

# Het einde van de open-cv per 1 januari 2011?

# actueel

## 1. Inleiding

Het wetsvoorstel tot 'Vaststelling van Titel 7.13 BW (vennootschap)' is sinds 25 januari 2005 aanhangig bij de Eerste Kamer.<sup>2</sup> Op de valreep van 2009, te weten 15 december 2009, is ook de voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW beland in de Eerste Kamer.<sup>3</sup> Hoewel de voorgestelde invoeringswet in eerste instantie de gevolgen regelt voor andere wetten, waaronder de rijksbelastingwetten, voert het wetsvoorstel tevens wijzigingen door in het voorgestelde Titel 7.13 BW zelf. Een opmerkelijke wijziging betreft de vereiste medewerking van vennoten bij toetreding en opvolging van vennoten. Dit vereiste is opgenomen in art. 7:823, lid 1, BW. Op grond van het gewijzigde voorstel is voor de toetreding of opvolging van een vennoot dwingendrechtelijk de medewerking vereist van alle vennoten. In het oorspronkelijke voorstel was het medewerkingsvereiste nog van regelen recht, zodat in de vennootschapsovereenkomst ervan kon worden afgeweken.

Indien het wetsvoorstel in zijn huidige vorm wordt aangenomen door de Eerste Kamer, rijst de vraag of met ingang van de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW – naar verwachting 1 januari 2011 – de fiscaalrechtelijke figuur van de open commanditaire vennootschap nog wel kan voorkomen.<sup>4</sup> In deze bijdrage ga ik in op de totstandkoming van het dwingendrechtelijke karakter van het medewerkingsvereiste. Voorts onderzoek ik of het doek voor de open commanditaire vennootschap daadwerkelijk valt. Ik sluit af met een bespreking van de gevolgen voor op 31 december 2010 bestaande open commanditaire vennootschappen.

## 2. Het medewerkingsvereiste van art. 7:823, lid 1, BW

In art. 7:823 BW wordt de opvolging en de toetreding van vennoten geregeld. Deze bepaling geldt zowel voor de 'gewone' openbare vennootschap (al dan niet met rechts-

persoonlijkheid) als voor de commanditaire vennootschap (al dan niet met rechtspersoonlijkheid).<sup>5</sup>

De thans bij de Eerste Kamer aanhangige versie van art. 7:823 BW luidt – voor zover relevant – als volgt:

### 'Artikel 823

1. Opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot of toetreding tot de vennootschap van een nieuwe vennoot kan alleen met medewerking van alle vennoten geschieden. (...)

5. Van de leden 1, 3 en 4 kan niet worden afgeweken.'

De bepaling laat aan duidelijkheid niets te wensen over: voor de opvolging en toetreding van vennoten is dwingendrechtelijk de medewerking vereist van alle vennoten, zowel de besturende als de commanditaire.

Het 'medewerkingsvereiste' is pas dwingend van aard geworden bij de vijfde nota van wijziging van de voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW (zie hierna). In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de vereiste medewerking van alle vennoten bij opvolging en toetreding slechts regelen recht. Het oorspronkelijk voorgestelde art. 7:823 BW luidde (voor zover relevant):<sup>6</sup>

### 'Artikel 823

1. Opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot of toetreding tot de vennootschap van een nieuwe vennoot kan alleen met medewerking van alle vennoten geschieden, tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald.'

Bij de eerste nota van wijziging van het wetsvoorstel 'Vaststelling van Titel 7.13 BW (vennootschap)' is de zinsnede 'tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is

1 Dr. J.L. van de Streek is verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, de Vrije Universiteit Amsterdam en Ernst & Young Belastingadviseurs.

2 Kamerstukken I, 2004–2005, 28 746, A, p. 1-14.

3 Kamerstukken I, 2009–2010, 31 065, A, p. 1-28. Ik wijs erop dat nadien Hoofdstuk 4 IW IB 2001, waarin de aanpassingen van de fiscale wetgeving zijn opgenomen, is gewijzigd als gevolg van de Wet van 17

december 2009 (Herziening Successiewet 1956), *Stb.* 2009, 564 en als gevolg van de Wet van 23 december 2009 (Belastingplan 2010), *Stb.* 2009, 609.

