

KRONIEK VENNOOTSCHAPSRECHT

DOOR / BAS VISÉE & RIK ANALBERS

Deze Kroniek viert haar eerste lustrum. Net als in de vier eerdere edities wordt aandacht besteed aan de meest opvallende jurisprudentie van de Hoge Raad van het afgelopen jaar en nieuwe wetgeving op het terrein van het vennootschapsrecht. In 2015 besliste de Hoge Raad onder meer dat er geen prospectusplicht bestaat bij een executoriale verkoop van aandelen. Verder sprak ons hoogste rechtcollege zich uit over de 403-verklaring. Daarnaast wees de Hoge Raad een drietal principiële arresten over personenvennootschappen. Ten slotte wordt een uitspraak van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid besproken. Deze Kroniek begint als vanouds met een kort overzicht van nieuwe en komende wetgeving.

WETGEVING

Jaarstukken deponeren moet voortaan uiterlijk binnen twaalf in plaats van dertien maanden na afloop van het boekjaar. Dat is een van de wijzigingen uit de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening (*Staatsblad* 2015, 349), die op 1 november 2015 in werking trad. De nieuwe voorschriften zijn van toepassing op jaarrekeningen die worden opgesteld over boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016. De uiterste termijn van deponeren is dus aangepast (art. 2:394 lid 3 Burgerlijk Wetboek, BW); de termijn voor het opmaken van de jaarstukken van vijf maanden na afloop van het boekjaar bij gewone nv's en bv's wijzigt niet. Wel is de periode waarmee de algemene vergadering deze opmaaktermijn kan verlengen met een maand verkort van zes naar vijf maanden (zie het eerste lid van de artt. 2:101 en 2:210 BW. Voor beursvennootschappen is de termijn voor het opmaken van de jaarstukken vier maanden; deze termijn kan niet worden verlengd). Een tweede belangrijke wijziging is

dat het begrip 'jaarverslag' is vervangen door de term 'bestuursverslag'. Deze terminologie sluit aan bij die van de Europese richtlijn. De wet zwijgt (nog steeds) over het verslag van de raad van commissarissen dat bij meer en meer rechtspersonen gebruikelijk is. Volgens de Nederlandse Corporate Governance Code (de 'Code') is een verslag van de raad van commissarissen als onderdeel van de jaarstukken van een beursvennootschap verplicht. Ten derde zijn de grensbedragen waarmee de verschillende categorieën van kleine, middelgrote en grote rechtspersonen worden onderscheiden, gewijzigd. Kleine en middelgrote rechtspersonen kunnen gebruikmaken van bepaalde vrijstellingen voor de inrichting van de jaarstukken en de accountantscontrole. Ook hoeven zij minder informatie bij het Handelsregister te deponeren. Door de verhoging van de grensbedragen komen meer rechtspersonen voor de vrijstellingen in aanmerking. Indirect leidt deze verhoging ook tot een versoepeling van de zogenaam-

de limiteringsregeling waarbij het aantal bestuursfuncties en commissariaten bij grote rechtspersonen is gelimiteerd; zie de artikelen 2:132a, 2:142a, 2:242a en 2:252a BW, waarin steeds naar artikel 2:397 BW wordt verwezen.

Van 1 januari 2013 tot 1 januari 2016 was in Boek 2 BW een regeling voor een evenwichtige verdeling van zetels van het bestuur en de raad van commissarissen van grote nv's en grote bv's opgenomen. Volgens die regeling zijn de zetels in het bestuur en de raad van commissarissen evenwichtig verdeeld indien ten minste dertig procent van de zetels door vrouwen en ten minste dertig procent van de zetels door mannen wordt bezet. Onlangs heeft het kabinet een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend om het streefcijfer van dertig procent opnieuw in te voeren voor de periode tot 1 januari 2020 (*Kamerstukken II*, 2015/16, 34 435, 2). De Minister van Veiligheid en Justitie verwacht dat ondernemingen in de tussentijd zullen handelen in overeenstemming met het al eerder uitgesproken voorne-

Bas Visée en **Rik Analbers** zijn advocaat bij Rutgers & Posch in Amsterdam.



