongeacht de waarde van ieders inbreng in de vennootschap.'[3].

1.2 Wat komt zoal voor inbreng in aanmerking?

De samenwerking 'is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel' (art. 800 lid 1).[4] Dat zal zich doen gevoelen bij de beantwoording van de vraag wat zoal voor inbreng in aanmerking komt maar ook als inhoud

---

1 MvT, p. 12.
2 MvT, p. 6: het enkel leveren van een geldelijke bijdrage is voldoende.
3 Over deze problematiek onlangs nog HR 7 maart 2003, RvdW, 2003, 46.
4 Opvalt dat art. 800 lid 1 niet eist dat de samenwerking zich moet afspelen 'in het economisch verkeer'. Anders HR 8 juli 1985, NJ 1986, 358 (Ma) waarin de maatschap ter regeling van een gemeenschappelijke huishouding de das werd omgedaan. Daarover Van Mourik, De personenvennootschap (1993), nr. 54. Zie ook hierna onder 2.1.

moet worden gegeven aan de dienstbaarheid. Toereikend is dienstbaarheid in economische zin, waaronder hier te begrijpen dienstbaarheid van enkel economisch relevant genot van een goed.[5]
Voor de ontwerper 'bestaat' inbreng 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.' (art. 805 lid 1)*

Hoe dienen wij de woorden 'in het bijzonder' te verstaan? Is de opsomming alomvattend? Zo ja, dan is het de vraag wat het voor zin het heeft in de tekst de woorden 'leveren van een prestatie' op te nemen. Genoegzaam zou het dan zijn te bepalen dat inbreng bestaat uit 'het ter beschikking stellen van (...).'
Dat daarmede een prestatie wordt geleverd, lijkt me duidelijk.
In de toelichting op art. 805 lid 1 vindt men het antwoord op de gestelde vraag. Aldaar wordt gewezen op de mogelijkheid 'goodwill, know how en dergelijke' in te brengen. Deze vermogensbestanddelen worden niet door bedoelde opsomming bestreken. Het moet in het algemeen gaan om een positieve prestatie. Een loutere verplichting om niet te doen kan op zichzelf niet worden ingebracht.[6]
Inbreng van enkel genot betekent inbreng in enkel economische zin. De overeenkomst van vennootschap zal bepalen of de inbreng van het genot ook tot gevolg heeft dat de (positieve en negatieve) waardeveranderingen voor rekening van de vennoten komen.

1.3 De verplichting tot inbreng

De inbreng van geld, goederen of genot verplicht tot inbreng 'in de vennootschappelijke gemeenschap', bepaalt lid 2 van art. 805 voor de vennootschap die geen rechtspersoon is. De uitdrukking 'vennootschappelijke gemeenschap' verdient nadere beschouwing.
Bij 'gemeenschap' gaan de gedachten onverwijld uit naar titel 3.7 BW. Dat is in dit geval evenwel minder gelukkig omdat deze titel onder het geldende recht slechts van belang kan zijn voor een *ontbonden* vennootschappelijke gemeenschap. Maar zelfs dat is niet het geval aangezien art. 825 lid 4 titel 3.7 op de ontbonden vennootschap die geen rechtspersoon is, niet van toepassing verklaart.

---

5 Met alle respect voor Slagter (diesrede Rotterdam 1968), maar ik beijver mij in dit preadvies om de uitdrukking 'economische eigendom' niet te gebruiken. Ik prefereer bijvoorbeeld 'inbreng in enkel economische zin' boven inbreng in economische eigendom.

6 MvT, p. 12.

De vennootschappelijke gemeenschap waarop art. 805 doelt, wordt in titel 7.13 niet specifiek geregeld. De vraag komt dan op of gedacht moet worden aan een gemeenschap in goederenrechtelijke zin, met (de) vennoten als deelgenoten of dat 'gemeenschap' ruimer mag worden begrepen. Het feit dat lid 2 van art. 805 veronderstelt dat inbreng van genot in de vennootschappelijke gemeenschap mogelijk is, kan het idee doen postvatten dat 'gemeenschap' ook in economische zin moet worden verstaan. Tegengeworpen zal dan worden dat bij inbreng van genot tot de gemeenschap obligatoire aanspraken op dat genot behoren.
De inbrenghandeling als zodanig wordt verricht ter nakoming van een verbintenis. De overeenkomst van vennootschap verplicht immers tot deze inbreng. Lid 2, eerste zin, van art. 805 bepaalt:

> *'De inbreng van geld, goederen of genot van goederen verplicht tot inbreng in de vennootschappelijke gemeenschap (...)'.*

Ik begrijp deze woorden aldus dat de ontwerper een nadere uitleg geeft van de aard van de inbreng*verplichting*. De tweede zin van art. 805 lid 2 bepaalt vervolgens:

> *'Op een zodanige inbreng van een goed zijn de bepalingen omtrent koop, op een zodanige inbreng van genot van een goed de artikelen 1584 tot en met 1623 van Boek 7A van overeenkomstige toepassing, een en ander voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.'*

Hoe dienen de woorden 'een zodanige inbreng' te worden verstaan? Uit het tekstverband maak ik op dat de bepalingen omtrent koop van overeenkomstige toepassing zijn op de verplichting tot inbreng en niet op de inbrenghandeling die ter nakoming van de verplichting wordt verricht. Dat kan trouwens ook moeilijk anders bij een zorgvuldige bewaking van het onderscheid tussen obligatoire en goederenrechtelijke sferen.
Het van overeenkomstige toepassing verklaren van de bepalingen omtrent koop kan zich bijvoorbeeld doen gevoelen als de vraag rijst of de ingebrachte zaak wel de eigenschappen bezit die de medevennoot op grond van de overeenkomst van vennootschap mocht verwachten (conformiteitseis; art. 7:17). Rechtspraak en literatuur dienen de vraag te beantwoorden of de aard van de rechtsverhouding zich tegen deze overeenkomstige toepassing verzet.[7] De rechtsverhouding waarop hier gedoeld wordt, zal die zijn welke ter zake van de inbreng ontstaat door de overeenkomst van vennootschap.

---

[7] MvT, p. 13. Dat geldt dus ook voor de bepalingen betreffende huur (art. 7A:1584 e.v.) die in beginsel van overeenkomstige toepassing zijn op inbreng van genot.

Ingeval de vennootschapsovereenkomst de term 'inbreng' bezigt, zonder nadere toelichting, dan mag worden aangenomen dat juridische inbreng wordt bedoeld.[8]

1.4 Nakoming van de verplichting tot inbreng

De juridische dienstbaarmaking geschiedt door middel van levering van het betrokken goed aan de vennoten die gerechtigd zijn of zullen zijn tot de vennootschappelijke gemeenschap. Vereist juridische levering noodzakelijk levering aan *alle* vennoten? Moeten allen partij zijn bij de leveringshandeling? Is voorstelbaar dat bepaalde vennoten niet in goederenrechtelijke zin gerechtigd zijn tot bijvoorbeeld een juridisch ingebracht bedrijfspand? Of, om het nog boeiender te maken: is bestaanbaar dat een vennoot een zaak in juridische zin inbrengt maar daarvan niettemin alleen eigenaar blijft, zij het in het vervolg in zijn kwaliteit van vennoot. Dit laatste betekent dat de dienstbaarheid van de eigendom aan het bereiken van het vennootschappelijk doel niet eenzijdig ongedaan gemaakt kan worden.
Ik vermoed dat de ontwerper ervan uitgaat dat inbreng in juridische zin noodzakelijk betekent dat de gezamenlijke vennoten gerechtigd worden tot de betrokken zaak. De term vennootschappelijk vermogen ziet in dit verband op een gemeenschap waarin alle vennoten voor een bepaald aandeel gerechtigd zijn. Een andere mogelijkheid bestaat niet.
Ik attendeer nog op een ander goederenrechtelijk aspect. Als twee personen (A en B) een zaak in eenvoudige gemeenschap bezitten en deze vervolgens inbrengen in een vennootschap waarin zij de enige vennoten zijn, vindt de 'levering' plaats door A en B, handelend voor zichzelf, aan A en B handelend in hun kwaliteit van vennoot. De eenvoudige gemeenschap wordt omgezet in een gebonden gemeenschap. Wat hier als 'levering' gepresenteerd wordt, is echter geen levering. Er is slechts sprake van een wijziging in de titel waaronder de betrokken rechtssubjecten de zaak houden.[9] Iets dergelijks doet zich voor indien na echtscheiding de deelgenoten besluiten hun huwelijksvermogensrechtelijke gerechtigdheid tot de woning in het vervolg als een eenvoudige gemeenschap te beschouwen.
Uit art. 805 lid 2 maak ik op dat ook in geval van inbreng in enkel economische zin, waarbij de waardefluctuaties voor rekening van de vennoten komen, de bepalingen omtrent huur van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Inbreng in enkel economische zin impliceert inbreng van het genot van het betrokken goed.

---

8 MvT, p. 13.
9 De gebezigde terminologie is ontleend aan art. 3:186 lid 2.

Lid 3 van art. 805 bepaalt dat iedere vennoot ten behoeve van de vennootschap de 'naleving' van de verplichting tot inbreng kan vorderen. Wellicht verdient 'nakoming' de voorkeur boven 'naleving'. Klaarblijkelijk geldt lid 3 ongeacht of de vennootschap rechtspersoon is of niet. Ook de vennootschap zelf kan nakoming van de inbrengverplichting vorderen.

1.5 De rechtspositie van de inbrenger in een rechtspersoon

Art. 807 bepaalt enigszins verrassend dat een vennoot (in beginsel) niet kan beschikken over 'zijn aandeel in de goederen waartoe de vennootschap als rechtspersoon gerechtigd is."[10] Hoe dienen wij deze passage te begrijpen? De toelichting op art. 806 (niet: 807) houdt ons voor dat het ontbreken van een gemeenschap bij de vennootschap-rechtspersoon niet uitsluit

> *'dat de vennoten deel hebben in de goederen van de vennootschap, anders uitgedrukt een 'aandeel' daarin hebben, net zoals aandeelhouders van een NV of BV - wier positie intussen geheel verschillend is - een aandeel hebben in het kapitaal van de vennootschap. Dit aandeel moet echter evenals het 'aandeel', de medegerechtigdheid van een vennoot in een vennootschappelijke gemeenschap worden onderscheiden van de economische deelgerechtigdheid van de desbetreffende vennoot, die zijn obligatoire aanspraak in geld op de vennootschap reflecteert.'*[11]

Het is voorstelbaar dat het juridisch voorstellingsvermogen ook na herlezing van deze tekst tekortschiet.[12] De aandeelhouder in een NV of BV heeft als zodanig een verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de rechtspersoon welke met de term vordering kan worden aangeduid. Ik zou denken dat het aandeel in een NV of BV de obligatoire aanspraak in geld van de betrokken aandeelhouder op de vennootschap reflecteert. Het onderhavige 'aandeel' van een vennoot moet echter, zo begrijp ik de geciteerde tekst, worden onderscheiden 'van de economische deelgerechtigdheid van de desbetreffende vennoot die zijn obligatoire aanspraak in geld op de vennootschap reflecteert.' Enige toelichting zou hier niet hebben misstaan. Ik begrijp het aldus dat de term 'aandeel' van de vennoot in het vermogen van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid zoveel mogelijk moet worden uitgelegd als ware het een aandeel in een vennootschappelijke gemeenschap. In dit opzicht moeten we door de rechtspersoonlijkheid heenkijken. Er is sprake van trans-

---

10 Art. 828 bepaalt hetzelfde voor de ontbonden vennootschap-rechtspersoon.
11 MvT, p. 13 e.v.; zie ook p. 35 e.v.
12 Vgl. ook Tervoort, NJB 2003, p. 365 en Mohr, WPNR 6524 (2003), p. 215/216.

parantie, van lifting or piercing the corporate veil. Het laatste woord zal over deze kwestie niet geschreven en gesproken zijn.

1.6. Beschikkingsbevoegdheid en uitwinning

De vennootschappelijke gemeenschap is een gebonden gemeenschap, in die zin dat zijn bestaan gebonden (dienstbaar) is aan het vennootschappelijk doel dat de deelgenoten zich gesteld hebben. Door de beëindiging van de dienstbaarheid wordt de gebonden gemeenschap tot een *ontbonden* gemeenschap. Een dergelijke gemeenschap is na vereffening rijp voor verdeling. Verdeling kan tevoren niet worden gevorderd.
De gebondenheid van de gemeenschap verzet zich ertegen dat een vennoot *kan* beschikken over zijn aandeel in een tot die gemeenschap behorend goed. Hetzelfde geldt voor de beschikking over het aandeel in de gemeenschap in zijn geheel, zij het dat in art. 806 een voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van de overdracht in het kader van een opvolging. Van een uitzondering is geen sprake aangezien voor het geval van opvolging gekozen wordt voor een *relatieve ontbinding*. Zie art. 818 en art. 823 lid 2.
Bij de beschikkingsonbevoegdheid past dat een schuldeiser van een persoon die vennoot is geen verhaal kan nemen op het aandeel van de vennoot in een bepaald tot de gemeenschap behorend goed of in de gemeenschap als geheel. De gemeenschap vormt een afgescheiden vermogen. De schuldeisers van de vennootschap hebben een exclusieve verhaalspositie. Vgl. art. 806.
Tot een gebonden gemeenschap, maar ook tot een bijzondere (ontbonden) gemeenschap als bedoeld in afdeling 2 van titel 3.7, kunnen schulden 'behoren'. We hebben van doen met een universitas iuris. Het gegeven dat schulden tot een gemeenschap 'behoren', moet worden onderscheiden van het feit dat schulden slechts 'voor rekening komen van' een gemeenschap. Dit laatste verschijnsel doet zich voor bij een eenvoudige gemeenschap.[13]

1.7 Uitwinning, uittreding en toetreding[14]

Interessant is ook lid 2 van art. 806. Tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden kunnen op de goederen van de gemeenschap worden verhaald ook al zijn na het ontstaan van die schulden vennoten uitgetreden of nieuwe vennoten toegetreden of opgevolgd. Het afgescheiden karakter van het vermogen wordt door toe- en uitredingen niet beroerd.
Betreft het een uittreding (zonder opvolging), dan wordt de vennootschap alleen ontbonden ten aanzien van de vennoot die uittreedt (art. 818). Een

13 Daarover meer uitgebreid Van Mourik, Gemeenschap, Mon. Nieuw BW deel B9 (2001), nrs 15 en 16.
14 Zie over toetreding en uittreding meer in het bijzonder hierna Hoofdstuk 2.

vereffening is dan niet aan de orde. Het aandeel van de betrokken vennoot in de vennootschappelijke gemeenschap 'wordt' dan, volgens art. 821 lid 1, toegedeeld aan de vennoten die de vennootschap voortzetten. Er komt derhalve geen einde aan de dienstbaarheid van de gemeenschap, zij het dat nog wel levering nodig is. Daaromtrent bepaalt art. 823 lid 2 dat de levering geschiedt overeenkomstig art. 96 van Boek 3. In hoofdstuk 5, par. 4 leest u hierover meer.
In geval van een toetreding, al dan niet in samenhang met een uittreding, is de toetreder tot de goederen van de gemeenschap gerechtigd nadat aan de vereiste leveringsformaliteiten is voldaan. Voor het geval van opvolging blijkt dat uit art. 823 lid 3. Betreft het een enkele toetreding dan zoek ik vergeefs naar een bepaling die leveringen van aandelen in de gemeenschapelijke goederen door de zittende vennoten aan de toetreder, mogelijk maakt. Art. 806 lid 1 maakt beschikking over het aandeel in een bepaald tot de gemeenschap behorend goed onmogelijk, 'behoudens in geval van overdracht van zijn aandeel bij zijn opvolging als vennoot'. Bij enkele toetreding kan dit voorbehoud geen toepassing vinden.

Omtrent de aansprakelijkheid geldt dat de toetreder slechts verbonden is voor de verbintenissen die na zijn toetreding zijn ontstaan (art. 824 lid 2) Voor zover de tot de gemeenschap behorende schulden tot het aandeel van de uitgetreden vennoot behoren, kan de toegetreden vennoot evenwel te maken krijgen met uitwinning doordat verhaal wordt genomen op de gemeenschap. Maar dat wil niet zeggen dat de toegetreden vennoot ook draagplichtig is. Dat hangt af van hetgeen tussen uittreder en opvolger is overeengekomen.
Ingeval toetreding geschiedt buiten het kader van een opvolging, kan de toetreder slechts gerechtigd worden tot de bestaande vennootschappelijke gemeenschap doordat iedere zittende vennoot een gedeelte van zijn aandeel daarin levert aan de toetreder. De schuldeisers kunnen onverminderd verhaal nemen op de goederen der gemeenschap. Hoe het gesteld is met de draagplicht hangt weer af van hetgeen ter gelegenheid van de toetreding is overeengekomen.

1.8. Het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap en de huwelijksgemeenschap

> *'Slechts de economische deelgerechtigdheid van een vennoot in het vermogen van de vennootschap valt in een gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd of als partner is geregistreerd.', bepaalt art. 808.*

Onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het 'aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap' en anderzijds 'de economische deelgerech-

tigdheid in het vermogen van de vennootschap'. Slechts deze deelgerechtigdheid valt in een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap. Het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap blijft daar per definitie buiten. Het verdient aanbeveling deze huwelijksvermogensrechtelijke bijzonderheid op te nemen in art. 1:94 BW dat dient als vergaarbak voor dit soort gevallen. Hoe dient voormelde 'economische deelgerechtigdheid' in dit verband te worden begrepen?[15]

Het aandeel van de echtgenoot-vennoot in de vennootschappelijke gemeenschap behoort tot het eigen vermogen van de betrokken persoon. De aard van de wettelijke gemeenschap van goederen verdraagt echter niet dat ook de waarde van dit aandeel buiten de gemeenschap valt. Onder het huidige recht wordt daartoe de verknochtheidsregel van art. 1:94 lid 3 BW te hulp geroepen. De daarin opgenomen woorden 'voor zover' maken het mogelijk een goed tot het eigen vermogen te rekenen maar de waarde van het goed niettemin in de gemeenschap te laten vallen.

Het gemeen zijn van de economische deelgerechtigdheid is huwelijksvermogensrechtelijk te begrijpen als het bestaan van een vergoedingsrecht (récompense) ten behoeve van de gemeenschap. Dat betekent dat tot de gemeenschap gerekend moet worden een vordering ten laste van de echtgenoot-vennoot, die de daarmede corresponderende schuld moet rekenen tot zijn eigen vermogen. Deze visie past bij hetgeen in nr. 5 van dit hoofdstuk bleek. Daarin was de economische deelgerechtigdheid van een vennoot aan de orde in verband met de vennootschap-rechtspersoon. Deze economische deelgerechtigdheid vormt een 'obligatoire aanspraak op geld'. Het feit dat het 'aandeel' buiten de gemeenschap valt, mag in economisch opzicht de andere echtgenoot in geen enkel opzicht benadelen.

De regel van art. 808 kan niet worden toegepast op in enkel economische zin ingebrachte goederen. Deze blijven juridisch tot de *huwelijksvermogensrechtelijke* gemeenschap van goederen behoren. Geconstateerd kan echter worden dat de verbintenisrechtelijke aanspraken die uit deze inbreng voortvloeien wel behoren tot de *vennootschappelijke* gemeenschap, met alle complicaties van dien. Het is zelfs zo dat deze complicaties serieuzer te nemen zijn dan die welke de wetsontwerper voor ogen stonden toe hij art. 808 creëerde.

De in art. 808 neergelegde regeling wordt in de toelichting ondersteund met de volgende woorden:

> *'Met de regel dat een vennoot niet over zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap kan beschikken, strookt dat een zodanig aandeel*

15 Over het begrip 'economische deelgerechtigdheid' wordt door mij ook geschreven in nr. 5 van dit hoofdstuk. Zie ook hierna hoofdstuk 2, nr. 6.

ook niet valt in een gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd. Zou men het anders zien, dan zouden, in het bijzonder bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap, ernstige complicaties worden opgeroepen door het bestaan van twee ineengestrengelde gemeenschappen.'

Deze tekst roept bij mij geen enthousiasme op. Miskend wordt dat de vennootschappelijke gemeenschap zich door haar gebonden karakter en als afgescheiden vermogen compleet onttrekt aan de regels van het huwelijksvermogensrecht betreffende het bestuur en de verhaalbaarheid van schulden. In dit opzicht is ook na ontbinding van de huwelijksgemeenschap van 'ineengestrengelde gemeenschappen' geen sprake. De ontbinding van de huwelijksgemeenschap heeft geen enkel gevolg voor de vennootschappelijke gemeenschap. Deze blijft in volle glorie overeind. Het verbaast dan ook niet dat de minister er omtrent de aard van de complicaties het zwijgen toe doet. Ik vermoed dat gemakshalve is gekozen voor slaafse navolging van de Hoge Raad. Dat notarieel georiënteerde schrijvers korte metten hebben gemaakt met bedoelde uitspraken van de Hoge Raad, heeft geen diepe indruk achtergelaten.[16] Mede gelet op het ter tafel liggende wetsvoorstel om de wettelijke gemeenschap van goederen over een breed front te ontmantelen, zal het mij met de praktijkbril op overigens ook 'Wurst' zijn dat ook op deze wijze aan de uitholling wordt bijgedragen.
Verder vroeg ik mij nog af of art. 808 ook van toepassing is indien de echtgenoten tezamen de enige vennoten vormen (M/V-vennootschap). Gelet op de toelichtende tekst is een ontkennend antwoord voor de hand liggend. De vermeende complicaties bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap bestaan in dit geval zeker niet. Maar of de tekst voor deze conclusie toereikend is, valt te bewijfelen.

1.9 Aandachtspunten

1. Enige nadere toelichting op de begrippen 'aandeel' en 'economische deelgerechtigdheid' in relatie tot de vennootschap die rechtspersoon is, kan geen kwaad. Vgl. par. 5.

---

[16] Vgl. HR 15 december 1961, NJ 1962, 48 en HR 6 januari 1960, BNB 1960, 52. De Hoge Raad heeft het over 'de aard van de overeenkomst van vennootschap' die zich zou verzetten tegen het in de gemeenschap vallen en zoekt steun in de uitlaatklep die thans als art. 94 lid 3 (verknochtheidsregel) te boek staat. Een ruime toepassing van die verknochtheidsregel wordt voorgestaan door Verstappen, diss. Nijmegen 1996, p. 425 e.v. Anders dan de Hoge Raad oordelen Van der Ploeg, WPNR 4653 (1960), Van Mourik, o.a. WPNR 5098 (1970), Lubbers, Maandblad NV 1973, p. 77, Gisolf, diss. Groningen 1974, p. 107, Asser-de Ruiter Moltmaker (1992), nr. 229. En Klaassen-Eggens-Luijten (1999), p. 96.

