

De *societas leonina* onder het Wetsvoorstel Personenvennootschappen

Inleiding

Op 24 december 2002 is bij de Tweede Kamer het Wetsvoorstel Personenvennootschappen ingediend. Als het wetsvoorstel door het parlement wordt aangenomen, zal aan Boek 7 titel 13 worden toegevoegd, die een volledige regeling van de personenvennootschappen zal geven.

Inmiddels heeft het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het Wetsvoorstel) veel aandacht gekregen in de literatuur. Een weinig besproken onderwerp vormt tot op heden echter de regeling die men wel de '*societas leonina*' noemt; letterlijk vertaald de 'leeuwenvennootschap'. Aan deze naam ligt een fabel van Phaedrus ten grondslag. Verteld wordt over de leeuw die zijn medematen (koe, geit en schaap) een 'leeuwendeel' afdwingt, waardoor er voor hen niets overblijft (A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen*, Zwolle 1995, p. 1). Krachtens het toekomstige artikel 815 lid 4 Wetsvoorstel en het huidige artikel 7A:1672 lid 1 BW is het verboden om in een vennootschapsovereenkomst te bepalen dat een van de vennoten van de winstdeling wordt uitgesloten.

In de praktijk wordt de commanditaire vennootschap (CV) veel gebruikt als beleggingsfonds en in financiële transacties, zoals acquisitie- en financieringsconstructies. De reden voor het gebruik van een CV ligt hem dan vooral in het feit dat de CV een fiscaal gunstige behandeling kent en op de CV, in vergelijking met 'concurrerende' rechtsvormen, weinig dwingendrechtelijke bepalingen van toepassing zijn. Hierdoor is het mogelijk om meer rekening te houden met de specifieke wensen van de vennoten.

In een dergelijke CV wordt aan de beherend vennoot soms slechts een klein percentage van de winst toegekend, bijvoorbeeld omdat zijn inbreng in verhouding tot de inbreng van de commanditaire vennoten gering is. Soms ontvangt de beherend vennoot een vaste vergoeding in de vorm van een managementvergoeding en deelt hij niet in de winst. De vraag is dan of we in dergelijke gevallen te maken hebben met een *societas leonina*.

Voordat ik de *societas leonina* onder het Wetsvoorstel behandel, bespreek ik het huidige artikel 7A:1672 lid 1 BW. In het bijzonder ga ik in op een aantal problemen die zich ten aanzien van dit artikel in de praktijk voordoen. Daarna bespreek ik of deze problemen onder het Wets-

voorstel worden opgelost. Tot slot komt de eventuele anticiperende werking van het Wetsvoorstel aan bod. Temeer omdat nog onduidelijk is op welke termijn het Wetsvoorstel wordt ingevoerd.

De *societas leonina* onder het huidige recht

Vaak wordt in de vennootschapsovereenkomst bepaald in welke mate een vennoot deelt in de winst. De winstverdelingsmaatstaf wordt meestal gebaseerd op de waarde en de vorm van de inbreng (zie art. 7A:1670 BW). De begrenzing van de vrijheid van partijen in de keuze van de tussen hen geldende winstverdelingsmaatstaf wordt gevormd door artikel 7A:1672 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt: 'Het beding, waarbij aan een der vennoten alle de voordeelen mogten toegezegd zijn, is nietig.' Artikel 7A:1672 lid 1 BW wekt aldus de indruk dat het beding wel geoorloofd zou zijn, zolang niet alle winst aan een van de vennoten wordt toegekend. De vennootschapsovereenkomst tussen drie vennoten, waarin is opgenomen dat de commanditaire vennoten A en B ieder de helft van de winst toebedeeld krijgen en beherend vennoot C het nakijken heeft, zou dan geoorloofd zijn. In de literatuur wordt echter algemeen aangenomen dat artikel 7A:1672 lid 1 BW zo moet worden gelezen, dat geen van de vennoten van een aandeel in de winst mag worden uitgesloten. Uit artikel 7A:1655 BW vloeit immers voort dat essentieel is voor de personenvennootschap dat ieder van de vennoten deel heeft in de winst.

