

Het Voorontwerp modernisering personenvennootschappen en aansprakelijkheid

Ondernemingsrecht 2019/111

In deze bijdrage staan de aansprakelijkheidsregels van het Voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen centraal (de tekst van het Voorontwerp is in dit themanummer opgenomen als *Ondernemingsrecht 2019/120*). Aansprakelijkheidsregels voor personenvennootschappen zijn er in allerlei soorten en maten. Gedurende het herzieningsproces van het personenvennootschapsrecht zijn inmiddels al verschillende varianten voorgesteld. Veelal hangt de invulling af van de keuze of een onderscheid wordt gemaakt tussen beroep en bedrijf. Dat geldt niet alleen voor de hoofdregel maar ook voor de mogelijkheid gebruik te kunnen maken van een aansprakelijkheidsbeperking. Vervolgens staan er voor de vormgeving van de beperkingsregel weer diverse opties ten aanzien van de reikwijdte en de implementatie van beschermingsregels voor crediteuren ter beschikking. In het Voorontwerp is voor de aansprakelijkheidsregels terecht het onderscheid tussen beroep en bedrijf losgelaten. De aansprakelijkheidsbeperking is echter onduidelijk en de onderbouwing van de gekozen reikwijdte alsook de afwezigheid van crediteurenbescherming ontbreekt. De commanditaire vennootschap wordt opengesteld voor zowel het bedrijf als het beroep. De mogelijkheid van verstrekkende volmachtsverlening aan de commanditaire vennoot die gepaard gaat met een 'licht' aansprakelijkheidsregime, kan ertoe leiden dat de commanditaire vennootschap een interessante rechtsvorm voor aansprakelijkheidsbeperking wordt. Het Voorontwerp zou hier rekening mee moeten houden en de verschillende personenvennootschappen met de daarbij behorende aansprakelijkheidsregels als geheel moeten bezien. Daarnaast zou voor een solide regel voor de beperking van aansprakelijkheid inspiratie kunnen worden opgedaan in het buitenland. Daarbij is het van belang dat de uiteindelijke keuze berust op een gedegen beargumentering.

1. Inleiding

In februari van dit jaar was het zover, het lang verwachte voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen ("Voorontwerp") werd gepubliceerd.² Ik was benieuwd, heel benieuwd, met name naar de aansprake-

lijkheidsregels. De gelijktrekking van de aansprakelijkheid voor het beroep en bedrijf zit in het Voorontwerp alsook een vorm van beperking van aansprakelijkheid. Op het eerste gezicht een mooi resultaat. Die aansprakelijkheidsbeperking kan op verschillende wijzen worden vormgegeven en van belang zijn de uitgangspunten en de afwegingen die zijn gemaakt bij de keuze voor een specifieke regeling. Dat moet duidelijk zijn, anders wordt een bepaalde wetgevingskeuze (te) willekeurig. Ik heb daar in het kader van het voorstel van de informele werkgroep Van Olffen eerder aandacht voor gevraagd tegen de achtergrond van *Better Regulation*.³ Op hoofdlijnen zijn de uitgangspunten in de memorie van toelichting bij het Voorontwerp ('concept-MvT') opgenomen, maar een betere onderbouwing van de keuzes voor de aansprakelijkheidsregels is wat mij betreft nodig. De fiscale beperkingen, indien van toepassing, dienen daarin meegenomen te worden. Tevens zou een duidelijkere uitleg van de nieuwe regels welkom zijn. In deze bijdrage bespreek ik welke onderdelen dit betreft. Ik ga daarbij uit van bekendheid met de kernelementen van het Voorontwerp zoals de typen vennootschappen. Ik sluit af met een hele beknopte bespreking van de verschillende smaken van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Het beperkte aantal beschikbare woorden van dit artikel biedt helaas geen ruimte om hier in deze bijdrage dieper op in te gaan.

2. Aansprakelijkheidsregels in het Voorontwerp

De uitgangspunten voor het Voorontwerp zijn het faciliteren van ondernemerschap, het bieden van zekerheid aan het handelsverkeer en het bieden van een passende bescherming voor zowel vennoten als diegenen die met de vennootschap handelen.⁴ De persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten wordt in de concept-MvT⁵ genoemd als een belangrijk kenmerk van de personenvennootschappen.⁶ Het Voorontwerp schrapt het verschil tussen beroep en bedrijf⁷ en ik juich dat toe. Personenvennootschappen met een in Nederland gevestigde onderneming dienen zich in te schrij-

1 Iris Wuisman is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

2 Ambtelijk voorontwerp, Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen): Voorontwerp; <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/02/21/wetsvoorstel-modernisering-personenvennootschappen>.

3 I.S. Wuisman (2016), 'Typen personenvennootschappen: 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 21), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-57 (paragraaf 2).

4 Concept-MvT, p. 5.

5 Ambtelijk voorontwerp, Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de modernisering van de regeling omtrent personenvennootschappen (Wet modernisering personenvennootschappen): Memorie van Toelichting; <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/02/21/memorie-van-toelichting-wet-modernisering-personenvennootschappen>.

