

Toekomstige soorten personenvennootschappen: *If it ain't fair, fix it!*

Het traject voor nieuwe wetgeving op het gebied van het personenvennootschapsrecht is ingezet. Het voorstel van de werkgroep personenvennootschappen voor een nieuwe regeling biedt de minister vele bruikbare handreikingen voor het aangekondigde voorontwerp. Vanuit het perspectief van de soorten personenvennootschappen zou het voorstel echter op verschillende punten verduidelijkt kunnen worden. Het vasthouden aan het onderscheid tussen beroep en bedrijf en daarmee de maatschap enerzijds en de vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap anderzijds, verdient heroverweging vanuit het oogpunt van een rechtvaardige (aansprakelijkheids)regeling.

Ook aan de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door inschrijving in het handelsregister en de wijziging in een andere soort van vennootschap wordt in deze bijdrage aandacht besteed.



1. Inleiding

Het zijn drukke tijden voor het personenvennootschapsrecht. Niet alleen heeft de Hoge Raad in de afgelopen jaren een aantal belangrijke arresten gewezen voor de maatschap, de vennootschap onder firma (V.O.F.) en de commanditaire vennootschap (C.V.),¹ er is ook weer reuring op wetgevingsgebied. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft in zijn recente brief over de voortgang van de modernisering van het ondernemingsrecht aangekondigd dat het personenvennootschapsrecht opnieuw ter hand wordt genomen.² Dat is goed nieuws. Het door de werkgroep personenvennootschappen ('Werkgroep') opgestelde voorstel voor een wettelijke regeling ('Voorstel') biedt volgens de minister een goede basis voor de herziening van het personenvennootschapsrecht.³ Een tipje van de sluier van hetgeen wij van het aangekondigde voorontwerp kunnen verwachten, is al opgelicht: 'De fundamentele keuze van de werkgroep om bestaande

soorten personenvennootschappen te handhaven en rechtspersoonlijkheid te verkrijgen na inschrijving in het Handelsregister, onderschrijf ik.'⁴ De veronderstelling is derhalve dat wij de aanduidingen maatschap, V.O.F. en C.V. dus nog wel even in het straatbeeld zullen blijven zien. Dat is vertrouwd en zorgt niet voor 'rompslomp'⁵ die gepaard gaat met het overspuiten van bedrijfsbusjes. Of dit op voorhand de juiste keuze van de minister is, kan pas worden vastgesteld nadat duidelijk is hoe de rest van het voorontwerp eruit komt te zien. Dat is nu nog enigszins koffiedik kijken. Vanwege de aankondiging dat het voorontwerp zal voortbouwen op het Voorstel,⁶ staat dit Voorstel derhalve in deze bijdrage centraal. Ik richt me dan met name op de soorten vennootschappen en besteed aandacht aan de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid.⁷ Dit artikel heeft gelijkenissen met de bijdrage die ik heb geschreven voor de bundel naar aanleiding van het symposium 'Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen' gehouden op 15 juni 2016 ('Symposium') vanwege het feit dat hetzelfde onderwerp aan

* Prof. mr. drs. I.S. Wuisman is hoogleraar Ondernemingsrecht, verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht van de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.

1. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 (*Biek Holdings*); HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 (*VDV Totaalbouw*); HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588 (*Carlande*); HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 (*Lunchroom De Katterug*) en HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2516 (*Distribort*).
2. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 9 december 2016, 'Voortgang modernisering ondernemingsrecht', te downloaden via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/12/09/tk-voortgang-modernisering-ondernemingsrecht.
3. Het Voorstel is samen met een Voorstel MvT opgenomen in het rapport van de werkgroep personenvennootschappen. Werkgroep personenvennootschappen, 'Modernisering personenvennootschappen', 26 september 2016, te downloaden via: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/09/26/werkgroep-presenteert-regeling-voor-personenvennootschappen.
4. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 9 december 2016, 'Voortgang modernisering ondernemingsrecht', *supra* noot 2, p. 34.
5. Volgens de Minister van Veiligheid en Justitie mag de nieuwe regeling voor de bestaande gebruikers geen onnodige rompslomp met zich brengen: Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 9 december 2016, 'Voortgang modernisering ondernemingsrecht', *supra* noot 2, p. 31.
6. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 9 december 2016, 'Voortgang modernisering ondernemingsrecht', *supra* noot 2, p. 2.
7. Dit zijn de twee elementen uit het Voorstel ten aanzien waarvan de minister in zijn brief over de voortgang van de modernisering van het ondernemingsrecht uit de doeken heeft gedaan dat zij overgenomen worden in het voorontwerp.

mij is toegekend voor deze thema-editie.⁸ In dit artikel bespreek ik de stille vennootschap echter summier en besteed ik nu wel kort aandacht aan de C.V.⁹

