

Enkele aspecten van de commanditaire vennootschap onder het Wetsvoorstel Personenvennootschappen

Inleiding

Op 24 december 2002 werd de Tweede Kamer verblijd met een mooi kerstcadeautje: het wetsvoorstel tot vaststelling van de lang verwachte titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (TK 28 746; hierna ook: het Wetsvoorstel). Het Wetsvoorstel strekt ter vervanging van de huidige regeling van de maatschap (art. 7A:1655-1688 BW) en van de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap (art. 15-34 WvK).

Onder het Wetsvoorstel verdwijnt de vennootschap onder firma. Geïntroduceerd wordt de openbare vennootschap: 'de vennootschap tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf, die op een voor derden kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam' (art. 801 lid 1). De vennootschap die niet openbaar is, wordt aangeduid als maatschap (art. 801 lid 2).

Als derde type vennootschap noemt het Wetsvoorstel de commanditaire vennootschap. Artikel 836 lid 1 omschrijft dit als 'de als zodanig optredende openbare vennootschap welke naast een of meer gewone vennoten een of meer commanditaire vennoten heeft'. Op de noviteit dat een commanditaire vennootschap een rechtspersoon kan zijn (art. 836 lid 3 jo. 802), wordt in deze beschouwing niet ingegaan. In het Wetsvoorstel worden maar twee artikelen gewijd aan de commanditaire vennootschap. Toch zijn er enkele interessante vraagstukken die om onze aandacht vragen. In deze beschouwing wordt nader ingegaan op enkele aspecten van de commanditaire vennootschap onder het Wetsvoorstel zonder overigens volledigheid te pretenderen. Uitgangspunt hierbij is een commanditaire vennoot-

schap met één besturend vennoot (de term 'beherend' vennoot wordt onder het Wetsvoorstel vervangen door de term 'besturend vennoot') en twee of meer commanditaire vennoten.

Kenmerken commanditaire vennootschap

Zoals hiervoor al is aangegeven, is de commanditaire vennootschap een openbare vennootschap die tevens één of meer commanditaire vennoten heeft. Op grond van deze definitie wordt duidelijk dat de zogeheten 'stille commanditaire vennootschap' geen commanditaire vennootschap is (hetgeen naar huidig recht ook al wordt aangenomen), maar een maatschap. Verder heeft dit tot gevolg dat er onder het Wetsvoorstel niet alleen een commanditaire vennootschap kan zijn tot het uitoefenen van een beroep, maar ook een commanditaire vennootschap tot het uitoefenen van een bedrijf (art. 836 lid 1 jo. 801 lid 1). De definitie van de commanditaire vennoot in artikel 836 lid 2 brengt weinig nieuws. Te noemen valt nog dat de commanditaire vennoot niet uitsluitend arbeid mag inbrengen. De inbreng moet steeds mede uit geld of (genot van) goederen bestaan. De minister geeft expliciet aan dat alleen de inbreng van het genot van goederen door de commanditaire vennoot toereikend kan zijn, zonder dat inbreng van geld of goederen noodzakelijk is (MvT, p. 69).

De commanditaire vennootschap heeft geen in aandelen verdeeld kapitaal (art. 836 lid 4). Naar huidig recht is de commanditaire vennootschap op aandelen ook niet mogelijk (art. 19 lid 3 WvK). In de memorie van toelichting (p. 73) wordt aangegeven dat er in de praktijk weinig tot geen behoefte bestaat aan de commanditaire vennootschap op aandelen. Toch blijkt in de praktijk wel degelijk behoefte te bestaan aan fiscaal transparante en fiscaal niet-transparante personenvennootschappen met overdraagbare deelnemingen. De memorie van toelichting leert ons dat ook thans reeds bestaat de 'mogelijkheid van een commanditaire vennootschap met (eventueel beperkt) overdraagbare deelnemingen of participaties van de commanditaire vennoten'. De principiële bezwaren tegen een commanditaire vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal zijn onduidelijk. Ook is onduidelijk wat het verschil is tussen de blijkens de memorie van toelichting toegelaten commanditaire vennootschap met overdraagbare participaties en de niet toegelaten commanditaire vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. De mijns inziens wenselijke stap naar een commanditaire vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal lijkt klein en de duidelijkheid te bevorderen.

