

Samenwerkingsvormen



Otilie Laan
Blumstone Advocaten

Een eerste stap naar verlichting van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot en de C.V./B.V.-structuur

Inleiding

De huidige wetgeving over de personenvennootschap dateert uit 1838 en is versnipperd, onvolledig en onduidelijk. Nadat het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 BW al door de Tweede Kamer was aanvaard, is het eind 2011 onverwacht ingetrokken. Even leek het alsof alles bij het oude zou blijven, maar dat is gelukkig niet zo. De laatste jaren ontstaat steeds meer jurisprudentie over personenvennootschappen in de lijn van het ingetrokken wetsvoorstel, waaronder alleen al in 2015 twee arresten¹ van de Hoge Raad.

In deze rubriek bespreek ik de gevolgen van het *Lunchroom De Katterug*-

arrest van de Hoge Raad van 29 mei 2015² en het *Distriport*-arrest van het Hof Amsterdam van 27 januari 2015³ in het licht van de bij gebiedsontwikkeling veelgebruikte C.V./B.V.-structuur.⁴ In het arrest *Lunchroom De Katterug* zet de Hoge Raad de eerste stap naar verlichting van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot bij overtreding van het bestuursverbod. Met dit arrest in het achterhoofd had het hof in de *Distriport*-zaak wellicht anders geoordeeld. Het hof heeft in dit arrest – dat eerder is geweest dan het *Lunchroom De Katterug*-arrest – streng geoordeeld dat de commandieten hoofdelijk aansprakelijk waren voor alle schulden van de *Distriport CV vanwege* de enkele overtreding van het bestuursverbod.

De C.V./B.V.-structuur

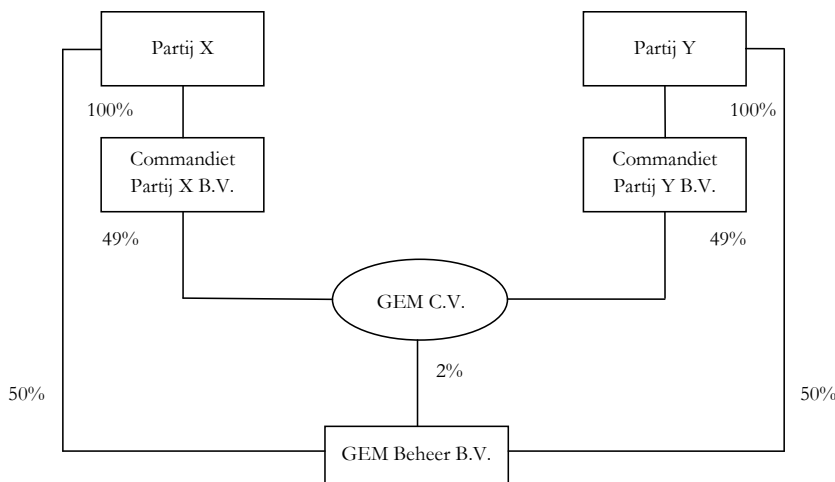
De C.V./B.V.-structuur bestaat uit een samenwerking tussen een commanditaire vennootschap met een of meer commanditaire vennoten en een besloten vennootschap als besturend vennoot. In algemene zin is de C.V. geschikt voor ondernemingen met financiers die het door hen in te brengen kapitaal risicodragend aan de C.V. ter beschikking willen stellen.

De contractuele vrijheid van inrichting, de beperkte draagplicht van de commandieten en de fiscale transparantie voor de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting zijn be-

langrijke voordelen van de C.V./B.V.-structuur als samenwerkingsvorm. De commanditaire vennoot investeert kapitaal in de C.V. en loopt risico tot de hoogte van het ingebrachte kapitaal. Daarom is zijn draagplicht op grond van artikel 20 lid 3 Wetboek van Koophandel (WvK) voor schulden van de vennootschap beperkt tot het kapitaal dat hij heeft geïnvesteerd.

Om het ondernemings- en aansprakelijkheidsrisico bij gebiedsontwikkeling zo veel mogelijk te beperken, kiezen publieke en private partijen regelmatig voor een C.V. (vaak Gemeenschappelijke Exploitatie Maatschappij of GEM genoemd) met een B.V. als beherend vennoot. Laatstgenoemde mag de C.V. vertegenwoordigen.

