

Tilburg University

Ontbinding en vereffening bij persoonsgebonden ondernemingsvormen

van der Sangen, G.J.H.

Published in:

Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen. Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW

Publication date:

2003

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

van der Sangen, G. J. H. (2003). Ontbinding en vereffening bij persoonsgebonden ondernemingsvormen. In Raaijmakers, & Sangen (Eds.), *Herziening persoonsgebonden ondernemingsvormen. Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.13 BW* (CCL-reeks). Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Ontbinding en vereffening bij persoonsgebonden ondernemingsvormen

Mr. G.J.H. van der Sangen¹

1 Inleiding

In deze bijdrage staat de algehele ontbinding van de personenvennootschap volgens de voorgestelde titel 7.13 BW en de vereffening van het gevormde ondernemingsvermogen centraal.² Algehele ontbinding van het samenwerkingsverband en vereffening van het vermogen kan zich voordoen bij de maatschap, de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, de commanditaire vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid en de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Wel beschouwd kunnen we in het wetsvoorstel derhalve drie categorieën van personenvennootschappen onderscheiden:

- 1) de maatschap,
- 2) de openbare vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (de OVZR en de CVZR)
- 3) de openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (zoals de OVR en CVR).³

Het een en ander leidt in de optiek van de wetgever in elk geval tot twee regimes van algehele ontbinding en vereffening: een voor de personenvennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, en een voor de personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid. De regels voor algehele ontbinding zijn, naast de regels voor partiële ontbinding, opgenomen in afdeling 5 over de ontbinding en voortzetting van de vennootschap, terwijl regels ter zake van de vereffening en de verdeling zijn opgenomen in afdeling 6 van titel 7.13 BW. Het wetsvoorstel maakt daarbij een onderscheid tussen algehele ontbinding die tot vereffening en

¹ Mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Tilburg en tevens verbonden aan het Center for Company Law aldaar.

² Zie voor een bespreking eveneens J.M. Blanco Fernández, 'Nietigheid, ontbinding en vereffening van de vennootschap in wetsvoorstel 28 746', *WPNR* 03/6524 p. 254-258 en H.E. Boschma, 'Algehele ontbinding, vereffening en verdeling van personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2003-4 p. 111-118 en het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 20003, *Personenvennootschappen*, in het bijzonder pp. 123-144 (Van Mourik), Kluwer, Deventer 2003.

³ Zie hierover A.J.S.M. Tervoort, 'De nieuwe wettelijke regeling inzake personenvennootschappen', *NJB* afl. 8, 21 februari 2003, p. 363 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Reorganisaties van personenvennootschappen in het ontwerp Titel 7.13 NBW', *WPNR* 03/6524 p. 246.

verdeling van het totale ondernemingsvermogen dient te leiden, en partiële ontbinding zonder vereffening met voortzetting van de samenwerking door de overige vennoten.⁴

Uitdrukkelijk wordt bepaald dat op de ontbinding en de vereffening van personenvennootschappen titel 3.7 BW inzake de gemeenschap niet van toepassing is. De regels met betrekking tot de ontbinding en vereffening van rechtspersonen in Boek 2 BW zijn slechts van toepassing indien en voorzover titel 7.13 BW dit uitdrukkelijk van toepassing verklaart. Ook de regels van ontbinding van overeenkomsten wegens een toerekenbare tekortkoming in Boek 6 BW zijn niet van toepassing op de algehele ontbinding van een personenvennootschap. De regeling met betrekking tot onvoorziene omstandigheden van art. 6:258 BW is daarentegen weer wel van toepassing. Dat geldt mijns inziens ook voor de brede werking van de redelijkheid en billijkheid die ook na beëindiging van de overeenkomst de rechtsverhouding tussen partijen blijft beheersen.⁵ In navolging van Timmerman signaleer ik dat ten aanzien van de regeling van personenvennootschappen in ons Burgerlijk Wetboek de *gelaagde structuur* voor een belangrijk deel is losgelaten.⁶

Op deze plaats zij opgemerkt dat de ontbinding en vereffening in afdeling 5 en 6 van de voorgestelde titel 7.13 BW geen betrekking hebben op een eventueel faillissement van het samenwerkingsverband. Voorzover het samenwerkingsverband failliet wordt verklaard, gelden voor deze 'dwangontbinding' de procedureregels van de Faillissementswet. In de optiek van de wetgever is er ook geen reden uitdrukkelijk te bepalen dat een openbare vennootschap al dan niet met rechtspersoonlijkheid failliet kan worden verklaard. Zelfs niet, met uitzondering van art. 7:818 lid 2 BW, dat een openbare vennootschap door haar faillissement wordt ontbonden. In de gedachte van de wetgever zullen in geval van een tekort bij een openbare vennootschap de vereffenaars de vennoten eerst aanspreken tot aanzuivering.⁷ Lukt dat niet, dan kan alsnog door de vereffenaar het faillissement van de openbare vennootschap worden aangevraagd. Met Boschma⁸ ben ik van mening dat dit duidelijk in het wetsvoorstel zelf tot uitdrukking dient te komen. Daar is alle reden toe, omdat in de praktijk algehele ontbinding buiten faillissement eerder uitzonderlijk zal zijn, terwijl het faillissement van een openbare vennootschap – waaronder zich ook de huidige vennoot-

⁴ Zie over dit onderscheid Tervoort, *t.a.p.* p. 368.

⁵ Zie in dit verband voor vennootschappen HR19 oktober 1990, *NJ* 1991, 21 (Koghee/Akko ca).

⁶ L. Timmerman, 'Het bijzondere van de personenvennootschappen', *Algemeen-bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, G.T. de Jong e.a. (red.), CRBS-reeks, deel 7, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003, p. 149.

⁷ Mijns inziens heeft art. 7:816 lid 2 BW heeft in deze geen betekenis. De bepaling bevat een regel voor vennoten onderling om tijdens het bestaan van het samenwerkingsverband te komen tot een eventuele tussentijdse aanzuivering van verliezen.

⁸ H.E. Boschma, 'Algehele ontbinding, vereffening en verdeling van personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2003-4, p. 117.

schappen onder firma in het MKB rangschikken – met enige regelmaat zal voorkomen. Juist in deze gevallen strijden zaaks en privé-crediteuren om verhaalsvoorrang ten aanzien van het te vereffenen vermogen. Regels hieromtrent en omtrent de beschikkingsbevoegdheid van de deelgenoten ten aanzien van (hun aandeel in) het ontbonden ondernemingsvermogen alsmede omtrent de mogelijkheid voor privé-crediteuren hierop beslag te leggen, vinden we daarentegen weer wel in afdeling 6 van de voorgestelde titel 7.13 BW.

Ten slotte merk ik op dat de regeling van de omzetting van een openbare vennootschap in een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, alsmede de omzetting van een OVR in een BV enigszins ambivalent wordt geregeld, in die zin dat in het wetsvoorstel een dergelijke omzetting niet wordt gezien als een ontbinding – laat staan een vereffening –, maar dat voor het bereiken van een dergelijke omzetting wél is vereist dat het vermogen wordt ‘ingebracht’. De in het wetsvoorstel gebruikte terminologie wijst in de richting van een verkrijging onder bijzondere titel, een overdracht van afzonderlijke activa en overname van afzonderlijke passiva. Het ware aan te bevelen hier aan te sluiten bij de techniek van de juridische fusie (verkrijging onder algemene titel) dan wel bij die van art. 2:18 lid 8 BW (de persoon voor het recht houdt door de omzetting niet op te bestaan). Dat zou een aantal knelpunten in de praktijk van omzettingen van een openbare vennootschap in een BV uit de wereld helpen.

2 Algehele ontbinding ten aanzien van alle personenvennootschappen

Art. 7:817 lid 1 BW geeft een enuntiatieve opsomming van de gevallen waarin de personenvennootschap in zijn geheel wordt ontbonden. Algehele ontbinding vindt plaats:

1) In de gevallen waarin zulks uit de overeenkomst van vennootschap volgt

Ten aanzien van de gevallen waarin de overeenkomst van vennootschap een einde neemt, hebben partijen een grote mate van vrijheid. Zij kunnen bij het aangaan van de overeenkomst of bij latere wijziging de gebeurtenissen die tot ontbinding leiden, bepalen. Zo kunnen zij bepalen dat de vennootschap een einde neemt door tijdsverloop, bij het bereiken van een bepaald resultaat of de totstandkoming van een bepaald werk, of – in het geval de aard van de samenwerking de exploitatie van een bepaald goed impliceert –, het tenietgaan van dat goed. Men zij overigens voor het geval de vennootschap is aangegaan voor bepaalde tijd, bedacht op de bepaling van art. 7:817 lid 3 BW.

Bedenklijk is mijns inziens de mogelijkheid dat in de vennootschapsovereenkomst kan worden bepaald dat bij *meerderheids*besluit de vennoten kunnen beslissen tot beëindiging van de vennootschap. Omtrent een dergelijk besluit, dat wezenlijk raakt aan de kern van de samenwerking, behoort mijns inziens in beginsel unanimititeit te bestaan. De stelling dat deze unanimititeit bij voorbaat gegeven is omdat alle vennoten bij de totstandkoming van de overeenkomst met een dergelijke gang van zaken hebben ingestemd dan wel door toetreding hebben aanvaard, spreekt mij niet aan.⁹ Niet in de laatste plaats omdat er geen richtlijn wordt gegeven welke meerderheid daarvoor voldoende is en of voor de geldigheid een quorumvereiste geldt. Voor zover met de voorziening beoogd wordt reorganisaties van grote maatschappen mogelijk te maken, is het middel overigens te grof. Juist daar bestaat geen behoefte aan algehele ontbinding bij meerderheidsbesluit die tot vereffening moet leiden, maar juist de behoefte aan een vorm van juridische splitsing, zoals de ruziesplitsing van art. 2:334cc BW en waarbij het vermogen onder algemene titel ‘*uno actu*’ overgaat.

2) *Ingevolge een daartoe strekkende overeenkomst van de vennoten*

Deze beëindigingsgrond spreekt voor zich: de vrijheid van associatie brengt immers met zich dat men ook de vrijheid heeft om de samenwerking in onderlinge overeenstemming te verbreken. Wel dient men hierbij de vraag te stellen wat rechtens is, indien de overeenkomst tot ontbinding naar achteraf blijkt, nietig is of vernietigbaar is, terwijl ontbinding en de vereffening reeds heeft plaatsgevonden. Problemen op dit punt zouden kunnen worden voorkomen indien de overeenkomst tot ontbinding wordt opgevat als een abstracte rechtshandeling. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat, hoewel het vermogen reeds vereffend is, de samenwerking nog steeds voortduurt, en als het ware alle (inbreng-)verplichtingen van de vennoten over en weer herleven. Dit is niet in overeenstemming met hetgeen er feitelijk heeft plaatsgevonden tussen de vennoten. Ook van de voortdurende wil tot samenwerking zal in een dergelijk geval geen sprake meer zijn.¹⁰

⁹ In andere zin MvT 28 746, nr. 3 p. 26 en Boschma, *t.a.p.* p. 111.