Vermogen van de commanditaire vennootschap; vertegenwoordiging

Afgescheiden vermogen

Dat de commanditaire vennootschap onder het Wetsvoorstel een bijzondere vorm is van de openbare vennootschap, brengt mee dat de bepalingen die zien op de openbare vennootschap ook van toepassing zijn op de commanditaire vennootschap, voorzover daarvan niet afgeweken wordt in de artikelen 836 en 837. Interessant is de mening van de minister op p. 69 van de memorie van toelichting:

'Reeds onder huidig recht wordt sinds de zestiger jaren, anders dan hetgeen sommigen uit de uitspraken van de HR van 4 januari 1937, NJ 1937, 586 (Schaaper) en 3 februari 1956, NJ 1960, 120 (Hardy) afleiden, aanvaard dat bij een commanditaire vennootschap, ook een met slechts één besturend vennoot, een vennootschappelijke gemeenschap kan worden gevormd tussen de gewone vennoot c.q. vennoten en de commanditair c.q. commanditair.

Zulks wordt immers bepaald door de regels omtrent goederenrechtelijke verkrijging.'

Hoewel al vele jaren door gezaghebbende auteurs (zie bijvoorbeeld Asser-Maeijer 5-V, 2000, nr. 412 e.v. en A.L. Mohr, Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, 1998, p. 177 e.v. en de daar genoemde literatuur) bepleit wordt dat ook de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen heeft, althans zou moeten hebben, was in de praktijk op dit punt voorzichtigheid troef. Dit zal niet in de laatste plaats zijn voortgevloeid uit de overwegingen van de Hoge Raad in het Erik Schaaper- en het Hardy-arrest, dat voor het erkennen van een afgescheiden vermogen bij een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot niet voldoende steun in de wet kan worden gevonden. Ook het Wetsvoorstel gaat uit van een afgescheiden vermogen voor de commanditaire vennootschap met één besturend vennoot. De in artikel 806 vervatte bepalingen omtrent het gebonden karakter van de gevormde gemeenschap en de verhaalsmogelijkheid van de zaakscrediteuren op de goederen van die gemeenschap zijn eveneens op de commanditaire vennootschap van toepassing.

Vertegenwoordiging van commanditaire vennoten

Het Wetsvoorstel brengt een nieuwe regeling ten aanzien van de vertegenwoordiging van de commanditaire vennoten door een besturend vennoot. De algemene regeling van artikel 811 omtrent de vertegenwoordigingsbe-

voegdheid van de besturend vennoten geldt ook voor de commanditaire vennootschap. Het bevoegd aangaan van zaakschulden door de besturend vennoot heeft tot gevolg dat de zaakschuldeisers de gemeenschap inclusief het aandeel daarin van de commanditaire vennoten kunnen uitwinnen en verder dat alle besturend vennoten hiervoor hoofdelijk verbonden zijn. De commanditaire vennoten zijn krachtens artikel 837 lid 1 niet persoonlijk voor de verbintenissen van de vennootschap verbonden. Als gevolg van deze benadering kan een besturend vennoot mede namens de commanditaire vennoten een vorderingsrecht verkrijgen dat in de vennootschappelijke gemeenschap valt en waarover hij alleen tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap kan beschikken. Ook kan een besturend vennoot, dus mede namens de commanditaire vennoten, door levering aan hem goederen verkrijgen die gaan behoren tot de vennootschappelijke gemeenschap, terwijl hij mede namens de commanditaire vennoten ook goederen behorend tot die gemeenschap kan vervreemden en leveren of bezwaren. Dit derhalve zonder dat de besturend vennoot hiervoor een expliciete volmacht nodig heeft, die apart verstrekt wordt of is opgenomen in de vennootschapsovereenkomst, ook in geval van de levering van onroerende zaken of aandelen op naam.