2. Kwalificatie als vennootschap

In de voorgestelde nieuwe regeling is de 'vennootschap' de grondvorm. Het Voorstel bevat een definitie: 'Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking die is gericht op de uitoefening van een beroep of bedrijf met inbreng door ieder van de vennoten en met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen.' De materiële kenmerken komen ons bekend voor.¹⁰ Er zou geen inhoudelijke wijziging beoogd zijn. Het kenmerk dat het voordeel met elkaar wordt gedeeld, is wel enigszins van kleur veranderd. Onder het huidige recht betekent delen 'met elkaar' delen 'met iedere vennoot'. In de voorgestelde regeling behoort een vennoot zonder winstrecht echter tot de mogelijkheden.¹¹ Eerder heb ik gesuggereerd om deze verandering explicieter in de regeling op te nemen.¹² Overigens is de regel over resultaatsdeling bij afwezigheid van een afspraak hierover, gewijzigd. In plaats van verdeling op basis van de inbreng krijgen de vennoten in het Voorstel een gelijk deel. Het materiële kenmerk van de 'samenwerking' dat onder het huidige recht al van toepassing is, staat nu expliciet in de wettelijke definitie. Verder is opgenomen dat er sprake moet zijn van een *overeenkomst tot samenwerking die is gericht op de uitoefening van een beroep of bedrijf*. Hieronder zijn mede begrepen beroeps- of bedrijfsmatige handelingen. De (aangepaste) toelichting op het Voorstel maakt duidelijk dat een gemeenschappelijke onderneming echter niet vereist is.¹³ Door het opnemen van dit materiële kenmerk in de definitie wordt uitgesloten dat samenwerking in het kader van kostenbesparing in de privé sfeer wordt gekwalificeerd als personenvennootschap. Hoewel ik de reden voor deze toevoeging in de definitie begrijp, is de toevoeging gelet op de beoogde inhoud daarvan volgens mij taalkundig niet helemaal zuiver. Zoals het er nu staat, dient de (overeenkomst tot) samenwerking gericht te zijn op de uitoefening van een beroep of bedrijf. Bij een kostenvennootschap is dat niet het geval (de samenwerking bestaat

wel in het kader van het beroep of bedrijf, maar is zelf niet gericht op de uitoefening daarvan), maar die vennootschap valt volgens de toelichting dus wel onder de definitie. In het licht van het uitgangspunt dat de wettelijke regeling duidelijk moet zijn en dat derhalve een betere omschrijving noodzakelijk is, zou hier nog naar gekeken kunnen worden.¹⁴

3. Soorten personenvennootschappen

Vennootschappen kunnen stil of openbaar zijn.¹⁵ Een openbare vennootschap is de vennootschap die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt. Een vennootschap die niet openbaar is, is stil. Deze kwalificatie wordt met het Voorstel in de wet opgenomen. Dat maakt het mogelijk om expliciet bepaalde regels op de groep stille vennootschappen van toepassing te verklaren.¹⁶ Alleen de categorie openbare vennootschappen is vervolgens onderverdeeld in verschillende soorten vennootschappen. Dit zijn de maatschap (voor de uitoefening van het beroep), de V.O.F. en de C.V. (beide voor de uitoefening van het bedrijf). Uitgangspunt is dat openbare vennootschappen met een onderneming in Nederland rechtspersoonlijkheid verkrijgen omdat zij verplicht zijn zich in te schrijven in het handelsregister.¹⁷ De rechtspersoonlijkheid wordt namelijk verkregen met ingang van de dag volgend op de dag dat de vennootschap als openbare vennootschap is ingeschreven in het handelsregister. De situatie kan bestaan dat een vennootschap die daartoe wel verplicht is, zich niet inschrijft. Het gevolg van de niet-inschrijving is echter niet dat de vennootschap nietig is maar dat een economisch delict is gepleegd. Dit betekent dat binnen de groep openbare vennootschappen met een onderneming in Nederland derhalve vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en zonder rechtspersoonlijkheid kunnen bestaan. De niet-ingeschreven openbare vennootschap zou volgens de Werkgroep niet gezien moeten worden als een nieuwe soort vennootschap,¹⁸ maar als een imperfecte vennootschap.¹⁹ Het gevolg van deze imperfectie is dat in het kader van de vertegenwoordigingsbevoegdheid geen beperking voor doeloverschrij-

-
8. I.S. Wuisman, 'Naar een solide en gerechtvaardigde basis van het personenvennootschapsrecht in het kader van beroep & bedrijf en (beperkte) aansprakelijkheid', in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, ZIFO-reeks deel 21, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-57. Tevens verschenen in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut: *Modernisering personenvennootschappen: Congres en Rapport Werkgroep Personenvennootschappen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 137, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
 9. Inmiddels is het aangepaste Voorstel met aangepast Voorstel MvT verschenen. De bundelbijdrage is gebaseerd op de eerste versie van het Voorstel van de Werkgroep voor een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschappen.
 10. A.J.S.M. Tervoort, 'De voorstellen van de werkgroep personenvennootschappen', *RMThemis* 2016, afl. 6, p. 292-308.
 11. Zie voor de achtergrond van het winstuitsluitingsverbod o.a.: T.A. Keijzer, 'De societas leonina en het winstrechtloze BV-aandeel vergelijken', *Ondernemingsrecht* 2014, afl. 6, p. 273-278.
 12. I.S. Wuisman, *supra* noot 8, p. 41.
 13. Voorstel MvT, p. 68.
 14. Voorstel MvT, p. 5.
 15. Art. 3 lid 1 Voorstel.
 16. Art. 8 Voorstel.
 17. Art. 5 Voorstel.
 18. Voorstel MvT, p. 9.
 19. A.J.S.M. Tervoort, *supra* noot 10, p. 292-308.

dende handelingen geldt en alle vennoten onbeperkt vertegenwoordigingsbevoegd zijn, tenzij de derde van een uitsluiting of beperking op de hoogte is.²⁰ Bovendien heeft de niet-ingeschreven openbare vennootschap een eigen ingewikkeld goederenrechtelijk regime, dat sterk lijkt op het huidige recht.²¹ Daarnaast kan de vennootschap geen gebruikmaken van de herstructureringsmogelijkheden die het Voorstel bevat.²² De niet-ingeschreven openbare vennootschap met een onderneming in Nederland is dus eigenlijk een vennootschap die we niet willen, maar die wel kan bestaan omdat men zich niet aan de wet houdt. Je zou het derhalve een oneigenlijke soort personenvennootschappen kunnen noemen.

