

De risico's van samenwerken in een VOF of een maatschap¹

Door: MR. DR. A.H. LAMERS²

INLEIDING

In deze tijd waarin het eerder regel dan uitzondering is dat een musicus als ondernemer werkt in plaats van in dienstbetrekking, is het de ondernemende musicus geraden zich als ondernemer te gedragen en derhalve niet alleen kennis, inzicht en vaardigheden te hebben welke zijn gericht op de inhoud van het beroep en het verkrijgen van werk maar ook welke die zijn gericht op de 'inrichting' van de onderneming.

Een ondernemer in een eenmanszaak³ is persoonlijk aansprakelijk voor alle schulden die hij maakt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Er is alsdan dus geen sprake van gescheiden vermogens dat een bepaald deel van het vermogen aan de onderneming toebehoort en een ander deel aan de ondernemer persoonlijk. Het juridische kenmerk van een eenmanszaak is dat de ondernemer en de onderneming met elkaar worden vereenzelvigd. Een schuld van de onderneming is een schuld van de ondernemer persoonlijk. Niet veel anders is het als twee ondernemers met elkaar samenwerken⁴ in een personenvennootschap als daar zijn de vennootschap onder firma (VOF) en de maatschap. De hoofdelijke verbondenheid van de vennoten met de onderneming is alsdan bepaald niet minder en juist ruimer omdat de vennoten in een VOF niet alleen aansprakelijk zijn voor schulden die zij zelf hebben 'veroorzaakt' maar ook voor 100% voor de schulden die een eventuele vennoot heeft veroorzaakt.

In dit artikel zet ik, zonder de pretentie te hebben uitputtend te zijn, uiteen welke mede de primaire risico's zijn van het samenwerken in een VOF of een maatschap.

HISTORISCH PERSPECTIEF

VOF en maatschap vinden haar oorsprong in het Romeinse recht. De Romeinen kenden de zogenaamde 'societas'. Deze societas was een overeenkomst tussen tenminste twee partijen inhoudende een gezamenlijk doel na te streven. Deze overeenkomst onderscheidde zich daarmee van andere contracten doordat het accent niet primair lag op het verrichten van een prestatie met het oog op een tegenprestatie maar op parallelle belangen, namelijk een 'vriendschapsverhouding' gericht op het gezamenlijk verwezenlijken van het nagestreefde doel. De societas bleef overeind zolang er tussen de socii (vennoten) blijvende wilsovereenstemming was om het gekozen doel te verwezenlijken. De vennoten konden ter verwezenlijking van dat doel de meest uiteenlopende materiële en immateriële dingen in de gemeenschap inbrengen: roerende, onroerende zaken en geld maar ook arbeid of een specifieke deskundigheid.

In het oude Burgerlijk Wetboek (BW) van 1838 waarvan de titel 'van Maatschap' is overgenomen in boek 7A van het nieuwe BW van 1992⁵, wordt de maatschap omschreven als "een

¹ Dit artikel borduurt voort op een eerder door mij geschreven artikel "VOF en maatschap in perspectief" dat in december 2012 verscheen in *Dans en bedrijf*, periodiek van de NBOB.

² Ton Lamers is als onderzoeker verbonden aan de Open Universiteit en de ArteZ Hogeschool voor de Kunsten.

³ Onder leken ook wel zeer verwarrend zpp-er genaamd hetgeen nadrukkelijk geen juridisch begrip is.

⁴ Daarbij is te denken aan een lespraktijk (school) of een ensemble.

⁵ Art. 7A 1655 e.v. BW

overeenkomst waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkander te delen". Deze omschrijving laat een duidelijke band zien met de societas van de Romeinen. In het Wetboek van Koophandel⁶ (WvK), eveneens van 1838, wordt de VOF omschreven als "een maatschap waarin onder *gemeenschappelijke naam* een bedrijf wordt uitgeoefend. Met deze twee definities wordt het verschil tussen de VOF en de maatschap duidelijk. De vennoten van een VOF treden onder een gemeenschappelijke naam naar buiten, de maten (ook wel vennoten genoemd) van een maatschap doen dat niet. In dat onderscheid zit een gevaar dat ik hierna zal duiden.

DE FEITELIJKE SITUATIE IS LEIDEND

In ons recht heeft altijd het zogenaamde 'substance over form beginsel' gegolden. Dit beginsel komt er op neer dat de feitelijke of werkelijke situatie niet terzijde kan worden geschoven door ontkenning. Dat vraagt om een voorbeeld: Niet zelden proberen werkgevers wel eens onder het ontstaan van een arbeidsovereenkomst met alle fiscale en civiele gevolgen van dien, uit te komen, door heel bewust de overeenkomst niet 'arbeidsovereenkomst' te noemen maar 'overeenkomst van opdracht'. Een dergelijke chicane is in het licht van het substance over form beginsel, in beginsel kansloos. De rechter zal namelijk altijd toetsen aan de feitelijke omstandigheden. Hebben opdrachtgever en opdrachtnemer zich volgens de wettelijke criteria van art. 7:610 BW (gezag / arbeid / loon), jegens elkaar gedragen als werkgever en werknemer dan *is* er sprake van een arbeidsovereenkomst. Zulks 'ontkennen' door de overeenkomst op papier anders te benoemen is kansloos.

