

1 Inleiding

1.1 Keuzebepalende factoren

Een op te richten of reeds bestaande organisatie kan in verschillende juridische structuren worden gegoten. Voor welke structuur men kiest, is afhankelijk van een groot aantal factoren. Zo speelt de vraag of men alleen dan wel samen met anderen gaat werken een belangrijke rol. Wordt de (uitbouw van de) organisatie gefinancierd met eigen middelen (van de oprichter(s) of van de onderneming) of door middel van een krediet? Is er behoefte aan het aantrekken van risicodragend kapitaal van aandeelhouders? Worden de ondernemingsactiviteiten ontwikkeld met het oog op de verdeling van winst onder de participanten of is er sprake van de verwezenlijking van een doel in de charitatieve of culturele sfeer? Is het risicoprofiel van de ondernemingsactiviteiten zodanig dat er behoefte is aan beperking van de aansprakelijkheid van de feitelijke ondernemers door gebruikmaking van een organisatievorm met rechtspersoonlijkheid? Deze en andere, bijvoorbeeld fiscale en/of sociale, factoren¹ zijn van invloed op de keuze voor een bepaalde juridische organisatievorm. Het Nederlandse recht biedt een aantal juridische organisatiestructuren die aangewend kunnen worden voor de vormgeving van een onderneming.

In de Nederlandse wetgeving noch in de Nederlandse juridische literatuur komen wij een eenduidige omschrijving van het begrip ‘onderneming’ tegen. Wij geven enkele bestaande omschrijvingen weer. Maeijer² definieert het begrip onderneming als ‘een organisatie waarin kapitaalverschaffers en werknemers onder leiding van een ondernemer of bestuur samenwerken tot productie van goederen of diensten welke is gericht op een duurzame verwerving van inkomen ten behoeve van de samenwerkenden’. Een andere beschrijving van het begrip treffen we aan bij Van Schilfgaarde.³ Een onderneming is ‘een organisatorisch verband, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer’. In artikel 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 lezen we dat van een onderneming sprake is indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van één of meer personen bestaat, waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden

1 Zie ook Tervoort 2015, p. 12-15.

2 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa, nr. 21.

3 Van Schilfgaarde, nr. 2.

diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. En in de Wet op de ondernemingsraden⁴ wordt de onderneming omschreven als elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.

Een onderscheid kan gemaakt worden tussen de organisatievormen met rechtspersoonlijkheid en zonder rechtspersoonlijkheid. Tot de rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvormen worden gerekend de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de stichting, het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV)⁵ en de Europese vennootschap (EV).⁶ Deze rechtsvormen worden, met uitzondering van het EESV en de EV, geregeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De vereniging van appartementseigenaren is ook een rechtspersoon. Deze wordt evenwel niet in Boek 2, maar in Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek (art. 5:124 BW e.v.) geregeld.

Tot de organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid rekenen wij de eenmanszaak en de personenvennootschappen, ook wel personenassociaties genoemd. Tot deze categorie behoren de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap.

4 Artikel 1 lid 1 sub c WOR.

5 Wet van 28 juni 1989, *Stb.* 245, houdende uitvoering van de Verordening nr. 2137/85 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 tot instelling tot Europese economische samenwerkingsverbanden (*PbEG* L 199/1).

6 Wet van 17 maart 2005, *Stb.* 150, tot uitvoering van verordening (EG) Nr. 2157/2001 (*PbEG* L 294). Zowel het EESV als de EV verkrijgt pas rechtspersoonlijkheid met ingang van de dag waarop zij in het handelsregister worden ingeschreven (zie art. 3 lid 1 van de Uitvoeringswet verordening tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden en art. 16 lid 1 Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap). De rechtspersonen genoemd in artikel 2:3 BW verkrijgen rechtspersoonlijkheid op het moment van het verlijden van de notariële akte van oprichting.

