

# ‘Agrarische’ personenvennootschappen, mede in relatie tot de flex-BV

## *Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht 2010*

*prof. mr. M.J.A. van Mourik\**

### 1. Inleiding

De inwerkingtreding van titel 7.13 heeft lang op zich laten wachten maar het einde van de moeizame weg is in zicht. De Tweede Kamer aanvaardde inmiddels zowel de wetsvoorstel zelve (nr. 28 746) als het wetsvoorstel betreffende de Invoeringswet (nr. 31 065) en de Eerste Kamer hoeft zich inhoudelijk nog voornamelijk bezig te houden met de Invoeringswet. Een algehele herziening van het recht betreffende de contractuele vennootschappelijke samenwerkingsvormen staat derhalve voor de deur. In het vervolg doe ik alsof de inwerkingtreding van titel 7.13, voorzien van het opschrift ‘Vennootschap’ reeds een feit is.<sup>1</sup>

Naast contractuele samenwerkingsvormen kennen we ‘geïstitutionaliseerde’ samenwerkingsvormen. Als zodanig fungeert vooral de BV. Het gegeven dat deze vaak bestaat zonder dat een vorm van samenwerking ontwaard kan worden, neemt niet weg dat deze figuur als samenwerkingsvorm goed dienst kan doen. Te meer spreekt dat nu in het kader van de actie ‘vereenvoudiging en flexibilisering b.v.-recht’ de statuten meer ruimte gaan bieden voor het opnemen van contractuele aangelegenheden. ‘Verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard’ kunnen aan het aandeelhouderschap worden verbonden. Zie het voorgestelde art. 2:192 BW.

Ook het desbetreffende wetsvoorstel (nr.31 058) is inmiddels de Tweede Kamer gepasseerd.

Al met al doen naar samenwerking hunkerende maar ook tot samenwerking veroordeelde ondernemers, waaronder begrepen zelfstandige beroepsbeoefenaren, er verstandig aan de regels die hun samenwerking beheersen tegen het nieuwe licht te houden.

Dit preadvies richt zich in het bijzonder op samenwerkende agrarische ondernemers. Tevens wordt nadrukkelijk zicht geboden op het familiale element dat zich in het bijzonder in de agrarische sfeer in de samenwerking doet gevoelen. Ik denk hierbij niet slechts aan de ouder/kind-samenwerking maar ook aan de samenwerking tussen echtgenoten en andersoortige partners.<sup>2</sup> Huwelijksvermogensrecht en erfrecht worden niet uit het oog verloren, zeker niet in het kader van de bedrijfsopvolging.

De aandacht richt zich primair op de nieuwe personenvennootschappen. Ten gerieve van de lezer worden echter vergelijkende uitstapjes gemaakt naar de BV zoals deze na in-

werkingtreding van wetsvoorstel 31 058 in de wet is geregeld.

Aangezien het preadvies zijn neerslag vindt in een stevig tijdschriftartikel is de schrijver genoodzaakt selectief te werk te gaan en het notenapparaat beperkt te houden.<sup>3</sup> Enige voorkennis wordt verondersteld aanwezig te zijn.

Ten aanzien van de behandeling van de fiscale problematiek past de preadviseur bescheidenheid, te meer nu de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) ook in de vernieuwde Successiewet 1956 zich niet kenmerkt door eenvoud.

### 2. De personenvennootschap als samenwerkingsvorm

#### 2.1 Materiële kenmerken

De vraag of sprake is van een overeenkomst van vennootschap in de zin van titel 7.13 BW moet worden beantwoord aan de hand van materiële kenmerken. De overeenkomst is in beginsel vormloos. Slechts indien de vennootschap zich wenst te bedienen van de rechtspersoon kan aan een notariële akte niet worden ontkomen (art. 7:802 BW. Dat

---

\* Prof. mr. M.J.A. van Mourik is als hoogleraar verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen alsmede oud-notaris te Nijmegen.

1. Het ware wenselijk geweest het opschrift ‘Personenvennootschap’ te doen luiden, af te korten als PV. ‘Vennootschap’ is te algemeen en omvat ook de kapitaalvennootschappen BV en de NV.
2. In dit opstel wordt onder ‘echtgenoten’ mede begrepen ‘geregistreerde partners’. Zij die in het wild of enkel op basis van een samenlevingscontract samenleven, genieten zo mogelijk (zo nodig?) bijzondere aandacht.
3. Uitgebreid over de nieuwe personenvennootschappen Van Mourik-Burgerhart, *De personenvennootschap*, Deventer: Kluwer 2009. In dat boek krijgt ook het fiscale recht (overdrachtsbelasting, schenken- en erfbelasting) ruime aandacht. Vgl ook Asser-Maeijer-Van Olffen, Deventer: Kluwer 2009 en Mohr-Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2008.

schriftelijke vastlegging van de afspraken uiterst wenselijk is, behoeft geen toelichting, gelet op het feit dat menigeen slechts matig is gezegend met talenten die de samenwerking bij voorbaat tot een succes maken.

Iets meer betoog behoeft het wellicht dat gewaakt moet worden voor een modelmatige invulling van de overeenkomst van vennootschap. In de hedendaagse adviespraktijk bestaat nogal eens de neiging de kloof tussen de kosten en de prijs zo groot mogelijk te maken, zulks ten koste van de kwaliteit. De emotionele verhoudingen en andere psychische factoren verschillen van geval tot geval. Zij dienen bij de inrichting van de overeenkomst ruim te worden meegevoerd.

Bij de vastlegging van de vennootschapsovereenkomst behoort de neiging om te institutionaliseren niet compleet te worden verdrongen. Zo kan de term 'vennootschap', die primair duidt op een overeenkomst, in navolging van de wetgever ook worden gebezigd ter aanduiding van 'de gezamenlijke vennoten'. Dat geschiedt wellicht als wordt geschreven over 'het doel van de vennootschap' en ongetwijfeld als het gaat over 'de zetel van de vennootschap'. Strikt genomen heeft een overeenkomst geen doel maar strekt deze ter bereiking van een doel van de vennoten. Een overeenkomst heeft zeker geen zetel maar de gezamenlijke vennoten plegen wel samen te werken vanuit een bepaalde geografisch aangeduide plaats.<sup>4</sup>

Bezwaar zou ik willen maken tegen het 'oprichten' van een vennootschap, ook als deze zich bedient van een rechtspersoon (OVR/CVR). Dat verduistert het zicht op de aard van de vennootschap. Een overeenkomst wordt 'aangegaan'.

Voor iedere personenvennootschap gelden dezelfde materiële basisvereisten. Art. 7:800 BW vormt in dit opzicht de kern van titel 7.13. In alle varianten is vereist dat wordt samengewerkt:

- a. 'op voet van een min of meer gelijkwaardige positie'<sup>5</sup>;
- b. voor gemeenschappelijke rekening;
- c. gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel;
- d. ten behoeve van alle vennoten;
- e. door middel van inbreng door ieder van de vennoten.

#### *Ad a en c*

Bij de partnernvennootschap zal niet alleen de vraag naar de gelijkwaardigheid spelen maar ook of daadwerkelijk wordt ingebracht. Samenwerken hoeft niet te betekenen dat door beide vennoten de handen uit de mouwen worden gestoken. Met inbreng van grond en/of gebouwen kan worden volstaan, bijvoorbeeld door een praktiserende onderwijzeres die een boerderij heeft geërfd en daar een boer bij heeft gezocht en gevonden.

#### *Ad b, c en d*

Het huwelijksvermogensregime bepaalt in hoeverre, en in welke gevallen (scheiding, overlijden), tijdens het huwelijk inkomsten en vermogenswinsten aan de partners toekomen. Als een verrekenbeding in de zin van art. 1:132 BW inhoudt dat winsten uit onderneming van een echtgenoot worden verrekend, levert dat geen vennootschap op, al was het maar omdat de samenwerking binnen een huwelijk als zodanig niet gericht is op het behalen van gemeenschappe-

lijk vermogensrechtelijk voordeel. Daar komt bij dat de vennootschappelijke samenwerking zich in het economisch verkeer dient af te spelen. De samenwerking die eigen is aan een affectieve relatie heeft wel economische betekenis maar is niet gericht op deelneming aan het economisch verkeer [zoals zich dat op een markt afspeelt].

