



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Typen personenvennootschappen. Naar een solide en gerechtvaardigde basis van het personenvennootschapsrecht in het kader van beroep en bedrijf en (beperkte) aansprakelijkheid**

Wuisman, I.S.; Olffen, M. van; Veen, W. van

**Citation**

Wuisman, I. S. (2016). Typen personenvennootschappen. Naar een solide en gerechtvaardigde basis van het personenvennootschapsrecht in het kader van beroep en bedrijf en (beperkte) aansprakelijkheid. In M. van Olffen & W. van Veen (Eds.), *ZIFO-reeks* (pp. 33-57). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58509>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58509>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Typen personenvennootschappen: naar een solide en gerechtvaardigde basis van het personenvennootschapsrecht in het kader van beroep & bedrijf en (beperkte) aansprakelijkheid

*Prof. mr. I.S. Wuisman\**

## 1. Inleiding

Vier jaar nadat de werkgroep personenvennootschappen (“Werkgroep”) in het leven werd geroepen, stelde zij in het voorjaar haar voorstel voor een nieuwe regeling voor personenvennootschappen (“Voorstel”) ter beschikking. Tijdens het congres ‘Naar een nieuwe regeling voor de Personenvennootschap’ dat werd gehouden op 15 juni 2016, heeft de Werkgroep haar Voorstel gepresenteerd. Enkele sprekers waaronder ikzelf, waren door de Werkgroep uitgenodigd om te reflecteren op de inhoud van het Voorstel en kritische noten naar voren te brengen.<sup>1</sup> Het mij toebedeelde onderwerp was ‘Typen vennootschappen’. Een mooi ‘paraplu onderwerp’ waar een aantal kernaspecten van de regeling voor personenvennootschappen in besloten ligt. Allereerst de kwalificatie vraag: wanneer komt er een personenvennootschap tot stand? En waarin onderscheiden de verschillende personenvennootschappen zich van elkaar? Het onderwerp raakt de vraag naar de rechtspersoonlijkheid en de daarbij horende vermogensrechtelijke haken en ogen. Ook hangt het samen met het onderscheid tussen beroep en bedrijf en in het verlengde daarvan de vormgeving van de aansprakelijkheidsregels. Tegelijkertijd is het ook een lastig onderwerp door het risico van overlap met de onderwerpen van de andere sprekers. Om al te veel overlap te voorkomen, heb ik na afstemming met de Werkgroep ervoor gekozen om de rechtspersoonlijkheid en de vermogensrechtelijke aspecten summier te bespreken en de commanditaire vennootschap achterwege te laten. Met name daar waar het gaat om de aansprakelijkheid en de beperking daarvan is de link met de verschillende typen personenvennootschappen van belang. Dat komt dus terug in mijn bijdrage. Het congres heeft mij in aanvulling op het rapport van de Werkgroep waarin naast het Voorstel zowel een inleidend algemeen deel (“Algemene deel”) als een toelichting (“Toelichting”) is opgenomen (“Rapport”) meer begrip gegeven van de uitgangspunten en keuzes van de Werkgroep. Ik heb dit in deze bijdrage meegenomen. De inhoud van dit stuk kan derhalve enigszins afwijken van de inhoud van mijn voordracht tijdens het congres,

---

\* Hoogleraar Ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

<sup>1</sup> *Notariaat Magazine*, editie 5, juni 2016, p. 7: interview met de voorzitter van de Werkgroep prof. mr. M. van Olffen.

zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de kaders die leidend zijn geweest bij de vormgeving van de nieuwe regeling door de Werkgroep.

Voordat ik de verschillende soorten personenvennootschappen in kaart breng en de keuzes van de Werkgroep bespreek, is het van belang eerst stil te staan bij het ontwikkelingsproces van nieuwe wetgeving. Dit heeft te maken met de ‘ongeluk-kige’ historie van het wetgevingstraject van titel 7.13 (vennootschap) dat in 2011 abrupt tot een einde kwam, maar ook met de vervolgstappen die het ministerie van Veiligheid en Justitie nu zal (moeten) zetten. Het werk van de Werkgroep is inmiddels onderdeel van het traject naar een nieuwe regeling. Vanwege het voornemen van de Werkgroep om aan de minister te vragen om van het Voorstel een wet te maken, zal ik ook dit Voorstel tegen de achtergrond van het ontwikkelings-traject van nieuwe wetgeving bespreken.<sup>2</sup>

## 2. Ontwikkeling van nieuwe wetgeving

Er is in toenemende mate aandacht voor de kwaliteit van wetsvoorstellen en het politieke besluitvormingsproces dat ten grondslag ligt aan de keuze voor regulering. Op Europees niveau heeft Frans Timmermans, vicevoorzitter van de Europese Unie en onder andere verantwoordelijk voor ‘*Better Regulation*’, hiervoor ruime aandacht gecreëerd. Om ervoor te zorgen dat de EU haar wetgevende verantwoordelijkheid zo goed mogelijk uitvoert, wil de Europese Commissie waarborgen dat wetgevingsvoorstellen de gestelde beleidsdoelen realiseren en dan tegen minimale kosten met maximale voordelen. Dat klinkt als een utopie, maar dit doel komt dichterbij als de te volgen weg de juiste is. Bij het lezen van het *Commission Staff Working Document*<sup>3</sup> over *Better Regulation* zou je bijna denken dat het adagio ‘het gaat niet om de eindbestemming maar om de reis ernaar toe’, hier van toepassing is. Maar dat is natuurlijk niet het geval. De eindbestemming is wel wat makkelijker te bereiken als de reis een beetje goed wordt gepland, de kosten inzichtelijk worden gemaakt en de voor- en nadelen van de reisopties goed in kaart worden gebracht. Daarvoor wordt op Europees niveau de toolbox van *Better Regulation* gebruikt. Deze toolbox bestaat uit een raamwerk van richtlijnen en instrumenten. Zo wordt er gewerkt met roadmaps waarin het probleem staat beschreven, welke doelstellingen gerealiseerd dienen te worden en welke stappen daarbij horen.<sup>4</sup> In het kader van deze roadmaps worden enkele vragen beantwoord zoals: Wat is het probleem en waarom is het een probleem? Waarom moet de wetgever acteren? Wat moet er worden bewerkstelligd? Wat zijn de verschillende opties om de doelstellingen te realiseren? Wat is de impact van de verschillende opties en wie worden er door beïnvloed? Hoe verhouden de opties zich tot elkaar?<sup>5</sup> Om tot een

2 *Notariaat Magazine*, *supra* noot 1, p. 7: interview met de voorzitter van de Werkgroep prof. mr. M. van Olffen en Werkgroep personenvennootschappen (2016), ‘Modernisering Personenvennootschappen: Rapport van de Werkgroep Personenvennootschappen’, p. iv.

3 European Commission (2015), ‘*Better Regulation Guidelines*’, Commission Staff Working Document, SWD (2015)111 final.

4 European Commission (2015), *supra* noot 3, p. 7.

5 European Commission (2015), *supra* noot 3, p. 18-19.

uitkomst te komen wordt er geconsulteerd en worden er impact assessments uitgevoerd. De Europese Commissie streeft daarbij naar openheid en transparantie, verkrijging van de best beschikbare informatie en uitvoerige betrokkenheid van stakeholders.<sup>6</sup> De hiervoor opgestelde documenten zijn publiekelijk beschikbaar.

In een OECD onderzoek uit 2010 naar *Better Regulation* kwam naar voren dat Nederland te weinig de effecten van voorgestelde wetgeving *ex ante* in kaart brengt en vervolgens beschikbaar stelt. In aanvulling daarop diende de publieke consultatie verbeterd te worden.<sup>7</sup> Na publicatie van dit onderzoek is in Nederland het belang van de kwaliteitsborging bij wetgevingstrajecten hoger op de agenda gezet en dit heeft in 2011 geresulteerd in de introductie van het integraal afwegingskader voor beleid en wetgeving (“IAK”).<sup>8</sup> In dit afwegingskader staan gelijksoortige vragen zoals die zijn geformuleerd voor *Better Regulation* centraal in het kader van de probleemanalyse, de instrumentkeuze en de gevolgenbeoordeling.<sup>9</sup> Bovendien werd een specifieke website voor Internetconsultatie gelanceerd. Het werken met impact assessments van verschillende wetgevingsopties – ook wel *Regulatory Impact Assessment* (“RIA”) genoemd – vind ik een mooie methode. Ik ben daarin niet alleen. Zo las ik laatst dat de voorzitter van het adviescollege toetsing regeldruk, ook een voorstander is van een verplichte RIA voordat nieuwe regels van kracht worden.<sup>10</sup> Ook in andere landen maken ze hiervan gebruik.<sup>11</sup> Hoewel Nederland flink heeft ingezet met de IAK, blijkt uit de *OECD Indicators of Regulatory Policy and Governance 2015* dat Nederland zowel op het vlak van de RIAs als de betrokkenheid van stakeholders bij de ontwikkeling van wetgeving beneden het gemiddelde OECD-niveau scoort. Voor beide categorieën staat Nederland onderaan de ranglijst op plek 27 van de 33 landen die zijn geanalyseerd.<sup>12</sup> Bij de RIAs zorgt met name de indicator ‘*transparency*’ voor de lagere score.<sup>13</sup> Maar

6 European Commission (2015), *supra* noot 3, p. 5.

7 OECD (2010), ‘Better Regulation in Europe: Netherlands’, p. 14. Te raadplegen via: <[www.sourceoecd.org/governance/9789264084513](http://www.sourceoecd.org/governance/9789264084513)>.

8 *Kamerstukken II*, 2010-2011, 29 515, nr. 330. De OECD heeft wetgevingskwaliteit ook wel als volgt gedefinieerd: ‘Building and expanding on the 1995 “OECD Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation” (OECD, 1995), it is possible to define regulatory quality by regulations that: (1) serve clearly identified policy goals, and are effective in achieving those goals; (2) are clear, simple and practical for users; (3) have a sound legal and empirical basis; (4) are consistent with other regulations and policies (5) produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account; (6) are implemented in a fair, transparent and proportionate way; (7) promote innovation through market incentives and goal-based approaches; and (9) are compatible as far as possible with competition, trade and investment-facilitating principles at domestic and international levels.’ Zie: OECD (2015), ‘OECD Regulatory Policy Outlook 2015’, Paris: OECD Publishing, p. 23.

9 Ministerie van Veiligheid en Justitie (2012), ‘IAK Het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving 3 fasen in kaart en kleur’, J-16085. Te downloaden via: <<https://www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving>>. Laatstelijk geraadpleegd juni 2016.

10 *Financieel Dagblad* (2016), ‘Breng impact van nieuwe regels vooraf in kaart’, 30 mei 2016, p. 6.

11 Jong, P.O. de en S.E. Zijlstra (2009), ‘Wikken, wegen en (toch) wetgeven’: Een onderzoek naar hiërarchie en omvang van wetgeving in vijf Europese landen’, WODC Onderzoek en beleid nr. 280, p. 293. Hoewel de RIAs in verschillende jurisdicties een verschillende vorm aannemen vanwege institutionele, sociale, culturele en juridische context kennen zij over het algemeen een vergelijkbare structuur bestaande uit probleem definitie, identificatie van wetgevingsopties, data verzameling, analyse van de verschillende opties, identificatie van de voorkeursoptie en bepalingen over monitoring en evaluatie: OECD (2015), *supra* noot 8, p. 96.

