

411. Personenvennootschappen: een eclecticische beschouwing van recente rechtspraak

MR. S.B. BUIJN

Na het sneuvelen van de nieuwe titel 13 van boek 2 BW is de praktijk andermaal teruggeworpen op antieke en te summiere wettelijke bepalingen omtrent personenvennootschappen. Deze bepalingen worden noodzakelijkerwijs doorlopend ingevuld en uitgelegd door rechtspraak. Voor een goed begrip van wat nu rechtens is op het gebied van personenvennootschappen is het van belang goed op de hoogte te zijn van de laatste stand van de jurisprudentie. De afgelopen twee jaar was deze jurisprudentie bovengemiddeld in beweging. Dit artikel belicht in vijf thema's de meest relevante uitspraken van de afgelopen tijd, en signaleert daarbij trends en ontwikkelingen.

1. Inleiding

Ons personenvennootschapsrecht stamt uit 1838. Dit wordt al snel duidelijk wanneer men er de relevante wettelijke bepalingen op na slaat. Zowel de bepalingen omtrent de maatschap in boek 7A Burgerlijk Wetboek als die van haar subspecies de vof en de cv in het Wetboek van Koophandel zijn moeilijk leesbaar, en vergeleken met uitgebreide bepalingen rondom kapitaalvennootschappen uitermate beknopt. In de loop der jaren zijn deze summiere bepalingen ingekleurd door rechtspraak. Nu het wetsvoorstel dat de wetgeving rondom personenvennootschappen van de 19e eeuw naar de 21e eeuw moest tillen enkele jaren geleden werd ingetrokken,¹ blijven de ontwikkelingen in de rechtspraak van groot belang. Dit overzichtsartikel belicht de meest relevante recente rechtspraak. Om het leesplezier te vergroten zal ik zoveel mogelijk niet alleen de rechtsleer, maar ook kort de feiten behandelen.

2. Aansprakelijkheid toe- en uittredende vennoten

Een vennoot (aandeelhouder) van een kapitaalvennootschap kan, enkele uitzondering daargelaten, hooguit zijn in de vennootschap geïnvesteerde kapitaal verliezen. De rechtspersoon is immers als rechtspersoon een zelfstandige drager van rechten en plichten. Bij de personenvennootschap is dit anders. Een personenvennootschap kent

weliswaar een afgescheiden vermogen, maar onder omstandigheden kan het privévermogen van de vennoten aangesproken worden. Aansprakelijkheid van vennoten is daarom het belangrijkste aandachtspunt bij personenvennootschappen.

Om te beginnen zal ik enkele arresten omtrent de potentiële aansprakelijkheid van toe- en uittredende vennoten bespreken.

2.1 Hof Den Bosch 16 september 2014 (Pricewatch)

In deze casus draait het om twee vennoten die samen een webwinkel exploiteren in de vorm van een vof. De vof sluit een advertentieabonnement af, waaronder advertenties voor de webwinkel worden geplaatst op de website *Tweakers Pricewatch*. Op enig moment wordt de vof ontbonden en wordt de webwinkel voortgezet als eenmanszaak door een van de vennoten. Het advertentieabonnement loopt door, maar de voortzettende vennoot betaalt de rekeningen niet meer. VNU, de eigenaar van *Tweakers*, spreekt beide vennoten aan. Het hof, in navolging van de rechtbank, bepaalt dat de uittredende vennoot van een vof hoofdelijk aansprakelijk blijft voor verbintenissen die vóór zijn uittreden zijn aangegaan, op grond van art. 18 WvK.²

Ontbinding van de vof doet de aansprakelijkheid voor verplichtingen die zijn aangegaan gedurende het bestaan van de vof niet eindigen. Maar een oneindige aansprakelijkheid lijkt niet redelijk als een contract in wezen op eigen naam is gecontinueerd door de voortzettende vennoot. Het

¹ Kamerstukken I 2011/12, 28746 en 31065, D, p. 1.

² Zie hierover ook Chr.M. Stokkermans in *WPNR* 2015/7051.

nog niet helemaal duidelijk wanneer deze aansprakelijkheid eindigt. Uiteraard gelden de wettelijke verjaringstermijnen.

Het is voor uittreedende vennoten daarom van belang goede afspraken te maken met de vennoten die voortzetten, en bijvoorbeeld vrijwaringen te bedingen³ en waar mogelijk een ontslag van verplichtingen door de wederpartijen van de vof.