Het vereiste van de 'gemeenschappelijke rekening' botst niet met de sub c en d geformuleerde vereisten aangezien bij de vennootschap ook negatieve resultaten in beginsel gedeeld worden. Toegestaan is evenwel overeen te komen dat een vennoot niet in het verlies zal delen (art. 7:815 BW).

#### *Ad e*

Onder inbreng wordt verstaan de terbeschikkingstelling van 'iets' ten behoeve van de vennootschap.<sup>6</sup> 'Iets', in het bijzonder geld, goederen, genot van goederen of arbeid, wordt dienstbaar gemaakt aan het vennootschappelijk doel. Uit de 'dienstbaarmaking' volgt dat de inbrenger de door hem ingebrachte goederen na het einde van de samenwerking in beginsel terug krijgt, althans indien redelijkheid en billijkheid zich daartegen niet verzetten, zoals bij eventuele voortzetting van de onderneming gemakkelijk het geval zal zijn. Bij de in beginsel tijdelijke dienstbaarmaking past de (administratieve) creditering op de kapitaalrekening van de vennootschap. De inbreng impliceert het leveren van een prestatie maar deze behoeft niet op geld waardeerbaar te zijn. Wie arbeid inbrengt, wordt niet op de kapitaalrekening gecrediteerd.

## **2.2 Overeenkomst en rechtspersoon**

De vennootschap van titel 7.13 *is* een overeenkomst. Het algemene overeenkomstenrecht geldt onverkort, voor zover daarvan door bijzondere regels in titel 7.13 niet wordt afgeweken. Als de vennootschap zich bedient van een rechtspersoon (OVR of CVR) laat zulks de overeenkomstgedachte onverlet. De vennootschap *is* geen rechtspersoon, ook al doet de tekst van art. 7:802 BW anders vermoeden. In geval van een OVR of CVR *is* de vennootschap geen rechtspersoon maar *bedient deze zich van* een rechtspersoon. De rechtspersoon wordt als juridische constructie *dienstbaar* gemaakt aan de samenwerking. De functie van de rechtspersoon is geen andere dan die van een vermogensrechtelijke parkeerplaats. De rechtspersoon heeft enkel een functie ten aanzien van het vennootschappelijk vermogen. Het vennootschappelijk vermogen is geen gemeenschappelijk vermogen, zoals bij de OV en de stille vennootschap, maar het vermogen van een dienstbare rechtspersoon.

4. In de Nota naar aanleiding van het verslag (28 746), p. 8, bericht de minister dat het aanbeveling verdient de zetel in de overeenkomst te vermelden.

5. MvT 28 746, p. 6 en Nota naar aanleiding van het verslag 28 746, p. 9.

6. Het woord 'iets' wordt gebezigd door de minister in MvT 28 746, p. 12.

Het ontstaan van de dienstbare rechtspersoon vereist een notariële akte. Daarin worden geen regels opgenomen betreffende de structuur van de rechtspersoon. Statuten ontbreken. Volstaan kan worden met de (ongelukkige) constatering dat de betrokken vennootschap rechtspersoon 'is' en met de vermelding van haar naam, doel en zetel waarvan bij raadpleging van het handelsregister kennis moet kunnen worden genomen (art. 7:802 BW).

### 2.3 Stille of openbare vennootschap?

De samenwerking in een agrarische grondgebonden onderneming werd tot voor kort veelal gegoten in de vorm van een stille maatschap. De vennoten (ouder en kind of partners) traden niet op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten op onder een door hen als zodanig gevoerde naam. Vergelijk thans art. 7:801 BW. En indien er al sprake was van een gemeenschappelijke naam, dan nog presenteerde men zich doorgaans – meestal ten onrechte – als (openbare) maatschap en niet als vennootschap onder firma. Aldus verwachtte men de hoofdelijke aansprakelijkheid te voorkomen. Iets dergelijks deed zich voor bij maatschappen van zelfstandige beroepsbeoefenaren, zoals apothekers.

Door de inwerkingtreding van titel 7.13 worden openbare maatschappen van rechtswege openbare vennootschappen naar nieuw recht. De hoofdelijke aansprakelijkheid treedt echter eerst in nadat zes maanden na de inwerkingtreding zijn verstreken. Vergelijk art. 220a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

Alle openbare vennootschappen moeten worden ingeschreven in het handelsregister (art. 2 Hrw 2007).

### 2.4 Vergelijking met de flex-BV

De betrekkingen tussen in een personenvennootschap samenwerkende personen worden beheerst door een overeenkomst. Een overeenkomst kan geen rechtssubject zijn. Dat is dus ook niet het geval indien de vennootschap zich bedient van een rechtspersoon. Overeenkomst en rechtspersoon bestaan naast elkaar. De rechtspersoon is *een afhankelijke rechtspersoon*, in die zin dat zij niet kan bestaan zonder een overeenkomst van vennootschap. Het is ook een bijzondere rechtspersoon aangezien zij het moet stellen zonder organen. Deze rechtspersoon heeft dan ook een beperkt doel. Zij dient enkel als rechtssubject ten aanzien van het vennootschappelijk vermogen.

Een BV is geen overeenkomst maar een zelfstandig rechtssubject. Dat subject kan dienen als rechtsvorm van samenwerking. De rechtsbetrekkingen tussen de vennoten aandeelhouders genaamd, worden niet beheerst door een overeenkomst maar door statuten. De relatie tussen aandeelhouders onderling is tamelijk vrijblijvend van aard. Zij moeten zich jegens elkaar gedragen 'naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd', leert art. 2:8 BW.

De statuten zijn van oudsher deels de neerslag van afspraken tussen aandeelhouders. Die afspraken houden evenwel overwegend organisatieregels in; regels betreffende het functioneren van het rechtssubject. Daartoe kent de BV, evenals de mens, 'organen'. Voor de levensvatbaarheid van een BV is vereist dat ten minste de organen bestuur en algemene vergadering van aandeelhouders deel uitmaken van de 'or-

ganisatie'. Statuten hebben werking tegenover eenieder die met de rechtspersoon in contact treedt. Zij worden dan ook integraal opgenomen in een notariële akte en gepubliceerd in het handelsregister.

De flex-BV, waarvan de contouren zich thans aftekenen, maakt het in ruimere mate mogelijk afspraken tussen aandeelhouders vast te leggen in de statuten:

Het voorgestelde art. 2:192 BW bepaalt daartoe:

'1. De statuten kunnen met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding:  
a. bepalen dat verplichtingen van verbintenissenrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden;  
(...)<sup>8</sup>

Gedacht aan worden aan leverantie- en afnameverplichtingen, aan financieringsverplichtingen, concurrentiebedingen en verplichtingen tot overname van aandelen.

Onder het komende recht veranderen de statuten bijgevolg enigszins van karakter. Afspraken betreffende bijvoorbeeld de leverantie door een ondernemende aandeelhouder en afname door de BV kunnen statutair verankerd worden.

Daarmede krijgen de afspraken evenwel niet het karakter van een overeenkomst, zoals het geval is bij de vanouds bekende aandeelhoudersovereenkomst. Statutair vastgelegde afspraken binden de vennootschap, een aandeelhoudersovereenkomst bindt de vennootschap niet. Statuten zijn onderworpen aan besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders, een aandeelhoudersovereenkomst kan in beginsel slechts worden gewijzigd met instemming van alle contractspartijen.

Aldus bezien bestaan er wezenlijke verschillen tussen een OVR en een BV. Maar er is nog meer. Immers bij de personenvennootschap kan worden volstaan met inbreng van arbeid. De flex-BV (kapitaalvennootschap) maakt het weliswaar mogelijk het nominale bedrag van en daarmede de storting op een aandeel te beperken tot een absoluut minimum (€ 0,01), maar ten principale blijft kapitaaldeelname vereist.