Deze benadering wordt naar huidig recht al verdedigd door H.W. Heyman (zie bijvoorbeeld Van Mourikbundel, 2000, p. 51 e.v.). De heersende leer gaat er echter van uit dat een beherend vennoot de commanditaire vennoten niet zonder expliciete volmacht kan vertegenwoordigen (zie bijvoorbeeld Asser-Maeijer 5-V, 2000, nr. 393 en Mohr, a.w., p. 166) en dat levering aan een beherend vennoot niet zonder meer verkrijging van de juridische eigendom door de commanditaire vennoten meebrengt. Mocht de beherend vennoot bij de verkrijging van bijvoorbeeld registergoederen namens de commanditaire vennootschap niet tevens gemachtigd zijn door de commanditaire vennoten, dan zal hij de registergoederen (gedeeltelijk) aan de commanditaire vennoten moeten doorleveren. Dit laat natuurlijk onverlet dat ook als de commanditaire vennoten niet gerechtigd zijn in de juridische eigendom van de registergoederen, zij daarin wel economisch gerechtigd (kunnen) zijn op grond van de bepalingen in het vennootschapscontract. Ten aanzien van roerende zaken wordt overigens aangenomen dat levering aan de beherend vennoot wel tot verkrijging door de commanditaire vennoten van de juridische eigendom van de roerende zaken kan leiden op grond van de vennootschapsovereenkomst (via doorlevering of middellijke verkrijging ex art. 3:110 BW).

De nieuwe regeling onder het Wetsvoorstel biedt dus duidelijk voordelen: vermeden worden de complicaties van cessie, doorlevering en teruglevering aan en door de commanditaire vennoten, die volgens de heersende leer naar huidig recht optreden als gevolg van het feit dat de beherend vennoot de commanditaire vennoten niet zonder expliciete volmacht kan vertegenwoordigen.

Het voorafgaande laat overigens onverlet dat de besturend vennoot ex (het intern werkende) artikel 810 voor ingrijpende, niet onder de normale exploitatie vallende beschikkingshandelingen voor rekening van de vennootschap mede de instemming nodig heeft van de commanditaire vennoten (tenzij bij of krachtens de vennootschapsovereenkomst anders is bepaald).

Aansprakelijkheid van vennoten

Aansprakelijkheid

De gewone vennoten (waaronder de besturend vennoten; in de praktijk zal een commanditaire vennootschap zelden gewone vennoten hebben, die niet tevens besturend vennoot zijn) van een commanditaire vennootschap zijn hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap; de commanditaire vennoten niet. De commanditaire vennoten hoeven in het verlies van de vennootschap niet verder te delen dan tot het bedrag van hetgeen zij hebben ingebracht of verplicht zijn in te brengen. Weinig nieuws onder de zon dus ten aanzien van de 'gewone' aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot.

Beheersverbod

Het nieuwe beheersverbod van artikel 837 lid 2 brengt wel enkele wijzigingen ten opzichte van het huidige recht (art. 20 en 21 WvK). De commanditaire vennoot die al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap handelt of door zijn handelen een beslissende invloed uitoefent op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap, is tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt.

Dat een commanditaire vennoot door zijn handelen intern geen beslissende invloed mag uitoefenen op het optreden van de besturend vennoten, is een duidelijke neerslag van de ruime leer van Maeijer (Asser-Maeijer 5-V, 2000, nr. 369 e.v.). Naar huidig recht is deze opvatting niet onomstreden (zie bijvoorbeeld Mohr, a.w., p. 169, H.W. Heyman, De c.v. in de actuele praktijk, 1988, p. 12). De vraag kan gesteld worden of de praktijk

erg gelukkig moet zijn met deze bepaling. De ratio van het beheersverbod is volgens de memorie van toelichting (p. 75) de volgende:

‘Daarom wilde de wetgever vanouds voorkomen enerzijds dat bij derden toch de indruk postvat dat de commanditair in werkelijkheid besturend vennoot zou zijn, en anderzijds dat deze in staat zou zijn om zonder eigen persoonlijke verbondenheid de commanditaire vennootschap eventuele gewaagde handelingen in het rechtsverkeer te laten verrichten.’

