

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Het voorstel voor omzetting van personenvennootschappen onderzocht. *Veel goeds te behouden!*

I. Een regeling voor omzetting van personenvennootschappen

1. Op 10 oktober 2022 is een tweede¹ ambtelijk voorontwerp van de Wet modernisering personenvennootschappen (het **Voorontwerp**), inclusief een concept memorie van toelichting (de **MvT**), een eerste ambtelijk voorontwerp van de invoeringswet en een concept van begeleidende fiscale wetgeving, gepubliceerd.²

2. Bevatte het eerste voorontwerp slechts de belofte dat een regeling voor ‘herstructurering’ van personenvennootschappen zou volgen, in het Voorontwerp is een aanzet gedaan voor een regeling van omzetting van een openbare personenvennootschap met (volledige) rechtspersoonlijkheid (“personenvennootschap”) in een rechtspersoon als vermeld in artikel 3 van Boek 2 BW (“Boek 2 rechtspersoon”), en andersom. Voor de praktijk is dit een welkome ontwikkeling. Vanwege juridische redenen (zoals beperking van aansprakelijkheid) of omwille van fiscaliteit (de onderneming wordt uit de IB-sfeer overgebracht naar de Vpb-regeling) vindt vaak ‘omzetting’ van een personenvennootschap in een Boek 2 rechtspersoon (doorgaans een bv) plaats.³ Onder het huidige recht is dat slechts mogelijk door bezittingen van de maatschap, vof of cv onder bijzondere titel over te dragen en schulden te laten overnemen. Het Voorontwerp introduceert een regeling voor omzetting die veel weg heeft van die voor Boek 2 rechtspersonen, waarbij de *rechtspersoon* als zodanig blijft voortbestaan, maar de *rechtsvorm* wijzigt.⁴

3. De in het Voorontwerp voorgestelde regeling voor omzetting is een redelijk geslaagde aanzet. Wel dient deze op onderdelen nog te worden aangescherpt en verbeterd. In deze bijdrage besteed ik aandacht aan de regeling van omzetting van een personenvennootschap in een Boek 2 rechtspersoon. Ik maak eerst enkele algemene opmerkingen en bekijk vervolgens de omzettingsprocedure.

II. Enkele algemene opmerkingen over de regeling

a. (On)mogelijke omzettingen

4. Op grond van het voorgestelde eerste lid van artikel 821 wordt het mogelijk dat een personenvennootschap zich omzet in een Boek 2 rechtspersoon. Naast de mogelijkheid tot omzetting in een bv, nv en coöperatie, biedt de regeling tevens de mogelijkheid een personenvennootschap om te zetten in een stichting, vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij. Ik vraag me af of daaraan behoefte bestaat.^{5,6} Enerzijds biedt de regeling vrijheid en flexibiliteit. Maar ze roept ook vragen op, zoals wat met een gebonden vermogen gebeurt indien een stichting zich (met rechterlijke machtiging) omzet in een personenvennootschap, die vervolgens weer (zonder rechterlijke machtiging) wordt omgezet in een bv.

1. Het eerste ambtelijk voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen is op 21 februari 2019 gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap. Dit voorontwerp is gebaseerd op de adviezen die zijn opgenomen in het in 2016 verschenen rapport “Modernisering Personenvennootschappen”, van de Werkgroep Personenvennootschappen, onder leiding van M. van Olffen, welk rapport is in te zien via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-793241.pdf>.
2. Zie: www.internetconsultatie.nl/moderniseringpv2.
3. Zie het voorbeeld op p. 22 MvT.
4. Art. 2:18 BW.
5. Bij de omzetting in of van een onderlinge waarborgmaatschappij speelt dan ook nog de bijzonderheid dat deze is bedoeld om een verzekeringsbedrijf in uit te oefenen (art. 2:53 lid 2 BW).
6. In haar artikel “Herstructurering van personenvennootschappen naar het voorontwerp 2.0: the bigger the better or the tighter the sweater?”, in Ondernemingsrecht 2013/13, vraagt Sanne-Roos van der Waals zich af “of de ontwerper met de invoering van een omzettingsregeling voor alle Boek 2-rechtspersonen zijn doel niet voorbijschiet”.