Vervolgens participeren de publieke en private partijen gezamenlijk in het commanditair kapitaal en houden zij gezamenlijk de aandelen in de beherend vennoot *direct of indirect* door middel van een projectvennootschap. In de samenwerkingsstructuur handelen de publieke en private partijen in verschillende vennootschappelijke hoedanigheden. Doorgaans gaan partijen eerst een samenwerkingsovereenkomst aan waarin de voorwaarden voor de samenwerking en de samenwerkingsvorm zijn vastgelegd die wordt uitgevoerd door middel van de C.V./B.V.-structuur.



Het bestuursverbod voor de commandiet

Op grond van artikel 20 lid 2 WvK, ook wel het bestuursverbod⁵ genoemd, mag een commandiet geen bestuurs- of beschikkingsdaden verrichten ook niet op basis van een volmacht. Doet hij dat wel, dan handelt hij als ware hij beherend vennoot en is hij met de beherend vennoot hoofdelijk verbonden voor alle schulden van de C.V. De strekking van artikel 21 WvK is te voorkomen dat commandieten in relatie tot artikel 20 WvK onduidelijkheid laten ontstaan over hun rechtspositie in de C.V. om zich zo te kunnen onttrekken aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 18 WvK voor gewone vennoten.

Daarnaast beoogt het bestuursverbod te voorkomen dat commanditaire vennoten vanwege hun beperkte draagplicht risicovol gaan ondernemen namens de C.V.

De reikwijdte van het bestuursverbod is onduidelijk. De doctrine bestaat uit aanhangers van de beperkte leer en aanhangers van de ruime leer. Volgens de beperkte leer, beperkt het bestuursverbod zich tot het verbod aan de commanditaire vennoot om in naam van de C.V. naar buiten te treden. Intern mag hij zich bemoeien met het bestuur van de C.V. De aanhangers van de ruime leer verbieden de commanditaire vennoot om in naam van de C.V. naar buiten te treden en om zich te bemoeien met het bestuur van de C.V. Het laatste om te voorkomen dat de commanditaire vennoot een overheersende of beslissende invloed heeft op het optreden van (de beherend vennoot namens) de C.V. Daarbij hoort ook dat een commanditaire vennoot niet tevens aandeelhouder of bestuurder mag zijn van de besturend vennoot.

Tot het *Lunchbroom De Katterug*-arrest van 29 mei 2015 was een commandiet die het bestuursverbod overtrad per definitie hoofdelijk verbonden voor *alle* verbintenissen van de C.V. Dat wil zeggen alle schulden die voor de overtreding waren ontstaan en de schulden die na de overtreding ontstonden. Daarbij maakte het niet uit of het om een lichte, verschoonbare of onbewuste overtreding ging of om een zware, bewuste overtreding van het bestuursverbod. Het maakte ook niet uit of de derde die met de commandiet handelde te goe-

der trouw was en wist dat het ging om de commandiet en niet om de beherend vennoot.⁶

Distriport-arrest

In januari 2015 oordeelde het Hof Amsterdam in het *Distriport*-arrest op vordering van de Provincie Noord-Holland conform de ruime leer dat de commanditaire vennoten van Distriport CV hoofdelijk aansprakelijk waren voor alle schulden van Distriport CV *vanwege* de enkele overtreding van het bestuursverbod. Distriport CV/BV was een samenwerking die zag op de ontwikkeling van het bedrijventerrein Distriport Noord-Holland in de Gemeente Koggenland en was aangegaan door De Peyler Projectontwikkeling BV, Zeeman Vastgoed BV en (indirect) de Provincie Noord-Holland (hierna: de Provincie). De Provincie participeerde ook (indirect) in de samenwerking als commanditaire vennoot en als 50% aandeelhouder van de aandelen in NHN Vastgoed BV, aandeelhouder van de besturend vennoot. Volgens het hof hadden de twee directeuren van Zeeman Vastgoed BV en De Peyler BV, commanditaire vennoten en tevens aandeelhouder van de besturend vennoot, Distriport BV, verboden bestuurshandelingen verricht.

De bestuurshandelingen bestonden concreet uit overleg met de Belastingdienst over de fiscale bouwrijpheid van de grond en overleg met de Provincie als publiekrechtelijk rechtspersoon over de financiering na de oprichting van Distriport BV en het ondertekenen van de C.V.-akte.⁷ Hetzelfde geldt voor de conclusie van het hof dat i.c. sprake was van verboden bestuurshandelingen. In de optiek van Tervoort⁸ had het zonder tegenindicaties gezien het onderwerp van het overleg (zaken die de C.V. betreffen) meer voor de hand gelegen om deze overleghandelingen toe te rekenen aan de beherend vennoot. Verder *kende* de Provincie de hoedanigheid van de desbetreffende directeuren van de commanditaire vennotschappen. De Provincie was immers vanaf het eerste begin betrokken bij de opzet en structuur van de samenwerking met de private partijen inzake het Distriport-terrein. De Provincie heeft mede onderhandeld over de ontwikkeling van bedrijventerrein Distriport Noord-Holland. Ze parti-

cipeerde indirect als aandeelhouder voor 50% in de commanditaire vennootschap NHN Vastgoed BV die partij was bij de samenwerkingsovereenkomst. De Provincie had dus niet alleen een publieke pet op, maar ook een private pet zoals gebruikelijk is bij publiek-private samenwerkingsvormen zoals de onderhavige.