¹⁰ Vlg. in dit verband de kritiek van Raaijmakers in de noot onder het arrest van de Hoge Raad inzake Van den Broeke/Van der Linden (HR 17 december 1993, NJ 1994, 301, AA 1994 p. 519) onder punt 6 en 7, waar – hoewel de samenwerking feitelijk verbroken was – de Hoge Raad vasthield aan het bestaan van de gebonden gemeenschap met als gevolg dat partijen niet in privé over en weer het vermogen van de vennootschap konden afwickelen.

3) *Door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten, tenzij de overeenkomst van vennootschap anders bepaalt, en onverminderd art. 7:819 BW*

De hier als hoofdregel in het wetsvoorstel opgenomen grond voor ontbinding zal in de praktijk als onpraktisch worden beschouwd. Ik verwacht dan ook dat – evenals onder het huidige recht – de vennootschapsovereenkomst in de regel geen einde neemt en wordt voortgezet door daarop gerichte bepalingen in de vennootschapsovereenkomst in geval van opzegging van een der vennoten aan de overige. Het ware aan te bevelen in het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen dat opzegging door een vennoot aan de andere vennoten als hoofdregel zal leiden tot partiële ontbinding, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen.¹¹ Zie evenwel art. 7:818 lid 1 sub d BW.

Voor het weinig voorkomende geval een vennootschapsovereenkomst een dergelijke voortzettingclausule niet bevat in geval van opzegging door een van de vennoten, geeft het wetsvoorstel nog een aantal aanvullende bepalingen die inhoudelijk overeenkomen met het huidige recht. Zo lezen we in art. 7:819 lid 2 BW dat, in het geval de overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, de overeenkomst mag bepalen dat de overeenkomst niet dan wel niet gedurende bepaalde tijd kan worden opgezegd. In het geval de overeenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan of voor een bepaald werk, kan in gevolgd lid 3 niet worden opgezegd, tenzij in de overeenkomst anders is bepaald.

Een opmerkelijke bepaling in dit verband is art. 7:819 lid 1 BW: een opzegging is vernietigbaar, indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied. Volgens de Memorie van Toelichting dient elke opzegging ‘redelijk’ te zijn.¹² Daarmee wordt evenwel in strijd met HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 471 (FNV/Maas) een strengere maatstaf aangelegd dan geldt voor de opzegging van duurovereenkomsten in het algemeen. De opzegging wordt daar als geldig aangemerkt indien zij ‘niet onaanvaardbaar’ is.¹³ Het rechtsgevolg van een vernietiging zou zijn dat de opzegging en daarmee de ontbinding in gevolge art. 3:53 BW geacht wordt door de terugwerkende kracht van de vernietiging nooit te hebben bestaan, ergo dat de uittreedende vennoot nog steeds vennoot is, en van hem derhalve nakoming van zijn samenwerkingsverplichtingen kan worden gevorderd, inclusief de plicht tot inbreng van zijn arbeid indien hij zich daartoe bij de overeenkomst heeft verplicht. Ik acht dit geen bevredigende gang van

¹¹ In gelijke zin Tervoort, *t.a.p.* p. 367. Zie ook Voorlopig Verslag, Tweede Kamer, 28 747, nr. 4, p. 10 en 11.

¹² MvT, 28746, nr. 3 p. 30.

¹³ Zie over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de opzegging van duurovereenkomsten Mon. Nieuw BW A-10 (Hammerstein en Vranken), 2003, nr. 16 p. 25-27 en nr. 36, p. 50 en 51.

zaken! In geval van een rauwelijkse opzegging¹⁴ c.q. een opzegging die anderszins naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, past tegen de achtergrond van de ‘fraternitas’-norm geen plicht om de samenwerking als zodanig voort te zetten. Wel dient de uittredende vennoot die door zijn gedragingen schade toebrengt aan het samenwerkingsverband, de schade te vergoeden.¹⁵ Overigens laat de Memorie van Toelichting ons op dit punt in het duister.

4) *In het geval waarin een of meer van de vennoten uittreden en niet ten minste twee vennoten overblijven*

In het geval nog slechts één vennoot overblijft, leidt dit noodzakelijkerwijs tot ontbinding van de vennootschap. Dit zou voortvloeien uit het contractuele karakter van de samenwerking.¹⁶ Mijns inziens is dit evenwel een wat merkwaardige regel die verhindert dat in een dergelijk geval de personenvennootschap zonder ontbinding en vereffening voortgezet wordt als eenmansonderneming. Ik vraag mij af welk belang er mee gediend wordt, dat in een dergelijk geval de goederenrechtelijke gemeenschap moet worden ontbonden en worden vereffend, terwijl voldoende is dat de enig overgebleven ondernemer gerechtigd wordt tot het vermogen van het samenwerkingsverband, tegen betaling aan de uittredende vennoten van de waarde van hun aandeel in het vermogen (lees: de goederengemeenschap). Uiteraard is een dergelijke bepaling bij een OVR zinledig: in mijn optiek leidt uittreding slechts tot wijziging in het ledensubstraat, niet tot een wijziging in het ondernemingsvermogen. De OVR zou in dit opzicht volstrekt gelijk tegemoet moeten worden getreden als een quasi-vo f BV. Ook daar heeft de samenwerking tussen de aandeelhouders/bestuurders onmiskenbaar een contractueel karakter, zonder dat uittreding – lees de overdracht van het aandelen in de BV – leidt tot beëindiging van de BV.¹⁷

¹⁴ Zie in dit verband HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (Latour/De Bruin), waaruit volgt dat er geen algemene regel bestaat dat duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd zonder meer steeds kunnen worden beëindigd.

¹⁵ Vgl. in dit verband HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (Mattel/Borka) voor duurovereenkomsten in het algemeen.

¹⁶ Met in stemm ing Bo schma, *t.a.p.* p. 112.

¹⁷ Zie hierover Pitb/Raaijmakers 2000, passim en G.J.H. van der Sangen, ‘De werking van aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen’, *SV&V* 2003 p. 33. In soortgelijke richting L. Timmerman, *t.a.p.* p. 150.

5) *Door de rechter in de gevallen die de wet bepaalt*

a *Ontbinding wegens gewichtige redenen*

Art. 7:820 lid 1 BW: de rechter kan op vordering van ieder der vennoten de vennootschap in haar geheel ontbinden wegens gewichtige redenen of op andere gronden die in de overeenkomst van de vennootschap zijn voorzien. Uit de Memorie van Toelichting¹⁸ blijkt dat van een gewichtige reden sprake is, indien, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs van een of meer der vennoten niet langer kan worden geveerd om het vennootschappelijk verband in zijn geheel (of ten aanzien van een vennoot) voort te zetten. Hierin heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid. Partijen kunnen deze ontbindingsgrond uitsluiten of beperken. De gedachte is, vergelijkbaar aan de bepaling van art. 2:343 BW in de wettelijke geschillenregeling bij de BV, dat de vennoten niet tot samenwerking gedwongen blijven indien zulks redelijkerwijs niet meer van hen kan worden geveerd. Wel bestaat de mogelijkheid dat partijen andere gronden in de overeenkomst opnemen die door een beroep op de rechter geëffectueerd kunnen worden, zoals reeds erkend werd door de Hoge Raad in HR 5 juni 1970, *NJ* 1970, 429.

De rechter heeft de vrijheid aan de ontbinding in een dergelijk geval voorwaarden te verbinden alsmede een of meer van de vennoten – indien daartoe termen aanwezig zijn – te veroordelen tot schadevergoeding. Aan de ontbinding kan geen terugwerkende kracht worden verleend. Het een en ander is volledig in overeenstemming met het huidige art. 7A:1684 lid 2 BW.

Op de ontbinding zijn de artikelen 6:265-279 BW niet van toepassing, zo laat art. 7:820 lid 3 BW ons weten. Dit betekent dat de rechter de overeenkomst niet mag ontbinden op grond van de enkele tekortkoming van een der vennoten, tenzij contractueel is bepaald dat dit een rechtelijke ontbindingsgrond zou zijn.¹⁹ Is daarentegen de tekortkoming dusdanig ernstig dat dit een gewichtige reden oplevert, dan is wederom art. 7:820 lid 1 BW van toepassing.

De ontbinding treedt pas in nadat door de rechter de ontbinding is uitgesproken. Het vonnis waarbij de ontbinding wordt uitgesproken kan uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Volgens de Memorie van Toelichting bestaat daartoe de mogelijkheid.²⁰ Dit betekent dat het vonnis ondanks een of meer mogelijk openstaande rechtsmiddelen reeds ten uitvoer kan worden gelegd, zodat er dan reeds maatregelen ter vereffening van het ondernemingsvermogen kunnen worden getroffen. Zo niet, dan kan het vonnis pas ten uitvoer worden gelegd nadat het in kracht van gewijsde is gegaan.

¹⁸ MvT, 28 746, nr. 3 p. 32.

¹⁹ In deze zin Boschma, *t.a.p.* p. 113.

²⁰ MvT, 28 746, nr. 3 p. 32 en 47.

b Ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden

Op de overeenkomstig van vennootschap zijn de bepalingen van het overeenkomstenrecht van overeenkomstige toepassing, voorzover daarbij in titel 7.13 BW niet wordt afgeweken. Dit betekent dat de rechter de vennootschapsovereenkomst kan ontbinden, geheel of gedeeltelijk, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de overige vennoten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mogen verwachten. In beginsel kan de rechter hieraan terugwerkende kracht verlenen (zie echter art. 3:53 lid 2 BW). Ik merk hierbij op dat van een onvoorziene omstandigheid slechts sprake is indien partijen bij de overeenkomst de omstandigheid niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd. Niet bepalend is of het voor partijen voorzienbaar was of niet, doch slechts of zij er geen rekening mee hebben gehouden in de overeenkomst c.q. de omstandigheid anderszins niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd.²¹ Dit beperkt een mogelijk beroep op de *imprévision*. Anders dan Boschma meent,²² zal een onvoorziene omstandigheid in de regel niet tevens tot een gewichtige reden leiden. Beiden gronden voor ontbinding dienen derhalve goed te worden onderscheiden omdat zij een andere grondslag hebben.²³ Verder dient de rechter van deze bijzondere toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid met de grootste terughoudendheid gebruik te maken.²⁴

c Ontbinding in geval van overlijden, onbekwaamheid, faillissement of toepassing WSN ten aanzien van een of meer van de vennoten?

Opvallend is dat een aantal van de limitatieve gronden voor algehele ontbinding zoals in het huidige art. 7A:1683 BW opgesomd niet meer in deze vorm terugkeren: het overlijden, de onbekwaamheid of het faillissement dan wel het ophouden te bestaan van een rechtspersoon/vennoot leiden niet tot algehele ontbinding, tenzij de vennootschapsovereenkomst dit uitdrukkelijk bepaalt. Al deze gebeurtenissen leiden als hoofdregel tot partiële nietigheid van de personenvennootschap op de voet van art. 7:818 lid 1 sub b BW. Wel bestaat, zoals gezegd, de mogelijkheid dat partijen bij overeenkomst bepalen dat deze gebeurtenissen zullen leiden tot algehele ontbinding en vereffening. Dit zal in de praktijk echter

²¹ Valk 2 002 (T & C Vermogensrecht), art. 6 :258 BW, aant. 2, en A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, vijfde herzienedruk, Gouda Quint, Deventer 1998, p. 273.