5. Het verbod op omzetting ingeval een personenvennootschap is ontbonden, zoals artikel 821 lid 1 sub a voorschrijft, zou daarentegen juist wat genuanceerder mogen. Zo kan ik me goed voorstellen dat een personenvennootschap die is ontbonden doordat een tweede vennoot ontbreekt,⁷ baat kan hebben bij de mogelijkheid tot omzetting in bijvoorbeeld een bv. Goed denkbaar is aansluiting te zoeken bij het bepaalde in artikel 2:310 lid 5 BW, zoals ook de Werkgroep Van Olffen deed.⁸

b. Omzetting beëindigt de rechtspersoon niet

6. Evenals bij de omzetting van de ene Boek 2 rechtspersoon in een andere Boek 2 rechtspersoon, zal bij de omzetting van een personenvennootschap de rechtspersoon blijven voortbestaan. Slechts de jas waarin deze zich hult zal worden vervangen door een andere, die van een Boek 2 rechtspersoon. Het derde lid van het voorgestelde artikel 823 bepaalt ten onrechte dat de omzetting het bestaan van de *openbare personenvennootschap* niet beëindigt.⁹ De tekst zou moeten worden aangepast, zodat tot uitdrukking wordt gebracht dat de omzetting van een personenvennootschap het bestaan van de *rechtspersoon* niet beëindigt.¹⁰

7. Doordat de rechtspersoon blijft bestaan, blijft deze ook onverminderd verbonden voor bestaande schulden. Bij een personenvennootschap speelt dan iets bijzonders. De (oud-)vennoten zijn naast de personenvennootschap zelf ook gebonden.¹¹ Op grond van het voorgestelde vierde lid van artikel 823 blijven ze dat na de omzetting ook, “*op dezelfde voet*”. Het is niet duidelijk wat met deze woorden wordt bedoeld: is de aansprakelijkheid nog steeds subsidiair, als bedoeld in artikel 814 lid 2? Zijn ingeval van omzetting in een bv, de aandeelhouders slechts aansprakelijk voor zover de bv in verzuim is? Of wordt met “*op dezelfde voet*” slechts de onderlinge verhouding tussen de oud-vennoten bedoeld?

8. Overigens vraag ik me af of dit een gewenste regeling is. Er ontstaat immers een zeer onduidelijke situatie indien op deze manier het wettelijke uitgangspunt dat aandeelhouders slechts beperkt aansprakelijk zijn, wordt doorkruist. Gelijk aan de regeling voor de persoonsgebonden niet-gebondenheid aan statutaire verplichtingen, zou dan in ieder geval in het aandeelhoudersregister moeten worden vermeld welke aandeelhouders aansprakelijk zijn naast de vennootschap, in welke mate en onder welke voorwaarden.¹²

III. De procedure van omzetting

9. In artikel 821 is de procedure opgenomen voor de omzetting van een personenvennootschap in

een Boek 2 rechtspersoon. Hierna zal ik de voorgestelde procedure stapsgewijs beschrijven, waarbij ik tevens enkele opmerkingen plaats.

A. De voorbereidende fase

10. Tijdens de voorbereidende fase wordt het (vennoten)besluit tot omzetting voorbereid. Bij dit besluit moet een en ander aan informatie worden gevoegd. Als ik de verschillende onderdelen van het tweede lid van artikel 821 goed lees, kan door de vennoten pas een besluit over de omzetting worden genomen nadat deze informatie definitief en volledig is. De redactie van het artikellid zou wat aangepast moeten worden, zodat dit duidelijker is.

11. Bij het besluit zal een concept van de notariële akte van omzetting moeten worden gevoegd.¹³ Deze akte zal onder meer de statuten bevatten van de Boek 2 rechtspersoon waarin wordt omgezet.

In de (concept)statuten van een bv kunnen stem- en winstrechtloze aandelen worden opgenomen. Deze aandelensoorten kunnen echter op grond van het bepaalde in het vijfde lid van artikel 821 in het kader van de omzetting slechts worden uitgegeven met instemming van de verkrijgende vennoot.¹⁴

7. Zie art. 809, lid 1 sub d.

8. Zie artikel 36 sub a van de voorgestelde wettekst in het rapport “Modernisering Personenvennootschappen” (zie voetnoot 1).

9. Zie hierover ook Van der Waals, t.a.p., p. 78.

10. Vergelijk art. 2:18 lid 8 BW.

11. Zie art. 814.

12. Artikel 2:194 lid 1 BW schrijft voor dat moet worden vermeld welke aandeelhouders niet zijn gebonden aan een statutaire verplichting of eis als bedoeld in artikel 2:192 lid 1 BW.