Van belang is nog op te merken dat in het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 1956, NJ 1957, 333, de *societas leonina* wordt omschreven als een overeenkomst waarbij een van de vennoten, misbruik makende van omstandigheden als de afhankelijkheid of de onervarenheid van zijn medevennoten, laatstgenoemden beweegt tot het aangaan van een uitsluitend tot zijn voordeel strekkende vennootschapsovereenkomst. In de literatuur (o.a. Van Solinge, a.w., p. 7 en Asser-Van der Grinten-Maeijer 5-V, 1995, nr. 70) is men echter van oordeel dat misbruik van omstandigheden geen voorwaarde is voor een *societas leonina*; voor het al of niet aanwezig zijn van een *societas leonina* is de strekking van de vennootschapsovereenkomst beslissend. Deze moet zijn gericht op het behalen van voordeel ten behoeve van alle vennoten.

Artikel 7A:1672 lid 1 BW, dat via artikel 15 Wetboek van

Koophandel van toepassing is op de CV, geeft in de praktijk aanleiding tot een aantal vragen, die ik hierna bespreek.

De verdeling van de winst (1)

Een eerste vraag is hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een *societas leonina*. Voor eenieder is duidelijk dat een uitdrukkelijk beding in een vennootschapsovereenkomst dat bepaalt dat een van de vennoten wordt uitgesloten van winstdeling, nietig is op grond van artikel 7A:1672 lid 1 BW. Hierna zal ik echter laten zien dat er winstverdelingen zijn te bedenken waarvan niet duidelijk is of die op basis van artikel 7A:1672 lid 1 BW nietig moeten worden geacht. Uitgangspunt hierbij is steeds de CV-overeenkomst tussen twee commanditaire vennoten (A en B) en één beherend vennoot (C). A en B hebben ieder € 100.000 ingebracht. C brengt slechts zijn arbeid in. Wat valt nu te zeggen van (1) de overeenkomst waarin is bepaald dat C slechts € 100 toekomt op een gemiddelde jaarwinst van € 500.000, of (2) de overeenkomst waarin is bepaald dat C pas vijf jaar na het oprichten van de CV in de winst zal delen, of (3) de overeenkomst waarin is bepaald dat C een percentage van de jaarwinst toekomt, dat afhankelijk is gesteld van de hoogte van de jaarwinst. Ligt de jaarwinst beneden de € 500.000, dan deelt C niet mee in de winst; ligt deze daarboven, dan komt hem 5% toe. Bij de oprichting van de vennootschap werd overigens uitgegaan van een winst die de eerste drie jaar niet boven de € 500.000 zou komen te liggen.

Hiervoor is al ter sprake gekomen dat gekeken dient te worden naar de strekking van de vennootschapsovereenkomst. Dit criterium laat echter ruimte voor interpretatie. Volgens Van Solinge (a.w., p. 11) moet de strekking meebrengen dat vennoten een reëel winstaandeel toekomt. Een toekenning van € 100 op een jaarwinst van € 500.000 neigt dan naar een winstverdeling in de zin van artikel 7A:1672 lid 1 BW. Ook het tweede en derde voorbeeld zullen in zijn ogen een nietige vennootschap tot gevolg hebben (zie verder onder het kopje 'Het rechtsgevolg van een *societas leonina*'). Op een soortgelijk standpunt stelt Slagter zich (*Personenassociaties (losbl.)*, par. 10). Volgens hem dient te worden gekeken naar de uitwerking van de regeling in de praktijk, gezien in het licht van de normaal te verwachten winsten. Maeijer daarentegen is een andere mening toegedaan. Volgens hem mag de strekking van de vennootschapsovereenkomst niet meebrengen dat één of meer vennoten in het geheel geen aandeel in de winst (kunnen) hebben (*Asser-Van der Grinten-Maeijer 5-V*, nr. 70). De hiervoor genoemde winstverdelingen moeten vanuit zijn oogpunt dan ook geldig worden

geacht. A.L. Mohr merkt op dat elk van de vennoten een aandeel in de winst móét toekomen (*Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer 1998, p. 52). Waarschijnlijk zullen vanuit zijn optiek eerdergenoemde winstverdelingen in overeenstemming zijn met de wet.

De verdeling van de winst (2)

Een tweede vraag is of aan beherende dan wel commanditaire vennoten van een CV vaste vergoedingen mogen worden toegekend. Hierin verschillen Maeijer (*Asser-Van der Grinten-Maeijer 5-V*, nr. 73) en Mohr (a.w., p. 55) van mening.