12 Arndt, C. et al. (2015), ‘2015 Indicators of Regulatory Policy and Governance: Design, Methodology and Key results’, OECD Regulatory Policy Working Papers, No. 1, Paris: OECD Publishing, p. 15.

13 OECD (2015), *supra* noot 8, p. 187. *Transparency* scoort 0,17 waar maximale score van 1 kan worden behaald: Zie: <<http://dx.doi.org/10.1787/888933263271>>: laatstelijk geraadpleegd juni 2016.

ook de categorie methodologie van de RIAs scoort niet zo goed.<sup>14</sup> Deze categorie bestaat uit scores voor aanwezigheid en inhoud van onder andere de vereisten inzake het analyseren van de gevolgen van de wetgeving en het verrichten van een kosten-baten analyse.<sup>15</sup> Er valt dus nog wel wat te verbeteren op dit vlak. Ik denk dat dit ook geldt in het kader van de wetgeving voor de personenvennootschappen gelet op de kritiek van de Eerste Kamer op de wetsvoorstellen 28 746<sup>16</sup> en 31 065<sup>17</sup> en de gebrekkige motivering van de minister van Veiligheid en Justitie bij de intrekking van de wetsvoorstellen. Hoewel er al veel over is opgemerkt, wil ik er iets over zeggen in verband met het nieuwe proces dat nu is aangevangen voor een mogelijke herziening van het personenvennootschapsrecht.

In de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 5 september 2011 werd als hoofdreden voor de intrekking genoemd dat de wetsvoorstellen niet voldoende recht deden aan de primaire doelstelling van de wetgeving: het faciliteren van ondernemers. Deze conclusie trok de minister op grond van de kritiek van de Eerste Kamer die mede gebaseerd was op de brandbrief van VNO-NCW en MKB-Nederland.<sup>18</sup> In de Eerste Kamer werd het nut en de noodzaak van wetsvoorstel 28 746 als geheel aan de kaak gesteld vanwege het gebrek aan informatie over kosten van het wetsvoorstel voor het bedrijfsleven, ontbrekende uitleg over onderliggende problemen, afwezigheid van een analyse van alternatieve opties, onzekerheid over de vraag of de aangedragen oplossing een uitkomst zou bieden en in het verlengde daarvan ontbrekende beweegredenen voor de gekozen regels omdat deze te weinig zouden zijn gebleken uit de parlementaire behandeling.<sup>19</sup> Door de Eerste Kamer werd aldus gewezen op het ontbreken van informatie over kernonderdelen van de besluitvorming in het wetgevingstraject die normaliter onderdeel uitmaken van een RIA. Daarbij werd gewezen op de afwezigheid van een ACTAL-onderzoek.<sup>20</sup> VNO-NCW en MKB Nederland hebben hier ook aandacht voor gevraagd.<sup>21</sup> Echter, vooruitlopend op de uitkomst van een dergelijk onderzoek (waaruit dus zou moeten blijken welke lasten de wetgeving zou meebrengen) namen VNO-NCW en MKB Nederland al de stelling in dat de nieuwe regeling een lastenverzwaring zou veroorzaken. De bestaande regeling was volgens hen vanuit het oogpunt van administratieve lasten beter dan de voorgestelde regeling. Deze conclusie was derhalve voorbarig en werd bovendien rijkelijk laat in het wetgevingstraject naar voren gebracht. Maar het gebrek aan inzicht in de kosten en

14 Nederland scoort op de methodologie van de impact assessments een 0,42 waar een maximale score van 1 kan worden behaald: Zie: <<http://dx.doi.org/10.1787/888933263271>>: laatstelijk geraadpleegd juni 2016.

15 OECD (2015), *supra* noot 8, p. 216.

16 Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 2.

17 Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 2.

18 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, B., p. 2 en Brief van MKB Nederland en VNO-NCW aan de Voorzitter en Leden van de Vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 15 oktober 2008: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 065, nr. 14, bijlage 2.

19 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, B. De leden van de CDA-fractie stelden onder andere: 'Het nieuwe recht strekt mede tot bevordering van ondernemerschap, een competitief ondernemingsklimaat en daarom dient het te worden getoetst op zijn bruikbaarheid en betekenis voor de huidige en toekomstige ondernemingspraktijk en de directe en indirecte lasten voor het bedrijfsleven.'; *Kamerstukken I*, 2010/11, 31 065, B. p. 2.

20 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 065, B. p. 4.

21 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. iv.

de wens van een goed onderbouwde vergelijking tussen alternatieven, kwam ook tijdens het congres van 15 juni 2016 weer naar voren.

Om te voorkomen dat dezelfde bezwaren een risico voor de introductie van nieuwe regeling voor de personenvennootschappen gaan vormen, kan een vroegtijdige RIA uitkomst bieden. Daarbij is van belang dat verschillende scenario's van regels worden bekeken en niet alleen gekeken wordt naar korte termijn kosten. Een hoge mate van transparantie is wenselijk. Het werk van de Werkgroep beslaat een deel van de activiteiten van deze RIA. Het is een wetgevingsoptie waar goed en lang over na is gedacht en waarover – zo lezen wij in het Rapport – ‘pittige discussies’ aan ten grondslag liggen. Hoewel het Rapport een Toelichting bevat waarin uitgangspunten, motieven en argumenten zijn opgenomen voor de gemaakte keuzen, mis ik een uitgebreidere uiteenzetting van de verschillende opties voor vormgeving van de regeling, hoe deze zich tot elkaar verhouden en welke impact de opties hebben en waarom uiteindelijk bepaalde keuzes zijn gemaakt. Het traject dat als het ware achter de gesloten deuren van de Werkgroep heeft plaatsgevonden. In het kader van *Better Regulation* en de geschiedenis van de regeling personenvennootschappen lijkt het mij echter wel nuttig om voordat er een nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend, die andere opties en een effectenbeoordeling inzichtelijk te maken. Dat voorkomt wellicht een hoop vertraging van het proces na indiening. Daarnaast bleek uit de voornoemde OECD monitor dat Nederland zich kan verbeteren op het vlak van stakeholder betrokkenheid. Het is voor Nederland van grote waarde dat er bij de personenvennootschappen een burgerinitiatief is ontstaan om in ‘eigen tijd’ aan de slag te gaan en een voorstel aan het ministerie van Veiligheid en Justitie voor te leggen. Daarmee is voor een deel tegemoet gekomen aan de wens om draagvlak te creëren en wensen en behoeften uit de praktijk te identificeren.<sup>22</sup> In aanvulling op deze groep van juridische adviseurs, academici en vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, kan ook aan de directe betrokkenheid van de gebruikers van de rechtsvormen zelf worden gedacht. Een actueel onderzoek onder de doelgroep zou mijns inziens bijdragen aan het komen tot een goede regeling en een betere onderbouwing en verantwoording voor gemaakte keuzes. Het is inmiddels ook al weer bijna vier jaar geleden dat de flex-BV is geïntroduceerd en het meenemen van deze ontwikkeling in een onderzoek heeft meerwaarde. Ik kom daar straks nog op terug. Nu bespreek ik eerst de Typen personenvennootschappen uit het Voorstel tegen de achtergrond van de huidige regeling. Ik begin met de uitgangspunten van het Voorstel van de Werkgroep en in het licht van deze uitgangspunten bespreek ik de kenmerken van personenvennootschappen, zoals gezegd met uitzondering van de commanditaire vennootschap. Ik sta vervolgens stil bij de vraag of de gemaakte keuzes voor typen vennootschappen wel de juiste zijn.

---

<sup>22</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 962, p. 2 en 3.

### 3.           Uitgangspunten van de Werkgroep bij het opstellen van het Rapport

De doelstelling van de Werkgroep is dat de personenvennootschap voor alle categorieën gebruikers een bruikbare rechtsvorm moet zijn. Het personenvennootschapsrecht dient een infrastructuur te bieden waarin bedrijven de inrichting van de rechtsvorm kunnen afstemmen op de aard en inhoud van de ondernemingsactiviteiten.<sup>23</sup> De huidige regeling voorziet hier niet in. Het probleem met deze regeling is volgens de Werkgroep veelzijdig. Hij is verouderd, te verspreid, incompleet, onduidelijk en niet-systematisch. Vooral op het gebied van het vermogensrecht is het afzien. De vennootschappelijke goederenrechtelijke gemeenschap is onhandig, omslachtig, onoverzichtelijk en leidt tot onzekerheid.<sup>24</sup> Om haar doelstelling te realiseren heeft de Werkgroep tot uitgangspunt genomen:

- a. Knelpunten en lacunes in het personenvennootschapsrecht te lokaliseren en op te lossen; en
- b. De regeling voor de personenvennootschappen te vereenvoudigen, te flexibiliseren en moderniseren (innoveren) met behoud dan wel bevordering, van de rechtszekerheid.<sup>25</sup>

Daarbij heeft de Werkgroep gekozen voor drie kaders of beperkingen die een belangrijke invloed hebben op de gekozen vormgeving van de typen personenvennootschappen:

1. De nieuwe regeling mag op de korte termijn niet teveel kosten;<sup>26</sup>
2. Het wetgevingstraject mag niet te lang duren;<sup>27</sup> en
3. Een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarin een bedrijf wordt uitgeoefend zal onder de Nederlandse fiscale wetgeving als een non-transparante vennootschap worden aangemerkt.<sup>28</sup>

Als gevolg van de eerste twee beperkingen is de Werkgroep van mening dat een neutrale codificatie wenselijk is. De wijzigingsvoorstellen betreffen dus geen fundamentele verandering, maar zijn er op gericht de beginselen, ontwikkelingen en tendensen in het bestaande recht door te trekken.<sup>29</sup> Dit betekent dat een ingrijpende wijziging zoals door het ontwerpen van nieuwe rechtsvormen achterwege wordt gelaten en dat heeft gevolgen voor de typen personenvennootschappen.<sup>30</sup> Er wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen maatschap en vennootschap onder firma ("VOF"), zij het dat dit alleen geldt voor openbare

23 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 65.

24 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 64.

25 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. iv, 9, 63 en 67.

26 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 11 en 67.

27 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 66.

28 Antwoord van prof. W.J.M. van Veen tijdens het congres 'Naar een nieuwe regeling voor de Personenvennootschap' gehouden op 15 juni 2016 op een vraag van Christiaan Stokkermans over de reden waarom een 'full shield'-aansprakelijkheidsbescherming bij personenvennootschappen waarin een bedrijf wordt uitgeoefend niet in het Voorstel is opgenomen. Zie ook Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. iv: 'Daarbij is rekening gehouden met de fiscale implicaties van bepaalde keuzes'.

29 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 66.