Figuur 1 Organisatievormen met en zonder rechtspersoonlijkheid

Rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid		Rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid	
Vereniging	Art. 2:26-52 BW	Eenmanszaak	Geen wettelijke regeling
Coöperatie	Art. 2:53-63j BW	Maatschap	Art. 7A:1655-1688 BW
Onderlinge waarborg- maatschappij	Art. 2:53-63j BW	Vennootschap onder firma	Art. 7A:1655-1688 BW & art. 16-34 WvK
Naamloze vennoot- schap	Art. 2:64-174a BW	Commanditaire vennootschap	Art. 7A:1655-1688 BW & art. 16-34 WvK
Besloten vennoot- schap met beperkte aansprakelijkheid	Art. 2:175-284a BW		
Stichting	Art. 2:285-304 BW		
EESV			
EV			

Het belangrijkste onderscheid tussen organisatievormen met en zonder rechtspersoonlijkheid is gelegen in het feit dat er bij de oprichting van een rechtspersoon een instituut wordt gecreëerd. Dit instituut is een zelfstandig rechtssubject, dat wil zeggen een zelfstandig drager van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen (art. 2:5 BW). Dit gegeven brengt mee dat een rechtspersoon een eigen vermogen heeft. Dit eigen vermogen dient tot verhaal van crediteuren van de rechtspersoon en staat los van de privévermogens van de bij de rechtspersoon betrokken (rechts)personen, zoals leden, aandeelhouders, bestuurders of commissarissen. Slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen anderen dan de rechtspersoon zelf worden aangesproken voor schulden van die rechtspersoon. In die gevallen is er sprake van een situatie waarin personen achter de rechtspersoon vandaan worden gehaald en met hun persoonlijk vermogen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schulden van de rechtspersoon.

De organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid kennen, naar heersende opvatting, geen eigen vermogen in bovenbedoelde zin. Daar waar rechtspersoonlijkheid ontbreekt, is steeds sprake van een directe persoonlijke vermogensrechtelijke betrokkenheid van de ondernemer bij het reilen en zeilen van de onderneming. Dit neemt niet weg dat er in een aantal gevallen wel sprake kan zijn van een civielrechtelijk relevant onderscheid tussen het privévermogen van de ondernemer en het zaakvermogen van de organisatie. Wanneer dit onderscheid kan worden gemaakt, zoals bijvoorbeeld bij de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, spreekt men niet van een eigen vermogen, maar van een afgescheiden vermogen. In zo'n situatie wordt een bepaald bijeengebracht vermogen ont-

koppeld van de privévermogens van de ondernemers, in die zin dat juridisch onderscheid kan worden gemaakt tussen het zaaksvermogen van de organisatie en de privévermogens van de vennoten.⁷ Dat onderscheid brengt niet mee dat een ondernemer niet in zijn privévermogen kan worden aangesproken voor zaaksschulden. Het afgescheiden vermogen is relevant voor de verhaalspositie van de vennootschapsschuldeisers. Deze kunnen zich op dat afgescheiden vermogen verhalen, terwijl privécrediteuren van de ondernemers dat niet kunnen. Vennootschapsschuldeisers kunnen zich bovendien verhalen op de privévermogens van de vennoten. Anders gezegd, het bestaan van een afgescheiden vermogen leidt tot de situatie waarin de vennootschapscrediteuren zich met uitsluiting van de privéschuldeisers op het afgescheiden zaaksvermogen kunnen verhalen.⁸

Het feit dat de vennootschap onder firma een afgescheiden vermogen heeft, werd reeds aangenomen in HR 2 februari 1877 (Minister van Finantien/Van der Schoot)⁹ en bevestigd in HR 11 juni 1880 (Polvliet/Minister van Finantien),¹⁰ HR 28 juni 1889 (De Beaumont/Tielens)¹¹ en HR 26 november 1897, W. 7047 (Boeschoten/Besier). In Boeschoten/Besier formuleert de Hoge Raad het als volgt:

‘[Bij goederen van de vennootschap is sprake] van een afgescheiden vermogen met eene bepaalde bestemming, tot de gevolgen waarvan noodwendig behoort, dat zij die met de vennootschap gehandeld hebben, bij de ontbinding daarvan [...] hunne vorderingen kunnen doen gelden op de baten van de handelsvereniging, waarmede zij gehandeld hebben [...].’

Bij de behandeling van de verschillende organisatievormen zonder rechtspersoonlijkheid zal de vraag naar het bestaan van een afgescheiden vermogen, in relatie tot de aansprakelijkheid van de vennoten, aan de orde komen. In dit boek wordt de regeling van de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap behandeld. Allereerst besteden wij kort aandacht aan de eenmanszaak.

7 Ingeval een kapitaalvennootschap of een andere rechtspersoon vennoot is van een personenvennootschap slaat de term ‘privévermogen’ op het eigen vermogen van de rechtspersoon.