4 Zie reeds W.J.M. van Veen, 'Verbetering of verrommeling van het vennootschapsrecht', *TVOB* 2010/2, p. 55-60. Ik ga in deze bijdrage niet in op de – overigens zelden voorkomende – 'v.o.f. op aandelen' die thans volledig belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Deze figuur lijkt

na de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW reeds niet meer te kunnen voorkomen op grond van het nieuwe art. 3.7 Wet IB 2001.

5 Op grond van art. 7:836 BW is een commanditaire vennootschap een openbare vennootschap met een of meer commanditaire vennoten.

6 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nrs. 1-2, p. 7.

bepaald' vervallen. Deze wijziging betekende echter niet dat het medewerkingsvereiste dwingend recht was geworden. Het wetsvoorstel onderging bij de eerste nota van wijziging namelijk een 'total make over' op grond waarvan niet dwingend recht, maar regelend recht het uitgangspunt werd van Titel 7.13 BW.<sup>7</sup> Of een concrete bepaling dwingend recht is, dient vanaf de eerste nota van wijziging te worden afgeleid uit een expliciete vermelding dan wel de aard van de bepaling. Voor art. 7:823, lid 1, BW betekende deze 'total make over' dat de frase 'tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald' kon vervallen. Voor andere onderdelen van art. 7:823 BW is vervolgens expliciet geregeld dat zij dwingend recht blijven, te weten lid 3 (leveringsvereisten bij toetreding en opvolging) en lid 4 (recht op uitkering bij uittreding). Om die reden is een nieuw lid 5 toegevoegd aan art. 7:823 BW. Na de eerste nota van wijziging luidde art. 7:823 BW voorzover relevant als volgt:

'Artikel 823

1. Opvolging van een uit de vennootschap tredende vennoot of toetreding tot de vennootschap van een nieuwe vennoot kan alleen met medewerking van alle vennoten geschieden. (...)

(...)

5. Van de leden 3 en 4 kan niet worden afgeweken. '

De wijzigingen zijn als volgt toegelicht<sup>8</sup>:

'Om buiten twijfel te stellen dat de leden 3 en 4 van dwingend recht zijn, is een daartoe strekkende bepaling als nieuw lid 5 opgenomen. Het vervallen van de slotzinsnede van lid 1 zou in verband met de formulering van het dan overblijvende gedeelte van deze bepaling tot de gedachte kunnen leiden dat deze bepaling een dwingendrechtelijk karakter heeft. Uit het voorgestelde lid 5 vloeit evenwel met voldoende duidelijkheid voort dat lid 1 van regelend recht is. Hetgeen in lid 2 is bepaald betreffende ontbinding ten aanzien van de uittredende vennoot, is naar zijn aard van dwingend recht.'

Bij de vijfde nota van wijziging van de voorgestelde 'Invoeringswet Titel 7.13 BW' is het medewerkingsvereiste alsnog dwingend van aard geworden.<sup>9</sup> Dit is technisch vormgeven door in art. 7:823, lid 5, BW nu ook te verwijzen naar lid 1. Een reden voor deze ommezwaai noemt de toelichting niet. De toelichting gaat er namelijk vanuit dat het medewerkingsvereiste altijd dwingendrechtelijk is bedoeld. In de nota van wijziging wordt het volgende opgemerkt:<sup>10</sup>

'Hoewel reeds uit de formulering van artikel 823 lid 1 voortvloeit dat daarvan niet kan worden afgeweken, zou daaromtrent twijfel kunnen rijzen doordat in lid 5 slechts is vermeld dat van de leden 3 en 4 niet kan worden afgeweken. Om iedere twijfel te voorkomen, wordt lid 5 aangepast.'

