

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Tilburg, 9 februari 2023

Referentie: 23-157/RF/JV/EvH
Behandeld door robert.franken@bdo.nl
Betreft: Reactie consultatie Wetvoorstellen modernisering personenvennootschappen

Geachte heer, mevrouw,

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van conceptwetsvoorstel ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ (hierna: “het wetsvoorstel”) en de concept Memorie van Toelichting daarbij. Hetzelfde geldt voor het conceptwetsvoorstel ‘Invoeringswet modernisering personenvennootschappen’ (hierna: “de invoeringswet”) en de daarbij behorende Memorie van Toelichting.

Algemeen

Wij onderschrijven de noodzaak van modernisering van de regeling voor personenvennootschappen. De huidige regeling sluit onvoldoende aan bij de behoeften van ondernemers. Op hoofdlijnen voorziet de in het wetsvoorstel opgenomen regeling naar onze mening in deze behoeften.

Daarnaast delen wij de in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel verwoorde mening dat een nieuwe regeling voor personenvennootschappen duidelijk en eenvoudig dient te zijn, passende maatregelen moet geven voor de bescherming van de belangen van vennoten en schuldeisers van een personenvennootschap alsmede moet bijdragen aan de rechtszekerheid.

Met name in verband met dit laatste willen wij een aantal onderwerpen uit het conceptwetsvoorstel onder de aandacht brengen. Daarbij beperken wij ons tot de hoofdlijnen. De volgende onderwerpen komen hierna aan de orde:

- Het wettelijke begrip personenvennootschappen en dan specifiek de daarin opgenomen passage “samenwerking in de uitoefening van een beroep of bedrijf”.
- De noodzaak van een schriftelijke akte.
- Rechtspersoonlijkheid en het ontstaan daarvan.
- De inschrijving van commanditaire vennoten in het Handelsregister.
- Het uitsluiten van vennoten van winstdeling.
- Handelingen waarvan vennoten zich moeten onthouden.

Begrip personenvennootschap

Art. 7:800 lid 1 BW definieert een personenvennootschap als “*de overeenkomst tot samenwerking in de uitoefening van een beroep of bedrijf voor gemeenschappelijke rekening, met het oogmerk voordeel te behalen en dit met elkaar te verdelen, met inbreng door ieder van de partijen, de vennoten*”. In de definitie worden de kenmerken van een personenvennootschap vastgelegd, zoals deze ook gelden onder huidig recht.

In de definitie valt vooral de passage ‘in de uitoefening van beroep of bedrijf’ op. Naar onze mening wordt de personenvennootschap hier beperkt op een wijze die onder de huidige regeling niet geldt. Of in ieder geval lijkt sprake te zijn van een beperking. Een duidelijke toelichting bij de reden van het opnemen van de passage en de reikwijdte daarvan ontbreekt. Daarbij blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat de uitoefening van een beroep of bedrijf niet noodzakelijk is. Wij verwijzen op naar het praktijkvoorbeeld van een stille maatschap op pagina 13. De daar genoemde ‘kostenmaatschap’ oefent naar onze mening geen beroep of bedrijf uit. In de praktijk zijn ook andere voorbeelden denkbaar, waar door de personenvennootschap geen beroep of bedrijf wordt uitgeoefend, maar waar het bestaan van een personenvennootschap (stille maatschap) buiten kijf staat. Denk in dit verband aan gevallen van gezamenlijk beleggen.

Voornoemde passage in de definitie van personenvennootschap kan ons inziens worden geschrapt. Deze zorgt namelijk voor een beperking in de reikwijdte die niet aansluit bij de behoeften van de praktijk. Ook draagt de passage in combinatie met de Memorie van Toelichting niet bij aan de rechtszekerheid. Dit laatste kan ook worden gezegd van de in de Memorie van Toelichting opgenomen toelichting dat de termen ‘beroep en bedrijf’ ruim opgevat mogen worden. Ook deze toelichting kan worden gemist, of zal - dan specifiek betreffende de openbare personenvennootschap - verduidelijkt moeten worden.