2. In geval van toetreding tot de vennootschap, anders dan in het kader van een opvolging, is behoefte aan een bepaling die beschikking over aandelen in tot de gemeenschap behorende goederen mogelijk maakt. Vgl. par. 7.
3. De in art. 808 gekozen huwelijksvermogensrechtelijke oplossing dient (ook?) in art. 1:94 te worden opgenomen. Vgl. par. 8.
4. Verdient het aanbeveling ook een huwelijksvermogensrechtelijke voorziening te treffen ten aanzien van enkel in economische zin ingebrachte goederen? Vgl. par. 8.
5. Geldt art. 808 ook voor de vennootschap aangegaan tussen echtgenoten? Vgl. par. 8.

2 Ontbinding en voortzetting van de vennootschap[17]

2.1 Inleiding

De overeenkomst van vennootschap is een bijzondere overeenkomst. Zij wordt dan ook in Boek 7 geregeld. In de overeenkomst zijn twee of meer personen verbonden. De overeenkomst is (ook) wederkerig van aard aangezien partijen zich jegens elkaar verbinden tot samenwerking. Gelet op de gerichtheid op het gezamenlijke doel kan tevens van een 'Gesamtakt' worden gesproken.[18]

De samenwerking moet zijn gericht op het behalen van 'vermogensrechtelijk voordeel' (art. 808). Met zoveel woorden wordt niet verlangd dat dit voordeel 'in het economisch verkeer' dient te worden behaald.[19] Ik neem echter aan dat de maatschap ook onder het nieuwe recht niet kan dienen voor de regeling van de gemeenschappelijke huishouding van ongehuwd samenwonenden.[20] Het vermogensrechtelijk voordeel kan niet bestaan uit besparingen op kosten van levensonderhoud die voortvloeien uit het feit dat 'aus einem Topf gewirtschaftet wird'.

Aan de overeenkomst van vennootschap is onder andere 'bijzonder' dat binnen het kader van de overeenkomst een aan de samenwerking dienstbare vermogensgemeenschap bestaat. Althans indien de vennootschap geen rechtspersoon is. Het gemeenschappelijk vermogen wordt veelal gevormd door inbreng en door hetgeen tijdens het bestaan van de vennootschap dankzij de samenwerking aan voordeel wordt behaald. De dienstbaarheid van dit vermogen staat of valt in beginsel met het al dan niet bestaan van de overeenkomst van vennootschap. Ontbinding van de overeenkomst van vennootschap impliceert ontbinding van de vennootschappelijke gemeenschap.

De relatie tussen de overeenkomst van vennootschap en de vennootschappelijke gemeenschap doet zich gevoelen bij wijziging in het vennotenbestand. Als, met inachtneming van de wijziging, ten minste twee vennoten overblij-

---

17 Uit het opschrift van deze afdeling alsook uit de art. 817 e.v. mag, gelet op art. 801 lid 2, niet worden afgeleid dat deze afdeling niet is geschreven voor de maatschap. Het begrip 'vennootschap' omvat zowel de *openbare* vennootschap als de stille vennootschap (maatschap).

18 Zie hierover de beschouwingen van Asser-Maeijer, nr. 27 e.v.

19 In HR 8 juli 1985, NJ 1986, 358 (Ma) werd geoordeeld dat de regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van het voeren van een gemeenschappelijke huishouding niet ertoe strekt de partijen 'in actieve samenwerking in het economisch verkeer door middel van hun inbreng voordeel te doen behalen.'

20 In de MvT, p. 7, wordt betoogd dat door middel van de passage 'door middel van inbreng door ieder van de vennoten' (art. 800 lid 1) een duidelijker afbakeling wordt verkregen van de pot- of poolovereenkomst en de enkele regeling van een niet-huwelijks samenlevingsverband.

ven is de identiteit van de vennootschappelijke samenwerking in het economisch verkeer niet in het geding en is het ongewenst dat de dienstbaarheid aan de gemeenschap eindigt.
De volgende gevallen kunnen worden onderscheiden:

a. uittreding, zonder opvolging
b. toetreding, anders dan bij opvolging
c. uittreding in verband met opvolging
d. toetreding in verband met opvolging
e. 'uittreding' door de dood zonder opvolging door (een of meer) erfgenamen
f. 'uittreding' door de dood met opvolging door (een of meer) erfgenamen.

Bij deze opsomming kunnen kanttekeningen worden geplaatst. 'Opzegging' van de overeenkomst van vennootschap treft men in de opsomming niet aan. Dat klopt ook, aangezien opzegging als een op uittreding of ontbinding gerichte rechtshandeling moet worden beschouwd. De dood van een vennoot en rechtsfeiten als faillissement of het handelingsonbekwaam worden van een vennoot, worden behandeld *als ware het* een uittreding. In deze zin dient art. 818 lid 1 letter b te worden begrepen. Een echte uittreding is het in dit geval niet. Taalkundig duidt uittreding, evenals toetreding, immers op *een handeling* van de betrokken vennoot.
'Opvolging' is primair een gewone toetreding. Bijzonder is slechts dat de toetreding samenvalt en samenhangt met een uittreding, hetgeen zich vooral doet gevoelen ten aanzien van de overgang van de economische deelgerechtigdheid. Zie verder nr. 10 van dit hoofdstuk.
Afdeling 5 bevat enige regels aangaande

- uittreding zonder opvolging (art. 821 leden 1, 3 en 4, art. 824 lid 1);
- opvolging ('uittreding'/toetreding) door een of meer aangewezen erfgenamen (art. 821 lid 2, art. 824 lid 1);
- toetreding zonder opvolging (art. 823 lid 1, art. 824 lid 2)
- opvolging (uittreding/toetreding) (art. 823 leden 1 tot en met 4, 824 lid 2).

2.2 *Faillissement van een vennoot*

De vennootschap die geen rechtspersoon is, wordt niet in haar geheel ontbonden door het faillssement van een vennoot. Reeds de tekst van art. 817 lid 1 voert tot deze conclusie. De toelichting daarop bevestigt het.[21] Art. 818 lid 1 letter b bericht vervolgens dat de vennootschap alleen ontbonden wordt

21 MvT, p. 26; anders Ontwerp-Van der Grinten en het huidige art. 7A:1683 sub 2.

ten aanzien van de vennoot die uittreedt (o.a.) 'indien het uittreden het gevolg is van zijn faillissement'.
Terecht wordt er op gewezen dat daarmede niet bepaald is dat faillissement door de wet wordt behandeld als een uittreding, hetgeen wel de bedoeling is.[22] In de vennootschapsovereenkomst kan worden bepaald dat faillissement geen uittreding tot gevolg heeft maar er slechts toe leidt dat de betrokken persoon ophoudt besturend vennoot te zijn (art. 818 lid 3).

2.3 Opzegging

Opzegging is een *op uittreding gerichte* rechtshandeling (vgl. art. 818 lid 1 letter d). Verschillende varianten dienen zich aan:

a. opzegging 'van' (liever: door) een vennoot aan de andere vennoten (vgl. art. 817 lid 1 letter c en art. 818 lid 1 letter d)
b. opzegging door een of meer vennoten aan een van hen (art. 818 lid 1 letter d).

Opzegging zal veelal niet leiden tot ontbinding van de overeenkomst van vennootschap 'in haar geheel'. Bij de overeenkomst zal worden bepaald dat opzegging voert tot een uittreding van de betrokken vennoot. In dat geval wordt de vennootschap niet ontbonden in haar geheel, maar slechts ten aanzien van de vennoot die uittreedt. Daarmede is de identiteit van de vennootschap gediend en wordt een dogmatisch probleem betreffende de verdeling van de gemeenschap praktisch opgelost.
De opzegging is vernietigbaar indien zij in strijd met 'de redelijkheid en billijkheid' is geschied (art. 819 lid 1). Niet vereist is evenwel dat wordt aangegeven welke redenen tot de opzegging hebben gevoerd.[23] Zowel de betrokken vennoot zelve als zijn medevennoten kunnen in beginsel opzeggen. Is de vennootschap voor *bepaalde* tijd of voor een bepaald werk aangegaan dan is opzegging uitgesloten tenzij in de overeenkomst anders wordt bepaald (art. 819 lid 3). Is de vennootschap voor onbepaalde tijd aangegaan dan kan worden overeengekomen dat de opzegging niet of niet gedurende een bepaalde tijd kan plaatsvinden (art. 819 lid 2).
Ik vroeg mij nog even af wat de ontwerper ertoe heeft bewogen de mogelijkheid te bieden opzegging onmogelijk te maken. Het bestaan van de mogelijkheid van, al dan niet relatieve, ontbinding door de rechter 'wegens gewichtige redenen of op andere gronden die in de overeenkomst van vennootschap zijn voorzien' (art. 820 lid 1) lijkt echter voldoende tegemoet te komen aan eventuele bedenkingen.

---

[22] Grapperhaus, Ondernemingsrecht 2003, p. 119.
[23] MvT, p. 30.

2.4 *Relatieve ontbinding*[24]

In geval van, onder meer, uittreding van een vennoot, met voortzetting door de overblijvende vennoten, doet zich het dogmatische probleem voor dat de vennootschappelijke gemeenschap op enigerlei wijze dient te worden verdeeld. Maar daarvoor zou een ontbinding van die gemeenschap nodig zijn, hetgeen als overdreven zou kunnen worden aangemerkt. De identiteit van het samenwerkingsverband is immers niet in het geding. In de praktijk wordt het probleem (door mij althans) opgelost door in een geval van uittreding een relatieve ontbinding aan te nemen. Ik ga er van uit dat aldus de dienstbaarheid van het vermogen in stand blijft De vennootschappelijke gemeenschap wordt slechts ontbonden voor zover dat nodig is om de uittreding en de daarmede samenhangende verdeling te kunnen realiseren.[25]
Als, onder het thans geldende recht, bij uittreding een verblijvingsbeding in werking treedt, is de verdeling als obligatoire rechtshandeling compleet. Maar om het goederenrechtelijk effect te kunnen realiseren is nog een levering vereist. Teneinde deze levering tot stand te kunnen brengen is strikt genomen een ontbinding van de gemeenschap noodzakelijk.
Betreft die relatieve ontbinding de overeenkomst van vennootschap en/of de vennootschappelijke gemeenschap? Zo lang er twee vennoten overblijven en voortzetten is er geen reden de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. De overeenkomst van vennootschap pleegt zulks dan ook te bepalen; vgl. art. 817 lid 1 letter c.[26] De relatieve ontbinding betreft derhalve de vennootschappelijke gemeenschap.
Art. 817 lid 1 somt de gevallen op waarin 'de vennootschap in haar geheel' wordt ontbonden. Het gaat hier over de ontbinding van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid en dus ook over ontbinding van de vennootschappelijke gemeenschap. Faillissement van een vennoot geldt, zoals in par. 2 reeds geconstateerd, niet als grond voor ontbinding 'in haar geheel'.
In art. 818 maken wij voor het eerst kennis met de *relatieve ontbinding*, de ontbinding *van de vennootschap* 'ten aanzien van de vennoot die uittreedt.' Het verschijnsel komt ook aan de orde in art. 820 en 821. De tekst van art. 818 lid 1, aanhef, heeft het over ontbinding van 'de vennootschap'. Daarmede moet de overeenkomst bedoeld zijn. De vraag luidt of dit de juiste benadering is. Ingeval de overblijvende vennoten voortzetten, lijkt er geen aanleiding te zijn überhaupt van een ontbinding van de overeenkomst te

---

24 De uitdrukking 'relatieve ontbinding' heeft mijn voorkeur boven 'partiële ontbinding'. Het gaat immers over een ontbinding 'ten aanzien van' een bepaalde persoon in een bepaald geval.

25 Aldus reeds Ontwerp-Van der Grinten, Van Mourik, De personenvennootschap (1993), nr. 12, Asser-Maeijer, nr. 246 e.v.

26 Vgl. Asser-Maeijer, nr. 204.

spreken. Er treedt er eentje uit maar dat raakt de identiteit van de overeenkomst niet.
Relatieve ontbinding doet zich voor in de volgende gevallen:

a. het uittreden is het gevolg van een daartoe strekkende overeenkomst van de vennoten;
b. het uitreden is het gevolg van de dood, het onbekwaam worden of het faillissement van een vennoot of, indien het een rechtspersoon betreft, door het ophouden te bestaan;
c. het uittreden is het gevolg van het aanbreken van een in de overeenkomst van vennootschap voor uittreding bepaald tijdstip;
d. de uittreding is het gevolg van opzegging aan de andere vennoten of door opzegging aan hem door één of meer andere vennoten mits zulks in de overeenkomst van vennootschap is voorzien;
e. als de rechter daartoe oordeelt in de gevallen die de wet bepaalt.

Zoals in par. 2 reeds bleek, dient uit letter b te worden opgemaakt dat de desbetreffende rechtsfeiten van rechtswege tot uittreding leiden. Surseance van betaling en toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling vallen daar dus niet onder. Een meerderjarigenbewind (titel 1.19 BW) leidt wel tot een mate van handelingsonbevoegdheid maar niet tot handelingsonbekwaamheid.
Als een vennoot-rechtspersoon ophoudt te bestaan, lijkt dat op de dood van een vennoot. Een overledene laat echter erfgenamen achter, hetgeen niet kan worden gezegd van een rechtspersoon die ophoudt te bestaan. Een rechtspersoon blijft na ontbinding voortbestaan tot het tijdstip waarop de vereffening eindigt. De vraag rijst dus of in lid 1 letter b van art. 818 niet moet staan dat de relatieve ontbinding optreedt zodra een vennoot-rechtspersoon wordt ontbonden. De vergoedingsvordering die in verband met het 'uittreden' te incasseren valt (zie par. 6), kan dan in de vereffening worden betrokken.

Letter d heeft onder meer het oog op, wat in de toelichting wordt genoemd (en doet denken aan de gloriedagen van het communisme) 'uitstoting'. Voor de rechtspraktijk is hier werk aan de winkel. Ik lees het volgende:

> *'Bij uitstoting dient uit de vennootschapsovereenkomst duidelijk te blijken of deze via opzegging kan geschieden door de overige vennoten gezamenlijk, door een meerderheid van hen, of zelfs door een of meer bepaalde vennoten zonder medewerking van de overige vennoten.'*[27]

[27] MvT, p. 29.

Deze verwijzing naar de overeenkomst van vennootschap is minder gelukkig. Niet valt in te zien waarom niet als hoofdregel moet gelden dat 'uitstoting', met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, in beginsel steeds mogelijk is. Slagter zou een dergelijke regel van aanvullend recht op prijs stellen.[28]
De onder letter e bedoelde gevallen openbaren zich bij lezing van art. 820, dat de rechter de bevoegdheid geeft de vennootschap te ontbinden 'geheel of ten aanzien van een of meer vennoten'.

2.5 *Verdeling na relatieve ontbinding*

Zoals reeds gesignaleerd, stuit men onder het huidige recht bij uittreding op een niet gering goederenrechtelijk probleem. Dat is gelegen in het feit dat een vennootschappelijke gemeenschap zich niet voor verdeling leent indien zij niet is ontbonden. Relatieve ontbinding vormt hier de remedie. Op deze aangelegenheid richt zich ook art. 821 lid 1:

> *'Indien een vennootschap die geen rechtspersoon is, alleen wordt ontbonden ten aanzien van een vennoot die uittreedt en die vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende vennoten, wordt diens aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap toegedeeld aan de overblijvende vennoten. Artikel 186 lid 1 van Boek 3 is van toepassing.'*

Wat thans met een verblijvingsbeding wordt nagestreefd, wordt tot wettelijke regeling verheven. Door wie wordt dat aandeel toegedeeld? Uit de toepasselijkheid van art. 3:186 lid 1 volgt slechts dat voor de overgang van het toegedeelde leveringen nodig zijn. Een toedeling als zodanig geschiedt bij een overeenkomst van verdeling. In beginsel moeten aan een dergelijke overeenkomst alle deelgenoten meewerken (art. 3:182). In dit geval is voor een meer praktische oplossing gekozen. Niet de deelgenoten maar de wetgever bepaalt de inhoud van de verdeling. Ter gelegenheid van de relatieve ontbinding door de uittreding, komt de verdeling tot stand op grond van de wet.[29]
De ontbonden gemeenschap bestaat slechts een ondeelbaar moment. Samenval van rechtsmomenten noemt de rechtsgeleerde dat.
Om deze wettelijke verdeling goederenrechtelijk effect te doen sorteren zijn leveringen nodig. In de praktijk wordt daartoe in de vennootschapsovereen-

---

28 Slagter, WPNR 6524 (2003), p. 237. Deze auteur is verder van mening dat opzegging in beginsel niet behoort te leiden tot ontbinding 'in haar geheel' maar slechts tot partiële ontbinding ingeval er ten minste twee vennoten overblijven.

29 MvT, p. 34/35. Deze wettelijke verdeling is van andere aard dan die welke in de art. 4:13 e.v. is geregeld. Deze erfrechtelijke wettelijke verdeling is geen verdeling in de ware zin des woords aangezien een gemeenschap steeds heeft ontbroken.

komst een onherroepelijke volmacht opgenomen ten gerieve van de overblijvende vennoten. Ik vroeg mij nog af of het niet gewenst zou de overblijvende vennoten in de wet de bevoegdheid toe te kennen de leveringen namens de uitgetreden vennoot tot stand te brengen.
De ontwerper heeft nog stilgestaan bij de mogelijkheid dat de uittreder bepaalde goederen niet aan de voortzettende vennoten zou willen laten. Aan de wens van de uittreder kan dan tegemoet worden gekomen door middel van inbetalinggeving, ervan uitgaande dat de uittreder ingevolge de toedeling van de voortzettende vennoten nog geld tegoed heeft. Uiteraard zal de oplossing ook gevonden kunnen worden door nog vóór de relatieve ontbinding het betrokken goed van de gemeenschap over te hevelen naar het eigen vermogen van de vennoot wiens uittreding aanstaande is.
De toedeling aan de overblijvende vennoten doet een verplichting tot vergoeding ontstaan ten behoeve van de uitgetreden vennoot. Lid 2 van art. 821 legt deze verplichting op 'de vennootschap'. Dat is opmerkelijk aangezien 'de vennootschap' in casu geen rechtspersoon is. In par. 7 van dit hoofdstuk ga ik hier nader op in.
Art. 821 lid 4 heeft betrekking op de vennootschap die tevens *rechtspersoon* is. In die situatie valt er niets te verdelen:

> *'Indien een vennootschap die tevens rechtspersoon is, alleen wordt ontbonden ten aanzien van een vennoot die uittreedt en de vennootschap wordt voortgezet door de overblijvende vennoten, verliest de uittredende vennoot zijn aandeel in de goederen van de vennootschap. (...)'*

Opmerkelijk is de formulering 'verliest (...) zijn aandeel'. Over de aard van dat aandeel schreef ik reeds in nr. 5 van hoofdstuk 2 het een en ander. Ik begreep dat met 'aandeel' wordt gedoeld op een economische deelgerechtigdheid die een obligatoire aanspraak in geld op de vennootschap reflecteert. Een wettelijke verdeling is niet aan de orde. De obligatoire aanspraak gaat krachtens de wet verloren. In plaats daarvan ontstaat een vergoedingsvordering ten laste van de vennootschap, tot betaling van een bedrag dat in beginsel gelijk is aan de waarde van deze economische deelgerechtigdheid.

2.6 *De vergoedingsvordering*

De vergoeding die aan de uitgetreden vennoot (of diens erfgenamen) moet worden betaald, is in beginsel gelijk aan 'de waarde van de economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap' die overging op de overblijvende vennoten. Vgl. lid 2 van art. 821 dat op grond van lid 4 ook van toepassing is bij uittreding uit een rechtspersoon. Deze vergoedingsvordering kan in de overeenkomst van vennootschap 'nader' zijn bepaald. In het bijzonder zal hier moeten worden gedacht aan in de overeenkomst aange-

duide waarderingsmaatstaven voor het geval van uittreding. Bepaalt de overeenkomst daaromtrent niets, dan schiet de wetttekst niet te hulp. Betreft het een geval van uittreding met voortzetting door de overblijvende vennoten dan zal, volgens de toelichting, 'de werkelijke waarde' in aanmerking moeten worden genomen.[30] Maar wat is dan wel die werkelijke waarde? In dit geval is dat, zo begrijp ik, meestal de 'going concern-waarde'. De ontwerper geeft vervolgens niet aan welke maatstaven moeten worden aangelegd om de going concern-waarde vast te stellen. Daar zijn andere deskundigen voor.[31]

> *'In de overeenkomst kan worden bedongen dat dit bedrag in ten hoogste tien jaarlijkse termijnen zal worden uitgekeerd.',*

lees ik verder in lid 2 van art. 821. Dat is blijkbaar een dwingendrechtelijke regel. Niet wordt toegelicht waarom het geen twaalf jaar mag zijn. Ik zou de inhoud van de betalingsregeling maar aan de contractsvrijheid overlaten. Ik geef de ontwerper in overweging inspiratie voor een soepeler tekst op te doen bij de art. 1:140 en art. 4:5, die voor respectievelijk het huwelijksvermogensrecht (verrekenbedingen) en het erfrecht (algemeen) betalingsregelingen inhouden.
Is de waarde van de economische deelgerechtigdheid negatief, dan dient het daarmede gemoeide bedrag aan de vennootschap vergoed te worden. Over een betalingsregeling wordt niets gezegd. Maar gelet op het tekstverband (art. 821 lid 2) neem ik aan dat, behoudens een nadere overeenkomst, de boter bij de vis moet worden gedaan.

2.7 De vergoedingsschuld een 'zaaksschuld'?

Wie is/zijn aansprakelijk voor de voldoening van de met de vergoedingsvordering corresponderende schuld? Uit de leden 2 en 4 van art. 821 volgt dat, ongeacht of de vennootschap rechtspersoon is, 'de vennootschap' gehouden is tot betaling. De toelichting leert dat de vergoedingsschuld door de ontwerper als een 'zaaksschuld' wordt beschouwd.[32] De vennoten zijn mitsdien hoofdelijk voor de voldoening verbonden (art. 813 lid 1).

---

30 MvT, p. 35/6.

31 MvT, p. 37. Grapperhaus, Ondernemingsrecht 2003, p. 123, zou een wettelijke regel die expliciet bepaalt dat bij de berekening van de waarde van de economische deelgerechtigdheid goodwill en stille reserves moeten worden 'meegenomen', niet versmaden. Ik betwijfel of we de deskundige waardebepalers in deze zin moeten betuttelen. Het ligt eerder voor de hand maatwerk te leveren in de overeenkomst van vennootschap.