²² Boschma, *t.a.p.* p. 113.

²³ Zie echter HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (VEH/CSM).

²⁴ Zie voor andere verschillen tussen de ontbinding op grond van gewichtige redenen en de ontbinding op grond van de *imprévision* Boschma, *t.a.p.* p. 113.

zelden voorkomen.²⁵ Art. 7:818 lid 1 sub b BW is ook van toepassing op de OVR. Naar mijn mening bestaat voor een dergelijke regel bij de OVR echter geen reden. Immers, door de rechtspersoonlijkheid verandert het ondernemingsvermogen van de entiteit niet, doch uitsluitend het ledensubstraat, alhoewel dat laatste niet op gespannen voet hoeft te staan met de rechtspersoonlijkheid van een contractueel samenwerkingsverband.

3 Ontbinding in geval van faillissement van het samenwerkingsverband

Met uitzondering van de OVR is er geen bepaling gewijd aan de situatie dat het samenwerkingsverband zelf failliet gaat. Het faillissement van de OVR daarentegen leidt van rechtswege tot algehele ontbinding en vereffening volgens art. 7:817 lid 2 BW. De vraag rijst thans wat rechtens is indien een maatschap of openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid haar verplichtingen niet meer nakomt, des dat het samenwerkingsverband in een toestand verkeert dat het heeft opgehouden te betalen in de zin van art. 1 lid 1 van de Faillissementswet.

a Maatschap

Aangezien de maatschap in het wetsvoorstel per definitie 'stil' is, zullen er als hoofdregel geen schuldeisers van de maatschap als zodanig ontstaan. Dit betekent echter niet dat er in uitzonderingsgevallen geen tot het vermogen van de maatschap behorende schulden kunnen ontstaan die dan ook op het vermogen van de maatschap kunnen worden verhaald. De maatschap in de zin van het wetsvoorstel kan derhalve in theorie een afgescheiden vermogen hebben. Dergelijke schulden van de maatschap kunnen ontstaan indien op de voet van art. 7:812 BW een besturende vennoot in naam van de maatschap – die zich daardoor incidenteel jegens deze ene crediteur als het ware openbaart – een overeenkomst aangaat krachtens een daartoe strekkende volmacht van de andere (lees: alle overige) vennoten. In het wetsvoorstel wordt geen duidelijkheid verschaft omtrent de vraag hoe van een dergelijke volmacht dient te blijken.²⁶ Wordt

²⁵ Het is redelijk te veronderstellen dat naarmate de kring van vennoten kleiner en de aard van de samenwerking meer persoonsgebonden is, de kans groter is dat partijen in het contract voor algehele ontbinding kiezen. Zij het zonder vereffening, maar met verkoop van de onderneming aan een derde. Let wel, het wetsvoorstel maakt een dergelijke 'verkoop van de onderneming' niet mogelijk. Immers, in de systematiek van het wetsvoorstel moet een algehele ontbinding gevolgd worden door een liquidatie.

²⁶ De vraag is of een algemene volmacht die de vennoten elkaar over en weer daartoe verlenen, voldoende is. In positieve zin Mohr, preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2003, *Personenvennootschappen*, p. 54.

krachtens toereikende volmacht gehandeld in naam van de maatschap, dan ontstaat een vordering op de maatschap en daarmee tevens een afgescheiden vermogen.²⁷ Het bestaan van een afgescheiden vermogen bij de (stille) maatschap kan ook worden afgeleid uit art. 7:806 lid 2 BW:

‘Tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden kunnen op de goederen van die gemeenschap worden verhaald, ook al zijn na het ontstaan van die schulden vennoten uitgetreden of nieuwe vennoten toegetreden.’²⁸

Daarnaast zijn de maten naar gelijke delen aansprakelijk voor de schulden van de maatschap voorzover het een deelbare prestatie betreft, tenzij in de overeenkomst met de derde is bepaald dat zij voor ongelijke delen aansprakelijk zijn dan wel hoofdelijk verbonden zijn. Is de prestatie ondeelbaar, dan treedt ook hier hoofdelijke verbondenheid in op grond van art. 6:6 lid 2 BW.

Dit alles leidt mijns inziens tot de conclusie dat een crediteur van de maatschap bij voorrang verhaal kan nemen op het ‘afgescheiden’ vermogen van de maatschap, naast verhaal op de afzonderlijke vennoten. Evenwel kan de maatschap, zoals dat ook naar huidig recht het geval is, niet zelf failliet worden verklaard. Zijn er geen crediteuren van de maatschap, omdat de vennoten weliswaar voor rekening van de maatschap maar in eigen naam met derden overeenkomsten zijn aangaan, dan ontstaat er ook geen afgescheiden vermogen. In een dergelijke situatie kunnen eventuele niet betaalde schuldeisers het faillissement aanvragen van de maten die voor deze schulden aansprakelijk zijn. Welke maten dat zijn, is vervolgens afhankelijk van de regels van vertegenwoordiging en van de wijze waarop hiervan gebruik is gemaakt. Het faillissement van een van de maten leidt overigens niet noodzakelijkerwijs tot ontbinding van de maatschap, maar als regel tot partiële ontbinding.

b Openbare vennootschap

In de doctrine wordt thans reeds aangenomen dat de openbare maatschap net als de VOF wel een afgescheiden vermogen kent, hetgeen met zich zou brengen dat de openbare maatschap zelf failliet zou kunnen worden verklaard op een zelfde wijze als de VOF, en ook alle andere rechtsgevolgen van het bestaan van een afgescheiden vermogen zoals deze thans gelden bij de VOF, van toepassing zijn bij de openbare maatschap, zoals materiële en processuele zelfstandigheid. Het

²⁷ Zo ook Tervoot, *t.a.p.* p. 365, Mohr, ‘Goederenrechtelijke aspecten van de «openbare vennootschap»’, *WPNR* 03/65 24 p. 215 en Timmerman, *t.a.p.* 154. Zie reeds voor het huidige recht Pitlo/Raaijmakers (2000), § 2.89 p. 174.

²⁸ In gelijke zin Van Mourik, Preadvies voor de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 139.

arrest van de Hoge Raad inzake Moret Gudde Brinkman²⁹ zou dan naar huidig recht geen zelfstandige betekenis meer hebben. De wet zou de openbare maatschap dan ook als zelfstandig rechtssubject en procespartij dienen te erkennen op eenzelfde wijze als de VOF. Dat is nu in het wetsvoorstel alsnog gebeurd.

Ten aanzien van de openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid geldt ook naar komend recht dat het faillissement van de openbare vennootschap zal leiden tot een algehele ontbinding van de vennootschap en tot een vereffening van haar vermogen. Dat de VOF naar huidig recht failliet kan worden verklaard, blijkt uit art. 4 lid 3 Fw. Dit wordt niet met zoveel woorden in het wetsvoorstel tot uitdrukking gebracht. Het een en ander impliceert mijns inziens dat de regel van het arrest van de Hoge Raad inzake De Eendracht³⁰ naar komend recht zijn gelding behoudt: het faillissement van de vennootschap heeft gezien de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten noodzakelijk het faillissement van elk der vennoten in privé tot gevolg. Zie art. 7:813 lid 1 BW. Inmiddels heeft de Hoge Raad recentelijk in zijn arrest inzake Hovuma/Spreeuwenberg Beheer³¹ geoordeeld dat ook de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen heeft. Daarmee komt de Hoge Raad terug op zijn eerdere arresten inzake Erik Schaaper en Hardy.³² De uitspraak heeft tot gevolg dat de CV met één beherend vennoot zelf failliet kan worden verklaard,³³ en dat ten behoeve van de zaakscrediteuren van deze CV het afgescheiden vermogen moet worden geliquideerd, waarna uit de opbrengst van de liquidatie zoveel mogelijk de zaakscrediteuren worden voldaan.³⁴ Een eventueel restant wordt toegedeeld aan de vennoten. Daarop kunnen vervolgens de privé-crediteuren verhaal nemen. Ook hier geldt dan vervolgens de regel uit het arrest van de Hoge Raad inzake de Eendracht: het faillissement van de CV + 1 heeft noodwendig het faillissement van de beherende vennoot in privé tot gevolg.³⁵

4 Bijzondere gronden van algehele ontbinding bij de OVR

a Faillissement van de OVR

²⁹ HR 5 november 1976, *NJ* 1977, 586, *AA* 1978 p. 304.

³⁰ HR 14 april 1927, *NJ* 1927, 725.

³¹ HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327, *AA* 52 (2003) 9, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, p. 645-651.

³² HR 4 januari 1937, *NJ* 1937, 640 respectievelijk HR 3 februari 1956, *NJ* 1960, 120.

³³ Zie in dit verband Rb Zwolle 3 september 2003, *JOR* 2003/278 (Kingfish Urk CV).

³⁴ Zie hierover Tervoort, *t.a.p.* p. 365 en de MvT, 28 746, nr. 3 p. 69 en 70, alsmede de zeer instructieve conclusie van A-G Bakels voorafgaande aan het arrest van de Hoge Raad inzake Hovuma. Zie voorts de bijdrage van M.J.G.C. Raaijmakers in deze bundel.

³⁵ Overigens, de logische consequentie van dit arrest is mijns inziens dat ook de eenmanszaak een afgescheiden vermogen niet kan worden ontzegd. In gelijke zin Raaijmakers, *AA* 52 (2003) 9, p. 651.

Naast de regels voor ontbinding van personenvennootschappen die van toepassing zijn op *alle* in titel 7.13 BW geregelde vennootschappen inclusief de maatschap, geldt voor openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid een bijzondere ontbindingsgrond. Ingevolge art. 7:817 lid 2 BW wordt de OVR ontbonden na faillietverklaring, hetzij door opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten, hetzij door de beschikking tot vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement, hetzij door insolventie. Zoals gezegd vindt in geval van faillissement van de OVR, maar ook van een OVZR, de vereffening niet plaats volgens de regels van titel 7.13 BW maar volgens die van de Faillissementswet.

b Nietigheid van de overeenkomst tot het aangaan van een OVR

De wetgever heeft een aantal voorzieningen opgenomen voor het geval de overeenkomst van vennootschap die heeft geleid tot een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid, nadien nietig dan wel vernietigbaar blijkt te zijn. De wetgever onderscheidt in dit verband nietigheid van de overeenkomst van vennootschap van meet af aan (zie art. 7:803 lid 1 BW) en de mogelijkheid van vernietiging van de overeenkomst van vennootschap na het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Toepassing van art. 7:803 lid 1 BW leidt er toe dat er nooit een OVR heeft bestaan. Is inmiddels een vermogen gevormd, dan wordt dit vermogen zo veel mogelijk vereffend overeenkomstig art. 7:830 BW. Voor de aansprakelijkheid van na vereffening overblijvende schulden van de ‘nietige’ OVR wordt aansluiting gezocht bij art. 2:4 lid 4 BW, zij het dat alleen de besturende vennoten voor deze restantschulden hoofdelijk verbonden zijn, in weerwil van de hoofdregel van art. 7:813 BW. Daarnaast zijn ‘degenen die zijn opgetreden als ten behoeve van het vermogen handelende personen’ hoofdelijk aansprakelijk voor de restantschulden. Dit lijkt mij wat vergaan, indien daaronder ook werknemers en hulppersonen van het samenwerkingsverband toe worden gerekend. De formulering van art. 7:803 lid 1 BW leidt er in elk geval toe dat niet besturende vennoten niet aansprakelijk zijn. Dat lijkt mij in beginsel ook niet juist te zijn.³⁶

