

heeft met zijn informatieverplichtingen door de digitale administratie niet aan te leveren, maar dat dit nog geen schending van art. 2:10 BW met zich meebrengt. Dit is wat mij betreft niet juist, althans niet voldoende gemotiveerd. In art. 2:10 lid 3 BW is immers opgenomen dat het bestuur de (digitale) administratie zeven jaar moet bewaren. Als de (digitale) administratie niet door de bestuurder wordt aangeleverd, moet mijns inziens worden aangenomen dat (in ieder geval) in strijd met genoemd lid 3 is gehandeld. Het is dan aan de bestuurder om aan te tonen dat de administratie wel degelijk bewaard is. Dat kan in mijn ogen alleen door die administratie te overleggen (zie ook hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, «JOR» 2017/35, m.nt. C.M. Harmsen). Een andere benadering zou malafide bestuurders (extra) motiveren om administratie niet te delen met de curator, hetgeen mij niet gewenst lijkt.

mr. T. Hekman
advocaat en partner bij AKD in Amsterdam

128

Ingeval de (rest)vordering toekomt aan de commanditaire vennootschap, dan moet het verzoek tot faillietverklaring door de commanditaire vennootschap worden ingediend in plaats van door de beherend vennoot

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
9 juni 2022, nr. 200.310.294_01,
ECLI:NL:GHSHE:2022:1836
(mr. De Moor, mr. Zweers-van Vollenhoven, mr. Souren)
Noot mr. E.P.C. Duinkerke en mr. L.D. Braakhuis

Personenvennootschappen. Commanditaire vennootschap. Afscheiden vermogen. Hovuma/Spreeuwenberg-arrest. Vorderingsrecht commanditaire vennootschap. Faillissement. Cessie.

[Rv art. 51; Fw. art. 6 lid 3]

Essentie: Bij de commanditaire vennootschap is sprake van een afgescheiden vermogen. Een commanditaire vennootschap kan procespartij zijn. De vermeende vordering behoort toe aan de commanditaire vennootschap en niet aan de beherend vennoot. Het faillissementsverzoek had dan ook door de commanditaire vennootschap moeten worden ingediend. In casu is niet summierlijk gebleken dat de commanditaire vennootschap een vorderingsrecht heeft. De discussie tussen partijen is te ingewikkeld voor een faillissementsprocedure. Afwijzing van de faillietverklaring.

Samenvatting: Uit het Hovuma/Spreeuwenberg-arrest volgt dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot wél een afgescheiden vermogen kent en dat dit meebrengt dat vennootschapsvorderingen niet tot het vermogen van de beherend vennoot behoren en dat de beherend vennoot de vorderingen, óók na ontbinding van de commanditaire vennootschap, niet zonder meer – uit eigen hoofde – kan instellen, dus anders dan de Stichting Beherend Vennoot primair heeft betoogd.

Thans wordt algemeen in de rechtspraak en de literatuur aangenomen dat ook bij de commanditaire vennootschap, onge-

acht het aantal gewone vennoten, sprake is van een afgescheiden vermogen en gebonden gemeenschap. Zie over dit onderwerp Asser/Van Olffen 7-VII 2022/407.

Dat een commanditaire vennootschap procespartij kan zijn en zelfstandig kan optreden, blijkt uit art. 51 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Op grond van dit artikel geschiedt de betekening ten aanzien van commanditaire vennootschappen aan hun kantoor of aan een van de beherende vennoten, of, na de ontbinding, aan een van de vereffenaars.

Gezien het voorgaande rijst de vraag of het verzoek tot faillietverklaring van [verweerster] niet door de commanditaire vennootschap '[naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V.' moest worden gedaan in plaats van door de Stichting Beherend Vennoot. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang de vraag aan wie de vordering op [verweerster] toekomt. Als de commanditaire vennootschap eigenaresse is van de (rest) vordering – of deze vordering bestaat, staat echter tussen partijen ter discussie – dan had het verzoek ook door haar moeten worden ingediend. In dat geval leidt dat tot niet-ontvankelijkheid van de Stichting Beherend Vennoot.

De Stichting Beherend Vennoot meent subsidiair een vordering op [verweerster] te hebben op grond van de geldleningsovereenkomst van 6 mei 2016. De ondergetekenden van deze overeenkomst zijn enerzijds de Stichting Bewaarder [naam] Bazaar en [verweerster], zijnde de 'Geldnemers', en anderzijds de commanditaire vennootschap '[naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V.', zijnde de 'Geldgever'. De Stichting Beherend Vennoot '[naam] Leningfonds C.V.' is blijkens deze overeenkomst echter slechts opgetreden in haar hoedanigheid van enig beherend vennoot voor en ten behoeve van de commanditaire vennootschap. De (naar het hof begrijpt toenmalige) beherend vennoot is dus geen contractspartij. Blijkens de geldleningsovereenkomst zullen de investeerders investeren via de commanditaire vennootschap die op haar beurt bereid is een geldlening aan de 'Geldnemers' te verstrekken. Als er nog een vordering op [verweerster] is die voortvloeit uit deze geldleningsovereenkomst, dan behoort de vordering daaruit dan ook toe aan de commanditaire vennootschap – die dan schuldeiser is – en niet aan de Stichting Beherend Vennoot die thans de beherend vennoot is.