Het beeld rijst dat sprake is van een foutje van de civiele wetgever. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:823 BW blijkt namelijk dat het medewerkingsvereiste slechts is bedoeld als aanvullend recht, waarvan in de vennootschapsakte kan worden afgeweken. De als verduidelijking bedoelde vijfde nota van wijziging is derhalve géén verduidelijking maar een (ongemotiveerde) koerswijziging. Wat nu te doen? Het verdient naar mijn mening aanbeveling het foutje te herstellen. Een goede gelegenheid daartoe lijkt het nog aan de Tweede Kamer aan te bieden wetsvoorstel dat de invoeringsaspecten regelt van de flexibilisering van het bv-recht.<sup>11</sup> Het wetsvoorstel tot 'Vaststelling van Titel 7.13 BW (vennootschap)' en bijbehorende invoeringswet zijn immers reeds bij de Eerste Kamer ahangig. Uiteindelijk kan het dan allemaal goed komen gelet op het feit dat de Eerste Kamer heeft aangegeven de voorstellen met betrekking tot de nieuwe personenvennootschap en de flexibele bv gezamenlijk te willen behandelen.

### 3. Is een open commanditaire vennootschap na de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW onbestaanbaar?

#### 3.1. Veronderstellingen fiscale wetgever

Op grond van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR is sprake van een open commanditaire vennootschap indien buiten het geval van vererving of legaat, toetreding of vervanging van commanditaire vennoten kan plaats vinden zonder toestemming van alle vennoten. Over de juiste uitleg van dit criterium, in het bijzonder de zinsnede 'zonder toestemming van alle vennoten', bestond lange tijd strijd tussen twee visies.<sup>12</sup> In HR 27 februari 2009, nr. 43.388, *NTFR* 2009/580, *BNB* 2009/120 is uiteindelijk geoordeeld dat reeds sprake is van een open commanditaire vennootschap indien één of meer, maar niet alle, vennoten toestemming moeten geven.<sup>13</sup>

Uit de voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW blijkt dat de fiscale wetgever ervan uitgaat dat ook na inwerkingtreding van Titel 7.13 BW een commanditaire vennootschap kan kwalificeren als 'open' in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR. Zo wordt voorgesteld om de definitie van de open commanditaire vennootschap aan te passen aan de nieuwe terminologie van Titel 7.13 BW.<sup>14</sup> Voorts wordt in het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 expliciet geregeld dat een open commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid – evenals de open commanditaire vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid – niet fiscaal transparant is wat de commanditaire vennoten betreft. De open commanditaire vennootschap is en blijft volgens de fiscale wetgever op de voet van art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet VPB. 1969 belastingplichtig voor de heffing van vennootschapsbelasting.<sup>15</sup> In de toelichting wordt het volgende opgemerkt<sup>16</sup>:

7 Op grond van art. 7:804 kon van Titel 7.13 BW slechts worden afgeweken voor zover dat uit de wet blijkt. Deze bepaling werd bij de eerste nota van wijziging geschrapt.

8 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5, p. 21-22.

9 Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 31 065, nr. 17, p. 1-3.

10 Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 31 065, nr. 17, p. 3.

11 Dit wetsvoorstel ligt thans ter advisering bij de Raad van State.

12 Zie over deze stammenstrijd uitgebreid A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de commanditaire vennootschap*, Kluwer, Deventer 2002, p. 246-256.

13 Zie voor een bespreking van het arrest E.W. Ros, 'De subjectieve belastingplicht van de open cv in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2009, nr. 4, p. 168-174.

14 In de aangepaste definitie worden 'beherende vennoten' aangeduid als 'gewone vennoten' omdat de term 'beherende vennoot' niet wordt gebruikt in Titel 7.13 BW.

15 En wel voor het commanditaire gedeelte.

16 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 41.

'Het kan zich voordoen dat een CVR ook voldoet aan de kwalificatie van "open commanditaire vennootschap" als geformuleerd in artikel 2, derde lid, onderdeel c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Dat doet zich voor wanneer in de vennootschapsakte is afgeweken van artikel 7:823, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek. Voor de open CV geldt thans geen fiscale transparantie voor zover het betreft de commanditaire vennoten. De open CV is op basis van artikel 2, eerste lid, onderdeel a, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting waarbij de grondslag zich – door HR 7 juli 1982, nr. 20 655, *BNB* 1982/268, en het bepaalde in artikel 9, eerste lid, onderdeel e, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 – niet uitstrekt tot hetgeen toekomt aan de beheerders vennoten (voor het geheel aansprakelijke vennoten). De beheerders vennoten worden voor het aandeel in de winst rechtstreeks in de heffing van inkomstenbelasting (indien het een natuurlijk persoon is) of vennootschapsbelasting (indien het een lichaam is) betrokken. Deze beperkte transparantie bij een open CV (te weten alleen voor het deel dat toekomt aan de beheerders vennoot), wordt ook voorgesteld voor een CVR die voldoet aan de kwalificatie "open CV". Dit is geregeld in artikel 3.7, tweede lid, tweede volzin, Wet inkomstenbelasting 2001.'