Naast vennootschappen met een onderneming in Nederland zijn er echter ook personenvennootschappen met een onderneming in het buitenland. Uit de toelichting bij het Voorstel blijkt dat deze vennootschappen de mogelijkheid zullen krijgen zich in te schrijven om zodoende rechtspersoonlijkheid te verkrijgen.²³ De inschrijving is echter niet verplicht; deze zou uit eigen beweging kunnen geschieden.²⁴ Dus ook bij deze groep vennootschappen kunnen er rechtspersonen en niet-rechtspersonen zijn. Het voorgaande betekent echter dat een niet-ingeschreven openbare vennootschap met een onderneming in het buitenland niet een imperfecte vennootschap is, want deze voldoet wel aan de wet. Het zijn van een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is een keuze die wordt geboden door het Voorstel. Een nieuwe (toegestane) soort personenvennootschap dus. Tevens kan de situatie bestaan dat er een openbare vennootschap is ingeschreven die geen vennootschap is. Bijvoorbeeld omdat er bij inschrijving niet aan de materiële kenmerken is voldaan of omdat de vennootschap na inschrijving niet meer voldoet aan deze kenmerken. De rechter heeft dan de bevoegdheid om de rechtspersoon te ontbinden op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie.²⁵ Ten slotte kan er, als ik het goed zie, ook een niet-ingeschreven openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid bestaan. Voor omzetting van een N.V., B.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een openbare vennootschap op grond van art. 35 Voorstel is inschrijving in het handelsregister niet vereist.²⁶ Er staat in art. 35 lid 7 Voorstel wel een verwijzing opgenomen naar art. 5 Voorstel, maar de inschrijvingsverplichting is daarmee geen voorwaarde voor de voltooiing van de

omzetting, want dan had de verwijzing in het rijtje van art. 35 lid 2 Voorstel moeten zijn opgenomen. De omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon echter niet. Wordt derhalve na omzetting achterwege gelaten de openbare vennootschap in te schrijven, dan bestaat de rechtspersoon nog wel.

3.1. Rechtspersoonlijkheid

Met de rechtspersoonlijkheid wordt afstand gedaan van de 4 O's die momenteel synoniem staan voor de goederen- en verbintenisrechtelijke problematiek die speelt bij personenvennootschappen: onhandig, omslachtig, onoverzichtelijk en onzeker. Het is een opluchting dat die nu door de rechtspersoonlijkheid in beginsel worden vervangen door 4 D's: duidelijk, doelgericht, degelijk en dienstig. De rechtspersoonlijkheid zorgt voor een eenvoudiger goederenrechtelijk regime, vergemakkelijkt procesrechtelijke kwesties en maakt het mogelijk om herstructureringsopties in de regeling op te nemen.²⁷ Ik juich dat – net als vele anderen – toe.

Door de keuze voor verkrijging van rechtspersoonlijkheid door inschrijving is het moment van het ontstaan van de rechtspersoon duidelijk. Zou de rechtspersoon ontstaan op het moment dat de vennootschap wordt aangegaan in plaats van door inschrijving,²⁸ dan is het tijdstip waarop de rechtspersoon is ontstaan niet altijd even gemakkelijk vast te stellen. Juridische procedures hierover worden door de koppeling aan de inschrijving voorkomen. Daar staat het risico tegenover dat bepaalde ondernemers zich niet inschrijven. Zij worden in het Voorstel nog steeds geconfronteerd met de huidige vermogensrechtelijke perikelen. Het gaat mij echter wat ver om deze nalatige ondernemers te beschermen tegen hun eigen veronachtzaming van de inschrijvingsverplichting.²⁹ In deze tijd wordt er op allerlei mogelijke manieren gecommuniceerd over de verplichting tot inschrijving. Indien je bij Google 'starten met ondernemen' invoert, vertoont de website die boven aan de lijst verschijnt een overzicht van 10 stappen voor startende ondernemers. Stap 9 is inschrijving van het bedrijf bij de Kamer van Koophandel.³⁰ De tweede website uit de lijst is van de Kamer van Koophandel zelf.³¹ Het eerste tabblad luidt 'Inschrijven en wijzigen'. De eerste vraag van de FAQ op diezelfde website is: 'Hoe schrijf ik mijn bedrijf in?' De derde website uit de lijst van Google bevat ook een stappenplan. De eerste zin van stap 1 luidt: 'Als jij jouw bedrijf straks gaat in-

20. Art. 7 lid 1 Voorstel.

21. Zie art. 7 Voorstel.

22. Dit volgt uit de toelichting bij het Voorstel. Ter illustratie: in art. 34 Voorstel staat dat een openbare vennootschap zich kan omzetten. Ook een niet-ingeschreven openbare vennootschap is een openbare vennootschap. In art. 34 lid 5 Voorstel is wel opgenomen dat de omzetting het bestaan van de rechtspersoon niet beëindigt.

