

Actualiteiten, mededelingen, reacties van lezers

Nr. 217

■ Relativering van BV/CV-structuur

door mr. R.D. Luteijn¹

1. Inleiding

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het heldere artikel van mr. W.J.H. Koster over de BV/CV in het augustusnummer van *Bouwrecht*.² In deze reactie wil ik een aantal aspecten benadrukken die naar mijn smaak onvoldoende aandacht hebben gekregen. Zoals mr. Koster terecht stelt, zijn er in de regel drie 'kern'-overwegingen om te opteren voor een BV/CV: (a) een BV/CV is fiscaal transparant; (b) een BV/CV kan men 'buiten de balans' van de Moederpartij³ houden; (c) een BV/CV beperkt op optimale wijze de aansprakelijkheid.

2. Fiscale transparantie

Een voor de vennootschapsbelasting (Vpb) fiscaal transparante entiteit, hoeft niet noodzakelijkerwijs een BV/CV te zijn. Een v.o.f. en een 'gewone' samenwerkingsovereenkomst (de SOK) leiden eveneens tot de gewenste fiscale transparantie voor de Vpb. Vanuit deze optiek is uitsluitend de keuze voor een NV of BV onwenselijk, omdat de resultaten van een dergelijke entiteit niet fiscaal compensabel zijn binnen het concern van de Moederpartij. Bovendien kan een in een NV of BV participerende overheid haar aandeel in de winst niet 'onbelast' ontvangen, terwijl haar winstaandeel in een CV, v.o.f. of SOK wel (Vpb.) onbelast blijft. Overigens behoeft dit aspect nog wel een nuancering: de verliezen die een BV of NV maakt verdampen niet zomaar. Deze zijn op grond van de zogenaamde 'verliescompensatieregeling' verrekenbaar met toekomstige winsten.

Dat neemt niet weg dat een NV of BV in de regel niet gewenst is, omdat deze regeling aan beperkingen in duur onderhevig is, men niet op voorhand weet of de NV of BV (voldoende) winsten zal maken, terwijl het direct kunnen compenseren van winsten en verliezen binnen een concern een rente- en liquiditeitsvoordeel met zich meebrengt.⁴ Hoe het ook zij: fiscale transparantie kan bereikt worden door middel van een BV/CV maar ook door middel van een v.o.f. of SOK.

3. Off balance financiering

Het 'buiten de balans' van de Moederpartij houden van de BV/CV(-participatie) kan een belangrijke overweging zijn (geweest) om te opteren voor een BV/CV.⁵ Met invoering van de IFRS-regelgeving per 1 januari 2005 is het belang van deze overweging sterk verwaterd. De meeste beursgenoteerde NV's die (onder meer) actief zijn in de bouw- en projectontwikkeling zijn uit oogpunt van transparantie namelijk onderling overeengekomen dat men de participaties in BV/CV's waar sprake is van 'joint control' proportioneel ('mee')consolideert in de jaarrekening van de Moederpartij voor het aandeel dat de Moederpartij heeft in de betreffende BV/CV, ook indien men daar op grond van de IFRS-regels niet verplicht toe zou zijn. Hetzelfde geldt voor een aantal (grote) financiële instellingen dat actief is in de projectontwikkeling, terwijl ook een aantal niet-beursgenoteerde bouw- en vastgoedondernemingen (eveneens actief in de projectontwikkeling) zich op vrijwillige basis heeft geconformeerd aan deze afspraak. Met andere woorden: een aanzienlijk aantal (grote) ondernemingen dat (onder meer) actief is in de projectontwikke-

1. Robbert Luteijn is werkzaam als interim-jurist onder de naam Lexecon (www.lexecon.nl) en is met name werkzaam in de sector vastgoed- en projectontwikkeling.
2. W.J.H. Koster, 'De BV/CV en het wetsvoorstel personenvennootschappen', *BR* 2005, p. 682.
3. Ik gebruik hier de terminologie van Koster.
4. Ook de 'thin capitalization' regelgeving kan een bijkomend nadeel zijn: op grond van deze regelgeving zal de rente in geval van een NV of BV op leningen mogelijk niet volledig aftrekbaar zijn.
5. Vgl. hetgeen Koster in noot 6 van zijn artikel stelt.