2.2 HR 13 maart 2015 (Carlande)

In deze casus trad een nieuwe (enig) beherend vennoot aan bij een cv. Na zijn toetreden bleek dat de cv nog premies aan een pensioenfonds schuldig was. Betalingen waartoe

Nu het wetsvoorstel dat de wetgeving rondom personenvennootschappen van de 19e eeuw naar de 21e eeuw moest tillen, werd ingetrokken, blijven de ontwikkelingen in de rechtspraak van groot belang

zij op grond van de wet⁴ verplicht was. In hoeverre is deze nieuw toetredende vennoot aansprakelijk voor schulden die reeds bestonden voor zijn toetreden?

Er is lange tijd onduidelijkheid geweest over dit punt. In de toelichting op het uit 1972 daterende wetsontwerp voor titel 7.13 schreven Van der Grinten en Maeijer dat zij geen deugdelijke grond zagen voor persoonlijke aansprakelijkheid van de toetredende vennoot, tenzij die vennoot deze aansprakelijkheid actief op zich neemt. Verschillende schrijvers waren het hier niet mee eens.⁵ Ook de lagere rechtspraak was verdeeld.

De Hoge Raad heeft deze onduidelijkheid met dit arrest weggenomen. Hij leest in art. 18 WvK geen beperking in de tijd, en meent dat dit artikel, samen met art. 19 WvK beoogt schuldeisers van de cv bescherming te bieden, ook in gevallen waarin het afgescheiden vermogen van de cv onvoldoende verhaald biedt. De Hoge Raad oordeelde daarom dat een toetredend beherend vennoot aansprakelijk wordt voor schulden die vóór zijn toetreden zijn ontstaan.⁶ Ik meen dat de praktijk gebaat is bij de helderheid die dit arrest schept. Voor toetredende beherend vennoten betekent dit arrest natuurlijk wel dat zij goed dienen op te letten voordat zij toetreden. Zij doen er, denk ik, goed aan ten minste onderzoek te doen naar de schuldenpositie van de vennootschap.

2.3 HR 15 maart 2013 (Biek Holdings)

Zoals hiervoor al duidelijk werd, kunnen vennoten aansprakelijk worden gesteld voor schulden van de vennootschap. Hoewel een personenvennootschap geen zelfstandig drager van rechten en plichten is zoals een rechtspersoon dat is, wordt in ieder geval aangenomen dat de vennootschap wel een afgescheiden vermogen kan hebben: een vermogen waarop crediteuren van de door de vennootschap gedreven onderneming zich kunnen verhalen vóór privécrediteuren van een der vennoten. In dit arrest komt enerzijds aan de orde welke vennoten aansprakelijk zijn, en anderzijds in welke situaties sprake is van een afgescheiden vermogen.

De casus draait om een cliënt, Biek, van een advocatenmaatschap. De maatschap bestaat uit vijf advocaten die – al dan niet via een persoonlijke werkmaatschappij – gezamenlijk een advocatenpraktijk voeren. Een van de advocaten heeft, naar het oordeel van Biek, een reeks beroepsfouten gemaakt. De relatie met Biek werd aangegaan voordat de vijfde advocaat toetrad.

De Hoge Raad oordeelt dat de vennoten van een maatschap in beginsel voor gelijke delen persoonlijk aansprakelijk zijn voor de tekortkoming in de nakoming van een deelbare prestatie die door de vennootschap verschuldigd is.⁷ Omdat het een overeenkomst van opdracht betrof, is de aansprakelijkheid in dit geval hoofdelijk.⁸ Wat betreft de later toetredende advocaat wordt gesteld dat het voldoende was dat hij maat was op het moment dat de meeste schulden ontstonden.⁹ Ook deze advocaat is daarom hoofdelijk aansprakelijk (voor de schulden die na zijn aantreden ontstonden).

In het meer recente Carlande-arrest merkte de Hoge Raad over het Biek Holdings-arrest op dat de in dit laatstgenoemde arrest geformuleerde aansprakelijkheid van maten niet geldt voor vennoten in een vof of cv.¹⁰ Wat daarmee werd bedoeld, is niet helemaal duidelijk,¹¹ maar het verschil tussen een maatschap en een vof/cv rechtvaardigt dit onderscheid naar mijn idee niet.

En passant merkt de Hoge Raad overigens op dat een openbare maatschap een afgescheiden vermogen heeft dat dient als verhaalsobject voor zakelijke schuldeisers.¹² Daarover hierna meer.

3. Beroepsaansprakelijkheid

Biek Holdings betrof aansprakelijkheid van vennoten in het kader van het door hen uitgeoefende beroep. Een bijzondere categorie aansprakelijkheid. Ik sta kort stil bij twee andere opvallende uitspraken.

3 Zie hierover ook D.F.M.M. Zaman in *JBN* 2015, nr. 41.

4 Op grond van de Wet verplichte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds 2000.

5 Zie voor een overzicht Chr.M. Stokkermans in *WPNR* 2015/7051, p. 192, en de conclusie van A-G Keus voor dit arrest, ECLI:NL:PHR2016:6.