23. Verslag van de discussie, als bijlage opgenomen in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, supra noot 8, bijl. I – p. 15. Die inschrijving vereist een wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2008.

24. Voorstel MvT, p. 75.

25. Art. 29 lid 2 Voorstel.

26. Art. 35 lid 2 Voorstel.

27. Voorstel MvT, p. 74.

28. De Kluiver meent dat deze bescherming wel gewenst is: zie H.-J. de Kluiver, 'Openbare vennootschap en rechtspersoonlijkheid: Op weg naar een (nog) beter systeem: ook de nog niet ingeschreven openbare vennootschap behoort rechtspersoon te zijn!', in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, supra noot 8, p. 19-32.

29. H.-J. de Kluiver, supra noot 28, p. 28.

30. www.ondernemersplein.nl/ondernemen/bedrijf-starten/eigen-bedrijf-starten-10-belangrijke-stappen.

31. www.kvk.nl/advies-en-informatie/bedrijf-starten-of-overnemen.

schrijven bij de Kamer van Koophandel (KvK), moet je ook aangeven welke rechtsvorm het best van toepassing is op jouw zaak.³² Hoewel deze laatste zin wat dubieus is, benadrukt deze wel de inschrijvingsverplichting. En dan zijn er natuurlijk ook nog allerlei andere kanalen via welke de ondernemers op de hoogte worden gesteld van deze plicht. Genoeg aandacht voor de inschrijving, zou ik zo zeggen. Als het gaat om de bescherming van derden, dan zal het gebruik van de inschrijving als ijkpunt voor het ontstaan van de rechtspersoon geen problemen opleveren. Indien een derde van plan is te handelen met een vennootschap die niet is ingeschreven, dan zal hij/zij moeten informeren welk vlees hij/zij in de kuip heeft. Daarnaast wordt de derde beschermd door art. 7 lid 1 Voorstel. Een nadeel van deze regeling is echter wel dat er een veelheid aan verschillende soorten personenvennootschappen kan ontstaan, zoals hiervoor beschreven. Dit weegt mijns inziens niet op tegen de voordelen die de rechtspersoonlijkheid in combinatie met de nu gekozen verkrijgingsmethode zal bieden. Bovendien zal de grootste groep openbare vennootschappen zich naar verwachting gewoon inschrijven.

3.2. *Stille vennootschap*

De stille vennootschap heeft een plek in de wet weten te bemachtigen, maar deze is nog steeds wat aan de magere kant. Dat komt met name door het feit dat ook met het Voorstel de regels die van toepassing zullen zijn op deze vennootschap in andere wetboeken te vinden zijn dan Boek 7 BW. In art. 8 Voorstel zijn de bepalingen uit het Voorstel opgesomd die gelden voor de stille vennootschap. Deze zijn over het algemeen van regelend recht. Door aanpassing van art. 6 Voorstel ten opzichte van de eerste versie van het Voorstel is getracht duidelijk te maken dat de ingeschreven stille vennootschap geen rechtspersoonlijkheid kan hebben. Alleen een vennootschap die is ingeschreven als openbare vennootschap kan rechtspersoon zijn. De volgende passage uit het rapport van de Werkgroep ('Rapport') is echter nog niet geschrapt: 'Indien een stille vennootschap vóór de invoering van rechtspersoonlijkheid al is ingeschreven, dienen haar vennoten deze uit te schrijven of te accepteren dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt.'³³ Deze vennootschappen zijn niet als openbare vennootschappen ingeschreven en worden mijn inziens ook niet openbaar door het feit dat zij staan ingeschreven.³⁴ Waarom voor de duidelijkheid niet expliciet in art. 8 Voorstel is opgenomen dat de stille vennootschap geen rechtspersoon is, begrijp ik niet.³⁵ Volgens de negatieve definitie van de stille vennootschap treedt deze niet op een voor derden kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam naar buiten op. Het is mij niet duidelijk of de stille vennoot-

schap onder het Voorstel nog incidenteel aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Het lijkt op grond van de toelichting zowel niet als wel mogelijk te zijn. Ik verwijs in dit verband naar mijn bijdrage in de congresbundel.³⁶ In het aangepaste Rapport van de Werkgroep is deze kwestie niet nader toegelicht of aangepast. Het lijkt mij dat incidenteel handelen ook onder het Voorstel zou moeten kunnen plaatsvinden. Wellicht dat art. 8 Voorstel ook op dit punt zou kunnen worden uitgebreid.

3.3. *Openbare vennootschap*

3.3.1. *Maatschap en V.O.F.*

Naast de noviteit van de rechtspersoonlijkheid wilde de Werkgroep niet te veel wijzigen waardoor de perceptie zou ontstaan dat er een compleet nieuwe regeling geïntroduceerd zou worden. Dit zou een snelle invoering van een nieuwe regeling kunnen dwarsbomen en dat zou ongewenst zijn. Het Voorstel bevat volgens de Werkgroep geen nieuwe rechtsvormen omdat invoeringsfricties – welke dit precies zijn is mij niet geheel duidelijk³⁷ – voorkomen moeten worden.³⁸ In het kader hiervan heeft de Werkgroep vastgehouden aan het onderscheid tussen de maatschap en de V.O.F. Bekijken we dit echter wat meer in detail dan is het behoud van dit onderscheid juist gebruikt om een noviteit in de regeling te bouwen, namelijk de mogelijkheid tot beperking van de aansprakelijkheid bij alleen het beroep. De regels voor de maatschap zijn in grote mate aangepast en gelijkgetrokken met die van de V.O.F. Voorbeelden zijn de vertegenwoordigingsregel en de aansprakelijkheidsregels bij toe- en uittreding. In het Voorstel kan de maatschap niet meer stil zijn, aangezien daarvoor de stille vennootschap in het leven is geroepen. Het verschil tussen de maatschap en de V.O.F. zit in de aansprakelijkheid van de vennoten *going concern*.³⁹