13. In lid 2 staat: “(...) met daarbij een notariële akte van omzetting (...)”. In het Voorontwerp wordt overigens slordig omgesprongen met de terminologie die verwijst naar een ontwerp van een notariële akte. Zo wordt bijvoorbeeld gesproken van “de akte”, “een notariële akte”, “een notarieel ontwerp van de akte”.

14. Winstrechtloze aandelen kunnen zonder instemming worden uitgegeven indien de vennoot voor de omzetting ook al geen recht had op een deel van het resultaat.

12. Bij omzetting in een nv of bv dient een omschrijving te worden gegeven van de aan de aandelen verbonden rechten en verplichtingen. De toelichting op de regeling verwijst naar de rechten en verplichtingen als bedoeld in artikel 2:201 BW.¹⁵ Bij omzetting in een bv is het evenwel de vraag of daarmee kan worden volstaan; ik zou menen dat de vennoot die over de omzetting besluit tevens bekend moet zijn met eventuele (kwaliteits)eisen voor het aandeelhouderschap en verplichtingen jegens de vennootschap, de andere aandeelhouders of derden, die aan de aandelen zijn verbonden, zoals bedoeld in artikel 2:192 BW.

Bij omzetting in een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij wordt eveneens vermeld welke rechten en verplichtingen ieder van de vennoten, als lid, zal verkrijgen.¹⁶ Uit het voorgestelde artikel en de toelichting daarop blijkt evenwel niet aan welke rechten en verplichtingen dan moet worden gedacht, maar gelet op het vorenstaande denk ik ook hier aan *statutaire* afwijkingen en bijzonderheden.

13. Ook de gevolgen van de opzegging van de vennoten die niet hebben ingestemd moeten worden beschreven. Daarbij moet aandacht worden besteed aan: (i) de wijze waarop de vennoot zal uittreden, (ii) welke vergoeding hem toekomt en (iii) hoe dit aan de vennoot wordt betaald.¹⁷ Naar mijn idee betreft het hier de uitwerking van een reguliere uittreding, als bedoeld in de artikelen 808 en verder.¹⁸ De vennootschapsovereenkomst of – bij gebreke daarvan – de wet voorziet in een regeling voor dat geval.

14. In het geval van omzetting in een nv of bv bepaalt artikel 821 lid 2, onder a, sub 1, dat in een daartoe strekkend besluit moet worden aangegeven hoeveel aandelen de vennoten zullen nemen. Naar mijn idee zal het besluit daarnaast ook de soort en aanduiding van de aandelen, alsmede de (wijze van) volstorting ervan, moeten vermelden.¹⁹

15. Ten slotte is ingeval van omzetting in een nv een accountantsverklaring vereist. Hiervoor geldt hetzelfde als op grond van het bepaalde in artikel 2:72 BW is vereist voor de omzetting van een Boek 2 rechtspersoon in een nv.

16. Door de opzet van het tweede lid van artikel 821 is het overigens onduidelijk of de hiervoor onder 12 tot en met 15 beschreven onderdelen in de notariële akte van omzetting moeten worden opgenomen (c.q. daaraan worden gehecht) of als separate stukken bij het besluit moeten worden gevoegd.²⁰ Mede gelet op de betrokkenheid van de notaris bij het omzettingsproces, ga ik ervan uit dat deze onderdelen in de praktijk veelal in de akte zullen worden opgenomen.

B. De besluitvormingsfase

17. Op grond van de hiervoor beschreven, aan de vennoten voorgelegde informatie en stukken, zullen zij een besluit tot omzetting nemen. Indien de vennootschapsovereenkomst geen afwijkende regeling bevat, wordt dat besluit met instemming van alle vennoten genomen.²¹

18. Voor de omzetting van een personenvennootschap in een stichting of vereniging is een rechterlijke machtiging vereist.²² Deze wordt na het nemen van het besluit tot omzetting verzocht door de personenvennootschap, onder overlegging van een ontwerp van de notariële akte. De machtiging wordt in ieder geval geweigerd indien: (i) “*een vereist besluit*” nietig is of vernietiging wordt gevorderd; of (ii) indien de belangen van de vennoten die niet hebben ingestemd of anderen²³ (waarvan zich ten minste één tot de rechter moet hebben gewend), onvoldoende zijn ontzien. De notaris dient in de akte te vermelden dat de machtiging op het ontwerp van de akte is verleend.²⁴ Dit brengt met zich dat de akte van omzetting niet kan worden verleden vóórdát de rechter machtiging heeft gegeven.