men om het wettelijk streefcijfer te verlengen (*Kamerstukken II*, 2015/16, 34 435, 3, p. 3). De voorgestelde artikelen 2:166, 2:276 en 2:391 lid 7 BW zijn inhoudelijk niet anders dan de per 1 januari jl. vervallen bepalingen. Dit betekent dat wanneer de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, de onderneming dit toelicht in het bestuursverslag en aangeeft op welke wijze zij heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van de zetels te komen en op welke wijze zij beoogt in de toekomst een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren. Het is de bedoeling dat de eerdergenoemde artikelen zo spoedig mogelijk na de totstandkoming van de wet bij koninklijk besluit weer in werking treden. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel met grote voortva-

rendheid in behandeling genomen. De vaste commissie voor Veiligheid en Justitie bracht op 29 april 2016 het voorlopig verslag uit: *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 435, 4. Het centraal aandeelhoudersregister, waarover in de laatste drie Kronieken werd geschreven, is voorlopig 'in de ijskast gezet'. De Minister van Veiligheid en Justitie wil voorrang geven aan de ontwikkeling van een zogeheten UBO-register (*Kamerstukken II*, 2015/16, 31 477, 10). In de vierde Europese Anti-witwasrichtlijn is afgesproken dat alle EU-lidstaten uiterlijk op 26 juni 2017 een centraal UBO-register instellen. In dit register worden de uiteindelijk belanghebbenden, de *ultimate beneficial owners*, van vennootschappen en andere juridische entiteiten gere-

gistreed. Een UBO is degene die formele of feitelijke zeggenschap, *control*, heeft over de entiteiten. Het UBO-register wordt openbaar. Eenieder kan de naam, geboortemaand, geboortjaar, nationaliteit, woonstaat en aard en omvang van het door de uiteindelijk belanghebbende gehouden economische belang inzien. Specifiek aangewezen autoriteiten krijgen toegang tot meer gegevens. Volgens de huidige plannen wordt de Kamer van Koophandel beheerder van het UBO-register naast haar rol als houder van het Handelsregister. Ondanks een zeer kritisch onthaal in de literatuur (zie onder meer: F.E. Keijzer, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen', *Ondernemingsrecht* 2015/30) heeft het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod, dat wij in de vorige Kroniek kort bespraken, ongeschonden het *Staatsblad* (2016, 153) gehaald. De wet zal naar alle waarschijnlijkheid op 1 juli 2016 in werking treden.

PROSPECTUSPLICHT BIJ EXECUTIE EFFECTEN

Bij de executoriale verkoop van effecten is er géén prospectusplicht, blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 24 april 2015 (ECLI: NL:CBB:2015:340, *JOR* 2015/171). In die zaak had (onder meer) Van den Dungen Vastgoed B.V. ('Van den Dungen') executoriaal beslag gelegd op certificaten van aandelen die door Stichting Administratiekantoor Global Hail Group zijn uitgegeven (de 'certificaten'). Van den Dungen vroeg bij de rechtbank op basis van artikel 474g Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) te bepalen dat – en binnen welke termijn – tot verkoop van de in beslag genomen certificaten kon worden overgegaan. De rechtbank beslist vervolgens dat de verkoop van de certificaten door de deurwaarder dient plaats te vinden door middel van een openbare verkoop binnen zes maanden na de beschikking. Deze openbare verkoop moet worden aangekondigd via een

advertentie in twee landelijke dagbladen, met vermelding dat belangstellenden binnen vier weken na datum van de advertentie een schriftelijk bod dienen uit te brengen aan de deurwaarder.

Bij de rechtbank komt reeds de vraag aan de orde of de hiervoor genoemde aankondiging van de verkoop gezien moet worden als een aanbieding van effecten aan het publiek in de zin van artikel 5:2 van de Wet op het financieel toezicht (Wft), waarvoor een door de AFM goedgekeurd prospectus vereist is. De rechtbank beantwoordt deze vraag zonder veel moeite ontkennend. Volgens de rechtbank is de in de Wft opgenomen prospectusplicht niet op een executoriale verkoop van certificaten van aandelen van toepassing omdat de doelstelling van deze wet onder meer is om beleggers en spaarders te beschermen tegen malafide aanbiedingen, onvoldoende informatie en ondeskundig optreden en deze wet niet strekt tot bescherming van executiekopers die bij een executoriale verkoop bewust een risico nemen met het oogmerk op winst.