Mohr maakt ten aanzien van deze vraag onderscheid tussen enerzijds het beding dat één of meer vennoten jaarlijks een vast bedrag ten laste van de vennootschap ontvangen, en anderzijds het beding dat één of meer vennoten jaarlijks een vaste vergoeding krijgen uitgekeerd ten laste van de jaarwinst. Volgens Mohr is het eerste beding geoorloofd, mits de betrokken venno(o)t(en) tevens gerechtigd is (zijn) tot het delen in de winst. De vaste vergoeding komt de venno(o)t(en) volgens hem niet toe uit hoofde van de vennootschapsverhouding, maar uit een overeenkomst van opdracht of uit een relatie die kenmerken vertoont van een arbeidsverhouding. Deze opvatting vindt steun bij het arrest van het hof van Amsterdam van 5 november 1954, NJ 1955, 383. In een later arrest komt het Hof Den Haag overigens tot een tegenovergestelde conclusie (*Hof Den Haag 6 mei 1987*, NJ 1988, 526).

Vergoedingen die ten laste van de jaarwinst worden gebracht, zijn volgens Mohr niet toelaatbaar, indien de omvang van de jaarwinst de uitkering van de vaste vergoeding stelselmatig niet zou toelaten. Immers, dan zullen de andere vennoten van winst verstoken blijven.

Maeijer maakt geen onderscheid tussen vaste vergoedingen die ofwel ten laste van de vennootschap ofwel ten laste van de jaarwinst worden gebracht. Volgens hem is van een *societas leonina* in beide gevallen sprake, indien de in de overeenkomst bedongen vaste vergoedingen ieder reëel uitzicht op (een restant van) te verdelen winst aan één of meer vennoten ontnemen.

Het rechtsgevolg van een societas leonina

Een derde vraag is wat nu precies het rechtsgevolg van een *societas leonina* is. Naar de letter van artikel 7A:1672 lid 1 BW is slechts het beding uit de vennootschapsovereenkomst nietig en blijft de vennootschapsovereenkomst verder in stand. Algemeen wordt echter aangenomen dat een samenwerkingsovereenkomst in de vorm van een vennootschap op grond waarvan een van de partijen niet

meedeelt in de winst, een verboden vennootschap is en als zodanig – dat wil zeggen als vennootschap – nietig is. Gezien het feit dat de *societas leonina* in strijd is met een van de wezenlijke kenmerken van de vennootschaps-overeenkomst – het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten – kan van partiële nietigheid ex artikel 3:41 BW geen sprake zijn. Op grond van dit artikel is slechts een deel van de rechtshandeling nietig, en blijft het overige van de rechtshandeling in stand, voorzover dit gelet op inhoud en strekking van de handeling niet in een onverbreekelijk verband staat met het nietige deel.

Deze opvatting in de literatuur vindt overigens steun bij de Hoge Raad. Uit het arrest van 6 juni 1956, NJ 1957, 333 blijkt dat de Hoge Raad letterlijk overwoog dat: '(...) nietig is en als bedoeling van de wetgever moet worden aangenomen dat een dergelijk beding de gehele overeenkomst nietig maakt (...). (...) dat dit oogmerk weliswaar meebrengt, dat deze overeenkomst niet als vennootschap kan worden beschouwd, en dat daaraan veeleer het karakter van schenking moet worden toegekend (...).' Ook in latere arresten heeft hij deze opvatting bevestigd (zie HR 10 mei 1996, RvdW 1996, 117).

Daarnaast lijkt de gehele nietigheid van de vennootschapsovereenkomst ook uit historisch oogpunt het meest waarschijnlijke. Artikel 7A:1672 lid 1 BW blijkt een onjuiste vertaling van artikel 1855 van het Franse Code Civil te zijn. Dit artikel luidde: 'La convention, qui donnerait l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. (...)' Het woord 'convention' is bij de invoering van de bepaling van de *societas leonina* in 1838 ten onrechte vertaald als beding, zo betogen Maeijer en Van Solinge.