ling heeft besloten haar participaties in BV/CV's (of andere samenwerkingsverbanden) proportioneel 'mee' te consolideren in de jaarrekening van de Moederpartij en derhalve niet 'buiten de balans' te houden – ook indien die mogelijkheid wel zou (hebben) bestaan. De 'off balance' overweging heeft derhalve ernstig aan belang ingeboet.

4. Aansprakelijkheidsbeperking

Gelet op het voorgaande wordt de keuze voor een CV/BV in overwegende mate ingegeven door (beperking van) aansprakelijkheidsoverwegingen. Ik wil daar een aantal kanttekeningen bij plaatsen.

Grondexploitatie

In de praktijk worden de meeste BV/CV's aangegaan ten behoeve van de grondexploitatie. De verplichtingen die de BV/CV aangaat betreffen in hoofdzaak (a) aan- en verkoop van gronden; (b) de kosten van het bouw- en woonrijp maken van de gronden; (c) diverse beheers- en adviseurskosten.

De kans dat derden de BV/CV (met succes) aansprakelijk stellen voor aanzienlijke bedragen lijkt tamelijk theoretisch. Derden kunnen, in voorkomend geval, de BV/CV wegens wanprestatie aanspreken, maar de BV/CV gaat slechts in beperkte mate contracten aan met derden, terwijl een dergelijke vordering normalerwijze tot niet meer leidt dan betaling van de contractueel overeengekomen prijs, vermeerderd met rente. Het aansprakelijk stellen van de BV/CV door derden uit hoofde van onrechtmatige daad is in theorie denkbaar, maar het kost mij enige moeite een realistisch scenario te bedenken. Ofwel: hoe wezenlijk is nu het risico van claims?

Laten wij voorts eens aannemen dat het beoogde project niet blijkt te zijn wat men had gedacht: tegenvallende opbrengsten en/of hoger dan verwachte kosten. Of, enigszins anders geformuleerd: de grondmarkt zakt in. Is het in een dergelijk geval aantrekkelijk een faillissement aan te vragen? Ik betwijfel dat. De Moederpartijen hebben reeds de nodige investeringen gepleegd (aankoop grond, uitgaven aan derden) en die zijn niet meer terug te draaien.⁶ De enige manier om deze investeringen terug te verdienen is te zorgen dat de grond voor een zo hoog mogelijke prijs verkocht wordt. Het komt me voor dat de prijs die men kan bedingen bij het 'door'ontwikkelen van het

project dan wel het zelf 'door'verkopen van de grond wezenlijk hoger zal zijn dan in het geval een curator zou worden aangesteld. Immers, faillissementsverkoop door een curator ter afwikkeling van de boedel (voor zover de gronden niet verhypothekend zijn ten behoeve van financiers) leiden in de regel tot bodemprijzen. In feite is grond – in zekere zin – een 'halffabrikaat' met behulp waarvan woningen gerealiseerd worden. Ik meen dat het financieel gezien beter is indien de zaken tegenvallen alsdan het, naar achteraf blijkt, te duur ingekochte halffabrikaat (de grond) alsnog voor een zo hoog mogelijk prijs zelf te verkopen (of 'door' te ontwikkelen).

Het voorgaande klemmt naar mijn mening te meer nu een BV/CV in de regel relatief marginale vaste kosten heeft: kantoorkosten en personeel worden aan de vennoten doorbelast en zijn relatief beperkt.