Bij het hof komt deze vraag vervolgens wederom aan de orde, maar het hof gaat er niet inhoudelijk op in. Dit omdat de vordering waarvoor de executie plaats moet vinden, met 500.000 euro ruim binnen de vrijstellingsgrens van 2,5 miljoen euro van artikel 53 van de Vrijstellingsregeling Wft valt.

Uiteindelijk komt deze specifieke kwestie bij de Hoge Raad. Deze oordeelt dat niet duidelijk is of artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 (de Prospectusrichtlijn), welk artikel met artikel 5:2 van de Wft is geïmplementeerd, van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten. Het voorgaande is reden voor de Hoge Raad om bij tussenbeschikking (ECLI:NL:HR:2012:BW7006, *JOR* 2012/327) twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen over de uitleg van artikel 3 lid 1

van de Prospectusrichtlijn, waarvan de eerste vraag als volgt luidt: 'Dient artikel 3 lid 1 van de Prospectusrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat de daarin opgenomen prospectusplicht in beginsel (dat wil zeggen afgezien van de in de richtlijn opgenomen vrijstellingen en uitzonderingen voor bepaalde gevallen) ook van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten?'

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bij arrest van 17 september 2014 (ECLI:EU:C:2014:2226, *JOR* 2014/303) deze vraag ontkennend beantwoord. Aan de hand hiervan heeft de Hoge Raad in diens arrest van 24 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1114, *JOR* 2015/171) geoordeeld dat artikel 5:2 Wft evenmin van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten. Bij zo'n verkoop hoeft derhalve geen prospectus te worden gepubliceerd.

403-VERKLARING

De Hoge Raad deed in 2015 een opvallende uitspraak over de 403-verklaring. Bia Beheer B.V. had zich overeenkomstig artikel 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor schulden uit rechtshandelingen die haar dochtermaatschappij Mastertools B.V. verrichtte. Mastertools leverde een trekstempel aan Lentink Metaalwarenfabriek B.V. ('Lentink'), maar die was volgens Lentink gebrekkig. Tussen Lentink en Mastertools ontstond vervolgens een geschil, waarbij Lentink terugbetaling van het reeds door haar betaalde gedeelte van de koopprijs voor de trekstempel vordert. Mastertools vorderde op haar beurt betaling door Lentink van het nog onbetaald gebleven gedeelte van die koopprijs. Lentink heeft tevens Bia Beheer aangesproken uit hoofde van de door haar afgegeven 403-verklaring. Mastertools en Bia Beheer zijn gedurende de procedure in eerste aanleg beide failliet verklaard, met benoeming van verschillende curatoren. Beide curatoren hebben de procedures voortgezet. De rechtbank

stelt Mastertools in het gelijk en veroordeelt Lentink tot betaling van de onbetaald gebleven facturen (groot: 31.560 euro). Lentink stelt vervolgens hoger beroep in. Nadat Lentink dit heeft gedaan, treffen Lentink en de curator van Mastertools een schikking, waarbij aan Lentink een bedrag van 25.000 euro wordt betaald. De curator van Bia Beheer wordt hierover niet geïnformeerd en Lentink zet in het hoger beroep haar vordering tegen Bia Beheer op basis van de 403-verklaring door.

In zijn eindarrest heeft het hof de vorderingen van Lentink toegewezen. Het hof heeft daarbij overwogen dat de hoofdelijkheid die voortvloeit uit de 403-verklaring met zich brengt dat Lentink naar vrije keuze zowel de dochtervennootschap Mastertools als de moedervennootschap Bia Beheer tot nakoming voor het geheel kan aanspreken, met dien verstande dat nakoming door een van hen ook de andere medeschuldenaar bevrijdt (art. 6:7 BW). Volgens het hof betekent de omstandigheid dat de schuldeiser met één van de hoofdelijk verbonden schuldenaren tegen finale kwijting een schikking treft (en dat de schuldeiser daarmee afstand heeft gedaan van het vorderingsrecht jegens die schuldenaar), niet dat door de schuldeiser mede afstand is gedaan van het vorderingsrecht jegens de andere hoofdelijk verbonden schuldenaar en laatstgenoemde als gevolg van de schikking uit zijn eigen verbintenis jegens de schuldeiser zou zijn bevrijd.