Stichting Beherend Vennoot [naam] – [locatie] Vastgoed C.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
appellante,
hierna te noemen: Stichting Beherend Vennoot,
advocaat: mr. A.J.T.M. Hendriks te Weert,
tegen
[B.V.] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
verweerster,
hierna te noemen: [verweerster],
advocaten: mr. G.A.M.F. Spera en mr. H.R.M. Vangeel te
Maastricht-Airport, gemeente Beek.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 3 mei 2022, waarbij het verzoek van Stichting Beherend Vennoot om [verweerster] in staat van faillissement te verklaren, is afgewezen. De rechtbank heeft daarnaast het verzoek van [verweerster] om Stichting Beherend Vennoot in de proceskosten te veroordelen ook afgewezen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij beroepschrift met producties (waaronder het procesdossier in eerste aanleg), ingekomen ter griffie op 10 mei

2022, heeft Stichting Beherend Vennoot het hof verzocht voormelde beschikking te vernietigen en [verweerster] alsnog in staat van faillissement te verklaren met veroordeling van [verweerster] in de kosten van beide instanties.

2.2. Bij verweerschrift – tevens incidenteel beroep – met producties – nrs. 16 tot en met 21 zijn nieuw –, per e-mail ingekomen ter griffie van dit hof op 24 mei 2022 om 19:41 uur – nadat de griffie is gesloten –, heeft [verweerster] in het incidenteel beroep het hof verzocht de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 3 mei 2022 te vernietigen en opnieuw rechtdoende het verzoekschrift van 30 maart 2022 – het oorspronkelijk verzoek in eerste aanleg – van Stichting Beherend Vennoot niet-ontvankelijk te verklaren en haar te veroordelen in de kosten. In het principaal beroep heeft [verweerster] het hof verzocht het verzoek van Stichting Beherend Vennoot niet-ontvankelijk te verklaren dan wel af te wijzen en haar in de proceskosten te veroordelen.

2.3. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 25 mei 2022. Bij die gelegenheid zijn gehoord:

– de heer [medewerker 1], namens Stichting Beherend Vennoot, bijgestaan door mr. Hendriks en

– de heer [medewerker 2], namens [verweerster], bijgestaan door mr. Vangeel.

2.4. Het hof heeft verder kennisgenomen van de inhoud van: – het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg gehouden op 3 mei 2022 – waar de producties 14 en 15 onderdeel van uitmaken – en

– de op de mondelinge behandeling in hoger beroep door Stichting Beherend Vennoot overgelegde en voorgelezen spreekantekeningen en een tweetal producties, waaronder de akte van cessie van 4 december 2020 (hierna de akte van cessie).

3. De beoordeling

3.1. De rechtbank Oost-Brabant heeft het verzoek van Stichting Beherend Vennoot om [verweerster] in staat van faillissement te verklaren, afgewezen bij beschikking van 3 mei 2022. De rechtbank heeft gelet op de inhoud van het uitvoerige en gemotiveerde verweer en de door partijen gewisselde standpunten en discussie ter zitting geoordeeld dat onderhavige kwestie te ingewikkeld is om behandeld te worden op een faillissementszitting en dat daarom de vordering van Stichting Beherend Vennoot en het bestaan van steunvorderingen onvoldoende summierlijk zijn gebleken. Naar het oordeel van de rechtbank dient de discussie tussen partijen in een bodemprocedure te worden gevoerd. Om deze redenen wijst de rechtbank het verzoek af. De rechtbank heeft geen aanleiding gezien Stichting Beherend Vennoot in de proceskosten te veroordelen en heeft dat verzoek eveneens afgewezen.

3.2. Stichting Beherend Vennoot heeft in haar beroepschrift – kort en zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd. Volgens Stichting Beherend Vennoot heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de onderhavige kwestie te ingewikkeld is om behandeld te worden op een faillissementszitting en dat daarom de vordering van verzoeker en het bestaan van de steunvorderingen onvoldoende summierlijk zijn gebleken. De (rest)vordering is volgens Stichting Beherend Vennoot in ieder geval tot een bedrag van € 150.000,- summierlijk gebleken – hoofdsom is € 901.719,50 –. Dit bedrag is volgens Stichting Beherend Vennoot door de heer [medewerker 2] van [verweerster] in zijn e-mailbericht van 17 juni 2021 gericht aan de heer F. Kraus (medeaandeelhouder) ook erkend. De stelling van [verweerster] dat voor deze vordering – en ook voor de nevenvorderingen – finale kwijting in de

vaststellingsovereenkomst van 9 juli 2021 is overeengekomen, heeft Stichting Beherend Vennoot betwist. Ook is volgens Stichting Beherend Vennoot summierlijk gebleken van de steunvorderingen welke eenvoudig blijken uit de jaarrekening 2019, en welke door [verweerster] tijdens de zitting in eerste aanleg niet zijn betwist – waaronder ‘Overige schulden’ van € 1.949.301,-, ‘Schulden aan groepsmaatschappijen’ van € 1.005,- en ‘Overige schulden en overlopende passiva’ van € 386.923,-. Bovendien is volgens Stichting Beherend Vennoot gebleken dat [verweerster] verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Daarbij verwijst Stichting Beherend Vennoot naar de e-mail van 28 mei 2021 aan de heer [medewerker 1], waarin de heer [medewerker 2] van [verweerster] de financiële positie van [verweerster] kwalificeert als deplorabel. Gezien het voorgaande dient [verweerster] in de proceskosten van beide instanties – aldus Stichting Beherend Vennoot – te worden veroordeeld.