Opstalexploitatie

Indien over risico's wordt gesproken meen ik dat juist de opstalexploitatie aanzienlijke risico's in zich bergt. Ontwerp- of constructiefouten (of risico's) kunnen bijvoorbeeld tot aanzienlijke schade leiden. Verhaal hiervan op de architect/constructeur, zo daar al grond toe is, is nauwelijks mogelijk omdat krachtens de SR en de RVOI, althans DNR, de aansprakelijkheid gemaximeerd is en in ook op andere manieren gelimiteerd is. Ook uitvoeringsfouten kunnen tot aanzienlijke schades leiden.

Ook het markt- of afzetrisico – worden de opstallen uiteindelijk verkocht of verhuurd? – is een wezenlijk risico.

De opstalexploitatie wordt in de regel echter niet langer door de BV/CV gevoerd. Door gaans worden de woningen 'op eigen naam' – dat wil zeggen in opdracht van de 'eigen' concernvennootschap – ontworpen en gerealiseerd om vervolgens aan consumenten te worden verkocht zonder dat er enige entiteit 'tussengeschoven' wordt om het aansprakelijkheidsrisico in te perken.⁷

Andere wijzen van risicobeperking

Een ontwikkelaar heeft bovendien zijn risico's op voorhand op diverse manieren reeds zo veel mogelijk ingeperkt. Een mogelijk wezenlijk risico als milieuverontreiniging is normalerwijze afgedekt door bij de aankoop van grond een deugdelijk bodemonderzoek te laten verrichten. Voorts ziet men regelmatig dat een ontwikkelaar bij de aankoop van grond de koopsom in

6. In de economische theorie aangeduid als 'sunken costs'.

7. Bovendien zijn de registraties bij het SWK/GIW (of aanverwante waarborgende instellingen) vaak gebonden aan de naam van een bepaalde vennootschap, zodat het reeds om die reden vaak niet mogelijk of wenselijk is 'om er een projectvennootschap tussen te schuiven'.

meerdere tranches opdeelt: de verkoper krijgt een bepaalde (minimum)koopprijs die pas wordt verhoogd indien op de gekochte grond de gewenste bestemming gerealiseerd kan worden. Waar sprake is van (mogelijke) risico's, zal de BV/CV deze, waar mogelijk, contractueel 'doorleggen' naar de afnemer van de grond, normalerwijze de opstalexploitant (zie hiervoor). Tot slot: projectontwikkelaars (en overheden) zullen, alvorens zij 'in een project stappen', op voorhand natuurlijk grondige cijfermatige exercities uitvoeren om een inzicht in kosten en opbrengsten te verkrijgen.

Garanties

In de praktijk dienen Moederpartijen elkaar onderling garanties te verstrekken tot zekerheid voor nakoming van de verplichtingen die de in de BV/CV participerende (dochter)vennootschappen jegens elkaar aangaan. In theorie kan daar over onderhandeld worden, doch normalerwijze zijn de over en weer te verstrekken garanties identiek.⁸ Bovendien: indien men als garantiestellende Moederpartij een gunstige garantie zou weten te bedingen, dan krijgt men die vervolgens 'weer terug' indien de garantiesteller zelf een garantie bij de (Moederpartij van de) wederpartij bedingt.

Banken die de BV/CV financieren zullen normalerwijze ongeclausuleerde en door haar gediceerde garanties van de Moederpartijen wensen.

Derden die opdrachten uitvoeren voor de BV/CV bedingen onder omstandigheden ook – uiteraard onderhandelbare – garanties van de Moederpartijen. Men dient daarbij wel acht te slaan op de regel dat een bestuurder van een vennootschap die een overeenkomst sluit, op voorhand wetende dat de vennootschap die niet zal kunnen nakomen, in de regel persoonlijk aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen.⁹ Een aspect dat met name in geval van laagkapitalisatie aan de orde kan zijn.

Niet alleen kunnen vanuit inhoudelijk opzicht kanttekeningen geplaatst worden bij het aansprakelijkheidsrisico, tevens is er een aantal praktische aspecten dat in de beschouwing dient te worden betrokken.