Van belang is ook dat de samenwerking in het kader van een personenvennootschap *intuitu personae* wordt aangegaan. De vennoten werken 'min of meer gelijkwaardig' samen op basis van een *affectio societatis*. Bij de BV bestaat

7. De benaming 'flex-BV' wordt in de literatuur en de praktijk vaak gebezigd ter aanduiding van de BV zoals deze in Boek 2 is geregeld na inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' (nr. 31 058) door de Tweede Kamer aanvaard in december 2009.

8. Stokkermans, Het nieuwe BV-recht voor de praktijk, *preadvies KNB 2008*, p. 138 wijst er op dat het niet alleen gaat over verbintenissen in de zin van 'verplichtingen'. Hij heeft het liever over 'rechtsbetrekkingen'. Een statutair arbitragebeding brengt zowel rechten als verplichtingen mee.

binnen het vennootschappelijk verband geen samenwerking tussen de aandeelhouders. Iedere aandeelhouder mag in beginsel door middel van de BV zijn eigen doeleinden nastreven. De praktijk zal echter veelal een andere zijn, zeker indien de aandeelhouders tevens als bestuurders optreden. Ik constateer voorts nog dat de fiscale behandeling van OVR/CVR een geheel andere is dan die van de BV. De dienstbare rechtspersoon is fiscaal transparant. De vennootschapsbelasting blijft buiten beeld. De vennoten behalen winst of verlies uit (persoonlijke) onderneming. Aandeelhouders zijn als zodanig geen ondernemers. Zij moeten hopen op dividend dat veelal als inkomen uit aanmerkelijk belang zal worden belast.

In de agrarische sfeer draagt de samenwerking vaak een familiaal karakter. Het betreft veelal vader/zoon of man/vrouw.<sup>9</sup> De vermogensrechtelijke inbreng is nogal eens afkomstig van één vennoot. De andere vennoot krijgt de vennootschappelijke status om emancipatoire en/of fiscale redenen en/of teneinde de bedrijfsopvolging via de weg van de geleidelijkheid te laten verlopen. Bij een dergelijke samenwerking past primair de personenvennootschap en niet de kapitaalvennootschap, zij het dat ervoor moet worden gewaakt dat de vennoten een 'min of meer gelijkwaardige positie' innemen.

### 3. Het vennootschappelijk vermogen

#### 3.1 De vennootschappelijke gemeenschap

Samenwerking in vennootschappelijk verband zal het niet kunnen stellen zonder vermogen: grond, gebouwen, vee, produktierechten, gebruiksrechten en zo voort. Ook de tot het vermogen behorende verplichtingen (schulden) hebben een dienstbaar karakter. Zonder prijs geen pachtrecht en geen leverantie van veevoer. Zonder brandstof lopen de machines niet. De prijs van familiaal en bancaire krediet heet rente.

Het vennootschappelijk vermogen vormt, zowel wat de goederen als de schulden betreft, een gemeenschap. Evenals het geval is met een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap en een erfrechtelijke gemeenschap, kunnen tot een vennootschappelijke gemeenschap schulden 'behoren'. Bij een eenvoudige gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW, eerste afdeling, ligt dat anders.<sup>10</sup> De vraag of vennootschappelijk vermogen kan bestaan dat niet behoort tot de vennootschappelijke gemeenschap beantwoord ik ontkennend. Uiteraard kan volstaan worden met inbreng van het enkele genot of van het economisch belang van een zaak, zoals een bedrijfspand of grond, maar het eigendom van de betrokken zaak behoort dan tot het eigen vermogen van de inbrenger en niet tot het vennootschappelijk vermogen. De term 'buiten-vennootschappelijk vermogen' is even ongelukkig als de uitdrukking 'inbreng in economische eigendom'.<sup>11</sup>

Het vennootschappelijk vermogen vormt een *afgescheiden vermogen*. Naar de uitdrukking wordt in titel 7.13 vergeefs gezocht. Sinds het arrest Boeschoten-Besier (1897) is zij evenwel in gebruik. Te kennen wordt gegeven dat de schuldeisers van de vennootschap een *exclusieve verhaalspositie* bekleden ten aanzien van het vermogen van de vennootschap. Maar dat hebben die schuldeisers dan niet te danken aan het enkele feit dat het vennootschappelijk ver-

mogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de vennoten. Immers, de eenpersoonsondernemer heeft zijn ondernemingsvermogen ook 'afgescheiden' van zijn overig vermogen. Zijn 'zaakschuldeisers' moeten evenwel concurreren met de tandarts, de slijter en de huiselijke energieleverancier. Het enkele feit van de afscheiding is mitsdien niet doorslaggevend voor de favorietenrol van de zaakschuldeisers. Sinds de inwerkingtreding van titel 7.13 vormt art. 7:806 lid 2 BW voor het afgescheiden vermogen het anker:<sup>12</sup>

'Tot de gemeenschap behorende schulden kunnen op de goederen van de vennootschap worden verhaald (...).'

Slechts de juridische gevorderde kan in deze tekst het afgescheiden vermogen ontwaren. Dat wordt eerst voor een breder publiek duidelijk indien men zich realiseert dat de schuldeiser van A zich in beginsel niet kan verhalen op de goederen van B en dus ook niet op diens aandeel in een gemeenschap. Ook als A en B hoofdelijk aansprakelijk zijn, verandert er aan deze regel niets.

Lid 2 van art. 7:806 BW is niet gereserveerd voor de openbare vennootschap. Het geldt ook voor de stille vennootschap, waarmede een geschil in de literatuur tot mijn genoegen werd beslecht.<sup>13</sup> Als mengvoerders in de magen van tot een stille vennootschappelijke gemeenschap behorende varkens verdwijnen, dient de mengvoederfabrikant zich op de varkens te kunnen verhalen zonder zich te behoeven te bekommeren over de vraag of die varkens voor het geheel of een onverdeeld aandeel toebehoren aan de contracterende vennoot. Let wel, bij een stille vennootschap is in beginsel

9. De kans bestaat dat de preadviseur nu wordt tegengeworpen dat hij geen oog heeft voor de moderne ontwikkelingen in de samenleving. Dat hij is blijven hangen in een conservatief wereldbeeld. Immers, ook moeder en dochter(s), moeder en zoon(s), vader en dochter(s) kunnen in ondernemingsverband samenwerken. En aangezien het huwelijk inmiddels is opengesteld voor personen van hetzelfde geslacht, dient hij ook onder ogen te zien dat echtgenoten van gelijk geslacht zijn en dat een kind meer dan één vader of moeder kan hebben.
10. Vergelijk Van Mourik, *Gemeenschap* (Kluwer Deventer 2006), nrs. 5 en 6.
11. De uitdrukking 'inbreng in economische eigendom' dient zo langzamerhand uit het juridisch taalgebruik te verdwijnen. Weliswaar blijkt de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) gehecht aan de 'economische eigendom' (art. 2 WBR), de civilist weet sinds 1992 dat de term 'eigendom' is gereserveerd voor stoffelijke objecten (art. 5:1 lid 1 juncto art. 3:2 BW). In akten dient melding te worden gemaakt van de inbreng van het 'economisch belang' van of de 'economische gerechtigdheid' tot een zaak.
12. HR 26 november 1897, W.7047 (Boeschoten-Besier) vond geen rechtstreeks aanknopingspunt in de wet. De argumenten werden van heinde en verre aangesleept; zie Asser-Maeijer (1995), nr. 176.
13. Zie reeds Van Mourik, *De personenvennootschap* (1993), nr. 25. Voor de diverse opvattingen onder het oude recht Asser-Maeijer (1995), nr. 189.

slechts de handelende vennoot aansprakelijk (art. 7:812 BW).

Maar waaruit blijkt dan de *exclusiviteit* van de verhaalspositie van de zaakschuldeisers? Eigen schuldeisers van een vennoot *kunnen* zich immers niet verhalen op het aandeel van hun schuldenaar in de vennootschappelijke gemeenschap of daartoe behorende goederen. Het antwoord wordt gegeven door art. 7:806 lid 1 BW (slotzin): deze schuldeisers kunnen een aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap of in daartoe behorende goederen niet uitwinnen.<sup>14</sup> Aldus wordt recht gedaan aan het gebonden, dienstbare karakter van de vennootschappelijke gemeenschap en de daartoe behorende goederen. De op verhaal zinnende schuldeiser zal het faillissement van zijn schuldenaar moeten uitlokken. Dat leidt in beginsel tot uittreding uit de vennootschap en tot relatieve ontbinding van de vennootschap, aangenomen dat ten minste twee vennoten overblijven. Vergelijk art. 7:818 BW.