In het Voorstel zijn twee verschillen in aansprakelijkheid van de vennoten te onderscheiden bij de maatschap enerzijds en de V.O.F. anderzijds. Ten eerste gaat het om de verbondenheid voor deelbare prestaties die voortvloeien uit rechtshandelingen. Bij de maatschap zijn de vennoten voor gelijke delen verbonden en bij de V.O.F. hoofdelijk. De verbintenissen uit de wet vallen niet onder de aansprakelijkheidsregel van art. 19 lid 1 en 2 uit het Voorstel.⁴⁰ Daarvoor moet men te rade gaan bij de specifieke wettelijke regelingen zelf. Bij ondeelbare prestaties geldt voor beide vennootschappen de hoofdelijkheidsregel van art. 6:6 BW.⁴¹ Ten tweede betreft het de beperking van de aansprakelijkheid van vennoten in het kader van een overeenkomst van opdracht. Deze beperking staat alleen open voor de maatschap en alleen in het kader van de uitoefening van beroepshandelingen. Vennoten die

32. www.ikgastarten.nl/ondernemingsplan/ondernemingsplan-maken/stappenplan-een-eigen-zaak-beginnen.

33. Werkgroep personenvennootschappen, *supra* noot 3, p. 10.

34. I.S. Wuisman, *supra* noot 8, p. 45.

35. Zie ook het voorstel van De Kluiver: H.-J. de Kluiver, *supra* noot 28, p. 31.

36. I.S. Wuisman, *supra* noot 8, p. 42-43.

37. In het Rapport wordt gewezen op benodigd juridisch advies indien nieuwe rechtsvormen zouden worden geïntroduceerd: Voorstel MvT, p. 62.

38. Voorstel MvT, p. 93.

39. M. van Olffen, 'Hoofddlijnen van het rapport', in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, *supra* noot 8, p. 13.

40. Voorstel MvT, p. 94.

41. Voorstel MvT, p. 93.

niet belast zijn met de uitvoering van de overeenkomst zijn voor een tekortkoming of fout bij de nakoming niet aansprakelijkheid. De vennoten die wel belast zijn met de uitvoering zijn hoofdelijk aansprakelijk tenzij de tekortkoming of de fout in de nakoming niet aan hen kan worden toegerekend. Opvallend is dat het Voorstel in het kader van de aansprakelijkheidsbeperking in art. 19 lid 3 Voorstel spreekt over aansprakelijkheid ter zake van een tekortkoming of fout bij de nakoming. 'Fout' in aanvulling op de 'tekortkoming' lijkt te verwijzen naar de grondslag van de onrechtmatige daad. De schadevergoeding vanwege onrechtmatige daad valt nu juist door de beperkte reikwijdte van art. 19 lid 1 en 2 Voorstel buiten het personenvennootschapsrecht. Waarom die in lid 3 wel is opgenomen is niet duidelijk. Los van de vraag of de methodiek van art. 19 lid 1 en 2 Voorstel (waarbij de reikwijdte zich beperkt tot rechtshandelingen) gevolgd zou moeten worden, rijst de vraag of het aansprakelijkheidsverschil tussen de V.O.F. en de maatschap in dit kader gerechtvaardigd is. Het is een beetje gek dat een venoot die een beroep uitoefent voor een gelijk deel verbonden is voor bijvoorbeeld de huur van het kantoorpand, terwijl een venoot van een V.O.F. hoofdelijk verbonden is voor de betaling van diezelfde huur. Dat wordt nog eens versterkt doordat het hier in feite prestaties betreft die niet eens gelieerd zijn aan beroepshandelingen. Het verschil kan ook niet meer gegrond worden op een verschil in de vertegenwoordigingsregel, want die is voor de maatschap en de V.O.F. in het Voorstel gelijk. In het wetsvoorstel titel 7.13 was deze verbondenheid terecht gelijkgetrokken. Maar ook ten aanzien van handelingen in het kader van een overeenkomst van opdracht bestaat een verschil in aansprakelijkheid, dat lastig te rechtvaardigen is in het licht van de vervaging van het onderscheid tussen beroep en bedrijf. De gecombineerde commissie vennootschapsrecht heeft opgemerkt dat het handhaven van het verschil tussen beroep en bedrijf in strijd lijkt te zijn met het uitgangspunt van de Werkgroep dat de nieuwe regeling onduidelijkheden dient weg te nemen. Er is namelijk in de regeling geen helder handvat gegeven voor duiding van het onderscheid.⁴² Wat onder beroep of bedrijf valt, hangt af van de verkeersopvatting en die biedt geen duidelijke uitkomst. Bovendien is het in de situatie waarin het wel duidelijk gaat om het uitoefenen van een bedrijf ook nog maar de vraag of het uitgangspunt dat deze ondernemers geen aanspraak kunnen maken op een beperking van de aansprakelijkheid, voldoende valt te onderbouwen.⁴³