Lid 2 van art. 7:803 BW biedt overigens de mogelijkheid dat de ‘nietige’ OVR alsnog wordt bekrachtigd – bijvoorbeeld door een convalescentie van art. 3:58 BW – tot een geldige OVR door het aangaan van een geldige overeenkomst. Het gevormde vermogen moet dan in deze geldige OVR worden ‘ingebracht’. Uit het wetsvoorstel komt niet duidelijk naar voren wanneer er

³⁶ In kritische zin ook J.M. Blanco Fernández, *t.a.p.* p. 255 en Mohr, *preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’ 2003, Personenvennootschappen*, p. 35.

sprake is van een nietige OVR,³⁷ noch op welke wijze aan de verplichting tot inbreng zoals bedoeld in art. 7:803 lid 2 BW kan c.q. moet worden voldaan. Zoals gezegd, de terminologie ‘inbreng’ suggereert een verkrijging onder bijzondere titel. Het argument uit de Memorie van Toelichting dat hiermee de rechtszekerheid gediend is, overtuigd mijns inziens niet: immers, er bestaat reeds een naar buiten toe kenbare entiteit waaraan het vermogen kan worden gekoppeld als de oprichting alsnog wordt geheeld door een convalescentie. Dat daartoe in geval van registergoederen de openbare registers moeten worden aangepast op straffe van een beroep op derdebescherming, en dat een eventuele debiteur op de hoogte moet worden gesteld van de rechtsovergang op straffe van bevrijdende betaling, doet daar mijns inziens niet aan af. De in het wetsvoorstel gekozen oplossing leidt minst genomen tot hoge transactiekosten en vertragende handelingen. Bovendien, alle vereiste leveringshandelingen ten behoeve van de verkrijging van de opgerichte, zij het nietige OVR, hebben toch reeds plaatsgevonden? Dat ook de wetgever de nietige OVR, althans het aan haar toekomende ondernemingsvermogen, beschouwt als een eenheid, kan worden afgeleid uit art. 7:803 lid 1 BW dat art. 2:22 BW van overeenkomstige toepassing verklaard, zodat de goederen van een nietige OVR – lees het gehele ondernemingsvermogen – door de rechter onder bewind gesteld kunnen worden. Een dergelijke bepaling kan niet anders worden opgevat als een conserverende maatregel met het oog op de voortzetting van de onderneming.³⁸

Zijn er daarentegen gronden voor vernietiging van de overeenkomst van vennootschap, zoals daar zijn handelingsonbekwaamheid, bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling dan wel de toepassing van de pauliana, dan tast dit het bestaan van de OVR niet aan. In zoverre is het bestaan van de OVR geabstraheerd van de geldigheid van de onderliggende rechtsverhouding. Wel vormt het een mogelijke reden tot ontbinding op de voet van art. 7:820 lid 4 BW: op verzoek van een belanghebbende kan de rechter de OVR ontbinden. Volgens de Memorie van Toelichting is een vennoot in het algemeen steeds aan te merken als belanghebbende.³⁹ Naar mijn mening heeft de rechter geen plicht tot ontbinding, maar zal hij dienen te onderzoeken of er ten aanzien van de overige vennoten voldoende gronden zijn de samenwerking voort te zetten. De bepaling wordt ingegeven door de rechtszekerheid ten behoeve van der-

³⁷ Zie hierover J.M. Blanco Fernández, *t.a.p.* p. 254 en 255.

³⁸ Zie over bewind over een ondernemingsvermogen M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Bewind over (het recht op) een onderneming in het nieuwe erfrecht, *Trust en onderneming. Opstellen aangeboden aan prof.mr. C.Æ. Uniken Venema*, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2003, p. 33-58.

³⁹ MvT, 28746, nr. 3 p. 32.

den, die ten aanzien van het bestaan en voortbestaan van een eenmaal gevormde rechtspersoon niet in het ongewisse mogen worden gelaten.⁴⁰

Ik merk op dat het wetsvoorstel voorbij gaat aan de vraag wat rechtens is indien bij een maatschap of openbare vennootschap sprake is van een grond van nietigheid van de overeenkomst of van een grond voor vernietiging aan de zijde van een van de beoogde partners.⁴¹ Steeds rijst in dit soort gevallen de vraag of na de geconstateerde nietigheid er gronden zijn voor conversie dan wel voor partiële nietigheid. Vgl. in dit verband art. 7:815 lid 4 BW en het arrest van de Hoge Raad inzake de ‘societas leonina’.⁴² De Memorie van Toelichting laat weten dat, indien de uitsluiting van winstdeling ‘in onverbrekelijk verband’ staat met de rest van de door partijen gewenste overeenkomst, en partiële nietigheid of conversie niet mogelijk zijn, dan de gehele overeenkomst nietig is.⁴³ Gaat men er daarentegen van uit dat een tot stand gekomen samenwerkingsverband doordat het op voor derden kenbare wijze naar buiten toe optreedt en er zich inmiddels een goederenrechtelijke gemeenschap en afgescheiden vermogen heeft gevormd, een bepaalde mate van zelfstandigheid heeft, ja zelfs te kwalificeren is als rechtspersoon, dan ligt het meer voor de hand om het bestaan van het samenwerkingsverband te abstraheren van een eventuele (partiële) nietigheid van de overeenkomst van vennootschap, vergelijkbaar aan de regeling van art. 2:4 BW.⁴⁴ Voortzetting van de samenwerking door alsnog aan de vereisten van de vennootschap te voldoen, dan wel voortzetting met ‘uittreding’ van de aspirant-vennoot die zich beroept op de nietigheid, geldt dan als hoofdregel. Uiteraard dient de uittredende vennoot alsdan financieel gecompenseerd te worden, in elk geval voor de waarde van zijn vermogensrechtelijke inbreng. Of er in een dergelijk geval gronden zijn voor schadevergoeding hangt af van de vraag of de feiten en omstandigheden die aanleiding gaven tot vernietiging, door toedoen van de overige vennoten zijn ontstaan, dan wel voor rekening en risico dienen te blijven van de ‘uittredende’ vennoot. Los daarvan dient onder ogen te worden gezien wat de rechtsgevolgen zijn, indien de openbare vennootschap

⁴⁰ In dit verband ware ook aandacht te besteden aan HR 6 april 1989, *NJ* 1989, 630 (Ubbink Isolatie) waaruit volgt dat de nietigheid door de rechter moet worden uitgesproken indien de ‘rechtspersoon’ reeds is ingeschreven in het Handelsregister. Zolang de vernietiging niet is uitgesproken in rechte, zou de OVR volgens deze regel nog ‘(voort-)bestaan’.

⁴¹ Zie ook J.M. Blanco Fernández, *t.a.p.* p. 255 die er voor pleit art. 7:803 van toepassing te verklaren op niet rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschappen. In gelijke zin Mohr, preadvies Vereeniging ‘Handelsrechts’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 19, 36 en 37.

⁴² HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 692, *AA* 1996, 633. Zie hierover Mohr, preadvies Vereeniging ‘Handelsrechts’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 71 en 72.

⁴³ MvT, 28 746, nr. 3 p. 24.

⁴⁴ In gelijke richting wijst het betoog van J.M. Blanco Fernández, *t.a.p.* p. 256.

niet voldoet aan de materiële kenmerken van de rechtsvorm. Nietigheid van de gehele overeenkomst is dan het logische, zij het ongewenste gevolg.⁴⁵

c De OVR voldoet niet aan haar wettelijke omschrijving

Op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie ontbindt de rechter de OVR indien de overeenkomst van vennootschap niet voldoet aan de wettelijke omschrijving van art. 7:800 lid 1 BW. De bepaling is duidelijk geïnspireerd op art. 2:21 lid c BW. Niet geheel duidelijk is, waarom hierbij niet is gekozen voor de wettelijke omschrijving van de openbare vennootschap in art. 7:801 lid 1 BW, aangezien alleen openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid kunnen verkrijgen.⁴⁶ Hoewel de bepaling bij de BV niet vaak wordt toegepast, ware het mijns inziens aan te bevelen ook hier aan de rechter de mogelijkheid te bieden om een ‘terme de gr ce’ toe te passen zoals in art. 2:21 lid 2 BW.⁴⁷ Waarom deze mogelijkheid niet bestaat, wordt niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis. Wordt de ontbinding uitgesproken, dan vindt de vereffening plaats op de wijze zoals beschreven in de hierna te bespreken artikelen 7:825-831 BW.

5 Gevolgen van de algehele ontbinding

De hierboven beschreven algehele ontbinding leidt tot de volgende rechtsgevolgen:

- de overeenkomst van vennootschap neemt een einde ten aanzien van alle vennoten;
- het gevormde vermogen moet conform de daarvoor geldende regels in zijn geheel worden vereffend;
- ten aanzien van een OVR houdt door de ontbinding de rechtspersoon op te bestaan, zij het dat zij blijft voortbestaan totdat de vereffening is beëindigd (zie art. 7:828 BW);
- partijen zijn door en na de ontbinding ontslagen uit hun verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst van vennootschap; bestaande verplichtingen moeten evenwel worden nagekomen, zowel ten aanzien van de vennoten onderling, als ten aanzien van derden. Voorzover er reeds is gepresteerd, ontstaat er door de ontbinding echter geen verplichting tot restitutie. Zie art. 7:820 lid 3 jo. 6:271

⁴⁵ Zie hierover Mohr, preadvies Vereffening ‘Handelsrecht’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 37 en 42.

⁴⁶ In gelijke zin Boschma, *t.a.p.* p. 114.

⁴⁷ In gelijke zin Voorlopig Verslag, Tweede Kamer, 28 746, nr. 4, p. 11.

BW.

Uiteraard blijven de vennoten ook na ontbinding gehouden jegens elkaar de regels van redelijkheid en billijkheid in acht te nemen.⁴⁸ De aard van de samenwerking is evenwel veranderd van een op winst gerichte strevingsgemeenschap in een op vereffening gerichte verdelingsgemeenschap. Omdat de mogelijkheid bestaat dat het in geval van een algehele ontbinding in de ogen van de vereffenaars juist niet de bedoeling is dat de ontbinding leidt tot een liquidatie van afzonderlijke activa, maar tot een verkoop van de *onderneming op 'going concern'-basis* – zou dit trouwens niet steeds het uitgangspunt moeten zijn? –, zou het met het oog op een mogelijke overdracht aan een derde of aan een van de vennoten in strijd zijn met een ordentelijke vereffening dat men na ontbinding in eigen naam soortgelijke activiteiten kan ondernemen, zolang daaromtrent in het kader van de verdeling geen afspraken zijn gemaakt. In een dergelijke situatie geldt ook in geval de wet hierover zwijgt, de in het arrest van de Hoge Raad inzake Koghee/Akkoca neergelegde regel dat men het ontbonden samenwerkingsverband geen concurrentie aandoet. De aard van de rechtsbetrekking tussen de vennoten bij de verdelingsgemeenschap impliceert ook dat zij alles zullen doen of nalaten dat in het belang is voor een ordentelijke afwikkeling van het vermogen. Hieraan zullen zij dan ook op vordering van de vereffenaar c.q. de curator hun medewerking moeten verlenen. Bijvoorbeeld door de boeken en de administratie aan de vereffenaar ter beschikking te stellen, alsmede toegang te verschaffen tot de gebouwen en terreinen die in gebruik zijn van het samenwerkingsverband, en tot slotte desgevraagd de nodige inlichtingen te verstrekken.