### 3.2 Economische deelgerechtigdheid

Een vennoot die als natuurlijk persoon door het leven gaat, heeft twee met elkaar corresponderende hoedanigheden. De betrokken persoon is primair een rechtssubject, zoals u en ik, maar daarnaast is hij vennoot. Slechts in die hoedanigheid is hij gerechtigd tot de vennootschappelijke gemeenschap, hetgeen een goederenrechtelijke positie betekent. Het verdient derhalve aanbeveling bij de ontleding van de vermogenspositie van een vennoot onderscheid te maken tussen het onverdeeld aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap en de waarde die met dat aandeel correspondeert. In het huwelijksvermogensrechtelijk getinte art. 7:808 BW komt dat aardig tot uitdrukking. Als de vennoot in de wettelijke gemeenschap van goederen is gehuwd, komt het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap toe aan de echtgenoot-vennoot, terwijl de 'economische deelgerechtigdheid' tot de gemeenschap behoort.<sup>15</sup> 'Economische deelgerechtigdheid'? Het is gewenst dit begrip te koesteren. Het duidt op de met het (goederenrechtelijke) aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap corresponderende (verbintenisrechtelijke) waarde-aanspraak. In het kader van art. 7:808 BW leidt dit tot het bestaan van een tot de huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap behorend vergoedingsrecht ten laste van het eigen vermogen van de vennoot.

Betreft het een partnervenootschap, aangegaan door in de wettelijke gemeenschap gehuwde personen, dan geldt deze regeling voor elk van de echtgenoten. In geval van echtscheiding blijven de aandelen in de vennootschappelijke gemeenschap derhalve buiten de beschrijving van de gemeenschap.

Ook de ongehuwd en ongeregistreerd door het leven gaande vennoot dient zich te realiseren dat hij als vennoot gerechtigd is tot een aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap en als privépersoon tot een economische deelgerechtigdheid. Maar omdat het rechtssubject ondeelbaar is, zal zich deze gespletenheid praktisch slechts incidenteel openbaren. Het zal zich doen gevoelen zodra de betrokken persoon is uitgetreden of overleden, daargelaten dat in de terminologie van de wetgever uittreding *een gevolg* is van overlijden (art. 7:818 BW).

### 3.3 De dienstbare rechtspersoon

In nr. 2.2 bleek reeds dat in mijn optiek een vennootschap geen rechtspersoon kan *zijn*. Dat de tekst van art. 7:802 BW anders doet vermoeden, is jammer. De openbare vennootschap (OVR/CVR) kan *zich bedienen van* een rechtspersoon. Deze is dan dienstbaar aan de samenwerking. Het is een afhankelijke rechtspersoon zonder een orgaanstructuur en daarmee zonder enige structuur. De enige functie van de rechtspersoon is te dienen als rechtssubject ten aanzien van het vennootschappelijk vermogen. Aldus wordt het bestaan van een vennootschappelijke gemeenschap, en alle daarmee gegeven problemen, vermeden. Een vennootschappelijke gemeenschap is in het systeem van de wet in beginsel onverenigbaar met het bestaan van de dienstbare rechtspersoon.

Art. 7:802 BW eist dat in de notariële akte naam, doel en zetel 'van de vennootschap' worden vermeld. Wat mij betreft, gaat het hier niet om naam, zetel en doel van de rechtspersoon. Slechts de vennootschap heeft als samenwerkingsverband een naam en een doel terwijl zij, zoals reeds bleek (nr. 2.1) ook een zetel kan hebben. Het doel van de rechtspersoon is beperkter van aard dan het doel dat de vennoten zich stellen.

Als het vennootschappelijk vermogen is ondergebracht in een rechtspersoon, rijst de vraag wat de vennoten daarvan terugzien in hun vermogen. Zo'n rechtspersoon is weliswaar slechts een juridische constructie maar anders dan bijvoorbeeld bij een stichting het geval is, dienen zich ergens gerechtigden op te houden in wier vermogen zich het economisch belang (de economische deelgerechtigdheid) bevindt. Ik constateer dat de vennoten *in die hoedanigheid* geen verbintenisrechtelijke aanspraken hebben ten aanzien van het vermogen van de rechtspersoon. Uit de tekst van de wet blijkt weliswaar dat iedere 'vennoot' een 'aandeel in de vennootschap' (art. 7: 807 en art. 7:821 lid 4 BW) of een 'aandeel in de rechtspersoon' (art. 7:828 BW) heeft. Maar gelet op de wenselijkheid dat de relatie tussen de vennoten en het vennootschappelijk vermogen in geval van een dienstbare rechtspersoon zo veel mogelijk aansluit bij de situatie waarin een vennootschappelijke gemeenschap bestaat, zou ik willen aannemen dat 'het aandeel' in de rechtspersoon, de economische deelgerechtigdheid, de vennoot als privépersoon toebehoort. Een andere oplossing is niet goed voorstelbaar aangezien, hoe dan ook, de waarde van de economische deelgerechtigdheid zijn weerslag moet vinden in het eigen vermogen van de persoon die tevens vennoot is. Die waarde kan behoren tot een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap en tot een nalatenschap. Het enkele feit dat de waarde gedurende de periode dat de gerechtigde de hoe-

14. Art. 7:827 lid 1 (slot) bepaalt hetzelfde ten aanzien van de *ontbonden* vennootschappelijke gemeenschap.

15. In Van Mourik-Burgerhart, nr. 79 wordt nog eens uit de doeken gedaan waarom deze regeling huwelijksvermogensrechtelijk op onjuiste uitgangspunten is geschoeid. Daar komt bij dat de regeling beter op haar plaats zou zijn geweest in art. 1:94 BW.

danigheid van vennoot bekleedt, niet te gelde kan worden gemaakt, doet daaraan niet af.

### 3.4 Overdrachtsbelasting

Anders dan voor de Wet op de inkomstenbelasting 2001 geldt, is de rechtspersoon voor de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) niet transparant. De inbreng van onroerende zaken in de rechtspersoon vormt in beginsel een belastbare verkrijging. Als de zaken behoren tot het vermogen van een in te brengen agrarische onderneming kan gebruik worden gemaakt van de vrijstelling als bedoeld in art. 15 lid 1 letter e WBR mits de inbrenger voor ten minste 90% van de waarde van het ingebrachte ondernemingsvermogen op de kapitaalrekening wordt gecrediteerd. Het feit dat transparantie ontbreekt, brengt met zich dat wijziging in het vennotenbestand *geen* verkrijging in de zin van de WBR met zich brengt. Een toetreders of opvolger verkrijgt derhalve ook geen 'economische eigendom' in de zin van art. 2 WBR.<sup>16</sup>

### 3.5 Inbreng van pachtrechten

Een pachter is verplicht zich ten aanzien van het gebruik van het gepachte als een goed pachter te gedragen (art. 7:347 BW). Algemeen wordt geleerd dat de pachter het gepachte persoonlijk dient te gebruiken. Maar dat wil niet zeggen dat knechten, loonwerkers en hulpvaardige familieleden zich niet op de gepachte grond mogen laten zien. De verplichting tot *persoonlijk gebruik* houdt in dat de pachter de volledige zeggenschap over zijn gebruiksrecht houdt.<sup>17</sup> Inbreng van pachtrechten in een personenvennootschap is daarmee niet noodzakelijk in strijd. In de overeenkomst van vennootschap kan – ten overvloede – bepaald worden dat inbreng van pachtrechten de contractuele positie van de pachter onverlet laat, voorts dat alleen de pachter de wijze van gebruik bepaalt en tenslotte het gebruik economisch voor rekening komt van de vennootschap.

