

Nog maar even wachten

De advocatenmaatschap en de nieuwe personenvennootschap

J.M. Blanco Fernández

docent rechtspersonen- en vennootschapsrecht (Radboud Universiteit Nijmegen), advocaat te Amsterdam

Het einde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Vaststelling van titel 7.13 BW (28 746) (hierna: de Vaststellingswet) begint in zicht te komen. Het wetsvoorstel, dat op 23 december 2002 bij de Tweede Kamer is ingediend, ligt nu bij de Eerste Kamer. De verwachting is dat het begin 2008 wordt aangenomen.

Naast de Vaststellingswet, die de eigenlijke regeling van de personenvennootschap behelst, is op 6 juni 2007 het wetsvoorstel Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 BW (hierna: de Invoeringswet) bij de Tweede Kamer ingediend. Het regelt aspecten van de inwerkingtreding van de Vaststellingswet (overgangsrecht) en het wijzigt wetgeving waarin specifieke kwesties over de personenvennootschap geregeld worden, denk aan faillissement van of betekening aan een personenvennootschap. De Invoeringswet bevat ook enkele kleine wijzigingen van de Vaststellingswet.

Geen breuk

De nieuwe wetgeving vormt geen breuk met het bestaande recht van de personenvennootschap. Er komen wel enkele veranderingen. Het onder het huidige recht bestaande onderscheid tussen contractuele samenwerkingsverbanden van beroepsbeoefenaren (maatschap, art. 7A:1655 e.v. BW) en bedrijfsbeoefenaren (vof, art. 15 e.v. WvK) vervalt. Elk contractueel samenwerkingsverband waarin beroeps- of bedrijfshandelingen

Welke rechtsvorm pakt voor het advocatenkantoor het gunstigst uit, nu de personenvennootschap volgend jaar de aansprakelijkheid verandert? De maatschap kan nu vrijer worden ingericht dan de nv/bv, terwijl de aansprakelijkheid weer wat kan worden beperkt door persoonlijke bv's. Voor een definitieve keuze kan beter worden gewacht op de aanstaande verandering van het bv-recht.

worden verricht, is een vennootschap als bedoeld in art. 7:800 BW.¹

Inschrijfplicht

Onder het geldende recht geldt de verplichting tot inschrijving in het handelsregister voor ondernemingen en rechtspersonen (art. 2 lid 2 Handelsregisterwet 1996). Een maatschap is het een noch het ander, en dus niet inschrijfplichtig. Deze situatie verandert met de afschaffing van het onderscheid tussen beroep en bedrijf en de beoogde invoering van de Handelsregisterwet 2007.² De verplichting tot inschrijving in het handelsregister zal gelden voor elke openbare vennootschap die een beroep of bedrijf uitoefent, dus ook voor een openbare vennootschap die tot doel

heeft de uitoefening van de advocatuur (art. 5 en 6 jo. 62 Handelsregisterwet 2007).³ Voor stille vennootschappen geldt de inschrijfplicht niet. Stille vennootschappen zijn vennootschappen die niet op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreden (art. 7:801 lid 2 BW). Bij echte kostenmaatschappen zal doorgaans sprake zijn van een dergelijke stille vennootschap.

Geen arbeidsovereenkomst

Met de Invoeringswet is een bepaling ingevoerd die verbiedt dat tussen de vennootschap en een vennoot een arbeidsovereenkomst bestaat (art. 7:800 lid 3). De minister is van oordeel dat de 'affectio societatis' eraan in de weg staat dat een vennoot in dienst staat van een andere vennoot.⁴ Als de wijziging doorgaat, kan er aanleiding zijn om de

1 Ook een commanditaire vennootschap is een vennootschap in de zin van artikel 7:800 BW. Ik ga in dit artikel aan de bijzonderheden van de commanditaire vennootschap voorbij.

2 Wet van 22 maart 2007, houdende regels omtrent een basisregister van ondernemingen en rechtspersonen, Stb. 2007, 153. De wet is nog niet in werking getreden.

3 Volledigheidshalve wijs ik erop dat (het nog niet ingevoerde) art. 6 Handelsregisterwet 2007 waarschijnlijk gewijzigd wordt door de Invoeringswet (TK 31 065, nr. 2, p. 14). Het betreft hier een tekstuele wijziging.