De curator van Bia Beheer stelt cassatie in. Volgens hem gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring niet verder dan een aansprakelijkheid voor verplichtingen van de vrijgestelde groepsvennootschap voor zover en voor zolang die verplichtingen nog daadwerkelijk bestaan. Dit vloeit volgens de curator van Bia Beheer voort uit de aard en strekking van een 403-verklaring in de context van de wet. Ook wijst hij er op dat de Europese richtlijnen

die aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggen slechts spreken van een garantstelling door de moedermaatschappij. In het onderhavige geval zou dit betekenen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid zich slechts uitstrekt tot de schuld van Mastertools uit hoofde van de getroffen schikkingsovereenkomst. Daarmee zou aan de hoofdelijke aansprakelijkheid een werking toekomen die meer gelijkenissen vertoont met de borgtocht. De Hoge Raad casseert niet (ECLI: NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191, m.nt. Faber en Vermunt) en verwijst naar zijn arrest van 28 juni 2002 (ECLI: NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman, AkzoNobel/ING) waarin is beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van artikel 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Volgens de Hoge Raad zijn in verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer de artikelen 6:7 e.v. BW van toepassing. Dit brengt met zich dat de aansprakelijkheid van Bia Beheer ten opzichte van Lentink berust op een zelfstandige verbintenis, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. De schikking tussen Lentink en Mastertools heeft geleid tot artikel 6:7 lid 2 BW enkel het gevolg dat de schuld van Bia Beheer is verminderd met het door Mastertools betaalde bedrag van 25.000 euro.

De Hoge Raad besteedt ook nog aandacht aan de stelling van de curator van Bia Beheer dat de Europese richtlijnen die aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar van het stellen van een garantie. De Hoge Raad wijst er op dat niet duidelijk is of met de term 'garantie' een borgtocht is bedoeld. In elk geval is het zo dat de relevante Europese richtlijnen slechts minimumvoorschriften geven en daarom aan de nationale wetgever ruimte laten voor een verder strekkende aansprakelijkheid. Gelet op de inhoud van artikel 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever

ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid en niet gekozen voor een borgtocht.

De uitspraak van de Hoge Raad is begrijpelijk gelet op de letterlijke tekst van artikel 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW. Toch wringt er iets. In de onderlinge verhouding tussen Bia Beheer en Mastertools staat vast dat de schuld louter Mastertools aangaat. Derhalve kan Bia Beheer op grond van artikel 6:10 BW regres nemen op Mastertools en haar rechtsvordering in het faillissement van Mastertools ter verificatie indienen (art. 136 Faillissementswet, Fw). In dit licht zou een keuze voor borgtocht waarbij sprake is van subsidiariteit (art. 7:855 lid 1 BW) meer voor de hand liggen. Met een subsidiair verhaalsrecht van de schuldeiser jegens de moedermaatschappij zou voldoende worden gecompenseerd dat schuldeisers die contracteren met de dochtermaatschappij wegens het ontbreken van een eigen jaarrekening geen inzicht hebben in de financiële situatie van de dochtermaatschappij. Aldus Faber en Vermunt in onderdeel 2 van hun noot onder dit arrest in de *JOR*, met wie wij het graag eens zijn.

FAILLISSEMENT VOF

Het was sinds 1927 vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het faillissement van een vennootschap onder firma (vof) ook noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten met zich brengt (*NJ* 1927/725). Dit oordeel werd destijds ontleend aan artikel 18 Wetboek van Koophandel (WvK), dat bepaalt dat alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vof. In het arrest van 6 februari 2015 (ECLI: NL:HR:2015:251, *JOR* 2015/181, m.nt. Kortmann en Faber) komt de Hoge Raad (terecht) terug op dit standpunt. In zijn uitspraak begint de Hoge Raad uit te leggen waarom een vof als zodanig failliet kan worden verklaard. Zij is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strek-

kende tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband. De vof heeft wel een (van de vermogens van de vennoten) afgescheiden vermogen. Ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt de vof in het maatschappelijk verkeer gezien en op diverse plaatsen in de wet (art. 51 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), art. 4 lid 3 Fw) behandeld als een afzonderlijk rechtssubject dat zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen, wat strookt met het feit dat de vof een afgescheiden vermogen heeft.