32 MvT, p. 37.

Maar is de kwalificatie 'zaaksschuld' ten aanzien van de vergoedingsschuld wel juist? De vergoeding is in beginsl gelijk aan de waarde van de economische deelgerechtigdheid. Deze stelt een obligatoire aanspraak in geld voor en mag, zo herinner ik mij, vooral niet worden verward met het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap of in het vermogen van de rechtspersoon. Vgl. par. 5 van hoofdstuk 2.
Die obligatoire aanspraak behoort tot het eigen (privé-) vermogen van de betrokken vennoot en wordt tot een eventuele huwelijksgemeenschap gerekend. Na de relatieve ontbinding en de leveringen op grond van de wettelijke verdeling casu quo de uittreding uit de vennootschap-rechtspersoon, is het gedaan met de economische deelgerechtigdheid van de uitgetreden vennoot. De waarde van deze deelgerechtigdheid is aangewassen bij die van de overblijvende vennoten. En wel in hun eigen vermogen. Deze overblijvende vennoten worden derhalve in beginsel *in hun eigen (privé-)vermogen* verrijkt indien zij niet gehouden zijn ten laste van hun eigen (privé-)vermogen een vergoeding te voldoen aan de uitgetreden persoon. Door de voldoening van de vergoedingsschuld ten laste van het vennootschappelijk vermogen wordt het voordeel echter ongedaan gemaakt.
Het is evenwel niet goed te begrijpen waarom de ontwerper de betrokken vergoedingsschuld als een 'zaaksschuld' aanmerkt. Met de doeleinden die met de beroeps- of bedrijfsuitoefening worden nagestreefd heeft die schuld niets van doen. Wat niet wegneemt dat het voor de rechthebbende op de vergoeding prettig is dat de met zijn vordering corresponderende schuld als een zaaksschuld wordt behandeld. Dat manifesteert zich vooral als de overblijvende vennoten geen eigen vermogen van betekenis hebben.
Voldoening van de vergoedingsschuld ten laste van het vennootschappelijk vermogen heeft gevolgen voor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de vennootschap. De omvang van het afgescheiden vermogen neemt af. Wellicht is dat een logisch gevolg van de uittreding. Maar dat wil ik dan nog wel graag van de minister vernemen. En ook of het de bedoeling is dat de schuldeiser van vergoedingsvordering in concurrentie treedt met andere 'zaaksschuldeisers'.

2.8 *Uittreding, toetreding, aansprakelijkheid en verjaring*

De vennoten van een openbare vennootschap zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Betreft het een maatschap dan is iedere vennoot in beginsel voor een gelijk deel verbonden. Vgl. art. 813. Uiteraard kan een vennoot zich door enkele uittreding niet bevrijden van zijn aansprakelijkheid. De betrokken schuldeisers zouden daarmee moeten instemmen. In de onderlinge verhouding tussen enerzijds de uittreder en anderzijds de voortzetters, zal echter doorgaans gaan gelden dat in het vervolg de voortzettende vennoten draagplichtig zijn voor de schulden van de

vennootschap. Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoedingsvordering is dit verdisconteerd.
Lid 3 van art. 821 bepaalt in dit verband *dwingendrechtelijk* dat de overblijvende vennoten gehouden zijn de schulden van de vennootschap voor hun rekening te nemen. Dat laat dus de aansprakelijkheidsregel onverlet. Waarom lid 3 van art. 821 als een dwingende regel moet worden begrepen, wordt niet toegelicht.[33]
Omdat de aansprakelijkheid niet wordt beïnvloed door de enkele uittreding, bestaat de kans dat de uitgetreden persoon alsnog wordt geconfronteerd met schuldeisers van de vennootschap. Betaalt hij, dan ontstaat een vergoedingsvordering ten laste van de overblijvende vennoten, die de schulden immers voor hun rekening moesten nemen.
Ingeval de uitgetreden vennoot wordt opgevolgd, in die zin dat de uittreding samenvalt met een toetreding, dan raakt ook dat de aansprakelijkheid van de uitgetreden persoon niet. In beginsel wordt de toegetreden vennoot ook niet aansprakelijkheid voor de schulden van de vennootschap die op het moment van toetreding bestaan. Art. 824 lid 2 bevestigt een en ander door te bepalen dat een vennoot die 'toetreedt of opvolgt' slechts verbonden is voor de verbintenissen na zijn 'toetreding of opvolging' ontstaan. Volstaan zou kunnen worden met de termen 'toetreedt' en 'toetreding'.
Een rechtsvordering tegen de uitgetreden vennoot 'of zijn erfgenamen' tot nakoming van ten tijde van zijn uittreden opeisbare vorderingen ten laste van de openbare vennootschap verjaart op het tijdstip dat ook de rechtsvordering jegens 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. Aldus lid 1 van art. 824. Deze korte verjaringstermijn dient de schuldenaar en de rechtszekerheid. Voor de maatschap (stille maatschap) geldt zij niet aangezien verbintenissen van die vennootschap uit overeenkomst slechts kunnen ontstaan als de handelende persoon daartoe volmacht heeft van alle andere maten (art. 812). En aangezien de maatschap niet in het handelsregister wordt ingeschreven ontbreekt voor derden ook een 'herkenbaar aanknopingspunt voor de aanvang van de verjaringstermijn'.[34]

2.9 'Voortduring' met een of meer erfgenamen

De tekst van art. 7A:1688 (oud) gaf aanleiding voor tweestrijd. De geleerden waren het niet eens over hetgeen de wetgever bedoelde met (voortzetting met) 'deszelfs erfgenaam'. De heersende visie hield (terecht) in dat de wetgever het oog moet hebben gehad op voortzetting met 'de' erfgenamen. Een belangrijk argument voor deze benadering is gelegen in het feit dat aldus de

33 MvT, p. 36
34 Vgl. MvT p. 43.

erfopvolging (saisine) harmonieert met de gerechtigdheid tot het vennootschappelijk vermogen. In geval van voortzetting met 'de' erfgenamen, is geen sprake van een beding ten behoeve van een derde in de zin van art. 6:253. Dat is anders ingeval wordt bedongen dat bij overlijden van een vennoot de vennootschap met een of meer *bepaalde* erfgenamen wordt voortgezet.[35]

Art. 822 bepaalt dat in de overeenkomst van vennootschap kan worden bedongen dat in geval van de dood van een van de vennoten de vennootschap voortduurt 'met de bij de overeenkomst aangewezen erfgenaam of erfgenamen, tenzij deze het beding met bekwame spoed na de dood van de vennoot of eerder afwijzen.' We hebben derhalve te doen met een beding ten behoeve van een of meer *aangewezen* derden. Die derde(n) is (zijn) 'toevallig' tevens erfgenamen en als zodanig (mede) gerechtigd tot het vennootschappelijk vermogen. Van een beding ten behoeve van derden is ook sprake ingeval de *aangewezen* erfgenamen 'toevallig' alle erfgenamen zijn.

Ingeval alle erfgenamen worden aangewezen, volgen zij gezamenlijk op in het vermogen van de dierbare overledene ('saisine', noemen wij dat). Tot dat vermogen behoort het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap. Leveringen zijn niet nodig om die gerechtigdheid tot stand te brengen. Ik zie dan ook niet dat in dit geval lid 3 van art. 823 toepassing kan vinden, zoals lid 1 van art. 822 suggereert.

Is slechts een van de erfgenamen uitverkoren om de vennootschap met de overlevende vennoten voort te zetten, loopt het minder soepel. De niet-voortzettende erfgenamen dienen door middel van een (partiële) verdeling, gevolgd door leveringen, uit het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap te worden gewerkt. Naar mijn mening kan dat zonder dat de overlevende vennoten aan een en ander meewerken.[36]

Wat is de zin van opneming van art. 822? Ook bij het ontbreken van het artikel zouden voortzettingsbedingen met daartoe aangewezen personen die tevens als erfgenaam van de overleden vennoot optreden, immers mogelijk zijn. Of is het eigenlijk de bedoeling van de ontwerper om te verhinderen dat voortzetting wordt bedongen met 'de' erfgenamen, zonder dat aangegeven zou worden welke personen daarmede zijn bedoeld? Kortom, de ontwerper beoogt wellicht slechts orde op zaken te stellen ten aanzien van de door art. 7A:1688 opgeroepen problematiek. Dan zou een daarop gerichte tekst aanbeveling verdienen.

---

[35] Vgl. Van Mourik, De personenvennootschap, nrs. 39.4 en 39.5 en de daar vermelde literatuur.

[36] De ene gemeenschap is de andere niet. De overlevende vennoten hebben niets met de nalatenschap te maken. Vgl. Van Mourik, Gemeenschap, Mon. Nieuw BW, deel B((2001), nr. 17, alwaar blijkt dat niet iedereen het met mij eens is. Uit de MvT, p. 40 maak ik op dat de ontwerper ervan uitgaat dat slechts de erfgenamen meewerken aan de levering.

Ingeval de voortzettende erfgenaam/erfgenamen een vergoeding aan 'de' erfgenamen moet/moeten voldoen, komt deze ingevolge lid 1 (slot) van art. 822 aan hen toe 'in verhouding tot ieders deel in de nalatenschap'. Ik zou de voorkeur geven aan 'ieders erfdeel' in de nalatenschap. Vgl. de art. 4:11 en 12.

2.10 Opvolging

In nr. 1 van dit hoofdstuk constateerde ik reeds dat 'opvolging' primair een gewone toetreding voorstelt, zij het dat deze samenvalt en samenhangt met een uittreding. Art. 823 lid 1 is mij tegen deze achtergrond niet geheel duidelijk.[37] Dat lid luidt als volgt:

> *'1. Opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot of toetreding tot de vennootschap van een nieuwe vennoot kan alleen met medewerking van alle vennoten geschieden, tenzij in de overeenkomst anders is bepaald.'*

Heeft het feit dat de toetreding samenvalt en samenhangt met een uittreding bijzondere aspecten die deze tekst rechtvaardigen? Zou het eerste gedeelte van lid 1 (Van 'Opvolging' tot en met 'of') niet beter kunnen worden doorgehaald?
Lid 2 van art. 823 lijkt daarentegen op het eerste gezicht specifiek voor opvolging geschreven. Voor degene die als opvolger aantreedt, en die de opvolging als zodanig aanvaardt, gelden de rechten en verplichtingen die uit de overeenkomst van vennootschap voortvloeien. En op het moment dat de opvolging plaatsvindt, wordt de overeenkomst ten aanzien van de uittredende vennoot ontbonden. Aan relatieve ontbinding wordt terecht de voorkeur gegeven boven contractsoverneming.[38]
De vraag komt op of bij het ontbreken van ieder verband tussen de toetreding en de uittreding iets anders zou gelden dan lid 2 doet voorkomen. Onderscheid moet hier worden gemaakt naar gelang de rechten en verplichtingen al dan niet spelen in de onderlinge verhouding der vennoten. De toetreder tot de vennootschapsovereenkomst is uiteraard onderworpen aan de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst, voorzover niet anders werd overeengekomen. En voor de uittreder geldt uiteraard dat hij geen contractspartij meer is en dus met de rechten en verplichtingen die voor hem jegens de medevennoten uit de overeenkomst voortvloeien, niets meer te maken heeft. Uittreding en toetreding kunnen evenwel de verbintenisrechtelijke

37 Zie ook nr. 6 van dit hoofdstuk waar de tekst van art. 824 lid 2 aan de orde komt.
38 Anders de toelichting op het Ontwerp-Van der Grinten, p. 1106, vgl. MvT, p. 42.

betrekkingen tot derden (schuldeisers) niet beroeren. Daarbij is niet van belang of de uittreding en de toetreding tezamen als een opvolging kunnen worden aangemerkt.

Krijgt de opvolging als zodanig dan een bijzonder cachet ingeval gelet wordt op de overgang van het aandeel van de uittredende vennoot in de vennootschappelijke gemeenschap? Een toetreder die niemand opvolgt verkrijgt zijn gerechtigdheid tot de vennootschappelijke gemeenschap doordat iedere zittende vennoot een deel van zijn aandeel overdraagt een de nieuwkomer. In geval van opvolging kan dat praktischer. De uittredende vennoot draagt zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap over aan de toetreder. Ten aanzien van de levering is art. 3:96 van toepassing. Vgl. art. 823 lid 3.

Speelt de opvolging zich af bij een vennootschap die *rechtspersoon* is, dan dient onder het 'aandeel' van de vennoot diens economische deelgerechtigdheid in het vermogen van de vennootschap te worden verstaan. En deze economische deelgerechtigdheid reflecteert de obligatoire aanspraak van de vennoot in geld op de vennootschap.[39] Lid 3 van art. 823 bepaalt dat dit 'aandeel' wordt geleverd 'door een daartoe bestemde akte'.

Uiteraard vroeg ik mij nog af of het niet wenselijk is dat dit aandeel wordt geleverd bij *notariële* akte. Maar aangezien de toetreding als zodanig ook buiten de notaris om geregeld kan worden, lijkt het me niet praktisch dit onderdeel van de toetreding aan de notariële akte te binden.

Lid 4 van art. 823 bepaalt dat de in lid 3 bedoelde levering geschiedt tegen uitkering aan de uittredende vennoot van een bedrag gelijk aan de waarde van de economische deelgerechtigdheid. Niet duidelijk is wie tot betaling kan worden aangesproken. Zie in dit verband par. 6 van dit hoofdstuk. Zoals ook in lid 2 van art. 821 is opgetekend, kan die waarde in de overeenkomst van vennootschap nader zijn bepaald. Bijzondere aandacht zal daarbij, naar ik aanneem, worden besteed aan de problematiek van de goodwill en de stille reserves.

Art. 823 lid 1 verlangt voor toetreding 'medewerking van alle vennoten'. Bij de overeenkomst van vennootschap kan anders worden bepaald. Aan de beslissing dient een besluitvormingsproces vooraf te gaan. Over dat proces bevat het ontwerp geen bepalingen. De vraag is of daaraan behoefte bestaat.[40]

---

[39] Zie nr. 5 an hoofdstuk 2.

[40] Slagter, WPNR 6524 (2003), p. 239 mist een bepaling omtrent de besluitvorming in de vergadering van de vennoten. Zie ook Huizink, WPNR 6524 (2003).

2.11 Aandachtspunten

1. Vergeefs zoekt men in het ontwerp naar een bepaling die inhoudt dat het faillissement van een vennoot wordt behandeld als een uittreding van de betrokken vennoot. Vgl. par. 2.
2. Heeft de relatieve ontbinding betrekking op de overeenkomst van vennootschap of op de vennootschappelijke gemeenschap? Vgl. par. 4.
3. Het lijkt gewenst de ontbinding van een rechtspersoon-vennootschap te kiezen als rechtsfeit dat uittreding tot gevolg heeft, in plaats van 'het ophouden te bestaan'. Vgl. par. 4.
4. Is het gewenst te bepalen dat overblijvende vennoten in de wet de bevoegdheid wordt toegekend leveringen met betrekking tot de gemeenschappelijke goederen namens de uitgetreden vennoot tot stand te brengen? Vgl. par. 5.
5. Niet duidelijk is waarom een betalingsregeling ten hoogste een periode van tien jaar mag bestrijken. Vgl. par. 6.
6. Wellicht kan ter regeling van de betalingsproblematiek inspiratie worden opgedaan in de artikelen 1:140 en 4:5. Vgl. par. 6.
7. Is de kwalificatie 'zaaksschuld' ten aanzien van de vergoedingsschuld juist? En zijn de gevolgen daarvan overzien? Vgl. par.7.
8. Waarom wordt *dwingendrechtelijk* bepaald dat de overblijvende vennoten gehouden zijn de schulden van de vennootschap voor hun rekening te nemen? Vgl. par. 8.
9. Kan art. 823 lid 3 toepassing vinden in geval van voortzetting met alle erfgenamen, zoals bedoeld in art. 822 lid 1? Vgl. par. 9.
10. Bestaat behoefte aan het erfrechtelijk geïnspireerde art. 822? Vgl. par. 9.
11. Wie kan worden aangesproken tot betaling van de vergoedingsvordering als bedoeld in art. 823 lid 4?
12. Dient de wetgever de interne besluitvorming in de vergadering van vennoten te regelen? Vgl. par. 10.

3. Vereffening en verdeling

3.1 Ontbinding, vereffening en afwikkeling

Onder vereffening zou ik willen verstaan het geheel van handelingen dat ertoe strekt een vermogen gereed te maken voor de finale afwikkeling. Betreft het een gemeenschappelijk vermogen dan bestaat de finale afwikkeling uit een verdeling. Het vermogen kan een gemeenschap vormen die vanaf haar ontstaan voor verdeling bestemd is verdeeld te worden (nalatenschap) maar ook kan het een gemeenschap betreffen die al langer dan vandaag bestond maar waarvan de gebondenheid aan een doel is geëindigd. Het laatste geval doet zich onder meer voor bij het einde van een in enigerlei huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap van goederen aangegaan huwelijk alsook bij het einde van een personenvennootschap. In het laatste geval hebben we het over een *ontbonden* gemeenschap, de binding van de gemeenschap aan een bepaald doel of aan een bepaalde rechtsfiguur, is geëindigd.
Ook rechtspersonen worden 'ontbonden' (art. 2:19; art. 828), waarna de vereffening betrekking heeft op het vermogen van de rechtspersoon. Van een gemeenschap is geen sprake. Na voltooiing van de vereffening wordt de zaak afgewikkeld doordat hetgeen resteert door de vereffenaar namens de rechtspersoon wordt overgedragen aan degenen die daarop recht hebben. Vgl. ook art. 828, mede in relatie tot art. 807.
Art. 826 lid 1 verklaart de vereffenaars bevoegd tot het verrichten van alle handelingen die ertoe strekken vermogen van de vennootschap 'te vereffenen en tot verdeling of afwikkeling te brengen.' Verdeling is een vorm van afwikkeling. Het begrip afwikkeling is ruimer van inhoud dan het begrip verdeling. Bij de vennootschap die geen rechtspersoon is, zal de afwikkeling meer inhouden dan enkel een verdeling. Ik denk aan het bevorderen dat een tekort wordt aangezuiverd, maar ook aan het effectueren van de verdeling door leveringen en het doen van opgave van de beëindiging van de vereffening in het handelsregister (art. 831).
Het opschrift van afdeling 6 'Vereffening en verdeling' zou mijn inziens beter 'Vereffening en afwikkeling' kunnen luiden.

3.2 Het toepasselijke recht ten aanzien van de ontbonden vennootschappelijke gemeenschap

In afdeling 5 heeft de ontwerper het over de ontbinding van de vennootschap. Die ontbinding betekent tevens het einde van de binding van de vennootschappelijke gemeenschap aan het vennootschappelijk doel. In die zin wordt de vennootschappelijke gemeenschap *ontbonden*. Art. 3:189 lid 2 rangschikt thans de hier bedoelde ontbonden vennootschappelijke gemeen-

schap onder de bijzondere gemeenschappen hetgeen in het bijzonder toepasselijkheid van afdeling 2 van titel 3.7 met zich brengt.
Afdeling 6 handelt (vooral) over de vereffening en de verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap. Lid 4 van art. 825 levert een verrassing op:

> *'Op de ontbonden vennootschap die geen rechtspersoon is, is titel 7 van Boek 3 niet van toepassing.'*

Opvalt dat er niet staat dat titel 3.7 na ontbinding van de vennootschap niet van toepassing is *op de vennootschappelijke gemeenschap.* In deze zin zou de tekst verbeterd kunnen worden. Vgl. art. 3:189 en art. 827 lid 1.
De niet toepasselijkheid van titel 3.7 wordt uitgebreid toegelicht.[41] De 'ingewikkelde regeling' van art. 3:168 e.v. zou slecht passen bij de vereffening van een vennootschap. Voorts wordt geconstateerd dat art. 32 WvK (beheer na ontbinding) op een bepaald punt derogeert aan art. 3:170. Al met al acht de ontwerper het beter 'een eigen, niet te ingewikkelde regeling te geven die voldoet aan de behoeften van de praktijk.' In de regeling zijn elementen van titel 3.7 (gemeenschap) alsook van titel 2.1 (rechtspersonen) verwerkt. De ontwerper heeft aldus een gelukkige beslissing genomen.

3.3 De ontbonden vennootschappelijke gemeenschap

Na ontbinding blijft de vennootschappelijke gemeenschap voortbestaan totdat de vereffening is geëindigd (art. 827 lid 1). Deze regel brengt tot uitdrukking dat geen verdeling kan plaatsvinden zo lang de vereffening niet voltooid is. De toelichting zegt het zo:

> *'Deze vennootschappelijke gemeenschap dient voort te bestaan totdat de vereffening (in ruime zin) is geëindigd.'*[42]

Het gebruik van het woord 'dient' biedt enige ruimte voor de gedachte dat voortijdige verdeling weliswaar niet mag maar wel mogelijk is. Ik zou echter willen aannemen dat verdelen voordat de vereffening is voltooid, niet mogelijk is. Ook al zou een feitelijke verdeling hebben plaatsgevonden, dan nog kan deze juridisch geen erkenning vinden. De gemeenschap blijft bestaan. Bij deze visie past de aan het slot van lid 1 van art. 827 voorkomende zin dat verdeling tijdens de loop van de vereffening niet kan worden gevorderd. Ook het feit dat een gewezen vennoot niet 'kan' beschikken over zijn aandeel in een bepaald tot die gemeenschap behorend goed noch over

41 Verwezen wordt hier naar Van Solinge, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1974, p. 151 e.v.
42 Mvt, p. 49.

zijn aandeel in die gemeenschap, en het feit dat schuldeisers van een gewezen vennoot het aandeel niet kunnen uitwinnen, sluiten hierbij aan.[43]
De ontbonden gemeenschap vormt een afgescheiden vermogen. De tot die gemeenschap behorende schulden zijn exclusief verhaalbaar op de tot de gemeenschap behorende goederen. Dat is vóór de ontbinding ook zo, hoewel dat nergens met zoveel woorden in de wet te lezen valt. Vgl. echter art. 806 lid 2. Uiteraard kan ontbinding de verhaalspositie van schuldeisers niet in ongunstige zin beïnvloeden. Het tweede lid van art. 827 is de vennootschappelijke variant van art. 3:193.