In dit kader kan ook gedacht worden aan de medepacht (art. 7:364 BW). De pachter kan zich tot de rechter wenden met de vordering zijn echtgenoot of geregistreerd partner, één of meer zijner bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of één of meer van zijn pleegkinderen – of twee of meer van dezen gezamenlijk – aan te merken als medepachter. Een echtgenoot of kind met wie een vennootschap is aangegaan, zou als medepachter kunnen fungeren zodat hij of zij rechtstreeks betrokken wordt bij de exploitatie.

Als wordt samengewerkt in een openbare vennootschap waaraan een rechtspersoon dienstbaar is (OVR), impliceert inbreng van een pachtrecht enkel dat het gebruik van het gepachte in economische zin voor rekening van de rechtspersoon komt. De zeggenschap over het pachtrecht blijft volledig bij de persoon die inbracht.

### 3.6 Inbreng en administratie

De inbreng van vermogen in de vennootschappelijke gemeenschap of in de rechtspersoon houdt veelal een overdracht in van goederen aan hetzij de gezamenlijke vennoten hetzij aan de rechtspersoon. Inbreng impliceert een dienstbaarmaking aan het streven van de vennoten. Daarmee is reeds gezegd dat een overdracht ten titel van inbreng een voorwaardelijk karakter heeft. Als de vennoten het streven

staken, dienen de ingebrachte goederen in beginsel terug te keren naar de inbrenger. Voortzettingsregelingen kunnen dit beginsel terzijde schuiven.

Bij het karakter van de inbreng past dat in de administratie van de vennootschap de waarde van de inbreng van een vennoot wordt aangemerkt als een schuld van de vennootschap. In dit verband is de uitdrukking 'creditering op de kapitaalrekening' in zwang. Het feit dat het bij creditering om geldbedragen gaat, wil niet zeggen dat steeds enkel aanspraak op teruggave van geld bestaat. Wie een ondernemingsvermogen inbrengt kan in beginsel na ontbinding van de vennootschap aanspraak maken op toedeling of overdracht van dat ondernemingsvermogen, voor zover het nog aanwezig is.

Titel 7.13 kent de term *kapitaalrekening* niet. In de toelichting wordt hij wel gebezigd.<sup>18</sup> Art. 15 lid 1 letter e van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR) hanteert de volgende omschrijving:

'de rekening op de balans van de vennootschap waarop de deelgerechtigdheid van de vennoot in het vermogen van de vennootschap wordt opgenomen'.

Of deze omschrijving algemeen kan gelden, mag worden betwijfeld. In de praktijk wordt de 'kapitaalrekening' vooral gebruikt om te administreren welke waarde, uitgedrukt in een geldbedrag, een vennoot ten titel van inbreng dienstbaar heeft gemaakt aan de vennootschap. Daarnaast kan hij nog vorderingen op de vennootschap hebben, zoals zijn jaarlijkse winstaandeel. Daarvoor wordt in de praktijk wel de term 'privérekening' of 'rekening courant' gebruikt.

### 3.7 Vergelijking met de flex-BV

Een BV is, anders dan de rechtspersoon waarvan de openbare vennootschap zich bedient, een zelfstandig rechtssubject. De rechtsfiguur kan echter ook dienen tot samenwerking. De vennoten heten dan aandeelhouders. Tussen hen bestaat als zodanig, van rechtswege, geen contractuele verhouding, hoe zeer ook de verhouding tussen aandeelhouders wordt beheerst door de beginselen van redelijkheid en billijkheid. De samenwerking tussen aandeelhouders wordt uitgewerkt in de statuten en vaak ook in aandeelhoudersovereenkomsten. Als de aandeelhouders tevens bestuurders zijn, kan de samenwerking ook binnen het orgaan bestuur tot uitdrukking komen.

Reeds eerder constateerde ik dat bij een kapitaalvennootschap, zoals een BV, niet kan worden volstaan met inbreng van arbeid. In beginsel moet het nominale bedrag van een aandeel worden gestort. Dat nominale bedrag kan € 0,01 euro zijn. Bedongen kan worden dat het nominale bedrag

16. Voor rechtspersonen geldt sinds de inwerkingtreding van titel 7.13 niet meer art. 2 WBR maar alleen art. 4 WBR, dat enkel is gericht op onroerende zaakrechtspersonen.

17. Vergelijk *Asser-Snijders* (2001), nr. 164 en Van Mourik, *De personenvennootschap* (1993), nr. 47.

18. Bijv. MvT 28 746 p. 53 en 55.

eerst behoeft te worden gestort na verloop van een bepaalde tijd of nadat de vennootschap het zal hebben opgevraagd (art. 2:191 lid 1 BW).<sup>19</sup>

De door aandeelhouders gestorte waarden – geldbedragen of goederen – vormen geen eigen vermogen van de BV. Een storting op aandelen stelt immers geen schenking voor. De aandeelhouder heeft een vordering op de BV, die aandeel wordt genoemd. Dat het op aandelen gestorte en te storten vermogen risicodragend is en dat de vordering van de aandeelhouder post-concurrent is, doet er in dit opzicht niet toe. Het op aandelen gestorte kapitaal vertoont derhalve een zekere verwantschap met het ten titel van inbreng aan een personenvennootschap ter beschikking gestelde vermogen.

Het vermogen van de BV dat wel 'eigen' is en ruwweg aan te duiden is met het begrip 'winst', behoort in economische zin toe aan de aandeelhouders. Immers de waarde van de aandelen wordt beïnvloed door de omvang van het eigen vermogen.

Vergelijking met de openbare vennootschap die zich bedient van de rechtspersoon leert dat het vermogen van de BV wordt bestuurd door het bestuur van de rechtspersoon en niet door de aandeelhouders. Zij hebben als zodanig hooguit nog iets te zeggen op het gebied van de incidentele besluitvorming. Bij de OVR zijn de vennoten in beginsel bestuursbevoegd ten aanzien van het vermogen.

## 4. Aansprakelijkheid en vertegenwoordiging

### 4.1 Openbare vennootschap (OV)

De vennoten die zijn verenigd in een OV zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap (art. 7:813 lid 1 BW). Zij doen er dus goed aan in de vennootschapsovereenkomst regelingen te treffen die de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan banden leggen. In beginsel is iedere vennoot zonder beperking vertegenwoordigingsbevoegd voor wat betreft handelingen die dienstig kunnen zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap. Zo kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid, voor wat nader te omschrijven handelingen betreft, worden gebonden aan een toestemmings- of medewerkings-eis. Het is ook geoorloofd een vennoot uit te sluiten van bestuursbevoegdheid en daarmee, in beginsel, van vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals het ook mogelijk is aan een niet-bestuurder vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen. Vergelijk art. 7:811 lid 1 en art. 813 lid 1 BW.

In een ouder-kind/vennootschap zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen vader onbeperkt vertegenwoordigingsbevoegd te maken maar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de jeugdige, nog onervaren zoon, tot op zekere hoogte te binden aan toestemmings-eisen. Ook in de part-nervennootschap zouden dergelijke varianten op hun plaats kunnen zijn, zulks naar gelang de omstandigheden van het geval.

### 4.2 Openbare vennootschap met dienstbare rechtspersoon (OVR)

Als aan de openbare vennootschap een rechtspersoon dienstbaar is gemaakt (OVR), verandert dat niets aan de aansprakelijkheid van de vennoten. Niet de rechtspersoon is

aansprakelijk maar de vennoten zijn dat. Het feit dat het vennootschappelijk vermogen volledig, met inbegrip van alle verbintenissen van de vennootschap, toebehoort aan de rechtspersoon voert niet tot en andere conclusie. De transparantie en het curieuze karakter van de rechtspersoon doen zich gevoelen.

Zo kunnende rechten en verplichtingen uit een pachtovereenkomst tot het vermogen van de rechtspersoon behoren. Voor alle verbintenissen ter zake zijn de vennoten hoofdelijk verbonden.

Ook de vertegenwoordiging van de rechtspersoon geschiedt door de vennoten, met dien verstande dat het handelen van de vennoten per definitie wordt toegerekend aan de rechtspersoon. Gesteld zou kunnen worden dat de vennoten vermogensrechtelijk noodzakelijk handelen voor de rechtspersoon. Zij kunnen niet anders.