30 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 69.

vennootschappen en het verschil alleen betrekking heeft op de aansprakelijkheidsregel van de vennoten voor verbintenissen die zijn ontstaan uit rechtshandelingen. Andere bestaande verschillen tussen de twee rechtsvormen zoals de vertegenwoordigingsregel en wel of geen aansprakelijkheid bij toe- en uittreden worden in het Voorstel (terecht) rechtgetrokken. De keuze om niet één rechtsvorm voor zowel het beroep als bedrijf te introduceren in lijn met het wetsvoorstel 28 746, is beïnvloed door de wens van de Werkgroep om iets van beperking van aansprakelijkheid bij de personenvennootschappen in het Voorstel op te nemen. Prof. van Veen benadrukte dat de achterliggende reden dat er geen personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid voor het bedrijf is opgenomen in het Voorstel niet zozeer gelegen is in het feit dat de Werkgroep daar geen voorstander van zou zijn maar in het feit dat een dergelijke rechtsvorm als een non-transparante rechtsvorm zou worden aangemerkt door de fiscus. Derhalve zou er geen behoefte zijn aan een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid voor het bedrijf naast de bestaande BV-rechtsvorm. Het is de vraag of vasthouden aan het onderscheid tussen de maatschap en de VOF vanwege het aansprakelijkheidsregime de juiste route is. De vraag komt nader aan bod nadat ik een overzicht heb gegeven van de belangrijkste wijzigingen van de typen vennootschappen.

#### **4. Materiële kenmerken van de personenvennootschap en verschillende typen in het huidige recht**

In het huidige recht kennen we de stille maatschap, de openbare maatschap, de VOF en de commanditaire vennootschap ("CV"). De maatschap is de grondvorm van de personenvennootschappen. Dat betekent dat de VOF en de CV 'speciale' (gekwalficeerde) maatschappen zijn. Boek 7A omvat een in oud-Nederlands geformuleerde definitie waarin enkele materiële kenmerken van de maatschap zijn opgenomen.<sup>31</sup> Indien aan de materiële kenmerken is voldaan dan is er sprake van een personenvennootschap, waarbij de objectieve wil leidend is.<sup>32</sup> Dit houdt enerzijds in dat wanneer aan alle materiële kenmerken is voldaan maar partijen zijn van mening dat er geen personenvennootschap bestaat, deze personenvennootschap wel degelijk tot stand kan zijn gekomen. Anderzijds, dat indien *niet* aan alle materiële kenmerken is voldaan maar de partijen hebben bijvoorbeeld in hun overeenkomst opgenomen dat een personenvennootschap door het sluiten van de overeenkomst ontstaat, het enkele feit dat partijen dit hebben beoogd nog niet leidt tot de daadwerkelijke totstandkoming van een vennootschap. De in de definitie opgenomen materiële kenmerken zijn kort gezegd dat er sprake moet zijn van (1) een overeenkomst, (2) inbreng, (3) het beogen van (vermogensrechtelijk) voordeel en (4) het delen van dat voordeel. Ik zal niet al deze materiële kenmerken

---

31 Art. 7A:1655 BW: 'Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.'

32 HR 2 september 2011, JOR 2011, 361.

bespreken, daarover is al ruimschoots in andere publicaties geschreven. Ik belicht drie aspecten van de huidige definitie van de personenvennootschap en het onderscheid tussen de typen die aandacht behoeven in het kader van de door de Werkgroep voorgestelde nieuwe regeling.

Het eerste aspect betreft de materiële kenmerken die niet in de wet zijn opgenomen. Opvallend is dat het – zo’n beetje belangrijkste – materiële kenmerk van personenvennootschap ‘de samenwerking’ niet is terug te vinden in de definitie van art. 7A:1655 BW. Daarnaast is ook niet in de definitie opgenomen dat er beroeps- of bedrijfsactiviteiten uitgevoerd dienen te worden om te kwalificeren als een personenvennootschap. Het tweede aspect betreft het feit dat de regeling voor de personenvennootschappen in stukken is geknipt. Om een totaal beeld te krijgen van de verschillende typen personenvennootschappen moet je in verschillende wetboeken snuffelen. De verspreide regelingen zijn onhandig en een noodzaak om specifieke regelingen te hebben voor de verschillende typen openbare vennootschappen is er niet. Het derde aspect betreft het onderscheid tussen een stille maatschap en een openbare maatschap en tussen beroep en bedrijf. De kwalificatie van stil of openbaar is niet in de wet terug te vinden. Een duidelijker onderscheid tussen deze typen vennootschappen zou prettig zijn. In aanvulling hierop is het verschil dat gemaakt wordt tussen beroep en bedrijf en de daarvoor beschikbare type personenvennootschappen in de huidige regeling niet meer van deze tijd. De Werkgroep heeft een oplossing voor de onduidelijkheden van de definitie en brengt een expliciet (wettelijk) onderscheid aan tussen stil en openbaar maar zet ruim in op het onderscheid tussen beroep en bedrijf voor het onderscheiden van typen personenvennootschappen, terwijl dit in toenemende mate vervaagd. Hierdoor kunnen de maatschap en de VOF als rechtsvorm naast elkaar blijven bestaan. Deze zijn wel samen in één regeling opgenomen.

## **5. Materiële kenmerken van de personenvennootschap en verschillende typen in het Voorstel**

### **5.1 *Genus vennootschap***

In de voorgestelde nieuwe regeling wordt als genus de ‘vennootschap’ gebruikt. De definitie luidt: *‘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 zijn gelijk gebleven maar nu allemaal in de definitie zelf opgenomen. Inhoudelijk is er niet veel veranderd. Ik heb een paar opmerkingen. Het deel van de definitie *‘samenwerking die is gericht op de uitoefening van een beroep of bedrijf’* kan zodanig geïnterpreteerd worden dat de samenwerking zelf gericht zou moeten zijn op de uitoefening van een beroep of bedrijf, met andere woorden op een *gezamenlijke* uitoefening daarvan. Of onder het huidige recht sprake moet zijn van een in het kader van de overeenkomst *gezamenlijke* uitoefening van die beroeps- of

bedrijfsactiviteiten bestaan verschillen van mening.<sup>33</sup> Dit betreft de vraag of er sprake is van een maatschap op het moment dat twee partijen gezamenlijk goederen aanschaffen om zodoende kosten te besparen in het kader van een individuele uitoefening van het beroep of bedrijf voor eigen rekening, dus los van de werkzaamheden van de andere partij met wie de kosten worden gedeeld. Het gaat dan om de zogenaamde ‘kostenmaatschap’. Uit de toelichting blijkt mijn inziens onvoldoende duidelijk of een kostenmaatschap nu wel of niet een vennootschap kan zijn. Er staat: *‘Anders dan in artikel 800 van de ontwerptitel 7.13 is in de omschrijving van vennootschap opgenomen dat de samenwerking gericht moet zijn op het uitoefenen van een beroep of bedrijf. Daaronder zijn begrepen beroeps- of bedrijfsmatige handelingen. De omschrijving die werd gehanteerd in artikel 800 had tot gevolg dat onder meer gevallen waarin een goed wordt aangeschaft voor gezamenlijk gebruik ter besparing van kosten als vennootschap konden worden aangemerkt. Voor deze vormen van eenvoudige gemeenschappen volstaat echter de regeling in titel 7 van Boek 3. De onderhavige regeling moet hierop niet van toepassing zijn.’*<sup>34</sup> Hier kan ook bedoeld zijn dat twee bureaus die gezamenlijk een ladder aanschaffen om zodoende kosten te besparen niet meer onder de reikwijdte van de definitie vallen omdat zij de samenwerking op grond waarvan zij kosten besparen niet vanuit een beroep of bedrijf doen, maar vanuit hun privésituatie. Of bedoelt de Werkgroep dat indien twee schilders samen een ladder aanschaffen om individueel hun eigen klantenkring te bedienen, niet meer onder de definitie valt omdat ze geen gezamenlijke bedrijfsuitoefening hebben? Een verduidelijking van de definitie op dit punt zou wenselijk zijn. Dat geldt ook voor het zinsdeel dat gaat over het delen van voordeel. In het Voorstel is het verbod op de *societas leonina* niet opgenomen. Dit verbod houdt onder het huidige recht in dat een personenvennootschap waarbij één of meer vennoten geen recht of reëel uitzicht hebben op een deel van de winst, nietig zijn. Uit de definitie zelf zou ik deze wijziging (dat het verbod in de nieuwe regeling niet meer opgaat), niet kunnen halen. Dit komt door het zinsdeel *‘en met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te delen.’* Het laatste deel van de zin betekent niet per definitie dat gedeeld zou moeten worden met *iedere* vennoot, maar het is mijns inziens toch enigszins misleidend. Te meer vanwege het feit dat in het artikel dat gaat over het delen in de winst door de vennoten niet expliciet is opgenomen dat het mogelijk is om een vennoot geheel van winstdeling uit te sluiten.<sup>35</sup> Wellicht dat de definitie hier duidelijker kan worden geformuleerd of dat art. 17 wordt aangevuld.

<sup>33</sup> Asser-Maeijer 5V, nr. 34, *GS Personenassociaties*, par. 1.4.4, A.J.S.M. Tervoort (2015), *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2015, p. 39-40 en V.A.E.M. Meijers | A.L. Mohr (2013), *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer, p. 53.

<sup>34</sup> Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 70.

<sup>35</sup> Art. 17 Voorstel.

## 5.2 *Rechtspersoonlijkheid*

De introductie van de rechtspersoonlijkheid zorgt voor een extra groepssoort. Rechtspersoonlijkheid wordt verkregen met ingang van de dag volgend op de dag dat zij is ingeschreven in het handelsregister.<sup>36</sup> Deze inschrijving kan niet geheel worden afgedwongen waardoor er nog steeds personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid kunnen bestaan.<sup>37</sup> Hierdoor is er in het Voorstel dus zowel een categorie met rechtspersoonlijkheid als een categorie zonder rechtspersoonlijkheid. Tijdens het congres kwam veelvuldig het probleem aan de orde dat indien niet is voldaan aan de materiële kenmerken om te kwalificeren als vennootschap in de zin van art. 1 Voorstel, er derhalve geen vennootschap is die op grond van art. 6 Voorstel kan worden ingeschreven. Het gevolg daarvan is dat er derhalve geen rechtspersoon is ontstaan. Op basis van de Toelichting lijkt alsof dit wel het geval zou zijn: *‘Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van ontbinding van de vennootschap wanneer de vennootschap niet blijkt te voldoen aan de materiële kenmerken van de overeenkomst van vennootschap. Het is denkbaar dat een dergelijke overeenkomst als vennootschap in het handelsregister wordt ingeschreven. In dat geval ontstaat toch een rechtspersoon. Iedere belanghebbende kan dan vorderen dat de rechter de rechtspersoon ontbindt.’*<sup>38</sup>

## 5.3 *Stille en openbare vennootschappen*

In het Voorstel is de ‘openbare’ vennootschap de vennootschap die op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt.<sup>39</sup> De ‘stille’ vennootschap is de vennootschap die niet openbaar is.<sup>40</sup>

### 5.3.1 *Stille vennootschappen en incidenteel handelen*

Onder het huidige recht kan een stille vennootschap zelf incidenteel rechtshandelingen verrichten indien een vennoot op grond van een door alle maten verleende volmacht namens de gezamenlijke maten in hun vennootschappelijk verband naar buiten optreedt. Dit maakt de stille vennootschap nog niet een openbare vennootschap.<sup>41</sup> Het lijkt alsof het Voorstel op dit punt afwijkt door de volgende passage in de Toelichting: *‘Het belang van het eerste criterium<sup>42</sup> is hierin gelegen dat de vennootschap naar buiten optreedt, dat wil zeggen dat zij zich in het maatschappelijk verkeer op een voor derden duidelijk kenbare wijze als eenheid manifesteert. Dit houdt in dat namens haar en in haar naam wordt gehandeld.*

<sup>36</sup> Art. 6 Voorstel.

