

43. De commandiet bestuurt maar beter niet

MR. DR. A.H. LAMERS

Tot voor kort werd het overtreden van het bestuursverbod door een commandiet altijd afgestraft met het door de commandiet hoofdelijk verbonden zijn met de schulden van de vennootschap. De Hoge Raad is echter onlangs 'om-'gegaan in die zin dat een commandiet zich tegenwoordig iets kan veroorloven als het er om gaat dat hij namens de vennootschap rechtshandelingen verricht. Er gelden daarbij twee voorwaarden. Ten eerste moet de wederpartij van de vennootschap op de hoogte zijn van de hoedanigheid van de commandiet en ten tweede mag de commandiet terzake van zijn optreden naar buiten niets te verwijten zijn.

Inleiding

Een kleine startende ondernemer klopt ter verkrijging van een (start)kapitaal niet automatisch meer als eerste aan bij een bank. Behalve dat banken deze financiering zoekende ondernemers niet zelden in een contractuele bank-schroef plegen te plaatsen zijn zij ook niet gemakkelijk bereid om tot financiering over te gaan. Het is mede daarom dat starters alternatieve wegen zoeken om financiering te verkrijgen. Een van die alternatieve wegen is 'crowdfunding'. Crowdfunding kan worden gezien als een vorm van financiering zonder dat daarbij intermediairs (lees: banken) worden ingeschakeld. Deze financieringsvorm kent vele varianten. In deze bijdrage wordt aangehaakt bij wellicht een van de oudste vormen van crowdfunding namelijk die van het verschaffen van kapitaal door commanditaire vennoten. Dit is echter niet zonder risico: indien een commandiet het bestuursverbod van artikel 20 lid 2 WvK overtreedt is hij hoofdelijk verbonden voor de schulden van de vennootschap.

De naam crowdfunding doet vermoeden dat het gaat om financiering door een 'crowd', een grote groep personen dus. Dit is ook niet uitgesloten en komt ook met name voor in de kunstensector waar velen door het doneren van een kleine bijdrage een project van een kunstenaar mogelijk maken. Een voorbeeld is ook het financieren van een cd-opname waarna de financiers allen een cd verkrijgen. Dergelijke financiering door een grote groep is naar mijn idee eerder een vorm van sponsoring omdat het er de individuele financiers niet zelden eerder om te doen is om de kunstenaar verder te helpen dan om een cd te verkrijgen.¹

Vaak gaat het er bij het 'echte' crowdfunden echter om dat de funders kapitaal inbrengen met het oog op rendement.² Het gaat dan ook niet zelden om substantiële inbreng die de financier niet zomaar wil verliezen en waarvan hij graag rendement wil zien. Die financier heeft, als hij tot financiering overgaat, behalve een hoge gunfactor jegens de ondernemer(s) alsdan ook een serieus belang bij het slagen van de onderneming. Dergelijke financiers staan vaak ook dicht bij de ondernemer. Een voorbeeld hiervan is een gepensioneerd ondernemer die de activa van het door hem opgebouwde bedrijf inbrengt in dezelfde door een van zijn kinderen voort te zetten onderneming. Met name in situaties waarbij de financier dicht bij de ondernemer staat en de financier er alle belang bij heeft dat de onderneming slaagt, bijvoorbeeld omdat zijn pensioenvoorziening daarvan afhankelijk is, dreigt het gevaar dat een financier die tevens commandiet is, het bestuursverbod geweld aandoet. In dit artikel wordt onderzocht hoever de aansprakelijkheid van de commandiet reikt in de situatie dat een commandiet het bestuursverbod naar buiten toe overtreedt, terwijl de wederpartij van de commanditaire vennootschap (hierna: cv) in deze wist dat de persoon met wie hij handelde een commanditaire vennoot was en geen beherende vennoot.

Het juridisch kader in kort historisch perspectief

De brug tussen de cv en het 'moderne' crowdfunden komt u als lezer aanvankelijk wellicht enigszins vreemd voor. Dat is mijns inziens onterecht omdat de cv haar oorsprong vindt in de Romeinsrechtelijke figuur van de Societas. Deze

¹ Lems H. (2004), *Het goede doel, wegwijz in de sector van de filantropie*, Zoetermeer: Uitgeverij Boekencentrum.

² Rapport 'Onderzoek Crowdfunding en Informal Investing' ministerie van Economische zaken, November 2013 p. 7-10.

