

# De CV/BV in vogelvlucht



**In geval van publiek-private samenwerking bij gebiedsontwikkeling wordt vaak gebruikgemaakt van de zogenoemde CV/BV-constructie om de samenwerking te structureren. Dit artikel gaat in op de juridische en praktische aspecten van de CV/BV-constructie naar huidig recht en wat de CV betreft naar komend recht.**

## 1. Keuze rechtsvorm voor vormgeven onderneming

Om juridische, fiscale en sociale redenen bestaat vaak behoefte aan het vormgeven van een onderneming in een rechtsvorm of structuur.

Voor welke structuur wordt gekozen is afhankelijk van een groot aantal factoren, zoals: gaat men alleen werken of samen met een of meer anderen? Wordt de onderneming gefinancierd met eigen of vreemd vermogen of een combinatie van beiden? Bestaat er behoefte aan risicodragend kapitaal van een of meerdere aandeelhouders? Is het doel van de onderneming het maken van winst of charitatief? Wil men de aansprakelijkheid van de feitelijke ondernemers beperken door te kiezen voor een organisatie met rechtspersoonlijkheid? Is sprake van een samenwerking benodigd voor het realiseren van een eenmalig project of is sprake van een duurzame en langdurige samenwerking gericht op continuïteit van de onderneming? Een andere factor die van belang is, is de wens om gebruik te kunnen maken van fiscale voordelen.

### 1.1. Consortium of joint venture

Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen met elkaar samenwerken. Een contractuele samenwerking tussen rechtspersonen wordt doorgaans aangeduid met de term 'joint venture'.<sup>1</sup> Kenmerkend voor een joint venture is dat de samenwerkende rechtspersonen hun eigen bedrijfsuitoefening zelfstandig blijven uitvoeren.

Anders dan bij een joint venture is bij een *consortium* sprake van het coördineren van door elk van de partners te verrichten werkzaamheden met betrekking tot het voor een gemeenschappelijke rekening en risico aangenomen – vaak eenmalig – project en niet primair van een gezamenlijke bedrijfsuitoefening. In tegenstelling tot een consortium zijn de partners doorgaans niet aansprakelijk voor elkaars handelen en bij een joint venture wel, maar de scheidslijn is dun. Afhankelijk van de concrete omstan-

digheden van het geval, de feitelijke werkzaamheden die door de partners in het consortium worden verricht, de bedoeling van de partners en (beoogde) afspraken die worden gemaakt met derden, kan sprake zijn van een glijdende schaal waarop een consortium kan verworden tot een joint venture met aansprakelijkheid zoals een vennootschap onder firma (VOF).<sup>2</sup> Volgens Mohr is voor het ontstaan van een joint venture met aansprakelijkheid van belang of sprake is geweest van wilsovereenstemming tussen de partners c.q. vennoten.<sup>3</sup>

Het Nederlandse recht biedt een aantal structuren voor het vormgeven van een onderneming, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen structuren met en zonder rechtspersoonlijkheid.

### 1.2. Rechtsvormen met en zonder rechtspersoonlijkheid

Rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid zijn: de vereniging, de stichting, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap.

Rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid zijn de eenmanszaak en de personenvennootschappen (maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap).

Het belangrijkste onderscheid tussen de rechtsvormen met en zonder rechtspersoonlijkheid is dat bij de oprichting van de rechtspersoon een entiteit wordt opgericht die zelfstandig drager is van rechten en verplichtingen (art. 2:5 BW). Dit betekent dat een rechtspersoon een eigen vermogen heeft dat dient tot verhaal van crediteuren van de rechtspersoon en dat los staat van de bij de rechtspersoon betrokken (rechts)personen zoals leden, aandeelhouders, bestuurders of commissarissen. Slechts in uitzonderingsgevallen kunnen deze (rechts)personen zelf worden aangesproken voor schulden van de rechtspersoon.

Rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid kennen naar huidig recht geen eigen vermogen dat is te vergelijken met een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid. Zonder rechtspersoonlijkheid is de desbetreffende ondernemer direct persoonlijk aansprakelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming.

Dit neemt niet weg dat civielrechtelijk bij personenvennootschappen sprake is van een onderscheid tussen het

\* Mr. O. Laan is advocaat bij Houtzager Strijker Advocaten te Zeist.

1. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 257.

2. J.M. Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht 2007-17*, p. 622-628.

3. Mohr, t.a.p., p. 257.

privévermogen van de ondernemer en het zaaksvormogen van de ondernemer dat ook wel het 'afgescheiden vermogen' wordt genoemd. Het afgescheiden vermogen is het vermogen dat is bijeengebracht door de maten c.q. vennoten en is ontkoppeld van het privévermogen van de maten c.q. vennoten. Het afgescheiden vermogen is relevant voor crediteuren van de vennootschap die zich op het afgescheiden vermogen kunnen verhalen, terwijl privécrediteuren van de maten c.q. vennoten dat niet mogen. Wanneer het afgescheiden vermogen onvoldoende verhaal biedt, kunnen de crediteuren zich alsnog verhalen op het privévermogen van de maten c.q. vennoten.

In het geval het gaat om een duurzame en meestal ook een (meer) langdurige samenwerking zal doorgaans worden gekozen voor een kapitaalvennootschap in de vorm van een NV of BV. Niet alleen vanwege de meer op continuïteit gerichte structuur, maar ook omdat de betrokken partijen (de oprichters en/of aandeelhouders) niet hoofdelijk aansprakelijk zijn.

In dit artikel staat de commanditaire vennootschap met een besloten vennootschap als beherend vennoot, de zogenoemde 'CV/BV-structuur' naar huidig recht centraal. In dit artikel zal in beginsel geen aandacht worden besteed aan het komend recht (titel 7.13 BW), tenzij anders wordt aangegeven.

## 2. Personenvennootschappen

### 2.1. Soorten personenvennootschappen

Maatschap, VOF en CV zijn vormen van contractuele samenwerking. De regeling van de personenvennootschappen is te vinden in de artikelen 7A:1655-1688 BW (maatschap) en de artikelen 15-34 WvK (VOF en CV) en kenmerkt zich door veel vrijheid voor partijen om de samenwerking vorm te geven. Alleen de regels omtrent het verdelen van winst en verlies zijn van dwingend recht (art. 7A:1671 en 1672 lid 1 BW en art. 20 lid 3 WvK).

Bij de maatschap staat de gezamenlijke beroepsuitoefening centraal. Bij de VOF en CV gaat het om de uitoefening van een bedrijf. Andere verschillen tussen VOF, CV en maatschap zijn voornamelijk gelegen op het vlak van de aansprakelijkheid van de vennoten.

In alle gevallen gaat het om een samenwerkingsverband, waarbij twee of meer personen zich hebben verbonden om iets in gemeenschap te brengen met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen (7A:1655 BW).

### 3. Vergelijking personenvennootschap met rechtspersoon

Vergeleken met het vennootschapsrecht kennen personenvennootschappen geen verplichte tweeledige organisatiestructuur bestaande uit een bestuur en een algemene vergadering van aandeelhouders. Daarnaast worden de

vennoten nauwelijks gehinderd door voorschriften omtrent de besluitvorming, zoals dat in het vennootschapsrecht wel het geval is. Verder zijn de vennoten vrij om de vermogensstructuur van de personenvennootschap in te richten zoals ze dat willen. Voor het overige is de oprichting van een personenvennootschap vormvrij en zijn de vennoten vrij om nieuwe vennoten toe te laten.

Bij een rechtspersoon zoals een BV is dit anders. De oprichting vindt plaats bij notariële akte. Daarnaast gelden voor een BV toelatingsvereisten bestaande uit een verklaring van geen bezwaar van het Ministerie van Justitie, die afgifte van deze verklaring kan weigeren. Verder geldt dat bij de oprichting van de BV een (wettelijk) minimumkapitaal dient te worden gestort van € 18 000. Indien het minimumkapitaal niet is gestort, zal de notaris niet meewerken aan de oprichting van de BV.