<sup>37</sup> Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 14.

<sup>38</sup> Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 15.

<sup>39</sup> Art. 3 lid 2 Voorstel. Dit komt bijna geheel overeen met de formulering uit HR 5 november 1976, NJ 1977/586.

<sup>40</sup> Art. 3 lid 3 Voorstel.

<sup>41</sup> Asser-Maeijer 5V, nr. 108 en 116b en A.J.S.M. Tervoort (2015), *supra* noot 33, p. 46.

<sup>42</sup> Dit eerste criterium is: *‘de vennootschap treedt op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten op.’*

*Wanneer de vennoten enkel op eigen naam handelen en de vennootschappelijke band uitsluitend bestaat in een interne verplichting tot verrekening en verdeling van eventuele winsten, is geen sprake van een openbare vennootschap. Het tweede criterium<sup>43</sup> hangt nauw samen met het eerste: het duidelijkste kenmerk dat een vennootschap als eenheid naar buiten optreedt, is dat zij dit doet onder een door haar gevoerde naam. Het hoeft hier niet te gaan om een door de vennoten gevoerde gemeenschappelijke naam. Ook als aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen onder de namen van de vennoten die niet door een gemeenschappelijk element zijn verbonden, is sprake van een openbare vennootschap’.*<sup>44</sup> Begrijp ik het goed dan kan niet meer incidenteel kenbaar in naam van de overige vennoten als zodanig naar buiten worden opgetreden door een vennoot, maar alleen nog voor rekening van de vennootschap. Ook niet als er gebruik zou worden gemaakt van de afzonderlijke namen van de vennoten. Indien dit het geval is dan zullen bestaande stille vennootschappen waarbij een vennoot in naam van de andere vennoten als zodanig bijvoorbeeld een huurcontract heeft afgesloten maar verder niet als eenheid naar buiten treedt, door de inwerkingtreding van het Voorstel openbaar worden. Een stilzwijgend optreden (en dus niet kenbaar) in naam van de andere vennoten zal bij een stille vennoot niet snel mogen worden aangenomen, maar is wel denkbaar.<sup>45</sup> Het is niet duidelijk of dit onder het Voorstel ook geldt. Op basis van de volgende passage uit het rapport die gaat over het vennootschappelijke vermogen van de stille vennootschap lijkt het alsof het wel mogelijk zou moeten zijn om toch in naam van de vennootschap te handelen met derden: ‘(...)Dit laat onverlet dat het gemeenschappelijk vennootschappelijke vermogen een zekere verhaalspreferentie kan genereren voor gemeenschappelijke crediteuren van de vennoten. Indien alle vennoten voor een bepaalde schuld zijn verbonden, kan immers die schuld op het gemeenschappelijk vermogen worden verhaald. (...) Deze verhaalspreferentie is echter niet gereserveerd voor schulden die in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf door de vennoten zijn aangegaan.’<sup>46</sup> Om aan deze passage enige betekenis te geven, zouden er naast de eventuele schulden van de maatschap jegens een vennoot (die bijvoorbeeld zijn ontstaan doordat de vennoot handelt op eigen naam maar hiervoor verrekening met het vennootschappelijke vermogen heeft afgesproken) andere schulden met externen moeten bestaan. De vennoot die een vordering heeft op de gemeenschap – zo blijkt uit de passage – kan geen beroep doen op de genoemde verhaalspreferentie. Er moeten derhalve andere gezamenlijke crediteuren zijn en dus moet er op een of andere manier in naam van de andere vennoten als zodanig gehandeld zijn. Of heeft dit betrekking op de openbare vennootschap die is omgezet naar een stille vennootschap, waarbij een vennootschappelijke gemeenschap ontstaat? Enige verduidelijking van dit punt zou gewenst zijn.

43 Dit tweede criterium is: ‘onder een door haar gevoerde naam’.

44 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 73.

45 Asser-Maeijer 5V, nr. 108 A.J.S.M. Tervoort (2015), *supra* noot 33, p. 118.

46 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 21.

### 5.3.2 Stille vennootschappen met rechtspersoonlijkheid?

Onder huidig recht moeten de stille maatschappen met een onderneming ingeschreven worden in het handelsregister.<sup>47</sup> Sommige auteurs zijn van mening dat dit helemaal niet kan omdat een stille maatschap volgens hen nimmer een onderneming in de zin van het Handelsregisterbesluit<sup>48</sup> kan drijven vanwege het feit dat hiervoor nodig is om als eenheid onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deel te nemen.<sup>49</sup> Uit het Voorstel blijkt dat de Werkgroep zich daarbij aansluit.<sup>50</sup> Niet iedereen is het hier mee eens.<sup>51</sup> Een kleine zoekopdracht op ‘stille maatschap’ in het register van de Kamer van Koophandel levert een uitkomst van 1620 resultaten op.<sup>52</sup> Los van de vraag of het wel mogelijk is dat er stille maatschappen met een onderneming in de zin van de Handelsregisterbesluit zijn, kunnen we concluderen dat er wel degelijk stille maatschappen als zodanig ingeschreven staan. In het Rapport staat over deze vennootschappen het volgende: *‘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.’*<sup>53</sup> De Werkgroep spreekt in het Rapport over een overgangsregeling die zij heeft gekozen maar die niet in het Rapport is opgenomen. Niet duidelijk is dan ook op welke wijze de (stille?) vennootschap de rechtspersoonlijkheid verkrijgt.

Er zijn twee situaties denkbaar. De eerste situatie houdt in dat de bestaande ingeschreven stille maatschap door de inwerkingtreding van het Voorstel een openbare vennootschap wordt door de wijziging van de kwalificatievereisten van de openbare vennootschap. Bijvoorbeeld doordat in het eerder genoemde geval dat incidenteel is gehandeld in naam van de verschillende vennoten als zodanig, door het Voorstel een openbare vennootschap ontstaat. Onder het huidige recht is het een stille maatschap, onder het Voorstel een openbare. Deze vennootschap is al ingeschreven, en wordt ten tijde van de inschrijving dus een openbare vennootschap. Op grond van de – niet in Rapport opgenomen maar wel in het Algemene deel summier omschreven – overgangsregeling krijgt deze al ingeschreven vennootschap rechtspersoonlijkheid op het tijdstip van inwerkingtreding van

47 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 3 mei 2011, nr. WJZ / 11060014, houdende wijziging van de Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008, nr. WJZ / 8074645, inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister in verband met de inschrijving van stille maatschappen, *Staatscourant* nr. 8401, 16 mei 2011.

48 Art. 2 lid 1 Hregb. 2008.

49 A.J.S.M. Tervoort (2015), *supra* noot 33, p. 63, D.F.M.M. Zaman, ‘De randvoorwaarden voor de moderne personenvennootschap’, in: W.G. Huijgen e.a., *De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst*, Ars notarius 159, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1 en H.J. de Kluiver en J. Barneveld (2016), ‘Kroniek van het ondernemingsrecht’, *NJB* 2016/742, p. 1014-1024.

50 Art. 5 Voorstel dat alleen een inschrijvingsverplichting aan een openbare vennootschap oplegt. Zie ook de toelichting op dat artikel: Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 75.

51 P.P.D. Mathey-Bal, ‘De stille maatschap in het openbare handelsregister’, *WPNR* 2013/6980, p. 477-484.

52 Zie: <<http://www.kvk.nl/zoeken/handelsregister/#!uitgebreid-zoeken&handelsnaam=stille%20maatschap&kvknummer=&straat=&postcode=&huisnummer=&plaats=&hoofdvestiging=true&rechtspersoon=true&nevenvestiging=true&zoekvervallen=0&zoekuitgeschreven=0&start=0&initial=0&searchfield=uitgebreidzoeken>>. Laatstelijk geraadpleegd juni 2016. Ik heb geen check uitgevoerd op eventuele dubbele inschrijvingen etc.

53 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 15.

het Voorstel.<sup>54</sup> Hiermee wordt afgeweken van de vertraging in de verkrijging van rechtspersoonlijkheid van art. 6 lid 2 Voorstel waarbij de rechtspersoonlijkheid wordt verkregen de dag na de dag waarop de inschrijving heeft plaatsgevonden. Aansluiting hierbij zou gewenst zijn. In de tweede situatie kan de stille vennootschap niet op grond van art. 3 Voorstel en de daarbij behorende Toelichting als een openbare vennootschap worden gekwalificeerd. Dit zou kunnen betekenen dat de Werkgroep van mening is dat de inschrijving in het handelsregister van een stille maatschap tot gevolg heeft dat deze een openbare vennootschap wordt met inwerkingtreding van het Voorstel. De enkele inschrijving maakt de stille maatschap mijns inziens echter nog geen openbare vennootschap omdat inschrijving niet per definitie met zich brengt dat de vennootschap onder een bepaalde naam op een voor derden duidelijk kenbare wijze deelneemt aan het rechtsverkeer.<sup>55</sup> Het enkele inschrijven van de naam van de stille vennootschap betekent nog niet dat onder die naam wordt deelgenomen aan het rechtsverkeer. De inschrijving kan geschieden door ondertekening van de formulieren door één van de maten zodat die handeling op zichzelf niet onder een door haar gevoerde naam geschiedt.<sup>56</sup> Ook het feit dat de Kamer van Koophandel of derden die het register raadplegen van het bestaan van de stille vennootschap op de hoogte zijn, maakt dit niet anders. In de Toelichting staat daarover: *'Het enkele feit dat bij de wederpartij bekend is dat degene met wie hij handelt dit doet in hoedanigheid van vennoot, brengt daarom niet mee dat sprake is van een openbare vennootschap.'*<sup>57</sup>

Op grond van de criteria van art. 3 Voorstel zou een herkwalificatie van een stille vennootschap als openbare vennootschap die puur plaatsvindt op grond van het feit dat deze staat ingeschreven niet mogelijk zijn. Als niet is bedoeld dat de inschrijving van een stille maatschap deze vennootschap openbaar maakt dan hebben we op grond van het Algemene deel van het Rapport te maken met een categorie stille vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.<sup>58</sup> Ook zou er mogelijk nog een andere groep stille vennootschappen met rechtspersoonlijkheid kunnen ontstaan namelijk de ingeschreven openbare vennootschappen die ten tijde van de inschrijving niet meer

54 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 15.