6 Zie over dit arrest meer uitvoerig o.a. A.J.S.M. Tervoort in *Ars Acqui* 2016/161, W.J.M. van Veen in *WPNR* 2016/7102, C. de Groot in *O&F* 2015/23, B.F. Assink & A.J.P. Schild in *WPNR* 2015/7070, J.J.M. Grapperhaus in *Bb* 2015/84 en de noten bij dit arrest van Stokkermans, Tervoort en Van Schilfgaarde.

7 Art. 7A:1679-1781 BW.

8 Art. 7:407 lid 2 BW.

9 Op grond van art. 7A:1679-1781 BW.

10 HR 13 maart 2015, hiervoor beschreven, r.o. 3.4.7.

11 Zie hierover ook A.J.S.M. Tervoort in *Ars Acqui* 2016/161, W.J.M. van Veen in *Ondernemingsrecht* 2015/71 en B.F. Assink & A.J.P. Schild in *WPNR* 2015/7070.

12 R.o. 3.4.2.

3.1 Hof Arnhem 16 juni 2015 (Brunet Advocaten)

De maatschap is in essentie een overeenkomst, waarbij twee of meer personen afspreken goederen of arbeid in een gemeenschap te brengen met het oogmerk het daaruit voortvloeiend voordeel te delen.¹³ De gemeenschap wordt geacht een afgescheiden vermogen te hebben, wat betekent dat schuldeisers van de maatschap zich met voorrang boven privéschuldeisers van de maten op het maatschapsvermogen kunnen verhalen.¹⁴ Daarnaast kan een schuldeisers van de maatschap zich verhalen op het privévermogen van de maten.¹⁵ In beginsel voor gelijke delen, tenzij in het maatschapscontract anders is overeengekomen. Hoe dit uitpakt in de praktijk, blijkt in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 16 juni 2015.¹⁶

In 2009 schakelt een cliënt advocaat mr. Van Mierlo in van Brunet Advocaten, een advocatenmaatschap. In verband met een vakantie van mr. Van Mierlo neemt zijn collega mr. Messelink op enig moment de zaak waar. De werkmaatschappij van mr. Messelink is maat van de maatschap. Mr. Messelink blijft in de zaak adviseren. In 2011 stelt de cliënt mr. Messelink aansprakelijk voor vermeende beroepsfouten. Hierbij worden klaarblijkelijk de artikelen 7:400, 7:404 en 7:407 aangevoerd. Mr. Messelink stelt echter dat de cliënt een overeenkomst is aangegaan met de maatschap. De cliënt kan daarom de maatschap aanspreken, of de maten.¹⁷ Nu mr. Messelink in privé geen maat is, blijft hij in privé buiten schot. Het hof geeft hem hierin gelijk. Wellicht had de cliënt zich beter schending van de zorgplicht kunnen beroepen.¹⁸

3.2 HR 18 september 2015 (Weinans en Wijnkamp)

Dit blijkt ook wel uit het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2015¹⁹ waar een vergelijkbare casus speelde. Hier bevestigt de Hoge Raad dat een advocaat in privé kan worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad, ook als aansprakelijkheid op grond van de artikelen 7:400, 7:404 en 7:407 niet mogelijk is, omdat de advocaat in privé geen maat is²⁰ of dergelijke aansprakelijkheid in algemene voorwaarden is uitgesloten.

4. Personenvennootschap als zelfstandig rechtssubject

In 1937 bepaalde de Hoge Raad dat ‘een vennootschap onder firma niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennoot-

schappelijk verband, welke leden de dragers van de rechten en verplichtingen der handelsvennootschap zijn’.²¹ Er lijkt een kentering te zijn gekomen in deze strakke leer, en de personenvennootschap lijkt meer en meer als zelfstandig rechtssubject gezien te worden. Dat blijkt naar mijn idee uit de hierna beschreven arresten.

4.1 HR 6 februari 2015 (VDV Totaalbouw)

Al in 1892 bepaalde de Hoge Raad²² dat het faillissement van een vof onvermijdelijk het faillissement van alle vennoten met zich brengt. Dit standpunt werd herhaaldelijk door de Hoge Raad herhaald.²³ In het VDV Totaalbouw-arrest ging de Hoge Raad echter om.²⁴

Metaalzetterij Bepro B.V. vraagt in 2014 het faillissement aan van haar debiteur VOF VDV Totaalbouw en haar vennoten, waaronder de heer Van Dijk. Om persoonlijk faillissement te ontlopen verzoekt de heer Van Dijk toepassing van de Wet Schuldsanering Natuurlijk Personen (‘WSNP’). Dit doet de heer Van Dijk herhaaldelijk niet op de juiste manier, en VOF VDV Totaalbouw en de heer Van Dijk worden beiden failliet verklaard. Hiertegen gaat de heer Van Dijk in beroep en later in cassatie.