### 4.3 Stille vennootschap

Bij de stille vennootschap is in beginsel alleen de handelende persoon aansprakelijk. Als hij bevoegd 'in naam van de vennootschap', dat wil zeggen mede namens de medevennoten, heeft gehandeld, zijn de vennoten ieder voor een gelijk deel verbonden. De medevennoten kunnen alleen worden gebonden op basis van een volmacht. Reeds in de overeenkomst van vennootschap kan een dergelijke volmacht worden opgenomen maar bij de aard van de volmacht als eenzijdige rechtshandeling past dan dat deze niet-temin steeds kan worden herroepen. Vergelijk art. 7:812 BW.<sup>20</sup>

### 4.4 Vergelijking met de flex-BV

Aandeelhouders in een BV zijn noch geheel noch beperkt aansprakelijk voor de schulden van de BV. Dat levert uiteraard een stevig argument op voor een keuze ten gunste van de BV. Van geval tot geval zal evenwel moeten worden bezien of dat voordeel opweegt tegen de bezwaren van administratieve en fiscale aard.<sup>21</sup>

Het geplaatst kapitaal alsmede het eigen vermogen van de BV zijn risicodragend. De schuldeisers van de BV kunnen

19. Voor de goede orde: afgeschaft worden het minimumkapitaal, de bankverklaring en de accountantsverklaring (bij inbreng anders dan in geld). De bestuurders krijgen een flinke verantwoordelijkheid ter zake van het doen van uitkeringen aan aandeelhouders. Hoofdelijke aansprakelijkheid tot vergoeding aan de BV dreigt.

20. Ik stel nog de vraag of in de overeenkomst van vennootschap een *algemene* onherroepelijke volmacht tot het verrichten van bestuurshandelingen zou kunnen worden opgenomen. Ten minste zou dan vereist zijn dat de volmacht in het belang van de gevolmachtigde wordt verleend (art. 3:74 lid 1). Dat is al moeilijk voor te stellen. Laatstbedoeld lid ziet echter, mede gelet op het daarin voorkomende woord rechtshandeling, slechts op een *bijzondere* volmacht.

21. Helaas heet de BV ook in de toekomst nog voluit 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid'. De BV is echter onbeperkt aansprakelijk voor haar schulden en de aandeelhouders zijn in het geheel niet aansprakelijk, ook niet voor het nominale bedrag van hun aandelen.

zich evenwel alleen daarop verhalen. Bij de OVR staan de schuldeisers er beter voor. Zij kunnen zich verhalen op het vermogen van de rechtspersoon en op het eigen, niet vennootschappelijke vermogen van de vennoten. Dat is voor de vennoten wellicht bedreigend, voor de schuldeisers niet zelden een geruststelling.

## 5. Winst en verlies

### 5.1 Inbreng en winstverdeling

In beginsel deelt iedere vennoot voor een gelijk deel in de winst. Een bepaling die een vennoot uitsluit van winstdeling (societas leonina) is nietig. Wel is het mogelijk te bepalen dat een vennoot niet of slechts in beperkte mate deelt in het verlies. Vergelijk art. 7:815 BW.

De winstverdeling geschiedt uiteraard niet op basis van de waarde van de inbreng. Degene die slechts arbeid inbrengt, komt er dan bekaaid af. Zinvol lijkt het de fiscale jaarwinst *achtereenvolgens* te bestemmen voor

- a. fictieve arbeidsbeloning;
- b. betaling van een fictieve rente op het tegoed op de kapitaalrekening;
- c. eigenlijke winstuitkering aan de vennoten, in beginsel op voet van gelijkheid.

Het verdient doorgaans aanbeveling op een tegoed in rekening-courant geen rente te vergoeden. De vennootschap is geen bank.

Alle uitkeringen worden bij de vennoten belast als winst uit onderneming, met toepassing van box 1 van de Wet IB 2001. Aan de heffing van vennootschapsbelasting komen wij niet toe, ook niet als de vennootschap zich bedient van de rechtspersoon..

### 5.2 Vergelijking met de flex-BV

De aandeelhouder in een BV heeft uitzicht op inkomen uit aanmerkelijk belang, zoals dividend en vervreemdingsvoor- delen, welke worden belast in box 2 van de Wet IB 2001.

De BV die dienst doet ter uitoefening van een landbouwbedrijf zal aan dividenduitkering niet snel toekomen. De aandeelhouders zullen tevreden zijn met het loon dat zij als bestuurder-werknemer genieten, hetwelk een kostenpost vormt voor de BV. De eventuele winst wordt getroffen door vennootschapsbelasting.

Interessant is nog dat binnen de BV ten laste van de winst pensioenvoorzieningen kunnen worden getroffen, hetgeen bij de OV niet mogelijk is. Dit probleem kan worden opgelost doordat de vennoot zijn personenvennootschappelijke activiteiten voor rekening van een BV laat komen.

## 6. Uittreding, toetreding en opvolging

### 6.1 Relatieve ontbinding

Onder het oude recht speelde het probleem dat een vennootschappelijke gemeenschap niet met goederenrechtelijk effect verdeeld kon worden indien deze niet was ontbonden. Hetzelfde deed zich voor bij een andere 'gebonden' gemeenschap, de huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap.

Als bij een huwelijk een van beiden 'uittreedt', betekent dat het einde van het huwelijk en ontbinding van de huwelijks-

vermogensrechtelijke gemeenschap. Indien echter bij een vennootschap een vennoot uittreedt en nog ten minste twee vennoten resteren, wordt de vennootschap voortgezet en past daar allesbehalve bij dat de gemeenschap wordt ontbonden. Toch kon daaraan niet worden ontkomen aangezien de uitgetreden persoon door middel van een verdeling ook zijn positie als deelgenoot diende op te geven. Ook als een verblijvingsbeding was overeengekomen, dienden leveringen te geschieden teneinde de uitgetreden persoon als deelgenoot het veld te laten ruimen.<sup>22</sup>

Het nieuwe recht lost dit probleem op door *relatieve ontbinding* mogelijk te maken. Zo wordt in geval van uittreding, als er ten minste twee vennoten overblijven, de vennootschap 'alleen ontbonden ten aanzien van de vennoot die uittreedt' (art. 7:818 BW). In de toelichting en in de literatuur wordt de uitdrukking 'partiële ontbinding' gehanteerd maar daarvan ben ik niet gecharmeerd. De woorden 'ten aanzien van' in art. 7:818 BW duiden op een 'relatieve' ontbinding en niet op een 'gedeeltelijke'.

Uittreding kan 'het gevolg' zijn van onder meer opzegging, faillissement of dood, leert art. 7:818 BW.

### 6.2 Wettelijke verdeling (verblijving)

In geval van relatieve ontbinding als bedoeld onder 6.1 rijst de vraag wat geschiedt of dient te geschieden met het aandeel van de uitgetreden vennoot in de vennootschappelijke gemeenschap. Hoe wordt de uittreding goederenrechtelijk verwerkt? Als een rechtspersoon dienstbaar is, speelt dat probleem uiteraard niet.

Art. 7:821 lid 1 BW lost het probleem soepel op door het aandeel toe te delen aan de overblijvende vennoten. Let wel, de wet regelt aldus alleen de *toedeling*. De goederenrechtelijke effectuering daarvan geschiedt, overeenkomstig het algemene beginsel van art. 3:186 BW, door leveringen van de betrokken goederen.

Aldus biedt de wetgever een echte 'wettelijke verdeling'. Deze verschilt echter van hetgeen in het efrecht wettelijke verdeling wordt genoemd. Deze laatste (art. 4:13 e.v. BW) is geen verdeling aangezien nimmer een onverdeeldheid heeft bestaan. Verder heeft de efrechtelijke figuur door het enkele overlijden goederenrechtelijk effect.

De regeling van art. 7:821 BW heeft het aloude verblijvingsbeding overbodig gemaakt. De verblijving ligt besloten in de wettelijke verdeling. Niet overbodig is echter het opnemen van een onherroepelijke volmacht in de overeenkomst van vennootschap die ertoe strekt de leveringen soepel te doen verlopen.