3.3. Ter zitting in hoger beroep is hieraan namens Stichting Beherend Vennoot – kort en zakelijk weergegeven – nog het volgende toegevoegd. De stelling van [verweerster] – in het incidenteel beroep – dat Stichting Beherend Vennoot geen vorderingsrecht zou hebben, heeft Stichting Beherend Vennoot betwist. Stichting Beherend Vennoot beschikt volgens haar over de vordering – zie de akte van cessie: de vordering is overgedragen op Stichting Beherend Vennoot en zij is daarmee eigenaar van de vordering geworden – en zij dient wel degelijk als schuldeiser te worden beschouwd. Daarnaast heeft Stichting Beherend Vennoot betoogd dat zij als beherend vennoot van de commanditaire vennootschap ‘[naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V.’ gerechtigd is een tot het vennootschapsvermogen behorende vordering in te stellen – zie Hoge Raad 14 maart 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4593, r.o. 4.3 (Hovuma/Spreeuwenberg) en de daarbij behorende conclusie van A-G mr. Bakels (randnummers 2.18 en 2.24) –. Omdat Stichting Beherend Vennoot beschikt over de vordering en gerechtigd is tot het instellen van de onderhavige procedure, is zij volgens haar – in tegenstelling tot wat [verweerster] heeft bepleit – wel degelijk ontvankelijk in het verzoek tot faillietverklaring.

3.4. [verweerster] heeft zowel bij verweerschrift als bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep verweer gevoerd tegen de stellingen van Stichting Beherend Vennoot in het principaal beroep. In het incidenteel beroep heeft [verweerster] zich op het standpunt gesteld dat Stichting Beherend Vennoot geen schuldeiser is van [verweerster] en dat zij daarom niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar verzoek. Als tweede grief in het incidenteel beroep heeft [verweerster] aangevoerd dat zij recht heeft op een proceskostenvergoeding. Voor zover relevant zal het hof bij de beoordeling op het voorgaande verder ingaan.

3.5. Het hof overweegt het volgende.

3.5.1. Voordat het hof het hoger beroep eventueel inhoudelijk zal kunnen beoordelen, dient het hof mede vanwege grief 1 in het incidenteel appel – en overigens ook vanwege de devolutive werking van het appel – allereerst de vraag of Stichting Beherend Vennoot ontvankelijk is in het verzoek (en daar vervolgens op ingestelde hoger beroep) te beantwoorden. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend en licht dit toe.

3.5.2. In de uitspraak van 14 maart 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4593, NJ 2003, 327 (Hovuma/Spreeuwenberg) heeft de Hoge Raad namelijk als volgt geoordeeld (vet en onderstreept GHSHE; gecursiveerd red.):
‘4.3.

Onderdeel II bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het Hof dat de door Hovuma in het voorwaardelijk incidenteel appel aangevoerde grieven niet slagen (rov. 4.11). Deze grieven waren gericht tegen de verwerping door de Rechtbank van het hiervoor in 3.2 onder 1 weergegeven *verweer van Hovuma dat de vordering, zo deze al bestaat, niet aan Spreeuwenberg toekomt, maar aan de commanditaire vennootschap*.

Bij de beoordeling van dit onderdeel moet, ten dele veronderstellenderwijs, ervan worden uitgegaan dat de commanditaire vennootschap op 31 december 1993 is opgeheven, en dat de overeenkomst waarin het boetebeding was vervat, op 11 mei 1994 is gesloten tussen Hovuma en de commanditaire vennootschap, vertegenwoordigd door Spreeuwenberg. In dit geding is de bevoegdheid van Spreeuwenberg deze overeenkomst voor de commanditaire vennootschap te sluiten, niet bestreden. *Het Hof heeft zijn oordeel in rov. 4.11 als volgt gemotiveerd: "Spreeuwenberg is ofwel bevoegd ter zake de vordering van de commanditaire vennootschap op te treden als beherend vennoot of zij is na ontbinding van die vennootschap de enig overgeblevene om de rechten en plichten voort te zetten en te vervullen".* Aldus overwegende heeft het Hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. Zou het Hof beoogd hebben hiermee tot uitdrukking te brengen dat Spreeuwenberg als beherend vennoot of als vereffenaar bevoegd is de vordering namens de (ontbonden) commanditaire vennootschap geldend te maken, dan is deze overweging niet ter zake dienende, nu zij geen antwoord inhoudt op de vraag op grond waarvan Spreeuwenberg uit eigen hoofde tot de vordering gerechtigd is. *Zou het Hof met de weergegeven overweging tot uitdrukking hebben gebracht dat de vordering wél aan Spreeuwenberg uit eigen hoofde toekomt, dan heeft het hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het Hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting indien het heeft geoordeeld dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen kent en dat dit meebrengt dat vennootschapsvorderingen tot het vermogen van de beherend vennoot behoren en dat deze vorderingen, ook na ontbinding van de commanditaire vennootschap, zonder meer kan instellen.* In zoverre komt de Hoge Raad, mede op grond van de daarop uitgeoefende kritiek, terug van HR 3 februari 1956, NJ 1960, 120. De onder meer in dit arrest neergelegde opvatting wordt niet alleen in de literatuur algemeen bestreden (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.18), zij ligt ook niet ten grondslag aan de regeling met betrekking tot de commanditaire vennootschap in het onlangs ingediende wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 2002/2003, 28 746). Indien het Hof wel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, heeft het zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, nu het zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet duidelijk is op grond waarvan de vordering aan Spreeuwenberg uit eigen hoofde toekomt. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat onderdeel II doel treft.