In de geciteerde passage wordt de eventuele 'open status' van een commanditaire vennootschap uitdrukkelijk gebaseerd op de mogelijkheid om in de vennootschapsakte af te wijken van het medewerkingsvereiste ex art. 7:823, lid 1, BW. Hoewel laatstgenoemde bepaling niet voorschrijft op welke wijze de 'medewerking' moet worden verleend, houdt in de optiek van de fiscale wetgever de vereiste medewerking kennelijk in dat in elk geval 'toestemming' wordt gegeven in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR. Met andere woorden: 'medewerking' en 'toestemming' worden door de fiscale wetgever over één kam geschoren. Het feit dat onder Titel 7.13 BW voor de toetreding en opvolging van een vennoot dwingendrechtelijk de medewerking is vereist van alle vennoten, impliceert in die visie dat een commanditaire vennootschap automatisch besloten is en daarmee voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting transparant. Als gevolg van de vijfde nota van wijziging waarbij het medewerkingsvereiste dwingend recht is geworden, zou de open commanditaire vennootschap na inwerkingtreding van Titel 7.13 BW derhalve niet langer kunnen voorkomen. Hoewel die conclusie mijns inziens in beginsel juist is, is van een complete verdwijning van de open commanditaire vennootschap uit het fiscale ondernemingsrecht naar mijn mening géén sprake (zie par. 3.2 hierna).

### 3.2. Toch nog ruimte voor de open-cv?

Het is mijns inziens denkbaar dat alle vennoten meewerken aan de toetreding en opvolging van een vennoot conform art. 7:823, lid 1, BW, terwijl voor fiscale doeleinden desalniettemin sprake is van vrije toe- en uittreding in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR. In vergelijking tot

het medewerkingsvereiste van art. 7:823, lid 1, BW, ligt voor het toestemmingscriterium van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR als fiscaal criterium meer een materiële invulling voor de hand. Zo lijkt het naar mijn mening geen twijfel dat een commanditaire vennootschap waarvan de vennoten bij voorbaat toestemming geven voor de toetreding en opvolging van commanditaire vennoten, ook na inwerkingtreding van Titel 7.13 BW kwalificeert als een open commanditaire vennootschap. De facto is namelijk sprake van vrije toe- en uittreding.

De staatssecretaris van Financiën gaat in het besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, *NTR* 2007/176, *BNB* 2008/289 nog verder. In het besluit neemt hij het standpunt in dat een commanditaire vennootschap als 'open' kwalificeert indien niet alle vennoten 'afzonderlijk' toestemming moeten verlenen voor de toetreding of opvolging van commanditaire vennoten. Van een dergelijke afzonderlijke toestemming is volgens de bewindsman geen sprake indien de vennoten daartoe een volmacht hebben verleend aan de beheerders vennoot. Ook het delegeren of het contractueel overdragen van het toestemmingsvereiste aan een ander orgaan dan alle vennoten gezamenlijk, leidt volgens de staatssecretaris tot de 'open' status. In al deze gevallen lijkt mij zonder meer voldaan aan het medewerkingsvereiste van art. 7:823, lid 1, BW. En wat te denken van zogenoemde stapelstructuren waarbij een commanditaire vennootschap als beherend vennoot participeert in een andere commanditaire vennootschap. Volgens de staatssecretaris moeten in een dergelijk geval alle vennoten van de participerende commanditaire vennootschap toestemming geven voor een wijziging van het commanditaire vennotenbestand van de commanditaire vennootschap waarin wordt deelgenomen teneinde het besloten karakter van de laatstgenoemde vennootschap te waarborgen.<sup>17</sup> Ook deze doorblikbenadering lijkt geenszins vereist voor het voldoen aan het dwingendrechtelijke art. 7:823, lid 1, BW.<sup>18</sup>