6 Concept-MvT, p. 3.

7 Concept-MvT, p. 7-8.

ven bij het handelsregister.⁸ Deze registratie kan om welke reden dan ook, niet geschieden. Voor de aansprakelijkheidsregels die van toepassing zijn, is van belang of de vennootschap geregistreerd is en indien deze geregistreerd is of er sprake is van een vennootschap of een commanditaire vennootschap (deze is altijd geregistreerd). Ik bespreek derhalve de verschillende categorieën vennootschappen en de toepasselijke aansprakelijkheidsregels apart.

2.1 De geregistreerde vennootschap

2.1.1 Externe aansprakelijkheid

De hoofdregel is dat vennoten hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden van de vennootschap.⁹ Dit geldt voor verbintenissen voortvloeiend uit zowel rechtshandelingen als de wet en omvat derhalve zowel het verrichten van de overeengekomen prestatie als schadevergoeding uit wanprestatie, schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad en andere verbintenissen uit de wet. De schuldeiser heeft net als in het huidige recht twee vorderingsrechten: één jegens de vennootschap en één (en dus eigenlijk twee of meer) jegens de vennoten. Nieuw is echter de subsidiariteit die is opgenomen in artikel 809 lid 1 Voorontwerp:

‘(...) Vennoten zijn slechts aansprakelijk voor zover de wederpartij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet aan de verbintenis zal voldoen.’¹⁰

Deze formulering sluit aan bij die van de subsidiaire aansprakelijkheid van bestuurders van een ingeschreven informele vereniging.¹¹ De schuldeiser kan de vennoten pas aanspreken indien aannemelijk is dat de vennootschap de schuld niet zal voldoen.¹² Dat is volgens de concept-MvT het geval indien de vennootschap geen verhaal biedt¹³ of dat het aannemelijk is dat deze geen verhaal biedt.¹⁴ Gedacht kan worden aan de situatie dat de vennootschap niet reageert op een aanmaning of wanneer duidelijk is dat de vennootschap onvoldoende vermogen heeft.¹⁵ Eventuele onduidelijkheid zou nog kunnen ontstaan door het gebruik van de woorden ‘voor zover’. Die kunnen worden opgevat als ‘alleen als’, maar ook als ‘in die mate dat’. In het laatste geval zou dit betekenen dat de vennoten alleen kunnen worden aangesproken voor het deel waarvan aannemelijk is dat

dit niet wordt voldaan door de vennootschap. Vanwege de verwijzing in de concept-MvT naar de regel die geldt bij de informele vereniging lijkt mij dit laatste niet voor de hand te liggen, maar een bevestiging hiervan zou voor duidelijkheid zorgen. De subsidiariteit wordt geschaard onder de ‘aansprakelijkheidsbeperkingen’ in het Voorontwerp. Naast de subsidiariteit behoren hiertoe de aansprakelijkheidsbeperking bij verbintenissen voortvloeiend uit een tekortkoming in de nakoming bij een opdracht, bij toetreding en bij uittreding.

2.1.1.1 Beperking van aansprakelijkheid bij een opdracht

In artikel 809 lid 2 Voorontwerp is een nieuwe regeling opgenomen die een vorm van aansprakelijkheidsbeperking voor vennoten biedt als het gaat om een opdracht.¹⁶ Dit wordt in de concept-MvT aangeduid als een ‘genuanceerd regime’.¹⁷ Eerst bespreek ik de systematiek van de regeling, daarna ga ik in op de onderbouwing van deze regeling en ten slotte reflecteer ik op onduidelijkheden en de gemaakte keuzes. Wanneer de vennootschap een opdracht van een derde heeft ontvangen, heeft de wederpartij (alleen) vorderingsrechten jegens de vennootschap en de venno(o)t(en) aan wie de wederpartij uitdrukkelijk de uitvoering van de opdracht heeft toevertrouwd. Het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid waarbij de hierboven besproken subsidiariteit niet geldt vanwege de rol van de persoonlijke kwaliteit van de vennoot die de opdracht uitvoert: ‘hij [of zij: IW] treedt dan op de voorgrond op, naast de vennootschap’.¹⁸ Belangrijk is dat de beperking van aansprakelijkheid alleen geldt ten aanzien van wanprestatie, niet ten aanzien van vorderingen op grond van onrechtmatige daad.

In de concept-MvT zijn verschillende argumenten aangedragen voor de introductie van deze regeling. De praktijk zou behoefte hebben aan een ‘bepaalde mate van bescherming voor de vennoten’¹⁹ en met de formulering zou rekening worden gehouden met het vervallen van het onderscheid tussen beroeps- en bedrijfsactiviteiten. Vanwege het feit dat vennoten die niet bij de uitvoering van de opdracht betrokken zijn vaak niet of nauwelijks invloed op hebben op de wijze van de vervulling van de opdracht maar tegelijkertijd wel een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico lopen door het zijn van vennoot, is voor de beperking gekozen.²⁰ Hier is aan toegevoegd:

‘Omdat dit risico bij vennootschappen vanwege het duurzame karakter van de samenwerking en de daarmee samenhangende ondernemingsactiviteiten groter zal zijn, is gekozen om in een beperking te voorzien van de aansprakelijkheid van de vennoten jegens derden.’