55 Zie ook: P.P.D. Mathey-Bal (2013), *supra* noot 51, p. 477-484. Zie verder Chr. Stokkermans die het naamcriterium een onzeker criterium acht: Chr. Stokkermans (2015), 'Maatschap vs. VOF', in: W.G. Huijgen et. al (2015), 'De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst', Ars Notarius 159, Deventer: Wolters Kluwer, p. 16. Zie ook: Hamers en L.P.W. van Vliet (2012), 'Inleiding Personenvennootschappen', Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 51 en 56; zij lijken zichzelf tegen te spreken. Op p. 51 staat: *'Het voeren van een gemeenschappelijke naam is op zich nog niet voldoende voor het aannemen van een openbare maatschap. Essentieel is of de maatschap als zodanig als contractspartij optreedt, dat wil zeggen dat de tegenpartij weet dat zij aan de maatschap gebonden raakt'* terwijl op p. 56 staat dat een stille vennootschap met een handelsnaam een *contradictio in terminis* is: een handelsnaam betekent dat de maten onder een gemeenschappelijke naam deelnemen aan het rechtsverkeer. *'De maatschap is dan een openbare.'* Maar het enkele feit dat er een handelsnaam is en deze wordt gepubliceerd, wil niet zeggen dat er onder die naam wordt gecontracteerd.

56 <[http://www.kvk.nl/download/Formulier-2a-inschrijving-maatschap\\_tcm109-365585.pdf](http://www.kvk.nl/download/Formulier-2a-inschrijving-maatschap_tcm109-365585.pdf)> toelichting punt 5.1 en <[http://www.kvk.nl/download/Formulier-10a-inschrijving-maat\\_tcm109-365598.pdf](http://www.kvk.nl/download/Formulier-10a-inschrijving-maat_tcm109-365598.pdf)> toelichting 7.1.

57 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 73.

58 Een stille vennootschap met rechtspersoonlijkheid zou volgens mij wel kunnen bestaan: Er is niet (incidenteel) in naam van de vennootschap gehandeld maar alleen door de vennoten op eigen naam waarna verrekening plaatsvindt met de vennootschap, met andere woorden er wordt alleen gehandeld voor rekening van de vennootschap. De rechtspersoon is geen partij bij externe overeenkomsten en treedt dus niet kenbaar voor derden onder een door haar gevoerde naam naar buiten.

voldoen aan de definitie van een openbare vennootschap op grond van art. 3 Voorstel, maar die niet worden uitgeschreven. De openbare vennootschap is stil geworden op grond van art. 3 Voorstel maar nog steeds ingeschreven als openbare vennootschap. Indien niet wordt bepaald dat het ingeschreven staan als openbare vennootschap betekent dat deze vennootschap openbaar blijft, kan het dus zijn dat er een stille vennootschap met rechtspersoonlijkheid bestaat. De vraag rijst of dat de bedoeling van de Werkgroep is. Uit de volgende passage van de toelichting lijkt dit niet voor de hand te liggen: *‘Het ontstaan en eindigen van rechtspersoonlijkheid komt wel aan de orde wanneer een stille vennootschap wijzigt in een van de soorten van de openbare vennootschap of andersom.’* Art. 33 Voorstel lijkt te suggereren dat deze vennootschap een openbare vennootschap blijft totdat zij wordt uitgeschreven.<sup>59</sup> Maar duidelijk is dit niet. Ook hebben we hier dan weer een probleem met de definitie van de openbare vennootschap in art. 3 Voorstel. Ook het feit dat aan de stille vennootschap geen afgescheiden vermogen wordt toegekend in het Voorstel duidt er op dat het niet de bedoeling is geweest om een categorie stille vennootschappen met rechtspersoonlijkheid te creëren.

### 5.3.3 Categorieën stille vennootschappen

Afhankelijk van de bedoeling van de Werkgroep zijn er twee situaties mogelijk voor de categorie stille vennootschappen:

1. Situatie 1: deze categorie bestaat uit in zijn totaliteit uit stille vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid die niet zijn ingeschreven
2. Situatie 2: deze categorie bestaat uit
  - (a) de stille vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid die niet zijn ingeschreven en
  - (b) de stille vennootschap met rechtspersoonlijkheid die zijn ingeschreven in het handelsregister.

Situatie 1 lijkt mij de meest voor de hand liggende situatie maar de Werkgroep zou dit duidelijker naar voren moeten brengen in de artikelen van het Voorstel zelf door aanpassing van art. 3 Voorstel.

### 5.3.4 Gevolgen van de kwalificatie stille vennootschap

#### 5.3.4.1 Aansprakelijkheid bij de stille vennootschap

Voor de gebondenheid van de vennoten en het vermogen van de stille vennootschap wordt in het Algemene deel verwezen naar de paragrafen 6.1 en 7.1.<sup>60</sup> In paragraaf

<sup>59</sup> Overigens lijkt het volgende deel van art. 33 lid 2 Voorstel *‘(...) Wijziging van een stille in een openbare vennootschap heeft tot gevolg dat zij met ingang van de dag volgend op de dag dat zij als openbare vennootschap is ingeschreven in het handelsregister rechtspersoon wordt en al wat behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap onder algemene titel overgaat op de op de rechtspersoon. (...)’* overbodig naast art. 3 juncto 5 en 6 Voorstel omdat uit die artikelen valt af te leiden op welke wijze een stille vennootschap een openbare vennootschap kan worden, dat de openbare vennootschap zich vervolgens dient in te schrijven en welke rechtsgevolgen deze inschrijving van een openbare vennootschap in het handelsregister heeft.

<sup>60</sup> Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 13.

6.1 welke handelt over gebondenheid bij toe- en uittreding wordt echter niet expliciet gesproken over de stille vennootschap. Dat is begrijpelijk in het licht van art. 8 Voorstel op grond waarvan art. 19 Voorstel (dat de verbondenheid van vennoten regelt) niet van toepassing is op de stille vennootschap. Dit zou betekenen dat we voor de stille vennootschap terug dienen te vallen op Boek 6 BW. De verwijzing naar paragraaf 6.1 lijkt daarmee per abuis opgenomen en een nadere toelichting over de aansprakelijkheid bij de stille vennootschap wordt niet gegeven. In het bovenstaande heb ik uiteengezet dat uit de Toelichting lijkt voort te vloeien dat het niet meer mogelijk is om bij een stille vennootschap incidenteel kenbaar in naam van de andere vennoten als zodanig te handelen. Mocht het onder het Voorstel wel nog mogelijk zijn om stilzwijgend in naam van de andere vennoten te handelen dan betekent dit voor deze stille vennootschappen een verandering in de aansprakelijkheidsgrondslag. Daar waar deze nu in het personenvennootschapsrecht is opgenomen indien het gaat om een deelbare prestatie (Boek 7A), zal deze door het Voorstel alleen nog in Boek 6 BW te vinden zijn. Op grond van art. 6:6 BW geldt dat indien een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd is, zij ieder voor een gelijk deel verbonden zijn, tenzij uit de wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.<sup>61</sup> Dus wijziging van de (locatie van de) aansprakelijkheidsgrondslag levert voor deze verbintenissen in beginsel geen wijziging op in de aansprakelijkheidsregel behoudens de mogelijke uitzonderingen. Voor verbintenissen tot schadevergoeding geldt echter wel dat er iets verandert. Voor deze verbintenissen zal door de inwerkingtreding van het Voorstel art. 6:102 BW van toepassing zijn. Hierin is een hoofdelijkheidsregel opgenomen. Dat zou derhalve een verzwarende betekenen ten opzichte van de huidige regeling waarin de vennoten voor deze verbintenissen op grond van art. 7A:1679-1680 voor gelijke delen verbonden zijn.<sup>62</sup> Een verschil tussen de stille vennootschap en de openbare vennootschap lijkt evenwel niet op dit punt te ontstaan omdat ook voor die laatste groep op grond van de Toelichting bij art. 19 Voorstel geldt dat art. 6:102 BW van toepassing is op verbintenissen tot vergoeding van schade uit wanprestatie of onrechtmatige daad.<sup>63</sup> Naast de aansprakelijkheidsregels zijn voor de stille vennootschap ook de vertegenwoordigingsregels niet meer in het personenvennootschapsrecht te vinden maar alleen nog maar in Boek 3 BW.

#### 5.3.4.2 Gebonden maar geen afgescheiden vermogen bij de stille vennootschap

Op grond van art. 8 jo. 7 lid 4 Voorstel is de vennootschappelijke gemeenschap van de stille vennootschap gebonden. De Werkgroep acht het echter onwenselijk dat een afgescheiden vermogen wordt aangenomen bij de stille vennootschap. Het zou te verstrekende gevolgen hebben voor de positie van de crediteuren van de vennoten. De werkgroep stelt hiervoor steun te vinden in de literatuur naar

<sup>61</sup> Indien de prestatie ondeelbaar is volgt de verbondenheid nu al uit boek 6 BW voort: art. 6:6 lid 2 BW.

<sup>62</sup> Asser/Meijer 5-V, nr. 115.

<sup>63</sup> Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 92.

aanleiding van het Biek Holdings-arrest waarin een afgescheiden vermogen voor de openbare maatschap werd aangenomen.<sup>64</sup> Dit laatste wordt in het Voorstel gecodificeerd in art. 7 lid 5 Voorstel. Dit betekent dus een verschil tussen de stille vennootschap en de openbare vennootschap welke volgt uit de regeling.

#### 5.4 *Categorieën openbare vennootschappen*

Voor de categorie openbare vennootschappen is uit het bovenstaande gebleken dat deze rechtspersoonlijkheid kunnen hebben of niet. Daarnaast zijn de openbare vennootschappen nog onder te verdelen in de vennootschappen waarin een beroep wordt uitgeoefend, de maatschap, en die waarin een bedrijf wordt uitgeoefend, de VOF en de CV. Die laatste laat ik zoals gezegd buiten beschouwing.

##### 5.4.1 Vasthouden aan het onderscheid tussen de maatschap en de VOF

De Werkgroep houdt vast aan het onderscheid tussen de maatschap en de VOF. Wel is nieuw dat de maatschap niet meer stil kan zijn, omdat daarvoor de categorie stille vennootschappen in het leven is geroepen. Als onderbouwing van het handhaven van het onderscheid tussen beroep en bedrijf is in het Rapport opgenomen dat de praktijk vertrouwd is met het onderscheid, terwijl niet gebleken is dat het onderscheid tot problemen zou leiden.<sup>65</sup> Van praktisch belang is volgens de Werkgroep dat door de handhaving van de huidige rechtsvormen wordt voorkomen dat alle bestaande openbare rechtsvormen zich zouden moeten bezinnen of zij hun vorm moeten aanpassen en daartoe nader advies zouden moeten inwinnen.<sup>66</sup> Door de maatschap, de VOF en de CV te handhaven, worden volgens de Werkgroep ook invoeringsfricties voorkomen.<sup>67</sup> Gegeven de uitgangspunten van de Werkgroep voor dit Voorstel, is er dan volgens haar ook geen reden om de regeling op dit punt te wijzigen.<sup>68</sup> Een andere belangrijke hoofdreden voor het vasthouden aan het onderscheid is gelegen in de wens om voor beroepshandelingen een specifieke aansprakelijkheidsregel te introduceren.<sup>69</sup> Ik zal eerst het verschil tussen beroep en bedrijf bespreken. Daarna komen de verschillende aansprakelijkheidsregimes die gelden voor de maatschap aan de ene kant en de VOF aan de andere kant aan bod. Ik sluit af met een suggestie.