3.4 De ontbonden maatschapsgemeenschap

Art. 827 lid 2 is ook van toepassing op de maatschap. Ook de ontbonden maatschapsgemeenschap vormt derhalve een afgescheiden vermogen. A fortiori vormt dan de niet ontbonden maatschapsgemeenschap een afgescheiden vermogen. Het bestaan van een afgescheiden vermogen bij de (stille) maatschap is onder het huidige recht omstreden.[44]

3.5 De vereffenaars

Na ontbinding van een maatschap geschiedt de vereffening in beginsel 'door de gewezen vennoten gezamenlijk'(art. 825 lid 1). Betreft het een openbare vennootschap, dan geschiedt de vereffening in beginsel door 'de gewezen besturende vennoten gezamenlijk' (art. 825 lid 2). Uit art. 812 volgt dat niet alle in een maatschap verbonden vennoten besturende vennoten hoeven te zijn. Maar blijkbaar moeten ook de vennoten die geen besturend vennoot zijn geweest in beginsel mee vereffenen. Waarom dat zo zou moeten zijn, is mij niet duidelijk. Evenals bij de openbare vennootschap het geval is (art. 825 lid 2) zou ik de vereffening in beginsel een taak achten van de gewezen besturende vennoten.
'Bij of krachtens overeenkomst' kan een andere regeling worden getroffen. Ook in art. 809 worden de woorden 'bij of krachtens overeenkomst' aangetroffen. De overeenkomst van vennootschap kan het mogelijk maken dat de vennoten in het zicht van de ontbinding een besluit nemen omtrent de personen van de vereffenaars. Een dergelijk besluit betekent dan dat de betrok-

---

[43] Vgl. art. 827 lid 1. De betrokken tekst wijkt af van die van art. 3:190 en 191, die voor de bijzondere gemeenschap een wat soepeler regime inhouden.

[44] Vgl. Asser-Maeijer, nr. 189, die het bestaan van een afgescheiden vermogen bij de stille maatschap aanvaardt mits alle medematen aan de betrokken handeling zijn gebonden. Vgl. ook de discussie tussen Van Mourik, Mohr en Wiersma in WPNR 6102 (1993), 6123 (1994) en WPNR 6146 (1994).

ken personen niet ' bij' maar 'krachtens' overeenkomst als vereffenaars worden aangewezen.
Voor de verbintenissen van de vennootschap die geen rechtspersoon is, ontstaan door het handelen van de vereffenaars, gelden dezelfde aansprakelijkheidsregels als voor de openbare vennootschap en de maatschap. Zie daaromtrent art. 813.

3.6 De vereffening

De oproeping van schuldeisers geschiedt in de Nederlandse Staatscourant en in een landelijk verspreid dagblad (art. 830 lid 1). Dat geldt ook voor de vennootschap die rechtspersoon is. Ik merk op dat een dergelijke wijze van oproeping niet wordt voorgeschreven voor de rechtspersoon in het algemeen; vgl. titel 1 van boek 2. Voor de vereffening van een nalatenschap wordt een dergelijke wijze van oproeping slechts voorgeschreven in uitzonderlijke gevallen; vgl. art. 4:214 juncto art. 4:206 lid 6 en art. 4:221. Ik bepleit de verplichting tot oproeping via de Nederlandse Staatscourant en een landelijk verspreid dagblad te schrappen. Buiten faillissement en soortgelijke situaties kan dit soort formaliteiten worden gemist. Het is aan de vereffenaars te bepalen op welke wijze zij tot een verantwoorde vereffening komen. Het kostenaspect en het feit dat de kans klein is dat een schuldeiser kennis neemt van de oproeping laat ik dan nog buiten beschouwing.
Dat de 'bekende' schuldeisers door de vereffenaars per brief dienen te worden verzocht hun vorderingen in te dienen kan geen kwaad hoewel het feit dat de schuldeisers bekend zijn veelal zal inhouden dat ook de omvang van hun vorderingen bekend is. Eerder lijkt het zinvol te bepalen dat de vereffenaars de bekende schuldeisers meedelen dat de vennootschap in staat van vereffening verkeerd.
Ook andere in art. 830 opgenomen regels geven aanleiding tot kanttekeningen. Zo acht ik de uitdrukking 'storten in de liquidatiekas' in lid 2 niet van deze tijd. Bepaald zou kunnen worden dat iedere gewezen vennoot 'aan de vennootschap voldoet', waartoe hij naar evenredigheid van zijn door hem te dragen aandeel in het verlies is gehouden.

3.7 De verdeling

Ingevolge lid 3 van art. 830 wordt door de vereffenaar hetgeen na voldoening van de schuldeisers is overgebleven aan de gewezen vennoten 'door overdracht toegedeeld of uitgekeerd, in verhouding tot ieders economische deelgerechtigdheid.' Ik beperk mij thans tot de toedeling. Dit 'toedelen' heeft betrekking op de vennootschap die geen rechtspersoon is. Er bestaat in dat geval immers een voor verdeling vatbare gemeenschap. De met een verdeling beoogde overgang wordt geëffectueerd door een levering van het toege-

deelde 'op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven' (art. 3:186 lid 1) Tegen deze achtergrond is niet duidelijk wat moet worden verstaan onder 'door overdracht toedelen'. Ik vermoed dat sprake is van een onjuist begrip van art. 3:186 lid 1 of van een niet genoegzaam verklaarde inbreuk op een in het kader van de verdeling door de wetgever gehanteerd principe.[45]
Door wie wordt de zojuist bedoelde verdeling tot stand gebracht? Art. 826 kent de vereffenaars de bevoegdheid toe al die handelingen te verrichten die nodig zijn om het vermogen van de vennootschap *tot verdeling of afwikkeling te brengen*. Uit deze woorden mag niet worden afgeleid dat de vereffenaars zelfstandig tot verdeling bevoegd zijn.
In het systeem van de wet past dat een vereffenaar *ter zake van de verdeling* als vertegenwoordiger optreedt. De verdeling is, strikt genomen, geen onderdeel van de vereffening, hetgeen in de tekst van art. 826 dan ook tot uitdrukking komt.[46]
Dat een verdeling tot stand wordt gebracht door anderen dan de deelgenoten is overigens niet uitgesloten, gegeven de art. 3:185 lid 1 (rechter) en art. 4:226 lid 2 (vereffenaar nalatenschap).[47]
De toelichting op art. 830 stelt buiten twijfel dat de vereffenaar ook bij de verdeling als vertegenwoordiger optreedt van de gewezen vennoten/deelgenoten.[48] Dat geschiedt onder verwijzing naar het feit dat de gewezen vennoten dienen in te stemmen met 'het plan dat de grondslagen bevat van de toedelingen of uitkeringen, en in geval van een tekort van de bijdragen van de gewezen vennoten in het verlies.' (lid 6 art. 830). Die 'instemming' mag dan worden begrepen als een soort volmacht om de verdeling namens de deelgenoten overeenkomstig het plan tot stand te brengen.
Voor zover de gewezen vennoten niet instemmen met het plan van verdeling, kan de hulp van de rechter worden ingeroepen (lid 7). Vgl. art. 3:185 .[49]

---

45 Vgl. MvT, p. 54 waar staat dat de woorden 'door overdracht' worden gehanteerd om duidelijk te maken dat levering is vereist en dat sprake is van verkrijging onder bijzondere titel.

46 De Mvt, p. 48 onderscheidt tussen 'vereffening in enge zin' en 'vereffening in ruime zin'. Onder de laatste valt ook het tot verdeling en afwikkeling brengen. Zie ook art. 831 handelend over het einde van de 'vereffening' (in ruime zin).

47 Ook een testamentair bewindvoerder kan anders dan als vertegenwoordiger voor de rechthebbenden optreden. Vgl. art. 4:172.

48 MvT, p. 54.

49 In de MvT, p. 54, wordt het woord 'overeenstemming' gebruikt, waar instemming moet zijn bedoeld. De instemming dient gericht te zijn op het plan van de vereffenaars. Van een overeenkomst tussen de gewezen deelgenoten getuigt de instemming niet.

3.8 *Economische deelgerechtigdheid; de kapitaalrekening*

Na voltooiing van de vereffening dient ieders economische deelgerechtigdheid te worden vastgesteld. Hetgeen na de voldoening van de schuldeisers resteert, wordt immers aan de gewezen vennoten toegedeeld of uitgekeerd 'in verhouding tot ieders economische deelgerechtigdheid' (art. 830 lid 3) Ik lees dus niet dat iedere vennoot de waarde van zijn economische deelgerechtigdheid ontvangt. Lid 3 van art. 130 leert iets over de verhouding waarin de gewezen vennoten tot het overschot gerechtigd zijn.
In nr. 5 van hoofdstuk 2 schreef ik reeds over het begrip economische deelgerechtigdheid in het kader van de inbreng. Thans gaat het over de invulling van dit begrip ter gelegenheid van de afwikkeling van de (ontbonden) vennootschap.
Lid 5 van art. 830 wijst de weg. Primair wordt de gerechtigdheid bepaald door de overeenkomst van vennootschap. De leden 8, 9 en 10 van art. 830 gelden voor zover in de overeenkomst geen andere voorziening is getroffen. Uiteraard wordt op de deelgerechtgdheid van een gewezen vennoot toegerekend hetgeen hij moet bijdragen aan de voor rekening van de vennootschap komende schulden (lid 5 slot). Vgl. art. 4:228 waarin voor het erfrecht eenzelfde regel te vinden is.
Doorgaans heeft een vennoot in de administratie van de vennootschap een 'kapitaalrekening'. Het begrip is als zodanig ook in de voorgestelde wettelijke regeling niet bekend. De toelichting heeft het op diverse plaatsen over 'creditering op de kapitaalrekening'.[50] In lid 8 van art. 230 spreekt de ontwerper over een creditering op de balans, waarmede wordt gedoeld op de kapitaalrekening. Zie ik het goed dan is deze kapitaalrekening de administratieve weergave van de obligatoir getinte financiële verhouding tussen de vennootschap enerzijds en de gewezen vennoot *als privépersoon* anderzijds, voor zover deze verband houdt met inbreng van vermogen. Let wel: als privépersoon. De in de creditering tot uitdrukking komende schuld van de vennootschap correspondeert met een vordering van iemand die tevens vennoot is. Het is een soort kwaliteitsrekening.
De op de kwaliteitsrekening te baseren vordering mag niet op één hoop geveegd worden met de vorderingen van zogenaamde 'zaaksschuldeisers'. Waar het wetsvoorstel de term 'schuldeisers' bezigt, is het oog gericht op schuldeisers wier vorderingen corresponderen met schulden van de vennootschap die zijn ontstaan in de uitoefening van het beroep of bedrijf van die vennootschap. Inbreng in de vennootschap impliceert dat het ingebrachte dienstbaar wordt gemaakt aan het streven naar het vennootschappelijk doel. Daarmede is tot uitdrukking gebracht dat het ingebrachte, noch de

50 Zie bijvoorbeeld MvT p. 53 en p. 55.

waarde daarvan, in beginsel gedurende het bestaan van de vennootschap niet kan worden teruggevorderd en dat schuldeisers van de vennootschap (de 'zaaksschuldeisers') een exclusieve verhaalspositie ten aanzien van het ingebrachte innemen. Hetgeen is ingebracht vormt duurzaam risicodragend kapitaal.

De kapitaalrekening van een vennoot weerspiegelt vaak (?) niet slechts de waarde van de inbreng maar ook hetgeen niet werd opgenomen van het aandeel in de winst. Ik ga er thans aan voorbij dat ook een aandeel in het verlies in de kapitaalrekening zal worden verwerkt. De vraag luidt of het niet opgenomen deel van de winst als inbreng mag of moet worden aangemerkt. Het antwoord is vooral interessant ingeval rente wordt vergoed op de waarde van hetgeen werd ingebracht.[51] Een rentevergoeding van zes procent wordt tegenwoordig bij de bank niet gehaald. De vennootschapsovereenkomst zal hieromtrent uitkomst bieden. Zwijgt de overeenkomst, dan geldt dat niet mag worden aangenomen dat hetgeen niet is opgenomen van het winstaandeel wordt behandeld als inbreng. Maar dat betekent dan ook dat uitkering van het betrokken bedrag in beginsel steeds kan worden verlangd, zulks met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid. De desbetreffende vordering kan als een zaaksschuld worden behandeld. Slechts met instemming van alle vennoten kan het niet opgenomen winstaandeel de kwalificatie 'inbreng' krijgen.

De economische deelgerechtigdheid van een vennoot bestaat na ontbinding van de vennootschap niet slechts uit het tegoed dat prijkt op de kapitaalrekening. Het overschot, na voldoening van de schuldeisers en aftrek van de op de kaptaalrekeningen van de vennoten opgenomen bedragen, komt de gewezen vennoten toe naar evenredigheid van hun winstaandeel (art. 830 lid 9). De economische deelgerechtigdheid kan ook een waarde vertegenwoordigen die lager is dan het tegoed op de kapitaalrekening. Een na de vereffening bestaand tekort wordt immers gedragen naar evenredigheid van ieders aandeel in het verlies (art. 830 lid 10; zie ook lid 5 tweede zin).

3.9 Inbreng en afwikkeling

Lid 8 van art. 830 bepaalt dat de vennoten zoveel mogelijk de waarde van hun inbreng in geld of goederen ten tijde van die inbreng ontvangen. Die waarde wordt gesteld op het bedrag waarvoor de betrokken vennoot werd gecrediteerd. Uit de voorgestelde wettekst blijkt niet dat de vennoot aanspraak kan maken op de goederen als zodanig, die hij heeft ingebracht in de

[51] De MvT, p. 55, leert dat 'in het algemeen' geen rente verschuldigd zal zijn als dat niet is bedongen. Verwezen wordt naar HR 15 april 1994 NJ 1994, 628 waarin werd geoordeeld dat in bijzondere omstandgheden redelijkheid en billijkheid met zich kunnen brengen dat wel rente wordt verschuldigd over de kapitaalinbreng.

vennootschappelijke gemeenschap. Uit de aard van de inbreng zou kunnen volgen dat een dergelijke aanspraak wordt toegekend. Dat de wetgever er te dezer zake het zwijgen toe doet is echter zeer verdedigbaar. Redelijkheid en billijkheid bepalen uiteindelijk of de inbrenger na de vereffening aanspraak kan maken op toedeling van het door hem ingebrachte goed.

3.10 Einde van de vereffening

Zoals bleek, wordt onderscheid gemaakt tussen vereffening in enge zin en vereffening in ruime zin. De laatste omvat tevens de verdeling of afwikkeling, zij het dat bij laatstbedoelde aangelegenheden de medewerking van de gewezen vennoten niet kan worden gemist. Art. 831 bepaalt in lid 1 dat de vereffening eindigt op het tijdstip dat de in het plan voorziene of door de rechter bevolen toedelingen, uitkeringen of bijdragen in het verlies hebben plaatsgevonden. De vereffenaar doet van die beëindiging opgave in het handelsregister waarin de vennootschap is ingeschreven. Ik vraag me nog af of een dergelijke opgave niet vereist dat ook het begin van de vereffening (de ontbinding) in het handelsregister wordt aangetekend.
De leden 2 tot en met 4 van art. 831 handelen over de bewaring en de raadpleging van de boeken en de bescheiden alsmede van de andere gegevensdragers 'van de ontbonden vennootschap'. Uiteraard betreft het ook de gegevensdragers die betrekking hebben op de vennootschap in niet ontbonden toestand.

3.11 Aandachtspunten

1. Het opschrift van afdeling 6 kan wellicht beter 'Vereffening en afwikkeling' luiden. Vgl. par. 1.
2. Dienen bij de maatschap ook de niet besturende vennoten als vereffenaar op te treden? Vgl. par. 5.
3. De verplichting schuldeisers op te roepen in de Nederlandse Staatscourant en in een landelijk verspreid dagblad komt voor schrapping in aanmerking. Vgl. par. 6.
4. De uitdrukking 'storten in de liquidatiekas' doet denken aan lang vervlogen tijden. Vgl. par. 6.
5. In art. 830 lid 3 getuigt de uitdrukking 'door overdracht toedelen' niet van een juist begrip van art. 3:186 lid 1. Vgl. par. 7.
6. Dient het begin van de vereffening van een openbare vennootschap uit het handelsregister te blijken?

4. De commanditaire vennootschap

4.1 Inleiding

Onder het huidige recht bestaan omtrent de commanditaire vennootschap nogal wat onzekerheden. Ik verwoord de belangrijkste in een aantal vragen:

a. Is de commanditaire venoot primair geldschieter of op de eerste plaats vennoot?
b. Is een 'stille' commanditaire vennootschap bestaanbaar?
c. Is inbreng in een vennootschappelijke gemeenschap mogelijk bij een commanditaire vennootschap met één besturende (beherende) vennoot?
d. Bestaat bij een commanditaire vennootschap met één besturende vennoot een afgescheiden vermogen?
e. Kan een besturende vennoot een commanditaire vennoot vertegenwoordigen?
f. In hoeverre mag een commanditaire vennoot extern optreden?
g. In hoeverre mag een commanditaire vennoot intern zijn invloed laten gelden?

Het wetsvoorstel wil aan de bestaande onzekerheden zoveel mogelijk een einde maken.[52] Dat is goed gelukt, hoewel aan de commanditaire vennootschap slechts twee artikelen zijn gewijd (art. 836 en art. 837). Omdat de bepalingen die gelden voor de openbare vennootschap in beginsel van toepassing zijn, kon met een eenvoudige regeling worden volstaan. Niettemin zijn er nog enkele vragen te beantwoorden.

4.2 De commanditaire vennootschap

Lid 1 van art. 836 geeft een omschrijving van de figuur:

> *'De commanditaire vennootschap is de als zodanig optredende openbare vennootschap welke naast een of meer gewone vennoten een of meer commanditaire vennoten heeft.'*

We hebben dus te maken met een variant van de openbare vennootschap. Dat betekent dat zij is gericht op de uitoefening van hetzij een beroep, hetzij een bedrijf, op een voor derden duidelijk herkenbare wijze naar buiten optreedt en zulks doet onder een door haar als zodanig gevoerde naam. Vgl. art. 801.

---

[52] MvT, p. 69.

In de omschrijving wordt tot uitdrukking gebracht dat de commanditaire vennootschap 'als zodanig' optreedt. Daarover meldt de toelichting:

> *'Zij dient derhalve, mede gelet op artikel 801 lid 2, als zodanig op een voor derden duidelijk herkenbare wijze naar buiten op te treden onder een door haar als commanditaire vennootschap gevoerde naam.'*[53]

De verwijzing naar art. 801 lid 2 leidt tot de gevolgtrekking dat een figuur die zich als een 'stille' commanditaire vennootschap presenteert als maatschap moet worden aangemerkt.
Wat dient te worden verstaan onder 'een door haar als commanditaire vennootschap gevoerde naam'? Is de commanditaire vennootschap rechtspersoon dan verlangt art. 836 lid 3 dat de naam aanvangt of eindigt met de woorden 'Commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid', hetzij voluit geschreven, hetzij afgekort tot 'CVR'.[54] Ik hoop dat in ruime mate voor de afkorting wordt gekozen. Als rechtspersoonlijkheid ontbreekt, biedt de wet geen houvast voor de naamgeving. Is toevoeging van de letters 'CV' een voldoende aanduiding? Gegeven het feit dat 'CVR' toereikend is voor de commanditaire vennootschap die rechtspersoon is, mag ik aannemen dat met toevoeging van de letters 'CV' aan de wens van de wetgever wordt voldaan. Het gevaar dat de buitenwereld op het verkeerde been gezet wordt omdat ook de lettercombinatie CV veelal de gedachten doet gaan in de richting van centrale verwarming, moet moedig worden getrotseerd. Gegeven de omschrijving van art. 836 lid 1 luidt de vraag of toevoeging van de letters CV niet verplicht moet worden gesteld.
In de gekozen systematiek is geen plaats voor de onder het oude recht wel levende gedachte dat een commanditaire vennootschap met meer besturende vennoten tevens een vennootschap onder firma zou zijn.
In lid 2 van art. 836 wordt nader aangeduid wat de ontwerper zich voorstelt bij een commanditaire vennoot. De omschrijvingen in de leden 1 en 2 van art. 836 beogen tevens de commanditaire vennootschap duidelijker af te grenzen van geldleningen en participatiecontracten.[55]

4.3 De commanditaire vennoot

In de commanditaire vennootschap treden naast een of meer 'gewone' vennoten een of meer commanditaire vennoten op. Op het eerste gezicht hoeft niet glashelder te zijn wat 'gewone' vennoten zijn. Art. 809 lid 1 geeft aan

---

53 MvT, p. 73.
54 Wellicht is het wijs te eisen dat die letters steeds aan het einde worden geplaatst. Welke zin heeft het een keuzemogelijkheid te bieden?
55 MvT, p. 69.

dat niet iedere vennoot besturend vennoot hoeft te zijn. Bij of krachtens overeenkomst kan anders zijn bepaald. Samenwerking vereist niet per se de inbreng van arbeid. Levering van enkel een geldelijke bijdrage kan toereikend zijn om tot vennootschappelijke samenwerking te kunnen concluderen.[56] Onder 'gewone' vennoten zijn mitsdien te rangschikken alle vennoten, met uitzondering van de commanditaire vennoten.
Lid 2 van art. 836 leert omtrent de karakteristiek van de commanditaire vennoot het volgende:

a. hij brengt niet uitsluitend arbeid in;
b. hij is uitgesloten van de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten voor rekening van de vennootschap;
c. hij hoeft in het verlies van de vennootschap niet verder te 'delen' dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen.

Deze bepaling is dwingendrechtelijk van aard.
De commanditaire vennoot is een vennoot. Van de reeds lang verlaten visie dat we van doen hebben met een soort achtergestelde schuldeiser, is niets terug te vinden.