Groter ten opzichte van wat? En waarom is dit risico dan groter bij vennootschappen? In de concept-MvT wordt nau-

8 Artikel 5 sub a Hregw 2007 en Beleidsregel van de Minister van Buitenlandse 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.

9 Artikel 809 lid 1 Voorontwerp.

10 Artikel 809 lid 1 Voorontwerp en concept-MvT, p. 11.

11 Artikel 2:30 lid 4 BW en concept-MvT, p. 41. De regeling van dit artikel is op haar beurt ontleend aan de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM). Zie: Zeben, C.J. van (1977), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet Boek 2: Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977, p. 1185.

12 Concept-MvT, p. 6.

13 Concept-MvT, p. 41.

14 Concept-MvT, p. 43.

15 Concept-MvT, p. 43.

16 Concept-MvT, p. 11.

17 Concept-MvT, p. 6.

18 Concept-MvT, p. 45.

19 Concept-MvT, p. 44.

20 Concept-MvT, p. 44.

welijks aandacht besteed aan de verschillende opties die gekozen kunnen worden voor de vormgeving van de beperking van de vennotenaansprakelijkheid. Die opties zijn legio zoals ik in paragraaf 3 kort uiteen zal zetten. Waarom bijvoorbeeld alleen beperking bij een opdracht? Waarom alleen vorderingen op grond van wanprestatie en niet die van onrechtmatige daad? In het kader van beroepsfouten kan dit er bijvoorbeeld toe leiden dat de wederpartij de vordering niet baseert op wanprestatie maar op grond van onrechtmatige daad. De vennoten zijn dan alsnog voor hetzelfde handelen hoofdelijk aansprakelijkheid op grond van het feit dat zij vennoot zijn in de vennootschap, want de onrechtmatige daad valt onder artikel 809 lid 1 Voorontwerp. Waarom zou men dat niet willen voorkomen? Ook is er geen aandacht besteed aan speciale beschermingsregels voor crediteuren die gebruikelijk zijn bij beperking van aansprakelijkheid. Zijn die niet nodig en, zo ja, waarom niet? Ik volsta hier met de constatering dat er (nog) geen gedegen beargumentering is waarom er voor deze vorm van beperking gekozen is en niet voor een andere. Eigenlijk is het zelfs niet geheel duidelijk welke vorm van beperking gekozen is. Dit komt onder andere door gebruik van vage begrippen en begrippen die in het wettelijke systeem een bepaalde betekenis hebben, maar waaraan mogelijk in het Voorontwerp een andere betekenis wordt toegekend. Dit betreft bijvoorbeeld het 'uitdrukkelijk toevertrouwen' en 'opdracht' uit artikel 809 lid 2 Voorontwerp.

Uitdrukkelijk toevertrouwen

De concept-MvT legt uit dat in de overeenkomst expliciet kan zijn benoemd wie de venno(o)t(en) zijn aan wie de opdracht uitdrukkelijk door de wederpartij is toevertrouwd.²¹ Indien niet duidelijk is welke vennoot met de opdracht is belast, is er geen sprake van 'uitdrukkelijke toevertrouwing van een opdracht' aan een vennoot en is de hoofdregel van het eerste lid van toepassing.²² Verder geldt dat indien bij de uitvoering van de opdracht blijkt:

'(...) dat deze niet door de betrokken vennoot, maar hoofdzakelijk door andere vennoten of door werknemers van de vennootschap worden uitgevoerd, dan zal de redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen het inroepen van deze specifieke bepaling door de vennootschap.'²³

Het Voorontwerp en de concept-MvT gebruiken verschillende aanduidingen om nadere invulling aan het artikel te geven, zoals '*nadrukkelijk toevertrouwen*', '*belast zijn met*', '*betrokken zijn bij*', '*vervullen*' en '*uitvoeren*'. Duidelijk vind ik het niet. Stel er is een vennootschap met drie vennoten. Alleen aan vennoot A wordt de opdracht uitdrukkelijk toevertrouwd door de wederpartij. Vervolgens werkt vennoot A in het kader van de uitvoering intern samen met vennoot B, vennoot C is niet betrokken. Is op grond van artikel 809

lid 2 Voorontwerp, vennoot B nu ook aansprakelijk (het staat er niet) of is dat alleen A? Of vallen we terug op lid 1 en is ook vennoot C hoofdelijk verbonden? En wat geldt als de opdracht 'hoofdzakelijk' door medewerkers wordt uitgevoerd maar wel onder supervisie van een vennoot aan wie de opdracht is toevertrouwd? Geldt dan lid 1 of 2? En waarom? Ook rijst de vraag of het handelen van de vennoot oorzaak dient te zijn van het ontstaan van een claim van de wederpartij of dat de hoofdelijke aansprakelijkheid tevens kan ontstaan als het handelen van een andere vennoot aan wie de opdracht mede uitdrukkelijk is toevertrouwd, de oorzaak is van de claim? Dit lijkt nu inderdaad het geval te zijn. Welke afweging ligt daaraan ten grondslag?