De uit artikel 7A:1672 lid 1 BW voortvloeiende nietigheid sluit overigens niet uit, aldus het hof van Amsterdam (Hof Amsterdam 5 november 1954, NJ 1955, 383), dat sprake kan zijn van een andere, wel geldige overeenkomst. Een vennootschapsovereenkomst die niet voldoet aan een van haar wezenskenmerken, kan in bepaalde gevallen worden geconverteerd in een samenwerkings-overeenkomst *sui generis*. Vereist voor conversie is wel dat blijkens de strekking van de overeenkomst moet worden aangenomen dat partijen deze ook zouden hebben gesloten, indien zij niet als vennootschap zou kunnen worden gekwalificeerd (zie in dit verband ook HR 6 juni 1956, NJ 1957, 333).

De regeling onder het Wetsvoorstel

De invoering van het Wetsvoorstel zal voor de regeling van de *societas leonina* tot gevolg hebben dat het huidige artikel 7A:1672 lid 1 BW wordt vervangen door artikel

815 lid 4. Dit artikel luidt: 'Het beding dat een vennoot niet in de winst zal delen, is nietig, (...)' Daarnaast wordt toegevoegd een nieuw artikellid, te weten artikel 815 lid 5, dat bepaalt: 'Het beding dat een vennoot een bepaalde rente over of een vaste vergoeding voor zijn inbreng in de vennootschap ontvangt, is geoorloofd, mits dit beding niet de strekking heeft dat een andere vennoot stelselmatig niet in de winst zal kunnen delen.'

Zoals blijkt uit de formulering van artikel 815 lid 4 heeft de wetgever de onduidelijkheid over de reikwijdte van de *societas leonina* willen wegnemen. Hiermee is de algemene opvatting in de literatuur dat de tekst van het huidige artikel te eng is, bevestigd. Niet het toekennen van alle winst aan een van de vennoten is nietig, maar het beding dat een vennoot niet in de winst zal delen, is nietig!

Hierna bespreek ik hoe in het Wetsvoorstel met de problemen in de praktijk wordt omgegaan. Ik beperk mij tot de vragen die ik eerder aan de orde stelde.

De verdeling van de winst (1)

Volgens de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel verandert er weinig ten aanzien van de vraag hoe een *societas leonina* moet worden vastgesteld. Ook in de toekomst zal de strekking van de vennootschapsovereenkomst beslissend zijn bij de vaststelling van een *societas leonina*. Komt deze erop neer dat een van de vennoten structureel van de winst verstoken blijft, dan zal, gelet op de omschrijving van de vennootschap (art. 800 lid 1), de overeenkomst niet kunnen gelden als een vennootschapsovereenkomst. Immers, het gezamenlijk delen van de winst is en blijft een wezenlijk kenmerk van de vennootschap.

Gezien de ruimte die een dergelijke maatstaf openlaat, zal de discussie over het wel of niet aanwezig zijn van *societas leonina* bij eerdergenoemde voorbeelden blijven bestaan. Per geval zal de rechter moeten nagaan of sprake is van een aandeel in de winst. Ook over de vraag of sprake moet zijn van een reëel winstaandeel, zoals Van Solinge bepleit, of dat een winstaandeel – hoe klein ook – niet tot een *societas leonina* leidt, zoals door Maeijer en Mohr bepleit, blijft onduidelijkheid bestaan.

De verdeling van de winst (2)

Onder komend recht is met het toekennen van een bepaalde rente over of een vaste vergoeding voor de inbreng rekening gehouden door een extra lid toe te voegen, dat hier uitdrukkelijk op toeziet, te weten artikel 815 lid 5. Op grond van dit artikel is een dergelijk beding in een vennootschapsovereenkomst toegestaan, mits dit niet tot gevolg heeft dat andere vennoten structureel van de winst verstoken blijven. Wat dit betreft, lijkt de wet-

gever ten gunste van Maeijer te hebben besloten, wat niet verbaast; het Wetsvoorstel is immers van zijn hand. Slechts het geval dat de hoogte van de vaste vergoeding tot gevolg heeft dat andere vennoten van winst worden uitgesloten, levert een *societas leonina* op.

Het rechtsgevolg van een societas leonina

Ten aanzien van het rechtsgevolg van een *societas leonina* zal onder komend recht in principe sprake zijn van partiële nietigheid. Uit de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel blijkt dat de wetgever meer aansluiting heeft willen zoeken bij artikel 3:41 BW. Het gevolg van partiële nietigheid is dat afgezien van het nietige deel – het beding van de winstverdeling – de vennootschap voor het overige in stand blijft. Hierbij dient te worden opgemerkt dat alleen sprake kan zijn van partiële nietigheid, indien het overige van de vennootschapsovereenkomst, gelet op haar inhoud en strekking, niet in onverbreekelijk verband staat met het nietige deel. Uit de memorie van toelichting blijkt dat dit onverbreekelijke verband al snel dient te worden aangenomen als sprake is van een vennootschap bestaande uit een klein aantal vennoten.