Vervolgens onderbouwt de Hoge Raad met een vijftal argumenten waarom hij 'omgaat'. Ten eerste kan uit artikel 4 lid 3 Fw – dat bepaalt dat de faillissementsaanvraag van de vof ook de gegevens van de vennoten van die vof dient te bevatten – niet worden afgeleid dat de aanvraag zich ook steeds en zonder meer tot die vennoten uitstrekt.

In de tweede plaats stelt de Hoge Raad dat het niet uitgesloten is dat een of meerdere van de vennoten van de vof (in tegenstelling tot de vof zelf) in staat zijn om zowel de schulden van de vof als hun eigen schulden volledig te voldoen. Daarbij geldt evenzeer dat het feit dat een van de vennoten een bepaalde vordering niet voldoet, nog niet per se met zich meebrengt dat deze vennoot heeft opgehouden te betalen. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten maakt verder dat de schuldeiser van de vof een separate vorderingen op de vennoten heeft, waarbij elk van die vennoten mogelijk afzonderlijke verweermiddelen in kan roepen. De Hoge Raad wijst er in de derde plaats op dat voor natuurlijke personen sinds 1 december 1998 de schuldsaneringsregeling is ingevoerd, waar ook natuurlijke personen met zakelijke schulden gebruik van kunnen maken. Hieruit volgt dat natuurlijke personen die vennoot in een vof zijn, niet automatisch failliet moeten worden verklaard indien dit



gebeurt ten aanzien van de vof. Een dergelijk automatisme zou deze natuurlijke personen de mogelijkheid ontnemen om gebruik te maken van de schuldsaneringsregeling, terwijl deze juist tot doel heeft om natuurlijke personen uiteindelijk weer met een schone lei te kunnen laten beginnen.

In de vierde plaats stelt de Hoge Raad dat uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie volgt dat de rechter ten aanzien van elke schuldenaar afzonderlijk dient te bepalen of hem op grond van de Insolventieverordening de internationale bevoegdheid toekomt om een insolventieprocedure te openen. De oude rechtspraak is hiermee mogelijk in strijd wanneer de vof vennoten heeft die niet in Nederland zijn gevestigd.

Als laatste argument voor een wijziging van zijn standpunt voert de Hoge Raad aan dat de oude rechtspraak op gespannen voet staat met artikel 6 EVRM, omdat een vennoot niet in privé failliet verklaard zou mogen worden zonder dat dit ten aanzien van hem afzonderlijk is verzocht en (door een rechter) is onderzocht of hij in privé ook verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

Een faillissementsaanvraag ten aanzien van de vof zal derhalve voortaan

enkel het faillissement van de vof tot gevolg hebben. Wil de schuldeiser die om het faillissement van de vof verzoekt ook het faillissement van de vennoten bewerkstelligen, dan zal hij dat ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk moeten verzoeken. Dat kan in beginsel in hetzelfde verzoekschrift. Voor zover het niet in één verzoek geschiedt, is het in elk geval gewenst dat de verzoeken zo veel mogelijk tezamen worden gedaan en behandeld en dat de faillissementen van de vof en van de vennoten zo veel mogelijk tegelijk worden uitgesproken en afgewikkeld.

De nieuwe door de Hoge Raad geformuleerde regel geldt ook voor de commanditaire vennootschap (cv) en de maatschap.

AANSPRAKELIJKHEID (BEHEREND) VENNOOT

In 2015 moest de Hoge Raad ook oordelen over de vraag of een (beherend) vennoot van een (commanditaire) vennootschap persoonlijk aansprakelijk is voor schulden van de vennootschap die vóór zijn toetreden zijn ontstaan. Dat leverde wederom een principiële uitspraak op (ECLI: NL:HR:2015:588, JOR 2015/134 m.nt. Stokkermans). Volgens artikel 19 lid 1 WvK zijn de beherende vennoten van een cv hoofdelijk verbonden.

