

Toezicht door of namens de commanditair vennoot; overtreding beheersverbod?

Inleiding

Bij investeringsfondsen bedingt de commanditair vennoot vaak het recht adviseurs of commissarissen bij de commanditaire vennootschap te benoemen. Kan worden verdedigd dat de commanditair vennoot hiermee het beheersverbod overtreedt?

Commanditaire vennootschap

Algemeen

Een commanditaire vennootschap is – kort gezegd – een samenwerkingsvorm tussen beherende vennoten en commanditaire vennoten. Een commanditair vennoot brengt geld in de commanditaire vennootschap in, en de beherend vennoot is verantwoordelijk voor het bestuur van de commanditaire vennootschap.

Beheersverbod

Ten aanzien van de rechtsfiguur commanditaire vennootschap bestaat veel rechtsonzekerheid. Een vaak terugkerend probleem is het in artikel 20 lid 2 Wetboek van Koophandel (WvK) verwoorde beheersverbod voor de commanditair vennoot. Op grond van dit artikel mag de commanditair vennoot geen daden van beheer verrichten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, zelfs niet uit kracht van een volmacht. Houdt de commanditair vennoot zich aan het eerdergenoemde beheersverbod, dan is de commanditair vennoot slechts gehouden te delen in de schulden en verliezen van de commanditaire vennootschap tot aan het bedrag van zijn inbreng in de commanditaire vennootschap. Indien de commanditair vennoot zich daarentegen niet houdt aan het beheersverbod, dan is hij ingevolge artikel 21 WvK hoofdelijk verbonden voor alle schulden en verbintenissen van de commanditaire vennootschap. Dit laatste is voor de commanditair vennoot – op z'n zachtst gezegd – allesbehalve aantrekkelijk.

Investeringsfondsen

Structuur investeringsfonds

Bij het opzetten en structureren van investeringsfondsen wordt – met name ingegeven door fiscale redenen – veelvuldig gebruikgemaakt van de commanditaire vennootschap. Hoewel vele structuren mogelijk zijn, wordt geregeld gebruikgemaakt van een commanditaire vennootschap waarbij een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid optreedt als beherend vennoot. Dit heeft zowel civielrechtelijke als fiscale redenen. Op deze manier wordt namelijk enerzijds de aansprakelijkheid van de beherend vennoot beperkt, en anderzijds hoeft – als aan een aantal voorwaarden is voldaan – geen consolidatie plaats te vinden tussen de activiteiten van de beherend vennoot en die van de commanditaire vennootschap. Indien een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid optreedt als beherend vennoot, kan het zo zijn dat de aandeelhouder(s) van de beherend vennoot, de bestuurder(s) van de beherend vennoot of zelfs beiden tevens commanditair vennoot zijn in de commanditaire vennootschap. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat deze situaties in dit artikel niet aan de orde komen.

Adviesorgaan of raad van commissarissen

Het zal niemand verbazen dat commanditaire vennoten alleen zullen investeren in een fonds, als zij vertrouwen hebben in de investeringsstrategie van het fonds, én zij op basis van de fondsdocumentatie de door de beherend vennoot te nemen beslissingen (enigszins) kunnen beïnvloeden. Dit laatste wordt vaak vormgegeven door het instellen van een adviesorgaan dat de beherend vennoot adviseert over belangrijke zaken, of een orgaan dat gelijk een raad van commissarissen aan bepaalde belangrijke besluiten zijn goedkeuring c.q. instemming dient te geven. In dit verband kan onder andere worden gedacht aan besluiten over door te voeren investeringen, desinvesteringen, of wijziging van de investe-

ringsstrategie. Elk van de commanditaire vennoten zal zich het recht voorbehouden om hem welwillende personen via bindende nominatie in het adviesorgaan of de raad van commissarissen te laten plaatsnemen. Deze adviseur of commissaris zal de belangen van de commanditair vennoot behartigen en daarmee (indirect) het door de beherend vennoot uit te voeren bestuur een bepaalde – voor de commanditair vennoot gewenste – richting (kunnen) geven. Kan worden verdedigd dat deze structuur tot gevolg heeft dat de commanditair vennoot zijn beheersverbod overtreedt, en dus hoofdelijk verbonden is voor alle schulden en verbintenissen van de commanditaire vennootschap?

Inbreuk op beheersverbod

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Enge en ruime leer; algemeen

In de literatuur worden grofweg twee leren aangehangen: de enge en de ruime leer. De enge leer houdt in dat het de commanditair vennoot niet is toegestaan enige extern gerichte rechtshandeling te verrichten. De ruime opvatting verbiedt tevens het mede-beleidsbepalen door de commanditair vennoot.

Enge leer en vraagstelling

Uitgaande van de enge opvatting kan de hiervoor genoemde vraag eenvoudig worden beantwoord. Het adviesorgaan of de raad van commissarissen van het investeringsfonds heeft een adviserende c.q. toezichthoudende functie. Het orgaan is niet bevoegd om voor de commanditaire vennootschap te handelen en doet dat ook niet. Nu geen extern gerichte rechtshandeling wordt verricht, kan van een inbreuk op het beheersverbod geen sprake zijn, ongeacht de vraag of het handelen van het adviesorgaan of de raad van commissarissen in dezen kan worden gezien als handelen van de commanditair vennoot.