Geen schriftelijke akte noodzakelijk

De slotzin van art. 7:800 lid 1 BW bepaalt het volgende: *“De personenvennootschap wordt bij akte aangegaan, waarbij het ontbreken van een akte niet aan derden kan worden tegengeworpen.”*

Met het opnemen van deze zin lijkt het erop dat een personenvennootschap alleen ontstaat, als én nadat er een op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst is opgesteld. Dit zou een aanzienlijke verzwaring ten opzichte van de huidige regeling zijn, waar deze eis niet wordt gesteld. In de huidige regeling is weliswaar voor het ontstaan (en bestaan) van een vof of cv een op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst vereist (art. 22 Wetboek van Koophandel), maar niet voor (het ontstaan van) de personenvennootschap an sich.

Alleen uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel valt vervolgens op te maken dat een op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst geen voorwaarde is voor het ontstaan van een personenvennootschap. Aangegeven wordt dat slechts sprake is van een bewijsvoorschrift en niet van een vormvoorschrift. Een personenvennootschap die niet schriftelijk wordt aangegaan, is niet nietig of vernietigbaar.

Ook blijkt uit genoemde Memorie van Toelichting dat de slotzin van art. 7:800 lid 1 BW is opgenomen om vennoten zoveel mogelijk te bewegen om een vennootschapsovereenkomst op papier te stellen. Waar ook wij het nut van een op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst onderschrijven, geldt dit niet voor de wijze waarop dit in art. 7:800 lid 1 BW is verwoord. Naar onze mening zou dit artikel zo geformuleerd moeten zijn, dat hieruit duidelijk volgt dat een op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst niet een ontstaansvereiste is voor een personenvennootschap, maar slechts dient als bewijsvoorschrift. Oftewel, dat het ontbreken van een op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst niet aan het ontstaan van een personenvennootschap in de weg staat. Dit maakt de regeling duidelijk en bevordert de rechtszekerheid.

Rechtspersoonlijkheid en het ontstaan daarvan

Een Openbare Personenvennootschap heeft rechtspersoonlijkheid. Als bijzondere vorm van Openbare Personenvennootschap geldt hetzelfde voor de commanditaire vennootschap (hierna: “cv”). De in het wetsvoorstel opgenomen regeling over rechtspersoonlijkheid is naar onze mening onnodig complex en draagt daarmee niet bij aan het beoogde doel van een duidelijke en eenvoudige regeling en/of het bevorderen van de rechtszekerheid.

In afwijking van de in 2019 geconsulteerde regeling verkrijgt een personenvennootschap rechtspersoonlijkheid door “*op een voor derden kenbare wijze onder een door de personenvennootschap gevoerde naam deel te nemen aan het rechtsverkeer*” (art. 7:800 lid 2 BW). Oftewel, er moet sprake zijn van een openbare personenvennootschap. De in 2019 geconsulteerde regeling ging uit van het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid door inschrijving van de openbare personenvennootschap in het Handelsregister. Niet-inschrijving leidt er in het wetsvoorstel nog slechts toe dat de openbare personenvennootschap een beperkte rechtsbevoegdheid heeft (art. 7:810 lid 4 BW).

De andere keuze in het wetsvoorstel (ten opzichte van de in 2019 geconsulteerde regeling) leidt ertoe dat niet langer sprake is van een objectief criterium (inschrijving in het Handelsregister), maar van een meer subjectief criterium (op een bepaalde wijze deelnemen aan het rechtsverkeer). Dit meer subjectieve criterium laat ruimte voor interpretatie, waardoor het in de praktijk niet steeds duidelijk hoeft te zijn óf en, zo ja, op welk moment rechtspersoonlijkheid wordt/is verkregen. Deze ruimte draagt naar ons oordeel niet bij aan de rechtszekerheid. Ook zorgt dit niet voor het met het wetsvoorstel nagestreefde doel om vennoten en schuldeisers passende bescherming te geven. Wij stellen daarom voor om het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid te verbinden aan de inschrijving als openbare vennootschap in het Handelsregister.