4.4 Inbreng

Ook onder het huidige recht wordt aangenomen dat een commanditaire vennoot niet kan volstaan met inbreng van arbeid. De toelichting op het ontwerp geeft, evenmin als Asser-Maeijer, een verklaring voor dit standpunt.[57] Wellicht wordt als vanzelfsprekend aangenomen dat de commanditaire vennoot ten minste in enige mate moet 'delen' in een eventueel verlies. Ingebrachte arbeid is immers niet erg geschikt om tot verhaal te dienen. Accoord, maar waarom is het dan toereikend dat de commanditaire vennoot, om aan de eis van art. 836 lid 2 te voldoen, behalve zijn arbeid nog een gebruikte fiets inbrengt? Deze kan weliswaar nuttige diensten bewijzen bij de deelname van de vennoten aan het stadsverkeer, maar als verhaalsobject is het rijwiel van betrekkelijke betekenis. Zou het niet toereikend zijn te verlangen dat de commanditaire vennoot 'iets' inbrengt dat dienstbaar kan zijn aan het streven naar het doel van de vennootschap?
Kortom, is de eis dat door de commanditaire vennoot geld, goed of genot van goed moet worden ingebracht niet achterhaald? Hoe waardeer ik trouwens

---

[56] MvT, p. 6.
[57] Asser-Maeijer, nr. 389, geeft geen verklaring voor dit standpunt. Kist-Visser III, p. 368 e.v. doet vermoeden dat een relatie gelegd moet worden met de achterhaalde benaming 'vennoot bij wijze van geldschieting' (art. 20 lid 3 WvK). Er dient ten minste vermogen (geld of goed) te worden ingebracht.

de inbreng van genot?[58] En zullen schuldeisers zich met vreugde verhalen op dat genot? Wat heeft het voor zin een inbrengeis te stellen die de facto praktisch zinloos is? Inbreng van (enkel) arbeid kan uiterst dienstbaar zijn binnen een commanditaire vennootschap, aangenomen dat de commanditaire vennoot binnen de perken van lid 2 van art. 837 blijft. In de huidige regeling is de commanditaire vennoot die slechts arbeid inbrengt, een 'gewone' vennoot en is de vennootschap een gewone openbare vennootschap.

4.5. *De commanditaire vennootschap op aandelen*

De commanditaire vennootschap heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal (art. 836 lid 3). De toelichting vermeldt dat deze figuur indertijd (1975) is afgeschaft omdat handhaving, gegeven de Eerste EG-richtlijn, tot een uitvoerige en gecompliceerde wetgevingsoperatie zou nopen.[59] Daar kwam bij dat het praktisch belang van deze figuur gering was. Deze argumenten gelden volgens de minister nog steeds. Van belang is volgens de toelichting in dit verband nog 'de ook thans reeds bestaande mogelijkheid van een commanditaire vennootschap met (eventueel beperkt) overdraagbare deelnemingen of participaties van commanditaire vennoten'.[60] Ik neem aan dat hier gedoeld wordt op de contractueel te openen mogelijkheid dat commanditaire vennoten zich laten opvolgen. Niet de overdracht van de deelneming of participatie staat dan centraal maar een uittreding die samenvalt met een toetreding.

4.6 *Het verrichten van rechtshandelingen door de commanditaire vennoot*

Uit lid 2 van art. 836 volgt dat de commanditaire vennoot is 'uitgesloten' van de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten 'voor rekening van' de vennootschap.[61] Daarmede is nog niet gezegd dat de commanditaire vennoot ook niet is toegestaan 'in naam van' de vennootschap te handelen. Ver gezocht maar voorstelbaar is dat een commanditaire vennoot in naam van de vennootschap handelt maar voor eigen rekening. Zijn wederpartij hoeft dat niet te weten.
Maar hoe zit het met het verrichten van enkel juridisch-technische rechtshandelingen, zoals het meewerken aan de levering van een onroerende zaak

58 Zie ook hierna nr.7.
59 Vgl. ook V.A.E.M. Meijers, Civielrechtelijke beschouwingen over de rechtspositie van de commanditaire vennoot, diss. Nijmegen 1996, p. 102 e.v.
60 MvT, p. 73 onder 8.
61 Dortmond, Ondernemingsrecht, maart 2003, p. 105, bepleit in de tekst van art. 836 lid 2 op te nemen dat de commanditaire vennoot 'geen besturend vennoot is'.

die behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap? Kan de notaris met een gerust hart de commanditaire vennoot passeren? Het antwoord wordt gegeven door te letten op de algemene vertegenwoordigingsregel van art. 811. Een besturend vennoot kan ook ten aanzien van goederenrechtelijke handelingen een commanditaire vennoot vertegenwoordigen. Namens de commanditaire vennoot kan de besturende vennoot vervreemden, leveren en bezwaren.[62] Geldt dat ook voor rechtshandelingen die niet tot 'de normale werkzaamheden' van de vennootschap behoren? De toelichting meldt dat voor dat soort beschikkingshandelingen 'de instemming' is vereist van de commanditaire vennoot. De notaris zal van die 'instemming' gaarne doen blijken uit de desbetreffende notariële akte.

De commanditaire vennoten zijn niet verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap (art. 837 lid 1).Ten aanzien van de gewone vennoten geldt hoofdelijkheid. Art. 813 lid 2 is van toepassing, hetgeen betekent dat ieder van de gewone vennoten voor het geheel aansprakelijk is ter zake van een tekortkoming in de nakoming van een door de vennootschap ontvangen opdracht, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.[63] Ingeval een gewone vennoot zich laat transformeren in een commanditaire vennoot geldt de verjaringsregel van art. 824 lid 1.

4.7 *Het uitoefenen van beslissende invloed door de commanditaire vennoot*

Met betrekking tot het (interne) handelen van een commanditaire vennoot is art. 837 lid 2 van groot belang:

> *'2. Handelt een commanditaire vennoot al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap of oefent hij door zijn handelen een beslissende invloed uit op het optreden door besturende vennoten namens de vennootschap, dan is hij tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen der vennootschap, die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt.'*

De aan deze regel ten grondslag liggende ratio is dezelfde als die welke ten grondslag ligt aan de art. 20 en 21 WvK. Enerzijds moet worden voorkomen dat bij derden de indruk postvat dat de commanditaire vennoot in werkelijkheid besturend vennoot zou zijn. Anderzijds past het niet dat een comman-

---

[62] Heyman verdedigt dit reeds voor het huidige recht in Yin-Yang (Van Mourik-bundel 2000), p. 51 e.v. Vgl. MvT, p. 70.

[63] Zie Mohr, hoofdstuk 3.

ditaire vennoot gewaagde handelingen verricht indien van een persoonlijke verbondenheid geen sprake is.
Vooreerst merk ik op dat deze sanctiebepaling niet ziet op een handelen 'voor rekening van' de vennootschap zoals aan de orde in lid 2 van art. 836 maar op een handelen 'in naam van' de vennootschap. Het feit dat handelen 'in naam van' doorgaans 'voor rekening van' zal impliceren, neemt mijn behoefte aan toelichting niet weg.
Ingeval een onroerende zaak tot de vennootschappelijke gemeenschap behoort, en ten aanzien van deze zaak een rechtshandeling moet worden verricht, zoals levering of bezwaring met een beperkt recht, is de medewerking van de commanditaire vennoot onmisbaar. Die medewerking heeft een puur juridisch-technisch karakter en heeft met beleid dus niets te maken. Het maakt daarbij niet uit of de medewerking vorm wordt gegeven in verlening van een volmacht of dat persoonlijk wordt aangetreden bij de notaris. Ik kan mij niet voorstellen dat op deze medewerking de sanctie staat als verwoord in lid 2 van art. 837. Het lijkt me ook overdreven om de eis te stellen dat in de vennootschapsovereenkomst ruimte moet zijn gemaakt voor deze medewerking. De beroeps- of bedrijfsuitoefening door de vennootschap mag niet gehinderd worden door dit soort juridisch-technische aangelegenheden. De praktijk zal gaarne vernemen hoe de minister hierover denkt.
Ik concentreer mij vervolgens op de passage: '(...) *of oefent hij door zijn handelen beslissende invloed uit op het optreden door besturende vennoten (...)*'.[64] De ontwerper beoogt hiermede uitholling van de positie van de besturende vennoten tot die van stromannen te voorkomen. Als voorbeeld wordt gegeven de situatie dat een commanditaire vennoot tevens enig bestuurder en enig aandeelhouder is van de BV die optreedt als besturend vennoot.[65] Een helder voorbeeld, maar daarin is objectief, voor een buitenstaander waarneembaar, vast te stellen dat de commanditaire vennoot in feite ook de pet van de besturend vennoot op heeft. Maar wat indien een dominante vader (commanditaire vennoot) het volledige ondernemingsvermogen heeft ingebracht en de gehoorzame, ietwat sullige zoon (besturend vennoot) slechts zijn arbeid? In een dergelijke geval zal het eerder regel dan uitzondering zijn dat vader als commanditaire vennoot beslissende invloed uitoefent op het optreden van zijn zoon als besturend vennoot. Mij dunkt dat de wetgever zich in een netelige positie bevindt ingeval hij op dit soort verhoudingen grip wenst te krijgen. Misbruik ligt hier op de loer.
Dortmond bekommert zich ook over het antwoord op de vraag hoe de 'beslissende invloed' in de grip kan worden gehouden. Hij geeft in overweging inspiratie op te doen in Boek 2 BW. Daar heeft men ervaring met onder-

64 Deze passage kwam niet voor in het Ontwerp-Van der Grinten.
65 MvT, p. 76.

werpen als 'het zich gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan' (art. 2:129 lid 4 en art. 239 lid 4) en '(mede) bepalen van het beleid' (art. 2:138 lid 7 en 2:248 lid 1). Ik vraag mij echter af of het feit dat de dominante vader 'het beleid (mede) bepaalt' objectief zichtbaarder is dan het feit dat vader 'beslissende invloed' uitoefent. Trouwens 'het bepalen van het beleid' is veel ruimer en abstracter dan 'beslissende invloed uitoefenen op het optreden' door een besturende vennoot.

De tekst heeft het over 'beslissende invloed' van de commanditaire vennoot. Dat sluit niet uit dat in de vennootschapsovereenkomst wordt bepaald dat

- instemming van de commanditaire vennoot nodig is voor ingrijpende, niet onder de normale uitoefening van het beroep of bedrijf vallende beschikkingshandelingen voor rekening van de vennootschap, of
- instemming of goedkeuring van de commanditaire vennoot nodig is voor bepaalde categorieën van ingrijpende externe handelingen in naam van de vennootschap.

Het beletten van bepaalde handelingen is geoorloofd; niet het noodzaken tot het verrichten van een bepaalde handelingen. Maar of van een 'noodzaken' in een bepaald geval sprake is, zal zich vaak aan waarneming onttrekken

Welke zijn *de gevolgen* van het niet toegestane handelen. Hiervoor wees ik er reeds op dat wellicht de tekst van lid 2 van art. 837 niet goed aansluit bij die van lid 2 van art. 836. De wet bedreigt de commanditaire vennoot (in beginsel) met hoofdelijke verbondenheid tegenover derden voor de verbintenissen der vennootschap die 'ten tijde van zijn handelen of daarna' zijn ontstaan. De woorden 'ten tijde van' zijn niet toevallig in de tekst terecht gekomen. Ik citeer de toelichting (p. 76):

> *'De terminologie in het Ontwerp-Van der Grinten 'door of na zijn handeling ontstaan' is vervangen door de terminologie 'ten tijde van zijn handelen of daarna ontstaan'. Zoals Dorhout Mees, Maandblad NV 51, p. 87 terecht heeft opgemerkt, kunnen er immers door een onbevoegd handelen van de commanditair in beginsel geen verbintenissen van de vennootschap ontstaan. De vennootschap wordt alleen onder bijzondere omstandigheden gebonden, zoals in het geval van het te goeder trouw door derden afgaan op een gewekte of toerekenbare schijn van bevoegdheid, in het geval van bekrachtiging of eventueel zaakwaarneming.'*

Deze toelichting heeft mij niet de helderheid gebracht die ik had gehoopt te vinden. Ik neem twee gevallen:

a. de commanditaire vennoot C verkoopt aan enen A 'in naam van' de vennootschap 300 varkens, waarbij aangetekend zij dat de vennootschap een varkenshouderij exploiteert;
b. de commanditaire vennoot noopt zijn zoon, de besturend vennoot, ertoe 'namens' de vennootschap 300 varkens te verkopen; ongehoor-

zaamheid zou opzegging van de vennootschap tot gevolg hebben, zo dreigde vader. [66]

In *geval a.* is de vennootschap niet gebonden. De commanditaire vennoot is niet bevoegd tot vertegenwoordiging van 'de vennootschap'. De woorden 'al dan niet krachtens volmacht' kunnen worden geschrapt. De besturende vennoot kan aan een commanditaire vennoot geen geldige volmacht verlenen. Iets anders is dat sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging waarop art. 3:70, gelet op art. 3:79, van toepassing is. In casu behoort de wederpartij echter te begrijpen dat de betrokken commanditaire vennoot niet bevoegd is op te treden in naam van de vennootschap, zodat 'instaan voor' niet aan de orde is.[67]

Is in geval a. de commanditaire vennoot dan persoonlijk gebonden? Lid 2 van art. 837 zou het antwoord moeten geven. Ik citeer nogmaals: 'dan is hij tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen der vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan'. Het gebruik van het woord 'hoofdelijk' duidt er op dat naast de commanditaire vennoot ook de bestuurlijke vennoot verbonden is.[68] Maar dat was nu juist niet de bedoeling, zodat ik worstel met de vraag wat te verstaan onder een verbintenis die 'ten tijde van' zijn handelen is ontstaan en waarvoor hoofdelijke verbondenheid geldt?

De neiging bestaat bij mij de hoofdelijke verbondenheid van de commanditaire vennoot te reserveren voor verbintenissen van de vennootschap ontstaan *na* het onbevoegde handelen.

Uitgaande van onbevoegde vertegenwoordiging luidt de conclusie dat ook vader, die uitdrukkelijk 'in naam van' de commanditaire vennootschap handelde, niet is verbonden tot nakoming van de koopovereenkomst. Sterker nog: de koopovereenkomst is niet tot stand gekomen.

In *geval b* wordt door de commanditaire vennoot 'beslissende invloed' uitgeoefend. Nietemin wordt de handeling verricht 'in naam van' of 'namens' de vennootschap, zodat de vennootschap is verbonden. Ontstaat nu hoofdelijke verbondenheid voor de commanditaire vennoot? Die kant gaat het op. De verbintenissen uit de koopovereenkomst zijn niet 'door' het handelen van de commanditaire vennoot maar mogelijk wel 'ten tijde van' diens ongeoorloofde pressie-activiteit ontstaan. De woorden 'ten tijde van' zijn dan echter

---

66 Ik neem aan dat 'in naam van' hetzelfde is als 'namens', maar helemaal zeker ben ik daar niet van. De keuze van het voorbeeld hangt ten nauwste samen met het gegeven dat in het goede Noord-Brabant deze gezellige dieren in groten getale worden aangetroffen.

67 De MvT, p. 77, doet het voorkomen alsof de commanditaire vennoot *steeds* moet 'instaan voor' zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid. Van een derde die handelt in naam van een commanditaire vennootschap mag toch worden verwacht dat hij kennis heeft van het feit dat een commanditaire vennoot als zodanig daartoe in beginsel onbevoegd is.

68 Zijn de woorden 'tegenover derden' in lid 2 van art. 837 niet overbodig?

niet ruim genoeg om het scala aan beslissende invloeden te kunnen omvatten. De ontwerper heeft het oog op verbintenissen van de vennootschap *waarop de beslissende invloed betrekking had of heeft,* hetgeen in de tekst tot uitdrukking zou dienen te worden gebracht.
De aan het slot van lid 2 van art. 837 voorkomende woorden 'tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt' zijn opgenomen omdat de handeling van de commanditaire vennoot soms 'zeer weinig impact' heeft of 'positief te waarderen valt' omdat in het belang van de vennootschap niet langer met zodanig handelen kon worden gewacht.[69] De bovenvermelde verkoop door vader in naam van de vennootschap van de varkens zou positief te waarderen zijn als de varkenspest op uitbreken stond en de zoon op vakantie was.
Na het intreden van de verbondenheid van lid 2 van art. 837 bestaat nog altijd een commanditaire vennootschap. De onderlinge verhouding tussen de vennoten, in het bijzonder voor wat de draagplicht betreft, blijft ongewijzigd. Zo nodig kan hij regres uitoefenen op de bestuurlijke vennoten.

4.8 Naamgeving en aansprakelijkheid

Als de naam van de commanditaire vennoot in de naam van de vennootschap is opgenomen, dan is de commanditaire vennoot hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap, ontstaan terwijl de vennootschap deze naam voert. Dit geldt echter niet als een vennoot wiens naam in die van de vennootschap voorkomt commanditaire vennoot wordt. Vgl. art. 837 lid 3.

4.9 'Delen' in het verlies; inbreng

De commanditaire vennoot hoeft niet verder in het verlies van de vennootschap te 'delen' dan tot het 'bedrag' van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen.
Wie een liefhebber is van het gebruik van de termen 'dragen' en 'draagplicht', is niet bijzonder gecharmeerd van de de term 'delen' als de draagplicht ter zake van het verlies aan de orde is. De ontwerper sluit hier echter aan bij de terminologie van art. 815. In lid 10 van art. 830 wordt wél over 'dragen' (in het tekort) gesproken.[70]

---

[69] MvT, p. 77, onder verwijzing naar Westbroek, Maeijer-bundel 1989, p. 406 en Mendel en Mohr, Van Schilfgaarde-bundel 2000, p. 297.

[70] Ik heb ook weinig op met de negentiende-eeuwse uitdrukking 'staat van baten en lasten', die wordt aangetroffen in art. 814 leden 3 en 4. Is naast 'balans' niet gewoon 'winst- en verliesrekening' bedoeld?

Onder 'verlies' kan zowel het verlies op jaarbasis als het verlies na ontbinding en vereffening worden verstaan. Het gebruik van de term 'bedrag' doet sterk denken aan geld hoewel toch ook goederen en genot van goederen zich voor vermogensrechtelijke inbreng lenen. Ervan uitgaande dat in de administratie een kapitaalrekening wordt geopend, zal uiteindelijk de inbreng op een bedrag uitkomen. Maar als dat niet zo is, weet ik niet voor welk bedrag de commanditaire vennoot in het verlies moet delen.
Hiervoor wees ik reeds op de moeilijkheid 'genot van goederen' te waarderen.

4.10 De commanditaire vennootschap met één besturende vennoot

Al tientallen jaren erger ik mij aan de nonchalante verwijzingen naar de arresten 'Erik Schaaper' (1937) en 'Hardy' (1960). Ik weiger thans zelfs verwijzingen naar de NJ op te nemen. Vooral in fiscale hand- en studieboeken worden deze arresten nogal eens als bron van hoge wijsheden gepresenteerd, in het bijzonder ter adstructie van het feit dat een commanditaire vennootschap met één besturend vennoot geen gemeenschappelijk vermogen, laat staan een afgescheiden vermogen zou kennen.[71] Sinds ik kennis nam van de artikelenserie van Van der Ploeg in het WPNR is dit emotionele ongemak mijn deel.[72] Het al dan niet bestaan van een gemeenschap is afhankelijk van hetgeen is overeengekomen in de vennootschapsovereenkomst alsmede van de wijze van inbreng en het optreden van partijen bij de verkrijgingen in het algemeen.
Het bestaan van een gemeenschap impliceert een afgescheiden vermogen. Ingeval van verhaal van schuldeisers van de vennootschap op de goederen van de gemeenschap kan dit tot gevolg hebben dat de commanditaire vennoot een vordering tot vergoeding heeft op de besturend vennoot, voor zover het verhaal er anders toe zou leiden dat de commanditaire vennoot in het verlies van de vennootschap verder deelt dan tot het bedrag van zijn inbreng.

---

71 Zo is het toch nauwelijks te geloven dat het Hof in de zaak die eindigde met HR 14 maart 2003, RvdW 2003, 49, nog uitging van de onjuiste rechtsopvatting dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen zou kennen. De Hoge Raad aanvaardde het afgescheiden vermogen en kwam daarmede, mede op grond van de in de literatuur breed daarop uitgeoefende kritiek, terug op HR 3 februari 1956, NJ 1960, 120 (inderdaad: dit is Hardy!).

72 P.W. van der Ploeg, WPNR 4699 e.v. (1961).

4.11 Aandachtspunten

1. Verdient het aanbeveling te eisen dat aan het slot van de door de commanditaire vennootschap (die geen rechtspersoon is) gevoerde naam de letters CV worden vermeld? Vgl. par. 2.
2. Is het niet toereikend te verlangen dat de commanditaire vennoot 'iets' inbrengt in plaats van te verlangen dat hij ten minste enig 'geld, goed of genot' inbrengt? Vgl. par. 3 en par. 8.
3. Hoe waardeer ik ingebracht genot? Is genot als verhaalsobject veelal niet waardeloos? Vgl. par. 3 en par. 8.
4. In hoeverre is het gewenst en mogelijk om meer grip te krijgen op de feitelijke verhoudingen tussen een gewone vennoot en een commanditaire vennoot? Vgl. par. 7.
5. Kan een besturende vennoot aan een commanditaire vennoot een volmacht verlenen? Vgl. par. 7.
6. Dient de hoofdelijke verbondenheid van een commanditaire vennoot (art. 837 lid 2) niet te zijn gereserveerd voor verbintenissen van de vennootschap ontstaan na het onbevoegde handelen 'in naam van' de vennootschap? Vgl. par. 7.
7. Zijn de woorden 'ten tijde van' (art. 837 lid 2) ruim genoeg om het scala van beslissende invloeden te kunnen omvatten? Vgl. par. 7.

DEEL III

Prof. mr. H.M.N. Schonis

1. Inleiding

Wetsvoorstel 28746 tot vaststelling van art. 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek ordent een deelgebied waarover in kringen van civilisten reeds lang discussie bestaat. Het wetsvoorstel codificeert en vernieuwt het recht met betrekking tot personenvennootschappen en introduceert rechts-persoonlijkheid als optie voor de openbare vennootschap (OVR). Men zou verwachten dat de wetgever nieuwe aandacht zou besteden aan de fiscale implicaties van de nieuwe ordening van het recht voor deze rechtsvorm die een zeer brede toepassing kent in midden- en kleinbedrijf maar ook als samenwerkingsvorm tussen grote ondernemingen, al dan niet op projectbasis.
Het tegendeel is waar. Pas op aandringen van de Raad van State is de volgende mededeling opgenomen in de memorie van toelichting:

> 'Voor de goede werking van de voorgestelde vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek is het wenselijk dat de belasting-wetgeving, zoals die op dit moment luidt, op enkele punten wordt aangepast. Concrete voorstellen ter zake zullen worden ingediend in een nog te vervaardigen separaat wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel zal ertoe strekken te regelen dat de beoogde effecten van de civielrechtelijke regeling niet doorkruist wordt door fiscale regelgeving. De staatssecretaris van Financiën is derhalve voornemens de fiscale transparantie met betrekking tot de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, voor personenvennootschappen, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten, te handhaven en voor de heffing van de overdrachtsbelasting wel gevolgen te verbinden aan de keuze voor rechtspersoonlijkheid. Dit verschil in benadering is ingegeven door de wens zoveel mogelijk aan te sluiten bij de beoogde civielrechtelijke effecten van het onderhavige wetsvoorstel.'[1]

Uit de notitie van Maeijer naar aanleiding van een ontwerp van wet betreffende de personenvennootschap leid ik af dat het Ministerie van Financiën reeds lang met de problematiek vertrouwd was maar langdurig geaarzeld heeft alvorens bovenbedoelde mededeling in de tekst van het wetsvoorstel kon worden opgenomen.[2]

---

1 Pagina 6.
2 Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen, Verslag van de Vergadering van de Vereniging Handelsrecht van 6 november 1998, Tjeenk Willink 1999.