Zoals gezegd gelden voor personenvennootschappen geen toelatingsvereisten. Wel zijn de vennoten volgens het bepaalde in artikel 7A:1655 jo. 1662 lid 1 BW verplicht tot het inbrengen van iets in de gemeenschap of anders gezegd tot inbreng van iets 'in de pot'. Dat 'iets' kan bestaan uit geld, goederen, genot van goederen of arbeid.

Een laatste verschil tussen de personenvennootschappen en de BV is gelegen in het ontbreken van een publicatieplicht bij personenvennootschappen waarvan de vennoten geen buitenlandse kapitaalvennootschappen zijn.<sup>4</sup> De vennoten zijn niet verplicht om de vennootschapsovereenkomst noch de financiële gegevens bij de Kamer van Koophandel ter inzage te leggen. Bij de BV is dit anders. De BV dient op grond van de artikelen 2:180 lid 1 en 2:236 BW ten minste een kopie van haar statuten, alsmede een vereenvoudigde balans met verkorte toelichting bij de Kamer van Koophandel te publiceren.

## 4. De CV

Volgens Asser/Maeijer is een commanditaire vennootschap 'een vennootschap tussen een of meer wegens zaakschulden persoonlijk c.q. hoofdelijk voor het geheel verbonden (complementaire) vennoten en een of meer commanditaire vennoten'.<sup>5</sup> De complementaire vennoot wordt meestal 'beherend of besturend' vennoot genoemd.

De CV is net als de VOF een species van de maatschap. Kort gezegd is een commandiet, ook wel 'stille' vennoot genoemd, een soort geldschietter die stil moet zijn en blijven en geen beheersdaden mag verrichten. De positie van een commandiet kan wat het risico op aansprakelijkheid betreft worden vergeleken met de positie van een aandeelhouder in een NV of BV.

Naar huidig recht beslaat de wettelijke regeling voor de CV slechts vier artikelen: 19, 20, 21 en 30 lid 2 WvK.

4. Op grond van het bepaalde in art. 2:360 lid 2 BW is op een VOF of CV met buitenlandse kapitaalvennootschappen als vennoten titel 2.2 BW (jaarrekening en jaarverslag) van toepassing met als gevolg dat de financiële gegevens moeten worden gepubliceerd.

5. Asser/Maeijer, deel 5-V, *Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 347.

#### 4.1. *Interne vennootschapsverhoudingen*

Essentieel voor het zijn van een personenvennootschap is dat sprake is van een overeenkomst tot samenwerking. Het algemene overeenkomstenrecht is in beginsel van toepassing op de overeenkomst, met dien verstande dat steeds rekening moet worden gehouden met het bijzondere karakter van de personenvennootschap.<sup>6</sup> Ook de wetgever heeft rekening gehouden met het bijzondere karakter van de personenvennootschap door in artikel 7A:1684 BW, waarin voor de maatschap is bepaald dat artikelen met betrekking tot ontbinding (6:265-279 BW) niet van toepassing zijn.

De overeenkomst tot het aangaan van de CV is een obligatoire wederkerige en consensuele overeenkomst.<sup>7</sup> De wederkerigheid komt tot uitdrukking dat iedere maat of vennoot zich jegens de andere maat of vennoot verplicht tot het inbrengen van iets in de gemeenschap. Met de inbreng in de gemeenschap wordt vervolgens het doel nastreeft van de maten of vennoten, namelijk het behalen van gemeenschappelijk voordeel.

Evenals de overeenkomst tot het aangaan van een maatschap of VOF, kan de overeenkomst tot het aangaan van de CV worden omschreven als een duurovereenkomst waardoor voortdurend rechten en verplichtingen tussen de maten c.q. vennoten onderling ontstaan.

Deze overeenkomst wordt niet alleen beheerst door wat partijen hebben afgesproken, maar ook door de redelijkheid en billijkheid.

Daarnaast is de overeenkomst tot het aangaan van een maatschap, VOF of CV consensueel oftewel vormvrij. De uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenstemming van partijen is voldoende voor de totstandkoming van de maatschap, VOF of CV. De overeenkomst tot het aangaan van een maatschap kan zowel mondeling als schriftelijk tot stand komen of zelfs alleen op grond van het gedrag van partijen.<sup>8</sup>

Voor de VOF en de CV geldt op grond van artikel 22 WvK dat deze moeten worden aangegaan bij een authentieke of onderhandse akte. Dit lijkt af te wijken van het beginsel van vormvrijheid, maar dat is niet zo. De akte is geen constitutief vereiste en heeft slechts een bewijsfunctie.<sup>9</sup>

Verder dient in de (samenwerkings)overeenkomst tot uitdrukking te komen dat partijen de wil hebben om op gelijkwaardige basis met elkaar samen te werken om een gemeenschappelijk voordeel te realiseren dat met elkaar zal worden gedeeld. Iedere maat c.q. vennoot is gehouden tot samenwerking. Het samenwerkingselement onderscheidt de personenvennootschap van andere overeenkomst, zoals de arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van geldlening.

Van belang is verder dat het samenwerkingsverband wordt aangegaan met het oog op de kwaliteit van de deelnemende partijen. De maten c.q. vennoten kunnen hun rechtspositie niet overdragen aan een ander zonder toestemming van de overige vennoten.

#### 4.2. *Inbreng*

De samenwerking wordt vormgegeven doordat iedere vennoot iets afstaat ten behoeve van het gemeenschappelijke maatschapsdoel. Anders gezegd, iedere vennoot brengt iets in gemeenschap (art. 7A:1662 lid 1 BW). Door de inbreng ontstaat een gemeenschap als bedoeld in artikel 3:166 BW. De inbreng dient positief te zijn en kan bestaan uit geld, (het genot van) goederen of arbeid, maar ook knowhow, een netwerk en goodwill kunnen worden ingebracht. Een inbreng van alleen maar schulden is niet toegestaan. Inbrengen is het ter beschikking stellen van goederen of diensten (arbeid) ten behoeve van de samenwerking.

Tussen de vennoten en de vennootschap bestaat een rekening-courantverhouding als bedoeld in artikel 6:140 BW. De inbreng van iedere vennoot wordt, naast de andere financiële rechten en verplichtingen tussen de vennoten en de vennootschap, opgenomen in deze rekening-courantverhouding (ook wel kapitaalrekening genoemd).

Dit wordt boekhoudkundig verwerkt door aan de actvazijde van de balans de waarde van het door de vennoot ingebrachte goed weer te geven. Aan de passivazijde van de balans wordt de vermogenswaarde van de vordering van de vennoot op de vennootschap weergegeven. Op de kapitaalrekening van de inbrengende vennoot zal het bedrag gelijk aan de vermogenswaarde van het ingebrachte goed ten tijde van de inbreng worden gecrediteerd.

Wat de inbreng door iedere vennoot betreft, bestaan drie inbrengmodaliteiten.

De inbreng van een goed door middel van (juridische en economische) eigendomsoverdracht, de inbreng van het genot van een goed en de inbreng van de economische eigendom van een goed.

#### 4.3. *Gemeenschap*

De goederenrechtelijke gemeenschap waarin iedere vennoot zijn inbreng heeft gedaan, is naar algemene opvatting een *gebonden* gemeenschap. Met 'gebondenheid' van de gemeenschap wordt bedoeld dat de gemeenschap uitsluitend mag worden aangewend ter verwezenlijking van het gemeenschappelijke doel. Hieruit volgt dat de individuele vennoten niet bevoegd zijn om over hun aandeel in de gemeenschap of over specifieke goederen in de gemeenschap te beschikken. Dit betekent ook dat schuldeisers van een vennoot geen verhaal kunnen halen op (goederen behorende tot) de gemeenschap zolang de vennootschap bestaat.

6. Art. 6:213 BW.

7. *Inleiding personenvennootschappen*, p. 42.