Societas was aanvankelijk bedoeld als een 'broederlijke' voortzetting van de onderneming van de erfflater door de erfgenamen en ontwikkelde zich later tot een 'overeenkomst van rekening en verlies' die nog het beste is te vergelijken met de maatschap naar huidig recht. Een nog latere variant was de versie waarmee risicodragende handelsreizen en ondernemingen werden gefinancierd.³ Deze laatste variant is mijns inziens de oorsprong van de huidige cv en is eigenlijk

Het gaat dan ook niet zelden om substantiële inbreng die de financier niet zomaar kwijt wil raken.

een vroege vorm van crowdfunding. Er wordt immers zonder tussenkomst van een intermediair risicodragend kapitaal ingebracht door een of meerdere personen die zelf niet de ondernemer(s) zijn. Zij delen alleen in de winst en indien de onderneming niet slaagt zijn de financiers slechts hun ingelegde geld kwijt en zijn zij niet aansprakelijk voor schulden die uit de onderneming voortvloeien omdat zij niet zelf in de vennootschap 'ondernemen'.

Het wettelijk kader van de cv is ook naar de huidige opvattingen bepaald niet het jongste. Na twee gestrande hercodificatiepogingen in de jaren 70 van de vorige eeuw en recentelijk in het begin van deze eeuw geldt nog steeds de regeling, zoals opgenomen in het Wetboek van Koophandel van 1838.⁴ Uit de combinatie van de artikelen 20 en 21 WvK volgt dat een commandiet geen daden van beheer voor de vennootschap mag verrichten en niet in de vennootschap mag werken. Doet hij dat toch dan is de sanctie dat de commandiet zich daarmee hoofdelijk verbindt voor de schulden van de vennootschap. De commandiet, ook wel 'stille of commanditaire vennoot' genaamd is dan immers niet meer 'stil'. Het 'beheersverbod' van de artikel 20 lid 2 en 21 WvK wordt tegenwoordig aangeduid met het meer eigentijdser 'bestuursverbod'.

De positie van de commandiet vanuit het oogpunt van aansprakelijkheid

Vanaf het moment dat het bestuursverbod in het Nederlandse recht is gecodificeerd zijn er in de doctrine twee divergerende stromingen van rechtsopvatting met betrekking tot het bestuursverbod te bespeuren: 1) de beperkte leer die erop neerkomt dat alleen handelingen die zich naar buiten toe manifesteren onder het bestuursverbod vallen en 2) de daar tegenoverstaande ruime leer die ervan uitgaat dat ook interne bestuurshandelingen welke voor derden verborgen blijven ertoe kunnen leiden dat een commandiet handelt in strijd met het bestuursverbod.⁵

Gedurende vele decennia was het in de Tweede Wereldoorlog gewezen *Walvius*-arrest⁶ bepalend voor de praktijk als het ging om de vraag welke rol de wetenschap van de derde speelde met betrekking tot de juridische positie van de commandiet indien deze naar buiten toe het bestuursverbod overtrad. In dat arrest had de Hoge Raad bepaald dat het voor de toepassing van de artikelen 20 lid 2 jo. en 21 WvK niet relevant was of de wederpartij van de commanditaire vennootschap wist dat hij met een commanditaire vennoot handelde.⁷