4 TK 31 065, nr. 3, p. 3.



positie van een 'salary partner' nog eens onder de loep te nemen. Mogelijk is immers sprake van een arbeidsverhouding die niet verenigbaar is met de vennootschapsverhouding.

Aansprakelijk voor het geheel

Een belangrijke verandering betreft het aansprakelijkheidsregime. Onder het huidige recht zijn maten voor verbintenissen van de maatschap ieder voor een gelijk deel aansprakelijk (art. 7A:168o BW). Het nieuwe art. 7:813 lid 1 BW bepaalt dat vennoten van een openbare vennootschap hoofdelijk aansprakelijk

zijn voor verbintenissen van de vennootschap. Het tweede lid brengt op deze regel een voor advocatenkantoren belangrijke nuancering. Indien de vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is ieder van de vennoten voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend. Het bereik van deze regel is niet helemaal duidelijk. Wanneer is de tekortkoming door een vennoot niet aan een medevennoot toe te rekenen? Kan bijvoorbeeld het laten verlopen van een fatale termijn aan een andere

.....
Als de vennootschap een opdracht heeft ontvangen, is elke vennoot voor het geheel aansprakelijk, tenzij de tekortkoming niet aan hem of haar kan worden toegerekend

compagnon worden toegerekend? Wat indien onder de compagnons zich niet alleen advocaten, maar ook notarissen en/of belastingadviseurs bevinden? Zijn tekortkomingen van de advocaten ook aan de andere beroepsbeoefenaren toe te rekenen? Mijn ervaring is dat de opvattingen hierover binnen de advocatuur sterk uiteenlopen.

Het valt buiten het bestek van dit artikel op deze problematiek in te gaan. Ik merk slechts op dat de vraag wanneer een tekortkoming aan een medevennoot kan worden toegerekend, naar mijn mening niet in abstracto is te beantwoorden. Het enkele feit dat tussen de tekortschietende vennoot en de medevennoten een vennootschappelijke band bestaat, maakt de tekortkoming niet toerekenbaar. De onschuldige vennoten zijn niet, enkel vanwege die band, de hoeders van hun tekortschietende broeder ten opzichte van de benadeelde. Er zullen zich bijkomende omstandigheden moeten voordoen, wil sprake zijn van toerekening: was tekortkoming uitzonderlijk van aard of viel zij binnen de risico's van de praktijkuitoefening? Is de tekortschietende vennoot een *first offender* of staat hij bekend als een *walking liability*? Was de opdracht verleend specifiek met het oog op de tekortschie-

tende vennoot (art. 7:404 BW) of was zij aan het kantoor verleend?

De rechtspersoonlijkheid is zonder belang voor het aansprakelijkheidsregime. Bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid zijn de vennoten evenzeer hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap als de vennoten van de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. De wettelijke regeling van de aansprakelijkheid laat overigens eventuele contractuele afwijkingen onverlet. De huidige praktijk van beperking van aansprakelijkheid door middel van algemene voorwaarden, bijvoorbeeld, wordt door de nieuwe regeling niet geraakt.

Rechtspersoonlijkheid

De Vaststellingswet voert de mogelijkheid in dat de vennootschap tevens rechtspersoon is. Dit is algemeen gekenschetst als een van de meest in het oog springende vernieuwingen. Maar aan deze vernieuwing moet men niet al te zwaar tillen. Uitgangspunt van de wet is dat er geen materiële verschillen bestaan tussen de twee 'soorten' vennootschappen. Alles wat de vennootschap met rechtspersoonlijkheid mag, mag de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid ook.⁵ De rechten en plichten van vennoten, de inrichtingsmogelijkheden, de rechten van crediteuren enzovoort zijn gelijk voor beide vennootschappen. Wat aan onderscheidends overblijft, zijn verschillen in de technische uitwerking, vooral in de vormgeving van goederenrechtelijke verhoudingen.

Bij de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid zijn de vennoten, net als onder het geldende recht, gezamenlijk gerechtigd tot het vennootschappelijke vermogen. Er bestaat tussen hen een vennootschappelijke goederengemeenschap. Bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid is er geen sprake van een gemeenschap. De vennootschap is als rechtspersoon gerechtigd tot het vermogen. De goederenrechtelijke ordening is bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid in zoverre gelijk aan die van de rechtspersonen van Boek 2 BW.