8. HR 24 juni 1932, NJ 1932, p. 1587 (*Letterie/Holthuiser*).

9. HR 16 mei 1902 (*Erwteman/Erwteman*); Asser/Maeijer, deel 5-V, nr. 39.

De gebondenheid van de gemeenschap geldt overigens alleen voor goederen die juridisch eigendom zijn van de gemeenschap en niet voor goederen waarvan alleen het genot of het economisch eigendom is ingebracht. De inbrengende vennoot is wat dat betreft vrij om over dat goed te beschikken, onder de voorwaarde dat hij ervoor zorgt dat de vennootschap het genot of het gebruik van dat goed kan behouden. Zorgt hij daarvoor niet, dan is sprake van een toerekenbare tekortkoming jegens de overige vennoten.

#### 4.4. *Verdeling van winst en verlies*

De verdeling van het 'vermogensrechtelijk voordeel of nadeel' oftewel de verdeling van winst en verlies wordt geregeld in de overeenkomst. Indien partijen daarover geen afspraken hebben gemaakt, dan worden winst en verlies op grond van het bepaalde in artikel 7A:1670 lid 1 BW verdeeld naar rato van de inbreng. Als het gaat om de inbreng van arbeid dan wordt deze inbreng op grond van artikel 7A:1670 lid 2 BW voor de verdeling van winst en verlies gelijkgesteld aan de laagste inbreng van een vennoot. De overeenkomst kan (en mag) bepalen dat het aan ieder der vennoten toekomend aandeel in de winst wordt bepaald op basis van een meerderheidsbesluit.

Een vennootschap waarbij een vennoot wordt uitgesloten van de gemeenschappelijk gemaakte winst is verboden en nietig.<sup>10</sup>

#### 4.5. *Handelsregisterwet*

Op grond van de Handelsregisterwet 2007<sup>11</sup> dienen de (openbare) maatschap, de VOF en de (beherende vennoten van de) CV te worden ingeschreven in het Handelsregister.

#### 4.6. *Het bestuur van de vennootschap en de interne verhoudingen tussen de vennoten*

Het bestuur van de vennootschappen is geregeld in de artikelen 7A:1673-1676 BW. Deze regeling geldt voor alle personenvennootschappen. Besturen houdt in het verwezenlijken van het doel van het samenwerkingsverband met inachtneming van de wet en de redelijkheid en billijkheid. Het uitgangspunt is dat het belang van de vennootschap bij het uitoefenen van de bestuursbevoegdheid voorop staat.

Gelet op de gelijkwaardigheid van vennoten, is voor iedere bestuurshandeling unanimiteit vereist. Iedere vennoot heeft een vetorecht. In de praktijk kan dit leiden tot frustrerende situaties, indien een vennoot steeds bestuurshandelingen frustreert met zijn vetorecht. Hierbij kan het gaan om belangrijke bestuurshandelingen zoals het doen van (grote) investeringen, maar ook om klein(ere) bestuurshandelingen zoals het bestellen van papier.

Het uitgangspunt van unanimiteit en het vetorecht van een dwarsliggende vennoot kan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – opzij worden gezet met een beroep op de redelijkheid en billijkheid die de vennoten in hun onderlinge samenwerking over en weer in acht moeten nemen.

Bestuurshandelingen kunnen worden onderscheiden in beheershandelingen en beschikkingshandelingen. Beheershandelingen zijn de handelingen die, gelet op het doel van de vennootschap, behoren tot de normale dagelijkse werkzaamheden van de vennootschap. Beschikkingshandelingen zijn al die handelingen die geen beheershandelingen zijn.

Het onderscheid tussen beheers- en beschikkingshandelingen is in het algemeen van belang om te kunnen vaststellen door welke handeling de vennootschap is gebonden, indien een vennoot deze handeling heeft verricht zonder dat sprake was van een unaniem besluit. De onderling geldende regels van bestuursbevoegdheid moeten echter worden onderscheiden van de in het hiernavolgende te bespreken externe vertegenwoordigingsbevoegdheid.

In de verhouding van de CV ten opzichte van derden speelt het onderscheid tussen beheers- en beschikkingshandelingen geen rol vanwege het bepaalde in artikel 17 WvK. In de verhouding tussen de vennoten onderling kan dit wel een rol spelen.

#### 4.7. *Vertegenwoordiging van de CV*

Als het gaat om vertegenwoordiging van de CV moet een onderscheid worden gemaakt tussen de positie van de beherend vennoot en de commandieten. Laatstgenoemden zijn niet bevoegd om de CV te vertegenwoordigen. Dit volgt uit het beheersverbod in artikel 20 WvK. De reden voor het beheersverbod is dat de commandiet niet hoofdelijk wordt verbonden.

Een dogmatische vraag is de vraag of de beherend vennoot de commandieten kan vertegenwoordigen die daarbij handelt namens de CV. Wezenlijk uitgangspunt van de CV is dat de commandieten niet worden gebonden door schulden die door de beherend vennoot worden aangegaan in naam van de CV.

Om dit te verklaren wordt in de literatuur wel beweerd dat de beherend vennoot de commandieten niet kan vertegenwoordigen wanneer zij handelen namens de CV.<sup>12</sup> Indien dit standpunt zou moeten worden gevolgd, zou dit tot veel praktische problemen leiden zoals de levering van onroerend goed. Dit zou betekenen dat de notariële akte tot levering door alle vennoten moet worden ondertekend, alleen dan zou het onroerend goed gaan behoren tot de goederenrechtelijke gemeenschap tussen de vennoten.<sup>13</sup>

10. Een dergelijke vennootschap wordt aangeduid als 'societas leonina' gebaseerd op de beroemde fabel van Phaedrus, Phaedrus, *Fabels*, Boek 1, nr: 5.

11. Wet van 22 maart 2007, houdende regels omtrent een basisregister van ondernemingen en rechtspersonen.

12. Asser/Maeijer, deel 5-V, nr. 393.

13. Op grond van de art. 3:84 BW jo. 3:96 BW moet de overdracht worden gezien als een overdracht aan elke vennoot van een aandeel in het betreffende registergoed.

Daarnaast is de vraag of met een dergelijke volmacht van de commandiet aan de beherend vennoot sprake is van overtreding van het beheersverbod als omschreven in artikel 20 lid 2 WvK dat ziet op het verrichten van beheersdaden of het werkzaam zijn in zaken van de vennootschap. Volgens Heyman<sup>14</sup> en Mohr<sup>15</sup> is daarvan geen sprake. De ratio van het verbod tot volmachtverlening door een commandiet van artikel 20 lid 2 WvK, is immers het geven van een verklaring waarom de commandieten niet gebonden raken aan de schulden van de vennootschap. Het verkrijgen van goederen of het beschikken over goederen zijn in beginsel geen beheersdaden. Een en ander leidt tot de conclusie dat (alleen) de beherend vennoot bevoegd is om de CV te vertegenwoordigen.

Het beheersverbod kan zowel door extern- als door intern handelen van een commandiet worden overtreden. Vanwege de zware sanctie van artikel 21 WvK verbonden aan overtreding van het beheersverbod, kan het beheersverbod mijns inziens worden gezien als de achilleshiel van de CV. Op zichzelf is het niet zo vreemd dat een commandiet die zijn boekje te buiten gaat wordt bestraft. De commandiet wordt immers niet verbonden voor schulden van de CV en deelt slechts in het verlies tot de hoogte van zijn inbreng. De sanctie van artikel 21 WvK is echter een draconische sanctie met gevolgen waarvan de commandieten zich in mijn optiek niet altijd evenzeer bewust zijn.

In het nieuwe recht wordt de overtreding van het beheersverbod door intern handelen van de commandiet aangescherpt, maar wordt de sanctie op overtreding van het beheersverbod verzacht.