Artikel 18 WvK, dat ingevolge artikel 19 lid 2 WvK eveneens van toepassing is op de beherend vennoten van een cv, bepaalt voor de vof dat elk der vennoten hoofdelijk verbonden is 'wegens de verbintenissen der vennootschap'. Daarin valt volgens de Hoge Raad geen beperking te lezen tot verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan nadat een vennoot is toegetreden. Voorts brengt de strekking van de artikelen 18 en 19 lid 1 WvK mee dat de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten alle schulden betreft die ten tijde van hun toetreding tot de vennootschap bestaan, of nadien ontstaan. De omstandigheid dat bij deze wetsuitleg de bestaande schuldeisers van de vennootschap er met de toetreding van een nieuwe vennoot een verhaalsmogelijkheid bij krijgen, leidt niet tot een ander oordeel. Daarvoor bestaat volgens ons hoogste rechtscollege een deugdelijke grond, namelijk dat deze schuldeisers een rechtsbetrekking zijn aangegaan met een vennootschap voor de verbintenissen waarvan de (beherend) vennoten krachtens de wet persoonlijk instaan. Het aanvaarden van de hoofdelijke aansprakelijkheid van (beherend) vennoten van een vof of cv voor bij hun toetreden reeds bestaande verbintenissen van de

vennootschap dient bovendien de rechtszekerheid.

Als laatste argument wijst de Hoge Raad erop dat een toetredende vennoot zijn belangen kan beschermen door inzage te vragen in de schuldenpositie van de vennootschap of kan vragen de gelegenheid te krijgen daarnaar zelf onderzoek te doen, dan wel door garanties te eisen van de overige vennoten of afspraken met hen te maken over de draagplicht ten aanzien van bestaande schulden.

AANSPRAKELIJKHEID COMMANDITAIRE VENNOOT

Een commanditaire vennoot bij een cv die het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK overtreedt, is op basis van artikel 21 WvK hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de cv. De Hoge Raad heeft decennialang een strenge benadering van dit verbod gehanteerd. Zo was het volgens de Hoge Raad niet van belang of de derde waarmee gehandeld werd wist in welke hoedanigheid de commanditaire vennoot handelde, en werd aangenomen dat iedere beheershandeling van de commanditaire vennoot direct tot volledige hoofdelijke aansprakelijkheid van die commanditaire vennoot zou leiden.

Nadat door A-G Timmerman cassatie in het belang der wet is ingesteld tegen het arrest van het Hof Den Bosch van 6 mei 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:1276, De Voer c.s./Van Ham), brengt de Hoge Raad in zijn arrest van 29 mei 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1413, JOR 2015/192 m.nt. Stokkermans) een belangrijke nuancering aan op de gevolgen van de overtreding van het beheersverbod door een commanditaire vennoot. De vergaande sanctie op overtreding van het beheersverbod is volgens de Hoge Raad uitsluitend gerechtvaardigd indien en voor zover zij in overeenstemming is met de strekking ervan. De sanctie van artikel 21 WvK strekt ertoe te voorkomen dat commanditaire vennoten die door overtreding van het naamvoeringsverbod (de naam van de commandi-

taire vennoot mag niet in die van de cv voorkomen) of de overtreding van het beheersverbod onduidelijkheid laten ontstaan over hun rechtspositie in de vennootschap, zich kunnen onttrekken aan de aansprakelijkheid voor gewone (beherende) vennoten. Het gaat er hierbij om te voorkomen, enerzijds dat een commanditaire vennoot 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 commanditaire vennoot, en anderzijds dat derden door het optreden van een commanditaire vennoot in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij van doen hebben met een beherend vennoot die met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap. Gelet op de hiervoor omschreven strekking kan volgens de Hoge Raad de onverkorte toepassing van de vergaande sanctie van artikel 21 WvK achterwege blijven indien en voor zover dit in de omstandigheden van het geval tot een onbillijke uitkomst zou leiden. Een relevante omstandigheid is of bij de derde redelijkerwijs een onjuiste indruk heeft kunnen ontstaan over de hoedanigheid waarin de commanditaire vennoot optrad. Hiermee komt de Hoge Raad terug op zijn oordeel van 15 januari 1943, NJ 1943/201 (Walvius). Steeds is vereist dat aan de commanditaire vennoot enig verwijt kan worden gemaakt van zijn handelwijze, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat hij van het beheersverbod op de hoogte behoort te zijn. Afhankelijk van de (door de commanditaire vennoot te stellen en te bewijzen) omstandigheden van het geval kan een rechter derhalve oordelen dat de sanctie van artikel 21 WvK geheel of gedeeltelijk buiten toepassing moet blijven of dat deze zich slechts dient uit te strekken tot bepaalde verbintenissen van de cv.