3.5.3. Hieruit volgt naar het oordeel van het hof dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot wél een afgescheiden vermogen kent en dat dit meebrengt dat vennootschapsvorderingen niet tot het vermogen van de beherend vennoot behoren en dat de beherend vennoot de vorderingen, óók na ontbinding van de commanditaire vennootschap, niet zonder meer – uit eigen hoofde – kan instellen, dus anders dan Stichting Beherend Vennoot primair heeft betoogd.

3.5.4. Thans wordt algemeen in de rechtspraak en de literatuur aangenomen dat ook bij de commanditaire vennootschap, ongeacht het aantal gewone vennoten, sprake is van een afgescheiden vermogen en gebonden gemeenschap. Zie over dit onderwerp Asser/Van Olffen 7-VII 2022/407.

3.5.5. Dat een commanditaire vennootschap procespartij kan zijn en zelfstandig kan optreden, blijkt uit artikel 51 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Op grond van dit artikel geschiedt de betekening ten aanzien van commanditaire vennootschappen aan hun kantoor of aan een van de beherende vennoten, of, na de ontbinding, aan een van de vereffenaars.

3.5.6. Gezien het voorgaande rijst de vraag of het verzoek tot faillietverklaring van [verweerster] niet door de commanditaire vennootschap '[naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V.' moest worden gedaan in plaats van door Stichting Beherend Vennoot. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang de vraag aan wie de vordering op [verweerster] toekomt. Als de commanditaire vennootschap eigenaresse is van de (rest)vordering – of deze vordering bestaat, staat echter tussen partijen ter discussie – dan had het verzoek ook door haar moeten worden ingediend. In dat geval leidt dat tot niet-ontvankelijkheid van Stichting Beherend Vennoot.

3.5.7. Stichting Beherend Vennoot meent subsidiair een vordering op [verweerster] te hebben op grond van de geldleningsovereenkomst van 6 mei 2016. De ondergetekenden van deze overeenkomst zijn enerzijds Stichting Bewaarder [naam] Bazaar en [verweerster], zijnde de 'Geldnemers', en anderzijds de commanditaire vennootschap '[naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V.', zijnde de 'Geldgever'. De Stichting Beherend Vennoot '[naam] Leningfonds C.V.' is blijkens deze overeenkomst echter slechts opgetreden in haar hoedanigheid van enig beherend vennoot voor en ten behoeve van de commanditaire vennootschap. De (naar het hof begrijpt toenmalige) beherend vennoot is dus geen contractspartij. Blijkens de geldleningsovereenkomst zullen de investeerders investeren via de commanditaire vennootschap die op haar beurt bereid is een geldlening aan de 'Geldnemers' te verstrekken. Als er nog een vordering op [verweerster] is die voortvloeit uit deze geldleningsovereenkomst, dan behoort de vordering daaruit dan ook toe aan de commanditaire vennootschap – die dan schuldeiser is – en niet aan Stichting Beherend Vennoot die thans de beherend vennoot is.

3.5.7.1. Door Stichting Beherend Vennoot is nog meer subsidiair naar voren gebracht dat de vordering door de heer [medewerker 2] als vereffenaar van de door zijn vriend de heer [betrokkene] geliquideerde eerdere stichting die toentertijd fungeerde als beherend vennoot, via een akte van cessie is overgedragen op de Stichting Beherend Vennoot. In de akte van cessie – die overigens pas op de mondelinge behandeling in hoger beroep is overgelegd – staat echter het volgende vermeld:

'1. de stichting: *Stichting Beherend Vennoot "[naam] Leningfonds C.V." in liquidatie*, (...) te dezen handelend in haar hoedanigheid van de tot de datum van ondertekening van deze akte van cessie aangewezen enig beherend vennoot en ten behoeve van de commanditaire vennootschap: *[naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V.*, (...) deze stichting, handelend als gemeld, hierna te noemen: de "Vervreemder";

2. de stichting: *Stichting beherend vennoot [naam] – [locatie] Vastgoed C.V.*, (...) te dezen handelend in haar hoedanigheid van de per de datum van ondertekening van deze akte van cessie aangewezen enig beherend vennoot en ten behoeve van [naam] Gediversifieerd Vastgoed C.V., voornoemd, deze

stichting, handelend als gemeld, hierna te noemen: de “Verkrijger”; en

3. a. (...) Stichting Bewaarder [naam] Bazaar (...) en

b. (...) [verweerster] (...)

hierna, zowel tezamen als ieder van hen afzonderlijk te noemen: de “Schuldenaar”.