De Hoge Raad volgt het betoog van de heer Van Dijk dat het faillissement van een vof niet te allen tijde noodzakelijkerwijs het faillissement van alle vennoten met zich brengt, al was het maar omdat een der vennoten voldoende privévermogen zou kunnen hebben om alle schulden van de vof te voldoen. Als gevolg van art. 18 WvK zijn alle vennoten hoofdelijk verbonden voor verbintenissen van de vof, en daarom zal een faillissement van de vennoten voor de hand liggen als de vof failliet wordt verklaard, maar uitzonderingen zijn denkbaar. Zo kan in ieder geval een succesvol beroep op de WSNP betekenen dat de vof failliet

De personenvennootschap lijkt meer en meer als zelfstandig rechtssubject gezien te worden

gaat, maar een vennoot ‘slechts’ de schuldsanering in gaat. Daarnaast merkt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.1 op: “De VOF heeft [...] 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 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.” Hetgeen een expliciete erkenning van het zijn van zelfstandig rechtssubject lijkt te

13 Vgl. art. 7A:1655 BW.

14 Zie voor nuance met betrekking tot openbare maatschap en stille maatschap o.a. G.J. Boeve in *WPNR* 7068, p. 587-593.

15 Vgl. art. 7A:1680.

16 ECLI:NL:GHARL:2015:4363.

17 Op basis van art. 7:407 lid 2.

18 En een vordering op basis van art. 6:162 BW kunnen instellen. Zie hierover G.J. Boeve in *Bb* 2015/86, p. 294.

19 ECLI:NL:HR:2015:2745, «JOR» 2015/289 met annotatie van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, *NJ* 2016, 66 met annotatie van P. van Schilfgaarde.

20 Zie ook L.C. Dufour in *JBN* 2016, nr. 4, B.I. Kraaijpoel in *MvO* 2015/3/4 en G.J. Boeve in *Bb* 2015/86.

21 HR 8 april 1937, *NJ* 1937, 640.

22 HR 23 december 1892, W. 6287.

23 Bijvoorbeeld HR 22 april 1921, *NJ* 1921, 786, HR 14 april 1927, *NJ* 1927, 725 en laatstelijk HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 15.

24 Zie hierover uitvoerig F.M. Verburg en E.F.C. Timmermans in *WPNR* 2015/7081, W.J.M. van Veen in *WPNR* 2016/7102, A.J.S.M. Tervoort in *Ars Acqui* 2016/161, Chr. Stokkermans in *WPNR* 2015/7054 en de verschillende noten bij dit arrest van Kortmann & Faber («JOR» 2015/6), Tervoort (*Ondernemingsrecht* 2015/6) en Raaijmakers (*Ars Acqui* 2015/801).

zijn. Dit werd in de loop van 2015 verder bevestigd.

4.2 Hof Arnhem 6 oktober 2015 (Griend/Carisbrooke c.s.)

Met betrekking tot kapitaalvennootschappen is vastgesteld dat schade van de vennootschap niet vanzelf ook schade van de vennoten betekent.²⁵ Afgeleide schade bij kapitaalvennootschappen is op zich geen grond voor aansprakelijkheid van degene die de schade veroorzaakte. Dit is ook niet zo vreemd; kapitaalvennootschappen zijn rechtspersonen die zelfstandig, als dragers van eigen rechten en verplichten, aan het rechtsverkeer deelnemen.²⁶ Het vermogen van de kapitaalvennootschap is vermogen dat is afgescheiden van het vermogen van de aandeelhouders. Schade van de één is niet zonder meer schade van de ander.

In het VDV Totaalbouw-arrest werd al een stap in de richting gezet naar bevestiging dat een personenven-