Begrijp ik het goed, dan werkt de beperking alleen indien de wederpartij zelf de opdracht uitdrukkelijk aan een vennoot heeft toevertrouwd. Indien de opdracht dus niet door de wederpartij is toevertrouwd aan (een) specifieke venno(o)t(en), maar de opdracht door interne keuzes slechts door een of een paar (maar niet alle) vennoten is uitgevoerd, dan geldt er geen aansprakelijkheidsbeperking voor 'niet-uitvoerende' vennoten. Bestaat dan niet hetzelfde aansprakelijkheidsrisico? Wat nu als een partij een opdracht aan een vennootschap geeft, bijvoorbeeld ten aanzien van een specifieke juridische kwestie, maar deze opdracht niet uitdrukkelijk toevertrouwd aan bepaalde vennoten. Vanwege de aard van de kwestie en de expertise van de vennoten, ligt het echter voor de hand dat bepaalde vennoten deze opdracht uitvoeren. Is er nu geen sprake van 'uitdrukkelijk toevertrouwen'? Of moeten we in dat geval op grond van de redelijkheid en billijkheid constateren dat dit wel het geval is? Uit het voorgaande blijkt dat nadere uitleg benodigd is voor een goed begrip van de reikwijdte van 'uitdrukkelijk toevertrouwen'. Ook hier zou ik graag beter willen begrijpen waarom bepaalde keuzes worden gemaakt.

'Opdracht'

Wat verder opvalt, is dat het verschil tussen beroep en bedrijf, dat nu juist met dit Voorontwerp zou worden opgeheven, via deze aansprakelijkheidsbeperking (wellicht onbewust) via de achterdeur lijkt binnen te dringen. De aansprakelijkheidsbeperking van artikel 809 lid 2 Voorontwerp geldt op het moment dat er 'een opdracht' is gegeven. In het Burgerlijk Wetboek is een speciale titel gewijd aan de overeenkomst van opdracht.²⁴ Een overeenkomst van opdracht is de overeenkomst om werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.²⁵ Overeenkomsten die worden gesloten door personenvennootschappen die een bedrijf uitvoeren kwalificeren in voorkomende gevallen niet als overeenkomst van opdracht maar als aanneming van werk. Aanneming van werk is de overeenkomst om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leve-

21 Concept-MvT, p. 45.

22 Concept-MvT, p. 45

23 Concept-MvT, p. 45

24 Titel 7 van Boek 7 BW.

25 Artikel 7:400 lid 1 BW.

ren.²⁶ Hieronder valt ook het tot stand brengen van een *be-werking* (verandering, verbetering, verbouwing) van een eerder tot stand gebracht werk van stoffelijke aard.²⁷

In het Voorontwerp worden de restauratie van een oldtimer,²⁸ het repareren van een antieke kast²⁹ en de installatie van een softwaresysteem³⁰ gezien als 'opdrachten'. De restauratie en reparatie vallen op grond van de parlementaire geschiedenis onder aanneming van werk. Lastiger kwalificeren is de installatie van de software.³¹ De vraag rijst of in het Voorontwerp met 'het toevertrouwen van een opdracht' alleen de overeenkomst van opdracht is bedoeld of ook aanneming van werk of wellicht zelfs andere soorten overeenkomsten.³² Er wordt niet expliciet verwezen naar de overeenkomst van opdracht in de zin van titel 7 van Boek 7 BW, maar er wordt ook niet letterlijk gesteld dat aanneming van werk tevens onder het bereik valt. Mocht de regeling alleen betrekking hebben op de overeenkomst van opdracht dan zou de reden daarvoor kenbaar moeten worden gemaakt waarbij uitleg zou moeten worden gegeven over de rechtvaardiging van een dergelijk onderscheid.³³ Voor de aansprakelijkheidspositie is het dan van belang dat rekening wordt gehouden met het feit dat er gemengde overeenkomsten bestaan.³⁴ Ook zou duidelijk moeten worden wat de verhouding van deze regeling is ten opzichte van die van artikel 7:407 lid 2 BW en waarom er geen disculpatiemogelijkheid in artikel 809 lid 2 BW is opgenomen. Mocht 'opdracht' uit het Voorontwerp zowel betrekking hebben op de overeenkomst van opdracht als op aanneming van werk (en ik denk dat dit de bedoeling is), hoe zit het dan met andere typen (bijzondere) overeenkomsten? Wanneer kwalificeert iets als een 'opdracht'? De afbakening is lastig.

2.1.1.2 Toetreding

Op grond van artikel 809 lid 3 Voorontwerp zijn toetredende vennoten niet aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap uit rechtshandelingen of de wet die bestaan bij toetreding. Als reden wordt gegeven dat niet alle verbintenissen bij toetreding duidelijk zullen zijn, het de

vraag is of een vennoot bij toetreding grondig onderzoek kan doen en of het redelijk is dat een schuldeiser er een verhaalsmogelijkheid bij krijgt.³⁵ Of dit laatste het geval is, hangt af van eventuele gelijktijdige uittreding van vennoten en welke afspraken hierover met de derde zijn gemaakt. Niet duidelijk is wat geldt bij duurovereenkomsten waarbij de overeenkomst voor het moment van toetreden is gesloten maar waarbij bijvoorbeeld betalingsverplichtingen ontstaan na toetreden.