Naar het oordeel van het hof blijkt uit deze akte van cessie niet dat de vordering is overgedragen naar Stichting Beherend Vennoot. De commanditaire vennootschap [naam] Gediversifieerd Vastgoed is eigenaar gebleven van de vordering op [verweerster]. Blijkens de akte van cessie traden beide behorende vennoten namelijk allebei op ten behoeve van de commanditaire vennootschap, en bleef de eigendom van de vordering bij deze vennootschap.

3.5.8. Van ontvankelijkheid in haar verzoek als ingediend door Stichting Beherend Vennoot kan dan ook geen sprake zijn.

Volgens artikel 1 lid 1 Faillissementswet (Fw) wordt de schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer van zijn schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard. Omdat de commanditaire vennootschap ‘[naam] Leningfonds C.V.’ schuldeiser is van de vermeende vordering op [verweerster] en omdat de commanditaire vennootschap procespartij kan zijn en zelfstandig kan optreden – artikel 51 Rv –, had de commanditaire vennootschap het verzoekschrift tot faillietverklaring van [verweerster] zelf moeten indienen en niet Stichting Beherend Vennoot. Omdat Stichting Beherend Vennoot hiertoe niet zelfstandig bevoegd is, maar wel zelf/op eigen naam het verzoekschrift heeft ingediend, moet zij naar het oordeel van het hof niet-ontvankelijk worden verklaard in haar verzoek om [verweerster] failliet te verklaren. Grief 1 in incidenteel appel slaagt.

Artikel 6 lid 3 Fw: het vorderingsrecht is niet summierlijk gebleken

3.6.1. Als Stichting Beherend Vennoot wel zelfstandig bevoegd zou zijn geweest het faillissementsverzoek in te dienen en zij dus in beginsel wel ontvankelijk zou zijn in haar verzoek tot faillietverklaring, dan is het hof evenwel – ten overvloede – van oordeel dat dit verzoek niet tot faillietverklaring van [verweerster] had geleid. Het hof licht dit toe.

3.6.2. Ingevolge artikel 6 lid 3 Fw dient een verzoek tot faillietverklaring te worden afgewezen, indien niet summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Het betreft hier een summiere toets. Summierlijk blijken betekent dat dit na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken. Er bestaat derhalve geen ruimte voor uitvoerige debatten, bewijslevering en over de posities van de betrokkenen en de genoemde toestand moet (betrekkelijk) snel helderheid kunnen worden verkregen.

3.6.3. Het hof is gelet op de inhoud van het gemotiveerde verweer, de overlegde stukken en de door partijen gewisselde standpunten en discussie ter zitting, van oordeel dat onderhavige kwestie te ingewikkeld is om behandeld te worden in een faillissementsprocedure en dat daarom de gestelde vermeende vordering onvoldoende summierlijk is gebleken. Partijen discussiëren namelijk over de inhoud en uitleg van onder meer de vaststellingsovereenkomst (‘optie tot koop’) van 9 juli 2021 – meer specifiek de finale kwijting –, naar aanleiding van de

eerder gesloten geldleningsovereenkomst van 6 mei 2016 – met name artikel 5.4 –, en wat de partijbedoeling is geweest in het licht van eerdere besprekingen en e-mails. Bij deze vaststellingsovereenkomst is ook een derde partij betrokken die het aandeel van [verweerster] voor 1,5 miljoen euro heeft gekocht en die middels de notariële akte van 1 oktober 2021 het aandeel geleverd heeft gekregen. Deze vordering van [verweerster] op de derde partij is vervolgens gecedeerd aan de commanditaire vennootschap. Volgens [verweerster] heeft de commanditaire vennootschap geen vordering meer op haar vanwege de overeengekomen finale kwijting in de vaststellingsovereenkomst, en voor zover er geen volledige finale kwijting is overeengekomen, dan resteert er geen vordering meer gezien artikel 5.4 van de (oorspronkelijke) geldleningsovereenkomst. Volgens Stichting Beherend Vennoot zou [verweerster] in de e-mail van 17 juni 2021 echter hebben erkend in ieder geval nog € 150.000,00 verschuldigd te zijn. Deze discussie tussen partijen zal echter mede moeten worden beoordeeld aan de hand van de Haviltex-maatstaf (ook bij een vaststellingsovereenkomst: zie AG De Vries Lentsch-Kostense 16 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:13 bij HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2013:394 (art. 81 RO)) en waarschijnlijk ook het horen van getuigen. Dit is te ingewikkeld voor een faillissementsprocedure. Een bodemprocedure is de aangewezen weg voor de beslechting van de discussie tussen partijen en de vraag of de commanditaire vennootschap nog een (rest) vordering op [verweerster] heeft. Omdat de vordering van de commanditaire vennootschap zich niet na een kort eenvoudig onderzoek laat vaststellen, staat de vordering dan ook niet vast.