oot ook de maten worden aangesproken, in beginsel in gelijke delen. Hoe dat in de praktijk uitpakt, bleek in de zaak waarover de Hoge Raad op 18 december 2015²⁸ arrest wees. In deze zaak had een cliënt een advocatenmaatschap opdracht gegeven er voor te zorgen dat een buitenlandse notaris een akte met betrekking tot in het buitenland gelegen onroerend goed zou passeren. Dit gebeurt niet en de cliënt lijdt schade. Zij spreekt de maatschap en haar drie maten aan. De rechtbank in Amsterdam veroordeelt de maatschap en de maten tot vergoeding van de schade, de maten ieder voor het geheel op grond van art. 7:407 lid 2 BW. De maatschap en twee van de drie maten gaan in hoger beroep. Met enig succes, want hoewel ze wederom tot schadevergoeding veroordeeld worden, veroordeelt het hof in Amsterdam hen tot een aanzienlijk lagere schade. De Hoge Raad behandelt de vraag of de eerste maat, die niet in hoger beroep is gegaan, nu ook alleen gehouden is tot betaling van het lagere bedrag. De A-G meent dat deze ongelijke handeling niet rechtvaardig is. De Hoge Raad is het daar niet mee eens. Hij stelt dat de hoofdelijkheid met zich brengt dat jegens ieder van de maten een zelfstandige rechtsverhouding ontstaat. Die zelfstandigheid kan tot gevolg hebben dat een beslissing met betrekking tot bepaalde maten geen invloed heeft op een eerder genomen beslissing met betrekking tot een andere maat.

Hiernaast is dit arrest interessant omdat het bevestigt dat de maten naast de maatschap aansprakelijk zijn, en niet alleen slechts naast elkaar, wat wel aangenomen werd, omdat de maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft. Blijkbaar kan de maatschap ondanks gebrek aan rechtspersoonlijkheid nu definitief als zelfstandig rechtssubject gezien worden. De door Blanco Fernandez aan het einde van zijn noot bij het Griend-arrest uitgesproken hoop lijkt in vervulling te zijn gegaan.

5. Beheer

De beherend vennoot van een cv heeft een bijzondere positie. Een beherend vennoot kan aansprakelijk worden gesteld. Maar het is vervelend, als iemand helemaal geen beherend vennoot wil zijn en toch aansprakelijk blijkt te zijn omdat hij 'daden van beheer' heeft verricht, of als niet helemaal duidelijk is hoe een beherend vennoot met een eventueel tegenstrijdig belang om zou moeten gaan. Twee opvallende arresten.

5.1 HR 29 mei 2015 (Lunchroom Kattenrug)

Hoewel een cv een echte personenvennootschap is, en geen kapitaalvennootschap/rechtspersoon, genieten commanditaire vennoten in een cv van een beperking in hun aansprakelijkheid. Zij zijn in beginsel alleen aansprakelijk voor het bedrag dat zij in de cv geïnvesteerd hebben. Deze bescherming kent een prijs: de commanditaire vennoten mogen zich naar de buitenwereld niet bemoeien met activiteiten van de vennootschap. Zij mogen volgens art.

Groeien de personenvennootschap en de Flex-BV naar elkaar toe?

nootschap ook als afzonderlijk rechtssubject zou moeten worden gezien. In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waar ik nu bij stil wil staan, kwam deze kwestie op in het kader van de vraag of een commandiet van een cv afgeleide schade kan lijden.

De zaak draait om de kapitein van een schip, de 'Griend', die daarnaast (via een bv) beherend vennoot was van de cv die het schip exploiteerde. Ook had de kapitein een aantal participaties in de cv. De kapitein is waarschijnlijk beter in varen dan in boekhouden, want de boekhouding laat te wensen over, en daarop besluit de commanditenvergadering afscheid te nemen van de kapitein. De opvolgende beherend vennoot maakt er – kort gezegd – een puinhoop van, en de cv lijdt schade. De kapitein, die zijn belang in de cv minder waard ziet worden, stelt de opvolger aansprakelijk.

Het hof verwijst naar de norm met betrekking tot afgeleide schade zoals die is neergelegd in het Poot/ABP-arrest, en merkt op dat 'hetzelfde beginsel [dient] te worden gehanteerd als het gaat om schade die door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad is toegebracht aan een CV. Weliswaar is de CV geen rechtspersoon, maar zij heeft wel een van de commanditaire vennoten afgescheiden vermogen en zij kan zelfstandig, als drager van eigen rechten en verplichtingen, aan het rechtsverkeer deelnemen'.²⁷

Hiermee bepaalt het hof in één adem dat afgeleide schade bij personenvennootschappen hetzelfde dient te worden behandeld als bij rechtspersonen, én dat een personenvennootschap als afzonderlijk rechtssubject zou moeten worden gezien.

4.3 HR 18 december 2015 (Advocatenmaatschap)

Zoals ik hiervoor beschreef kunnen naast de maatschap

²⁵ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564 (Poot/ABP).

²⁶ Poot/ABP, r.o. 3.4.1.

²⁷ R.o. 6.7.

²⁸ ECLI:NL:HR:2015:3637, «JOR» 2016/28 met annotatie van mr. J.M. Blanco Fernández, «JA» 2016/22 met annotatie van mr. F.I. van Dorsser.