De uittreder zou de wens kunnen hebben dat een bepaald door hem ingebracht goed niet in de wettelijke verblijving wordt begrepen. Hij wenst bijvoorbeeld een stuk grond 'mee te nemen'. De wettelijke verdeling betreft echter het gehele aandeel. Welnu, de wens kan in vervulling gaan door het stuk grond vóór de uittreding over te dragen aan de

22. In de praktijk werd het probleem met enige fantasie opgelost, als het al werd onderkend. Niemand deed er moeilijk over.

aanstaande uittreder. Ook kan nader worden afgesproken dat de uitkering waartoe de voortzettende vennoten gehouden zijn, (deels) geschiedt door inbetalinggeving.

### 6.3 Opvolging

In een aantal wettelijke bepalingen stuiten wij op het woord 'opvolging'. Daarvan is sprake als een uittreding *samenhangt met* een toetreding. Zie art. 7:823 lid 1 BW. Het belang van de erkenning van deze figuur is tweërlei:

- a. Als in een vennootschap van twee vennoten er één uitreedt, betekent dat normaliter het einde van de vennootschap. Maar indien zich een opvolger van de uitredende vennoot aandient, wordt de ontbinding van de vennootschap voorkomen. Vergelijk art. 7:817 lid 1 letter c BW.
- b. In geval van een opvolging, vindt de vermogensrechtelijke afwikkeling plaats tussen enerzijds de uitreder en anderzijds de toetredende. De uittreder levert zijn aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap of in de rechtspersoon (OVR) aan de toetredende/opvolger en deze laatste keert aan de uitreder het bedrag van diens economische deelgerechtigdheid uit. De andere vennoten hoeven, als zij hebben ingestemd met de opvolging<sup>23</sup>, vermogensrechtelijk niet op te treden. Vergelijk art. 7:823 lid 3 BW.

### 6.4 Schulden

De wettelijke verblijving betreft goederen. Schulden kunnen wel worden toegedeeld maar dat heeft enkel gevolgen voor de draagplicht. Vergelijk art. 7:821 lid 3 BW. Het bedrag van de schulden zal zijn verrekend bij de vaststelling van het bedrag van de waarde van de economische deelgerechtigdheid. De uitgetreden vennoot draagt vervolgens niet meer in de betrokken schulden.

Een schuldeiser heeft aan de uittreding van zijn schuldenaar geen boodschap. Hem kan door de enkele uittreding geen andere schuldenaar worden opgedrongen. Een toetredende kan op zijn beurt door de enkele toetreding geen schuldenaar worden. Bij een OV zijn alle vennoten hoofdelijk verbonden. De uittreding doet die hoofdelijkheid niet verdwijnen. Toetreding, ook al hangt deze samen met een uittreding (opvolging), doet geen hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaan. Ik verwijs naar art. 7:824 lid 2 BW.

## 7. Ontbinding, vereffening en afwikkeling

### 7.1 Ontbinding

De vennootschap in de zin van titel 7.13 is een overeenkomst. Aan de samenwerking kan een rechtspersoon dienstbaar worden gemaakt (OVR/CVR) maar dat ontnemt aan de figuur niet het overeenkomstkarakter.

Derhalve dient bij het woord 'ontbinding' primair gedacht te worden aan de overeenkomst. Art. 7:817 BW vermeldt de gevallen waarin de vennootschap 'in haar geheel' wordt ontbonden. Ik vestig in het bijzonder de aandacht op het feit dat bij een vennootschap met twee vennoten uittreding van een van de twee vennoten niet steeds tot ontbinding leidt. Indien immers een opvolger aantreedt, als bedoeld in de art. 7:822 en 7:823 BW, treedt deze ontbinding niet op. Als aan de overeenkomst een rechtspersoon is verbonden,

heeft ontbinding van de vennootschap ontbinding van de rechtspersoon tot gevolg. Het een is een logisch gevolg van het ander. Echter, de vennootschap is door de ontbinding niet verdwenen. Dat zou ook moeilijk kunnen, gegeven het feit dat het vennootschappelijk vermogen toebehoort aan de rechtspersoon. Zij blijft voortbestaan totdat de vereffening is geëindigd. Zij 'verdwijnt' eerst zodra de levering van alle tot het vermogen behorende goederen heeft plaatsgevonden. Vergelijk art. 7:828 BW, eerste zin.

### 7.2 Vereffening

In dit hoofdstuk maak ik onderscheid tussen vereffening en afwikkeling. Onder afwikkeling versta ik onder meer de verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap alsmede de overdrachten door de rechtspersoon van de tot haar vermogen behorende goederen. Vereffenen is in mijn optiek het gereed maken van het vennootschappelijk vermogen voor verdeling of voor uitkering aan de gewezen vennoten. Een gedegen vereffening is vooral in het belang van schuldeisers van de vennootschap.

De wetgever hanteert het begrip vereffening soms in enge (eigenlijke) zin (art. 7:826 lid 1 BW) maar helaas wordt het begrip ook in ruimere zin gebruikt in welk geval de verdeling en de afwikkeling er onder worden begrepen (art. 7:831 BW).

In sommige gevallen kan na ontbinding formele vereffening in de zin van art. 7:825 BW e.v. achterwege blijven. Art. 7:831a BW vermeldt de gevallen waarin dat speelt. Het door de vennootschap uitgeoefende beroep of bedrijf dient op basis van een schriftelijke overeenkomst te worden voortgezet door

- a. een kind of levensgezel van een van de vennoten of
- b. door een NV of BV die daartoe door een van de gewezen vennoten wordt aangewezen, of
- c. door een andere vennootschap in de zin van titel 7.13.

De schriftelijke overeenkomst kan zijn besloten in een voortzettingsbeding dat is opgenomen in de overeenkomst van vennootschap maar kan ook na ontbinding tot stand komen. Van de voortzetting doen de vennoten of gewezen vennoten opgave in het handelsregister.

Aangezien de verhaalspositie van de schuldeisers door de voortzetting niet mag worden geschaad, dienen alle tot het vennootschappelijk vermogen behorende goederen te worden toegedeeld of overgedragen aan de voortzetter. Ten behoeve van die schuldeisers blijft het afgescheiden karakter van het vermogen in stand. Vergelijk art. 7:831a lid 2 BW maar vooral ook lid 6.

Degene die het beroep of bedrijf voortzet treedt bij de rechtsverhoudingen die op dat moment bestonden tussen de vennootschap en derden, in de positie van de vennootschap (art. 7:831a lid 5 BW, tweede zin).

23. In beginsel vereist een toetreding de medewerking van alle vennoten (art. 7:823 lid 1 BW). Maar die regel is niet dwingendrechtelijk van aard. In de overeenkomst van vennootschap kan worden bepaald dat daartoe een besluit genomen met volstreekte of versterkte meerderheid toereikend is.

### 7.3 Afwikkeling

Zoals reeds genoteerd, versta ik onder afwikkeling zowel de verdeling van de vennootschappelijke gemeenschap als de overdrachten ('uitkeringen') door de rechtspersoon aan de voormalige vennoten. De rechtspersoon 'verdwijnt' eerst zodra alle leveringen hebben plaatsgevonden en het vennootschappelijk vermogen de vennootschap heeft verlaten. Uiteindelijk wordt hetgeen na voldoening van de schuldeisers resteert, toegedeeld of uitgekeerd aan de gewezen vennoten in verhouding tot ieders economische deelgerechtigdheid (art. 7:830 BW).

## 8. De commanditaire vennootschap

### 8.1 Openbare vennootschap

De commanditaire vennootschap is een openbare vennootschap. Dat verklaart waarom de wet er slechts drie artikelen aan wijdt (art. 7:836, 836a en 837 BW). Naast ten minste één gewone vennoot treedt ten minste één commanditaire vennoot op.

Het is niet verplicht de commanditaire vennootschap (nader) aan te duiden met de letters CV. Als de CV zich evenwel bedient van de rechtspersoon, is de toevoeging CVR verplicht.