Met betrekking tot dit laatste is de Hoge Raad 'omgegaan' in zijn arrest van 29 mei 2015.⁸ In deze zaak draaide het om de ouders die als commandiet betrokken waren bij de exploitatie van de lunchroom (genaamd: de Katterug) van hun zoon die de beherend vennoot was. De beide commandieten hadden in hun hoedanigheid als commandiet een huur- en een huurbeëindigingovereenkomst medegetekend. Op het moment dat de lunchroom zou worden verkocht was daarbij overeengekomen dat de cv de reeds opgebouwde vergoedingen aan het personeel voor haar rekening zou nemen. De koper zou deze vergoedingen afrekenen met het personeel. Toen er discussie kwam over de afrekening van deze kosten tussen koper en verkoper stelde de koper zich op het standpunt dat de commandieten hoofdelijk verbonden waren voor de schulden van de cv. De commandieten verweerden zich met het argument dat het voor de koper duidelijk was dat zij commandieten waren. Zowel de rechtbank als het hof wensten dat argument mede onder verwijzing naar het *Walvius*-arrest, niet over te nemen. Het parket bij de Hoge Raad heeft vervolgens cassatie in belang der wet ingesteld. In het daarop volgende arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat artikel 21 WvK er toe strekt te voorkomen dat enerzijds de commandiet ten name van de vennootschap aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en aldus misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan de hoedanigheid van de commandiet en anderzijds dat derden door het optreden van een commandiet in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij van doen hebben met een beherend vennoot die (...) met zijn hele vermogen in staat voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap.⁹ In dat licht stelt de Hoge Raad dat het voor beantwoording van de vraag of er plaats is voor de sanctie van artikel 21 WvK mede van belang kan zijn of derden van de vennootschappelijke hoedanigheid van de commandiet op de hoogte waren of behoorden te zijn en dat steeds van belang is of de commandiet tegen wie de sanctie wordt ingeroepen, ter zake van zijn handelen een verwijt valt te maken.¹⁰ Zoals gezegd heeft de Hoge Raad met dit arrest de strikte uitleg, zoals gegeven in het *Walvius*-arrest losgelaten. Commandieten kunnen

3 M.J.G.C. Raaijmakers (2006), *Ondernemingsrecht*, Pitlo-serie, Deventer: Kluwer, p. 70-71.

4 Lamers A.H. & D.P.C.M. Hellegers, 'Is er plaats voor de stille maatschap in toekomstig vennootschapsrecht?', *WPNR* 7034, 18-10-2014, p. 977-981.

5 A.J.S.M. Tervoort (2013), *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap*, Diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer, p. 66. Deze auteur beschrijft op de pagina's 30 t/m 67 op heldere wijze hoe deze stromingen zich tussen 1883 en 2013 verhielden.

6 HR 15 januari 1943, *NJ* 1943, 201 (*Walvius*).

7 ECLI:NL:PHR:2015:46 Conclusie van A-G L. Timmerman, ro 3.2.

8 HR 29 mei 2015 ECLI:NL:HR:2015:1413, *NJ* 2015/380 m.nt. P. van Schilf-gaarde (*Katterug*).

9 R.o. 3.4.2.

10 R.o. 3.4.7.

zich dus het een en ander veroorloven als de wederpartij maar wist of behoorde te weten dat hij zaken deed met de commandiet en dat deze laatste ter zake van zijn handelen niets is te verwijten.

De deur verder open

In de hierna te bespreken recente uitspraak in de zaak *Distriport*¹¹ heeft de Hoge Raad de deur wederom verder opengezet als het er om gaat wat een commandiet zich (bestuurlijk) naar buiten toe kan veroorloven zonder mogelijk te worden geconfronteerd met de sanctie van artikel 21 WvK. In deze zaak speelde een zeer complexe contractuele verhouding tussen de provincie Noord-Holland, aan de provincie gelieerde privaatrechtelijke rechtspersonen en meerdere private partijen.¹²

Het feitencomplex komt er kort samengevat op neer dat een consortium van partijen dat een bedrijventerrein wilde ontwikkelen een overeenkomst sloot met de provincie Noord-Holland, inhoudende dat de provincie gronden koopt en bouwrijp maakt om ze vervolgens door te leveren aan een nader op te richten cv. De betreffende cv die enige tijd later is opgericht neemt vervolgens deze gronden niet af. De provincie leidt als gevolg daarvan schade en stelt de cv alsmede de beherend vennoten aansprakelijk voor deze schade. Dat laatste, omdat de bestuurders van de bv die de beherend vennoot is tevens de commanditaire vennoten zijn.

Uiteindelijk speelde de rechtsvraag of het bestaan van een personele unie tussen de middellijk bestuurders van meerdere commandieten en de middellijk bestuurders van de beherend vennoten kan leiden tot toepassing van de sanctie van artikel 21 WvK. De Hoge Raad heeft daarbij bepaald dat deze omstandigheid van belang kan zijn bij het beantwoorden van de vraag of bij een wederpartij redelijkerwijs een onjuiste indruk heeft kunnen ontstaan over de hoedanigheid waarin de commandiet aan het handelsverkeer deelnam, maar dat, behoudens tegenbewijs, een persoon zowel een beherend als een commanditaire vennoot kan vertegenwoordigen. Een commandiet kan dus bestuurshandelingen verrichten namens de beherende vennoot als de hoedanigheid van deze persoon maar duidelijk is (of zou moeten zijn) bij de wederpartij. Dit laatste is wederom een forse oprekking van de norm van artikel 20 lid 2 WvK.¹³

Conclusie

Uitgangspunt is dat beherend vennoten aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap en de aansprakelijkheid van de commandieten beperkt is tot hun inbreng. Voor de commandiet verandert die situatie indien hij het bestuursverbod overtreedt. De sanctie op die overtreding is dat ook de commandiet alsdan hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap.