20 lid 2 WvK geen ‘daden van beheer’ verrichten. Doen zij dit wel, dan ontstaat bij derden mogelijk verwarring, en mogelijk de indruk dat zij met een beherend vennoot te maken hebben, en dat brengt hoofdelijke aansprakelijkheid met zich op grond van art. 21 WvK. Het was dan ook vaste rechtspraak dat elke overtreding van het beheersverbod tot gevolg had dat de commanditaire vennoot in overtreding hoofdelijk aansprakelijk werd voor alle, ook vroegere, schulden van de cv.²⁹ In dit arrest³⁰ brengt de Hoge Raad een belangrijke nuancering aan.

Deze casus draait om Lunchroom Katterug CV.³¹ Een zoon exploiteerde een lunchroom, en zijn ouders financierde deze onderneming als commanditaire vennoten. In 1998 ondertekenen de ouders samen met hun zoon de huurovereenkomst van het pand waar de lunchroom in gevestigd is, en in 2010 tekenen zij de ontbindingsovereenkomst met betrekking tot de huur mee. In 2010 draagt de cv de onderneming over. In 2011 ontdekt de nieuwe eigenaar van de lunchroom dat er bepaalde achterstallige schulden aan werknemers zijn. De nieuwe eigenaar stuit op de oude huurovereenkomst, en stelt dat de ouders door het meeondertekenen hiervan het beheersverbod hebben overtreden. De ouders worden op grond hiervan hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schulden. Er was bij de koper op geen enkel moment verwarring over de positie van de ouders als commanditaire vennoten.

Het hof oordeelt in lijn met de vaste jurisprudentie dat dit de ouders niet mag baten: het meeondertekenen van de huurovereenkomst was een overtreding van het beheersverbod, en daarmee werden ze onbeperkt aansprakelijk. Er wordt cassatie in het belang der wet ingesteld. De Hoge Raad beslist, in afwijking van eerdere uitspraken, dat gezien de ratio van de bepaling, de ingrijpende sanctie van onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid slechts gerechtvaardigd is als zij in evenredige verhouding staat met de aard en ernst van de overtreding. Nu er geen sprake was van verwarring bij de koper van de onderneming over de positie van de ouders (commandieten) met betrekking tot de gewraakte schulden, kunnen zij daarvoor niet worden aangesproken. Een welkome nuancering op de voorheen wel erg starre jurisprudentie.

5.2 Hof Amsterdam 23 februari 2016 (Euro American Warmond CV/Lexence)

In 2007 werd in het Bruil-arrest³² voor rechtspersonen helder geformuleerd wanneer sprake is van tegenstrijdig belang. Van een tegenstrijdig belang is sprake wanneer de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door het

belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Er is betoogd dat deze norm goed kan worden toegepast op personenvennootschappen.³³ Het arrest van het Hof Amsterdam van 23 februari 2016³⁴ is een mooi voorbeeld van hoe tegenstrijdig belang een rol kan spelen bij de cv.

In deze zaak had de Euro American Investment Group een vastgoedproject voor ogen, en trok daarvoor geld aan van investeerders, die als commandieten deelnamen in de cv die het project ging ontwikkelen. Een Euro American entiteit was de beherend vennoot. Al vrijwel direct ging het mis. De benodigde bouwvergunning werd door de gemeente herroepen. De beherend vennoot schakelde Lexence in als advocaat om hier stappen tegen te ondernemen. Lexence adviseerde dat de intrekking waarschijnlijk terecht was, omdat het ingediende bouwplan (voor recreatieappartementen) niet overeenkwam met het bestemmingsplan (voor horeca). Lexence merkte bovendien op dat dit niet helemaal correct was weergegeven in het prospectus voor de investering. Het beroep bij de gemeente slaagde dan ook niet. Uiteindelijk waren de commanditaire vennoten bijna al hun geld kwijt.

De commanditaire vennoten klagen Lexence aan en stellen dat Lexence niet in hun belang heeft gehandeld. Het hof gaat hier niet in mee. Zij stelt dat de constructie van een cv mee brengt dat de commanditaire vennoten – de participanten – in feite slechts geldschietters zijn. Een cv, ook deze, neemt aan het rechtsverkeer deel door haar beherend vennoot. Naar het oordeel van het hof heeft Lexence in het belang van de cv gehandeld en is er geen sprake van een onrechtmatige daad door Lexence jegens de commandieten.

De belangen van de cv en de beherend vennoot liepen niet altijd parallel, in de zin van het Bruil-criterium. Het hof bespreekt niet hoe Lexence met dit tegenstrijdige belang had moeten omgaan. Dat is jammer.³⁵ Ik kijk dan ook uit naar een eventuele cassatie tegen deze uitspraak, waarin de Hoge Raad in wat meer detail stelling kan nemen over tegenstrijdig belang bij personenvennootschappen.