Gevolg van de gemaakte keuze is dat in elk geval de wet en de uitvoeringspraktijk voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting aanpassing behoeven.
Bij gebreke aan de beoogde fiscale begeleidingswet is het niet mogelijk commentaar te geven op de aldaar in op te nemen voorstellen, maar wordt in meer algemene zin op een aantal onderwerpen verband houdende met wetsvoorstel 28746, in het bijzonder in verband met de mogelijkheid tot het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid ingegaan. Vooraf wordt een beknopte schets gegeven van de belangrijkste aspecten van de fiscale huidige behandeling van deelnemers in maatschappen en andere personen-vennootschappen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

2. Actuele fiscale aspecten van maatschappen en vennootschappen

2.1 Algemeen; inkomsten- en vennootschapsbelasting

2.1.1 De maatschap en de vennootschap onder firma

De belastingheffing van personenvennootschappen wordt van oudsher in hoofdzaak beheerst door het transparantiebeginsel. Niet de personenvennootschap wordt in de belastingheffing betrokken maar de individuele maten worden belast voor ieders aandeel in die vennootschap. Mits sprake is van het drijven van een onderneming in materiële zin, dat wil zeggen er is sprake van een organisatie van arbeid en kapitaal gericht op het behalen van winst, vindt de belastingheffing voor de vennoten-natuurlijke personen plaats in Box I van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 ongeacht of het genoten bedrag is opgebouwd uit rentevergoeding van ter beschikking gesteld kapitaal, primaire arbeidsvergoeding of het aandeel in de (over)winst. Maatschappen of (commanditaire) vennootschappen die uitsluitend gericht zijn op vermogensbeheer zoals de verhuur van onroerende zaken missen het karakter van een onderneming en de gerechtigden genieten fiscaal geen winst maar worden belast in Box III (voordeel uit sparen en beleggen).
De Wet IB 2001 en zijn voorgangers maken geen onderscheid in fiscale behandeling al naargelang de civielrechtelijke verschillen tussen maatschap en vennootschap onder firma.
Dat een vennootschap onder firma civielrechtelijk als gevolg van een voortschrijdend inzicht sedert enige tientallen jaren een van het vermogen van de vennoten afgescheiden vermogen heeft, heeft in het verleden nimmer aanleiding gegeven om voor de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting het transparantie-beginsel terzijde te schuiven. De verklaring daarvoor moet hierin gevonden worden dat maten of vennoten aansprakelijk zijn voor

de schulden van de maatschap resp. vennootschap onder firma en dat zij de ultieme gerechtigden zijn tot de winst- en/of het verlies van de personenvennootschap. Op grond van de economische realiteit die aan de inkomsten- en vennootschapsbelasting ten grondslag ligt was ook vorenbedoelde evolutie in de civielrechtelijke benadering geen reden de winst van een personenvennootschap anders te belasten dan bij de gerechtigden. De civielrechtelijke nuance dat dit bij de maatschap anders ligt dan bij de vennootschap onder firma is van te geringe betekenis om een te onderscheiden fiscale behandeling te rechtvaardigen.
Ook het feit dat men civielrechtelijk niet rechtstreeks deelt in de opbrengsten en kosten van de vennootschap maar in de winst of het verlies en daaruit – mede afhankelijk van de inhoud van de overeengekomen regeling – niet rechtstreeks kan putten is van weinig belang. De maatschap en de vennootschap onder firma blijft immers, ondanks het gewijzigde inzicht van de civilisten een op persoonlijke samenwerking gerichte samenwerkingsvorm waarbij de maten resp. de vennoten het economisch belang resp. de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid onmiddellijk aangaat. Het transparantiebeginsel geldt fiscaal ongeacht of de maten resp. vennoten natuurlijke personen zijn danwel zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting of een combinatie daarvan.
Op een aantal uitzonderingen kom ik hierna nog terug.

2.1.2 De commanditaire vennootschap

Sedert de inwerkingtreding van de Wet IB 2001 worden de vennoten in een commanditaire vennootschap op een van ondernemers te onderscheiden wijze in de heffing van inkomstenbelasting betrokken.

Ingevolge artikel 3.2 Wet IB 2001 wordt als belastbare winst uit onderneming aangemerkt:

> '.....het gezamenlijk bedrag van de winst die de belastingplichtige als *ondernemer* geniet uit een of meer ondernemingen ..... verminderd met de ondernemersaftrek .....'

Blijkens artikel 3.4 Wet IB 2001 wordt als ondernemer aangemerkt:

> '..... de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming'.

De commanditaire vennoot zal – bijzondere gevallen daargelaten – niet aansprakelijk zijn voor alle verplichtingen van de vennootschap maar slechts tot

het bedrag van zijn kapitaalinbreng en is derhalve voor de heffing van inkomstenbelasting niet als ondernemer aan te merken.
De commandiet wordt niettemin voor het door hem behaalde voordeel belast in Box I omdat in artikel 3.3. lid 1, letter a Wet IB 2001 *mede* als belastbare winst uit onderneming wordt aangemerkt:
'de winst die de belastingplichtige, anders dan als ondernemer of aandeelhouder als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming geniet uit een of meer ondernemingen.....'.

Het gevolg hiervan is dat de commandiet wel winst uit onderneming geniet, doch uitgesloten wordt van fiscale ondernemersfaciliteiten die vooral gerelateerd zijn aan het verrichten van arbeid. De wet maakt het mogelijk dat ook de medegerechtigden tot het vermogen van een onderneming van bepaalde investeringsfaciliteiten[3], zoals bijvoorbeeld de willekeurige afschrijving op films[4], de zogeheten filminvesteringsaftrek[5] en de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek.[6] Voor de commandiet geldt overigens een beperking van het maximaal fiscaal in aanmerking te nemen verlies tot het bedrag van het ingebrachte vermogen, waarin investeringsfaciliteiten onzes inziens ten onrechte worden meegenomen.[7]

2.2 *De afgrenzing tussen aan inkomsten- en vennootschapbelasting onderworpen subjecten*

2.2.1 Belastingplicht in de vennootschapsbelasting; rechtspersoonlijkheid

In de inkomstenbelasting worden natuurlijke personen belast voor het door hen genoten inkomen. De vennootschapsbelasting daarentegen belast niet-natuurlijke personen. Behalve rechtspersonen zijn dat een aantal samenwerkingsverbanden die zodanig verzelfstandigd zijn ten opzichte van de participanten dat ze op een lijn gesteld moeten worden met de kapitaalvennootschappen en andere vennootschapsbelastingplichtigen.
Als voorbeelden zijn te noemen: de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, indien en voor zover die een onderneming drijft, het fonds voor gemene rekening waarbij sprake is van verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid en sprake is van verhandelbaarheid in die zin dat voor de vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist. Ook de open com-

3 Artikel 3.40 Wet IB 2001.
4 Artikel 3.33 Wet IB 2001
5 Artikel 3.42b Wet IB 2001.
6 Artikel 3.41 Wet IB 2001.
7 Artikel 3.9 Wet IB 2001

manditaire vennootschap behoort tot de vennootschapsbelastingplichtigen. Deze laatste categorie werd in de Wet Vpb'69 opgenomen bij gelegenheid van de Wet van 28 mei 1975 Stb. 277 tot afschaffing van de commanditaire vennootschap op aandelen. De rechtsfiguur kan echter ook al is zij niet geregeld in het civiele recht niettemin voorkomen. Ratio van de belastingplicht in de vennootschapsbelasting is dat in geval het kapitaal van een commanditaire vennootschap verdeeld is in aandelen en deze (nagenoeg) vrij verhandelbaar zijn in die zin dat voor de toetreding of uittreding niet de toestemming van alle vennoten is vereist, een dergelijke rechtsvorm op een lijn gesteld moet worden met een kapitaalvennootschap. Het aspect van de rechtspersoonlijkheid speelt ook een rol bij de formulering van de belastingplicht. Naast de rechtsvormen opgesomd in artikel 2, lid 1, letters a, b en c van de Wet Vpb'69 waarin de meest gebruikelijke rechtsvormen gericht op ondernemingsactiviteiten zijn opgesomd, worden onder letter d van evenbedoeld artikellid nog tot belastingplichtig subject verklaard:
'hiervoor niet genoemde verenigingen en andere dan publiekrechtelijke *rechtspersonen*, indien en voor zover zij een onderneming drijven'.

Blijkens de wetsgeschiedenis werd deze bepaling ingegeven 'door de wenselijkheid om alle door lichamen gedreven ondernemingen in de belasting te betrekken ongeacht in welke rechtsvorm dat lichaam is gehuld'. Bij de 'hiervoor niet genoemde ..... rechtspersonen' onder meer gedacht aan een belastingplicht voor uit
'het oud-vaderlands recht stammende associaties van personen of van kapitaal, die niet uitdrukkelijk zijn omschreven in het geldende recht.'[8]
Uiteraard moet dit geplaatst worden tegen de achtergrond van de verzelfstandigingsbenadering die aan de belastingplicht van de vennootschapsbelasting ten grondslag ligt.

2.2.2 Nadere afbakening

Voor de formulering van de belastingplicht in de vennootschapsbelasting zocht de wetgever zoveel mogelijk aansluiting bij destijds in het burgerlijk recht bekende rechtsfiguren, zonder die altijd volledig te omschrijven. Zo werd bij de totstandkoming van de Wet Vpb'69 tot de belastingplichtigen gerekend 'andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'. De Hoge Raad heeft dit later aldus gepreciseerd dat ten aanzien van een dergelijke vennootschap tevens sprake moet zijn van de voldoening aan de eis voor verhandelbaarheid, zonder toestemming van alle vennoten.[9] Een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal waarbij

---

8 Memorie van antwoord, wetsvoorstel 6000, p. 8, linker kolom.
9 Hoge Raad 24 november 1976, BNB 1978/13 met noot Meering.

de vennoten hun aandelen alleen kunnen vervreemden met instemming van alle vennoten is derhalve geen belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting. Daarmee werd verder benadrukt dat het element van de verzelfstandiging van de onderneming van de vennootschap ten opzichte van de vennoten, met name tot uitdrukking komend in de verhandelbaarheid van de aandelen, het leidende principe is.
De verhouding tussen toerekening aan de vennoten danwel de verzelfstandiging en daarmee de omvang van de subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting kwam bij de parlementaire behandeling van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 aan de orde in de nota waarin een aantal wijzigingen van belangrijke keuzes van de wetgever ten opzichte van de eerder ingediende voorstellen werd toegelicht.[10] Bij de bespreking van de (verworpen) gedachte om te komen tot invoering van een ondernemingswinstbelasting, een belasting die wordt geheven van ondernemersactiviteiten ongeacht de rechtsvorm, werd omtrent het onderscheid tussen de aan vennootschapsbelasting onderworpen NV en de ondernemer natuurlijk-persoon het volgende opgemerkt:
'Bij de belastingheffing toch gaat het om een waardering van de geconstateerde maatschappelijke verschijnselen naar de financiële betekenis, welke zij voor de daarachter staande personen hebben. Met het verwijt, dat de fiscus louter op een verscheidenheid in vorm een verschil in fiscale behandeling zou baseren, verliest men met name uit het oog, dat, in het algemeen gesproken, de naamloze vennootschap verschijningsvorm is van een juridisch en economisch zelfstandige onderneming, welke haar bestaan in het maatschappelijke verkeer leidt los van de persoon van de individuele kapitaalverschaffer. In de praktijk is deze zelfstandigheid van de naamloze vennootschap ten opzichte van haar aandeelhouders veelal zelfs groter dan de wettelijke regeling in ons vennootschapsrecht zou doen vermoeden. In deze zakelijke sfeer van gescheidenheid tussen ondernemer en kapitaalverschaffers presenteert zich de winst van de rechtspersoon als een zelfstandig eindresultaat van bedrijvigheid in het maatschappelijk verkeer. Dit financiële resultaat behoort aan de collectiviteit van veelal naamloze kapitaalverschaffers en alleen deze collectiviteit heeft hierover de volledige beschikkingsmacht. Tot de vennootschapswinst heeft de individuele aandeelhouder geen acces dan voor zover een uitdrukkelijke daad van de vennootschap, handelende door haar organen hem een deel daarvan uitkeert en tot inkomen transformeert'.

De in het slot van deze passage vermelde leer van het 'uitdelingsbesluit' is daarna in de uitvoeringssfeer van het Ministerie van Financiën op enig tijd-

10 Kamerstuk 5380, 6000, Zitting 1959-1960, nr. 9 p. 15-16.

stip na de inwerkingtreding van de Wet IB'64 mede tot leidraad genomen bij het onderscheiden tussen transparante en niet-transparante subjecten. Daarbij werd naar mijn mening uit het oog verloren dat bij de vraag naar de toerekening aan de achterliggende gerechtigde het criterium van de verzelfstandiging van het subject ten opzichte van zijn substraat de basis voor de belastingplicht in de vennootschapsbelasting was geweest en dat deze fundamentele keuze niet op deelterreinen anders gemaakt kan worden zonder de wet innerlijk inconsistent te maken.

Het (moeten) nemen van een uitdelingsbesluit kan een aanwijzing zijn voor de aanwezigheid van een verzelfstandigd lichaam, maar beslissend kan dit niet zijn, evenmin als dat met de loutere aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid het geval is. Met Van Kempen ben ik geneigd te spreken van een criterium dat ten onrechte opgeld heeft gedaan.[11]

Met dit standpunt werd ook Maeijer geconfronteerd blijkens de opmerking in de door hem geformuleerde vraagpunten naar aanleiding van het ontwerp van wet betreffende de (personen)vennootschap.[12]

Het heeft nog enige jaren gekost alvorens Financiën op zijn schreden terugkeerde. Dit gebeurde bij de behandeling van het voorstel van Wet inkomstenbelasting 2001 alwaar aan de orde was de vraag naar het ondernemersbegrip. Deze vraag speelde in het bijzonder bij het voor Box I resp. Box III te maken onderscheid tussen de behandeling van degenen die in de ondernemerssfeer belast moeten worden (over de werkelijke opbrengst naar een progressief tarief van maximaal 52 procent) en degenen die als beleggers behandeld worden en waarvoor de inkomsten forfaitair bepaald worden (vier procent van de waarde in het economische verkeer) en naar een proportioneel tarief (van 30 procent).

'Zoals in het algemene deel is uiteengezet, vragen achtergrond en opzet van een herzien stelsel – in het bijzonder de invoering van het forfaitair rendement – om een fiscaal ondernemersbegrip dat recht doet aan de economische werkelijkheid. Dit betekent dat een nieuwe afbakening van het ondernemersbegrip ten opzichte van andere inkomenscategorieën wenselijk is. Slechts degenen die kunnen worden aangemerkt als ondernemers in economisch en maatschappelijk opzicht, dienen fiscaal als ondernemer te worden aangemerkt. Personen die in feite beleggers zijn, dienen onder Box III te vallen.

In dat verband wordt voorgesteld om het ondernemersbegrip te beperken tot personen voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die bovendien tegenover zakelijke crediteuren aansprakelijk zijn voor de schulden van de onderneming. Pas in deze situatie is sprake van het lopen van een

---

11 M.L.M. van Kempen, Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht, dissertatie, 1999, p. 69-70

12 Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' van 6 november 1998, bijlage 1, p.5.

werkelijk ondernemersrisico. Bij ondernemingen die in de vorm van een eenmanszaak worden gedreven, zal de kwalificatie tot ondernemer geen problemen opleveren. De belastingplichtige is dan immers volledig aansprakelijk voor de schulden van zijn onderneming. Wordt de onderneming in de vorm van een samenwerkingsverband gedreven, dan zullen de belastingplichtigen die voor schulden van het samenwerkingsverband aansprakelijk zijn, als ondernemer kwalificeren. Bij samenwerkingsverbanden als maatschappen en vennootschappen onder firma zullen doorgaans alle participanten als ondernemer kwalificeren'.[13]

In afwijking van het oorspronkelijke voorstel van wet werd de commandiet later toch uit Box III verwijderd en bij wege van fictie in de belastingheffing voor ondernemers betrokken (Box I). Dit doet er echter niet aan af dat het onderscheid tussen ondernemers en beleggers kwam te liggen bij de vraag naar de aansprakelijkheid voor de verbintenissen van de vennootschap. Is hoofdelijk aansprakelijk de vennoot dan is hij ondernemer; is de aansprakelijkheid beperkt tot het in de vennootschap aanwezige vermogen dan is van (fiscaal) ondernemerschap van de gerechtigde geen sprake. Hiermee correspondeert ook het onderscheid tussen wel en niet vennootschapsbelastingplichtige ondernemingsactiviteiten. Is de kapitaalverschaffer aansprakelijk voor de verbintenissen van het samenwerkingsverband dan is hij de rechtstreeks economisch gerechtigde tot het resultaat en zal hij er voor belast worden. Is hij beperkt aansprakelijk dan zal het samenwerkingsverband als zodanig in de heffing betrokken worden en is de kapitaalverschaffer slechts belegger. In die benadering is de leer van het uitdelingsbesluit van geen enkel belang. Naar mijn mening heeft de hiervoor vermelde stellingname van de wetgever de weg vrijgemaakt voor de in punt 1 vermelde passage in de memorie van toelichting dat fiscale transparantie ten aanzien van personenvennootschappen zal gelden, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten.

2.3 Andere fiscale aspecten van personenvennootschappen

2.3.1 HET TRANSPARANTIE-BEGINSEL.

Het transparantie-beginsel brengt met zich mee dat de vennoot voor zijn aandeel in de vennootschappelijke winst belast wordt en dat deze winst gesaldeerd wordt met eventuele winst of verlies uit andere ondernemingen van de

13 Kamerstukken II 26 727, Memorie van toelichting nr. 3, p. 92.

vennoot, ongeacht of dit een natuurlijk persoon is of een aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen subject.[14]
Dit verklaart in belangrijke mate, naast andere toepassingen, de aantrekkelijkheid van personenvennootschappen als joint venture instrument. Het voorkomt dat er als gevolg van de onmogelijkheid om een fiscale eenheid aan te gaan tussen een joint venture BV en verschillende moedermaatschappijen 'winst of verlieseilanden' ontstaan waardoor het totaal van de belastingheffing in enig jaar uitkomt op een hoger bedrag dan de som van de behaalde resultaten van de verschillende bedrijfsonderdelen aangeeft. De transparante personenvennootschap komt dan tegemoet aan de belangentegenstellingen op fiscaal terrein tussen de vennoten. In geval een joint venture gedreven wordt in de vorm van een BV zullen de winst of het verlies alleen binnen de vennootschap zelf tot belastingheffing kunnen leiden.
Bij een vennootschap onder firma wordt de winst uiteraard in de heffing betrokken maar dan als onderdeel van het door ieder van de vennoten behaalde fiscale resultaat. Verliezen van de joint venture zullen dan in het desbetreffende jaar gecompenseerd kunnen worden met eventuele winsten uit andere activiteiten van ieder van de vennoten. Maar ook het omgekeerde kan zich voordoen: de joint venture maakt winst maar de vennoten beschikken over fiscale verliezen. Ook in dit geval leidt de tranparantieregel tot een snellere benutting van verliescompensatie.
Het principe dat, binnen een fiscaal jaar, verliezen en winsten bij een belastingplichtige met elkaar vermengd worden, en eventueel compensatie plaatsvindt met verliezen of winsten uit het verleden is zowel in inkomsten- als vennootschapsbelasting onomstreden.
Van de aan de vennootschapsbelasting onderworpen subjecten is dat vanzelfsprekend omdat er geen enkele grond is om de winst van bijv. een NV of BV op te splitsen per bedrijfsonderdeel. Voor de inkomstenbelasting zou men daar anders over kunnen denken omdat voor die belasting het uitgangspunt is dat het belastbaar object volgens de bronnentheorie bepaald wordt. Verschillende ondernemingen van een (natuurlijk) persoon vormen even zovele bronnen met als gevolg dat het overbrengen van een bedrijfsmiddel van de ene onderneming naar een andere onderneming (van dezelfde persoon) behandeld wordt als een verkoop tussen van elkaar onafhankelijke derden.

---

[14] Zie in dit verband artikel 8 lid 3 Wet Vpb'69 (dat werd opgenomen ingaande 2001) . 'Indien een onderneming niet voor rekening van de belastingplichtige wordt gedreven, maar de belastingplichtige, anders dan als aandeelhouder, mede gerechtigd is tot het vermogen van die onderneming, wordt de winst van die onderneming rechtstreeks door de belastingplichtige genoten'. Deze bepaling werd kennelijk noodzakelijk geacht in samenhang met de uitsluiting van de commandiet als ondernemer in de vennootschapsbelasting. De fictie dat het door hem behaalde voordeel bij wege van fictie als ondernemingswinst belast wordt, wordt bij deze fictie weer gecorrigeerd! Over eenvoud gesproken.

In een dergelijke benadering past dat ook winsten en verliezen van de verschillende ondernemingsactiviteiten van één persoon niet met elkaar vermengd zouden worden, resp. dat verliescompensatie in de tijd alleen kan plaatsvinden in zoverre het winsten en verliezen van dezelfde ondernemingsactiviteit betreft. De wetgever heeft evenwel nog niet gevolgd. Op grond van het draagkrachtkarakter van de inkomstenbelasting is de inkomstenbelasting in Box I zo gestructureerd dat winsten en verliezen uit verschillende ondernemingsactiviteiten van de belastingplichtige met elkaar gesaldeerd kunnen worden. Ook de compensatie van verliezen naar het verleden (carry back) of naar toekomstige jaren is in dit opzicht niet aan beperkingen onderworpen.[15]
De transparantieregel heeft ook nog andere gevolgen. Zo gaat het oorspronkelijke karakter van inkomsten genoten in een personenvennootschap niet verloren, hetgeen vooral in de sfeer van de vennootschapsbelasting tot uiting komt. Stel dat een joint venture dividend geniet dan zal de aan vennootschapsbelasting onderworpen partner in een voorkomend geval voor zijn aandeel in dat dividend aanspraak kunnen maken op toepassing van de deelnemingsvrijstelling. In de inkomstenbelasting heeft dit verschijnsel door de box-constructie en de werking van de bronnentheorie minder betekenis.