6 Vereffening en verdeling van het ondernemingsvermogen

a Algemene opmerkingen

Afdeling 6 geeft een aantal regels met betrekking tot de vereffening en de verdeling van het vermogen van een ontbonden vennootschap. Deze regels zijn van dwingend recht, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven. Dit heeft tot consequentie dat het partijen niet vrij staat in der minne een eigen wijze te kiezen voor de afwikkeling van het vermogen van de ontbonden vennootschap.⁴⁹

⁴⁸ Zie art. 7:800 lid 2 BW alsmede HR 19 oktober 1990, *NJ* 1991, 21 (Koghee/Akkoca).

⁴⁹ De commentaren op het wetsvoorstel laten overigens zien dat er in het algemeen grote twijfel bestaat ten aanzien van het in beginsel dwingendrechtelijke karakter van de regeling van de personenvennootschappen. Terecht merkt Timmerman, *i.a.p.* p. 152, hierover op dat het uitgangspunt van een samenwerkingsvorm op basis van een contract regelend recht dient te zijn. Maeijer ziet dit kennelijk duidelijk anders die uitgaat van de overigens onjuiste veronderstelling dat een rechtspersoon geen contract kan zijn. In de visie van Maeijer betekent

Verder dient men te bedenken dat de procedureregels niet van toepassing zijn in geval van faillissement van het samenwerkingsverband. Dat er sprake zal zijn van vereffening van het totale ondernemingsvermogen buiten geval van faillissement, zal zich in de praktijk niet zo vaak voordoen, aangezien het wetsvoorstel met het oog op de behoeften van de praktijk voorziet in een uitgebreide regeling voor partiële ontbinding zonder vereffening maar met voortzetting van de onderneming. Afdeling 6 zal derhalve ten aanzien van de vereffeningprocedure van art. 7:830 BW als zodanig in de praktijk weinig toepassing vinden.⁵⁰

Van belang is dat afdeling 6 ook meer materiële regels kent ten aanzien van de afwikkeling van het vermogen van een (geheel) ontbonden vennootschap, die voornamelijk zien op de positie van de vennoten ten aanzien van (delen van) het vermogen van de ontbonden vennootschap en de afzonderlijke daartoe behorende goederen, als ook op de positie van privé-crediteuren, en van zaakscrediteuren. De volgende hoofdvragen rijzen in dat verband:

1. Kan een vennoot na ontbinding beschikken over afzonderlijke goederen van de ontbonden vennootschap?
2. Kan een vennoot na ontbinding beschikken over zijn aandeel in afzonderlijke goederen van de ontbonden vennootschap?
3. Kan een vennoot na ontbinding beschikken over zijn aandeel in alle goederen gezamenlijk van de ontbonden gemeenschap?
4. Kan een *crediteur van een vennoot* na ontbinding beslag leggen op een goed van de ontbonden vennootschap, op het aandeel van de vennoot in een afzonderlijk goed van de vennootschap en/of op het aandeel van de vennoot in het geheel van het tot de ontbonden vennootschap behorende *ondernemingsvermogen*?
5. Kan een *crediteur van de vennootschap* na ontbinding beslag leggen op een goed van de ontbonden vennootschap, op het aandeel van een vennoot in een afzonderlijk goed van de vennootschap en/of op het aandeel van de vennoot in het geheel van het tot de ontbonden vennootschap behorende *ondernemingsvermogen*?

Van belang is vooraleerst dat de vereffenaar of de curator vaststelt – en voorzover nodig reconstrueert – wat er tot het vermogen van de ontbonden vennoot-

rechtspersoonlijkheid blijktbaar rechtspersoon zijn in de zin van Boek 2 BW, met als consequentie het uitgangspunt van dwingend recht. Opvallend is dat deze strijd op een ander front en op een ander continent ook gevoerd is, maar daar juist het uitgangspunt van regelend recht meer op de voorgrond staat. Ik doel hierbij op de 'nexus of contract' theory in de VS en haar voor- en tegenstanders. Zie hierover, beknopt, W.W. Bratton, The 'Nexus of Contracts' Theory, in: Robert W. Hamilton (ed.), *The Law of Corporations in a Nutshell*, 4th Ed., 1996, § 1.3 p. 7, en W.W. Bratton, 'Other Theories of corporateness: The 'Nexus of Contracts' Theory', in: *Cases and Materials on Corporations: Including Partnerships and Limited Liability Companies*, by R.W. Hamilton, 1998, p. 11-14, met uitvoerige literatuurverwijzingen.

⁵⁰ Zie voor een uitvoerige bespreking van art. 7:830 Boschma, *t.a.p.* p. 115-117.

schap behoort. Voor vennootschappen die geen rechtspersoon zijn, dient te worden vastgesteld wat tot de gebonden gemeenschap behoorde tot aan het moment van de ontbinding, en voor openbare vennootschappen met rechtspersoonlijkheid wat tot het 'eigen' vermogen van de rechtspersoon behoorde. Maatgevend hiervoor is in de eerste plaats de overeengekomen inbreng en/of door elk der vennoten aan hun inbrengverplichting reeds is voldaan. Zie art. 7:805 lid 3 BW. Hoofddregel is dat juridisch wordt ingebracht, d.w.z. het activum aan de gemeenschap c.q. de OVR wordt overgedragen ten titel van juridische inbreng. In de andere gevallen, inbreng van genot en inbreng van economische eigendom, gaat tot de gemeenschap c.q. het vermogen van de OVR een vordering tot exclusief gebruik van het aldus ingebrachte goed behoren. Verder zal tijdens het bestaan van de samenwerking het ondernemingsvermogen verandering ondergaan door 'reguliere' vermogensmutaties. Aandacht dient ook te worden besteed aan voorafgaande aan de ontbinding gepleegde privé-onttrekkingen van zowel gelden als goederen, alsmede het aangaan van leningen en overige overeenkomsten tussen de vennootschap en een vennoot in privé, gezien het potentieel nadelige karakter van dergelijke transacties voor de gebonden gemeenschap c.q. het 'eigen' vermogen. In dit verband is het opvallend dat er geen bepaling van regeland recht bestaat – ook niet bij de OVR – ten aanzien van tegenstrijdig belangsituaties. Blijkbaar wordt een regeling hiervoor overgelaten aan de dispositie van de vennoten. Verder zijn de vennoten gehouden de tijdens het bestaan van het samenwerkingsverband overeengekomen stortingen te voldoen. Of het bestaan van hoofdelijke aansprakelijkheid een voldoende stok achter de deur is ter waarborging van de instandhouding van enig afgescheiden vermogen, zal in de praktijk moeten blijken.⁵¹

b De procedure

Bij de openbare vennootschap vindt de vereffening als hoofddregel plaats door de gewezen besturende vennoten *gezamenlijk*. Zie art. 7:825 lid 2 BW. Bij de maatschap door alle gewezen vennoten *gezamenlijk*.⁵² Zie art. 7:825 lid 1 BW. De overeenkomst van vennootschap kan evenwel een of meer andere personen aanwijzen als vereffenaars. Ook kan de rechter een of meer vereffenaars benoemen op verzoek van een belanghebbende dan wel ambtshalve. Dit laatste zal zich bijvoorbeeld voordoen na een algehele ontbinding die door de rechter is

⁵¹ Ik constateer hier slechts dat het thema 'beperking van persoonlijke aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren' hoog op de agenda zal blijven staan, en verwijs slechts naar G.M. Portier en D.F.M.M. Zam an, 'Het einde van de openbare maatschap als rechtsvorm voor vrije beroepsbeoefenaars?', *Ondernemingsrecht* 2003-9 p. 326-333.

⁵² Van Mourik wijst erop dat er ook bij de maatschap sprake kan zijn van niet-besturende vennoten. Waarom dezen tot de vereffeningstaak 'gedwongen' worden, is niet duidelijk. Zie Preadvies Vereffening 'Handelsrecht' 2003, *Personenvennootschappen*, p. 139.

uitgesproken. Zie voor de benoeming door de rechter art. 7:825 lid 3 BW en voorts art. 7:826 lid 3 BW.

Na de ontbinding dient de vennootschap ingevolge art. 7:826 lid 1 BW in haar stukken en correspondentie aan haar naam de woorden ‘in liquidatie’ toe te voegen. Ook dient hiervan opgave te worden gedaan bij het Handelsregister, in elk geval ten aanzien van openbare vennootschappen. Een vergelijkbare bepaling als in art. 2:23 lid 4 BW bevat het wetsvoorstel echter niet, hetgeen echter wel gewenst is.⁵³

De vereffenaars hebben als taak zoveel mogelijk de schulden van de ontbonden vennootschap te voldoen en daartoe desnoods de bezittingen van de ontbonden vennootschap te gelde te maken. Zie art. 7:826 lid 1 BW. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat het hier gaat om een verkoop van losse activa die tot het vermogen van het samenwerkingsverband behoren. Zoals gezegd biedt het wetsvoorstel geen aanknopingspunten voor een verkoop van de onderneming van de ontbonden vennootschap/rechtsdrager op ‘going concern’-basis aan een derde.

Met het oog op de voldoening van de crediteuren van de vennootschap kan de vereffenaar van iedere vennoot de overeengekomen inbreng vorderen, indien en voorzover dat nog niet is gebeurd. Deze bevoegdheid – de ‘actio pro socio’ – komt tijdens het bestaan toe aan elke vennoot: op grond van art. 7:805 lid 1 BW kan iedere vennoot ten behoeve van de vennootschap de overeengekomen inbreng vorderen. Hij doet dit namens de vennootschap. De inbreng dient ten goede te komen aan het afgescheiden vermogen, ook na ontbinding.⁵⁴ Daarvan dient te worden onderscheiden de vorderingen die de vennootschap jegens derden kan instellen. Na ontbinding zijn daartoe uitsluitend de vereffenaars bevoegd.

Vereffenaars binden door hun handelen de vennootschappelijke gemeenschap met als gevolg dat de vennoten ook voor deze schulden hoofdelijk aansprakelijk zijn. Zie art. 7:829 BW. Het gevolg is dat door bevoegd verrichte handelingen van de vereffenaars ook na ontbinding nog zaaksschulden kunnen ontstaan, waarvoor alle vennoten, ook de niet beherende vennoten, krachtens de hoofdregel van 7:813 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn.⁵⁵ Uiteraard geldt dit niet voor de commanditaire vennoot.