Uit het arrest van de Hoge Raad valt af te leiden dat de sanctie van artikel

21 WvK is beperkt tot daden van extern beheer. Dit betekent dat wanneer commanditaire vennoten intern beslissende invloed uitoefenen, bijvoorbeeld op grond van het recht besluiten van de beherend vennoot te mogen goedkeuren of het recht om aan de beherend vennoot instructies te mogen geven, niet meteen het gevaar van artikel 21 WvK dreigt, aldus Stokkermans in onderdeel 4 van zijn noot onder het arrest in de JOR.

BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

De Hoge Raad deed op 27 februari 2015 ook nog een interessante uitspraak over bestuurdersaansprakelijkheid (ECLI:NL:HR:2015:499, JOR 2015/248 m.nt. Van der Weijden). Het gaat om het volgende. Mevrouw Deuzeman is indirect bestuurder van Balkbrugse Transport Onderneming B.V. ('BTO'). BTO raakt in financiële problemen en Deuzeman verzoekt een advocaat om het faillissement van BTO aan te vragen. In de faillissementsaanvraag wordt de rechtbank verzocht om de aanvraag 'met de hoogste spoed' te behandelen, dit omdat er anders aanzienlijke schade voor crediteuren zou zijn. Op de dag van de faillissementsaanvraag verzoekt Deuzeman ING een aantal betalingen uit te voeren van de bankrekeningen van BTO. Hierbij maakt Deuzeman geen melding van de faillissementsaanvraag. ING voert de betalingsopdrachten nog dezelfde dag uit, waardoor het banksaldo van BTO van een creditsaldo naar een debetsaldo gaat. De rechtbank spreekt eveneens diezelfde dag het faillissement van BTO uit.

De curator van BTO verzoekt ING om afdracht aan de boedel van de creditsaldo op de dag van de faillissementsaanvraag en voorafgaand aan de betalingsopdrachten door Deuzeman (ECLI:NL:HR:2012:BV0614, JOR 2012/236, m.nt. Faber (ING/Manning q.q.)). ING roept Deuzeman vervolgens in vrijwaring op. ING stelt zich daarbij op het standpunt dat Deuzeman, als indirect bestuurder van BTO,

aansprakelijk is op basis van onrechtmatige daad voor de schade die ING geleden heeft als gevolg van het geven van betalingsopdrachten terwijl het faillissement van BTO reeds was aangevraagd. Deuzeman had volgens ING – in het bijzonder nu om een spoedbehandeling van de faillissementsaanvraag was verzocht – rekening moeten houden met het feit dat het faillissement nog dezelfde dag uitgesproken zou worden, hetgeen tot gevolg zou hebben dat ING het creditsaldo (van voor de verzochte betalingen) aan de boedel zou moeten afdragen, dit terwijl dat saldo reeds aan andere begunstigen was betaald.

De Rechtbank Groningen wijst de vordering van ING toe, maar het Hof Arnhem-Leeuwarden vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering van ING alsnog af. Volgens het hof is – kort gezegd – gesteld noch gebleken dat aan Deuzeman persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. ING heeft volgens het hof (met name) niet gesteld hoe groot het risico was dat het faillissement van BTO nog dezelfde dag dat de faillissementsaanvraag was ingediend, zou worden uitgesproken, en waarom Deuzeman zich dat had moeten realiseren. Daarnaast was door ING niet gesteld dat Deuzeman op de hoogte was dat (conform art. 23 Fw) het uitspreken van het faillissement terugwerkt tot 00.00 uur.