2.1.1.3 Uittreding

Kort door de bocht komt deze aansprakelijkheidsbeperking erop neer dat de aansprakelijkheid van de uittredende vennoot wordt beperkt tot vijf jaar. Als motivering wordt gegeven dat de schuldeiser voldoende verhaalsmogelijkheden heeft op de vennootschap en op de 'actieve' vennoten.³⁶ Dat is nog maar de vraag en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

2.1.2 Interne draagplicht

Op grond van artikel 807 lid 1 Voorontwerp delen vennoten voor een gelijk deel in het resultaat van de vennootschap. Dit is regelend recht. De bepaling bevat geen verplichtingen om het tekort lopende de vennootschap aan te zuiveren. Bij vereffening geldt dat de vennoten een tekort in het vermogen wel dienen aan te vullen voor zover zij daarvoor draagplichtig zijn. Een afwijkende externe aansprakelijkheidsregel, zoals die bij een 'opdracht', leidt niet automatisch tot een afwijkende interne draagplicht.³⁷ Het uitgangspunt had ook omgekeerd kunnen zijn, namelijk dat vennoten die extern niet aansprakelijk zijn, niet alsnog door een interne bijdrageplicht voor die schulden kunnen worden aangesproken, tenzij een andere regeling wordt afgesproken. Dit is doorgaans de standaardregel bij buitenlandse personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Waarom hiervoor niet is gekozen, is niet duidelijk. Mochten vennoten een eigen regeling afspreken, dan geldt deze overeengekomen afwijkende draagplichtregeling ook bij een eventuele vereffening.³⁸ Verder geldt als regelend recht dat indien een uitgetreden vennoot met succes door een derde wordt aangesproken binnen de vijfjaarstermijn, de uitgetreden vennoot jegens de vennootschap een vorderingsrecht heeft tot vergoeding van het betaalde bedrag.³⁹

2.2 De niet-geregistreerde vennootschap

Het nieuwe artikel 809 Voorontwerp bevat in lid 5 een regeling voor de niet-ingeschreven vennootschap. Deze regeling houdt in:

'Vennoten van een vennootschap die niet is ingeschreven in het handelsregister die op een voor derden duidelijke kenbare wijze onder een door haar gevoerde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, zijn zonder beperking

26 Artikel 7:750 BW.

27 *Kamerstukken II*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 9-10 en *Asser/Van den Berg 7-IV* 2017/26. De parlementaire geschiedenis schaaft bijvoorbeeld het wassen en stomen van kleren en de reparatie van gebruiksvoorwerpen ook onder de reikwijdte van aanneming van werk: *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 12 en p. 24.

28 Concept-MvT, p. 44.

29 Concept-MvT, p. 13.

30 Concept-MvT, p. 44.

31 Dit wordt doorgaans aangemerkt als een overeenkomst van opdracht. Het wordt ook wel eens anders gezien. In een zaak waar een RAID-5-systeem werd geleverd, software werd geïnstalleerd en werkstations werden geconfigureerd, werd de overeenkomst gekwalificeerd als aanneming van werk: *Rechtbank Zutphen* 23 april 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD5781.

32 Overigens is de wetgever zelf ook niet zo nauwkeurig met het gebruik van het begrip opdracht aangezien bij aanneming van werk bijvoorbeeld in artikel 7:754 BW in het kader van aanneming van werk ook gesproken wordt over 'opdracht'.

33 In de literatuur is wel gesteld dat het expliciet uitzonderen van de overeenkomst van aanneming van werk van het bereik van de overeenkomst van opdracht ongelukkig en niet gerechtvaardigd is: *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2014/35.

34 Artikel 6:215 BW en *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2014/47.

35 Concept-MvT, p. 46.

36 Concept-MvT, p. 47.

37 Concept-MvT, p. 38.

38 Concept-MvT, p. 38.

39 Artikel 813 lid 6 Voorontwerp.

naast de vennootschap hoofdelijk verbonden voor verbintenissen jegens derden, tenzij de derde wist van zodanige beperking.'

De formulering is onduidelijk en wat ongelukkig. Ik tracht te ontleden wat de bedoeling is geweest. Deze regeling bevat drie elementen: (1) vertegenwoordigingsbevoegdheid van vennoten van een niet-ingeschreven vennootschap en als gevolg daarvan de gebondenheid van de vennootschap met de daaruit voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten; (2) de aansprakelijkheidsbeperkingen zoals die gelden bij een ingeschreven vennootschap; en (3) wetenschap bij de derde van een 'zodanige beperking'.