Projectomvang

De projectomvang is mede van belang voor de kwalificatie van het aansprakelijkheidsrisico. Een VINEX-ontwikkeling is wezenlijk anders dan een project van een '100-tal' woningen. Regelmatig wordt voor een BV/CV geopteerd in geval van projecten met een relatief bescheiden omvang, naar mijn mening veelal ingegeven door de gedachte 'dat de buurman nu eenmaal ook een BV/CV' heeft; of 'zo hebben we het altijd gedaan'.

Faillissementsaanvraag

Een BV/CV kan men niet 'zomaar' laten failleren. Het aantal crediteuren dat een faillissement kan aanvragen is beperkt. Het aanvragen van het eigen faillissement behoeft de voorafgaande goedkeuring van alle dan wel de meerderheid van de aandeelhouders en/of vennoten.¹⁰ Normalerwijze kan één enkele onderneming een BV/CV dan ook niet 'zomaar' laten failleren.

Imagoschade

Men zal sowieso bepaald niet zomaar een BV/CV laten failleren. De publicitaire schade is enorm doordat een onderneming het predikaat onbetrouwbaar krijgt opgespeld; dit heeft zijn weerslag op de verhouding met (potentiële) kopers, gemeenten en financiers. Dit aspect klemmt te meer indien de overheid in de BV/CV participeert: deze zal waarschijnlijk in nog mindere mate een faillissement van de BV/CV waarin zij participeert kunnen en willen accepteren, zeker indien een van haar wethouders of ambtenaren ook nog een der bestuurders is van de BV/CV.¹¹

Statistiek

Mij zijn geen situaties bekend waarbij een (projectontwikkelings-)BV/CV failliet is gegaan.

Algehele relativering

Menige onderneming in Nederland loopt ongetwijfeld veel grotere risico's zonder dat men de (mogelijke) aansprakelijkheid heeft ingeperkt door een veelheid van (beperkt gekapitaliseerde) 'project'-BV's op te richten. Denk aan de claims van consumenten in de Dexia-kwestie, de claims van (binnen- en buitenlandse) aandeelhouders wegens het verstrekken van misleidende informatie (Philips, Baan, Ahold,

8. Vgl. hetgeen Koster stelt in noot 8 van zijn artikel.

9. Vgl. onder andere HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766; HR 27 november 1998, NJ 1998, 148; HR 14 november 1997, NJ 1998, 270.

10. Vgl. onder andere art. 2:246 BW.

11. Men roept in herinnering de Cetecco-affaire waarbij de provincie Zuid-Holland gelden had geïnvesteerd in Cetecco welke onderneming op zeker moment failliet ging. Deze kwestie heeft tot een enorme rel geleid, waarbij overigens ook van bijzonder belang was dat in strijd met tal van voorschriften werd gehandeld.

enz.), claims in verband met productaansprakelijkheid en ondeugdelijke geneesmiddelen (de DES-dochters, recent Vioxx van MSD), enz. Ik veronderstel dat (de meeste van) deze ondernemingen niet voor iedere specifieke (deel)activiteit een aparte 'project'vennootschap buiten de '403'-structuur hebben opgericht. De ervaring leert bovendien dat menige onderneming – gelukkig – wel een 'duwtje' kan verdragen; denk daarbij onder andere aan de boetes van het OM en de NMa en schadeclaims in verband met de bouwenquête.¹²

5. Bijkomende argumenten

Er zijn ook nog andere argumenten die nopen tot andere keuzes.

'Rompslomp'

Het oprichten en in stand houden van een BV/CV brengt veel 'rompslomp' met zich mee, zoals het opstellen van een CV-akte, het redigeren van BV-statuten, het opmaken van een samenwerkingsovereenkomst, somtijds het aangaan van stem- of aandeelhoudersovereenkomsten, de noodzakelijke tussenkomst van de notaris, enz.