##### 5.4.2 Verschil tussen beroep en bedrijf

Wat maakt een bedrijf nu verschillend van een beroep? Het verschil is in ons recht gekomen vanwege de wet van 2 juni 1934.<sup>70</sup> Doel van deze wet was het afschaffen

64 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 21.

65 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 13.

66 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 74.

67 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 11 en 13.

68 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 74.

69 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 12 en 13.

70 Wet van 2 juni 1934, *Stb.* 347.

van de speciale voorschriften voor ‘de daad van koophandel, den koopman en de handelszaak’ voor zover zij verouderd en voor zover zij nog reden van bestaan hadden het handhaven daarvan als voorschriften voor ‘de bedrijfsdaad, voor hem die een bedrijf uitoefent en voor de bedrijfsverbintenis’.<sup>71</sup> In het kader van deze laatste doelstelling werd er een onderscheid gemaakt tussen het bedrijf en het beroep. Bij de behandeling van het wetsvoorstel werd toen al door de Commissie gewezen op de moeilijkheid in het bepalen wat onder een bedrijf zou moeten worden verstaan.<sup>72</sup> De toenmalige minister van Justitie was het daar niet geheel mee eens. Een verkeersopvatting over wat verstaan werd onder een bedrijf had zich toch al enigszins gevormd volgens de minister.<sup>73</sup> Men sprak slechts van een ‘bedrijf’ als de betrokkene regelmatig en openlijk in een zekere kwaliteit op zou treden om voor zichzelf winst te behalen. Bij de uitoefening van een beroep zou het gaan om de persoonlijke kwaliteiten of ambtelijke hoedanigheid waardoor de uitoefening een bijzonder karakter, een speciaal ‘cachet’, zou krijgen. Indien de individuele kwaliteiten van de vennoten op de achtergrond zouden blijven en de diensten een onpersoonlijk karakter zouden krijgen, zou men spreken van een bedrijf.<sup>74</sup> In het verlengde hiervan werd het ‘bedrijf’ als een subcategorie van de categorie ‘beroep’ gezien.<sup>75</sup> Dit betekende dat de personen die vielen in de categorie bedrijf ook geacht werden een beroep uit te oefenen.

De moeilijkheid van het onderscheid tussen beroep en bedrijf was volgens de minister met name gelegen in de verscheidenheid van manieren waarop eenzelfde soort werkzaamheid verricht zou kunnen worden. Hij noemde daarbij als voorbeeld het verrichten van accountancy activiteiten. Indien een individueel optredend accountant zou worden aangezocht vanwege zijn persoonlijke kwaliteiten, zou het gaan om een beroep. Op het moment dat diezelfde activiteiten zouden worden uitgeoefend vanuit een NV zou er reden zijn aan te nemen dat een bedrijf werd uitgeoefend.<sup>76</sup> Dit laatste waarschijnlijk vanwege het winst oogmerk van een NV. Twee aspecten werden derhalve doorslaggevend geacht: 1. Met welke reden wordt de betreffende persoon ingeschakeld (in overwegende mate vanwege de persoonlijke kwaliteiten of niet) en 2. Wat is het oogmerk van degene die de activiteiten uitoefent (met name gericht op het genereren van inkomen/winst of niet). Het probleem in het onderscheid is dat de ene categorie de andere niet uitsluit. Dus iemand kan een persoon met name vanwege de persoonlijke kwaliteiten aanzoeken

<sup>71</sup> *Bijlagen Handelingen II* 1933/34, 72, nr. 2, p. 5.

<sup>72</sup> *Bijlagen Handelingen II* 1933/34, 72, nr. 1, p. 1.

<sup>73</sup> *Bijlagen Handelingen II* 1933/34, 72, nr. 2, p. 5 en *Bijlagen Handelingen I* 1933/34, 72, nr. 72, p. 1: ‘En in het dagelijksch leven heeft zich ten opzichte van zekere kenmerkende eigenschappen van het begrip bedrijf langzamerhand een min of meer vaste opinie gevormd’.

<sup>74</sup> *Bijlagen Handelingen II* 1933/34, 72, nr. 2, p. 6.

<sup>75</sup> *Bijlagen Handelingen II* 1933/34, 72, nr. 1, p. 1: ‘Het schijnt haar toe, dat “beroep” een ruimer begrip is dan “bedrijf”, dat het eerste het laatste omvat en dat dus ieder, die een bedrijf uitoefent, ook een beroep uitoefent, terwijl er omgekeerd personen zijn, die wel een beroep uitoefenen, zonder dat men van hen kan zeggen, dat zij een bedrijf uitoefenen.’ En *Bijlagen Handelingen II*, 1933-1934, 72, nr. 2, p. 5: ‘De ondergeteekende deelt volkomen het inzicht der Commissie, dat “beroep” een ruimer begrip is dan “bedrijf”, dat het eerste het laatste omvat en dat iemand dus wel een beroep kan hebben zonder een bedrijf uit te oefenen, maar niet omgekeerd een bedrijf kan uitoefenen zonder tevens een beroep te bezitten’.

<sup>76</sup> *Bijlagen Handelingen I* 1933/34, 72, nr. 72, p. 3.

maar die persoon kan tegelijkertijd die activiteiten vanuit een overwegend inkomens- of winstgerichte reden uitvoeren. Indien de eerste categorie niet vanuit de klant/cliënt zou worden gezien maar vanuit degene die de activiteiten verricht, dan bijten de categorieën elkaar ook niet. Iemand kan zijn werk verrichten met name vanuit zijn persoonsgebonden kwaliteiten en dit tegelijkertijd doen vanwege het honorarium dat voor de werkzaamheden wordt ontvangen.<sup>77</sup> In de rechtspraak van de Hoge Raad is er een derde aspect bijgekomen welke een verbijzondering van de aard van de persoonlijke activiteiten inhield. Het zou volgens de algemeen gangbare maatschappelijke opvatting met name gaan om: *'(...) bij uitstek persoonsgebonden werkzaamheden zoals werkzaamheden van intellectuele of kunstzinnige aard (...)*'.<sup>78</sup> De Werkgroep sluit hierbij aan met haar uitleg over het beroep. Het zou het gaan om de bijzondere kwalificatie van de dienstverlener, een persoonlijke eigen verantwoordelijkheid voor de te verlenen diensten, om een in hoofdzaak intellectuele prestatie en om een vertrouwensband tussen beroepsbeoefenaar en cliënt.<sup>79</sup> Hoewel de uitleg iets van richting geeft, blijft het een lastige kwalificatievraag. Hoe zit het bijvoorbeeld met een organisatieadviseur? Tot welke groep behoort deze consultant? Vanwege de afbakeningsproblematiek was het onderscheid in het wetsvoorstel 28 746 geschrapt. In de memorie van toelichting stond daarover: *'Van oudsher heeft men het onderscheid tussen beroep en bedrijf hierin gezocht dat bij het uitoefenen van een beroep de nadruk ligt op het persoonlijk karakter van de werkzaamheden, zoals het geval is bij bijvoorbeeld artsen, advocaten, belastingadviseurs e.d., terwijl bij het uitoefenen van een bedrijf veeleer het commerciële karakter en de gerichtheid op winst op de voorgrond staan. Er zijn echter in de praktijk grensgevallen waarin dit criterium geen duidelijk antwoord geeft, terwijl ook afgezien hiervan de grenzen tussen beroep en bedrijf vervagen*'.<sup>80</sup> Deze vervaging en daarmee de hoge moeilijkheidsgraad in het aanbrengen van een afbakening wordt in de literatuur bevestigd.<sup>81</sup> Op grond hiervan zou men kunnen concluderen dat het verdwijnen van het onderscheid wenselijk is.<sup>82</sup> Problemen met de kwalificatie – en daarmee de vraag of het onderscheid moet verdwijnen – zijn echter alleen interessant vanwege het rechtsgevolg dat aan de te onderscheiden categorieën wordt gekoppeld. Voor de maatschap en de VOF komen we dan automatisch uit bij de vertegenwoordigingsregel en de externe aansprakelijkheid.

77 Er is dan ook wel gesteld dat beroepsbeoefenaren hun beroep niet uit idealisme beoefenen en het honorarium dat zij ontvangen niet anders is dan de prijs die wordt betaald voor diensten of producten die worden geleverd of vervaardigd door een VOF. Zie: V. Meijers (1993), 'Inleiding Personenvennootschappen', Culemborg: Phaeton, p. 49.

78 HR 22 november 1989, NJ 1990, 674, ro. 3.1.

79 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 74.

80 Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 8.

81 Asser/Maeijer, 5-V, nr. 19, Asser/Van Olfen 7-VII\*, nr. 19, V.A.E.M. Meijers | A.L. Mohr (2013), *supra* noot 33, p. 74, Tervoort (2015), *supra* noot 33, p. 48 en 49, J.B. Huizink (2011), *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Deventer: Kluwer, p. 21, B.F. Assink | W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deel (II), Deventer: Kluwer, 2013, p. 1876 en J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet (2012), *supra* noot 55, p. 59 en Chr. Stokkermans (2016), 'Rechtsvormkeuzevrijheid in beroep en bedrijf', *WPNR* 2016/7109, p. 405-413.

82 V.A.E.M. Meijers (1993), *supra* noot 77, p. 51 en J.B. Huizink (2011), *supra* noot 81, p. 22.

#### 5.4.3 Vertegenwoordiging en aansprakelijkheid bij de openbare vennootschappen in het Voorstel

De vertegenwoordigingsregel van de maatschap wordt gelijk aan die van de VOF. Dit betekent dat er bij de ‘nieuwe’ maatschap geen volmachten meer nodig zijn om de gezamenlijke vennoten te kunnen vertegenwoordigen en als zodanig aan derden te binden. Deze gelijkstrekking lijkt mij – gelet op de hiervoor beschreven convergentie tussen beroep en bedrijf bij persoonsgebonden activiteiten – de juiste. In de Toelichting valt als reden te lezen dat ook bij de maatschap de vennoten onder gemeenschappelijke naam aan het rechtsverkeer deelnemen. Hierbij zou aansluiten dat zij elkaar over en weer de bevoegdheid tot vertegenwoordiging hebben toegekend.<sup>83</sup> Daarmee kunnen zij elkaar dus extern verbinden. De wijze waarop de vennoten worden verbonden verschilt echter. Dit heeft met name te maken met de aansprakelijkheid van de vennoten voor verbintenissen die zijn ontstaan uit rechtshandelingen. Bij de maatschap blijven de vennoten voor deze verbintenissen aansprakelijk voor gelijke delen en bij de VOF hoofdelijk. De aansprakelijkheid voor verbintenissen uit de wet zoals de vergoeding van schade uit wanprestatie en onrechtmatige daad is niet meer in het personenvennootschapsrecht te vinden. Een uitzondering op de aansprakelijkheid bij de maatschap voor gelijke delen, is de aansprakelijkheid bij de overeenkomst van opdracht. Bij opdrachten zijn de vennoten van de maatschap hoofdelijk verbonden in lijn met art. 7:407 lid 2 BW. Het wordt daarmee een vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid. Het verschil met art. 7:407 lid 2 BW is dat het voor de individuele aansprakelijkheid van de vennoten niet van belang is of zij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van opdracht vennoot waren,<sup>84</sup> maar of zij met de opdracht waren belast. De individuele aansprakelijkheid van een maat voor de wanprestatie of de beroepsfout bij de uitvoering van een opdracht waarmee hij niet was belast, is uitgesloten. De vennoot die wel met de opdracht was belast maar aan wie de wanprestatie of beroepsfout niet kan worden toegerekend kan ook niet door de derde aansprakelijk worden gehouden. Deze beperking zal in de nieuwe regeling niet via het personenvennootschapsrecht aan de VOF worden geboden.