De commanditaire vennootschap kent, als de rechtspersoon ontbreekt, een vennootschappelijke gemeenschap. Die gemeenschap vormt een afgescheiden vermogen, ook als slechts één commanditaire vennoot bestaat. Reeds in 2003 rekende de Hoge Raad af met zijn eigen, op misverstand gebaseerde opvatting dat de commanditaire vennoot met één besturende vennoot geen gemeenschappelijk vermogen zou kennen.<sup>24</sup>

De commanditaire vennoot mag arbeid inbrengen maar daarbij mag het niet blijven. Daarnaast dient geld, goed of genot van goederen te worden ingebracht. In dit kader denken wij uiteraard aan de inbreng van het genot van landbouwgrond en bijbehorende opstallen.

### 8.2 Aansprakelijkheid en draagplicht

De commanditaire vennoot is *niet* aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Het verhaal op het gemeenschappelijke vermogen moet hij evenwel dulden.

In drie gevallen kan de commanditaire vennootschap niettemin met hoofdelijke aansprakelijkheid worden geconfronteerd:

- indien hij 'in naam van' de vennootschap handelt;
- als hij 'beslissende invloed' uitoefent op het optreden van de besturende vennoot of vennoten;
- in geval zijn naam in de naam van de vennootschap voorkomt, tenzij dat al het geval was voor hij de status van commanditaire vennoot verwierf.

Het meest interessant is, vooral ook in de agrarische context, het onder b bedoelde geval. Niet uitgesloten is dat in het kader van de (agrarische) bedrijfsopvolging de ouder kiest voor de commanditaire status terwijl de opvolgende zoon of dochter als besturend vennoot gaat fungeren. De financiële verhoudingen binnen de familie zullen dan gemakkelijk kunnen meebrengen dat de ouder de dienst wenst uit te maken.

In het geval sub b bedoeld, ontstaat aansprakelijkheid voor de verbintenissen die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan.

Het onderwerpen van bepaalde handelingen van de besturende vennoot aan de toestemming of goedkeuring van de commanditaire vennoot leidt niet tot het intreden van aansprakelijkheid. Inschrijving in het handelsregister levert externe werking op.

Als 'beslissende invloed' wordt geconstateerd, heeft dat niet tot gevolg dat de betrokken commanditaire vennoot zijn status verliest en, in geval slechts één commanditaire vennoot optreedt, dus evenmin dat de commanditaire vennootschap is verdwenen.

Het intreden van de aansprakelijkheid laat ook de draagplicht binnen de commanditaire vennootschap onverlet. De aangesproken commanditaire vennoot die uit eigen vermogen betaalt, heeft recht op vergoeding ten laste van het vennootschappelijk vermogen.

### 8.3 Vergelijking met de flex-BV

Als familiale bedrijfsopvolging aan de orde is, in die zin dat de ouder zich terugtrekt uit de beleidsbepalende sfeer en hij reeds met een kind is verbonden in een OV of OVR, bestaan diverse regelingsmogelijkheden:

- als de ouder niet terugschrikt voor de hoofdelijke aansprakelijkheid kan hij genoeg nemen met de status van niet-besturend vennoot;
- in geval de ouder van zijn aansprakelijkheid wenst te worden bevrijd, kan
  - de rechtsvorm worden gewijzigd in die van een commanditaire vennootschap of
  - de openbare vennootschap worden omgezet in een BV.

In het laatste geval bieden de statuten ruimte voor allerlei afspraken, zoals ten aanzien van de financiering (zie onder 2.4).

Over de fiscale problematiek worden hierna onder 9 enkele opmerkingen gemaakt.

Thans merk ik nog op dat ook aandeelhouders zich niet onbeperkt met het beleid mogen bemoeien. Er bestaat nog altijd bestuursautonomie. De aandeelhouders zullen zich moeten beperken tot de grote lijnen van het beleid en, tenzij het een concernverhouding betreft, instructies achterwege dienen te laten. De algemene vergadering van aandeelhouders kan de bestuurder evenwel te allen tijde ontslaan, zodat de autonomie betrekkelijk is.

Voor de ouder die nog twijfelt over de capaciteiten van de beoogde opvolger heeft de BV aantrekkelijke kanten. De groot-aandeelhouder (de ouder) die, hoewel geen bestuurder, niettemin beslissende zeggenschap uitoefent, bekoopt dat niet met aansprakelijkheid, tenzij hij ingeval van faillis-

24. HR 14 maart 2003, NJ 2003, 327 (Ma.)

sement als beleidsbepaler wordt aangemerkt (art. 2:248 leden 1 en 7 BW).

Als de ouder zich bij een OV/OVR van zijn kind (medevenoot) wenst te ontdoen omdat deze er niets van bakt, zal aan algehele ontbinding veelal niet kunnen worden ontkomen. Bij een BV heeft het ontslag in beginsel geen onaangename gevolgen voor de BV als zodanig. Opneming van een statutaire aanbiedingsplicht betreffende de aandelen van de mislukte opvolger verdient aanbeveling.

## 9. Omzettingsfiguren

De in 7.13 geregeld rechtsvormen kunnen worden omgezet of gewijzigd. Aan de personenvennootschap kan alsnog een rechtspersoon dienstbaar worden gemaakt. Maar ook kan een dienstbare rechtspersoon verdwijnen. Een openbare vennootschap met dienstbare rechtspersoon (OVR) kan worden omgezet in een BV en een BV kan worden getransformeerd in een OVR. De art. 7:832 e.v. BW regelen een en ander.

Omzetting in een BV betekent fiscale sfeerovergang: de inkomstenbelasting wordt vervangen door de vennootschapsbelasting.

Voor de overdrachtsbelasting is van belang te constateren dat omzetting van een OVR in een BV (en omgekeerd) niet leidt tot een verkrijging in de zin van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR). Goederenrechtelijk gebeurt er niets.

Indien evenwel een openbare vennootschap (OV of CV) zich gaat bedienen van een rechtspersoon (OVR/CVR), leidt dat tot een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Dat is ook het geval als een OV of CV wordt omgezet in een BV. Art. 15 lid 1 letter e WBR zal dan uitkomst bieden indien aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan, zoals aan de crediteringseis. Wordt de omgekeerde weg bewandeld dan geldt de vrijstelling van art. 15 lid 1 letter f WBR. Met deze opmerkingen moet op deze plaats worden volstaan.<sup>25</sup>

## 10. Slotopmerkingen

De algehele vernieuwing van het personenvennootschapsrecht heeft de praktijk ruime keuzemogelijkheden gebracht. Terecht is de stille vennootschap gehandhaafd. Deze kan ook goede diensten bewijzen bij samenwerkende levensgezellen. Eveneens mag met vreugde geconstateerd worden dat de openbare vennootschap niet per definitie rechtspersoon is. De variëteit in beroepen en bedrijven en daarmee verband houdende handelingen, zou daarmee niet gediend zijn. De vennootschap die gediend is met een rechtspersoon zal veelal onroerende zaken tot haar vermogen rekenen. De toetredings-, uittredings- en opvolgingsproblematiek wordt aanmerkelijk vereenvoudigd door het vermogen onder te brengen in een dienstbare rechtspersoon.

De agrarische sector, die zich kenmerkt door een grote variëteit aan samenwerkingen, is gediend met deze nieuwe titel 7.13. Vooral de OVR kan samenwerkende landbouwers goede diensten bewijzen. In de sfeer van samenwerkende partners zal de stille vennootschap wellicht de voorkeur genieten. De CVR kan een mooie rol vervullen ten dienste van de bedrijfsopvolging.

De hoofdelijke verbondenheid van de vennoten blijft een fors obstakel. Als de omstandigheden van het geval zich daarvoor lenen, kunnen de vennoten zich laten 'vervangen' door een door hen beheerste BV. Maar ja, dan haal je extra rompslomp en de vennootschapsbelasting in huis.

En tenslotte: klagen over de civiele en fiscale complexiteit van het personenvennootschapsrecht doet geen recht aan de schoonheid van dit rechtsgebied.

---

25. Uitgebreid over de omzettingsfiguren en de fiscale aspecten daarvan Van Mourik/Burgerhart, nrs. 73 e.v. en nr. 95.