8 In de literatuur wordt wel gesproken van verhaal door de zaaksschuldeisers met voorrang boven de privéschuldeisers. Zie bijvoorbeeld Mohr/Meijers, p. 134. Onzes inziens is het beter van een exclusief verhaalsrecht te spreken omdat de privéschuldeisers zich gedurende het bestaan van de vennootschap in het geheel niet kunnen verhalen op het afgescheiden vermogen. Zie ook Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/173. Zie verder § 4.5.

9 W. 4082.

10 W. 4521.

11 W. 5735.

1.2 De eenmanszaak

Voor wat betreft de civielrechtelijke aspecten valt aan de eenmanszaak weinig pret te beleven. Deze rechtsvorm kent geen wettelijke regeling. Op grond van de Handelsregisterwet (art. 5b jo. art. 18 HrgW 2007) moet de ondernemer die een bedrijf start tijdig zorgdragen voor de opgave voor de eerste inschrijving van de onderneming. Indien de onderneming toebehoort aan een natuurlijk persoon, dienen op grond van artikel 10 lid 2 HrgW 2007 en artikel 16 HrgB 2008 de persoonlijke gegevens,¹² de handtekening en de geslachtsaanduiding van deze persoon te worden opgenomen. De oprichting van de onderneming heeft verder nauwelijks vermogensrechtelijke consequenties. Met name is er geen sprake van een eigen, aan de eenmanszaak toebehorend, zaaksvermogen dat kan worden onderscheiden van het privévermogen van de ondernemer. Er is maar één vermogen. Dit is het vermogen dat toebehoort aan de natuurlijke persoon die zijn onderneming in de vorm van een eenmanszaak voert. In dat vermogen vallen dus ook de bedrijfsmiddelen die aan de onderneming zijn verbonden. Dit heeft tot gevolg dat zaakscrediteuren en privé-crediteuren zich gelijkelijk op het vermogen van de ondernemer kunnen verhalen. Er is derhalve geen sprake van een regel op grond waarvan de zaakscrediteuren zich met uitsluiting van de privé-crediteuren op een van het privévermogen van de ondernemer afgescheiden zaaksvermogen zouden kunnen verhalen (art. 3:276 en 3:277 BW). Anders geformuleerd, de ondernemer is met zijn gehele vermogen gelijkelijk aansprakelijk ten opzichte van zijn crediteuren, zowel tegenover hen die vorderingen hebben in de privésfeer als tegenover crediteuren die een vordering hebben in de sfeer van de onderneming.

Is de ondernemer die zijn werkzaamheden heeft ondergebracht in een eenmanszaak in gemeenschap van goederen gehuwd of in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap aangegaan, dan zal ook het door zijn partner ingebrachte vermogen door de crediteuren van de ondernemer kunnen worden uitgewonnen.¹³ Ook hier wordt geen onderscheid gemaakt tussen privéschuldeisers of vennootschapsschuldeisers. Het is dus aan te raden om af te wijken van de algehele gemeenschap van goederen door het opmaken van huwelijkse voorwaarden, waarbij bijvoorbeeld iedere gemeenschap van goederen tussen partners wordt uitgesloten.

In het verleden is in het kader van het – inmiddels ingetrokken – wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het BW meer dan eens aandacht besteed aan de positie van de eenmanszaak in het Nederlandse recht. Het ging dan met name om de onmogelijkheid van de goederenrechtelijke scheiding van privé- en zaaksvermogen bij de eenmanszaak.¹⁴ In zijn memorie van antwoord (MvA)¹⁵

12 Hiertoe behoren het burgerservicenummer, het geslacht, de geboorteplaats, het geboorteland, de naam, het adres, de geboortedatum en de datum van overlijden.

13 Zie artikel 1:94-96 BW jo. artikel 63 Fw.

14 Zie de opmerking hieromtrent in het voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie van 4 mei 2005, *Kamerstukken I* 2004/05, 28 746, B, p. 2.