De Hoge Raad casseert. In de eerste plaats geeft volgens de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat gesteld noch gebleken is dat Deuzeman persoonlijke een ernstig verwijt kan worden gemaakt, blijk van en onjuiste rechtsopvatting dan wel een ontoereikende motivering. ING heeft immers (onder meer) gesteld dat:

- uit de faillissementsaanvraag blijkt dat Deuzeman wilde dat het faillissement per direct zou worden uitgesproken;
- daar op geen enkel moment een nuance op is aangebracht;
- Deuzeman op de dag van de faillissementsaanvraag deze met

haar advocaat heeft besproken, waardoor zij op de hoogte was van de inhoud daarvan, waaronder het feit dat het een spoedaanvraag betrof; en

- de wetenschap van Deuzeman met zich bracht dat zij er rekening mee diende te houden dat het faillissement nog dezelfde dag zou worden aangevraagd, en dat het daarmee niet langer geoorloofd was om nog betalingen te verrichten ten laste van de bankrekeningen van BTO.

De Hoge Raad volgt ING gedeeltelijk in de klacht tegen het oordeel van het hof dat ING niet gesteld zou hebben dat Deuzeman op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00.00 uur van een uit te spreken faillissement. Deze stelling heeft ING waarschijnlijk gebaseerd op de presumpctie dat iedereen wordt geacht de wet te kennen. Volgens ING zou zonder een nadere toelichting niet duidelijk worden dat gebrek aan kennis bij een bestuurder ten aanzien van een bepaalde wettelijke regeling (in dit geval de Faillissementswet) af zou doen aan het persoonlijk ernstige verwijt dat aan die bestuurder kan worden gemaakt. Dit is volgens de Hoge Raad niet het geval. Onbekendheid met een wettelijke regeling kan wel degelijk van belang zijn bij het bepalen of de bestuurder een persoonlijk voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

ING heeft wel terecht geklaagd over het feit dat op haar niet de stelplicht rustte ten aanzien van de bekendheid van Deuzeman met de terugwerkende kracht van de faillissementsuitspraak. Het was volgens de Hoge Raad aan Deuzeman om bij haar verweer aan te voeren dat zij daarvan niet op de hoogte was.

IN HET VOORUITZICHT

De wetgever is de laatste jaren weinig actief op het gebied van het vennootschapsrecht. Aan het einde van de vorige Kroniek spraken wij de hoop uit dat een tweetal ambtelijke voorontwerpen van wet waarover in 2013

en 2014 internetconsultaties waren gehouden spoedig zouden leiden tot een gecombineerd wetsvoorstel. Daarin zouden allerlei bepalingen uit de regeling van de bv en de nv worden overgebracht naar titel 1 van Boek 2 BW zodat ze voor alle rechtspersonen zouden gaan gelden. Deze hoop is ijdel gebleken. Er is nog geen wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen bij de Tweede Kamer ingediend.

In december 2011 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel waarin de regeling van personenvennootschappen werd ondergebracht in een nieuwe titel 7.13 BW ingetrokken. Sindsdien is het oorverdovend stil gebleven rondom nieuwe regelgeving voor personenvennootschappen, hoewel de praktijk grote behoefte heeft aan een vernieuwde en verbeterde regeling. De lacune die de wetgever laat, is gedeeltelijk opgevuld door de hiervoor beschreven principiële uitspraken van de Hoge Raad. Daarnaast heeft een breed samengestelde werkgroep uit de praktijk een proeve voor een nieuwe wettelijke regeling voor de personenvennootschap gemaakt. Het conceptwetsvoorstel en de bijbehorende toelichting zullen op 15 juni 2016 worden gepresenteerd. Daarover meer in de Kroniek van volgend jaar. In die Kroniek zal eveneens aandacht worden besteed aan de nieuwe Corporate Governance Code, een andere, belangrijke bron van vennootschapsrecht. Hoewel de Code formeel alleen geldt voor beursvennootschappen, is de reflexwerking ervan aanzienlijk. Op 11 februari 2016 presenteerde de Monitoring Commissie Corporate Governance Code een voorstel voor herziening van de Code. Onlangs is de consultatieperiode afgerond en inmiddels is de Commissie bezig met de verwerking van de ontvangen reacties. De verwachting is dat de herziene Code na de zomer wordt gepubliceerd. Na de te verwachten wettelijke verankering kan de nieuwe Code in werking treden.