5 Met uitzondering van de mogelijkheid tot omzetting in of uit een bv.

Voor diensten verricht vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving brengt een redelijke wetsuitleg mee dat het oude aansprakelijkheidsregime geldt

In dit opzicht biedt rechtspersoonlijkheid, naar mijn mening, een duidelijk voordeel tegenover de gemeenschapsfiguur. In het bijzonder bij beschikkingen over registergoederen is de rechtspersoon eenvoudigweg te prefereren boven de gemeenschap.

Toch kleeft aan de vennootschap met rechtspersoonlijkheid een belangrijk nadeel, althans voor de kleinere samenwerkingsverbanden. De verhoudingen zijn bij deze vennootschap meer geformaliseerd dan bij de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Art. 7:802 BW bepaalt dat bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid de belangrijkste afspraken (vertegenwoordiging, winstdeling, boekjaar, ontbinding,...) in een notariële akte moeten worden opgenomen. Wijzigingen van de overeenkomst ter zake van deze onderwerpen dienen 'op straffe van nietigheid' eveneens in een notariële akte te worden opgenomen (art. 7:802 lid 3 BW). Dit vormvereiste geldt ook voor tijdelijke afwijkingen, bijvoorbeeld de wijziging van de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de besturende vennoten in verband met omstandigheden van voorbijgaande aard. Ik meen dat vooral bij vennootschappen met een klein aantal vennoten de nadelen van de notariële eis zwaarder kunnen wegen dan de voordelen van een eenvoudiger goederenrechtelijk regime.

Een voordeel van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan zijn de mogelijkheid van omzetting van de vennootschap in een bv. Het voordeel is in zoverre weer betrekkelijk dat een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid omgezet kan worden in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, die vervolgens in een bv kan worden omgezet. Ook de wisseling van vennoten kan eenvoudiger zijn bij de vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De vereiste leveringshandelingen met betrekking tot de aandelen vinden plaats door middel van onderhandse aktes tussen de vennootschap en de toe- of uittredende vennoot. Het is, anders dan bij de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, derhalve niet nodig dat alle vennoten (eventueel krachtens volmacht) partij zijn bij de leveringshandeling. Maar ook aan dit voordeel zullen kleine kantoren, waar wisseling van vennoten zeldzaam zijn, betrekkelijk weinig hebben.

Overgangsrecht

Vragen over overgangsrecht moeten worden beantwoord aan de hand van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (de Overgangswet). Twee uitgangspunten zijn: onmiddellijke werking van titel 7.13 bij invoering (art. 68a Overgangswet) en behoud van verkregen rechten (art. 69 Overgangswet). Daarnaast voorziet de Invoeringswet in invoering van een artikel 220a in de Overgangswet.⁶ Dit artikel geeft enkele bijzondere regels voor bepaalde verhoudingen. Het overgangsregime is in grote lijnen als volgt.

Bestaande openbare maatschappen worden op het tijdstip van inwerkingtreding van titel 7.13 aangemerkt als vennootschap in de zin van die titel. De vennootschap verkrijgt niet door de enkele inwerkingtreding rechtspersoonlijkheid. Zij wordt een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. De minister heeft zich overigens op het standpunt gesteld dat dit anders is voor die maatschappen die voorafgaande aan de inwerkingtreding aan de vereisten van artikel 7:802 BW voldoen, kort gezegd: de overeenkomst is in een

6 TK 31 065, nr. 2, p. 9.

Modellen van de Orde

De Orde bestudeert in afwachting van de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen of en in hoeverre de maatschapsmodellen op www.balienet.nl moeten worden aangepast. U wordt zo spoedig mogelijk geïnformeerd. (red.)

notariële akte opgenomen en de akte bevat alle voorgeschreven gegevens.⁷ In dat geval wordt de maatschap op het tijdstip van inwerkingtreding van rechtswege een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid.⁸

Wat betreft de aansprakelijkheid is het hoofdelijkheidsregime van de nieuwe regeling alleen van toepassing op verbintenissen die zijn ontstaan na inwerkingtreding van titel 7.13. Voor een advocatenkantoor zullen de belangrijkste verbintenissen zijn de opdrachten die het kantoor van cliënten ontvangt. Ik zou menen dat bij een dergelijke duurverhouding een redelijke wetsuitleg met zich meebrengt dat voor diensten verricht tot de inwerkingtreding het oude aansprakelijkheidsregime geldt (aansprakelijkheid voor gelijke delen) en voor diensten nadien verricht het nieuwe (hoofdelijkheid).