Het resultaat van het aansprakelijkheidsregime dat in het Voorstel is opgenomen, is dat beroepsbeoefenaren voor bedrijfsmatige handelingen voor gelijke delen aansprakelijk zijn, terwijl diegene die een bedrijf uitoefenen voor diezelfde handelingen hoofdelijk aansprakelijk zijn. Bovendien kan bij de vennoten van een VOF die een beroep uitoefenen waarbij persoonlijke kwaliteiten een belangrijke rol spelen maar waar ook geld verdient wordt, de aansprakelijkheid niet beperkt worden. Dit betekent dus dat de in een VOF samenwerkende timmerman, loodgieter en tegelzetter voor alle verbintenissen uit rechtshandelingen hoofdelijk aansprakelijk zijn en niet de aansprakelijkheid voor elkaars ‘persoonsgebonden’ werk kunnen beperken, terwijl de advocaat, de fiscalist en de notaris dat wel kunnen. De vraag

<sup>83</sup> Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 89.

<sup>84</sup> HR 15 maart 2013, NJ 2013, 290.

rijst wat een verschil in aansprakelijkheidsregime van zowel de verbintenissen uit rechtshandelingen, de opdrachtverlening en bijbehorende aansprakelijkheidsbeperking daarvan, rechtvaardigt. Wat maakt het persoonsgebonden werk van de timmerman, loodgieter en tegelzetter zodanig verschillend dat dit om een ander aansprakelijkheidsregime vraagt dan het werk van de advocaat, de fiscalist en de notaris. Beide zijn activiteiten waarbij de kwaliteiten van de persoon voorop staan. Met andere woorden waarom zou het intellectuele aspect van de laatste groep ten opzichte van het meer ‘met-de-handen-werken’ aspect van de eerste groep een ander aansprakelijkheidsregime rechtvaardigen? Zijn de ontstaansredenen voor het verschil tussen beroep en bedrijf vandaag de dag nog toe te passen? In de Toelichting bij het Voorstel kan ik een antwoord op deze vraag niet vinden.

#### 5.4.4 Aansprakelijkheid bij de maatschap en de VOF: wat rechtvaardigt een verschil?

Asser, die zijn proefschrift heeft gewijd aan de ontwikkelingsgeschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden, concludeert dat het verschil in aansprakelijkheidsregime afkomstig is van Porthier die onderscheid maakt tussen handelsvennootschappen en niet-handelsvennootschappen. Voor niet-handelsvennootschappen diende volgens hem de aansprakelijkheidsregels van het gemene recht te gelden, zij het in aangepaste vorm. Onder het commune recht gold dat op het moment dat verschillende personen gezamenlijk een verbintenis aangingen zij jegens de tegenpartij ieder voor hun aandeel aansprakelijk waren, indien zij niet uitdrukkelijk hadden verklaard hoofdelijk aansprakelijk te willen zijn. Bij niet-handelsvennootschappen diende volgens Porthier de aansprakelijkheid voor ieders aandeel vervangen te worden door een aansprakelijkheid voor gelijke delen omdat van een crediteur niet verlangd kon worden dat hij van de interne schuldverdeling op de hoogte was.<sup>85</sup> De hoofdelijkheidsregel voor handelsvennootschappen was de uitzondering op de regel van het gemene recht en was alleen van toepassing op de handelsvennootschappen omdat de ordonnantie van 1673 - in welke de hoofdelijkheidsregel was opgenomen - tot stand was gekomen specifiek voor de handel. Deze uitzondering was volgens Porthier gebaseerd op de bevordering van de handel, opdat kooplieden in vennootschappelijk verband over meer krediet beschikten.<sup>86</sup> Door de hoofdelijkheid ontstond een betere kredietwaardigheid. Tevens werden de verenigde handelaren verondersteld elkaars vertegenwoordigers te zijn in het kader van de handelsactiviteiten, waardoor zij elkaar bij het sluiten van contracten vanwege

85 W.D.H. Asser (1983), ‘In solidum of pro parte: Een onderzoek naar de ontwikkelingsgeschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden’, Leiden: Brill, p. 50-51 en 83.

86 ‘*Cette disposition de L’Ordonnance est une exception au principe général de droit, suivant lequel, lorsque plusieurs personnes contractent ensemble une obligation, elle sont censées ne la contracter chacune que pour leur part, si elles n’ont pas expressément déclaré qu’elles la contractent solidairement. Cette exception est fondée sur la faveur du commerce; afin que les marchands en société aient plus de crédit.*’ Zie: W.D.H. Asser (1983), *supra* noot 85, p. 50-51.

deze vertegenwoordigingsbevoegdheid hoofdelijk konden verbinden.<sup>87</sup> Deze bevoegdheid werd niet verondersteld bij de niet-handelsvennootschap.

Het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van het vennootschappelijke verband bij de maatschap kwam ook terug in de Parlementaire geschiedenis bij de wijziging van het Wetboek van Koophandel. *‘Vennootschappen zijn van tweederlei aard, namelijk burgerlijke en commerciële; de laatste zijn of onder eene firma opgericht, of bij wijze van geldschieting, of eindelijk bij deelneming. (...) In burgerlijke vennootschappen bestaat geene solidariteit ten aanzien der vennoten, doch de derde, die met haar handelt, heeft aanspraak op de goederen van hem, met wien hij de overeenkomst heeft gesloten. Bij commerciële vennootschappen onder eene firma zijn alle de vennoten hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk en zij kunnen zelfs bij lijfswang worden vervolgd.’*<sup>88</sup>

Dit verschil werd ook recent nog op deze wijze naar voren gebracht in de conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad in het kader van het Carlande-arrest: *‘Het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013 waarop de rechtbank Overijssel haar (...) vonnis baseerde en naar welk arrest partijen ook hebben verwezen, betrof de aansprakelijkheid van de maten in een maatschap en kan naar mijn mening niet naar analogie worden toegepast op de VOF of CV. De regeling van de aansprakelijkheid van de maten in een maatschap verschilt immers van die van de aansprakelijkheid van de vennoten van een VOF en de beherende vennoten van een CV. Krachtens de art. 7A:1679-1681 BW is in beginsel alleen de maat die de overeenkomst heeft gesloten gebonden en persoonlijk voor de uit die overeenkomst ontstane schulden aansprakelijk. Bij de VOF en de CV geldt daarentegen dat alle vennoten van een VOF en alle beherende vennoten van een CV krachtens art. 18 en art. 19 lid 2 WvK persoonlijk voor de schulden van de vennootschap aansprakelijk zijn.’* Vastgehouden wordt daarmee aan de afwijkende vertegenwoordigingsregel die met name bij de stille vennootschap tot gevolg heeft dat alleen de handelende partij gebonden is. Dat bij een openbare maatschap in feite veelal hetzelfde resultaat wordt bereikt als bij een VOF indien op grond van verleende volmachten in naam van alle vennoten als zodanig met een derde wordt gecontracteerd - namelijk verbondenheid van alle vennoten - lijkt hier geen rol te spelen.

In het Voorstel is het verschil in de vertegenwoordigingsregel voor de openbare vennootschappen opgeheven. Door het wegvallen in het Voorstel van het volmachtsvereiste, valt daarmee ook voor een deel de rechtvaardiging weg die in het verleden werd - en door sommigen nu nog steeds wordt - aangedragen voor het verschil in aansprakelijkheidsregimes (een maat bindt in beginsel alleen zichzelf versus vennoten worden verondersteld elkaars vertegenwoordigers te zijn). Dan

---

<sup>87</sup> *‘Elle est fondée aussi sur ce que, suivant les principes de notre droit français, différents en cela de ceux du droit romain en la loi 4, ff. des commerçans associés sont censé être les instituteurs et les préposés les uns des autres pour les affaires de la société. Or un instituteur ou préposé en contactant, oblige solidairement tous ses commettans.’* Zie: W.D.H. Asser (1983), *supra* noot 85, p. 50-51.

<sup>88</sup> Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1833-1834, XII Herziening van Titel I-VI van het Eerste Boek van het Wetboek van Koophandel, 10. Memorie van Toelichting wegens het toezigt der Hooze Regering op de naamlooze maatschappijen, p. 298.

blijft nog over het kredietwaardigheidsselement. Beargumenteerd zou kunnen worden dat de kredietwaardigheid bij handelszaken een grotere rol zou spelen dan bij dienstverlening. Hoewel verhaalsmogelijkheden ook vandaag de dag bij de dienstverlening mijns inziens geen onbelangrijke rol spelen, steekt hier de moeilijkheid in het afbakenen van beroep en bedrijf de kop op. Een onderscheid tussen crediteuren die een betere positie zouden verdienen (VOF) dan andere crediteuren (maatschap) is niet aan te brengen voor de grensgevallen. Raaijmakers maakt dat onderscheid wel. Hij stelt: *'Het element van de kredietwaardigheid verbonden aan het vertrouwen in de persoon van de vennoten blijft in de 'koophandel' belangrijk, bij beroepsuitoefening staat de kwaliteit van de verleende diensten, niet de gegoedheid der partners, voorop.'* Dit betekent volgens hem dat voor de VOF een hoofdelijkheidsregime in de rede ligt. Tegelijkertijd vermeldt hij dat de persoonsgebondenheid bij de openbare maatschappen afneemt waardoor een hoofdelijkheidsregime niet zou passen.<sup>89</sup> Over de beargumentering van Porthier inzake het verschil in aansprakelijkheidsregime zegt Asser het volgende: *'Hoe begrijpelijk en juridische onberispelijk deze redenering ook is, het resultaat is onbevredigend. En omdat onze wetgeving dat systeem via de Franse wetten van hem heeft overgenomen, kan hetzelfde worden gezegd van ons wettelijk stelsel. Als men al moet uitgaan van de scheiding tussen handelsrecht en het gewone civiele recht (...) dan valt niet in te zien waarom men die handelsrechtelijke aansprakelijkheidsvorm niet zou kunnen uitbreiden tot alle vennootschappen, in plaats van haar te beperken tot handelscompagnieën. De in de Romanistische doctrine ontwikkelde argumenten voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten konden zonder meer algemeen worden toegepast. Laat men, zoals wij al lang in ons land doen, die scheiding los, dan valt er helemaal niets meer ten gunste van dat verschil in aansprakelijkheidsregime te zeggen. Het is niet goed te verdedigen dat crediteuren van de burgerlijke maatschap met minder zekerheid genoeg zouden moeten nemen, indien de andere vennoten door de handeling van de een extern gebonden worden, dan de crediteur van een vennootschap onder firma. (...) Porthier en het Franse stelsel daargelaten, geeft de geschiedenis daarvoor in elk geval geen steun.'*<sup>90</sup> Maeijer verdedigt ook een gelijktrekking op grond van het kredietargument. De hoofdelijkheid van de maten zou echter alleen moeten gelden als het gaat om opdrachtverlening aan de maatschap. Een dergelijk regime is volgens Maeijer heel goed aanvaardbaar. *'Zij versterkt de positie van crediteuren'*.<sup>91</sup> Dat de beperking van de hoofdelijkheidsregel tot alleen de opdracht geëigend zou zijn, baseert Maeijer op de specifieke aansprakelijkheidsregels uit het vennootschapsrecht. Maeijer stelt: *'Bij zulk een openbare maatschap zal het immers veelal gaan om opdrachten tot beroepshandelingen. Wanneer het echter niet gaat om een dergelijke overeenkomst tot dienstbetoon, maar om andere handelingen bevoegdlijk verricht in naam van de maatschap, zoals het huren of*

89 M.J.G.C. Raaijmakers, 'Persoonsgebonden samenwerkingsvormen en de 'onderneming' in het privaatrecht', in: W.W. Bratton et. Al (1999), *Personenvennootschap en "onderneming"*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 1-40.