Door de keuze voor dit objectieve criterium wordt ook direct de regeling voor de stille personenvennootschap verduidelijkt. Volgens art. 7:810 lid 2 BW gaat het vermogen vanuit de bij de stille personenvennootschap behorende gemeenschap op het moment van inschrijving als openbare vennootschap in het Handelsregister onder algemene titel over naar de openbare personenvennootschap, wanneer deze stille personenvennootschap door inschrijving in het Handelsregister openbaar wordt. Deze laatste passage lijkt erop te wijzen dat een stille personenvennootschap door inschrijving in het Handelsregister openbaar wordt en rechtspersoonlijkheid verkrijgt. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel kan echter worden opgemaakt dat ook een stille vennootschap openbaar wordt en rechtspersoonlijkheid verkrijgt door op de hiervoor genoemde wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer. Art. 7:810 lid 2 BW is kennelijk slechts bedoeld om het tot de gemeenschap behorende vermogen onder algemene titel op de al gevormde rechtspersoon te doen overgaan. Deze toelichting sluit naar onze mening niet aan bij de tekst van art. 7:810 lid 2 BW. Wij stellen voor, zoals hiervoor ook al aangegeven, om het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid afhankelijk te stellen van de inschrijving in het Handelsregister.

Zoals uit het voorafgaande blijkt, kan een stille personenvennootschap zich ‘omzetten’ in een openbare personenvennootschap. Echter, een eenmaal in het Handelsregister ingeschreven openbare personenvennootschap kan zich niet ‘omzetten’ in een stille personenvennootschap. Dit kan worden afgeleid uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel (pagina 72), waarin wordt aangegeven dat een inschrijving niet ongedaan kan worden gemaakt en dat uitschrijving alleen mogelijk is na algemene ontbinding van de personenvennootschap. Op dit punt is sprake van een gemis in de regeling. Het maakt de regeling minder flexibel. Het is namelijk zeker niet uitgesloten dat een Openbare Personenvennootschap op een gegeven moment niet meer als zodanig aan het rechtsverkeer wenst deel te nemen en aldus de behoefte bestaat aan een Stille Personenvennootschap. Zonder een algehele ontbinding is dit dus niet mogelijk. Wij roepen op om - nu de voorgestelde regeling omslachtig is - dit aan te passen.

Inschrijving commanditaire vennoten in het handelsregister

In art. 7:800 lid 4 BW is de definitie van de cv opgenomen. Daarin wordt onder andere bepaald dat aan een cv ten minste één commanditaire vennoot deelneemt, die niet is verbonden voor de verbintenissen van de cv en die als zodanig wordt ingeschreven in het Handelsregister.

Uit de passage “*en die als zodanig wordt ingeschreven in het Handelsregister*” lijkt te volgen dat ook alle commanditaire vennoten in het Handelsregister ingeschreven moeten worden. Dit is een duidelijke verzwaring ten opzichte van huidig recht. Onder huidig recht bestaat alleen een verplichting om het aantal commanditaire vennoten te registreren (art. 10 lid 3, onder e Handelsregisterwet 2007 en art. 18 Handelsregisterwet 2008).

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel maakt echter duidelijk dat niet alle commanditaire vennoten ingeschreven worden, maar alleen zij die een bepaald belang in de cv hebben. Daarbij wordt aangegeven dat voor dit belang zal worden aangesloten bij art. 3 lid 1, onderdeel d Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. Oftewel, ingeschreven worden de commanditaire vennoten die als uiteindelijk belanghebbende (ubo) van de cv kwalificeren.

De reden voor inschrijving van bedoelde commanditaire vennoten wordt niet toegelicht. Verwezen wordt naar de invoeringswet, maar daarin komt deze inschrijfplicht niet terug. Vanuit het doel van het Handelsregister zien wij geen toegevoegde waarde van deze regeling, ook niet als alle commanditaire vennoten ingeschreven moeten worden. In het algemeen blijven de commanditaire vennoten onbevoegd om de cv te vertegenwoordigen en (meer dan incidentele) benadeling van schuldeisers als gevolg van onbekendheid met de identiteit van commanditaire vennoten, is ons niet bekend.