15 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 746, C, p. 2.

merkt de minister op dat een goederenrechtelijke scheiding tussen privé- en zakelijk vermogen bij de eenmanszaak inderdaad niet mogelijk is. Volgens hem bestaat hieraan in de praktijk ook geen behoefte. Invoering van een dergelijke scheiding levert een te grote breuk op met het bestaande recht. In het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie¹⁶ wordt op deze stellingname ingegaan. Wederom worden vragen gesteld aan de minister omtrent het invoeren van een wettelijke regeling voor de eenmanszaak, waarbij stil wordt gestaan bij het vermogen van de eenmanszaak, de mogelijkheid van de overdracht en overgang van de onderneming van de eenmanszaak *going concern* en de mogelijkheid van verpanding van de eenmansonderneming. In de nadere memorie van antwoord¹⁷ worden de verschillende vragen en opmerkingen van de leden van de vaste commissie voor justitie gereduceerd tot de volgende vragen: dient het mogelijk te zijn dat al hetgeen wat behoort tot een eenmansonderneming door middel van één handeling wordt overgedragen, ingebracht of bezwaard en dient er een goederenrechtelijke scheiding te bestaan tussen het privévermogen en het ondernemingsvermogen (afgescheiden vermogen) bij de eenmanszaak? Verkoop van een gehele onderneming is mogelijk. In een koopovereenkomst kan een onderneming en de daarvan deel uitmakende vermogensbestanddelen verkocht worden. Teneinde de overdracht van de onderneming compleet te maken, dient deze verbintenisrechtelijke transactie dan wel gevolgd te worden door levering van de afzonderlijke goederen op de door de wet voorgeschreven wijze. Ditzelfde geldt ook voor de inbreng van een eenmansonderneming in bijvoorbeeld een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De minister merkt op dat het Nederlandse Burgerlijk Wetboek om redenen van rechtszekerheid en kenbaarheid terughoudend staat tegenover verkrijgingen onder algemene titel.¹⁸ Toegezegd wordt dat onderzocht zal worden welke problemen de praktijk op dit vlak ondervindt en of de praktijk inderdaad behoefte heeft aan een regeling waarbij de overdracht/inbreng van een onderneming in één handeling plaatsvindt. Mede met het oog op de mogelijke inbreuk op de *paritas creditorum* van artikel 3:276 BW en de bescherming van de belangen van privéschuldeisers is de minister zeer terughoudend met het erkennen van een scheiding tussen zakelijk vermogen en privévermogen bij een eenmanszaak. Een afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak acht hij niet wenselijk.

Verpanding van een eenmansonderneming is niet mogelijk. Immers, pandrecht kan slechts worden gevestigd op voor overdracht vatbare goederen die geen registergoed zijn (art. 3:227 en 228 BW). Een onderneming bestaat, afgezien van de zaaksschulden, uit een grote hoeveelheid goederen (zaken en vorderingen). Indien zekerheidsrechten op het ondernemingsvermogen moeten worden gevestigd, moet elk goed apart volgens de daarvoor geldende bepalingen worden belast met een pandrecht of hypotheekrecht. Ook al zou men de onderneming willen zien als *uni-*

16 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 746, D, p. 1-3.

17 *Kamerstukken I* 2006/07, 28 746, E, p. 1-5.

18 *Kamerstukken I* 2006/07, 28 746, E, p. 3.

versitas, een samengesteld vermogen, dan nog kan hierop niet één zekerheidsrecht worden gevestigd.¹⁹

1.3 Maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap: kwalificatie van personenvennootschappen

De drie personenvennootschappen in het Nederlandse recht zijn de maatschap de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Deze organisatievormen zijn pure overeenkomsten en geen instituten zoals de rechtspersonen van Boek 2 BW, maar worden desondanks meer en meer gezien als aparte entiteiten. Zij zijn gebaseerd op samenwerking tussen twee of meer personen (natuurlijke of rechtspersonen), die een samenwerkingsovereenkomst aangaan in de vorm van een van de drie genoemde organisatiestructuren.

Formeel gesproken zijn er drie van elkaar te onderscheiden personenvennootschappen. De maatschap wordt echter als grondvorm van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap beschouwd. Anders gezegd, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap zijn species van het genus maatschap. Vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen zijn dus gekwalificeerde maatschapsvormen. Dit betekent dat de wettelijke regeling van de maatschap van toepassing is op de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, voor zover de wettelijke regeling van deze vennootschappen niet van de maatschapsregeling afwijkt.