Op de vereffenaars rust de plicht hun taak behoorlijk uit te oefenen. Zie art. 7:826 lid 1 BW. Mede met het oog daarop rust op hen de plicht tot het opstellen van een rekening en verantwoording. De vereffenaar kan – zo begrijp ik

⁵³ In gelijke zin Van Mourik, Preadvies voor de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 144.

⁵⁴ Vgl. in dit verband HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 (Van den Broeke/Van der Linde), *AA* 1994, 7/8 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604 (Cento), *AA* 50 (2001) 7/8 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers en HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327 (Hovuma/Spreuwenberg), *AA* 52 (2003) 9 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers.

⁵⁵ Zie MvT, 28 746, nr. 3 p. 49.

art. 7:826 BW – alleen van zijn taak worden ontheven door beëindiging van de vereffening of voordien door ontslag via de rechter. Dit laatste kan op eigen verzoek, of, ingeval van gewichtige redenen op verzoek van een medevereffenaar, gewezen vennoot of belanghebbende, dan wel ambtshalve. Van belang is hier dat onder een dergelijke belanghebbende ook dient te worden begrepen een crediteur van een vennoot in privé die van mening is dat de vereffenaar al te voortvarend ten behoeve van de crediteuren van de vennootschap te werk gaat en daarbij de belangen van privé-crediteuren ten ene male veronachtzaamt.⁵⁶ Zoals hieronder zal blijken, kunnen privé-crediteuren geen verdeling vorderen en kunnen zij ook na ontbinding geen aanspraak doen gelden op enig aandeel in het ondernemingsvermogen van de ontbonden vennootschap. Zij zullen de afwikkeling van het afgescheiden c.q. eigen vermogen van de ontbonden vennootschap moeten afwachten.

In geval van een overschot bevat deze rekening en verantwoording een plan van uitdeling. In het geval van een tekort, een plan van bijdragen. Met de effectuering van de uitdeling c.q. de bijdragen eindigt de vereffening, en daarmee tevens de vennootschap. Op welke wijze een overschot wordt verdeeld onder de vennoten is uitvoerig geregeld in art. 7:830 BW. De regeling wijkt niet af van hetgeen onder het huidige recht wordt aangenomen. Ik verwijs hiervoor naar de tekst van art. 7:830 BW en het commentaar van Boschma hierbij.⁵⁷

Zoals reeds aangeven zal een dergelijke afwikkeling van het vermogen in de praktijk slechts zelden voorkomen. Wel wijs ik erop dat in de systematiek van art. 7:830 BW er een onderscheid dient te worden gemaakt tussen het bepalen van de hoogte van het aandeel in eventuele uitdelingen ter zake van een liquidatieoverschot – het wetsvoorstel spreekt over ieders *economische deelgerechtigdheid* –, en de aanspraak van de vennoot op uitdeling van bepaalde vermogensbestanddelen – zo deze er na liquidatie er nog zijn.⁵⁸

In geval er na liquidatie blijkt van een tekort, kunnen de vennoten door de vereffenaar worden aangesproken tot bijdragen in de verliezen – het wetsvoorstel spreekt in dit verband over ieders *economische deelverschuldigheid*. Slagen de vennoten er niet in het tekort te delgen, dan zal de vereffenaar er alsnog toe dienen over te gaan om het faillissement aan te vragen van het samenwerkingsverband. Dit kan uiteraard ook op verzoek van een of meer crediteuren

⁵⁶ In gelijke zin Boschma, *t.a.p.* p. 115.

⁵⁷ Zie Boschma, *t.a.p.* p. 115-117. Zie ook Van Mourik, Preadvis Vereeniging 'Handelsrecht' 2003, *Personenvennootschappen*, p. 140-144.

⁵⁸ Zie ten aanzien van de ieders economische deelgerechtigdheid indien door de vennoten uitsluitend arbeid is ingebracht thans reeds het arrest van de Hoge Raad inzake Sanders/Swiecka (HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 326), waarin als regel wordt geformuleerd dat, voorzover partijen gaan andersluidend beding hebben gemaakt, de vennoten naar gelijke delen zullen delen in de winst en in het verlies. Daarbij anticipeert de Hoge Raad uitdrukkelijk op art. 7:815 BW. Daarmee is de bestaande onduidelijkheid ten aanzien van art. 7A:1670 lid 2 BW uit de wereld.

van de vennootschap. Naast verhaal op het afgescheiden vermogen c.q. het eigen vermogen kunnen crediteuren van de vennootschap voorzover zij niet zijn voldaan, terzake van de schuld steeds ook verhaal zoeken op het privé-vermogen van de vennoten.⁵⁹ Daar ervaren zij evenwel concurrentie van de privé-crediteuren van de aangesproken vennoot.

Zowel onder het huidige recht als in het wetsvoorstel kunnen zaakscrediteuren ook rechtstreeks het vermogen uitwinnen van de vennoten in privé. Dit kan echter niet in het geval het samenwerkingsverband failliet wordt verklaard, omdat het faillissement van het samenwerkingsverband – met uitzondering van de maatschap – gezien het arrest van de Hoge Raad inzake De Eendracht tevens leidt tot het faillissement van de vennoten in privé.⁶⁰ Alsdan dient een crediteur van de vennootschap die zijn vordering tracht te verhalen op het privé-vermogen op grond van diens hoofdelijke aansprakelijkheid, zijn vordering ter verificatie in te dienen bij de curator die optreedt in de afwikkeling van het persoonlijke faillissement van de aangesproken vennoot. Dit zal in de praktijk er toe leiden dat de vordering van de zaakscrediteur jegens een vennoot in privé feitelijk een subsidiair karakter draagt.

Ook buiten geval van faillissement ware het te overwegen de vordering van een crediteur jegens een vennoot in privé ter zake van de hoofdelijke aansprakelijkheid het karakter mee te geven van een *subsidaire* aansprakelijkheid. Daardoor wordt voorkomen dat een zaakscrediteur rauwelijks een vordering kan instellen, laat staan rauwelijks executiemaatregelen neemt jegens een vennoot in privé. Het rauwelijks leggen van conservatoir beslag op het privé-vermogen zonder dat de zaakscrediteur aannemelijk maakt dat het afgescheiden vermogen geen verhaal biedt,⁶¹ is dan onrechtmatig. Voorzover een vennoot een schuldeiser wel heeft betaald, heeft hij een regresvordering naar rato van het bedrag dat de schuld de andere vennoten aangaat. Deze vordering zal hij dan moeten indienen ter verificatie in het faillissement van de overige vennoten.

c Afwikkeling van de goederenrechtelijk gemeenschap bij de maatschap en de openbare vennootschap

Ingevolge art. 7:827 lid 1 BW blijft de vennootschappelijke gemeenschap voortbestaan totdat de vereffening is geëindigd. Voor de deelgenoot in de aldus ontstane verdelingsgemeenschap – het wetsvoorstel spreekt van de gewezen vennoot – betekent dit dat hij noch kan beschikken over zijn aandeel in een afzon-

⁵⁹ Vgl. in dit verband de arresten HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121 (De Gouw/De Hamer), HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 117 (Pension Jan Luyken) en HR 13 december 2002, *RvdW* 2003/1 (Hitz/Theunissen).

⁶⁰ In gelijke zin H.J. de Kluiver, 'Titel 7.13: een 'missing link' gelegd', *WPNR* 03/6524 p. 212.

⁶¹ Zie in dit verband art. 2:30 lid 4 BW.

derlijk goed van de gemeenschap noch over zijn aandeel in de gehele gemeenschap. Crediteuren van een deelgenoot in privé kunnen hierop geen beslag leggen. Zij kunnen ook geen verdeling vorderen.⁶² Daarmee wijkt art. 7:827 lid 1 BW in belangrijke mate af van hetgeen tot dusverre regel is bij ontbonden maatschappen en vennootschappen: daar kan een deelgenoot op grond van art. 3:190 BW weliswaar niet beschikken over zijn aandeel in afzonderlijke goederen van de gemeenschap, doch uitdrukkelijk wél op grond van art. 3:191 BW over zijn aandeel in de gehele gemeenschap. Ook kunnen crediteuren van een deelgenoot verdeling vorderen van de gemeenschap, zij het dat zij op grond van art. 3:192 jo. 193 BW moeten dulden dat zaakscrediteuren zich tegen verdeling kunnen verzetten, des dat eerst zij uit de opbrengst van de geliquideerde activa zoveel mogelijk worden voldaan. Zowel onder de huidige gemeenschapstitel als in het wetsvoorstel – zie de uitdrukkelijke bepaling van art. 7:827 lid 2 BW, waarin het vermogen van de verdelingsgemeenschap het karakter van een afgescheiden vermogen krijgt – is het de bedoeling dat eerst het vermogen wordt afgewikkeld ten behoeve van het verhaal van de zaakscrediteuren, en pas daarna de aanspraken van de vennoten in privé en diens crediteuren in ogenschouw worden genomen. Heel pregnant komt dit tot uitdrukking in art. 7:808 BW – een bepaling die mijns inziens ook na ontbinding geldt: ‘slechts de *economische deelgerechtigdheid* van een vennoot in het vermogen van de vennootschap valt in een gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd of als partner is geregistreerd’. Voor het huidige recht geldt reeds hetzelfde.⁶³

Ondertussen gaat er wel iets veranderen indien het wetsvoorstel in zijn huidige vorm wordt aangenomen: een deelgenoot kan na ontbinding zijn aandeel in de gehele gemeenschap niet meer overdragen aan een derde. Ik merk hierbij op dat er goede gronden bestaan om ook na ontbinding te verhinderen dat een deelgenoot kan beschikken over afzonderlijke goederen van de gemeenschap. Deze mogelijkheid zou de verdeling van de gemeenschap immers ernstig kunnen compliceren, aangezien de vereffenaar dan ook rekening dient te houden met de belangen van even zovele nieuwe deelgenoten ten aanzien van afzonderlijk goederen. Niet goed valt echter in te zien waarom het een deelgenoot – de gewezen vennoot – niet vrij zou staan zijn aandeel in de gehele gemeenschap over te dragen aan een derde. Immers, van een persoonsgebonden samenwerking is na ontbinding geen sprake meer: de vennootschap blijft slechts voortbestaan ter fine van vereffening. Daarbij zal het in de regel geen verschil uitmaken of een derde in de voetsporen treedt van een van de gewezen vennoten. Het

⁶² Zie hierover Van Mourik, Preadvies voor de Vereeniging ‘Handelsrecht’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 138 en 139.

⁶³ Zie HR 15 december 1961, *NJ* 1962, 48, HR 3 mei 1968, *NJ* 1968, 267 en HR 12 oktober 2001, *RvdW* 2001, 153 (K./M.), *AA* 51 (2001) 3 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers. Zie ook Van Mourik, Preadvies Vereeniging ‘Handelsrecht’ 2003, *Personenvennootschappen*, p. 120 en 121.

vormt een tweede reden – naast het feit dat algehele ontbinding volgens het wetsvoorstel tot liquidatie *moet* leiden – waarom een rechtsovergang van het ondernemingsvermogen na ontbinding aan een derde (een rechtsovergang op ‘going concern’-basis) of aan een van de vennoten, alsmede de omzetting van een openbare vennootschap in BV ernstig wordt bemoeilijkt.