Met het eerste element is aansluiting gezocht bij artikel 29 Wetboek van Koophandel ('WvK').⁴⁰ Dit artikel is onder het huidige recht van toepassing op de niet-ingeschreven vennootschap onder firma ('VOF') en houdt in dat vennoten van een VOF die niet is ingeschreven algemeen vertegenwoordigingsbevoegd zijn. Deze bevoegdheid wordt derhalve niet beperkt door het doel van de VOF of door eventuele afgesproken andere bevoegdheidsbeperkingen. Het gevolg van een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid is dat wanneer een vennoot in naam van de vennootschap handelt de vennootschap gebonden zal zijn en de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn. Onder het huidige artikel 29 WvK geldt dit ook indien de derde niet onkundig was van het doel van de VOF of eventuele bevoegdheidsbeperkingen en de vennoot in strijd daarmee heeft gehandeld. Ik kom daar zo op terug als ik het derde element van artikel 809 lid 5 Voorontwerp bespreek. Het tweede element houdt in dat de 'aansprakelijkheidsbeperkingen' die van toepassing zijn op de geregistreerde vennootschap (subsidiariteit, toetreding, uittreding en opdracht) niet gelden voor de niet-ingeschreven vennootschap. Dat betekent dat de schuldeiser kan kiezen wie hij/zij als eerste aanspreekt (de vennootschap of de vennoten),⁴¹ dat de toetredende vennoot bij toetreding aansprakelijk wordt voor de bestaande schulden van de vennootschap en dat bij uittreding de standaard verjaringstermijnen van toepassing zijn. Het is onduidelijk of de aansprakelijkheidsbeperkingen nimmer van toepassing zijn bij de niet-geregistreerde vennootschap of dat er situaties mogelijk zijn waarin zij wel gelden. Dat komt door het staartje in deze regeling; '*tenzij de derde wist van zodanige beperking*'. Dat brengt ons bij het derde element. Letterlijk genomen zou dit betekenen dat indien de derde op de hoogte is van de 'aansprakelijkheidsbeperkingen' die gelden bij de geregistreerde vennootschap (met andere woorden kennis van de wet heeft), deze beperkingen ook zouden gelden bij de niet-geregistreerde vennootschap. Dat zal niet bedoeld zijn. De concept-MVT plaatst de in het staartje genoemde '*zodanige beperking*' in de context van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hierin valt te lezen:

'De derde wordt niet beschermd indien hij wist dat de vennootschap of een vennoot niet namens alle vennoten handelde.' en 'Het is aan de vennootschap, die zich doormaakt zal beroepen op de 'tenzij-clausule' om te stellen en zo nodig te bewijzen dat er sprake was van daadwerkelijke kennis bij de derde dat een vennoot bijvoorbeeld niet bevoegd was om een overeenkomst met een waarde boven bedrag X te sluiten.'

Het lijkt erop dat bedoeld is de wetenschap bij de derde te koppelen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid en niet zo zeer aan de aansprakelijkheidsbeperkingen, maar helemaal duidelijk is dat niet. Door koppeling aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt de regeling van wetenschap bij de derde zoals die nu geldt bij artikel 25 Hregw 2007 in het kader van een onjuiste of onvolledige inschrijving, van toepassing op een niet-ingeschreven vennootschap en wijkt daarmee af van artikel 29 WvK. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 7 lid 1 van het voorstel van de informele werkgroep Van Olffen. Ik vind dat op zich een goede zaak, maar het zou mijns inziens verstandig zijn de aansprakelijkheidsbeperkingen en de vertegenwoordigingsregeling uit elkaar te halen. Overigens zij nog opgemerkt dat een derde afwijkende aansprakelijkheidsafspraken kan maken met de vennoten van de niet-geregistreerde vennootschap.

2.3 De commanditaire vennootschap

Als belangrijkste vernieuwingen gelden dat de commanditaire vennootschap ('CV') gebruikt kan worden voor zowel het beroep als het bedrijf en de commanditaire vennoot voortaan handelingen voor de vennootschap mag verrichten op basis van een door de andere vennoten verstrekte volmacht.⁴² Ook als de commanditaire vennoot met een volmacht handelt, is hij/zij in beginsel niet extern aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap. Dit is alleen het geval indien het handelen van de commanditaire vennoot een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Op dat moment is de commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort. De rechter kan deze aansprakelijkheid matigen.⁴³ De commanditaire vennoot heeft een interne draagplicht tot het bedrag van de overeengekomen inbreng, welke kan worden aangepast.⁴⁴ De CV kan vanwege deze regelingen zowel voor het beroep als het bedrijf gebruikt worden als vehikel voor het (enigszins) beperken van vennotenaansprakelijkheid. Dit kan worden gerealiseerd door het gebruikmaken van een (lege) BV als beherend vennoot waarvan de bestuurders en aandeelhouders de vennoten zijn. De 'normale' vennoten worden commanditaire vennoten met een uitgebreide volmacht om in naam van de vennootschap te handelen. Hierdoor is er op grond van het personenvennootschapsrecht alleen aansprakelijkheid voor eigen handelen en dan alleen in faillissement en alleen voor het tekort, met nog de mogelijkheid van een eventuele matiging. Daarnaast kunnen de commanditaire vennoten

40 Concept-MVT, p. 48.

41 Concept-MVT, p. 49.

42 Concept-MVT, p.11.

43 Artikel 821 lid 4 Voorontwerp.

44 Artikel 821 lid 1 jo. 801 Voorontwerp.

aansprakelijk zijn voor hun eigen onrechtmatige daden. Bij deze constructie zou de toepasselijkheid van de regels voor de overeenkomst van opdracht worden uitgesloten.⁴⁵ Ik kan mij voorstellen dat een dergelijke constructie in het leven wordt geroepen. Dit doet enerzijds de vraag rijzen waarom de commanditaire vennoot met gelijksoortige bevoegdheden als een beherend vennoot zo'n 'licht' aansprakelijkheidsregime krijgt, en aan de andere kant of we dan toch niet gewoon een volle personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid moeten introduceren.

3. Personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

De personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid ('LLP') is voor het eerst geïntroduceerd in de VS. Inmiddels vinden wij variaties op deze rechtsvorm terug in onder andere het Verenigd Koninkrijk, Canada, Duitsland, Jersey, Polen, Roemenië, India, Singapore, Hong Kong, Kenya, Japan, China, Maleisië, Belize, Dubai IFC, Qatar FC, Gibraltar en Guernsey.⁴⁶ De LLP-wetgeving van de verschillende staten van de VS en die van het Verenigd Koninkrijk hebben veelal als voorbeeld gediend voor de vormgeving van de wetgeving in deze jurisdicties. De beperking van de aansprakelijkheid bij de LLP is in de diverse jurisdicties op verschillende wijzen vormgegeven. Twee hoofdvormen van aansprakelijkheidsbeperking worden gebruikt om een onderscheid in bescherming aan te duiden. Dit zijn de *partial shield*-bescherming en de *full shield*-bescherming. Binnen deze twee categorieën bestaan vervolgens weer verschillende varianten. Ik volsta zoals gezegd vanwege ruimtegebrek in deze bijdrage met een heel beknopt overzicht van de verschillen in de regelingen.

3.1 Verschillende soorten van beperking van de aansprakelijkheid

3.1.1 *Partial shield*-bescherming

Van een *partial shield*-bescherming wordt over het algemeen gesproken indien de vennoten van de LLP beschermd worden tegen aansprakelijkheid op grond onrechtmatige daad of wanprestatie vanwege 'fouten' (*wrong doing, misconduct, malpractice, negligence*) van andere vennoten, medewerkers of vertegenwoordigers, tenzij aansprakelijkheid hiervoor contractueel is afgesproken. Als gevolg van deze aansprakelijkheidsbeperking kunnen vennoten niet vanwege 'het zijn van vennoot' door een derde worden aangesproken en bestaat er geen verplichting om intern bij te dragen aan verliezen die door de fout van een ander zijn ontstaan. De vennoten blijven wel aansprakelijk voor hun eigen fouten en voor andere verbintenissen van de vennootschap. Er zijn verschillende varianten hierop mogelijk. Deze zijn gebaseerd op (1) de rechtsgrond van de aansprakelijkstelling; (2) de intentie van degene die de fout beging en

de ernst van de fout; (3) de positie van een vennoot ten opzichte van degene die de fout beging; (4) bekendheid van een vennoot met de fout; (5) de aansprakelijkheid van de vennoot die de fout beging; (6) de interne tussentijdse bijdrageplicht; en (7) de verplichting om bij te dragen aan het tekort bij faillissement van de vennootschap.

3.1.2 *Full shield*-bescherming

Na introductie van de eerste LLP-regels in de VS hebben bepaalde staten de aansprakelijkheidsbescherming uitgebreid door de *partial shield*-bescherming te vervangen door een *full shield*-bescherming. In het Verenigd Koninkrijk en verschillende LLP-wetgevingen die daarop zijn gebaseerd, zoals die van Dubai en Gibraltar, is de *full shield*-bescherming het gevolg van de rechtspersoonlijkheid van de LLP. Een specifieke regel van de beperking van de aansprakelijkheid van vennoten is hierdoor in deze jurisdicties niet in de wetgeving zelf terug te vinden. Van een *full shield*-bescherming is sprake indien de vennoten niet aansprakelijk zijn voor enige verbintenis van de vennootschap, tenzij contractueel anders afgesproken. Dit betekent dat de vennoten in aanvulling op de verbintenissen voortvloeiend uit fouten, ook niet verbonden zijn voor andere verbintenissen zoals bijvoorbeeld achterstallige huurbetalingen voor het kantoorgebouw. De vennoten kunnen hiervoor niet door derden worden aangesproken en hebben ook geen verplichting om intern bij te dragen in relatie tot deze verbintenissen, tussentijds of bij liquidatie. Vennoten blijven wel aansprakelijk voor eigen fouten die aan hen persoonlijk kunnen worden toegerekend en waarvoor zij bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Ook binnen de categorie *full shield*-bescherming bestaan verschillende varianten. Dat heeft met name te maken met de betrokkenheid van de vennoot bij de fout door zijn/haar positie ten opzichte van degene die de fout beging of de kennis die de vennoot had over de fout en de genomen acties hier tegen, zoals we dit ook zien bij de *partial shield*-bescherming.⁴⁷ Deze uitzonderingen kunnen dus uiteindelijk bij een *full shield*-bescherming toch in een aansprakelijkheid van de betreffende vennoot resulteren. Maar ook hierbij zien we een verschuiving naar steeds meer aansprakelijkheidsbescherming doordat deze uitzonderingen in sommige jurisdicties weer worden geschrapt.⁴⁸ Verder bestaan er nog verschillen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de vennoten jegens elkaar⁴⁹ en de aansprakelijkheid van de vennoten in het kader van niet-nakoming van de LLP-regels zoals de openbaarmakingsverplichtingen en de boetes die daarmee worden verbeurd.⁵⁰