De ratio van het ‘enerzijds’ is duidelijk. De vraag is echter of de ratio van het ‘anderzijds’ nog steeds valide is en het nieuwe artikel 837 lid 2 wel kan dragen. Als een derde met een commanditaire vennootschap een overeenkomst aangaat, weet hij, althans behoort hij te weten, dat hij zich uitsluitend op het vennootschapsvermogen en de besturend vennoot kan verhalen. Wie dat is, kan een derde zonder enige moeite achterhalen via het handelsregister, al dan niet via internet. Zolang een commanditair vennoot zich niet uitteeft voor een besturend vennoot of als gevolmachtigde namens de commanditaire vennootschap optreedt (zonder daarbij expliciet duidelijk te maken dat hij uitsluitend in zijn hoedanigheid van gevolmachtigde optreedt), zal er geen verwarring kunnen ontstaan en weet de derde dat hij zich niet kan verhalen op de commanditaire vennoot. Vaak zal een derde ook niet weten wie de commanditaire vennoten zijn van de commanditaire vennootschap waarmee hij zaken doet. Hoe zou er dan verwarring kunnen ontstaan? In zoverre zou het verbod voor de commanditaire vennoot om te handelen als gevolmachtigde ook afgeschaft kunnen worden. Waar het om gaat, is dat in de externe presentatie duidelijk wordt gemaakt dat de handelend persoon niet handelt als commanditaire vennoot. Naar mijn mening rechtvaardigt dan ook uitsluitend een extern optreden van de commanditaire vennoot, waarbij hij niet expliciet duidelijk maakt dat hij handelt anders dan als commanditaire vennoot, de verregaande hoofdelijke aansprakelijkheid. Dat een commanditaire vennoot niet in staat zou mogen zijn om zonder eigen persoonlijke verbondenheid de commanditaire vennootschap eventuele gewaagde handelingen in het rechtsverkeer te laten verrichten, lijkt mij niet meer van deze tijd. Zoals hiervoor al is betoogd, zal een derde er niet van uit (mogen) gaan dat hij zich kan verhalen op een commanditair vennoot, zeker niet als de commanditaire vennoot zich nooit extern heeft gemanifesteerd op een wijze die verwarring kan doen ontstaan. Onduidelijk is ook wanneer er nu precies sprake is van het uitoefenen van een ‘beslissende invloed’. Deze nieuwe bepaling bevordert de rechtszekerheid niet. Zie in dit

verband ook de terechte kritiek op deze bepaling in het rapport van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (p. 19). Als voorbeeld van een situatie waarin beslissende invloed wordt uitgeoefend, noemt de memorie van toelichting (p. 76) de situatie dat een commanditair vennoot tevens directeur-enig aandeelhouder is van de BV die optreedt als besturend vennoot. Daar kan ik me nog wel iets bij voorstellen, indien de derde met wie een overeenkomst aangegaan wordt, weet dat de directeur tevens commanditaire vennoot is en de directeur niet expliciet duidelijk heeft gemaakt dat hij in dezen uitsluitend handelt in zijn hoedanigheid van directeur van de BV-besturend vennoot. Maar stel nu dat we de casus een klein beetje veranderen. De commanditaire vennoot is wel enig aandeelhouder (of houdt 50% van de aandelen in de BV-besturend vennoot), maar is geen directeur van deze BV. De directeur van de BV is een werknemer van de commanditaire vennoot of een trustkantoor dat is ingeschakeld door de commanditaire vennoot. Is er dan ook nog sprake van een overtreding van het beheersverbod? Gezien het voorgaande zal duidelijk zijn dat dat naar mijn mening niet het geval is, aangezien geen verwarring kan ontstaan dat de directeur van de BV-beherend vennoot handelt als commanditaire vennoot. Vele variaties zijn denkbaar en komen in de praktijk ook voor. Het zou wenselijk zijn dat dit gedurende de behandeling van het Wetsvoorstel nader verduidelijkt en uitgewerkt wordt. Als aanvulling op de voorgestelde regeling en om misbruik te voorkomen zou een bepaling kunnen worden opgenomen die vergelijkbaar is met artikel 2:138/248 BW, zodat een commanditaire vennoot die (mede) beleidsbepaler is geweest, bij het faillissement van de commanditaire vennootschap hoofdelijk aansprakelijk wordt jegens de boedel voor de vennootschapschulden die niet uit het vennootschapsvermogen kunnen worden voldaan. Ook zou het wenselijk zijn dat in de wet opgenomen wordt hoe een commanditaire vennoot die het beheersverbod heeft overtreden, weer van zijn hoofdelijke aansprakelijkheid af kan komen. Wel kan zonder angst voor overtreding van het beheersverbod worden overeengekomen dat de commanditaire vennoten toezicht zullen houden op het bestuur en dat zij voor bepaalde categorieën van ingrijpende externe handelingen van de besturend vennoot (los van het bepaalde in art. 810) goedkeuring of instemming moeten geven. In dergelijke gevallen zouden de commanditaire vennoten een handeling kunnen beletten, maar de besturend vennoot niet tot zo’n handeling kunnen noodzaken (MvT, p. 76). Mocht artikel 837 lid 2 ongewijzigd in de voorgestelde vorm worden ingevoerd, dan is het niet ondenkbaar dat commanditaire vennootschapsovereenkomsten in de toekomst meer dan op dit moment zeer uitgebreide goed-