#### 4.8. Het beheersverbod naar huidig recht

Volgens artikel 20 lid 1 WvK mag de naam van de commandiet niet voorkomen in de naam van de CV. Daarnaast geldt voor de commanditaire vennoot op grond van artikel 20 lid 2 WvK het beheers- of bestuursverbod. Anders gezegd, de commandiet kan en mag de vennootschap niet vertegenwoordigen, ook niet uit kracht van een volmacht. De vertegenwoordiging van de CV is uitsluitend voorbehouden aan de beherend vennoot. De reden hiervoor is dat de commandiet niet wordt verbonden bij geldige vertegenwoordiging van de vennootschap. De commanditaire vennoten zijn niet gebonden aan vennootschapsschulden.

Dit wordt onderstreept door artikel 20 lid 3 WvK, waarin staat dat de commandiet niet verder bijdraagt aan eventuele verliezen van de CV dan tot maximaal zijn inbreng, zonder dat hij kan worden verplicht tot teruggave van eventueel ontvangen winsten.

Volgens Asser/Maeijer is de ratio van het beheersverbod tweeledig. Enerzijds wil de wetgever voorkomen dat derden de indruk krijgen dat de commandiet in feite de

beherend vennoot is. Anderzijds wil de wetgever beletten dat men door middel van een CV kan ondernemen in het rechtsverkeer. Deze ratio blijft ook van kracht onder het nieuwe recht.<sup>16</sup>

Indien een commandiet het beheersverbod overtreedt, is hij volgens artikel 21 WvK hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden en verbintenissen van de vennootschap zowel schulden en verbintenissen uit het verleden, het heden en de toekomst.

Volgens de Hoge Raad<sup>17</sup> geldt deze hoedanigheid van voordat de commandiet een beheersdaad verrichtte en ook jegens schuldeisers die met hem handelden wisten dat hij commandiet was.

In het aangehaalde arrest verbond de Hoge Raad een belangrijke beperking aan deze sanctie door te overwegen dat sprake moet zijn van een 'verwijt' jegens de commandiet die het beheersverbod overtreedt, alvorens van overtreding van het beheersverbod kan worden gesproken.

Overigens is voor overtreding van het beheersverbod niet vereist dat steeds sprake is van 'zeer gewaagde handelingen in het rechtsverkeer'. Ook goedbedoelde en onbewuste overtredingen van het beheersverbod leiden tot de sanctie van artikel 21 WvK (aansprakelijkheid jegens derden). Als voorbeeld kan worden gedacht aan een situatie waarbij een vader (als commandiet) met zijn zoon (als beherend vennoot) een CV is aangegaan en de vader na het plotselinge overlijden van zijn zoon de bedrijfsvoering overneemt.

De wetgever hecht veel waarde aan het zuiver houden van de CV als rechtsvorm en dan met name aan de positie van de stille vennoot. Dit wordt onderstreept door het feit dat een kleine, onbelangrijke overtreding van het beheersverbod tot de sanctie van artikel 21 WvK kan leiden. Overigens is de sanctie van artikel 21 WvK een sanctie waar een commandiet niet makkelijk vanaf komt. Volgens Mohr<sup>18</sup> lijkt de enige mogelijkheid te zijn dat de commandiet zich – met toestemming van zijn medevennoten – in het handelsregister als beherend vennoot laat inschrijven om zich vervolgens, via doorhaling in dat register, weer terug te trekken in zijn oorspronkelijke positie als commandiet.

Bovendien komt het in de praktijk zelden voor dat een aansprakelijkheid op grond van overtreding van het beheersverbod wordt ingeroepen, omdat dit alleen zal voorkomen als de CV verliezen lijdt en daardoor haar schulden niet kan voldoen.

14. H.W. Heyman, 'Het bestuur over de vennootschappelijke goederengemeenschap bij de commanditaire vennootschap', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), p. 58-61.

15. Mohr, p. 171.

16. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 75.

17. HR 11 april 1980, NJ 1981, 377 (CV 'Firma Nooitgedacht').

18. Mohr, t.a.p., p. 177.

#### 4.9. *Interne overtreding van het beheersverbod*

Ook indien sprake is van *beslissende* invloed op het interne beleid van de BV is sprake van overtreding van het beheersverbod, indien de BV als het ware een stroman wordt van de commandieten.

Het beheersverbod wil echter niet zeggen dat de commandieten zich niet intern met het beheer mogen bemoeien. Zoals iedere vennoot heeft de commandiet interne medezeggenschap, is hij bevoegd om het interne beleid te bepalen, mag hij richtlijnen voor het beheer vaststellen en heeft hij recht op rekening en verantwoording over het beheer. Daarnaast heeft de commandiet recht op inzage in de boeken.

#### 4.10. *Gevolgen overtreding beheersverbod voor commandiet*

Een overtredende commandiet wordt geen beherend vennoot en blijft vertegenwoordigingsonbevoegd. Intern verandert de rechtspositie van de commandiet niet. Hij kan bij zijn medevennoten regres zoeken voor zaakschulden en bovendien voor een bedrag dat zijn inbreng te boven gaat.

#### 4.11. *Rechtstreekse verbondenheid commandiet na overtreding beheersverbod?*

Is een commandiet door de enkele overtreding van het beheersverbod onderworpen aan de sanctie van artikel 21 WvK of is daarvoor eerst een (geslaagde) aansprakelijkstelling nodig? Volgens (de ratio van) het beheersverbod is de enkele overtreding van het beheersverbod door een commandiet voldoende voor aansprakelijkheid naar materieel recht. Het antwoord luidt dus dat geen voorafgaande (geslaagde) aansprakelijkstelling nodig is.<sup>19</sup>

#### 4.12. *Matiging van de sanctie na overtreding van het beheersverbod?*

Deze vraag kwam aan de orde in een vrij recent arrest van het Hof Arnhem.<sup>20</sup> In deze zaak ging het om een CV van natuurlijke personen bestaande uit appellant en diens echtgenote met een neef van appellant als beherend vennoot. De CV dreef een sportwinkel die in staat van faillissement was verklaard. De curator spreekt de commanditaire vennoot aan, primair voor tekort in faillissement van € 5950 op grond van artikel 21 WvK en subsidiair op grond van onrechtmatige daad. Volgens appellant had diens neef er als beherend vennoot een potje van gemaakt, zodat appellant voor het faillissement heeft geprobeerd om te redden wat er te redden viel door te corresponderen met crediteuren van de CV en deze actief te benaderen, alsmede door de inventaris en het klantenbestand aan derden te verkopen. In het hiernavolgende worden de voor de beantwoording van de vraag naar de overtreding van het beheersverbod en de matiging van de gevolgen daarvan relevante grieven besproken.

In de eerste grief stelt appellant dat hij ten tijde van de hem door de curator verweten gedragingen geen commandiet meer was, omdat hij was uitgetreden uit de vennootschap. Deze grief wordt afgewezen met een beroep op de oprichtingsakte van de CV waarin voor de ontbinding van de CV was verwezen naar artikel 7A:1684 BW. Partijen hadden niet voorzien in de mogelijkheid van opzegging door de commandieten.

Als tweede grief heeft appellant gesteld dat hij geen beheersdaden heeft verricht. Ook deze grief werd afgewezen met als onderbouwing dat de door de commandiet verrichte (rechts)handelingen wel degelijk als beheersdaden kunnen worden gezien.