Immers, indien men na ontbinding zou kunnen (blijven) beschikken over zijn aandeel in de gehele gemeenschap – het ondernemingsvermogen als algemeenheid van goederen en schulden –, zou men dat aandeel in het ondernemingsvermogen bij akte kunnen leveren ten titel van overdracht c.q. inbreng, waarbij de beschikkingsbevoegdheid tevens gegeven is, zoals thans uit art. 3:191 BW volgt. Bij nader inzien kan men het zich ook zo voorstellen dat men na ontbinding geen deelgenoot is in een algemeenheid van goederen en van schulden datdoor de vennoten tot het ondernemingsvermogen van het samenwerkingsverband is bestemd, maar dat men tezamen met de overige vennoten deelgerechtigd is – een aandeel heeft – in *het recht op de onderneming*. Door de overdracht van het aandeel in het recht op de onderneming, waaraan inherent zijn zeggenschap, financiële aanspraken op winst/liquidatieopbrengst en de beheer- en beschikkingsmacht, kunnen de deelgenoten zowel tijdens en na ontbinding door een enkele rechtshandeling ‘hun’ gerechtigdheid op de vennootschap als het ware overdragen op de voet van art. 3:84 lid 1 BW.⁶⁴ Het verschil met een overdracht van (aandelen in) een BV is dan nog slechts miniem. Het wetsvoorstel maakt dit alles – helaas – niet mogelijk, zoals hierboven reeds aan de orde kwam.

d De afwikkeling van het vermogen van de OVR

Zowel tijdens het bestaan van de OVR als na ontbinding kan een (gewezen) vennoot niet beschikken over zijn aandeel in de goederen van de rechtspersoon en crediteuren van de (gewezen) vennoot kunnen een dergelijk aandeel niet uitwinnen. Zie art. 7:807 BW en art. 7:828 BW. In art. 7:807 BW wordt een poging gedaan om tot uitdrukking te brengen dat het in de rechtspersoon ingebrachte vermogen en hetgeen nadien tot het ondernemingsvermogen is gaan behoren, het ‘eigen’ vermogen van de vennootschap vormt. De bepaling is niet

⁶⁴ Zie hierover Pitlo/Raaijmakers (2000) §§ 1.82-1.87, p. 55-62 en §§ 9.65-9.67 p. 440-443, alsmede zijn preadvies ‘Het begrip onderneming in het privaatrecht’ voor de Vereeniging ‘Handelsrecht’ 2002, *Onderneming en overdracht onder algemene titel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2002, p. 20-26 en 33-35 en zijn bijdrage aan *Trust en onderneming* (de Uniken Venema-bundel). Zie ook G.T.K. Meuss en G.J.H. van der Sange n, ‘Fiscale en civielrechtelijke gevolgen van uittreding in de ondernemings sfeer’, in : *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht. Opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht* (P.H.J. Essers e.a. red.), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2000, p. 131-133.

geheel gelukkig geredigeerd. Art. 7:828 BW lijdt aan hetzelfde euvel.⁶⁵ Hier loopt het wetsvoorstel in elk geval wat de gehanteerde terminologie betreft spaak, al was het maar omdat men eenvoudigweg geen goederenrechtelijke aanspraak op een aandeel in een goed kan hebben indien dat goed behoort tot het vermogen van een ander, namelijk de OVR.⁶⁶ Dat valt ook niet te redden door erop te wijzen, zoals De Kluiver doet, om dan maar te spreken van een rechtspersoonlijkheid bezittende gemeenschap. Afgzien van het feit dat een dergelijke zienswijze de eenheid van begrippen in het vermogensrecht ernstig geweld aandoet, lost het ook niets op. Iets kan niet én tegelijk gemeenschap zijn én rechtspersoon, tenzij men het zo zou willen voorstellen dat ook de openbare gemeenschap rechtspersoonlijkheid bezit.⁶⁷ De introductie van de OVR in het wetsvoorstel wordt dan echter zinledig.⁶⁸

Ook inhoudelijk loopt de zienswijze van de ontwerper van het wetsvoorstel in art. 7:807 en 7:828 BW spaak. Ik geef een voorbeeld. De vennoten A, B en C besluiten hun in de OVR gedreven onderneming te verkopen aan BV X. Op grond van art. 7:807 BW en op grond van art. 7:828 BW kunnen zij niet beschikken over hun aandeel in de goederen waartoe de vennootschap als rechtspersoon gerechtigd is. Nu is dat ook niet de bedoeling van partijen. En overigens volgt de beschikkingsonbevoegdheid van A, B en C reeds uit de rechtspersoonlijkheid van de OVR. Er is ook geen sprake van gemeenschap: goederenrechtelijk behoren de ingebrachte activa tot het vermogen van de OVR. Wel hebben de vennoten een aandeel in de rechtspersoon die tot het gevormde vermogen gerechtigd is. Dit aandeel, dat inherent is aan de positie van vennoot in een OVR, maakt dat de vennoot gerechtigd is tot zeggenschap, als hoofdregel tot beheers- en beschikkingsmacht, winstgerechtigd is en in geval van liquidatie aanspraak kan maken op een aandeel in het liquidatiesaldo, en voor zover nog aanwezig, ook goederenrechtelijk aanspraak kan maken op toedeling op niet-geliquideerde activa. De vermogensrechtelijke waarde van dit aandeel komt tot

⁶⁵ Zie vo or kritiek Tervoort, *t.a.p.* p. 365, De Kluiver, *t.a.p.* p. 211, A.L. Mohr, 'Goederenrechtelijke aspecten van de openbare vennootschap', *WPNR* 03/6542 p. 215-218 en Van Mourik, Preadvies Vereeniging 'Handelsrecht' 2003, *Personenvennootschappen*, p. 117.

⁶⁶ Zie ook Voorlopig Verslag, Tweede Kamer, 28 746, nr. 4, p. 4 en 5.

⁶⁷ Op basis van een analyse van de bestaande jurisprudentie kwam Raaijmakers reeds voor het huidige recht tot deze conclusie. Zie Pitlo/Raijmakers, § 2.39 en 2.40. Voor het nieuwe wetsvoorstel sluit J.M. Blanco Fernández, 'De rechtssubjectiviteit van de openbare vennootschap', *WPNR* 03/6549 p. 759, aan bij de opvattingen van Raaijmakers.

⁶⁸ Dat brengt Timmerman, *t.a.p.* p. 154, ertoe de artikelen met, wat mij betreft, al te grote welwillendheid te lezen door erop te wijzen dat het wetsvoorstel de relatie tussen de vennoot en zijn vennootschap-rechtspersoon soms ook aanduidt als het aandeel in de goederen waartoe de vennootschap als rechtspersoon gerechtigd is. Hij heeft de voorkeur voor de term economische deelgerechtigdheid, omdat deze term geen goederenrechtelijke associaties oproept. Daar staat echter tegenover dat a) de in het wetsvoorstel gehanteerde terminologie juist niet uitwisselbaar is, en b) de aanduiding 'aandeel in de goederen waartoe de vennootschap als rechtspersoon gerechtigd' wel degelijk een goederenrechtelijke connotatie heeft.

uitdrukking op de privé-balans van de vennoten: het gaat in feite om hun *aandeel in het recht op de onderneming*, waarvan de OVR rechtsdrager is, d.w.z. van de *onderneming*. Dit aandeel zou een vennoot met toestemming van de overige vennoten, of na ontbinding, zonder toestemming bij akte moeten kunnen overdragen aan een of meer derden. Omtrent de mogelijkheid van overdracht zijn aandeel in *het recht op de onderneming* – zijn lidmaatschap derhalve in de rechtsdrager OVR – zegt art. 7:807 BW en 828 BW evenwel helemaal niets. Overdracht van de gehele onderneming zou in de ogen van het wetsvoorstel dan plaats moeten vinden ofwel door een algehele ontbinding zonder vereffening – de bestaande omslachtige en transactiekosten verhogende praktijk van overdracht van afzonderlijke activa en contract- en/of schuldovername van afzonderlijke passiva blijft dan bestaan – ofwel door omzetting van de OVR in een BV gevolgd door overdracht van de aandelen in deze BV aan de derde.⁶⁹ Ook hier vindt de inbreng plaats onder bijzondere titel.

Waarom zouden de vennoten hun aandeel in (het recht op de onderneming van) de OVR niet door middel van – voor mijn part via een notaris – één rechtshandeling kunnen overdragen aan een derde of aan de enig voortzettende vennoot? Staande de samenwerking uiteraard met behoud van het persoonsgebonden karakter. Een blokkeringregeling is dan op zijn plaats en die mag wat mij betreft dan ook inhouden dat, zolang de vennootschap nog niet ontbonden is, de overige vennoten daartoe hun toestemming moeten verlenen. Al met al naderen we dan dicht de quasi-vof BV, die zich thans noodzakelijkerwijs bedient van de in Boek 2 BW geregelde kapitaalvennootschap, omdat we geen adequate tussenform kennen van een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm waarvan het organisatiestatuu t ter dispositie staat van partijen, met beperking van aansprakelijkheid en waarbij het aandeel in de rechtsdrager bij akte kan worden overgedragen.⁷⁰ Wie kiest er eigenlijk nog voor een OVR als de Engelse Limited voor

⁶⁹ Indien deze derde een BV is, ligt een aandelenfusie voor de hand, al dan niet gevolgd door een juridische fusie in de zin van art. 2:333 lid 1 BW.

⁷⁰ Zie hierover wat betreft de beperkingen voor joint-venture verhoudingen T.P. van Duuren, *De joint venture-vennootschap. Een persoonsgebonden kapitaalvennootschap*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002. Er zijn echter verschuivingen waarnaar op dit gebied. Zie bijv. E.D.G. Kiersch, 'Grensoverschrijdende samenwerking en de noodzaak van eenvoudig bv recht' in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, uitgave vanwege het IvO RUG, deel 40, Kluwer, Deventer 2003, p. 141-157, alsmede de plannen van de High Level Group of Company Law Experts, Chapter VII, d.d. 4 november 2002 en het Actieplan van de Europese Commissie, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*, § 3.5. d.d. 21 mei 2003 ten aanzien van de *European Private Company*. De vraag is overigens of dergelijke wetgevingsprogramma's nog wel zinvol zijn na HvJ EG 30 september 2003, C-167/01 inzake KvK Amsterdam/Inspire Art Ltd, dat kan leiden tot een 'race to the bottom'.

het oprapen ligt?⁷¹ En, waarom zou een OV zich niet rechtstreeks kunnen omzetten in c.q. kunnen fuseren met een BV? In meerdere opzichten is het wetsvoorstel een gemiste kans.