Ruime leer en vraagstelling

Blijft over de vraag of het verdedigbaar is de activiteiten van het adviesorgaan of de raad van commissarissen te kwalificeren als mede-beleidsbepalen door de commanditair vennoot. Behoudens uitzonderlijke situaties zal dit niet snel het geval zijn. Immers, van een dergelijke kwalificatie zal slechts sprake zijn indien de commanditair vennoot bij monde van het adviesorgaan of de raad van commissarissen feitelijk een bepalende invloed heeft op het beleid van de beherend vennoot en op het externe optreden van de commanditaire vennootschap. Ondanks dat het adviesorgaan of de raad van commissarissen zijn invloed kan laten gelden voorafgaand aan het nemen van enige bestuurshandeling door de beherend vennoot, staat het de beherend vennoot vrij de commanditaire vennootschap extern te binden op een wijze die niet (geheel) strookt met de gegeven advisering. Hoewel deze handelswijze voor de beherend vennoot intern op basis van de fondsdocumentatie zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid uit hoofde van wanprestatie, tast dit zijn bevoegdheid de commanditaire vennootschap extern te binden niet aan. Daarbij zal in dezen van mede-beleidsbepalen door de commanditair vennoot feitelijk niet snel sprake zijn, indien mede

de artikelen 2:138 lid 7, 2:248 lid 7, 2:261 lid 2 BW en de ten aanzien van deze artikelen gewezen jurisprudentie (analoog) in ogenschouw worden genomen.

Fondsdocumentatie en beheersverbod

Bij het vormgeven van de fondsdocumentatie zal met het beheersverbod rekening dienen te worden gehouden. Door de bevoegdheden van het adviesorgaan of de raad van commissarissen zo te formuleren dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid altijd bij de beherend vennoot ligt, zal mede-beleidsbepalen (feitelijk) niet eenvoudig vast te stellen zijn. Dit kan worden bereikt door in de fondsdocumentatie bepaalde externe handelingen van de beherend vennoot te onderwerpen aan instemming of goedkeuring van het adviesorgaan of de raad van commissarissen zonder dat de beherend vennoot zich bij voorbaat committeert de adviezen van het adviesorgaan of de raad van commissarissen extern op te volgen.

Wetsvoorstel 28 746 (titel 13 van Boek 7)

Algemeen

Op 24 december 2002 is wetsvoorstel 28 746 strekkende tot vaststelling van titel 13 van Boek 7 BW aangeboden aan de Tweede Kamer. Titel 13 bevat een regeling van alle vormen van personenvennootschappen, waaronder de commanditaire vennootschap. Het is vooralsnog niet duidelijk of het wetsvoorstel (ongewijzigd) wordt aangenomen, en zo ja, wanneer titel 7.13 in werking zal treden. Desondanks besteed ik kort aandacht aan het wetsvoorstel om vast te kunnen stellen of de eerder besproken structuur van investeringsfondsen aanpassing behoeft ingevolge de nieuwe wettelijke regeling.

Beheersverbod en vraagstelling

In het wetsvoorstel behandelen de artikelen 7:836 en 7:837 BW de rechtsfiguur commanditaire vennootschap. Het zogenoemde beheersverbod wordt in artikel 7:837 lid 2 BW op de volgende wijze verwoord:

‘Handelt een commanditaire vennoot al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap of oefent hij door zijn handelen een beslissende invloed uit op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap, dan is hij tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen der vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt.’

Volgens het artikel is in de volgende twee situaties sprake van overtreding van het beheersverbod door de commanditaire vennoot: de commanditaire vennoot verricht extern rechtshandelingen (de enge leer) én de commanditaire vennoot oefent intern een beslissende invloed uit op het optreden van de besturende vennoot (gezamenlijk de ruime leer).

Uit de memorie van toelichting¹ blijkt dat bij de laatste situatie moet worden gedacht aan situaties waarbij de besturende vennoot niet meer is dan een stroman die overeenkomstig de instructies en wensen van de commanditaire vennoot acteert. Hieruit kan worden afgeleid dat interne bemoeienis van de commanditaire vennoot in beginsel is toegestaan, zolang de functie van de besturende vennoot niet wordt uitgehouden tot een papieren functie. Van een dergelijke situatie is in de eerder besproken structuur van investeringsfondsen in beginsel geen sprake. Voor het adviesorgaan of de raad van commissarissen is een interne rol weggelegd die (wellicht) de door de beherend vennoot te verrichten externe rechtshandeling kan beïnvloeden. Als de macht van het adviesorgaan of de raad van commissarissen hiertoe blijft beperkt, zal van een overtreding van artikel 7:837 lid 2 BW niet snel sprake zijn. Ook hier blijft de aanbeveling om bij het vormgeven van de fondsdocumentatie de bevoegdheden van het adviesorgaan of de raad van commissarissen zo te formuleren dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid bij de beherend vennoot blijft liggen, overeind.

Mr. V.A.A. Geradts
Loyens & Loeff

1. Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 76.