90 W.D.H. Asser (1983), *supra* noot 85, p. 269.

91 Asser/Maeijer 5-V, nr. 116b.

kopen van een kantoorpand, het aanschaffen van meubilair etc gelden alleen de hierboven in nr. 115 aangeduide regels van maatschapsrecht. Art. 7:407 lid 2 en art. 7:404 BW zijn dan niet van toepassing.<sup>92</sup> Daarmee wordt echter niet de vraag beantwoord waarom het bij de niet-opdrachtovereenkomsten gerechtvaardigd is dat er in het maatschapsrecht een afwijkende aansprakelijkheidsregel geldt ten opzicht van het VOF-recht.

Uit de ZIFO-enquête gehouden in 2012 in het kader van het congres over postmoderne rechtsvormen kwam naar voren dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf niet wordt begrepen. Dat bleek uit de geschreven opmerkingen bij de questionnaire. Uit de respons op de vraag: *Ondervindt u in de praktijk problemen van deze vage grens en zo ja wat zijn die problemen?* bleek dat 34,5% van de geënquêteerden problemen ondervond bij de kwalificatievraag.<sup>93</sup> Dat is een percentage dat niet te negeren valt. De vraag stelt niet aan de orde of men het gerechtvaardigd vindt dat er een onderscheid in beroep en bedrijf wordt gemaakt en dat daaraan een aansprakelijkheidsgevolg is vastgeplakt. Tijdens een eerder symposium over de personenvennootschappen in Leiden heb ik een kleine poll gedaan en daar kwam overtuigend naar voren dat een onderscheid en het daaraan gerelateerde verschil in aansprakelijkheidsregime niet goed begrepen werd.<sup>94</sup> Ook in de literatuur komt dit naar voren<sup>95</sup> en bij het wetsvoorstel 28 746 werd dit ook genoemd: *‘De hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten van een openbare vennootschap vloeit voort uit de samenvoeging van de (openbare) beroepsvennootschap en de (openbare) bedrijfsvennootschap in één rechtsfiguur: de openbare vennootschap; zie de omschrijving van artikel 801 lid 1. Dit hangt samen met in de memorie van toelichting bij deze bepaling sub 3.a en sub 5 geschetste vervaging van het onderscheid tussen beroep en bedrijf. In verband met die vervaging bestaat voor een onderscheid op het punt van aansprakelijkheid heden ten dage niet voldoende rechtvaardiging meer.’*<sup>96</sup>

Ook ik zie niet in waarom een verschil in het toepasselijke aansprakelijkheidsregime gerechtvaardigd zou zijn. Dat geldt ook voor de beschikbaarheid van een beperking van aansprakelijkheid. Volgens de Werkgroep moet er nog een nadere discussie plaatsvinden over de wenselijkheid van de introductie van een rechtsvorm met een verdergaande bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid voor een bredere doelgroep.<sup>97</sup> Uit het congres bleek dat dit met name een fiscale discussie zal zijn. De Werkgroep doet met het Voorstel al wel vast een voorzet door de

92 Asser/Maeijer 5-V, nr. 116b.

93 De percentages van een type respons (‘Nee, geen problemen’ of ‘Ja, namelijk’) blijken uit een publiekelijk beschikbaar document: <[http://www.rechten.vu.nl/Images/statistieken\\_onderzoek\\_personenvennootschappen\\_tcm247-289705.pdf](http://www.rechten.vu.nl/Images/statistieken_onderzoek_personenvennootschappen_tcm247-289705.pdf)>. De gemaakte opmerkingen zijn echter niet beschikbaar gesteld gedeeld met de sprekers van het ZIFO congres over postmoderne rechtsvormen.

94 Zie voor het deel van de discussie die ontstond na de poll: L.M. de Hoog (2015), ‘Discussie Symposium Personenvennootschap’ in: W.G. Huijgen e.a., *De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst*, Ars notarius 159, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 67-68.

95 J.J.A. Hamers, ‘Titel 7.13 BW (vennootschap): een nieuwe ‘kruistocht-pro’!’, *TvoB* 2012/2, p. 35-41.

96 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 746, nr. 5, p. 15.

97 Werkgroep personenvennootschappen (2016), *supra* noot 2, p. 20. Zie mijn proefschrift over de introductie van een dergelijke vorm in Nederland: I.S. Wuisman, *Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?*, Deventer: Kluwer, 2011.

beperking toe te staan voor vrije beroepsbeoefenaren. Waarom deze beperking wel mogelijk is en die voor het bedrijf niet, is mijns inziens te summier onderbouwd.

## **6. Suggestie**

Een andere route zou zijn om nu mede vanwege het tijdsargument in een keer de grondtypen van de personenvennootschap goed neer te zetten. Dat wil zeggen eerst één openbare vennootschap voor het beroep en bedrijf invoeren zonder verschil in aansprakelijkheid zodat er in ieder geval een rechtvaardige regeling ontstaat. Als Nederland inderdaad niet klaar is voor een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dan kan een uitgestelde introductie soelaas bieden. Over een stapsgewijze invoering en de invloed daarvan op de nu gemaakte keuzes zegt het Voorstel niets. Het behoort tot het overzicht van alternatieve wetgevingsopties waaruit gekozen zou kunnen worden. Bij de vormgeving van de huidige regeling kan daar rekening mee worden gehouden zonder dat de nieuwe regels tot problemen of hoge kosten zouden leiden op het moment dat zou blijken dat de introductie van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid uiteindelijk (fiscaal) niet haalbaar is. Bij de discussie over de wenselijkheid van de beperking van de aansprakelijkheid is het de vraag of die zich nu gaat richten op de aansprakelijkheidsverschillen tussen het beroep en bedrijf, of dat deze - en dat hoop ik - zal gaan over de waarborgen voor de crediteuren in het personenvennootschapsrecht. Door de gekozen route van dit Voorstel gaat de discussie zich volgens mij richten op het verkeerde vraagstuk.

## **7. Afronding**

Ik sluit af. Daar waar het gaat om de materiële kenmerken zal het Voorstel leiden tot meer duidelijkheid. Voor de stille vennootschap zal helder moeten worden gecommuniceerd of de mogelijkheid om incidenteel te handelen in naam van de vennoten als zodanig blijft bestaan. Duidelijkheid over het overgangsrecht in het kader van wijziging van de stille vennootschap naar een openbare en andersom is nodig in het kader van de definities gebruikt in het Voorstel. Dat geldt met name voor de vennootschappen die staan ingeschreven in het handelsregister. De keuze van de Werkgroep voor de verschillende typen openbare vennootschappen waarbij wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen beroep en bedrijf met bijbehorend verschillend aansprakelijkheidsregime onderschrijf ik echter niet. Deze keuze heeft enerzijds te maken met het kostenargument en het tijdsargument, anderzijds met fiscale beperkingen. De voorzichtige houding ten aanzien van de kosten begrijp ik in het licht van de brandbrieven en het benodigde draagvlak, maar is dit gebaseerd op enige berekeningen? Het argument dat door handhaving wordt voorkomen dat openbare rechtsvormen zich zouden moeten bezinnen of zij hun vorm moeten aanpassen en daartoe nader advies zouden moeten inwinnen, vraagt enige nuancering. Op het moment dat het onderscheid vervalst en daarvoor komt de

categorie openbare vennootschappen in de plaats, dan vallen derhalve alle openbare personenvennootschappen in deze categorie. Het verschil kan dan voor huidige maatschappen liggen in een verzwaring van de aansprakelijkheid indien gekozen wordt voor hoofdelijkheid. Het is de vraag of al die maatschappen zich vanwege deze hoofdelijkheid zouden gaan bezinnen op omzetting in een BV en wat dat zou kosten. In verschillende publicaties die zijn verschenen, is kritiek geuit op de minister van Veiligheid en Justitie omdat zijn kostenargument voor de intrekking niet voldoende was onderbouwd. Door gebruik te maken van een RIA kan dit inzichtelijk worden gemaakt. Ook het tijdsargument begrijp ik, maar daar zou je ook anders mee om kunnen gaan zonder dat de nieuwe regeling leidt tot een ongerechtvaardigd verschil tussen beroep en bedrijf. Het huidige verschil in aansprakelijkheid (gelijke delen/hoofdelijkheid) in combinatie met een ongerechtvaardigde gelimiteerde beschikbaarheid van beperkte aansprakelijkheid, mag niet leidend zijn voor de keuze van de typen vennootschappen. Hoewel ik begrijp dat het Voorstel een opmaat kan zijn voor een latere wijziging van het personenvennootschapsrecht waarin de regels worden rechtgetrokken, vind ik de regeling te krom om als mogelijke tussenoplossing te accepteren. Indien het uitgangspunt is dat de discussie over verdergaande beperking van aansprakelijkheid voor een bredere doelgroep nog moet worden gevoerd – ook indien dit met name een fiscaal gedreven discussie zal zijn – lijkt het mij gerechtvaardigd om de beperking van aansprakelijkheid pas te introduceren op het moment dat Nederland en de fiscus klaar zijn voor een personenvennootschap die zowel door het beroep als het bedrijf kan worden gebruikt en waarbij de mogelijkheid van een beperking van de aansprakelijkheid wordt geboden. Deze stapsgewijze invoering zou een wetgevingsoptie zijn die de moeite waard is om te overwegen. Het proces zou gebaat zijn bij een uitgebreidere analyse van de verschillende opties van verschillende typen vennootschappen en de aansprakelijkheidsregels die hiervoor gekozen kunnen worden. Het direct betrekken van de doelgroep die wordt beïnvloed door de wetgeving mag daarbij niet ontbreken. Door deze aspecten ruimte te geven in het wetgevingsproces kan een gedegen onderbouwing worden gecreëerd voor het nieuwe personenvennootschapsrecht. Het is een investering van tijd en geld aan het begin het traject maar dit zal zich volgens mij in de latere fase van het traject terugverdienen bij de behandeling van een nieuw wetsvoorstel voor het personenvennootschapsrecht. Op naar een mooie moderne en rechtvaardige regeling!