Het argument van het ontbrekende intellectuele of kunstzinnige karakter van de dienstverlening bij bedrijfsuitoefening, is mijns inziens een non-argument. Het winst oogmerk dat bij het beroep niet aanwezig zou zijn, is in de huidige tijd ook niet meer houdbaar. Bovendien kunnen de ondernemers die een bedrijf uitoefenen zeer

wel worden ingeschakeld vanwege hun persoonlijke kwaliteiten en ook daar kan sprake zijn van een vertrouwensband. Het maatschappelijk belang dat wel zou gelden voor (sommige?) beroepen en niet voor het bedrijf, gaat ook niet helemaal meer op. Neem bijvoorbeeld de ICT-infrastructuren. Die lijken in deze tijd toch een behoorlijke impact te kunnen hebben op het maatschappelijke belang. Overigens lijkt dit in mijn ogen ook voor andere vormen van bedrijfsuitoefening te gelden, die belangrijke invloed hebben op het functioneren van de maatschappij. Dan zou nog overblijven het argument dat er bij het beroep sprake zou zijn van een kwaliteitswaarborg vanwege de persoonlijke toelatingseisen voor de beroepsuitoefening en de eisen voor permanente educatie om het beroep te mogen blijven uitoefenen in combinatie met het tuchtrecht. Dat is een vorm van derdenbescherming. Die kan – mede in het kader van het bedrijf – ook op een andere wijze vormgegeven worden. Ik verwijs hiervoor naar mijn proefschrift.⁴⁴ Bij de commanditaire venoot die handelt met een volmacht (waarbij voor deze venoot in zekere zin ook een beperking van de aansprakelijkheid geldt) zien we in het Voorstel overigens ook een bepaling opgenomen die geldt als derdenbescherming.⁴⁵ Vanwege de vervaging van het onderscheid tussen beroep en bedrijf in combinatie met het gelijktrekken van de vertegenwoordigingsregel bij de maatschap aan die van de V.O.F. en het ontbreken van voldoende argumenten om wel het beroep maar niet het bedrijf toegang te verschaffen tot de beperking van aansprakelijkheid, bestaat er mijns inziens geen grond meer om het verschil te handhaven.⁴⁶ In aanvulling op de inhoudelijke argumenten is het argument gebruikt dat een andere opzet zou leiden tot invoeringsfricties en daarnaast dat het onderscheid in de praktijk niet tot problemen heeft geleid.⁴⁷ Het laatste is wellicht ook niet zo vreemd. Het midden- en kleinbedrijf dat een bedrijf uitoefent, zal wat minder snel gaan lobbyen voor een aanpassing van de wet dan de vrije beroepsbeoefenaren die zelf met het recht bezig zijn. Het zijn vaak ook niet dit soort kwesties – het onrechtvaardige verschil tussen beroep en bedrijf – die in juridische procedures aan de orde komen. Het gaat hier ook niet alleen om de procedures (of het gebrek daaraan) waarbij de kwalificatievraag centraal heeft gestaan. Het gaat ook om de V.O.F.'s waarbij duidelijk is dat het gaat om bedrijfsuitoefening en die geconfronteerd worden met een zwaardere aansprakelijkheidsregel. Zij hebben echter over het algemeen niet de middelen of de focus om daar iets tegen te doen. Dat het verschil in aansprakelijkheid dus niet tot veel problemen heeft geleid, is misschien ook niet zo vreemd. Stel er zou gekozen worden voor een opzet met een stille vennootschap, een openbare vennootschap waarin zowel het beroep als het bedrijf kan worden uitgeoefend en een openbare vennootschap die kwalificeert als commanditaire vennootschap, wat zijn dan de

42. Reactie van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht, in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, supra noot 8, p. 156.

43. Voorstel MvT, p. 72.

44. I.S. Wuisman, *Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?*, Deventer: Kluwer 2011.

45. Art. 22 lid 3 Voorstel.

46. Ik verwijs voor de achtergrond hiervoor mede naar mijn bijdrage in de congresbundel *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*: I.S. Wuisman, supra noot 8.

47. M. van Olffen, supra noot 39, p. 11.

invoeringsfricties die gerelateerd zijn aan het verdwijnen van het onderscheid maatschap/V.O.F. indien we verder uitgaan van de regels zoals opgenomen in het Voorstel? Openbare maatschappen en V.O.F.'s zijn niet noodzaak juridisch advies in te winnen om vast te kunnen stellen dat zij onder de nieuwe regeling doorgaan als openbare vennootschap. Het onderscheid tussen de 'gewone' openbare vennootschap en de commanditaire vennootschap lijkt mij niet aan te zetten tot kwalificatiekwesaties die opgelost zouden moeten worden door juridisch advieswerk. Overigens zullen de maatschappen en V.O.F.'s zich naar waarschijnlijkheid ook bij inwerking-treding van het huidige Voorstel – dus met het onderscheid tussen beroep en bedrijf – (laten) informeren over deze nieuwe wetgeving. Ligt het dan aan de kosten die gemoeid gaan met wijzigingen van bedrijfsnamen? Over welke kosten hebben we het dan precies? Of hebben deze invoeringsfricties te maken met weerstand tegen een mogelijke verzwarende van de aansprakelijkheidsregel voor de vrije beroepsbeoefenaars, zoals die in het eerder ingetrokken wetsvoorstel voor een nieuwe titel 7.13 was opgenomen? Er zou volgens de Werkgroep onvoldoende aanleiding voor een verzwarende van de aansprakelijkheid van de vennoten van een maatschap bestaan. Is een rechtvaardige regeling niet voldoende aanleiding? Het is inderdaad lastig om afstand te doen van privileges. Zou de weerstand tegen deze verzwarende nog steeds als uitgangspunt moeten worden genomen als het gevolg is dat er een aansprakelijkheidsregel in het personenvennootschapsrecht zou blijven bestaan die niet rechtvaardig is? In het kader van het behoud van de maatschap en de V.O.F. heeft de Werkgroep het adagium: *'If it ain't broken, don't fix it'* gebruikt. Ik zou de minister graag het volgende adagium willen meegeven: *'If it ain't fair, fix it!'*