3.6.4. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de commanditaire vennootschap op [verweerster]. Het faillissementsverzoek zou dan ook bij ontvankelijkheid zijn afgewezen, omdat niet is voldaan aan de (belangrijkste) voorwaarde(n) voor het uitspreken van de faillietverklaring van [verweerster]. In zoverre zou het principaal appel niet kunnen slagen.

3.7. Het hof zal om proceseconomische redenen de beschikking van de rechtbank niet vernietigen – zoals in de rede ligt – maar bekrachtigen, behalve ten aanzien van de proceskosten (zie hierna), ook al is Stichting Beherend Vennoot ten onrechte ontvankelijk geacht in eerste aanleg.

Proceskosten

3.8. Het hof zal Stichting Beherend Vennoot, als de volledig in het ongelijk gestelde partij, veroordelen in de proceskosten van [verweerster] in eerste aanleg en in hoger beroep conform het gebruikelijk gehanteerde liquidatietarief. Het hof ziet geen reden om een veroordeling achterwege te laten, nu evident sprake is (geweest) van een contradictoire procedure, en in zoverre slaagt ook de grief 2 in incidenteel appel. Daarbij verklaart het hof zoals verzocht de kostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep uitvoerbaar bij voorraad.

4. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep, behalve voor zover het de proceskosten beoordeling betreft; veroordeelt Stichting Beherend Vennoot in de proceskosten van de eerste aanleg, en begroot die kosten overeenkomstig het liquidatietarief tot op heden aan de zijde van [verweerster] op € 1.126,- voor salaris gemachtigde; veroordeelt Stichting Beherend Vennoot in de proceskosten van dit hoger beroep, en begroot die kosten overeenkomstig

het liquidatietarief tot op heden aan de zijde van [verweerster] op € 2.228,- voor salaris advocaat en verklaart deze proceskostenveroordelingen zoals verzocht uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Aan wie behoort een vordering uit het vennootschapsvermogen van een commanditaire vennootschap (cv) toe? En wie is bevoegd een vordering namens de cv in te stellen? Deze vragen staan centraal in de onderhavige beschikking. Deze procedure betreft een hoger beroep na afwijzing van een faillissementsverzoek (art. 9 Fw). In eerste aanleg is het verzoek afgewezen met de motivering dat de kwestie is ingewikkeld is om behandeld te worden op een faillissementszitting en dat daarom onvoldoende is gebleken van de vordering van de Stichting Beherend Vennoot [naam] – [locatie] Vastgoed C.V. als verzoekster (hierna: SBV) op verweerster (hierna: de bv) of van het bestaan van een steunvordering (art. 6 lid 3 Fw). SBV gaat in beroep en betoogt dat er wel degelijk summierlijk blijkt van zowel haar vordering op de bv als van een steunvordering en dat derhalve het faillissement van de bv alsnog dient te worden uitgesproken. In incidenteel appel stelt de bv dat SBV, zijnde de beherend vennoot van de cv, geen eigen vordering op de bv heeft en derhalve niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar beroepschrift. Het hof legt met verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad uit wie rechthebbende is van een vordering van de cv en wie bevoegd is de vennootschapsvorderingen namens de cv in te stellen. Hoewel de conclusie van het hof in lijn is met eerdere rechtspraak geeft de beschikking ook aanleiding om de onduidelijkheid rondom de rechtssubjectiviteit van personenvennootschappen, waaronder de cv, te bespreken, mede in het licht van toekomstige wetgeving op dit gebied.

Eerst enkele algemene opmerkingen over de cv. De cv is een contractuele samenwerkingsvorm tussen een of meer wegens zaakschulden persoonlijk voor het geheel verbonden vennoten en een of meer commanditaire vennoten (art. 19 WvK). Iedere beherend vennoot is met zijn persoonlijke vermogen aansprakelijk voor alle schulden van de cv. De commanditaire vennoten dragen niet verder bij in de schulden en verliezen van de vennootschap dan ten belopen van hun inbreng (art. 20 lid 3 WvK). Anders dan de commanditaire vennoot heeft iedere beherend vennoot, tenzij anders is overeengekomen, vertegenwoordigings- en bestuursbevoegdheid. De cv heeft een afgescheiden vermogen, wat onder meer betekent dat de vennootschapsvorderingen aan de cv zelf toekomen en niet (tevens) aan de beherend vennoot. Sinds het arrest *Hovuma/Spreeuwenberg* uit 2003 (NJ 2003/327, ECLI:NL:HR:2003:AF4593) is duidelijk dat ook sprake is van een afgescheiden vermogen als de cv slechts één beherend vennoot heeft. Met dat arrest kwam de Hoge Raad terug op het *Hardy*-arrest uit 1956 (NJ 1960/120). Er bestaat onenigheid over de vraag of de cv een species is van de maatschap, van de vennootschap onder firma of van beide. De cv dient in ieder geval te worden gezien als bijzondere vorm van een maatschap, waarvoor nog enkele aanvullende regels gelden (zie ook *Asser/Van Olfen 7-VII* 2022/350). Daarnaast kan een cv worden gezien als een species van de vof, maar de bepalingen over de vof zijn niet onverkort van toepassing op de cv (zie ook Blanco Fernández, *T&C Ondernemingsrecht*, commentaar bij art. 19 WvK).