2.3.2 TRANSPARANTIE EN SUBJECTBENADERING

Inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt geheven van een bepaalde persoon. Belastingheffing over de winst van personenvennootschappen bij de

---

15 Dit principe is niet overal meer vanzelfsprekend. Recent is in de Bondsrepubliek Duitsland een wetsvoorstel ingediend op grond waarvan de compensatie van verliezen voor ondernemingen aanzienlijk beperkt wordt. In het kader van de zgn. Organschaft, die een vergelijkbaar gevolg heeft als de fiscale eenheid in ons land, is bepaald dat de zgn. Mehrmütterorganschaft (verschillende moedermaatschappijen kunnen met één vennootschap een fiscale eenheid aangaan) niet langer is toegestaan. In het verlengde daarvan is bepaald voor inkomsten- en vennootschapsbelasting: 'Verluste aus stillen Gesellschaften und stillen (unter)Beteiligingen an Kapitaalgesellschaften sind nur noch mit Gewinnen aus der selben Beteiligung verrechenbar. Die Regelung dient der Absicherung der Afschaffung der zgn. Mehrmüttergesellschaft nach §14 Abs.1 nr. 2 und Abs. 2 KStG. Die mit der zgn. Mehrmütterorganschaften verfolgten Ziele können factisch auch durch Innengesellschaften, insbesonderen a-typische stille Gesellschaften, oder Unterbeteiligungen erreicht werden. Diese Umgehungsmöglichkeit wird durch die vorgeschlagenen Körperschaftsteuerrechtlichen Neureglungen nicht hinausreichend ausgeschlossen. Dieses Ziel wird durch die Ergänzung des § 15 Abs. 4 und § 20Abs. 1 nr. 4 ESTG erreicht'. (Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmereglungen; St. Verg. Abs. G zoals opgenomen in de Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, Drucksache 15/480 d.d. 19-2-2003 der Deutscher Bundestag. De desbetreffende wet werd op 11 april 2003 door de Bundestag en de Bundesrat goedgekeurd.
Het valt ook in de structuur van de duitse belastingwetgeving moeilijk in te zien dat vermenging van winsten en verliezen van verschillende ondernemingsactiviteiten bij een persoon als een ongerechtvaardigde fiscale begunstiging gezien zou moeten worden.

vennoten houdt – met inachtname van het transparantiebeginsel – in dat de vraag naar de omvang van het ondernemersvermogen beoordeeld wordt vanuit de persoon van de belastingplichtige. Vooral voor aan inkomstenbelasting onderworpen subjecten heeft dit betekenis. Worden zaken of goederen niet ingebracht in een personenvennootschap maar zijn zij wel dienstbaar aan de onderneming van die vennootschap, bijv. doordat het gebruik ervan wordt ingekocht, dan worden zij tot het fiscaal verplichte ondernemingsvermogen gerekend.[16]

Eveneens volgt uit het subjectgerichte stelsel van belastingheffing dat iedere vennoot zijn eigen winstbepalingsstelsel mag kiezen en – in theorie – een ten opzichte van de andere vennoten afwijkend afschrijvingsstelsel, voorraad-waarderingsstelsel of keuze voor toepassing van fiscale reserves kan maken. Dezelfde vrijheid geldt bij de keuze van de rechtsvorm. Een vennoot in een personenvennootschap kan er voor kiezen zijn aandeel daarin in te brengen in een NV of BV, zonder dat de andere vennoten genoodzaakt zijn datzelfde te doen. Niet meer van belang is of de overdrager gebruik maakt van de zgn. geruisloze fiscale overgang danwel dat de omzetting in een BV/NV fiscaal tegen de waarde in het economische verkeer wordt afgerekend.

2.3.3 Subjectbenadering, inbreng in en vervreemding van een vennootschappelijk aandeel

Inbreng van geld en goederen resp. arbeid en tijd in een vennootschap onder firma of maatschap zal in het algemeen geen fiscale gevolgen hebben voor de inbrengers. Een uitzondering doet zich voor indien het ingebrachte activa behoort tot het fiscaal ondernemingsvermogen en de inbreng tegen een hoger bedrag dan de tot dan toe geldende fiscale boekwaarde wordt gewaardeerd. Bij omzetting van een eenmanszaak in een vennootschap onder firma leidt de inbreng tegen een hoger bedrag dan de voor de inbrenger geldende boekwaarde tot zgn. stakingswinst voor het deel van het activum dat aan de toetreder toekomt en tot zgn. herwaarderingswinst voor zover voor de oorspronkelijke ondernemer zijn belang bij dat activum behouden blijft. Om deze laatste consequentie te ontlopen worden verschillende technieken gebruikt. Zo kan inbreng van bijv. onroerende zaak plaatsvinden met voorbehoud van stille reserves, ten behoeve van de inbrenger al dan niet tot een bepaald maximum dat niet gefixeerd is. Inbreng van een activum, bijv. goodwill kan ook plaatsvinden tegen de boekwaarde (veelal nihil) met vergoeding van de waarde daarvan in de vorm van een hoger winstaandeel voor de inbrenger. Eveneens is het mogelijk dat inbreng van een bedrijfsmiddel

[16] De term buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen is hiervoor gangbaar.

plaatsvindt tegen de fiscale boekwaarde en waarbij de toetredende vennoot de verkregen meerwaarde vergoedt aan de inbrenger of zittende vennoten buiten de boeken van de (personen)vennootschappen om. De toetredende vennoot zal het desbetreffende bedrag activeren in zijn persoonlijke fiscale balans en vervolgens afschrijven. De overdragende vennoot zal het ontvangen bedrag als stakingswinst verantwoorden. Gemeenschappelijke drijfveer achter deze verschillende methoden is om de heffing van belasting zoveel mogelijk uit te stellen totdat de meerwaarde in geld ontvangen wordt. Daarbij is het soms noodzakelijk om een fiscaal voordeel te behalen commerciële risico's te lopen.

Iedere vennoot wordt belast voor zijn aandeel in de vennootschap. Daarbij geldt de economische benadering als toedelingsregel. De goederenrechtelijke positie van een activum is niet van belang; beslissend is de vraag naar de winstgerechtigdheid daarin. Met als uitgangspunt deze economische benadering zal een verschuiving in de winstgerechtigdheid overdracht van de met het verschoven winstaandeel corresponderende stille reserves inhouden. Indien daarvoor in zakelijke verhoudingen geen vergoeding verschuldigd wordt, is in zoverre niets te belasten bij de overdrager en kan de verkrijger niets in zijn fiscale balans activeren. De fiscus zal van geval tot geval toetsen of de vergoeding voor verschoven stille reserves en/of goodwill bepaald is op zakelijke gronden. Is dat niet het geval, bijv. in familieverhoudingen, dan zal de belastingheffing bij de overdrager en de ondernemer plaatsvinden als ware er een overdracht tussen van elkaar onafhankelijke partijen. Ten onrechte niet in rekening gebrachte vergoeding voor goodwill en/of stille reserves zal dan, ook zonder dat betaling heeft plaatsgevonden, in de belastingheffing betrokken worden.
Bij vervreemding van het vennootschapsaandeel staakt de uittredende vennoot zijn ondermeming en zal de waarde in het economische verkeer van zijn aandeel (in het algemeen de ontvangen contraprestatie) in het belastbaar inkomen begrepen worden. Dit is anders indien het aandeel van de vennoot wordt omgezet in een commanditair aandeel. Van een staking is dan geen sprake. Ook het geval dat een personenvennootschap wordt ontbonden waarbij ieder van de vennoten een evenredig deel van de activa en passiva (met stille reserves) toebedeeld krijgt, wordt niet als realisatie van die stille reserves aangemerkt. Alleen eventuele toebetalingen bij die splitsing worden in de heffing betrokken.[17]
Heffing van belasting wordt eveneens uitgesteld van het tijdstip van overdracht naar het tijdstip van realisatie van de desbetreffende baten indien het vennootschappelijk aandeel wordt overgedragen tegen een winstrecht.

17 Zie arrest Hoge Raad 24 juni 1959, BNB 1960/1.

Doorschuiving van een onderneming(s-gedeelte) met stille reserves en/of goodwill naar een andere persoon bij levering zonder fiscale afrekening is in bepaalde gevallen ook mogelijk. Artikel 3.63 Wet IB 2001 stelt als eis dat de overdrager gedurende 36 maanden voorafgaand aan de overdracht deel uitmaakte van een samenwerkingsverband met de overnemer en in die periode in fiscale zin winst uit onderneming heeft genoten, danwel in die periode als werknemer werkzaam is geweest in de desbetreffende onderneming. Om de fiscus niet tekort te doen treedt de overnemer fiscaal in de plaats van degene die de onderneming heeft overgedragen.
Indien en voor zover sprake is van het behalen van stakingswinst bij het staken van de gehele onderneming is (tijdelijk) nog de (verhoogde) stakingswinstvrijstelling van toepassing.[18]
Voorts bestaat de mogelijkheid tot het bedingen van een bijzondere lijfrente[19] waarbij de hoogte voor de stakingslijfrente afhankelijk is van de leeftijd van de overdragende ondernemer.

2.3.4 Overlijden van een vennoot

Voor de heffing van inkomstenbelasting bij overlijden van een vennoot was tot 2001 van belang of overdrachtswinst werd genoten danwel overlijdenswinst. In het eerste geval werd de winst belast naar het hoge bijzondere tarief van 45 procent. In het tweede geval naar het lage proportionele tarief van 20 procent. Beslissend voor de vraag of sprake was van overdrachtswinst danwel van overlijdenswinst was de vraag of het uittreden van de overledene plaatsvond bij zijn overlijden (verblijvingsbeding), danwel of het firma-aandeel eerst overgaat naar de erfgenamen die het vervolgens kunnen overdragen aan andere vennoten (overnemingsbeding). Veelal stuit het op bezwaren bij vennoten als er geen zekerheid is omtrent de vraag of de erfgenamen het firma-aandeel na overlijden zullen aanbieden waardoor de situatie kan ontstaan dat een door de zittende vennoten ongewenste toetreder deel van de vennootschap gaat uitmaken. Andersom is het voor de erfgenamen van de overledene niet aangenaam om in onzekerheid te verkeren over de vraag of de mede-vennoten het aandeel van de overledene wel zullen overnemen en tegen welke condities dat plaatsvindt. Om zekerheid te verkrijgen en toch het overlijdenstarief deelachtig te worden werd in de praktijk het verblijvingsbeding met vertraagde werking geïntroduceerd. Op grond van een dergelijk beding gaat het firma-aandeel van de overledene over naar de erfgenamen waarna het enige tijd daarna wordt overgedragen aan de dan zittende vennoten.

---

18 Art. 3.79 Wet IB 2001 resp. Hoofdstuk 2, art. 1, onderdeel B Invoeringswet IB 2001.
19 Art. 3.128 Wet IB 2001 (oudedagsreserve die wordt aangewend voor een lijfrente en art. 3.129 Wet IB 2001 (stakingslijfrente).

Bij het inwerkingtreden van de Wet IB 2001 verviel het onderscheid tussen overlijdenswinst en overdrachtswinst. Het onderscheid werd echter weer van belang met de invoering van artikel 25, lid 17 Invorderingswet 1990 op grond waarvan renteloos betalingsuitstel voor de termijn van 10 jaren mogelijk is voor 'belastingaanslagen betreffende de inkomstenbelasting die verschuldigd is bij staking door overlijden als bedoeld in artikel 3.58, eerste lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001.'[20]
Bij het overlijden van een vennoot zal op grond van wetsduiding de onderneming geacht worden te zijn overgedragen. Bij het overlijden van de echtgenoot van de in gemeenschap van goederen gehuwde ondernemer geldt deze fictie voor de helft van de onderneming. Derhalve zullen in die gevallen de stille reserves, goodwill resp. fiscale reserves belast worden.
Overigens is het ook onder vigeur van de Wet IB 2001 mogelijk in een aantal gevallen de belastingheffing over de stakingswinst te voorkomen met gebruikmaking van een doorschuiffaciliteit; te weten:

- indien en voor zover het vermogen van de (fiscale) onderneming van de overleden vennoot krachtens erfrecht of huwelijksvermogenrecht rechtstreeks toekomt aan een of meer personen die de onderneming rechtstreeks voortzetten of mede-voortzetten;
- indien en voor zover de overleden vennoot zijn (fiscale) onderneming bij zijn overlijden overdraagt aan een of meer medevennoten die gedurende 36 maanden voorafgaand aan zijn overlijden als vennoot deel uitmaakten van de vennootschap die hun winstaandeel als ondernemers in Box I fiscaal hebben genoten[21];
- indien en voor zover de (fiscale) onderneming van de overleden vennoot kort na diens overlijden door de erfgenamen wordt overgedragen aan een of meer medevennoten die onmiddellijk voorafgaand aan zijn overlijden, maar gedurende een tijdvak korter dan 36 maanden, als vennoot deel uitmaakten van de vennootschap en die hun winstaandeel genoten in de kwaliteit van ondernemer.[22] Achtergrond van deze wettelijke constructie (afrekening op grond van een fictie en vervolgens een faciliteit om de heffing achterwege te laten) is om de fiscale claims op het ondernemingsvermogen van de overledene niet verloren te laten gaan.

20 Zie ook artikel 5a Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 welke bepaling de ontvanger de bevoegdheid biedt nadere voorwaarden te stellen.(!)
21 Art. 3.62 Wet IB 2001.
22 Art. 3.63 Wet IB 2001, juncto art. 13a Uitvoeringsregeling Wet IB 2001

3. Fiscale aspecten van wetsvoorstel 28 746[23]

3.1 Algemeen

De staatssecretaris van Financiën is voornemens om de fiscale transparantie voor personenvennootschappen, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten te handhaven voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Daarmee is de fiscale angel, die zonder twijfel ook van groot belang is voor de civielrechtelijke regeling, uit het wetsvoorstel. Indien man-vrouw vennootschappen, ondervennootschappen in de agrarische sfeer, joint ventures, bouwcombinaties en in het algemeen maatschappen voor beoefenaars van een vrij beroep en vennootschappen onder firma voor het midden- en kleinbedrijf als gevolg van het toekennen van rechtspersoonlijkheid een fiscale sfeerverandering zouden ondergaan dan zou dat ingrijpende en voor het merendeel zeer onwenselijke gevolgen opgeroepen hebben. Immers niet de vennoten maar de vennootschap zou in de vennootschapsbelasting zelfstandig belastingplichtig geworden zijn. Dat levert voor kleinere ondernemingen in veel gevallen een drukverzwaring op. Als ondernemer natuurlijk persoon geniet men immers een aantal ondernemersfaciliteiten[24] die de effectieve belastingdruk verlagen. Voorts wordt de progressie gematigd doordat in geval de onderneming wordt gedreven door partners ieder een aandeel in de ondernemingswinst geniet. Invoering van een zelfstandige belastingplicht in de vennootschapsbelasting zou ongetwijfeld ingrijpende maatregelen oproepen om evenbedoelde drukverzwaring voor de vennoten langs andere weg (globaal gesproken) ongedaan te maken, een arbeidsbeloning voor de vennoten ten laste van het fiscaal resultaat aftrekbaar te maken etcetera. Als men deze maatregelen zou nemen dan zou men wellicht de drukverzwaring kunnen voorkomen maar dan nog zou het resultaat onwenselijk zijn omdat er een aanzienlijke verzwaring van de administratieve lasten zou ontstaan.

---

23 Zie voor andere commentaren:
- M.L.M. van Kempen, Het wetsvoorstel Titel 7.13 BW en de fiscale transparantie van personenvennootschappen, Weekblad voor fiscaal recht nr. 6517, p. 283-292;
- A.W.G. Lamers en A.J.A. Stevens; Overige fiscale aspecten van het wetsvoorstel ter vaststelling van Titel 7.13 BW, Weekblad voor fiscaal recht 6517, p. 293-299;
- P.H.J. Essers; Enkele fiscale aspecten van het Wetsvoorstel tot vaststelling van Titel 7.13 BW, WPNR nr. 6524, p. 259-266.

Zie voorts J.A. Booij, Fiscale consequenties van het wetsvoorstel rechtspersoonlijkheid personenvennootschappen, Weekblad voor fiscaal recht 6492, p. 1128-1136; alsmede M.L.M. van Kempen; Mogelijke gevolgen van de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan openbare personenvennootschappen, Weekblad voor fiscaal recht nr. 6320, p. 1787-1796 en haar dissertatie Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen, Tilburg 1999.

24 Zie paragraaf 3.2.4 Wet IB 2001, alwaar genoemd worden de zelfstandigenaftrek, de aftrek voor speur- en ontwikkelingswerk, de meewerkaftrek en de stakingsaftrek (art. 3.74 tm. 3.79 Wet IB 2001).

Daarop zit zeker in de sfeer van het midden- en kleinbedrijf niemand te wachten.
Ook voor de andere situaties waarin transparante samenwerkingsverbanden, zoals bij joint ventures en bouwcombinaties, zou het ontstaan van een zelfstandige vennootschapsbelastingplicht onwenselijke gevolgen hebben. In de vennootschapsbelasting is iedere juridische entiteit, en sommige andere verzelfstandigde samenwerkingsverbanden, belastingplichtig zonder dat -in beginsel- acht geslagen wordt op de omgeving waarin zo'n entiteit fuctioneert. Bij concerns kan dit er gemakkelijk toe leiden dat een discrepantie ontstaat tussen de geconsolideerde vennootschappelijke winst en het saldo van fiscale winsten van de verschillende groepsvennootschappen. Verliezen van een dochtermaatschappij zijn in beginsel slechts verrekenbaar met winsten van diezelfde vennootschap. De enige uitzondering ziet op het geval dat de fiscale eenheidsregeling van toepassing is.[25] De winst resp. het verlies van de dochtermaatschappij en de moedermaatschappij wordt dan geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige. Een fiscale eenheid is echter alleen toepasbaar indien de moedermaatschappij ten minste 95 procent van de juridische en economische eigendom van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal in de dochtermaatschappij bezit. Bij samenwerkingsverbanden in de vorm van een NV of BV zal naar zijn aard meestal aan deze eis niet voldaan worden. Samenwerking met behulp van een transparante rechtsvorm voorkomt de onwenselijke discrepantie op fiscaal terrein. Ook in internationaal verband wordt om deze reden vaak van transparante rechtsvormen gebruik gemaakt.[26] De handhaving van het transparantie-beginsel stemt tot tevredenheid omdat de hiervoor globaal geïnventariseerde nadelen vermeden worden. Die nadelige fiscale aspecten zouden vermoedelijk ook van invloed geweest zijn op de verdere ontwikkeling van de civielrechtelijke regeling. Denkbaar is dat rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschap bij het optreden van nadelige effecten in belangrijke mate gemeden zou worden en in plaats daarvan onduidelijke vormen van samenwerking in zwang zouden raken. Dit zou de helderheid van het maatschappelijk verkeer niet ten goede komen.
Nu de bewindslieden omtrent de toepassing van het transparantie-beginsel de principiële beslissing genomen hebben dienen in de Wet Vpb'69 enkele aanpassingen plaats te vinden.

---

25 Zie artikel 15 tot en met artikel 15aj Wet Vpb'69; de fiscale eenheidsregeling is in vernieuwde vorm in werking getreden op 1 januari 2003.

26 Gelet op de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke markt binnen de EU is het wenselijk om de fiscale discrepantie ten opzichte van de geconsolideerde jaarrekening zoveel mogelijk op te heffen. Zie in dit verband het rapport Bolkestein; Company taxation in the Internal Market (com.(2001) 582 (final) van 23 oktober 2001, alsmede het Consultation Paper van januari 2003 (Tax UD/C/1 Doc 2110 en het Consultation Document van februari 2003.

3.1.1 Rechtspersoonlijkheid en vennootschapsbelasting

Van oudsher zijn wij vertrouwd met de gedachte dat rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Omdat we ons bij de rechtspersoon veelal oriënteren op de NV en de BV wordt ook het bestaan van een uitdelingsbesluit als voorwaarde voor het uitkeren van winst in samenhang bezien met de rechtspersoonlijkheid. Dit is evenwel onjuist. De ene rechtspersoonlijkheid is niet gelijk aan de andere. Rechtspersoonlijkheid kan bestaan zonder dat sprake is van beperkingen in de aansprakelijkheid, resp. van de noodzaak van het nemen van een uitdelingsbesluit. Rechtspersoonlijkheid kan – zoals in het nader rapport bij wetsvoorstel 28746, p. 3 wordt betoogd – een juridische constructie zijn waaraan de wetgever naar behoefte een verschillende inhoud kan geven.[27] Rechtspersoonlijkheid is derhalve niet per definitie een grondslag van zelfstandige belastingplicht in de vennootschapsbelasting. Ook internationaal geldt deze gedachte. Zo is ten aanzien van het Europees Economisch Samenwerkingsverband in de desbetreffende Verordening voorgeschreven dat hoewel sprake is van rechtspersoonlijkheid van een beperkte aansprakelijkheid geen sprake is en dat de belastingheffing niet bij het EESV als entiteit moet plaatsvinden maar bij de afzonderlijke vennoten.[28]
Naar mijn mening moet de grens tussen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting dan ook niet uitsluitend gelegd worden bij de vraag naar de rechtspersoonlijkheid. Het enige juiste criterium is de vraag naar de al dan niet verzelfstandiging van de onderneming van het samenwerkingsverband ten opzichte van de vennoten. Die verzelfstandiging kan blijken uit het geheel van contractuele regels dat overeengekomen is in de relatie vennootschap en haar vennoten. Voor de OVR en a fortiori de openbare vennootschap (OV), zal dat niet snel denkbaar zijn nu Titel 7.13 blijkens het ontwerp art. 804 van dwingend recht is en het ontwerp van wet de mogelijkheid van een vrije overdracht van het vennootschapsaandeel als zodanig niet kent. Weliswaar is in de artikelen 806 lid 1 en artikel 807 van het ontwerp te lezen dat een vennoot niet kan beschikken over zijn aandeel in een bepaald goed of het aandeel in de goederen van de OVR maar dat dit uitzondering lijdt in geval van overdracht van zijn aandeel bij zijn opvolging. Dit houdt echter geenszins de mogelijkheid van vrije overdracht van het vennootschapsaandeel in, maar beperkt de tussentijdse beschikkingsmacht van de vennoten over de goederen van de vennootschap. Voor wat betreft het uittreden zal de

---

27 Zie ook J.W. Bellingwout; Zetelverplaatsing, dissertatie 1996, Nijmegen, p. 9-11.

28 Verordening nr. 2137/85 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985, Pb EGL 199/1, alsmede de Wet van 28 juni 1989 Stb. 245 tot uitvoering van bovengenoemde Verordening. Zie hierover A.L. Mohr en A.J.A. Stevens in Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen, hoofdstuk III, Deventer (losbladig).

vennoot gebonden zijn aan de beperkingen van het vennootschapscontract dat – bijzondere gevallen daargelaten – geen mogelijkheid tot vrije overdracht zal bieden. Verwezen wordt naar artikel 823 van het ontwerp welke bepaling stipuleert dat de opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot alleen kan met medewerking van alle vennoten, tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald.
Gelet op de huidige formulering van de belastingplicht in de vennootschapsbelasting is het wenselijk het bepaalde in artikel 2, lid 1, letter d Wet Vpb'69 met betrekking tot rechtspersonen te laten vervallen. Tevens zal de buitenlandse belastingplicht die zich onder meer uitstrekt tot niet in Nederland gevestigde verenigingen en andere rechtspersonen[29] een specifieke formulering dienen te krijgen waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat voor de hier bedoelde belastingplicht in Nederland de verzelfstandiging van de onderneming de toets vormt.