15. Zie p. 113 MvT.

16. Art. 821 lid 2 sub b.

17. Zo volgt uit de toelichting, p. 113 MvT.

18. Zo lijkt ook uit de toelichting te volgen, zie p. 114 MvT.

19. Volstorting van aandelen bij omzetting zal kunnen plaatsvinden door aanwending van de reserves van de personenvennootschap; indien op andere wijze (aanvullend) wordt volgestort, gelden de regels van storting op aandelen onverkort.

20. In de toelichting op het derde en vierde lid van art. 821 lijkt de wetgever ervan uit te gaan dat e.e.a. in de notariële akte wordt opgenomen (zie p. 114 MvT).

21. Zie art. 803 lid 1.

22. O.g.v. de artikelen 2:72 en 2:183 BW is thans slechts een rechterlijke machtiging nodig bij de omzetting van een kapitaalvennootschap in een stichting.

23. In de MvT wordt geen aandacht besteed aan wie deze “anderen” zijn. Logischerwijs kan worden gedacht aan crediteuren van de personenvennootschap, of werknemers. Naar de letter zou ook een vennoot die heeft ingestemd, maar constateert dat zijn situatie anders uitpakt dan verwacht, eronder vallen. Ik kan me niet voorstellen dat dat de bedoeling is.

24. Art. 821 lid 2 sub c.

19. Vanaf het moment van het nemen van het besluit, heeft een vennoot die niet heeft ingestemd gedurende een maand het recht op te zeggen tegen het moment van omzetting. Deze vennoot zal dan uittreden per “de datum van omzetting”, op welk moment de beschreven gevolgen van het uittreden van kracht zullen worden.²⁵

20. De notariële akte van omzetting kan pas worden gepasseerd na verloop van deze maand. Dit geldt niet indien alle vennoten met de omzetting hebben ingestemd of afstand is gedaan van het recht op te zeggen. Ook ingeval de opzegging is “*afgewikkeld*” kan de akte eerder worden gepasseerd.²⁶ Aangezien dit een voorwaarde is voor het geldig kunnen passeren van de akte en daarmee het effectueren van de omzetting, zal de notaris zich er voldoende van moeten overtuigen dat de vennoten eventuele opzeggingen als “*afgewikkeld*” beschouwen. Ik kan me voorstellen dat de notaris in dat verband verklaringen laat afleggen door de vennoten en niet eerder verder gaat dan na ontvangst van alle verklaringen.

C. De uitvoeringsfase

21. De omzetting van een personenvennootschap in een Boek 2 rechtspersoon wordt pas van kracht door het passeren van de notariële akte van omzetting. De inhoud van de akte zal (substantieel) gelijk moeten zijn aan de akte die in conceptvorm bij het besluit tot omzetting werd gevoegd. Bij de akte zal in ieder geval de personenvennootschap partij zijn en iedere vennoot die bij de omzetting aandelen of lidmaatschapsrechten verkrijgt.

22. Naast de registraties in de openbare registers, dienen na de omzetting in een bv de aandeelhouders, vruchtgebruikers en pandhouders zo spoedig mogelijk in het aandeelhoudersregister te

worden ingeschreven. Tot dat moment kunnen zij hun (aandeelhouders)rechten niet uitoefenen. Deze regeling is overgenomen uit artikel 2:183 lid 3 BW, dat geldt voor de omzetting van andere Boek 2 rechtspersonen in een bv. Ik vraag me echter af of ook de laatste zin moest worden overgenomen. Bij een personenvennootschap zullen bij de omzetting immers geen aandeelbewijzen worden uitgegeven.

IV. Afsluitend

“Men moet alle dingen onderzoeken en het goede behouden of, als dat erg vervelend is, wegwerpen.”²⁷

23. De eerste aanzet voor een procedure voor de omzetting van een personenvennootschap in een Boek 2 rechtspersoon is goed gelukt, er is veel goeds te behouden. Op enkele onderdelen is nog verduidelijking of verbetering nodig. Maar ik heb vertrouwen dat het deze keer goed komt!

Mr. L.W. Kelterman*

25. Zie ook nummer 13.

26. Zie art. 821 lid 4 onder b.

27. Quote van Gerard Kornelis van het Reve.

* Notaris te Amsterdam en voorzitter van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON). (laurens.kelterman@np.nl)