De wetgeving die van toepassing is op personenvennootschappen stamt uit 1838 is dringend toe aan modernisering. Verschillende wetsvoorstellen die dit beoogden te regelen, zoals het Wetsvoorstel tot vaststelling van Titel 7.13 BW, zijn helaas gestrand, maar met het (concept) Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen uit 2019 wordt een nieuwe poging gewaagd. De laatste stand van zaken, althans ten tijde van het schrijven van deze noot, is dat minister Weerwind van plan is om het gewijzigde conceptvoorstel opnieuw in consultatie te brengen (zie brief d.d. 27 juni 2022, kenmerk 4062116). Al met al duurt het dus waarschijnlijk nog ten minste tot 2024 voordat de Wet modernisering personenvennootschappen in werking kan treden.

Terug naar de onderhavige beschikking. Het hof gaat uitgebreid in op de ontvankelijkheid van SBV in haar verzoek. SBV stelt primair dat zij de vorderingen van de cv *uit eigen hoofde* kan instellen en daarom als schuldeiser (ex art. 1 lid 1 Fw) dient te worden aangemerkt. De crux zit hem in de woorden ‘uit eigen hoofde’. Met verwijzing naar het genoemde arrest *Hovuma/Spreeuwenberg* komt het hof tot de conclusie dat een cv met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen kent en dat dit meebrengt dat vennootschapsvorderingen niet tot het vermogen van de beherend vennoot behoren, ook niet na de ontbinding van de cv. SBV kon de vordering dus niet zonder meer uit eigen hoofde instellen. SBV stelt subsidiair een vordering op de bv te hebben op grond van een geldleningsovereenkomst. De geldleningsovereenkomst was echter ondertekend door ‘Stichting Bewaarder (naam) Bazaar’ en de bv als geldnemers enerzijds en de cv als geldgever anderzijds. Stichting Beherend Vennoot Leningfonds cv, de voormalige beherend vennoot (hierna: SBVL) is volgens het hof geen contractspartij omdat zij enkel is opgetreden in haar hoedanigheid van enig beherend vennoot *voor en ten behoeve van* de cv. Als een vordering op de bv zou voortvloeien uit deze geldleningsovereenkomst, dan zou die door de cv zelf moeten worden ingesteld, omdat die aan haar toekomt en niet aan de beherend vennoot. Wat er feitelijk nu precies is gebeurd, wie rechthebbende van welke vordering was en of er rechtsgeldig is gecedeerd, zal in een bodemprocedure moeten worden uitgezocht aan de hand van het Haviltex-criterium en mogelijk het horen van getuigen.

De conclusie van het hof dat de vennootschapsvordering enkel toekomt aan de cv en dat zij het faillissementsverzoek dus had moeten indienen, is in lijn met eerdere rechtspraak (zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491). Wel is interessant de overweging van het hof waarin staat dat de cv procespartij kan zijn en zelfstandig kan optreden, dit met verwijzing naar art. 51 Rv (r.o. 3.5.5). In zoverre wordt de cv dus gezien en behandeld als een entiteit die zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Dit raakt aan het onderwerp van rechtssubjectiviteit (zie hierover ook *Asser/Van Olfen 7-VII* 2022/14). In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of de cv rechtssubjectiviteit bezit; het merendeel van de auteurs lijkt die vraag negatief te beantwoorden. Opvallend is in dat verband dat de cv in het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden uit 2015 nog wel als rechtssubject wordt aangemerkt, maar in een later arrest van datzelfde hof uit 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:9989) niet meer. Dat hof lijkt dus van gedachten te zijn veranderd, maar een duidelijke motivering wordt daarvoor niet gegeven. A-G Rank-Berenschot is in haar conclusie van 1 maart 2019 (ECLI:NL:PHR:2019:189) uitgebreid ingegaan op de rechtspositie van de personenvennoot-

schap (daarbij ging het vooral om de vof). Ook zij noemt de genoemde arresten van hof Arnhem-Leeuwarden uit 2015 en 2017. De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad van 19 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:649) die volgde op de conclusie van de A-G, scheen de onduidelijkheid weg te nemen. Daarin overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de vof uitdrukkelijk dat deze géén zelfstandig drager van subjectieve rechten en verplichtingen is, omdat deze geen rechtspersoonlijkheid heeft. Dit impliceert dat alleen rechtspersonen rechtssubjecten kunnen zijn, maar dat is niet het geval. Los van het feit dat ook natuurlijke personen rechtssubjectiviteit bezitten, zouden personenvennootschappen ons inziens ook als rechtssubjecten (sui generis) dienen te worden aangemerkt nu zij in de praktijk als zelfstandig drager van rechten en verplichtingen worden gezien en veelal ook zo worden behandeld. Zo kan de cv zelfstandig als partij in een procedure optreden, kan zij contractspartij zijn zonder dat de beherend vennoot ook contractspartij is, heeft zij een afgescheiden vermogen en is zij als zodanig vatbaar voor faillietverklaring. Dit alles duwt de cv wat ons betreft sterk in de richting van rechtssubjectiviteit (en wellicht zelfs rechtspersoonlijkheid). Op basis van de eerste versie van het genoemde (concept) Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen, zouden personenvennootschappen rechtspersoonlijkheid krijgen en daarmee – in de visie van de Hoge Raad – automatisch ook rechtssubjecten worden.