Volgens de derde grief waren er gronden voor matiging van de aansprakelijkheid van appellant, omdat hij pogingen heeft gedaan om zijn neef aan te sporen om extern deskundig advies in te winnen in het belang van de crediteuren. Andere argumenten waren dat de door appellant verrichte beheershandelingen zijn verricht toen alle schulden van de CV al waren gemaakt en niet hij, maar zijn neef verantwoordelijk is voor de ondergang van de onderneming. In dit verband heeft appellant een parallel getrokken met het bepaalde in artikel 2:248 lid 7 jo. lid 4 BW<sup>21</sup> en heeft hij een beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid. Ook deze grief wordt afgewezen met een beroep op de wetsgeschiedenis en de ruime strekking van artikel 20 lid 2 WvK, namelijk aansprakelijkheid wegens alle schulden en verbintenissen van de vennootschap.<sup>22</sup>

De conclusie van dit arrest is derhalve dat het Hof Arnhem van oordeel was dat appellant een verwijt kon worden gemaakt en het beheersverbod strikt dient te worden nageleefd, waarbij geen ruimte bestaat voor matiging van de aansprakelijkheid van de commandiet vanwege overtreding van het beheersverbod. Tevens is dit arrest in mijn ogen illustratief voor het gemak waarmee het beheersverbod, onbedoeld en ongewild, kan worden overtreden.

#### 4.13. *Overtreding van het beheersverbod vanwege toezicht door of namens de commandieten?*

Indien de CV gebruik maakt van een adviserend- of toezichthoudend orgaan zoals een raad van advies of een raad van commissarissen om invloed te kunnen uitoefenen op door de beherend vennoot te nemen beslissingen, rijst de vraag of hierdoor sprake is van overtreding van het (interne) beheersverbod.<sup>23</sup> Indien de raad van advies of de raad van commissarissen feitelijk een beslissende invloed heeft op het beleid van de beherend vennoot, is Geradts van oordeel dat het beheersverbod in dat geval inderdaad wordt overtreden. Indien de commandieten zich daarentegen aan het beheersverbod houden, staat niets eraan in de weg dat door of vanwege de commandieten toezicht wordt uitgeoefend op het reilen en zeilen van de CV. Geradts adviseert daarbij om de (samenwer-

19. *Kamerstukken II* 1998/99, 25 727, nr. 7, p. 454.

20. Hof Arnhem 21 juli 2009, *LJN* BK8091.

21. Hierbij wordt de rechter de mogelijkheid geboden om het bedrag van de aansprakelijkheid van degene die het beleid van de vennootschap mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, te verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt.

22. HR 11 april 1980, *NJ* 1981, 377.

23. V.A.A. Geradts, *V&O* 2004-1.

kings)overeenkomst zo te formuleren dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid altijd bij de beherend vennoot zal liggen.

#### 4.14. *Verhaalspositie crediteuren CV*

Net als de VOF heeft de CV een afgescheiden vermogen<sup>24</sup> waarop crediteuren van de vennootschap zich met uitsluiting van de crediteuren van de vennoten zelf kunnen verhalen. Pas sinds 2003 heeft de Hoge Raad aangenomen dat ook de CV met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen heeft.<sup>25</sup> De privécrediteuren kunnen zich pas na ontbinding van de vennootschap en vereffening van het vermogen verhalen op hetgeen de voormalige vennoot door de vereffening heeft verkregen.

#### 4.15. *Het einde van de CV*

Net als de overige personenvennootschappen, kan de CV eindigen door ontbinding, opzegging, alsmede door de dood, curatele, faillissement of schuldsanering van een der vennoten. Op het einde van de CV zijn zowel de bepalingen omtrent het einde van de maatschap van toepassing (art. 7A:1683 BW) als de bepalingen in titel 3 boek 1 WvK. Ten aanzien van de redenen van beëindiging van de CV is het BW van toepassing.

Het gevolg van het intreden van een van deze wettelijke beëindigingsgronden, heeft echter niet tot gevolg dat het samenwerkingsverband eindigt. De ontbinding leidt tot de vereffening van de vennootschap. Tussen de vennoten onderling heeft de ontbinding tot gevolg dat de gebonden gemeenschap eindigt en een gemeenschap ontstaat als bedoeld in titel 3.7 BW, van welke gemeenschap verdeling kan worden gevraagd. De vennoten zijn dan niet meer verplicht om samen te werken voor nieuwe zaken, maar wel om de samenwerking voort te zetten om de lopende zaken af te wikkelen en de verdeling tot stand te brengen.

Vervolgens rekenen de vennoten tijdens de vereffening met elkaar en met de crediteuren van de vennootschap af. Pas na afloop van de vereffeningprocedure eindigt de vennootschap en eindigt de gebondenheid van de vennoten jegens elkaar, alsmede de gebondenheid van de vennootschap en haar vennoten jegens derden. Hierdoor eindigt ook de beschikkingsgebondenheid van het vennootschapsvermogen.

### 5. De CV met een beherend vennoot (CV/BV)

#### 5.1. *Motieven voor de keuze voor een joint venture in de vorm van een CV/BV*

In het vorengaande heb ik aangegeven dat een keuze kan worden gemaakt voor of een rechtspersoon of een personenvennootschap als rechtsvorm. Combinaties waaronder een CV/BV zijn ook mogelijk. Een CV/BV is een bijzondere joint venture die vaak wordt gebruikt om een publiek-private samenwerking (PPS) bij gebiedsontwikkeling te structureren. Het doel van een PPS bij gebiedsontwikkeling is het gezamenlijk doen realiseren van het desbetreffende gebied.

Afgezien van de fiscale voordelen van een CV/BV, waarop ik later in dit artikel terugkom, zijn er andere redenen om in casu te kiezen voor een CV/BV om de samenwerking vorm te geven.

Ondanks het feit dat het in de regel gaat om een meerjarige samenwerking, in de regel tussen de vijf en dertig jaar, gaat het niet om een duurzame samenwerking. De samenwerking is niet gericht op continuïteit van de onderneming, maar op het realiseren van het doel waarvoor de samenwerking is aangegaan. Daarnaast biedt deze ondernemingsvorm het voordeel dat de partners niet hoofdelijk aansprakelijk zijn.

De samenwerkingsovereenkomst die ten grondslag ligt aan de samenwerking en de uitwerking daarvan in CV/BV bestaat uit twee hoofdlijnen. Enerzijds de bedoeling van partijen met betrekking tot het te realiseren doel (c.q. het realiseren van de voorgenomen gebiedsontwikkeling) en de manier waarop zij dit gezamenlijke doel willen bereiken en anderzijds een omschrijving van de formele structuur van de samenwerking of anders gezegd, een omschrijving van de CV/BV-constructie.

Binnen de CV/BV zijn partijen vrij om het bestuursmodel naar eigen inzicht te bepalen. Zo is het mogelijk om te kiezen voor een ongelijkwaardige samenwerking in die zin, dat de verdeling van zeggenschap, winst en risico niet gelijkwaardig hoeft te zijn. Partijen zijn ook vrij om te kiezen voor een bestuursmodel dat is afgeleid van een kapitaalvennootschap, waarbij men kiest voor het bestuur van de CV/BV dat bestaat uit een bestuur, een algemene vergadering van aandeelhouders, een raad van commissarissen in de BV en vaak ook nog een raad van vennoten in de CV. De verschillende bevoegdheden worden vervolgens verdeeld over de verschillende 'organen' waarvan de leden zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen zijn.

Een belangrijk aspect om rekening mee te houden bij een CV/BV waarvan de partners bestaan uit kapitaalvennootschappen, is het feit dat de onderlinge verhoudingen ernstig kunnen worden verstoord, indien de meerderheid van de aandelen in een (of meerdere) van de partners in andere handen komt. Om dit te voorkomen, althans om hierop vooraf invloed te kunnen uitoefenen, wordt in de samenwerkingsovereenkomst een zogenoemde 'change of control'-bepaling opgenomen. Afhankelijk van de gevolgen die men hieraan wil verbinden, kunnen partijen ervoor kiezen om de samenwerking in dat geval te beëindigen eventueel in combinatie met het recht om het aandeel over te nemen van de vennoot van wie de aandelen geheel of gedeeltelijk zijn overgenomen door een derde.

In de literatuur werd (en wordt) de CV/BV-constructie met argusogen bekeken.