Ontstaan Distriport CV

In de praktijk van gebiedsontwikkeling maken partijen doorgaans eerst afspraken over de samenwerking en de uitvoering daarvan in een samenwerkingsovereenkomst, SOK genoemd. In die volgorde gaan partijen eerst een samenwerkingsovereenkomst aan waarin met zoveel woorden is opgenomen dat de samenwerking wordt uitgevoerd door middel van een C.V./B.V.-structuur die daarna wordt opgericht.

In het *Distriport*-arrest oordeelde het hof echter dat *met* de samenwerkingsovereenkomst de C.V. was ontstaan, ook al hadden partijen in de samenwerkingsovereenkomst duidelijk afgesproken dat zij na de totstandkoming eerst Distriport BV en vervolgens Distriport CV zouden oprichten.⁹

Volgens Tervoort¹⁰ in zijn noot bij dit arrest liggen motiveringsklachten tegen 's hofs oordelen voor de hand. Bijvoorbeeld wat betreft het ontstaan van de C.V. uit de samenwerkingsovereenkomst gaat de conclusie van het hof zonder voldoende deugdelijke motivering in tegen de wilsverklaring van partijen in de samenwerkingsovereenkomst dat zij de C.V./B.V. later zouden oprichten.

Volgens het hof bepaalt de samenwerkingsovereenkomst concreet wie de commandieten zullen zijn. Daarmee werd de B.V./C.V. Distriport naar buiten toe bekendgemaakt gevolgd door een uitnodiging voor de bijeenkomst ter ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst waarin stond: 'Hiermee is de BV/CV Distriport' een feit.

Zonder nadere motivering meent het hof dat onder deze omstandigheden geen zelfstandige betekenis toekomt aan de bepaling in de samenwerkingsovereenkomst dat zo spoedig mogelijk zal worden overgegaan tot oprichting van Distriport CV.¹¹ Feitelijk waren Distriport BV en Distriport CV op dat moment nog niet opgericht. Dat gebeurde pas een jaar later.

Lunchroom De Katterug-arrest

In dit arrest ging het om ouders die samen met hun zoon een lunchroom exploiteerden. De ouders waren beide commanditaire vennoot en hun zoon was beherend vennoot. Op verzoek van de verhuurder in 1998 hebben de ouders mede namens de C.V. de huurovereenkomst ondertekend. In 2010 hebben zijn in hun hoedanigheid van commanditaire vennoten *namens* de C.V. de huurbëindigingsovereenkomst ondertekend. In 2011 vordert degene die de lunchroom heeft overgenomen een bedrag terug van de C.V. die deze vergoeding niet betaalt. Daarop vordert de overnemer in rechte betaling van dit bedrag. Hij stelt daarbij dat de ouders als commanditaire vennoten het bestuursverbod van artikel 20 lid 2 WvK hebben overtreden door de huurovereenkomst mede te ondertekenen. Daardoor zijn ze op grond van artikel 21 WvK hoofdelijk verbonden voor alle verbintenissen van de C.V. In eerste aanleg en in hoger beroep vangen de ouders bot. Volgens het Hof 's-Hertogenbosch¹² hebben de ouders jegens derden (de overnemer) de schijn gewekt dat zij beherend vennoot waren door het ondertekenen van beide overeenkomsten. Daarbij maakte het volgens het hof niet uit dat de overnemer wist dat zij commandieten waren en geen beherend vennoot. Daartegen heeft A-G Timmerman cassatie in het belang der wet ingesteld. Volgens het middel dat hij aanvoerde heeft het Hof 's-Hertogenbosch bij de uitleg van artikel 21 WvK ten onrechte geoordeeld dat geen belang toekomt aan de omstandigheid dat de wederpartij van de C.V. ervan op de hoogte was dat de ouders commandieten waren en geen beherend vennoot. De Hoge Raad benadrukt dat artikel 21 WvK een sanctie bevat met als doel om te voorkomen dat commanditaire vennoten op een van de in artikel 20 WvK vermelde manieren onduidelijkheid laten ontstaan over hun rechtspositie en zich zo kunnen onttrekken aan de aansprakelijkheid van artikel 18 WvK. In zijn arrest nuanceert en verzacht de Hoge Raad deze sanctie. Bij overtreding van het bestuursverbod geldt de sanctie van artikel 21 WvK, *tenzij* het handelen de sanctie niet rechtvaardigt en/of de overtredende commandiet geen ver-

wijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Opvallend is dat de Hoge Raad met deze formulering aansluit bij de tekst van artikel 7:837 lid 2 BW van het ingetrokken wetsvoorstel Personenvennootschappen.¹³ Hieruit volgt dat de rechter – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – de ruimte krijgt om te oordelen dat de sanctie niet is gerechtvaardigd of dat het gevolg daarvan moet worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de C.V. Het is aan de commandiet om deze omstandigheden te stellen en te bewijzen. Bij de beoordeling van de vraag of de sanctie is gerechtvaardigd kan ook van belang zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commandiet is ontstaan. Daarnaast geldt dat degene die zich jegens een commandiet op de sanctie van artikel 21 WvK beroept, de commandiet *steeds enig verwijt* van zijn handelwijze moet kunnen maken. Op zijn beurt moet de commandiet weten dat hij geen daden van bestuur mag verrichten.

Conclusie

Als gevolg van het *Lunchroom De Katterug*-arrest leidt overtreding van het bestuursverbod niet meer automatisch tot hoofdelijke verbondenheid voor alle schulden van de C.V. Tegelijkertijd is de reikwijdte van het bestuursverbod nog steeds niet duidelijk. Commandieten weten niet precies waar de grens ligt tussen toelaatbare en ontoelaatbare bemoeienis met het bestuur van de C.V.¹⁴ Sinds zijn arrest van 29 mei 2015 (*Lunchroom De Katterug*) is wel duidelijk dat de Hoge Raad niet meer star en zonder rekening te houden met de omstandigheden van het geval vasthoudt aan de hoofdelijke verbondenheid van de commandiet bij overtreding van het bestuursverbod. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van overtreding van het bestuursverbod door het naar buiten toetreden van een commanditaire vennoot is *wetenschap* van de ware positie van de derde die handelde met de commandiet relevant. Daarnaast moet sprake zijn van *verwijtbaarheid* bij de commanditaire vennoot. Daarnaast heeft de Hoge Raad de strenge sanctie van artikel 21 WvK verzacht in het *Lunchroom De Katterug*-arrest. Op grond van dit arrest krijgt de rechter de discretionaire be-

voegdheid om te oordelen dat een sanctie niet is gerechtvaardigd of dat het gevolg daarvan moet worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de C.V.

De Provincie was (indirect) als mede-commandiet en medeaandeelhouder immers op de hoogte van de vennootschappelijke positie van de directie van Zeeman Vastgoed BV en De Peyler BV die (indirect) namens de besturend vennoot optraden, althans evengoed de indruk daartoe konden hebben gewekt. In dat geval is het gevolg dat op grond van de criteria van het *Lunchroom De Katterug*-arrest *geen* sprake was van overtreding van het bestuursverbod. Op 8 mei 2015 is cassatie ingesteld tegen het *Distriport*-arrest van het hof. Of de Hoge Raad casseert en helder maakt welke handelingen de commandiet in de praktijk wel en niet mag verrichten, is afhankelijk van de cassatiemiddelen.

1. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 (*VDV Totaalbouw*) en HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588 (*Carlande*).
2. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413 (*Lunchroom De Katterug*).
3. Hof Amsterdam 27 januari 2015, 200.136.210/01, ECLI:NL:HR:GHAMS:2015:127 (*Distriport*), *JOR* 2015/164.
4. O. Laan, 'De CV/BV in vogelvlucht', *VGR* 2010, afl. 2.
5. In navolging van A.J.S.M. Tervoort hanteer ik het begrip 'bestuursverbod' in plaats van het 'beheersverbod', A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, § 1.3.4.I.
6. HR 15 januari 1943, *NJ* 1943/201 (*Walvius*).
7. Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:127, *JOR* 2015/164, r.o. 3.30.2.
8. Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:127, *JOR* 2015/164.
9. Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:127, *JOR* 2015/164, r.o. 3.26.2.
10. Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:127, *JOR* 2015/164.
11. Hof Amsterdam 27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:127, *JOR* 2015/164, r.o. 3.26.2.
12. Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1276.
13. *Kamerstukken II* 2002/03, 28746 en *Kamerstukken II* 2006/07, 31065.
14. A.J.S.M. Tervoort 2013, p. 9.