3.3.2. Commanditaire vennootschap

De commanditaire vennootschap krijgt in het Voorstel een facelift. Het voert te ver om deze rechtsvorm hier uitgebreid te bespreken. Ik licht de belangrijkste punten in het kader van de soorten personenvennootschappen toe. De commanditaire vennootschap kan alleen worden gebruikt voor de uitoefening van het bedrijf en is openbaar. Uit de discussie tijdens het Symposium bleek dat de Werkgroep uitvoerig heeft gesproken over de mogelijkheid van een C.V. voor het beroep.⁴⁸ De uitkomst is dat deze vorm niet is opgenomen in de regeling. In de definitieve versie van het Voorstel is nadere uitleg over die keuze opgenomen.⁴⁹ Allereerst zou de introductie van een nieuwe rechtsvorm tot ongewenste complexiteit leiden. Wat die complexiteit inhoudt, is niet nader gepre-

ciseerd. Tevens zou hiermee worden aangesloten bij de internationale vormgeving van de C.V. Bovendien zou niet gebleken zijn van een praktijkbehoefte. Dit zou kunnen wijzigen als op den duur wordt toegestaan dat er naast de vrije beroepsbeoefenaars ook andere niet-vrije beroepsbeoefenaars (zoals investeerders) worden toegelaten tot de participatiestructuur van de gebruikte rechtsvorm door het beroep. In Nederland is dat tot nu toe nog niet mogelijk, in het buitenland al wel.⁵⁰ De V.O.F. en de C.V. komen in het Voorstel dichter bij elkaar te liggen door opheffing van het naamvoeringsverbod en de mogelijkheid om aan de commanditaire vennoot een volmacht te verlenen om naar buiten toe op te treden.⁵¹ 'Vennootschapsrechtelijke' aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot die handelt met volmacht kan echter alleen ontstaan in het geval van faillissement waarbij een regeling geldt die ontleend is aan art. 2:138/248 BW.⁵² De commanditaire vennoot kan dus net als de gewone vennoot naar buiten toe optreden, maar loopt beduidend minder risico.

4. Wijziging in een andere soort van vennootschap

Bij wijziging van het soort personenvennootschap geldt art. 33 Voorstel. Het lijkt mij overzichtelijker om dit artikel aan te passen door kenbaar de verschillende vormen van wijzigingen van soort uit elkaar te halen. Dus de wijziging van een stille vennootschap in een openbare vennootschap enerzijds en de wijziging van een openbare vennootschap in een stille vennootschap anderzijds. Art. 33 lid 2 Voorstel bepaalt bijvoorbeeld dat art. 6 Voorstel van overeenkomstige toepassing is en vervolgens staat in art. 33 lid 4 Voorstel dat art. 6 lid 3 Voorstel (doorgeven van de verkrijging van rechtspersoonlijkheid aan de openbare registers) van overeenkomstige toepassing is. Dat lijkt mij dubbelop. Als bedoeld is dat art. 6 lid 3 Voorstel ook geldt voor het 'verliezen' van de rechtspersoonlijkheid (dus van openbaar naar stil) dan zou dit er duidelijker moeten staan. Ook is in art. 33 lid 2 Voorstel de zin 'Wijziging beëindigt het bestaan van de vennootschap en haar mogelijke hoedanigheid van rechtspersoon niet' mijns inziens wat ongelukkig omdat bij een wijziging van een openbare vennootschap naar een stille vennootschap (welke wijziging ook in art. 33 lid 2 Voorstel is opgenomen) de hoedanigheid van rechtspersoon wel degelijk wijzigt. Ook zou het wellicht duidelijker zijn om de aansprakelijkheidsgevolgen voor de vennoten van een wijziging van een V.O.F. in een C.V. en andersom in dit artikel op te nemen. Nu staat er in art. 33 lid 3 Voorstel dat vennoten na wijziging op dezelfde voet aansprakelijk blijven voor de schulden die zijn ontstaan. Voor een gewone vennoot die commanditaire vennoot wordt, is deze

48. Verslag van de discussie, als bijlage opgenomen in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, supra noot 8, bijl. I – p. 15. Huizink ziet de C.V. tot uitoefening van een beroep als een bij uitstek geschikte rechtsfiguur: J.B. Huizink, 'De commanditaire vennootschap', in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, supra noot 8, p. 129-135.