Volgens Mohr<sup>26</sup> verdient de CV/BV-constructie naar algemene opvatting geen schoonheidsprijs. Omdat het gaat om een kruising tussen een personenvennootschap ener-

24. HR 1879 (*Boeschoten/Besier*).

25. HR 14 maart 2003, NJ 2003, 327 (*Hovuma/Spreewenberg*).

26. Mohr, p. 260.

zijds (de CV) en een kapitaalvennootschap (de BV) anderzijds, wordt in dit verband wel gesproken over ‘Doppelgesellschaft’, ‘hybridische rechtsvorm’ of ‘tweekoppige bastaard’. Critici menen dat deze rechtsvormkeuze enerzijds wordt ingegeven om via een sluiproute bepaalde ondernemingsrechtelijke regels te omzeilen en anderzijds om fiscale voordelen te genieten waarvan het de vraag is of de wetgever deze regels voor de betrokken partijen zo heeft bedoeld.

Dit is een manier om naar de CV/BV te kijken. Een andere manier is om de CV/BV als een creatief vehikel te zien dat in ieder geval in de praktijk van gebiedsontwikkeling voorziet in een grote behoefte. Bovendien heeft de wetgever deze constructie in het nieuwe recht niet verboden.

### 5.2. Ondernemingsrechtelijke- en fiscale aspecten van de CV/BV

Waartoe behoort de ‘onderneming’ bij een CV/BV? Of anders gezegd, welke ‘vennootschap’ dient als rechtsvorm van de onderneming te worden beschouwd? De CV of de BV? Het antwoord op deze vragen is van belang voor ondernemingsrechtelijke- en fiscale aspecten.<sup>27</sup>

Inmiddels is men overwegend van oordeel dat de CV als rechtsvorm van de onderneming moet worden beschouwd. Ten aanzien van de CV met een beherend vennoot werd (en wordt) daarover ook wel anders gedacht vanwege de arresten Erik Schaaper<sup>28</sup> en Hardy<sup>29</sup>. In deze arresten geeft de Hoge Raad aan dat de ‘inbreng’ van de commandieten moet worden geacht te behoren tot het vermogen van de beherend vennoot. Hieruit is geconcludeerd dat dan ook de ‘onderneming’ van een CV met een beherend vennoot als het ware zou moeten worden ‘toegerekend’ aan de BV.<sup>30</sup> Onder ‘onderneming’ wordt verstaan: het in organisatorisch verband van kapitaal, arbeid en leiding, met een zekere regelmaat openlijk en in concurrentie met anderen, deelnemen aan het maatschappelijk verkeer met het doel om daarmee een zeker economisch voordeel te behalen.<sup>31</sup> Mede vanwege ontwerp-titel 7.13 BW is men de CV met een beherend vennoot weer meer gaan zien als een zelfstandige eenheid met een afgescheiden vermogen.

De constatering dat de ‘onderneming’ meer behoort tot de CV dan tot de BV heeft gevolgen voor de vraag of op de ‘onderneming’ regels van het ondernemingsrecht zoals de Wet op de ondernemingsraden, de anti-misbruikwetgeving, het enqueterecht, de structuurregeling en het jaarrekeningenrecht van toepassing zijn of niet. Wat de fiscale aspecten betreft, geldt evenzeer de vraag of de ‘onderneming’ toegerekend aan de CV, geldt als *ondernemer in fiscale zin*. Tot de Wet inkomstenbelasting 2001 kon een commandiet vrij eenvoudig de status verwerven van ondernemer in fiscale zin, waardoor de commandiet recht had op een groot aantal fiscale faciliteiten welke hij

gezien zijn beperkte werkzaamheden en bevoegdheden als commandiet normaliter niet had gekregen. Met de invoering van de Wet IB 2001 heeft de fiscale wetgever de commandiet de status van ondernemer in fiscale zin zoals hiervoor bedoeld, ontnomen.

Een belangrijk voordeel is dat een CV, net als de overige personenvennootschappen fiscaal transparant kan zijn. ‘Fiscaal transparant’ betekent dat de fiscus het samenwerkingsverband niet als zelfstandige belastingplichtige entiteit belast, maar de winst van het samenwerkingsverband wordt rechtstreeks toegerekend aan de verschillende partijen bij de samenwerking naar rato van hun gerechtigdheid tot de winst.

Een belangrijk voordeel is dat aanloopverliezen in de CV/BV direct fiscaal compensabel zijn met positieve gevolgen voor de liquiditeitspositie van het samenwerkingsverband en het besparen van rentelasten. De commandieten in een fiscaal-transparante CV kunnen, voor zover zij VPB-plichtig zijn, hun aanloopverliezen bestaande uit hun ‘pro rata’-gedeelte van het verlies in de CV, verrekenen met de eigen winsten. Dit geldt voor de winst van het jaar ervoor en de winsten van de negen opvolgende jaren.

Met name in geval van gebiedsontwikkeling, waarbij doorgaans sprake is van grote en meerjarige investeringen doordat gronden dienen te worden verworven en bouwen woonrijp dienen te worden gemaakt alvorens de opbrengsten door gronduitgifte worden gerealiseerd, is dit een groot voordeel van de CV/BV-constructie met een beherend vennoot.

Voor de fiscale transparantie is van belang dat de CV een besloten CV is waarbij voor toe- en uittreding van de vennoten de toestemming nodig is van de overige vennoten. Bij een open CV, waarbij deze toestemming niet is vereist, wordt de fiscale transparantie doorbroken met als gevolg dat de open CV zelfstandig belastingplichtig is.

In zijn arrest van 23 januari 2009 heeft de Hoge Raad<sup>32</sup> geoordeeld over een aantal met betrekking tot fiscale aspecten van de CV/BV met één beherend vennoot en het beheersverbod.

De vragen zijn of een commandiet, die tevens directeur is van de beherend vennoot, het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK overtreedt? En kwalificeert de commandiet die door de overtreding van het beheersverbod op grond van artikel 21 WvK hoofdelijk aansprakelijk is voor de verbintenissen van de CV als fiscaal ondernemer als bedoeld in artikel 3.4 Wet IB 2001? In dit geval ging het om een natuurlijk persoon als commandiet die, indien hij door overtreding van het beheersverbod als ondernemer in fiscale zin kon worden aangemerkt, aanspraak kon

27. De fiscale aspecten worden slechts op hoofdlijnen behandeld.

28. HR 4 januari 1937, NJ 1937, 586.

29. HR 3 februari 1956, NJ 1960, 120.

30. Zie: Westbroek, NV, jrg. 57, p. 213.

31. Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken WJZ 8074645.

32. HR, LJN BB9390, 43963.



maken op de fiscale voordelen van het zijn van onderneming in fiscale zin.

### 5.3. *Overtreding van het beheersverbod*

Met betrekking tot de vraag of het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK wordt overtreden, is zoals ik hiervoor heb aangegeven van belang of de commandieten extern beheersdaden verrichten en/of zij intern als beleidsbepaler(s) kunnen worden gezien doordat zij een overwegende invloed op het beleid van de beherend vennoot uitoefenen.

Van overtreding van het beheersverbod kan niet alleen sprake zijn doordat de commandieten actief naar buiten toe (rechts)handelingen verrichten waarbij de schijn wordt gewekt dat zij deze (rechts)handelingen verrichten als commandiet, maar ook door de structuur van de CV/BV-constructie.

Meestal is het zo dat de commandieten veelal tevens aandeelhouders van de beherend vennoot zijn. Daarnaast komt het vaak voor dat de commandieten of de directeuren daarvan het bestuur vormen van de beherend vennoot. Op deze structuur zijn meerdere variaties mogelijk.

In voornoemd arrest ging het om de volgende constructie. De commandiet, bestaande uit een natuurlijk persoon, was tevens directeur van de beherend vennoot. Er was sprake van een 'personele unie' van een DGA van een beherend vennoot en de commandiet.