Als de verplichte inschrijving samenhangt met de registratie van bedoelde commanditaire vennoten in het Ubo-register, dan kan de passage in art. 7:800 lid 4 BW worden gemist. De verplichte registratie van commanditaire vennoten die als ubo kwalificeren, volgt al uit art. 15a Handelsregisterwet 2007 en art. 3 lid 1, onderdeel d Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

Zou de inschrijving van bedoelde commanditaire vennoten samenhangen met het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme, waar de verwijzing naar art. 3 lid 1, onderdeel d Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel op wijst, dan staat de verplichte inschrijving naar onze mening op gespannen voet met het arrest van het Hof van Justitie EU inzake de algemene openbaarheid van het Ubo-register (HvJ EU, Grote kamer, 22 november 2022, nr. C-37/20 en C-601/20). Via een ‘omweg’ zouden de niet langer algemeen openbare gegevens over specifieke ubo’s in het Ubo-register, namelijk de bedoelde commanditaire vennoten, alsnog algemeen openbaar worden. Dit is niet wenselijk.

Wij stellen op grond van het voorafgaande voor om in art. 7:800 lid 4 BW de woorden “*en die als zodanig wordt ingeschreven in het handelsregister*” te schrappen.

Uitsluiten vennoot van winstdeling

Art. 7:806 lid 1 BW neemt als uitgangspunt dat iedere vennoot voor een gelijk deel deelt in de winst en het verlies. Dit uitgangspunt is van regeland recht en kan naar eigen inzicht door de vennoten worden ingevuld. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de vrijheid van de vennoten ver kan gaan. Zo wordt het zelfs mogelijk om een vennoot volledig uit te sluiten van het delen in winst. Naar onze mening kan deze mogelijkheid van eigen invulling voorzien in een behoefte die in de praktijk bestaat.

Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel (pagina 56 en pagina 57) worden voorbeelden genoemd van het volledig uitsluiten van een vennoot van winstdeling. Daarbij wordt ook de vaste vergoeding genoemd. Vaste vergoedingen worden ook op dit moment al toegekend, zij het dat deze steeds winstafhankelijk zijn. Vooral een beherend vennoot van een cv ontvangt nu al geregeld een vast bedrag ten laste van de winst. Om deze reden stellen wij voor dat in de Memorie van Toelichting bij de vaste vergoeding wordt aangegeven dat sprake is van een van de winst onafhankelijke vergoeding. Dit verduidelijkt de regeling.

Wellicht kunnen in de toelichting ook nog de volgende voorbeelden worden genoemd. Deze voorbeelden benadrukken de mogelijkheden van het naar eigen inzicht invullen van de regeling inzake winstverdeling:

- een uitsluiting van winst voor een bepaalde periode; en
- het enkel delen in het overschot na ontbinding van de personenvennootschap.

Handelingen waarvan vennoten zich moeten onthouden

Art. 7:804 lid 2 BW noemt een aantal handelingen waarvan vennoten van iedere personenvennootschap zich moeten onthouden. Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel (pagina 51) blijkt dat het hierbij gaat om voorbeelden van de in lid 1 van hetzelfde artikel opgenomen verplichting voor de personenvennootschap, vennoten en andere bij de organisatie van de personenvennootschap betrokken personen om zich jegens elkaar gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

Uit de tekst van art. 7:804 lid 2 BW blijkt niet dat het om voorbeelden gaat. Wij stellen voor om het artikel ter verduidelijking hierop aan te passen.

Afsluiting

Uiteraard zijn wij tot een nadere toelichting bereid.

Met vriendelijke groet,

BDO Tax & Legal - Bureau Vaktechniek

namens deze,

mr. R.H.A. Franken

mr. J.A.A.M. Verschure