Met het instellen van cassatie in het belang der wet in de zaak *Katterug* heeft A-G Timmermans een mooie correctie op verouderde wetgeving geïnitieerd. Het is niet meer van deze tijd dat een commandiet geheel onzichtbaar is voor wederpartijen. Er is niets mis mee dat een commandiet bij een wederpartij in beeld is zolang het voor die wederpartij maar duidelijk is dat hij met een commandiet heeft te maken en de commandiet terzake niets valt te verwijten. De ratio van de regel is immers dat een commandiet niet aan het handelsverkeer mag deelnemen op een wijze waarop bij de wederpartij de indruk ontstaat dat hij met een beherend vennoot heeft te maken die met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van verbintenissen. Het gaat er daar wat mij betreft ook om wat de aard is van de (rechts-) handeling(en) die de commandiet verricht ter zake van zijn handelen. De commandiet dient zich te onthouden van 'ondernemen', in die zin dat hij zich naar buiten toe als ondernemer in de dagelijkse bedrijfsvoering manifesteert.

In de zaak *Distriport* heeft de Hoge Raad de ingezette lijn van de *Katterug* doorgezet. In deze zaak ging het echter om een wirwar van zeer complexe rechtsverhoudingen. In casu was het een van de initiatiefnemers van het project, de provincie, die de commandieten (in die hoedanigheid) uiteindelijk aansprak maar dat mislukte omdat zij wisten (of moesten weten) in welke hoedanigheid de commandieten optraden. Naar mijn inzicht had dat niet kunnen worden verwacht van derden (wederpartijen) in die zin dat zij niet

Het wettelijk kader van de CV is ook naar de huidige opvattingen bepaald niet het jongste.

betrokken zijn geweest bij de opbouw van de complexe rechtsverhoudingen waarnaar hiervoor is verwezen. De provincie was dat wel, zij was zelfs een van de initiatiefnemers van het project en was voortdurend betrokken bij de uitwerking ervan en ook van de nadere inrichting van het juridische complex.

De Hoge Raad heeft met de uitspraken in de hiervoor besproken jurisprudentie de scherpe kantjes van de overtreding van het bestuursverbod door een commandiet afgeslepen. Dat betekent nog niet dat de commandieten in de toekomst in alle gevallen zijn gevrijwaard van hoofdelijke verbondenheid met de schulden van de vennootschap bijvoorbeeld door de wederpartij in te lichten met betrekking tot hun juridische identiteit indien een daad van beheer wordt uitgevoerd. De commandiet die veilig wil zijn onthoudt zich daarom nog steeds van enige bemoeienis met de (dagelijkse) bedrijfsvoering. Als

11 ECLI:NL:HR:2016:2516, JOR 2016/326 m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Distriport*).

12 Het gaat in het kader van (de omvang van) deze publicatie te ver om de onderlinge verhoudingen tussen alle partijen geheel uit te werken. Ik verwijs daarvoor graag naar de rechtsoverweging 3.1 van de HR waarin over meerdere pagina's helder is uitgewerkt hoe partijen zich verhouden.

13 Nog in 2009 oordeelde de Hoge Raad in een fiscale zaak dat een commandiet die tevens directeur van een BV is, die op zijn beurt de beherende vennoot is, het bestuursverbod overtreedt. ECLI:NL:HR:2009:BB9390, *NTFR* 2009, 240.

een commandiet 'ter zake van zijn handelen iets valt te verwijten' kan hij alsnog worden geconfronteerd met de sanctie van artikel 20 WvK. De Hoge Raad heeft de rechter nu een instrument gegeven om corrigerend op te treden als de juridische hoedanigheid commandiet bij de wederpartij van de vennootschap bekend is, of zou moeten zijn, en de commandiet ter zake van zijn handelen niets te verwijten valt. Dat laatste is een heel open norm. De tijd zal ons leren hoe de rechtspraak daarmee om zal gaan.