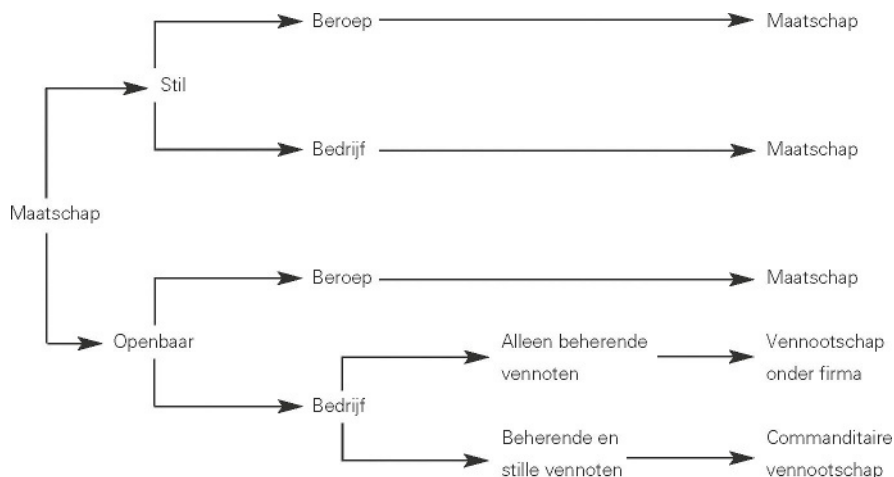
De maatschap wordt door de wetgever gedefinieerd als de overeenkomst waarbij twee of meer personen zich ten opzichte van elkaar verbinden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk het daaruit ontstane voordeel met elkander te delen. Vervolgens wordt de vennootschap onder firma omschreven als de maatschap, aangegaan tot uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam. De commanditaire vennootschap kan omschreven worden als de vennootschap die wordt aangegaan tussen hoofdelijk verbonden vennoten en commanditaire vennoten (ook wel commandieten of stille vennoten genoemd). Deze commanditaire vennoten brengen risicodragend vermogen in de gemeenschap en zijn niet bevoegd om voor rekening van de vennootschap handelingen te verrichten. Indien er meerdere beherende vennoten zijn in een commanditaire vennootschap, is op hen de regeling van de vennootschap onder firma van toepassing.²⁰

19 Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 3-I, nr. 72; Pitlo/Reehuis, nr. 18; Snijders & Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, nr. 59; J.C. van der Steur, *Grenzen van rechts-objecten* (diss. Leiden), Deventer 2003, hoofdstuk 3.

20 De wet omschrijft de commanditaire vennootschap in artikel 19 WvK als een vennootschap die wordt aangegaan tussen hoofdelijk verbonden vennoten en commanditaire vennoten welke vennootschap, ten aanzien van de beherende vennoten, een vennootschap onder firma is en ten aanzien van de commanditaire vennoten een commanditaire vennootschap. Hieruit mag niet worden afgeleid dat een vennootschap

Aan de hand van de hier gegeven omschrijving van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap komen we tot de volgende kwalificatie van de personenvennootschap:

Figuur 2 Kwalificeren van een personenvennootschap



Bovenstaand kwalificatieschema zal in het volgende hoofdstuk worden toegelicht aan de hand van de kenmerken alsmede de algemene bepalingen van de personenvennootschappen.

1.4 Terminologie

In dit boek worden de termen ‘maatschap’ en ‘vennootschap’ als synoniemen gebruikt. Hetzelfde geldt voor de begrippen maten en vennoten, maatschaps- en vennootschapsvermogen, en maatschaps- en vennootschapsovereenkomst of -contract. Daar waar opmerkingen worden gemaakt die uitsluitend de openbare of stille maatschap, de vennootschap onder firma dan wel de commanditaire vennootschap betreffen, zal dit duidelijk uit de tekst blijken. De termen maatschap en vennootschap worden ook in de wettelijke regeling als synoniemen gebruikt en hebben afhankelijk van de context waarin zij gebruikt worden verschillende betekenissen. Zo wordt met maatschap niet alleen bedoeld de overeenkomst waarbij de maatschap tot stand komt, maar ook de duurzame rechtsverhoudingen die uit het sluiten van de overeenkomst voortvloeien. De termen worden ook gebruikt om de gezamenlijke vennoten aan te duiden zoals zij aan het rechtsverkeer deelnemen als

regelgijskertijsd een vennootschap onder firma als ook een commanditaire vennootschap kan zijn.

eenheid van de personen. Daarnaast wordt ook het vermogen, de goederenrechtelijke gemeenschap, als maatschap aangeduid.²¹

1.5 Rechtssubjectiviteit en procespersoonlijkheid

1.5.1 Rechtssubjectiviteit

In de negentiende eeuw heeft, vooral in Duitsland, een strijd gewoed over de vraag of een rechtspersoon een rechtssubject is. Binnen het privaatrecht gebruiken we de term rechtssubject ter aanduiding van iemand die/iets dat drager kan zijn van rechten en verplichtingen. Uiteindelijk is de opvatting waarin de rechtspersoon rechtssubjectiviteit bezit ook in het Nederlandse recht algemeen geaccepteerd en in de loop van de twintigste eeuw niet meer serieus bestreden. Deze strijd is gestreden.