keuringslijstjes en toezichthoudende 'organen' die lijken op een raad van commissarissen, zullen bevatten. Naar mijn mening zou het ook mogelijk moeten zijn om een instructiebevoegdheid voor de commanditaire vennoten in de vennootschapsovereenkomst op te nemen, gelijk aan die wel voorkomt in BV- en NV-statuten (art. 2:129/239 lid 4 BW). Per slot van rekening is deze instructiebevoegdheid een puur interne aangelegenheid die verder betreft de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de vennootschapsovereenkomst aangegeven terreinen. In deze opzet is er dus geen bevoegdheid van de commanditaire vennoten om een instructie te geven aan de besturend vennoot in een concrete situatie. De instructiebevoegdheid vindt zijn beperkingen in de redelijkheid en de billijkheid die de vennoten tegenover elkaar moeten betrachten (art. 800 lid 2).

Nieuw is dat de commanditaire vennoot die bij overtreding van het beheersverbod de bietenbrug opgaat, tegenover derden alleen hoofdelijk verbonden is voor de verbintenissen van de vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt. Naar huidig recht (art. 21 WvK) bestaat de aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de vennootschap, dus ook voor verbintenissen die voor zijn handelen zijn ontstaan.

Aansprakelijkheid uitgetreden commanditaire vennoten

Artikel 824 geeft een regeling voor de aansprakelijkheid van een uitgetreden vennoot. Een rechtsvordering tegen de uitgetreden vennoot tot nakoming van een ten tijde van zijn uittreden opeisbare vordering verjaart op het tijdstip dat ook de rechtsvordering tegen de vennootschap verjaart, en in ieder geval door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgend op die waarop zijn uittreden in het handelsregister is ingeschreven. Deze bepaling is ook van toepassing op de gewone vennoot die commanditair vennoot wordt voor de ten tijde daarvan bestaande rechtsvorderingen. Het Wetsvoorstel bevat geen regeling voor de aansprakelijkheid van een uitgetreden commanditair vennoot. In zijn arrest van 8 mei 1998, NJ 1998, 888 (Boterenbrood/MeesPierson) heeft de Hoge Raad over dit vraagstuk als volgt bepaald:

'Een commanditaire vennoot heeft, wanneer de vennootschap eindigt – of te zijnen aanzien door zijn uittreding eindigt – aanspraak op terugbetaling van zijn inbreng, in voorkomend geval verminderd met zijn aandeel in het verlies van de vennootschap. Nu bij de berekening van het bedrag dat hem aldus toekomt, rekening zal moeten zijn gehouden met de schuldenpositie van de vennootschap, moet worden aangenomen

dat met de terugbetaling de band tussen de uitgetreden commanditaire vennoot en de vennootschap volledig is geslaakt, dat het hem uitbetaalde niet door de vennootschap kan worden teruggevorderd en dat hij ook niet jegens de vennootschap aansprakelijk is voor haar schulden (...).'

In de memorie van toelichting (p. 72) wordt dit arrest aangehaald in een paragraaf die ziet op de vereffening en verdeling van een ontbonden commanditaire vennootschap. Naar mijn mening blijft deze uitspraak nadat het Wetsvoorstel tot wet verheven wordt, ook onverkort van kracht voor de situatie dat een commanditair vennoot uittreedt, zonder dat de commanditaire vennootschap geliquideerd wordt.

Conclusie

De commanditaire vennootschap onder het Wetsvoorstel ondergaat geen totale gedaanteverandering ten opzichte van de commanditaire vennootschap naar huidig recht. Wel zijn er enkele kleinere en grotere wijzigingen. De praktijk zal zeker worden geholpen met de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid en met de uitgebreidere vertegenwoordigingsbevoegdheid van de besturend vennoot, resulterend in een eenvoudiger levering van goederen aan commanditaire vennoten (in geval van een commanditaire vennootschap die geen rechtspersoon is). Een belangrijk punt van aandacht is de voorgestelde regeling voor het beheersverbod in het Wetsvoorstel en de toelichting daarop. Het is te hopen dat de ruwe kantjes daarvan nog worden bijgeschaafd voor invoering van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek.

*Mr. M.W. Galjaart
Allen & Overy*