## 4. Gevolgen voor op 31 december 2010 bestaande open commanditaire vennootschappen

### 4.1. Automatische conversie

Op grond van art. 68a, lid 1, Overgangswet NBW heeft Titel 7.13 BW onmiddellijke werking, hetgeen een automatische conversie met zich brengt van een bestaande commanditaire vennootschap in de zin van art. 19 Wetboek van Koophandel in een commanditaire vennootschap ex art. 7:836 BW.<sup>19</sup> In de memorie van toelichting van de voorgestelde Invoeringwet Titel 7.13 BW is deze conversie als volgt verwoord: 'De in het Wetboek van Koophandel geregelde commanditaire vennootschap zal moeten worden aangemerkt als een commanditaire vennootschap in de zin van art. 836. (...) Dit alles volgt uit art. 68a Overgangswet nieuw BW, zodat evenmin als voor artikel 801 hier een specifieke overgangsbepaling nodig is.'<sup>20</sup>

17 Indien een commanditaire vennootschap deelneemt als commanditaire vennoot in een commanditaire vennootschap, staat de staatssecretaris een nog meer omvattender doorblikbenadering voor.

18 Zie bijvoorbeeld A.J.S.M. Tervoort, 'Stapelen van personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2001/14. De auteur betoogt dat

de personenvennootschap die deelneemt in een andere personenvennootschap, de positie inneemt van één vennoot.

19 Art. 68a, lid 1, Overgangswet NBW luidt als volgt: 'Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsge-

volg gestelde vereisten (JvdS: hoofdregel is onmiddellijke werking), tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit.'

20 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 24-25.

De onmiddellijke werking van de bepalingen van Titel 7.13 BW die betrekking hebben op de toetreding, opvolging en uittreding van vennoten (i.c. art. 7:821 tot en met art. 7:824) wordt verduidelijkt in het voorgestelde art. 219, lid 6, Overgangswet NBW: zij zijn slechts van toepassing indien de toetreding, opvolging en uittreding plaatsvindt na de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW.<sup>21</sup> Dat geldt derhalve ook voor het medewerkingsvereiste ex art. 7:823, lid 1, BW: pas voor de toetreding en opvolging van vennoten ná 1 januari 2011 is dwingendrechtelijk de medewerking vereist van alle vennoten.

Hoewel het medewerkingsvereiste naar huidig recht van regelend recht is (art. 1778 Wetboek van Koophandel), ontbreekt een specifieke overgangsbepaling voor op 31 december 2010 bestaande vennootschapscontracten op grond waarvan de toetreding en opvolging 'vrij' is. Het is mijns inziens (helaas) onduidelijk of bestaande open-cv-contracten worden gesauveerd door de algemene overgangsbepaling van art. 69, lid 1, Overgangswet NBW. Deze bepaling luidt als volgt: 'Wanneer de wet van toepassing wordt, heeft dat niet tot gevolg dat alsdan (...) iemand het vermogensrecht verliest dat hij onder het tevoren geldende recht had verkregen.' Kwalificeert het recht op vrije toetreding en het recht op vrije opvolging als een dergelijk 'verkregen vermogensrecht'? Indien de civiele wetgever niet wenst terug te komen op het dwingende karakter van het medewerkingsvereiste ex art. 7:823, lid 1, BW, verdient het mijns inziens aanbeveling om – mede uit oogpunt van duidelijkheid – te voorzien in een uitdrukkelijke eerbiedigende werking voor bestaande vennootschapsovereenkomsten.