De vraag naar de rechtssubjectiviteit van de personenvennootschappen is daarentegen nog steeds niet beantwoord. Deze kwestie behoort tot de belangrijkste vragen van het moderne privaatrecht.²² Traditioneel worden in het huidige privaatrecht twee verschillende rechtssubjecten erkend: de natuurlijke persoon en de rechtspersoon.

Dit stelt ons voor de vraag wie bij een personenvennootschap drager is van de rechten en plichten die verband houden met de uitoefening van het beroep of bedrijf: de individuele vennoten of de vennootschap als zodanig. De traditionele opvatting ziet de individuele vennoten als de dragers van rechten en plichten en erkent niet dat er naast de vennoten nog een vennootschap als zodanig zou kunnen bestaan die rechtssubjectiviteit heeft (individentheorie).²³ De regeling van de maatschap in artikel 7A:1655 e.v. BW, die uit 1838 stamt, gaat van deze gedachte uit. In Romeinsrechtelijke traditie wordt de maatschap gedefinieerd als overeenkomst. De regeling is dan ook neergelegd in het verbintenissenrecht.

We zullen in het onderstaande zien dat in het burgerlijk procesrecht en het faillissementsrecht de stap naar rechtssubjectiviteit van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap al is gezet: de vennootschap kan als zodanig optreden als eiser of gedaagde (art. 51 lid 1 Rv), en de vennootschap kan als zodanig failliet worden verklaard. Met betrekking tot de openbare maatschap ter uitoefening van een beroep kunnen we, gezien de formulering van artikel 51 lid 2 Rv, ook procespersoonlijkheid aannemen.

Het ontwerp-Van der Grinten gaf aan elke personenvennootschap rechtspersoonlijkheid en het oorspronkelijke wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 BW introduceerde voor de vennoten de mogelijkheid rechtspersoonlijkheid aan hun

21 In artikel 7A:1688 lid 2 BW.

22 Zie hierover Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 8 III; Karsten Schmidt, 'Integrationswirkung des Umwandlungsgesetzes', in: M. Habersack et al. (red.) *Festschrift für Peter Ulmer*, Berlin 2003, p. 557-577; H. Hattenhauer, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*, tweede druk, München 2000, § 2.

23 Zie bijvoorbeeld C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek Verklaard*, deel IX, 's-Gravenhage 1885, p. 111.

samenwerkingsverband te geven, terwijl het nieuwe voorstel in beginsel aan openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid geeft. Naar huidig recht kan echter geen rechtspersoonlijkheid worden aangenomen.

1.5.2 Modern Frans recht en Belgisch recht

In het Franse recht, dat grotendeels als voorbeeld heeft gediend voor de Nederlandse wetgever van 1838, is al in de negentiende eeuw aangenomen dat de personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid hebben. Voor de vennootschap onder firma (*société en nom collectif*) en de commanditaire vennootschap werd dit op basis van de *Code de commerce* van 1807 reeds van meet af aan in de rechtspraak aangenomen, hoewel de tekst van de *Code de commerce* hierover zweeg.²⁴ Voor de *société civile* (maatschap) werd dit pas aangenomen door de *Cour de Cassation* in 1891.²⁵ Inmiddels is dit uitdrukkelijk in de *Code civil*²⁶ en *Code de commerce*²⁷ opgenomen. Een vergelijkbare ontwikkeling heeft ertoe geleid dat al in de negentiende eeuw in het Belgisch recht werd aangenomen dat de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap rechtspersoonlijkheid hebben. Deze twee vennootschappen behouden ook in de nieuwste Belgische regeling van 2019, het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, hun rechtspersoonlijkheid (art. 1:5. § 1.).²⁸

1.5.3 Modern Duits recht

Het Duitse recht nam reeds lang aan dat de vennootschap onder firma (*offene Handelsgesellschaft*) en de commanditaire vennootschap (*Kommanditgesellschaft*) rechtssubjectiviteit hebben, dat wil zeggen, drager van rechten en plichten kunnen zijn (§ 124 Abs. 1 HGB).