Een vergelijkbare situatie doet zich niet zelden ook voor in het perspectief van het personenvennootschapsrecht. Volgens art. 7A:1679 en 1681 BW zijn de maten van een vennootschap niet hoofdelijk verbonden in de schulden die door een der maten voor rekening van de maatschap is aangegaan. De vennoten van een VOF zijn volgens art. 18 WvK wel hoofdelijk verbonden als gevolg van verbintenissen van de vennootschap. Bedenk daarbij dat het begrip 'verbintenissen' veel ruimer is dan 'overeenkomsten'. Ook schulden die ontstaan uit onrechtmatige daad⁷ vallen daar onder. Dat laatste is mijns inziens een serieus nadeel van de VOF. Niets is immers zo onvoorspelbaar als de 'vennoot' en deze onvoorspelbaarheid wordt alleen maar groter naarmate er meerdere vennoten zijn. Een VOF bestaande uit vier vennoten betekent dat alle vennoten te maken hebben met drie potentiële veroorzakers van schulden (buiten zichzelf om). De Romeinen zagen de societas nog als gebaseerd op 'vriendschap'. Dat is mooi maar iedereen kent ook de treffende songtekst "vriendschap is een illusie..."

KAN MEN HET RECHT TE SLIM AF ZIJN?

Wat daar ook van zij, de vennoten van een VOF lopen een veel groter aansprakelijkheidsrisico dan de maten in een maatschap.

Niet zelden kom ik situaties tegen waarin samenwerkende partijen op basis van 'juridisch advies van een boekhouder' menen heel slim te zijn. De samenwerkende partijen gaan dan een maatschapscontract aan met het oog op het ontwijken van aansprakelijkheidsrisico. Ze stellen een maatschapscontract op en geven de maatschap een naam. Bij voorbeeld maatschap "Corda Ensemble" voor een salonorkestje. Er wordt een website opgetuigd en er worden visitekaartjes en briefpapier gedrukt, enzovoorts. Indien er om welke reden dan ook door

⁶ Art. 16 WvK

⁷ Het veroorzaken van schade.

één der vennoten schulden zijn gemaakt⁸ wanen de overige vennoten zich veilig wat ze hebben immers een maatschap en geen VOF. Ze zullen bij de rechter bedrogen uitkomen... Nu de 'maatschap' onder gemeenschappelijke naam naar buiten treedt kunnen ze helemaal geen maatschap zijn maar zijn maar op grond van het substance over form beginsel alleen een VOF met alle aansprakelijkheidsgevolgen van dien. Daarbij dient men te bedenken dat de vennoten altijd voor 100% hoofdelijk zijn verbonden. Dat wil zeggen alle vennoten staat voor 100% garant. De schuldeiser kan eenvoudig een willekeurig door hem gekozen vennoot "uitschudden". Deze vennoot heeft dat wel zogenaamd regres of de andere vennoten maar als daar niets valt te halen houdt alles op. De "maten/vennoten" kunnen het recht dus niet te slim af zijn door te proberen de feitelijke situatie op papier te overrulen.

SCHADE EN SCHANDE IN DE PRAKTIJK

Onlangs heb ik vennoot van een muzikaal gezelschap bijgestaan in de ontbinding van een 'maatschap'. Omdat het gezelschap geen afdoende verzekering had in de bedrijfsrisicosfeer werd zij als gevolg van een ogenschijnlijk klein ongelukje geconfronteerd met een niet geringe schadeclaim. De WA-verzekering van de vennoot die de schade had veroorzaakt wilde (begrijpelijk) niet dekken omdat de schade was veroorzaakt in de uitoefening van bedrijf of beroep⁹. Toen de laedens (degene die de schade heeft geleden) zich tot de andere vennoten wendde omdat er bij de schadeveroorzakende vennoot niets te halen viel, verschuilden de andere vennoten zich tevergeefs achter de maatschapsakte. De rechter keek er dwars door heen. U gedraagt zich als een VOF dus rekenen we met u als af als VOF... Laat u niets wijs maken het is niet mogelijk aan het recht te ontsnappen door de situatie op papier anders voor te stellen dan deze in werkelijkheid is.

TOT SLOT

Voor ondernemers is het zaak zich bewust te zijn van de rechtsvorm waarin zij de onderneming uitoefenen. Met name de VOF en de maatschap brengen niet zelden een extra risico met zich¹⁰. Structureel met andere samenwerken, ook al staat er niets op papier kan dus al inhouden dat de samenwerkende personen zich al als een VOF gedragen en dus als zodanig worden afgerekend als er iets mis gaat. Het motto "hoe meer zielen hoe meer vreugd" zou ik in dit geval willen vertalen met "hoe meer zielen hoe meer risico".

Net als altijd is een keuze niet alleen afhankelijk van de kosten. Als men een auto aanschaft is doorgaans ook niet alleen de prijs leidend, zaken als veiligheid en comfort spelen een ook rol en dat is menigeen iets waard. Een stichting of, sinds de invoering van het nieuwe BV-recht, zelfs de BV is met name als men wenst samen te werken met anderen mijns inziens niet zelden een betere keuze. In een volgende bijdrage ga ik daar graag nader op in.

⁸ Bewust of onbewust, opzettelijk of per ongeluk; schulden moeten worden voldaan.

⁹ Een normale WA verzekering dekt alleen schade welke is veroorzaakt in strikte privé situaties.

¹⁰ Dat is niet altijd het geval, als een persoon een VOF aangaat met de persoon met wie hij of zij in gemeenschap van goederen is gehuwd, is met toch al hoofdelijk verbonden.