#### 4.2. Sfeerovergang van open naar besloten

Ervan uitgaande dat een eerbiedigende werking voor bestaande vennootschapscontracten ontbreekt, betekent de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW dat open commanditaire vennootschappen op 1 januari 2011 transformeren in besloten commanditaire vennootschappen, met uitzondering van de door mij in par. 3.2 beschreven gevallen. De bepaling in de vennootschapsovereenkomst waarin de vrije toe- en uittreding is geregeld, is immers in strijd met dwingend recht en dus in beginsel nietig (art. 3:40, lid 2, BW). Deze sfeerovergang brengt draconische gevolgen mee voor de heffing van vennootschaps- en inkomstenbelasting.<sup>22</sup> Voor de heffing van vennootschapsbelasting betekent de sfeerovergang een eindafrekening over de stille en fiscale reserves en de goodwill die betrekking hebben op het commanditaire gedeelte van de open commanditaire vennootschap. Door het statusverlies houdt de commanditaire vennootschap immers op in Nederland belastbare winst te genieten, hetgeen de toepassing van art. 15d Wet VPB 1969 uitlokt. De fiscale positie van de beheerende vennoot blijft ongewijzigd. Commanditaire vennoten die een aanmerkelijk belang hebben in de open commanditaire vennootschap, worden op grond van art. 4.16, lid 1, onder-

deel g jo. art. 4.22 Wet IB 2001 geacht hun 'aandelen' te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. Keerzijde van de medaille is dat een eventuele dividendbelastingclaim op de (latente) winstreserves van de open commanditaire vennootschap door de sfeerovergang verloren lijkt te gaan. In het bijzonder lijkt van een op de voet van art. 3, lid 1, onderdeel b, Wet DB 1965 belaste liquidatie-uitkering geen sprake. De overgang naar de besloten status is immers slechts een contractswijziging, in dit geval afgedwongen door art. 7:823, lid 1, BW.<sup>23</sup>

Voor open fondsen voor gemene rekening ex art. 2, lid 2, Wet VPB 1969 die hebben geopteerd voor de status van fiscale beleggingsinstellingen ex art. 28 Wet VPB 1969, wordt de vraag of zij tevens een personenvennootschap zijn van acuut belang.<sup>24</sup> Indien dat namelijk het geval is, verliezen zij per 1 januari 2011 de status van fiscale beleggingsinstelling. Dit statusverlies heeft weliswaar strikt genomen op de voet van art. 3, lid 3, BBI alléén een belaste vrijval van de afrondingsreserve tot gevolg, maar leidt – zonder voorzorgsmaatregelen – op grond van art. 15d Wet VPB 1969 eveneens op 1 januari 2011 tot afrekening over de stille reserves in eventueel in bezit zijnde onroerende zaken.<sup>25</sup> Anders dan koersresultaten op effecten, kunnen de onge-realiseerde waardeinstijgingen van onroerende zaken immers niet worden ondergebracht in de herbeleggingsreserve ex art. 4 BBI, welke reserve belastingvrij vrijvalt bij het verlies van de fbi-status.

#### 4.3. Uitstel van executie?

De draconische fiscale gevolgen treden (vooralsnog) niet in werking indien een 'vrije toe- en uittredingsbepaling' in een vennootschapscontract slechts vernietigbaar is ex art. 3:40, lid 2, BW. Dat is – kort gezegd – in beginsel het geval indien het dwingendrechtelijke medewerkingsvereiste ex art. 7:823, lid 1, BW kan worden beschouwd als 'een bepaling die uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling'. Of dat zo is, is helaas onduidelijk. Van belang is dat slechts de door art. 7:823, lid 1, BW 'beschermde partij' een beroep kan doen op de eventuele vernietigbaarheid van een 'vrije toe- en uittredingsbepaling'.<sup>26</sup> In een concreet geval is dat vanzelfsprekend een vennoot die niet wenst mee te werken aan de toetreding of opvolging van een vennoot: de fiscus kan een open commanditaire vennootschap dus niet vernietigen.

#### 4.4. Aanpassing bestaande overeenkomsten

De afwending van de fiscale gevolgen lijkt de beste optie. De status van open commanditaire vennootschap ex art. 2, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 lijkt na 1 januari 2011 te kunnen worden gewaarborgd door de vennootschapsovereenkomst zo te wijzigen dat 'formeel' de medewerking van alle vennoten is vereist voor de toetreding en opvolging, maar feitelijk geen afzonderlijke toestemming is benodigd van de vennoten (zie par. 3.2). Dat kan eenvoudig door die

21 Het voorgestelde art. 219, lid 6, Overgangswet NBW luidt als volgt: 'De artikelen 821 tot en met 824 van Boek 7 zijn slechts van toepassing indien de uittreding van een vennoot, de opvolging van een uitgetreden vennoot of de toetreding van een nieuwe vennoot heeft plaatsgevonden na het tijdstip van inwerkingtreding.'