49. Voorstel MvT, p. 104.

50. Met dien verstande dat het niet duidelijk is welke activiteiten precies als beroep kwalificeren. Het kan derhalve mogelijk zijn dat dit voor bepaalde beroepen wel mogelijk is. Zie in het kader van de gereuleerde beroepen bijvoorbeeld voor advocaten: hfdst. 5 van de Verordening op de advocatuur, *Stcr.* 2014, 36091, en voor notarissen: Kamer van het notariaat in het ressort Amsterdam 4 februari 2016, ECLI:NL:TNORAMS:2016:2 en art. 3 Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2015, *Stcr.* 2016, 25642, welke in werking is getreden op 30 mei 2016. In het Verenigd Koninkrijk en Australië kunnen niet-beroepsbeoefenaars participeren in een vennootschap waarin een beroep wordt uitgeoefend.

51. Art. 22 lid 1 Voorstel.

52. Art. 22 lid 3 en 4 Voorstel.

aansprakelijkheid echter beperkt tot vijf jaar. Dit volgt uit art. 23 lid 1 jo. art. 19 lid 5 Voorstel, maar (een verwijzing hiernaar) is niet opgenomen in art. 33 Voorstel. Los van de vraag of deze beperking niet zelf onderdeel zou moeten zijn van art. 33 Voorstel en het feit dat voor de duidelijkheid de verwijzing naar art. 19 Voorstel achterwege gelaten zou kunnen worden door de regeling in art. 23 of 33 Voorstel zelf op te nemen, komt de vraag op of deze aansprakelijkheidsregel geen misbruik in de hand werkt. Het wordt straks vrij gemakkelijk om een V.O.F. in een C.V. te wijzigen en andersom. De vormen worden geacht verwisselbaar te zijn.⁵³ Om als gewone vennoot van een V.O.F. sneller van gebondenheid voor de verbintenissen van de vennootschap af te komen, kan deze vennoot de hoedanigheid van commanditaire vennoot aannemen.⁵⁴ Vijf jaar na inschrijving van de wijziging in hoedanigheid verjaren de bestaande rechtsvorderingen jegens deze vennoot. De commanditaire vennoot kan indien gewenst in de tussentijd met een volmacht in naam van de vennootschap handelingen verrichten en loopt dan minder risico op aansprakelijkheid dan een gewone vennoot.⁵⁵ Wel dient er minimaal één vennoot gewone vennoot te blijven. De commanditaire vennoot zou daarbij rekening moeten houden met het feit dat onder het huidige recht geldt dat indien iemand zowel een gewone als een commanditaire vennoot kan vertegenwoordigen, hij/zij bij beheershandelingen namens die eerste heeft gehandeld, behoudens tegenbewijs.⁵⁶ Vervolgens kan de C.V. weer omgezet worden in een V.O.F. Overigens staat er in het Voorstel of de toelichting daarop niet expliciet dat de gewone vennoot ook vijf jaar commanditaire vennoot moet zijn (geweest) om aanspraak te kunnen maken op deze regeling. Of deze omzeiling van aansprakelijkheid in de praktijk een reële optie is, is onzeker, maar het lijkt een 'way out' te zijn.

5. Afsluiting

Het traject voor nieuwe wetgeving op het gebied van het personenvennootschapsrecht is ingezet. Het Voorstel biedt de minister vele bruikbare handreikingen voor de toekomstige vormgeving. Door de introductie van de rechtspersoonlijkheid brengt het Voorstel verschillende soorten personenvennootschappen voort en wordt een modernisering op diverse vlakken gerealiseerd. Verduidelijking van de regeling is een belangrijk uitgangspunt. Dit zou mijns inziens op verschillende punten nog verder doorgevoerd kunnen worden. Disruptief personenvennootschapsrecht is waar we volgens de Werkgroep op dit moment niet op zitten te wachten. Dit zoekt de Werkgroep met name in het behoud van het verschil tussen beroep en bedrijf. Er wordt derhalve vastgehouden aan het onderscheid tussen de maatschap, de V.O.F. en de C.V. Als men de voorgestelde regeling echter goed bekijkt, betreft dit verschil tussen de maatschap en de V.O.F. alleen nog de verbondenheid van de vennoten voor deelbare prestaties uit rechtshandelingen (deel van de oude regel) en de beperking van de aansprakelijkheid

bij een overeenkomst van opdracht in het kader van beroepshandelingen bij de maatschap (nieuwe regel). De rest van de regels is gelijkgetrokken. Het loslaten van het onderscheid tussen het beroep en het bedrijf in dit Voorstel, is mijns inziens dan ook niet heel ingrijpend. Als het blijft, leidt het echter tot een onrechtvaardig verschil in aansprakelijkheid. Ik kijk uit naar de analyse die ten grondslag ligt aan het standpunt van de minister dat hij voornemens is de fundamentele keuze om de bestaande soorten personenvennootschappen te handhaven, te volgen. Het adagium '*If it ain't broken, don't fix it*' in het kader van het beroep en bedrijf en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsregime, komt op mij vreemd over. Ik zou zeggen dat een onrechtvaardige regel per definitie 'broken' is. Mijn adagium zou dan ook zijn: '*If it ain't fair, fix it!*'

53. Voorstel MvT, p. 106.

54. Hiervoor is wel ieders instemming vereist en deze wijziging dient in het handelsregister ingeschreven te worden; Voorstel MvT, p. 106.

55. Art. 22 lid 1 en 3 Voorstel.

56. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2516 (*Distriport*).