6. Kwalificatie

6.1 Hof Amsterdam 12 maart 2015, Belastingkamer (scheepsinvestering)

Zoals ik in de inleiding al schreef zijn de vof en cv subspecies van de maatschap. Er zijn geen vormvoorschriften voor het ontstaan van een maatschap. Zo kan het bestaan van een maatschap bijvoorbeeld al blijken uit een tussen partijen bestaande situatie.³⁶ Het is lang niet altijd duidelijk van welke soort personenvennootschap sprake is. Zeker als partijen hier geen expliciete keuze in hebben gemaakt, of

29 Zie hierover de dissertatie van A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap*, Kluwer 2013, p. 67-83.

30 ECLI:NL:HR:2015:1413, «JOR» 2015/192 met annotatie van mr. Chr.M. Stokkermans, *Ondernemingsrecht* 2015/77 met annotatie van A.J.S.M. Tervoort, «JIN» 2015/152 met annotatie van J.W.P.M. van der Velden, *NJ* 2015, 380 met annotatie van P. van Schilfgaarde.

31 Zie hierover o.a. H. Koster in *Bb* 2015/57, p. 196 ev.

32 HR 29 juni 2007.

33 Noot Chr.M. Stokkermans onder Hof Den Bosch 2 april 2013, «JOR» 2013/298 en A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 5.1.5.

34 ECLI:NL:GHAMS:2016:635.

35 Zie hierover uitvoerig Chr.M. Stokkermans in zijn noot bij dit arrest.

36 HR 2 september 2011, «JOR» 2011/361 (Dierenartspraktijk).

hierover van mening verschillen. Het is dan aan de rechter om vast te stellen welke rechtsvorm het meest toepasselijk is. De rechter zal hierbij aan de hand van de materiële kenmerken van de betreffende overeenkomst en, indien daar onduidelijkheid over bestaat, aan de hand van de feitelijke omstandigheden, verklaringen en gedragingen van partijen vaststellen hoe de vork in de steel zit.

In het arrest dat ik ter illustratie van deze problematiek wil bespreken,³⁷ draait het om een Fonds voor Gemene Rekening. Een vreemde eend in de bijt, die geen specifieke civielrechtelijke grondslag kent. Civielrechtelijke duiding van dit type beleggingsfonds heeft al vaker tot discussie geleid.³⁸ In deze zaak draait het om een scheepsinvestering, gedaan door een FGR. Een van de participanten in de FGR brengt zijn deelneming in het fonds in in een BV, waarbij het voor hem fiscaal van belang is hoe het fonds wordt gekwalificeerd.

Opmerkelijk is dat in de fondsdocumentatie helder was opgenomen dat het niet de bedoeling was een vennootschap aan te gaan. “The Parties do not intend this Agreement to constitute a partnership” en “De fondsvoorwaarden zijn van toepassing op de rechtsverhouding tussen de beheerder en een participant, en creëren geen overeenkomst tussen de participanten onderling en beogen niet (anderszins) samenwerking tussen de participanten.” Dit sluit aan bij de het standpunt van de minister in het kader van de behandeling van het (ingetrokken) wetsvoorstel Titel 7.13 BW. De minister maakte toen kenbaar dat ‘het vrij is aan partijen bij een fonds voor gemene rekening ervoor te kiezen, dat er geen sprake is van een personenvennootschap, namelijk door in de overeenkomsten met de deelnemers (participanten) duidelijk tot uitdrukking te brengen dat de overeenkomst uitsluitend rechten en verplichtingen van de deelnemer jegens het fonds en niet ook jegens andere deelnemers in het leven roept’. Toch meent het hof dat het fonds voldoet aan de omschrijving van art. 7A:1655 BW: “Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen”, en daarmee een maatschap is. Bovendien stelt het hof dat uit het feit dat het fonds een naam heeft en onder die naam enkele overeenkomsten met een bedrijfsmatig karakter zijn gesloten tevens wordt voldaan aan de omschrijving van art. 16 WvK: “De vennootschap onder firma is de maatschap tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijke naam aangegaan.” Een vof dus, tegen wil en dank, lijkt het,³⁹ met alle mogelijke aansprakelijkheden van

dien. Iets om goed in de gaten te houden bij het aangaan van een samenwerkings- of beleggingsvorm.