22 A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de commanditaire vennootschap*, Kluwer, Deventer 2002, p. 269-272.

23 Vergelijk het voor de heffing van kapitaalsbelasting gewezen arrest HR 27 februari 2009, nr. 43.388, NTFR 2009/580, BNB 2009/120.

24 Zie hierover H. Vermeulen, 'Het fonds voor gemene rekening en Titel 7.13 BW (deel I)', FBN 2009/23.

25 Na het verlies van de fbi-status staan de onroerende zaken te boek voor hun kostprijs minus afschrijvingen, zodat een eventuele stille reserve als gevolg van de

sfeerovergang naar een besloten fonds tot de winst moet worden gerekend (art. 15d Wet VPB 1969).

26 Vergelijk Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel en W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 5), Kluwer, Deventer 2007, p. 167.

medewerking 'bij voorbaat' te verlenen dan wel via een volmacht of delegatie over te dragen aan de beherende vennoot. Indien een bestaande vennootschapsovereenkomst nietig is, lijkt overigens aanpassing niet per se nodig. Op grond van art. 3:42 BW lijkt in een dergelijk geval de vennootschapsovereenkomst van rechtswege converteerbaar in een overeenkomst die spoort met art. 7:823, lid 1, BW en tevens voor fiscale doeleinden kwalificeert als 'open.' Iets anders is of terugvallen op deze wettelijke conversie aangeraden moet worden.

## 5. Afsluiting

De vijfde nota van wijziging van de voorgestelde 'Invoeringswet Titel 7.13 BW' waarbij het medewerkingsvereiste ex art. 7:823, lid 1, BW een dwingendrechtelijk karakter heeft gekregen, is ongelukkig. Het is mijns inziens een 'slip of the pen' die eenvoudig kan worden teruggedraaid via de nog aan de Tweede Kamer aan te bieden 'Invoeringswet flexibilisering BV-recht'. Feit is evenwel dat Titel 7.13 BW wel meer foutjes bevat.<sup>27</sup> De civiele wetgever lijkt van de kritiek niet altijd even onder de indruk. Illustratief is de reactie van de minister van Justitie op de eind 2008 door MKB-Nederland geschreven 'brandbrief'. De minister vond de kritiek te laat. Ik hoop niet dat mijn kritiek op het dwin-

gendrechtelijke medewerkingsvereiste hetzelfde lot is beschoren, al dateert de vijfde nota van wijziging alweer van 9 november 2009.

Indien het medewerkingsvereiste als dwingend recht in werking treedt, heeft dit tot gevolg dat er in beginsel geen open commanditaire vennootschappen meer tot stand kunnen komen. Maar helemaal imaginair wordt de open commanditaire vennootschap niet. Hoewel voor de toetreding en opvolging formeel de medewerking is vereist van alle vennoten, hoeft dat feitelijk – en daarmee in de zin van art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR – niet zo te zijn. Voor bestaande open commanditaire vennootschappen is helaas duister wat de gevolgen zijn. Wellicht vallen zij onder de Overgangswet NBW, zodat zij de status van open commanditaire vennootschap behouden. Indien dat niet het geval is, lijkt de vennootschapsakte voor zover op grond daarvan vrije toe- en uittreding van commanditaire vennoten mogelijk is, nietig dan wel vernietigbaar. Hoewel de open commanditaire vennootschap op dit moment een sluimerend bestaand kent<sup>28</sup>, is duidelijkheid omtrent zowel de civielrechtelijke als de fiscale positie van op 31 december 2010 bestaande open commanditaire vennootschappen dringend gewenst!

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld recent nog C.A. Schwarz, 'De stille vennootschap en de opvolging door erfgenamen in de OV: noodzaak tot aanpassing van het wetsvoorstel Titel 13 Boek 2 BW', *TvOB* 2010/1, p. 23-28.

<sup>28</sup> Naar inschatting van A.J.A. Stevens, *Fiscale aspecten van de commanditaire vennootschap*, Kluwer, Deventer 2002 p. 238 bedraagt het aantal open-cv's niet meer dan enige tientallen.