Aandacht verdient voorts de verplichting tot inschrijving in het handelsregister. Indien de vennootschap niet binnen drie maanden na inwerkingtreding is ingeschreven,⁹ geldt art. 7: 811 lid 2 BW. Dit artikel bepaalt dat, ongeacht wat de overeenkomst van vennootschap dienaangaande voorschrijft, de vennootschap geldt ten aanzien van derden als algemeen voor alle zaken, voor onbepaalde tijd aangegaan en geen der vennoten uitsluit van de bevoegd-

⁷ TK 31 065, nr. 2, p. 20.

⁸ In het bestek van dit artikel kan ik niet ingaan op de implicaties van deze verkrijging van rechtspersoonlijkheid: inbreng van goederen, positie van derden die met de vennootschap hebben gehandeld vóórdat zij rechtspersoonlijkheid verkreeg.

⁹ Zoals gezegd geldt de verplichting tot inschrijving uiteraard niet voor stille vennootschappen, zoals echte kostenmaatschappen.

Voor de definitieve keuze van de rechtsvorm kan beter worden gewacht totdat de regeling van het nieuwe bv-recht vastere contouren krijgt

heid om de vennootschap te vertegenwoordigen (vgl. het huidige art. 29 WvK).

Personenvennootschap of flexibele bv?¹⁰

Vele kantoren zijn in de afgelopen jaren overgegaan van de maatschap naar de nv of de bv. Zo ver valt te overzien, zijn er nauwelijks juridisch inhoudelijke argumenten om de ene kapitaalvennootschap boven de andere te prefereren. Er bestaan tussen de nv en de bv geen voor een advocatenkantoor echt belangrijke verschillen. Ten opzichte van de maatschap is het grote voordeel van de kapitaalvennootschap de beperking van aansprakelijkheid voor de aandeelhouders. Het nadeel is de beperkte ruimte die het nv/bv-recht biedt om de vennootschap naar eigen inzicht van de gebruikers in te richten. Het nv/bv-recht is immers dwingend recht (art. 2:25 BW). Dit nadeel tracht men te compenseren door de statuten van de nv/bv te flankeren met overeenkomsten tussen de aandeelhouders. Maar het blijft toch behelpen. De verhouding tussen de in de statuten (en het dwingende recht) neergelegde rechten van de aandeelhouders en vennootschapsorganen ten

¹⁰ Ik ga aan de fiscale implicaties van dit alternatief voorbij.

opzichte van de contractuele afspraken is nog steeds onduidelijk. De maatschap stelt hiertegenover de mogelijkheid van grote vrijheid van inrichting en afwezigheid van de plicht tot openbaarmaking van een jaarrekening, maar tegelijk het nadeel van persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten, hoewel deze aansprakelijkheid weer enigszins beperkt kan worden als de maatschap bestaat uit persoonlijke bv's van de desbetreffende advocaten. De nieuwe personenvennootschap brengt in deze situatie geen noemenswaardige verandering.

Wachten op nieuw bv-recht

Anders is het geval voor het bv-recht. Afgelopen juni is bij de Tweede Kamer het voorstel ingediend tot flexibilisering van het bv-recht.¹¹ Het voorstel geeft aan de bv een veel duidelijker gezicht ten opzichte van de nv dan nu het geval is. Een kenmerkende noot is daarbij de ruime mogelijkheden die de wet zal bieden om de bv naar het inzicht van de gebruikers vorm te geven. In sommige opzichten is de inrichtingsvrijheid groter dan bij de personenvennootschap: de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst aan te gaan tussen de bv en aandeelhouders, om het stemrecht uit te sluiten,¹² om een vennoot uit te sluiten van de winst...

Voor kantoren die zich over de eigen rechtsvorm bezinnen, lijkt het mij verstandig met een definitief besluit te wachten totdat de regeling van het nieuwe bv-recht vastere contouren krijgt. Het is niet uit te sluiten dat de nieuwe bv qua inrichtingsvrijheid net zoveel te bieden heeft als de personenvennootschap, met het voordeel van een duidelijkere afscherming van de aansprakelijkheid van de aandeelhouders. En in elk geval lijkt mij dat de nieuwe bv zeker te prefereren zal zijn boven de nv zoals wij deze kennen.

¹¹ Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), TK 2006-2007, 31 058.

¹² Deze mogelijkheid is bij de personenvennootschap kwestieus.