Koster stelt dat, gelet op de komende wetgeving, het aanbeveling verdient om tussen de Moederpartij en de BV/CV nog een specifieke (door de Moederpartij op te richten) projectvennootschap te schuiven (door hem aangeduid als de 'Commanditair BV').¹³ Op zich een terechte gedachte, maar dit leidt uiteraard tot nog meer 'rompslomp'. Een projectontwikkelaar die wenst te participeren in een BV/CV dient dan bijgevolg te participeren in drie juridische entiteiten, te weten de beheer-BV, de CV en de tussengeschoven projectvennootschap. Indien een ontwikkelaar twintig projecten onderhanden heeft, dan betekent dit dat de ontwikkelaar ($20 \times 3 =$) 60 (!) entiteiten 'aan' zijn organisatie toegevoegd ziet.

Iedere entiteit noodzaakt bovendien tot administratie: (het bijhouden en wijzigen van) inschrijvingen bij de KvK, het met regelmaat nemen en administreren van besluiten op aandeelhouders- respectievelijk commanditair niveau, het openen van bankrekeningen, het verrichten van onderling betalingsverkeer, het opmaken en deponeren van jaarrekeningen, enz. Bovendien is voor het doorvoeren van wijzigingen in bepaalde gevallen tussenkomst van de notaris vereist.

'Meerpetteproblematiek'

Naarmate er meer entiteiten zijn, wordt ook de 'meerpetteproblematiek' vergroot: een onderneming (of gemeente) is op diverse niveaus binnen de samenwerking aandeelhouder, bestuurder, commandiet en contractspartij van de BV/CV. De te behartigen belangen kunnen bovendien tegenstrijdig zijn. Zo heeft de bestuurder van een vennootschap de verplichting om zich naar het belang van de door hem bestuurde vennootschap te richten. Denkbaar is dat het belang van deze vennootschap strijdig is met de belangen van een of meer van haar participanten.¹⁴ Onder omstandigheden zou een bestuurder die zich niet richt naar het belang van de vennootschap aansprakelijk kunnen zijn voor de gevolgen van die (rechts)handelingen.

V.o.f. en SOK

Het is niet gezegd dat de 'rompslomp' en 'meerpetteproblematiek' in geval van een v.o.f. of SOK geheel afwezig is, doch in ieder geval is zij aanzienlijk kleiner. De stelling dat de vennoten in geval van een v.o.f. hoofdelijk aansprakelijk zijn is weliswaar juist, maar niet maatgevend: zo de vennoten niet reeds 'projectvennootschappen' zijn, zullen partijen in de regel een 'tweehandtekeningenstelsel' overeenkomen. Door middel van een inschrijving bij de KvK heeft deze afspraak externe werking en wordt voorkomen dat vennoten worden geconfronteerd met onbekende afspraken.

6. Conclusie

De reden om voor een BV/CV te opteren is meestal (nagenoeg) uitsluitend ingegeven door de overwegingen van aansprakelijkheid. Het gaat er waarschijnlijk net te ver om te stellen dat dit aspect louter theoretisch is, doch het aansprakelijkheidsaspect dient naar mijn mening wel ernstig gerelativeerd te worden. Belangrijk aspect in dit verband is dat (het voeren van) een grondexploitatie weliswaar een risicovolle aanleg is, maar het laten failleren van BV/CV, lijkt de problemen eerder te vergroten dan te verkleinen. Ik ontkom niet aan het gevoel dat de problematiek overtrokken wordt. Ik zie meer dan ook dat in veel gevallen met een v.o.f. of SOK als deugdelijk alternatief kan worden volstaan. Van een beursgenoteerde onderneming is mij in ieder geval bekend dat niet langer in BV/CV-vorm wordt samengewerkt (uitzonderingen daargelaten), om redenen als voornoemd.

12. Zie in dit verband hetgeen Koster in noot 8 van zijn artikel stelt.

13. Zie par. 2.1.3 en 3.1 van het artikel van Koster.

14. Vgl. onder andere art. 2:9 BW.