De vraag is echter of art. 7:807 en 7:828 BW zo moeten worden opgevat. Problematisch is dat de Memorie van Toelichting op zijn zachtst gezegd niets verduidelijkt.⁷² Art. 7:807 BW moet mijns inziens zo gelezen worden dat een vennoot zijn aandeel in het gehele vermogen waartoe de OVR als rechtsdrager gerechtigd is, staande de samenwerking niet kan overdragen aan een andere vennoot of derde zonder de toestemming van de overige vennoten. Ook bij de OVR verzet het karakter van de persoonsgebonden samenwerking zich hiertegen. A fortiori volgt hieruit dat staande de samenwerking vennoten ook niet kunnen beschikken over hun aandeel in afzonderlijke goederen en dat crediteuren van een vennoot hierop geen beslag kunnen leggen. De goederen dienen immers dienstbaar te blijven aan het doel van de samenwerking en daarmee verdraagt zich niet dat een ander een belang krijgt in een afzonderlijk goed van de onderneming. Mijns inziens hoeft dit laatste niet uitdrukkelijk geregeld te worden; het vloeit logisch voort uit het feit dat de OVR rechtspersoonlijkheid bezit. Dat deze rechtspersoonlijkheid met zich zou moeten brengen dat het aandeel in het gehele vermogen waartoe de OVR gerechtigd is, niet kan worden overgedragen, is daarentegen – zoals betoogd – niet zonder meer gegeven. Dit vloeit voort uit de aard van de persoonsgebonden samenwerking. Vlg. in dit verband de voorziening van art. 2:195 BW bij de BV. Na ontbinding is in beginsel van een dergelijke beperking geen sprake meer. Art. 7:828 BW dient dan zo gelezen te worden dat een gewezen vennoot zijn aandeel in de gehele gemeenschap kan overdragen aan een derde of aan een van de vennoten die de onderneming voortzet zonder toestemming van de overige vennoten, tenzij zij anders zijn overeengekomen. Een crediteur van een vennoot kan hier in beginsel dan ook beslag op leggen, immers het aandeel in het recht op de onderneming behoort tot zijn privé-vermogen. *Art. 7:828 BW ware in die zin aan te passen.* Dat een gewezen vennoot van een ontbonden OVR niet kan beschikken over enig aandeel in afzonderlijke goederen is gegeven de rechtspersoonlijkheid van de OVR een *contradictio in terminis*. A fortiori kunnen crediteuren van een vennoot hierop geen beslag leggen.

e Afgescheiden vermogen en verhaalsrangorde

⁷¹ Zie het arrest van HvJ EG inzake Inspire Art Ltd. Zie overigens voor kritiek op de bruikbaarheid van de OVR het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2003, *Personenvennootschappen*, p. 3-8 (Mohr), Kluwer, Deventer 2003 alsmede Voorlopig Verslag, Tweede Kamer, 28 746, nr. 4, p. 2.

⁷² Zie de analyse van Mohr, *t.a.p.* p. 215 e.v.

Het wetsvoorstel geeft op duidelijke wijze weer dat zowel staande de samenwerking en na algehele ontbinding er sprake is van een afgescheiden vermogen. Zo bepalen art. 7:807 lid 2 en 7:827 lid 2 BW dat tot de vennootschappelijke gemeenschap behorende schulden kunnen worden verhaald op de goederen van die gemeenschap. Het valt ook af te leiden uit het gegeven dat een crediteur van een vennoot geen verdeling kan vorderen van de gemeenschap, ook niet na het persoonlijke faillissement van deze vennoot te hebben bewerkstelligd. Ook naar huidig recht wordt algemeen aangenomen dat, met uitzondering van de stille maatschap, personenvennootschappen een afgescheiden vermogen kennen.⁷³

Nieuw is echter de bepaling dat verhaal op het afgescheiden vermogen ook mogelijk is, ook al zijn na het ontstaan van die schulden nieuwe vennoten toegetreden of is een vennoot door een derde opgevolgd. De bepaling maakt duidelijk dat het op enig moment bestaande afgescheiden vermogen strekt tot verhaal van alle crediteuren van de vennootschap ongeacht het tijdstip van ontstaan. Daartoe behoren ook eventuele ‘boedelschulden’ die na ontbinding zijn ontstaan. Daar staat tegenover dat niet alle vennoten hoofdelijke aansprakelijk zijn voor elke schuld van de vennootschap. Daarvoor is weer wél bepalend op welk moment de schuld is ontstaan, en, of een (gewezen) vennoot op dat tijdstip vennoot was of niet.

Het van het privé-vermogen van de afzonderlijke vennoten afgescheiden karakter van het vermogen van de OVR volgt uit haar rechtspersoonlijkheid. Er is sprake van een ‘eigen’ aan de OVR toebehorend vermogen waarop uitsluitend de eigen crediteuren van de rechtspersoon verhaal kunnen nemen.

Het bestaan van afgescheiden vermogen c.q. ‘eigen’ vermogen heeft niet alleen consequenties voor de verhaalsrangorde tussen crediteuren van de vennootschap en de crediteuren van een vennoot in privé. Er zijn ook andere materiële en processuele consequenties aan verbonden.⁷⁴ Ik noem bijvoorbeeld de materiële en procesrechtelijke zelfstandigheid, des dat een veroordelend vonnis jegens de vennootschap uitsluitend ten uitvoer kan worden gelegd op het vermogen van de vennootschap, alsmede de beperkte mogelijkheden tot verrekening zowel in relatie tot derden als tussen vennoten onderling, de mogelijkheid dat de vennootschap met de vennoten in privé overeenkomsten aangaan, de onmogelijkheid voor vennoten in eigen naam rechtsvorderingen in te stellen tegen dan wel

⁷³ Zie HR 26 november 1897, *W* 7047 (Boeschoten/Besier), HR 18 december 1959, *NJ* 1960, 121 (De Gouw/De Hamer), HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 11 (Hotel Jan Luyken), HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 (Van den Broek e/Van der Linden), HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 604 (Cento), HR 13 december 2002, *RvdW* 2003/1 (Hitz/Theunissen) en HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 327 (Hovuma/Spreuwenberg).

⁷⁴ Zie Pitlo/Raaijmakers (2000) § 1.71 p. 44 en § 2.38 p. 133-134 en Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Gouda Quint, Deventer 1998, p. 151-153.

verhaal te nemen op het vermogen van debiteuren van de vennootschap, en het bestaan van twee gescheiden boedels in geval van faillissement van de vennootschap. De bestaande jurisprudentie dienaangaande blijft ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel mutatis mutandis van belang voor een juist begrip van de verhouding tussen het privé-vermogen van de afzonderlijke vennoten en het daarvan afgescheiden 'eigen' vermogen van de vennootschap.

7 Conclusies en aanbevelingen

Het wetsvoorstel dwingt in geval van algehele ontbinding tot algehele vereffening en verdeling van het vermogen. De mogelijkheid tot algehele ontbinding van de samenwerking zonder vereffening ontbreekt, waardoor de overdracht van de onderneming op 'going concern'-basis ernstig wordt belemmerd. Titel 7.13 BW dient te voorzien in een rechtstreekse omzetting van een openbare vennootschap in een BV, alsmede in de mogelijkheid tot rechtsovergang onder algemene titel van het gehele ondernemingsvermogen door middel van één rechtshandeling aan een voortzettende firmant c.q. een derde.

Het wetsvoorstel kent een eigen gedetailleerde regeling voor algehele ontbinding en vereffening buiten het geval van faillissement van het samenwerkingsverband. Deze regeling zal in de praktijk weinig toepassing vinden aangezien algehele ontbinding en vereffening buiten faillissement uitzonderlijk is. Daarentegen biedt het wetsvoorstel weinig aandacht voor het geval het samenwerkingsverband als zodanig failliet wordt verklaard, als ook voor het geval een of meerdere vennoten failleren. Deze in de praktijk met enige regelmaat voorkomende gebeurtenissen worden in het wetsvoorstel ten onrechte niet behandeld.

Grote terughoudendheid dient te worden betracht met de mogelijkheid in de samenwerkingsovereenkomst op te nemen dat de overeenkomst een einde neemt bij meerderheidsbesluit, niet in de laatste plaats omdat het wetsvoorstel geen richtsnoer bevat op welke wijze een dergelijke besluitvorming (met het oog op de bescherming van de minderheid) dient plaats te vinden.

Met het oog op reorganisaties van in het bijzonder grote beroepsmatige samenwerkingsverbanden dient het wetsvoorstel te voorzien in de mogelijkheid tot juridische fusie en splitsing van personenvennootschappen, in elk geval ten aanzien van die met rechtspersoonlijkheid. Daarbij zou met name de ruziesplitsing toepasbaar moeten zijn. Er is ook geen reden waarom een bedrijfsmatige openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid niet zou kunnen fuseren met een BV, dan wel haar vermogen kan afsplitsen.

Omwille van de rechtszekerheid dient een eenmaal gerealiseerde ontbinding en vereffening in beginsel van kracht te blijven, ondanks een eventuele nietigheid van de overeenkomst tot ontbinding of nietigheid van een opzegging

die tot algehele ontbinding heeft geleid. Deze rechtshandelingen dienen met het oog hierop te worden gekwalificeerd als abstracte rechtshandelingen. Voortzetting van de samenwerking en – gezien de werking van nietigheid c.q. vernietiging – het herleven van de inbrengplicht staan in geval de ontbinding inmiddels geëffectueerd is, op gespannen voet met de ‘fraternitas’-norm. Wel kunnen er gronden zijn voor de toekenning van schadevergoeding. Het wetsvoorstel dient daartoe een regeling te bevatten.

In geval van geconstateerde nietigheid van de vennootschapsovereenkomst bij een maatschap of openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, dient het wetsvoorstel de mogelijkheid te bieden dat alsnog via convalescentie een geldige overeenkomst tot stand komt, in het bijzonder in het geval er reeds een vermogen is gevormd en reeds op duidelijke naar buiten toe kenbare wijze door het samenwerkingsverband is deelgenomen aan het rechtsverkeer.

In het geval er gronden zijn tot vernietiging van een OVR dient als hoofdregel aan de vennoten de mogelijkheid te worden geboden alsnog aan de vereisten voor een geldige OVR te voldoen. Het wetsvoorstel dient met het oog daarop te worden uitgebreid met de mogelijkheid dat de rechter aan de vennoten een ‘terme de grâce’ kan toekennen.

Niet valt in te zien waarom de vereffening van een ontbonden maatschap plaats dient te vinden door alle maten gezamenlijk, ook als daartoe niet-besturende maten behoren.

Het wetsvoorstel dient de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten voor de schulden van het samenwerkingsverband in alle gevallen dat er sprake is van een afgescheiden vermogen het karakter te geven van een subsidiaire aansprakelijkheid. A fortiori geldt dit voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten voor de ‘eigen’ schulden van een OVR.

Met het oog op een overdracht van de onderneming op ‘going concern’-basis aan een derde of een voortzettende vennoot moeten de vennoten na ontbinding kunnen beschikken over hun aandeel in de gehele goederengemeenschap op eenzelfde wijze als thans mogelijk op grond van art. 3:191 lid 1 BW, zonder dat de tot de ontbonden vennootschappelijke gemeenschap behorende goederen worden vereffend en verdeeld.

Art. 7:828 BW dient zo gelezen te worden dat een gewezen vennoot zijn aandeel in de ontbonden OVR kan overdragen aan een derde of aan een van de vennoten die de onderneming voortzet. Een crediteur van een vennoot kan hier ook beslag op leggen, aangezien het aandeel in het recht op de onderneming behoort tot zijn privé-vermogen.