Of ook voor de openbare maatschap rechtssubjectiviteit kon worden aangenomen, was lange tijd omstreden, maar in de nieuwere literatuur werd steeds vaker bepleit dat ook de openbare maatschap rechtssubjectiviteit zou moeten hebben.²⁹ In zijn

24 Ph. Merle & A. Fauchon, *Droit commercial Sociétés commerciales*, Parijs, 22^e druk 2018-2019, nr. 95.

25 Ch. Req. 23 februari 1891, *DP* 1891, I, 337.

26 Artikel 1842, ingevoerd in 1978.

27 Artikel L. 210-6, ingevoerd in 1966.

28 Inwerkingtreding: 1 mei 2019.

29 Als grondlegger van deze nieuwe literatuur kan Werner Flume worden gezien. Zie voor een literatuuroverzicht: K. Schmidt, 'Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig', *NJW* 2001, p. 993-1003.

arrest van 29 januari 2001³⁰ heeft het Duitse *Bundesgerichtshof*³¹ zich bij deze literatuur aangesloten door aan te nemen dat de openbare maatschap rechtssubjectiviteit en procespersoonlijkheid heeft zonder dat zij tegelijkertijd rechtspersoonlijkheid bezit.³² Het *Bundesgerichtshof* beschrijft uitvoerig de dogmatische moeilijkheden die door de traditionele opvatting van de maatschap als pure overeenkomst werden veroorzaakt en laat zien hoe deze door zijn nieuwe opvatting theoretisch verklaard kunnen worden. Het eerste ontwerp van het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* ging duidelijk uit van het Romeinsrechtelijke model waarin de personenvennootschap uitsluitend als een verbintenisrechtelijke verhouding wordt gezien zonder dat deze verhouding een eigen vermogen heeft dat van de privévermogens van de vennoten onderscheiden moet worden.³³ Uiteindelijk heeft de Duitse wetgever er toch voor gekozen de dogmatische verklaring van de maatschap in het midden te laten.³⁴

Rechtssubjectiviteit wordt ook aangenomen voor het faillissementsrecht: § 11 *Insolvenzordnung* (InsO) bepaalt dat onder andere de *offene Handelsgesellschaft* (oHG), de *Kommanditgesellschaft* (Kg) en de *Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* failliet verklaard kunnen worden.³⁵

Een Duitse personenvennootschap kan ook als zodanig in het *Grundbuch* worden ingeschreven als rechthebbende op een registergoed en is daarmee *grundbuchfähig*. Nu zou gedacht kunnen worden dat dit een puur tot het *Grundbuchrecht* beperkte rechtssubjectiviteit is, maar de tweede *Zivilsenat* van het Bundesgerichtshof heeft in zijn arrest van 25 september 2006 overwogen dat de openbare maatschap eigenaar kan zijn van registergoederen.³⁶ Dat wil zeggen dat de openbare maatschap ook

30 II ZR 331/00. Al meer dan twintig jaar werd door sommige kamers (*Senate*) van het *Bundesgerichtshof* de rechtssubjectiviteit van de openbare maatschap (*Außengesellschaft*) gedeeltelijk erkend, terwijl andere kamers rechtssubjectiviteit expliciet afwezen. Na bovenstaande uitspraak kan aangenomen worden dat de verschillende kamers op één lijn zitten. Zie P. Ulmer, 'Die höchstrichterlich "enträtselte" Gesellschaft bürgerlichen Rechts', *ZIP* 2001, p. 585-599, p. 586-587.

31 Het hoogste civiele rechtscollege in Duitsland.

32 Het BGH verwijst hier naar § 14 Abs. 2 BGB waarin staat: 'Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.'

33 Zie B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, deel II (Recht der Schuldverhältnisse), Berlijn 1899 (herdruk Aalen 1979), p. 330 e.v.

34 De Tweede Commissie, die het tweede (definitieve) ontwerp heeft opgesteld, heeft dit neergelegd in haar Protokolle; zie B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, deel II (Recht der Schuldverhältnisse), Berlijn 1899 (herdruk Aalen 1979), p. 990.

35 *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*/K. Schmidt, derde druk, München 2011, § 158, Anhang Insolvenzrecht, Rn. 4

36 *MittBayNot* 2007, 118.