Volgens de Hoge Raad is deze variant niet toegestaan en is in deze constructie per definitie sprake van overtreding van het beheersverbod. Zonder verder in te gaan op de exacte fiscale overwegingen, was de Hoge Raad van oordeel dat in casu niet was voldaan aan het criterium 'rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming' zodat de commandiet in dit geval ondanks de overtreding van het beheersverbod geen aanspraak kon maken op de ondernemersfaciliteiten.

Een andere constructie is die waarin de commandieten tevens aandeelhouder zijn van de beherend vennoot. Onder het huidige recht is deze constructie niet verboden met dien verstande dat het risico van externe overtreding van het beheersverbod mijns inziens groot is. Het komt vaak voor dat een commandiet, tevens aandeelhouder in de BV, extern geen onderscheid maakt of hij handelt als commandiet of als aandeelhouder van de beherend vennoot. Concreet kan hierbij worden gedacht aan correspondentie over zaken van de CV/BV waarbij gebruik wordt gemaakt van briefpapier van de commandiet. Een ander voorbeeld is een commandiet die onderhandelingen voert over grondverwervingen met grondeigenaren en daarbij gebruik maakt van zijn eigen visitekaartje.

In deze constructie bestaat mijns inziens ook een aanzienlijk risico voor interne overtreding van het beheersverbod doordat de commandiet die tevens aandeelhouder is in de beherend vennoot gemakkelijk in de verleiding kan worden gebracht om zich te veel te bemoeien met het beleid en daarmee een beslissende invloed kan hebben op het beleid van de vennootschap.

## 6. De CV naar komend recht

### 6.1. *Algemeen*

Op 15 december 2009 heeft de Tweede Kamer ingestemd met de Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken II*, 31 065). Vervolgens zal in de Eerste Kamer de behandeling van het wetsvoorstel van titel 7.13 BW (*Kamerstukken I*, 28 746) plaatsvinden en daaraan gekoppeld voornoemde invoeringswet. Oorspronkelijk zou titel 7.13 BW begin 2008 zijn ingevoerd, maar de invoering is onder meer vanwege fiscale aspecten steeds uitgesteld. Naar verwachting wordt titel 7.13 BW per 1 januari 2011 ingevoerd.

### 6.2. *CV met of zonder rechtspersoonlijkheid*

Titel 7.13 BW zal voor de maatschap en de VOF een onderscheid maken tussen stille en openbare vennootschappen. Een (personen)vennootschap is of stil of openbaar. Wanneer de openbare vennootschap naast een of meer gewone vennoten een of meer commanditaire vennoten heeft, is sprake van een CV.

Een bestaande CV zal worden aangemerkt als een bijzondere vorm van een openbare vennootschap (OV).

Op grond van titel 7.13 BW kunnen openbare vennootschappen zowel bij het ontstaan als tijdens het bestaan kiezen voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Bij het ontstaan is voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid vereist dat de naam, de zetel en het doel van de op te richten vennootschap worden opgenomen in een notariële akte.

Bij een bestaande (open) personenvennootschap is vereist dat de naam, de zetel en het doel van de bestaande vennootschapsovereenkomst worden opgenomen in een notariële akte. Daarnaast dienen alle goederen van de vennootschappelijke gemeenschap onverwijld te worden ingebracht in de rechtspersoon. Een CV met rechtspersoonlijkheid (CVR) kan haar rechtspersoonlijkheid ook opgeven waarna sprake zal zijn van een 'gewone' CV zonder rechtspersoonlijkheid (CV). Tevens kan een CVR worden omgezet in een BV en vice versa.

Van belang is dat een CVR niet gelijk kan worden geschakeld met een BV als bedoeld in artikel 2:5 BW als het gaat om rechtspersoonlijkheid. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid heeft alleen gevolgen voor het vermogen van de vennootschap en is vooral van belang voor derden. Goederenrechtelijk kan een CVR met rechtspersoonlijkheid praktische en juridische voordelen hebben. Een CVR is zelfstandig rechthebbende van goederen. Een gevolg is dat de CVR gronden die worden verkregen zelfstandig geleverd kan krijgen zonder tussenkomst van de BV als (enig) beherend vennoot. Als het gaat om het beheersverbod, waarop ik hierna terugkom, kan de BV echter niet worden gemist, zodat het voordeel van een CVR in mijn optiek niet groot is.

### 6.3. *Vertegenwoordiging en aansprakelijkheid commandieten*

Bij een CV® blijven de gewone c.q. beherende vennoten aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennoot-

schap. Voor de commandieten blijft het uitgangspunt dat zij slechts aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de vennootschap tot maximaal het bedrag van hun inbreng.

In titel 7.13 BW wordt het beheersverbod uitgebreid, maar worden de gevolgen van overtreding van het beheersverbod verzacht.

Onder het nieuwe recht wordt op grond van artikel 7:837 lid 2 BW niet alleen een extern optreden van een commandiet bestraft, maar ook intern optreden indien de commandiet door zijn handelen beslissende invloed uitoefent op het beleid van de beherend vennoot. Daarbij wordt gedoeld op de situatie dat commandiet intern zoveel invloed uitoefent op het beleid van de beherend vennoot dat deze feitelijk niets anders is dan een stroman van de commandiet. Van die situatie is naar het oordeel van de wetgever sprake in de situatie dat een commandiet tevens directeur-enig aandeelhouder is van de beherend vennoot.

Zoals hiervoor is aangegeven is de sanctie op overtreding van het beheersverbod vergeleken met het huidige recht verzacht. De ‘overtredende’ commandiet is niet meer aansprakelijk voor bestaande en toekomstige verbintenissen van de CV, maar alleen voor verbintenissen die ten tijde van de overtreding van het beheersverbod of daarna zijn ontstaan. Daarnaast wordt aan de rechter de mogelijkheid geboden om de sanctie buiten toepassing te laten in gevallen waarin dat handelen weinig gevolgen heeft of het handelen positief valt te waarderen.

#### 6.4. Toe- en uittreding

In zijn algemeenheid – en derhalve ook voor de CV – behelst titel 7.13 BW een wijziging ten opzichte van het huidige recht als het gaat om toe- en uittreding van vennoten. Onder het komend recht zullen toetredende vennoten alleen nog aansprakelijk zijn voor verbintenissen van de vennootschap die bij of na hun toetreding zijn ontstaan. Onder het huidige recht waren ze ook aansprakelijk voor bestaande verbintenissen van de vennootschap.

Wat de duur van de aansprakelijkheid betreft, bevat titel 7.13 BW een verbetering voor de positie van de uitgetreden vennoot. Waar diens aansprakelijkheid onder het oude recht onbeperkt was, wordt deze onder het komend recht beperkt tot een periode van vijf jaar na de dag waarop de uittreding is ingeschreven in het handelsregister. Hierbij dient in het oog te worden gehouden dat wanneer de schuld pas na het uittreden opeisbaar wordt, de termijn gaat lopen vanaf het moment van opeisbaar worden van de schuld.

#### 6.5. Verdeling winst en verlies, ontbinding en voortzetting

Tenzij de vennoten anders zijn overeengekomen, vindt de verdeling van winst en verlies naar huidig recht plaats naar rato van ieders inbreng. Onder titel 7.13 BW wordt de hoofdregel dat iedere vennoot in beginsel voor een gelijk deel deelt in de winst of het verlies, ongeacht diens inbreng, tenzij de vennoten anders overeenkomen.

Anders dan naar huidig recht het geval is, is het uitgangspunt van titel 7.13 BW dat het uittreden van een vennoot,

alsmede de dood, het onbekwaam worden, het faillissement van een vennoot of het ophouden te bestaan van een vennoot die rechtspersoon is, niet automatisch leidt tot ontbinding van de vennootschap, maar tot partiële ontbinding ten aanzien van die vennoot (relatieve ontbinding). Dit uitgangspunt lijdt uitzondering, indien niet ten minste twee vennoten overblijven. In dat geval wordt de vennootschap geheel ontbonden, tenzij sprake is van opvolging doordat het uittreden van een vennoot samenhangt met de toetreding van een opvolgend vennoot.