7. Concluderend

Het totaal van deze arresten overziend, zou ik de volgende concluderende aantekeningen willen maken. Allereerst is het waardevol dat over verschillende onderwerpen duidelijkheid wordt geboden. Dat is wenselijk omdat wij door het intrekken van het wetsontwerp over de personenvennootschappen teruggevallen zijn op wel heel oude wetgeving. In dat opzicht is er nu wel een groot verschil met de kapitaalvennootschappen. Met name door de invoering van de Flex-BV en van de Wet bestuur en toezicht kunnen we gerust constateren dat de wetgeving op dit vlak bij de tijd is en dat zij volop in de aandacht is. Het vennootschapsrecht is geen rustig bezit. Terecht ook, omdat de dynamiek van de maatschappij vraagt naar op de praktijk toegespitste rechtsvormen.

Deze constatering leidt tot de vraag of door de wetgeving en de jurisprudentie de personenvennootschap en de Flex-BV niet naar elkaar toegroeien. De flexibilisering van het BV-recht houdt in dat deze rechtsvorm voor meer doeleinden gebruikt kan worden. De bv kan thans meer persoonsgebonden worden ingericht en is daarmee een alternatief geworden voor de personenvennootschap. Impliciet betekent dit dat het gemakkelijker wordt te kiezen tussen een bv of een personenvennootschap. Vanuit deze benadering wil ik nagaan in hoeverre de behandelde uitspraken daadwerkelijk een indicatie kunnen zijn voor een tendens dat de personenvennootschap ook richting bv beweegt.

Een paar zaken vallen dan bij deze arresten op. Allereerst de beherend vennoot. Die is aansprakelijk voor verbintenissen van de vennootschap. In beginsel ongeacht het tijdstip waarop hij is toegetreden. Hoe is dat met de bestuurder van een bv? Deze aanvaardt het bestuurschap en neemt de verantwoordelijkheid voor de bv op zich. Ook hij kan persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen het bestuur voor zijn toetreden deed. Daarvoor kan hij zich echter onder omstandigheden disculperen. Hoewel ik mij afvraag hoe ver dat gaat, meen ik dat geconstateerd kan worden dat als een bestuurder duidelijk kan maken dat hij niet verantwoordelijk is voor zekere besluitvorming, hij een persoonlijke aansprakelijkheid van zich af kan houden. Wat dat betreft zou de relativering die voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van een bv door moeten werken op de aansprakelijkheid van een beherend vennoot. Die relativering heeft de Hoge Raad kennelijk niet gevolgd. Of: nog niet gevolgd?

Dan de commanditaire vennoot die beheersdaden verricht hoewel hij intern niet bevoegd is de vennootschap te binden. De vergelijking met de aandeelhouder van de bv ligt voor de hand. Een aandeelhouder is niet aansprakelijk naast de bv – uitzonderingen daargelaten. Dat klopt, omdat ook hij

37 Hof Amsterdam 12 maart 2015, Belastingkamer, «JOR» 2015/133 m.nt. Chr.M. Stokkermans.

38 Zie bijvoorbeeld D.F.M.M. Zaman en M.S. Koppert-van Beek, ‘De kwalificatie van het fonds voor gemene rekening’, *Ondernemingsrecht* 2008, 109, p. 379-386, W.P.M. van der Velden, ‘Fondsen voor gemene rekening: wel of geen maatschap?’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, nr. 4, p. 139-145 en Chr.M. Stokkermans in *WPNR* 2015/7051 par. 4.

39 Deze uitspraak is niet oncontroversieel. Zie de noot van Chr.M. Stokkermans bij dit arrest.

niet bevoegd is de bv te binden. De commanditaire vennoot die beheersdaden verricht, is echter wel aansprakelijk. Maar hier bracht – mijns inziens terecht – de Hoge Raad recent een relativering aan. Die gaat richting een aandeelhouder die namens een bv handelt.

Dan degene die onrechtmatig handelt jegens een wederpartij, ongeacht of hij vennoot of bestuurder van een bv is. Hij is in beide gevallen persoonlijk aansprakelijk.

Ten slotte het verschijnsel afgescheiden vermogen. Bij de bv staat dat buiten discussie. Bij de personenvennootschap onderken ik een tendens dit te aanvaarden.

Kortom, ik zie mede door deze uitspraken dat het grensgebied tussen de personenvennootschap en de bv vloeiend wordt. Wat mij betreft is dit een goede ontwikkeling. Wel teken ik daarbij aan dat het voor de praktijk zo zou moeten zijn dat als eenmaal voor een rechtsvorm is gekozen, er duidelijkheid dient te zijn over de consequenties daarvan. Deze duidelijkheid kan wellicht geboden worden door een nieuwe titel 7.13, daar blijf ik dan ook naar uitkijken.

Over de auteur

Mr. Sjoerd B. Buijn is kandidaat-notaris bij Stibbe N.V. in Amsterdam.