45 Artikel 7:400 e.v. BW

46 Er zullen ongetwijfeld nog veel meer jurisdicties zijn die een dergelijke rechtsvorm aanbieden.

47 Zie bijvoorbeeld de regeling van British Columbia: § 104(2) Partnership Act RSBC 1996.

48 Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen in de Texaanse LLP-wetgeving: B.F. Egan (2014), 'Life Cycle of a Company – Choice of Entity and Key Contents of Organization Documents', Jackson Walker LLP Associates Training CLE Program, p. 1993-1994.

49 NY Partnership Law § 26(b) en *Ederer/Gursky*, N.Y. Ct. App., 881 N.E. 2d 204 (2007) en Texas Business Organization Code § 152.801(a).

50 (Indian) Limited Liability Partnership Act 2008, Section 8.

3.1.3 *Crediteurenbescherming bij de LLP*

De aansprakelijkheidsbeperking bij de LLP gaat veelal gepaard met een verzekeringsverplichting. De hoogte van de verzekering kan zijn opgenomen in de LLP-wetgeving zelf of worden overgelaten aan beroeps- of brancheorganisaties. Dit laatste heeft als voordeel dat de hoogte van de verzekering specifiek wordt afgestemd op de risico's van de betreffende sector. Andere beschermingsregels die van toepassing zijn op de LLP zijn *wrongful- en fraudulent trading rules*.⁵¹ Ook is in sommige LLP-wetgeving een regel opgenomen die de bestuurdersaansprakelijkheid bij *corporations* ook op de LLP van toepassing verklaart.⁵² Daarnaast zijn er specifieke uitkeringsregels voor LLP's die ervoor dienen te zorgen dat er geen onderkapitalisatie van de LLP plaatsvindt.

De verschillende regimes van aansprakelijkheidsbescherming geven blijk van een variëteit aan LLP's. De ene LLP is dus de andere nog niet. Bij de vormgeving van een eventuele Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid zijn derhalve verschillende opties mogelijk en kan inmiddels inspiratie worden geput uit diverse regelingen. In mijn proefschrift en een behoorlijk aantal van mijn publicaties heb ik een suggestie gedaan. Ik heb mij daarin hard gemaakt voor *full shield*-benadering. Dat zou in het licht van de tot nu toe in Nederland gepresenteerde voorstellen nog steeds wat te vooruitstrevend kunnen zijn. Het voorstel van Maeijer, dat van de werkgroep Van Olffen alsook het Voorontwerp bevatten een soort *partial shield*-benadering, maar dan wel drie verschillende versies. Een goede onderbouwing voor de gemaakte keuzes hierbij ontbreekt mijns inziens bij alle drie de voorstellen. Hierin zou verandering moeten komen bij het te verwachten wetsvoorstel.

4. Afsluiting

Bij de analyse van het Voorontwerp bekwam mij het gevoel dat het ontwikkeltraject van het personenvennootschapsrecht nog wel wat kan leren van het Cruijffiaanse gedachtegoed. Allereerst is voor het personenvennootschapsrecht heel toepasselijk dat "je het pas gaat zien als je het doorhebt". Daarbij is het van belang dat men kijkt naar het geheel en niet naar de losse elementen, want zoals Cruijff zei: "Als je voor elke positie de beste speler kiest, heb je nog geen sterk elftal maar een team dat als los zand uiteenvalt." De gelijkenis met het team van personenvennootschappen in het Voorontwerp drong zich toch een beetje bij mij op. Het zou goed zijn om de commanditaire vennootschap die openstaat voor beroep en bedrijf in het kader van de beperking van aansprakelijkheid in het grotere geheel te bezien. Daarnaast ging voor Cruijff 'het zomaar anders bewegen als strategie' niet op. Hij zei daarover: "Ik heb een vreselijke he-

kel aan iemand die beweegt, maar niet weet waar naartoe." Dat gevoel kreeg ik een beetje toen ik in het Voorontwerp de nieuwe regel over de beperking van de aansprakelijkheid zag zonder een echt goede onderbouwing voor de gemaakte keuzes. Maar ja, "soms moet er ook gewoon iets gebeuren, voordat er iets gebeurt". Ik ben blij dat we weer een stapje verder op weg naar nieuw personenvennootschapsrecht zijn!

51 Zie hoofdstuk 3 van mijn proefschrift voor een overzicht van deze regels in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

52 De vennoten kunnen aansprakelijk zijn voor verbintenissen van de vennootschap indien zij hiervoor aansprakelijk zouden zijn geweest als de LLP een corporation zou zijn geweest waarvan de vennoten bestuurder zouden zijn. Zie bijvoorbeeld: Nova Scotia: § 58(1) Partnership Act en British Columbia: § 105(1) Partnership Act RSBC 1996.