Titel 7.13 BW bevat in de artikelen 7:825-831c BW een aparte regeling voor vereffening en verdeling van de vennootschap na algehele ontbinding. Het uitgangspunt is dat het vermogen van een in haar geheel ontbonden vennootschap steeds moet worden vereffend. Het betreft een vrij complexe regeling waarop in het kader van dit artikel niet verder zal worden ingegaan.

#### 6.6. Fiscale aspecten

De introductie van rechtspersoonlijkheid zal geen gevolgen hebben voor de fiscale transparantie van Nederlandse personenvennootschappen. De personenvennootschappen worden onder het komend recht dus niet zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschaps- en dividendbelasting.

De keuze voor rechtspersoonlijkheid zal daarentegen wel gevolgen hebben voor de overdrachtsbelasting. Rechtspersoonlijkheid wordt een onderscheidend criterium. Vennootschappen met rechtspersoonlijkheid worden voor de overdrachtsbelasting behandeld als niet-transparant en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid als transparant.

In het geval van toetreding of uittreding van een tot of bij een OV, is overdrachtsbelasting verschuldigd wanneer die vennootschap onroerend goed bezit. In dat geval is net als bij het huidige recht sprake van een verkrijging als bedoeld in artikel 2 Wet op belastingen rechtsverkeer. In dat geval verkrijgen de desbetreffende vennoten in beginsel een (grotere) deelgerechtigdheid in de economische of juridische eigendom van de tot het vennootschapsvermogen behorende onroerende zaken. Hiervoor is vereist dat de vennootschap een ‘onroerend goed lichaam’ is en de verkrijging een bepaalde omvang heeft. Voor bepaalde situaties kan echter beroep worden gedaan op de vrijstellingen in de Wet op belastingen rechtsverkeer.

Bij toe- of uittreding tot of bij een OVR blijft de rechtspersoon juridisch en economisch eigenaar van het vennootschapsvermogen, waardoor in termen van overdrachtsbelasting geen sprake is van verkrijging.

Daarnaast wordt de bestaande inbrengvrijstelling van artikel 15 lid 1 onder e en 15 lid 1 onder f uitgebreid tot alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Op deze wijze behoeft bij de omzetting van een CVR naar een BV of vice versa geen overdrachtsbelasting te zijn verschuldigd.

Het verschil in behandeling van een OV of OVR voor de overdrachtsbelasting zal waarschijnlijk vooral voor

samenwerkingsvormen waarin zich (veel) onroerende zaken bevinden, zoals vastgoedfondsen, in veel gevallen bepalend zijn voor de keuze voor een OV of OVR.

#### 6.7. Overgangsrecht

Titel 7.13 BW hanteert als uitgangspunt dat het nieuwe recht onmiddellijke werking heeft. De huidige personenvennootschappen zijn per de datum van inwerkingtreding van titel 7.13 BW stil of openbaar. Bijzondere overgangsbepalingen zijn opgenomen in artikel 220a Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek. Voor de CV gelden geen bijzondere overgangsrechtelijke bepalingen.

### 7. Voorkomende vragen in de praktijk

**7.1. Een CV met een BV i.o. als enig beherend vennoot**  
Een BV in oprichting (BV i.o.) is feitelijk een VOF met de aanstaande oprichters als beherende vennoten. Een door deze oprichters c.q. vennoten aangegane CV heeft die BV als beherend vennoot na oprichting van deze BV, indien de CV-akte daarin voorziet en de BV die rechts-handeling naar haar oprichting bekrachtigd ingevolge het bepaalde in artikel 2:204 BW.

Tot het moment van oprichting gelden de oprichters van de BV i.o. (de vennoten in de VOF) als beherende vennoten. Anders gezegd: totdat bekrachtiging plaatsvindt gelden de (natuurlijke of rechts)personen die de BV willen oprichten als (beherende) vennoten van de CV.

#### 7.2. Adressering/tenaamstelling

Mede om overtreding van het beheersverbod te voorkomen verdient het aanbeveling om (rechts)handelingen te laten verrichten door de beherend vennoot die daarbij handelt '(...) als enig beherend vennoot van X C.V.' en deze toevoeging te gebruiken bij correspondentie die namens de CV/BV wordt verzonden.

#### 7.3. De CV/BV als procespartij en faillissement

Alle personenvennootschappen hebben procespersoonlijkheid (art. 51 Rv). Dit betekent dat de CV als zodanig kan optreden als eiser of gedaagde in een civiele procedure. Indien de CV als eisende of verwerende partij optreedt, is de beherend vennoot geen procespartij. De naam van de beherend vennoot hoeft niet in de dagvaarding te worden genoemd. Het noemen van de naam van de vennootschap volstaat.<sup>33</sup>

Het vorenstaande neemt niet weg dat het verstandig kan zijn om bij een personenvennootschap tevens de individuele vennoten te dagvaarden. In het arrest De Gouw/De Hamer<sup>34</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een veroordelend vonnis tegen de vennootschap alleen een executoriale titel oplevert jegens het vennootschapsvermogen en jegens de vennoten in privé. Dit is anders als ook de vennoten in privé worden gedagvaard.

Faillietverklaring van de CV heeft tevens het faillissement van de beherend vennoot tot gevolg. Bij een CV bestaande

uit twee (rechts)personen zijn er drie faillissementen: twee van de commandieten en een van de beherend vennoot.<sup>35</sup>

#### 7.4. Voorkomen overtreding beheersverbod

Een in de praktijk veel gebruikte wijze om bij een CV/BV overtreding van het beheersverbod te voorkomen is door bij het inrichten van de structuur van de CV gebruik te maken van (lege) projectvennootschappen. Dit betekent dat partijen niet zelf (onmiddellijk), maar de door ieder van hen op te richten projectvennootschap waarvan zij doorgaans alle aandelen houden, participeren als commandiet in de CV (middellijk). Partijen zelf kunnen vervolgens direct aandeelhouder worden in de CV. Het risico van interne- en externe overtreding van het beheersverbod wordt hierdoor aanzienlijk beperkt.

### 8. Conclusie

De CV/BV is een hybride rechtsfiguur die met name in de literatuur het nodige stof heeft doen opwaaien. Of je de CV/BV kwalificeert als veelkoppig monster of als creatief vehikel dat het beste biedt van 'both worlds', feit is dat deze constructie in de praktijk van PPS bij gebiedsontwikkeling voorziet in een behoefte, waarvan ik verwacht dat dit onder het nieuwe recht niet anders zal zijn. Zeker nu de sanctie van overtreding van het beheersverbod onder het nieuwe recht wordt verzacht, verwacht ik dat de CV/BV onder het nieuwe recht haar bestaansrecht zal behouden. Een voordeel is de hiervoor genoemde verzachting van de sanctie van het beheersverbod. Het nadeel van een verscherping van de aansprakelijkheid wegens interne overtreding van het beheersverbod kan worden opgelost door als commandiet niet direct, maar indirect te participeren door middel van een (lege) projectvennootschap.

Het opteren voor rechtspersoonlijkheid voor de CV/BV-constructie heeft geen voordelen. De praktische goederenrechtelijke voordelen van rechtspersoonlijkheid wegens mijns inziens niet op tegen het feit dat de CV een BV (of een andere (rechts)persoon) nodig houdt om de CV extern te kunnen vertegenwoordigen. De huidige praktijk van levering van de voor gebiedsontwikkeling benodigde gronden aan de BV als (enig) beherend vennoot is immers even praktisch. Ook onder het nieuwe recht blijft de CV/BV-constructie in juridisch opzicht een lastig te doorgronden constructie die mede daardoor in de praktijk wel als 'zwaar' wordt ervaren.

33. J.J.A. Hamers & L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen* (tweede druk), 2004, p. 27.

34. HR 18 december 1959, NJ 1960, 121.

35. *Inleiding personenvennootschappen*, t.a.p., p. 139.