Nieuw personenvennootschapsrecht?

Zoals hiervoor reeds vermeld zijn in de loop van de afgelopen vijftig jaren twee hercodificatiepogingen van het personenvennootschapsrecht gestrand. Nu de wetgever de moed blijkbaar heeft opgegeven heeft een particulier initiatief genaamd de Werkgroep Personen-

Het 'beheersverbod' van de artikelen 20 lid 2 en 21 WvK wordt tegenwoordig aangeduid met het meer eigentijdser 'bestuursverbod'.

vennootschappen¹⁴ een wetsvoorstel met memorie van toelichting opgesteld en op 26 september 2016 aan de minister aangeboden.¹⁵ Dit voorstel voorziet in een regeling waarbij de commandiet niet meer integraal is uitgesloten om namens de vennootschap aan het rechtsverkeer deel te nemen.¹⁶ Wel blijft het uitgangspunt dat de commandiet in die hoedanigheid niet bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Hij mag echter wel krachtens volmacht naar buiten optreden. Of dit particuliere initiatief de Tweede Kamer der Staten-Generaal gaat halen zal de toekomst leren.

Het is mij opgevallen dat de auteurs van het rapport ervoor hebben gekozen hetzelfde stramien van personenvennootschappen (vof, cv en (stille) maatschap) te handhaven. Daarvoor worden als redenen opgegeven dat 'andere' landen die structuur ook (nog) hebben en dat de afschaffing van het onderscheid tussen beroep en bedrijf zal leiden tot invoeringsfricties.¹⁷ De eerste reden komt mij vreemd voor nu het personenvennootschapsrecht in die andere landen (dus) ook verouderd is. Het tweede argument faalt wat mij betreft ook omdat het onderscheid tussen bedrijf en beroep op sterven na dood is.¹⁸

De huidige handelspraktijk vraagt mijns inziens om een transparant rechtsvormenrecht waarbij de (hoofd-)scheidslijn moet liggen tussen rechtspersonen, geregeld in boek 2 BW en personenvennootschappen geregeld in boek 7 BW, die geen rechtspersoonlijkheid hebben omdat zij feitelijk uit niet meer bestaan dan een overeenkomst. Het particuliere initiatief heeft nog een aspect waarover ik me zorgen maak. Het voorstel voorziet in rechtspersoonlijkheid voor de vof (genaamd Openbare Vennootschap) die ontstaat door inschrijving in het handelsregister. Dit draagt een groot risico van misbruik met zich. Wat mij betreft kan rechtspersoonlijkheid alleen ontstaan door notariële tussenkomst en kunnen rechtspersonen ook alleen in boek 2 BW worden geregeld, omdat daar ook de antimisbruikbepalingen te vinden zijn.

Aanbevelingen voor de praktijk

Zoals eerder betoogd in WPNR 7034¹⁹ begrijp ik niet waarom partijen nog gebruik maken van de personenvennootschappen. Met een besloten vennootschap (bv) of een naamloze vennootschap (nv) kunnen dezelfde doelen worden bereikt, terwijl de vennootschap dan rechtspersoonlijkheid heeft en eventuele bestuursbemoeienis van de aandeelhouders hen niet direct op hoofdelijke verbondenheid met de schulden van de vennootschap komt te staan. De enige voordelen van een commanditaire vennootschap die ik kan bedenken zijn enkele, overigens steeds beperktere, fiscale voordelen en het voorkomen van notariskosten voor de oprichting en dergelijke, alsmede de exploitatiekosten. Die zijn het toch niet waard om met een heel (privé-)vermogen aansprakelijk te zijn voor de schulden van de vennootschap als het doel is om rendement te verwerven op een serieuze investering?

Over de auteur

Mr. dr. A.H. Lamers is als onderzoeker verbonden aan de faculteit cultuur- en rechtswetenschappen van de Open Universiteit.

14 Werkgroep onder leiding van Prof. mr. M. van Olfen.

15 Rapport 'Modernisering Personenvennootschappen': <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/09/26/werkgroep-presenteert-regeling-voor-personenvennootschappen>.

16 Rapport 'Modernisering Personenvennootschappen', p. 23.

17 Rapport 'Modernisering Personenvennootschappen', p. 12-13.

18 Zie voetnoot 4 alsmede A.H. Lamers (2012), *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 32.

19 Zie voetnoot 4.