Uitgangspunt van het Wetsvoorstel is dus partiële nietigheid. Maeijer, een van de opstellers van het Wetsvoorstel zoals eerder is opgemerkt, heeft zijn opvattingen ten aanzien van het rechtsgevolg in dat opzicht gewijzigd. Eerder pleitte hij nog uitdrukkelijk voor gehele nietigheid (Asser-Van der Grinten-Maeijer 5-V, nr. 70). De wetgever laat echter onduidelijkheid bestaan over de vraag hoe de winst dient te worden verdeeld, indien alleen de winstverdelingsmaatstaf nietig is. Volgens de memorie van toelichting dient bij het ontbreken van bepalingen over de winstverdeling te worden teruggevallen op artikel 815 lid 1 of lid 3, zij het dat partijen zelf deze winstverdeling kunnen aanpassen. Artikel 815 lid 1 bepaalt dat bij het ontbreken van een winstverdelingsafspraken ieder voor gelijke delen in de winst deelt, ongeacht de waarde van inbreng. Uitgaande van het voorbeeld dat hiervoor is gebruikt, waarin C geen winstaandeel of vergoeding wordt toegekend, lijkt mij een wettelijk voorgeschreven verdeling volgens gelijke delen voor partijen niet redelijk. Het zou meer voor de hand liggen C te vergoeden voor de door hem daadwerkelijk verrichte arbeid.

Lid 3 van hetzelfde artikel geeft partijen de mogelijkheid om de bepaling die ten aanzien van de verliesdeling is opgenomen, toe te passen op de winstverdeling. Aangezien bedingen waarbij de verliezen in een andere verhouding worden gedragen dan de winsten weinig voorkomen, aldus Van Solinge, moet deze mogelijkheid als weinig zinvol worden beschouwd.

Indien als gevolg van een onverbreekelijk verband tussen het nietige deel en het overige bepaalde in de vennootschapsovereenkomst de nietigheid van de gehele vennootschap een feit is, kan op grond van artikel 3:42 BW sprake zijn van een samenwerkingsovereenkomst sui generis. Net als onder huidig recht is voor deze conversie vereist dat blijkens de strekking moet worden aangenomen dat partijen deze overeenkomst ook zouden hebben gesloten indien zij niet als een vennootschap gekwalificeerd zou kunnen worden.

De anticiperende werking van het Wetsvoorstel

Het feit dat er al sinds 1972 een voorontwerp van Van der Grinten op tafel ligt, waarop het Wetsvoorstel gedeeltelijk voortbouwt, duidt erop dat de meningen over het aanpassen van de sinds 1838 van kracht zijnde regeling van de personenvennootschappen verdeeld zijn. Naar het zich dan ook laat aanzien, is een snelle invoering van het Wetsvoorstel niet te verwachten. Ook een anticiperend optreden van de Hoge Raad ligt wat dit onderwerp betreft niet erg voor de hand, hoewel dit op het gebied van het afgescheiden vermogen en de winstverdeling bij inbreng van uitsluitend arbeid al is gebeurd (zie HR 7 maart 2003, JOR 2003, 79 en HR 14 maart 2003, JOR 2003, 80).

Conclusie

De regeling van de *societas leonina* heeft op een aantal punten wijzigingen ondergaan. Min of meer gaat het hier om een codificatie van wat eerder door verschillende auteurs in de literatuur werd bepleit. Onduidelijk blijft echter de vraag wanneer, gezien de strekking van de overeenkomst, sprake moet zijn van een *societas leonina*. Jurisprudentie hierover is tot op heden nog niet verschenen. Het is daarom te hopen dat voor de invoering van het Wetsvoorstel hier nog aandacht aan wordt besteed. Immers, nietigheid – partieel dan wel geheel (in het geval van een onverbreekelijk verband) – zal voor vennoten in een CV de nodige problemen meebrengen.

*Mr. J. A. Langezaal
NautaDutilh N.V.*