3.1.2 Verband met de deelnemingsvrijstelling; buitenlandse samenwerkingsverbanden

De afbakening tussen transparante en niet-transparante lichamen speelt ook verder bij de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting een rol. Bij buitenlandse samenwerkingsvormen rijst de vraag of de fiscale kwalificatie beïnvloed wordt door de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid, bepalingen in de aansprakelijkheid van de deelnemers in dat samenwerkingsverband en eventueel de eis van het nemen van een uitkeringsbesluit om tot winstuitkering te komen. In de inkomstenbelasting heeft het onderscheid belang bij de vraag of belastingheffing plaatsvindt in Box I, II of III. Voor een ondernemer-natuurlijk persoon zal ten aanzien van een buitenlandse niet-transparante rechtsvorm het netto behaald voordeel (positief of negatief) onderdeel vormen van de winst uit onderneming, ongeacht de vraag of in het buitenland al belasting geheven is over de winst van die rechtsvorm. Is sprake van transparantie dan zal bij aanwezigheid van een vaste inrichting in het buitenland op grond van het desbetreffende verdrag resp. het Besluit Voorkoming Dubbele belasting[30], de buitenlandse winst in de Nederlandse grondslag worden begrepen doch een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting worden verleend. Per saldo gaat het om de vraag of al dan niet dubbele belastingheffing optreedt.
Een vergelijkbare problematiek doet zich voor voor natuurlijke personen die hun participatie in de buitenlandse rechtsvorm niet houden in het kader van een onderneming. De desbetreffende participatie kan dan al naargelang de

29 Artikel 3 aanhef en letter a Wet Vpb'69.
30 Besluit Voorkoming Dubbele belasting 2001; Besluit 21 december 2000, Stb. 642.

omvang van het belang (5 procent of meer) belast worden in Box II (aanmerkelijk belang) of Box III (inkomsten uit sparen en beleggen) danwel in Box I (met vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting van de in de grondslag begrepen winst).
In de vennootschapsbelasting is de vraag: moet de participatie in de buitenlandse rechtsvorm gerekend worden tot de deelnemingen, waarop de vrijstelling van art. 13 tot en met art. 13k Wet Vpb'69 van toepassing is danwel is sprake van een mede voor rekening van de belastingplichtige in het buitenland gedreven ondernemingsactiviteit waarvan het resultaat in de binnenlandse grondslag begrepen is, maar waarvoor een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting danwel het Besluit Voorkoming Dubbele belasting 2001. De fiscale dimensie zit hier vooral in de vraag of eventuele verliezen eerder of later in aanmerking genomen kunnen worden.
Rechtspraak over dit onderscheid is betrekkelijk schaars.[31] De kwestie is niettemin van groot praktisch belang. Naar aanleiding van een beslissing van het Hof Amsterdam inzake de rechtstreekse gerechtigdheid van een vennoot in een Franse société en nom collectief[32] heeft de staatssecretaris van Financiën bij Besluit van 18 september 1997 nr. DG097/00417, BNB 1998/15 een algemeen toetsingskader gegeven. De vraag of een participant rechtstreeks inkomsten danwel inkomsten uit aandelen geniet is afhankelijk van de vraag of al dan niet (cumulatief) voldaan is aan de volgende criteria:

1. is een uitdelingsbesluit nodig om de resultaten bij de participanten te doen komen;
2. zijn de participanten beperkt aansprakelijk voor de schulden;
3. is het samenwerkingsverband zelf eigenaar van de bestanddelen van het ondernemingsvermogen;
4. zijn de participaties vrij verhandelbaar;
5. is sprake van een in aandelen verdeeld kapitaal;
6. is het samenwerkingsverband zelfstandig aan de heffing van winstbelasting onderworpen?

Uit de bij deze criteria gegeven toelichting blijkt dat besluitgever zich niet uitsluitend oriënteerde op de vraag of bij aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid bij het buitenlandse samenwerkingsverband sprake is van een voldoende verzelfstandigd lichaam, maar ook als dat niet het geval was allerlei omstandigheden mee liet tellen bij beantwoording van bovenvermelde vraag. Vooral die extra eisen zijn er naar mijn mening met de haren bijgesleept en is daarvoor geen goede rechtvaardiging in de wet te vinden. Nu de wetgever

---

31 Zie onder meer Hoge Raad 9 juli 1999, BNB 1999/390 met noot R.J. de Vries inzake de plicht tot verliesaanzuivering door vennoot in een GmbH und CoKG.
32 Hof Amsterdam 4 januari 1995, nr. 93/1467, vermeld in Infobulletin 95/315.

ook bij aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid resp. het vereiste van een uitdelingsbesluit om te komen tot winstuitkering dit niet meer ziet als beletselen voor fiscale transparantie, ligt het voor de hand dat het Besluit van 18 september 1997 ingetrokken wordt. In plaats daarvan dient de toets uitsluitend gelegd te worden bij het fiscale verzelfstandigingscriterium.[33] Dat lost veel problemen van dubbele belastingheffing in internationaal verband op.[34] In de grote variatie aan buitenlandse rechtsfiguren valt uiteraard niet uit te sluiten dat er tussen ka en schip vallen. Met belangstelling wordt bijvoorbeeld uitgezien naar het antwoord op de vraag of de Amerikaanse limited liability Company voor de Nederlandse fiscale behandeling, al dan niet als transparant is te beschouwen.[35] Deze rechtsfiguur heeft immers rechtspersoonlijkheid maar de vennoten zijn niet hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap.

3.2 Het winstoogmerk.

Artikel 800 (ontwerp) bepaalt dat vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten welke samenwerking gericht is op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten ….. enz.
Het gericht zijn op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel is blijkens de Memorie van Toelichting p. 7 essentieel, maar het winstoogmerk wordt juridisch niet relevant geacht. Het voordeelscriterium is met name opgenomen om de vennootschap te onderscheiden van de vereniging. Ook besparing van kosten wordt tot de vermogensrechtelijke voordelen gerekend. Ook een maatschap of vennootschap die zich ten doel stelt het beleggen van vermogen voor de vennoten zal op grond van deze criteria geldig kunnen bestaan. Voor de openbare vennootschap gelden andere vereisten.[36] Zo dient die vennootschap o.a. gericht te zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf. De meeste belastingwetten zijn georiënteerd op ondernemingsactiviteiten in materiële zin, waarbij de meest gebruikelijke definitie uitgaat van

---

33 Zie ook Wet van 25 april 1990, Stb. 173, Memorie van Antwoord Tweede Kamer p. 37-38 en de Nota naar aanleiding van het Eindverslag p. 13.

34 Zie ook het OESO-rapport: The application of the OECD Model Tax convention to Partnerships, in Issues in international taxation nr. 6, 1999. Voor een enigszins gedateerd overzicht van de fiscale behandeling van personenvennootschappen in een aantal landen wordt verwezen naar Cahier de droit fiscal, Volume LXXXA, Kluwer (1995). International tax problems of partnerships, alsmede naar A.H.M. Daniëls, Issues in international partnerships taxation, dissertatie 1992, Deventer.

35 Zie hierover de beschouwing van W. Groenendijk in Weekblad voor fiscaal recht nr. 6447 en de polemiek met J.A. Buitendijk en J.E. Arendse in Weekblad voor fiscaal recht 6466 p. 154-160.

36 Zie artikel 801, lid 1 ontwerp.

een organisatie van arbeid en kapitaal gericht op het behalen van winst door middel van deelname aan het maatschappelijk verkeer. Deze definitie is geheel (bedrijfs)economisch van aard. Het is echter niet uit te sluiten dat juridisch georiënteerde begrippen, zoals dat van de vennootschap in artikel 800 van invloed zijn op het ondernemingsbegrip in enige belastingwet. Om verwarring te voorkomen ware het wellicht beter ook artikel 800 toe te rusten met het vereiste dat sprake moet zijn van de gerichtheid op het uitoefenen van een beroep of bedrijf.

3.3 De inbreng

Artikel 805 lid 1 van het ontwerp verplicht iedere vennoot ten behoeve van de samenwerking tot het leveren van een prestatie, in het bijzonder uit het ter beschikking stellen van geld, goederen, genot van goederen of arbeid. De ter beschikkingstelling van goederen verplicht tot inbreng daarvan (art. 805, lid 2). Naar mijn mening staat deze formulering er niet aan in de weg dat de in de praktijk om fiscale afrekening te voorkomen veel gebruikte methode van inbreng tegen de boekwaarde met voorbehoud van stille reserves zoals die later zullen blijken aanwezig te zijn ten gunste van de inbrenger. Immers er vindt inbreng van een goed plaats, zij het dat een deel van de waarde van die inbreng te zijner tijd gereserveerd zal moeten worden voor de inbrenger. Zo dit al een bezwaar zou zijn is het in elk geval niet onoverkomelijk omdat in een dergelijk geval het genot van het gehele goed wordt ingebracht. De op dit punt gevestigde praktijk kan dan ook gehandhaafd worden.
Dat geldt naar mijn mening ook voor de inbreng tegen de boekwaarde met vergoeding van een verhoogd winstaandeel voor de inbrenger en de methodes van inbreng tegen de boekwaarde met verrekening van de ingebrachte meerwaarde buiten de boeken van de vennootschap om. Opgemerkt wordt nog dat de inhoud van het begrip ter beschikkingstelling in het ontwerp afwijkt van het fiscale begrip ter beschikkingstelling in artikel 3.91 en artikel 3.92 Wet IB 2001. In laatstbedoelde bepalingen gaat het om de ter beschikkingstelling van het genot.

3.4 Het onderscheid tussen de OVR en de OV

De verschillen tussen de openbare vennootschap die wel of geen rechtspersoon is liggen vooral op het goederenrechtelijke vlak. Voor de vennoot is het verschil subtiel. Bij de openbare vennootschap heeft de vennoot een aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap.[37] Bij de rechtspersoon hebben de vennoten aanspraak op een aandeel in de goederen van de vennootschap.[38]

---

[37] Artikel 821 lid 1 ontwerp.
[38] Artikel 821 lid 4 ontwerp.

Het volledige belang bij de vennootschap wordt in beide gevallen niet alleen bepaald aan de hand van het saldo van de kapitaalrekening en de winstgerechtigdheid maar ook andere elementen spelen een rol zoals op grond van bepalingen die de gevolgen bij uittreden, liquidatie of overlijden van de vennoot regelen.[39]
Dit geheel wordt aangemerkt als de economische deelgerechtigdheid. Samen met het fiscaal buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen zal dit het subjectief ondernemingsvermogen van de vennoot-natuurlijk persoon vormen. Voor de heffing van inkomstenbelasting is op dit punt geen verschil aanwezig tussen de OV en de OVR. Ook de ter beschikkingstellingsbepalingen[40] leveren in dit verband geen verschillen op. De vennoot in een rechtspersoon zal – gelet op de transparantiebenadering – niet als aanmerkelijk belanghouder te kwalificeren zijn en in voorkomende gevallen zal in beide situaties artikel 3.91 Wet IB 2001 toepassing vinden.[41]

3.5 Ontbinding en voortzetting van de vennootschap

Artikel 817 (ontwerp) regelt in welke gevallen de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden. Artikel 818 (ontwerp) regelt de gevallen waarin de vennootschap alleen wordt ontbonden ten aanzien van de vennoot die uittreedt. Ingeval de vennootschap in haar geheel wordt ontbonden wordt het resterend vermogenssaldo door overdracht of uitgekeerd in verhouding tot ieders economische deelgerechtigdheid.[42] Deze formulering laat de mogelijkheid open voor de vennoten dat zij of een van hen een deel van de vennootschap voortzetten zonder dat de uitgekeerde vermogensbestanddelen fiscaal tegen de waarde in het economische verkeer gewaardeerd worden.[43]
Voor de uittredende vennoot die uittreedt op grond van artikel 818 (ontwerp) ligt dit anders. Zijn vennootschappelijk aandeel wordt uitbetaald op basis van de waarde van zijn economische deelgerechtigdheid. Indien de uitbetaling plaatsvindt in de vorm van de overdracht van een ondernemingsgedeelte waarmee de uittredende vennoot vervolgens zijn onderneming drijft, zal de waarde in het economisch verekeer van het verkregene de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke grondslag vormen. Bepleit wordt dat de fiscale aanpassingswet het arrest BNB 1960/1 van overeenkomstige toepassing zal verklaren opdat in een dergelijk geval realisatie van overdrachtswinst achterwege zal blijven. De voortzettende vennoten zullen alsdan geen overdrachtswinst genieten.

---

39 Memorie van antwoord, p.36.
40 Artikel 3.91 Wet IB 2001 (ter beschikking stelling aan een onderneming) en artikel 3.92 Wet IB 2001 (ter beschikkingstelling aan een aanmerkelijk belang).
41 Vgl. Essers, WPNR nr. 6524, p. 261-262.
42 Artikel 830 lid 3 en volgende (ontwerp).
43 Vergelijk: Hoge Raad 24 juni 1959, BNB 1960/1.

Opvalt de zorg van de wetgever voor de fiscale noden van de erfgenamen van een overleden vennoot. Het verdient om fiscale redenen nog altijd de voorkeur om sterftewinst te genieten in plaats van overdrachtswinst. Bij het overlijden van een vennoot zal te zijner aanzien de vennootschap worden ontbonden. Het aandeel in het vennootschappelijk vermogen (bij de OV) wordt dan toebedeeld aan de overblijvende vennoten. Bij de OVR verliest de overleden vennoot zijn aandeel in de goederen van de vennootschap. Het gevolg is dat nu de toedeling aan de andere vennoten berust op een bepaling van dwingend recht en niet op de vennootschapsovereenkomst die overdracht uitsluitend berust op de wet en niet op een in de vennootschapsovereenkomst voorkomend beding. Er is dan per definitie sprake van overlijdenswinst en een verblijvingsbeding hoeft niet meer te worden opgenomen. Blijkens artikel 818, lid 2 van het ontwerp kan in de vennootschapsakte worden bepaald dat, onder meer, bij het overlijden van een vennoot in de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat de vennootschap slechts wordt voortgezet indien de overblijvende vennoten hiermee met bekwame spoed instemmen. Indien dat niet het geval is zal de onderneming in fiscale zin als gestaakt gelden.
Eenzelfde situatie doet zich voor indien de vennootschap op grond van een voortzettingsbeding voorduurt met een aangewezen erfgenaam en deze vervolgens op grond van de hem toekomende bevoegdheid, zie art. 822, lid 1 van het ontwerp, de voortzetting met bekwame spoed na de dood van de vennoot afwijst. De erfgenaam bewerkstelligt dan een overdracht van het vennootschapsaandeel maar de overdrachtswinst zal – gelet op de er aan voorafgaand belaste overlijdenswinst- uiterst gering zijn. Ingeval van voortzetting van de vennootschap door de erfgenamen zal – evenals voorheen- de mogelijkheid van geruisloze doorschuiving bestaan.[44] Opmerking verdient nog dat afrekening van de overlijdenswinst bij overlijden slechts achterwege kan blijven indien de onderneming 'rechtstreeks' wordt voortgezet. Deze eis zal geen beperking dienen in te houden ten aanzien van de vennoot in een OVR, die immers voortzet met zijn aandeel in de rechtspersoon. In de aanvaarding van het transparantiebeginsel moet besloten liggen dat artikel 3.59 te zijnen aanzien toepassing vindt.

Artikel 821 lid 2, laatste volzin (ontwerp) regelt nog dat in de vennootschapsovereenkomst kan worden bepaald de bij uittreden van een vennoot door de overblijvende vennoten verschuldigde waarde van de economische deelgerechtigdheid in ten hoogste 10 jaarlijkse termijnen zal worden uitgekeerd. Blijkens de memorie van toelichting is deze bepaling opgenomen omdat uitkering ineens een te grote aanslag zou kunnen betekenen op de

[44] Zie artikel 3.58 en artikel 3.59 Wet IB 2001.

liquiditeit van de vennootschap.[45] Uiteraard laat dit onverlet dat in de vennootschapsovereenkomst een langere termijn wordt overeengekomen. Indien het bepaalde in artikel 821 zou inhouden dat door de overblijvende vennoten geen andere contraprestatie kan worden toegekend dan een geldelijke vergoeding houdt dat een voor de praktijk onpraktische belemmering in. In een niet onbelangrijk aantal gevallen wordt bij uittreden van een vennoot een natrekrecht op een deel van de winst toegekend, danwel een winstrecht als betaling toegekend. Indien – zoals in de memorie van toelichting, p. 34, wordt besproken ten aanzien van inbetalinggeving van bepaalde goederen – de uittredende vennoot een winstrecht moet 'kopen' levert dat – afgezien van andere problemen – in elk geval een fiscaal nadeel op. Eerst wordt de overdrachtswinst belast, resp. worden de stakingswinstfaciliteiten toegepast, en pas daarna kan met het netto resterende bedrag het winstrecht worden gekocht. Tot dusverre was de omzetting van het vennootschapsaandeel in een winstrecht geen belastbaar feit. Het is wenselijk het ontwerp op dit punt aan te passen.
Een escape voor dit dilemma lijkt in de praktijk mogelijk door de vennootschap bij het uittreden om te zetten in een commanditaire vennootschap[46] en het winstrecht door de uittredende vennoot te laten genieten in de vorm van een commanditair winstaandeel. Deze omzetting zal fiscaal als de voortzetting van de oorspronkelijke onderneming worden beschouwd en van de overdrachtswinst zal niet worden geconstateerd.

3.6 Wijziging van de rechtsvorm

Het ontwerp voorziet er in dat een bestaande openbare vennootschap in een vennootschap-rechtspersoon kan worden omgezet. Eveneens kan op eenvoudige wijze de rechtspersoonlijkheid worden opgegeven. Met als uitgangspunt het transparantie-beginsel zullen geen fiscale gevolgen optreden. Anders wordt het indien op de voet van artikel 834 de openbare vennootschap-rechtspersoon wordt omgezet in een besloten vennootschap, resp. als op grond van artikel 835 (ontwerp) voor de terugkeer vanuit de BV naar de OVR plaatsvindt. Omzetting van een transparante rechtsvorm in een niet-transparante en omgekeerd zal zowel voor de aan inkomstenbelasting onderworpen vennoten een belastbaar feit inhouden dat belastingheffing over de stille reserves, fiscale reserves en goodwill inhoudt. Een dergelijke rechtsvormwijziging wordt immers gezien als het staken van de onderneming. Het ligt voor de hand dat de regeling van de geruisloze overgang[47] op dit punt wordt aangepast waardoor bij omzetting belastingheffing achterwege kan

45 P. 37-38.
46 Zie artikel 822 lid 2 ontwerp.
47 Zie artikel 3.65 Wet IB 2001 alsmede het besluit van 12 juli 2001 nr. CPP 2001/1951 M.

blijven. Voor de aan vennootschapsbelasting onderworpen vennoten ligt dat wellicht anders. De omzetting houdt geen overdracht van het vennootschapsaandeel in maar slechts de *aanduiding* in de notariële akte van omzetting van het vermogen van de openbare vennootschap en zijn bestanddelen, alsmede hoeveel aandelen ieder der vennoten in het kapitaal van de besloten vennootschap zal verkrijgen. Echter bepaalt artikel 28a Wet Vpb'69 dat bij omzetting op de voet van artikel 18 Boek 2 BW van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm kort weergegeven dat de rechtspersoon geacht wordt te zijn geliquideerd, het vermogen geacht wordt te zijn uitgekeerd en vervolgens te zijn ingebracht in het vermogen van de andere rechtsvorm. In dit geval is de procedure van artikel 18 Boek 2 niet van toepassing. Bij wijziging van de tekst zal naar mijn oordeel de omzetting op fiscaal geruisloze wijze moeten plaatsvinden gelet op de Fusierichtlijn.[48] Eventueel zullen daaraan na wetswijziging op de voet van artikel 28a Wet Vpb'69 voorwaarden verbonden kunnen worden.

3.7 De commanditaire vennootschap

De commandiet wordt naar huidig recht op grond van wetsduiding belast als ware hij ondernemer; hij is niet aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap. Artikel 837 (ontwerp) verruimt en verduidelijkt de gevallen waarin de commandiet hoofdelijk aansprakelijk wordt jegens derden. Voor de heffing van inkomstenbelasting zal hij dan binnen Box I naar het ondernemerschap promoveren hetgeen hem mogelijk enige fiscale faciliteiten zal opleveren. Voor het overige zijn er geen gevolgen te verwachten.

3.8 Gevolgen voor andere fiscale wetten

Invoering van titel 7.13 Boek 2 zal nopen tot aanpassing van diverse wetten. Behalve de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Invorderingswet 1990 zal vooral de Wet op de belastingen van rechtsverkeer de aandacht verdienen. Tevens zal de (transparante) positie van de OV en de OVR verduidelijking behoeven in verband met de Verdragen en bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting. Gelet op de door de wetgever gemaakte keuze zal het veelal slechts gaan om met inachtname van het transparantie-beginsel de herformulering van het belastbaar feit, alsmede om de aanpassing van bestaande vrijstellingen.
Een bespreking hiervan blijft in dit stadium achterwege.

---

[48] Richtlijn nr. 90/434/EEG, zoals aangevuld met de wijziging van 26 juli 1993.

4. Slot

Wetsvoorstel 28746 roept geen zwaarwegende fiscale gevolgen op. Slechts hier en daar is een kleine verduidelijking op zijn plaats. De wetgever is zeer te prijzen over de zorgvuldige benadering die hij heeft gevolgd met betrekking tot de fiscale gevolgen van zijn voorstel.

ISBN 90-13-00405-9
NUR 827-715

Eigendom
Ulrike Verboom