In de prejudiciële beslissing uit 2019 overwoog de Hoge Raad verder dat een vennootschapscrediteur van de vof jegens iedere vennoot twee samenlopende vorderingsrechten heeft: een jegens de gezamenlijke vennoten en een jegens iedere vennoot afzonderlijk. Dit ondanks dat er maar één contractuele verhouding is, namelijk die met de gezamenlijke vennoten. Gelet op het feit dat de cv net zoals de vof een personenvennootschap is met een afgescheiden vermogen, kan die conclusie van de Hoge Raad worden doorgetrokken naar de cv: als de cv een contract aangaat met een derde is er één contractuele verhouding, maar de schuldeiser heeft wel een vordering jegens (het afgescheiden vermogen van) de cv en jegens de beherend vennoot. Naar de huidige leer moet dus als uitgangspunt gelden dat de cv wel een grote mate van zelfstandigheid toekomt, maar geen rechtssubjectiviteit bezit. SBV meent subsidiair een vordering op de bv te hebben op basis van een akte van cessie. De vordering van SBVL op de bv en Stichting Bewaarder (naam) Bazaar zou zijn overgedragen aan SBV. Uit de overgelegde akte van cessie bleek echter volgens het hof niet dat de vordering was overgedragen. Volgens het hof zijn SBVL en SBV daarbij allebei *ten behoeve van* de cv opgetreden, waardoor de eigendom van de vordering bij de cv bleef. Doordat sprake is van vertegenwoordiging van de cv door de beherend vennoot moet de cv zelf als schuldeiser in de zin van art. 1 Fw worden aangemerkt. Gelet op de hiervoor genoemde rechtspraak over de vraag wie als contractspartij moet worden aangemerkt, is er slechts één contractuele verhouding, namelijk met de cv, en is de beherend vennoot niet tevens als contractspartij aan te merken. Overigens lijkt het in de tweede zin van rechtsoverweging 3.5.8 om een kennelijke verschrijving te gaan, waar het hof oordeelt dat '[naam] Leningfonds C.V.' (SBVL) schuldeiser is van de vermeende vordering. Dat is immers op grond van de eerdere overwegingen juist niet SBVL, maar de cv. Op basis van de feiten zoals die uit de beschikking blijken, lijkt het oordeel van het hof me logisch en juist. Dat de beherend vennoot zich als zelfstandig rechthebbende van de vennootschapsvordering heeft beschouwd en daarom uit eigen

hoofde het faillissementsverzoek heeft ingediend, is wellicht onhandig te noemen, maar het versterkt ook het beeld dat er in de rechtspraak nog altijd onduidelijkheid bestaat over de rechtsverhoudingen tussen de beherend vennoot en de cv. Tot slot nog een opmerking over de proceskostenveroordeling. Hoewel het hof SBV niet-ontvankelijk verklaart, merkt het hof ten overvloede op dat ook niet is voldaan aan de inhoudelijke eisen voor faillietverklaring, namelijk dat de schuldenaar is opgehouden te betalen en dat summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de verzoeker. Het hof lijkt het SBV ernstig aan te rekenen dat zij ook in hoger beroep van een faillissementsbeschikking, waarin geen ruimte is voor uitgebreide bewijsvoering en de feiten dus klip en klaar moeten zijn, niet in staat is gebleken om haar vordering summierlijk aannemelijk te maken. Het hof bekrachtigt daarom de bestreden beschikking, behalve ten aanzien van de proceskosten. Conform het verzoek van de bv in incidenteel beroep en met gebruikmaking van haar discretionaire bevoegdheid ex art. 289 Rv veroordeelt het hof SBV in de proceskosten van beide instanties.

mr. E.P.C. Duinkerke en mr. L.D. Braakhuis
De Kempenaer Advocaten N.V.

129

De omstandigheid dat tussen de beide aandeelhouders een 'incompatibilité d'humeur' is ontstaan rechtvaardigt niet de benoeming van een tijdelijk bestuurder

Rechtbank Gelderland zp Zutphen
8 juni 2022, nr. C/05/400441 / HZ ZA 22-70,
ECLI:NL:RBGEL:2022:2904
(mr. Vrendenbarg-Elsbeek)
Noot mr. B. Verkerk

Incidentele vordering ex art. 223 Rv tot benoeming tijdelijk bestuurder. Geen sprake van wanbeleid. Verstoorde verhoudingen tussen partijen (bestuurders-aandeelhouders), maar geen impasse in uitoefening bestuurstaak. Vordering afgewezen.

[BW art. 2:349a lid 2, art. 2:349 lid 3, art. 2:355, art. 2:356 sub c; Rv art. 223]

Essentie: Met het aanstellen van een derde-bestuurder wordt ingegrepen in de meest wezenlijke rechten van de bestuurders en aandeelhouders van de vennootschap, zodat sprake moet zijn van zeer bijzondere omstandigheden om deze aanstelling te rechtvaardigen (vgl. hof 's-Hertogenbosch 8 september 1993, ECLI:NL:GHSHE:1993:AC0507). De omstandigheid dat tussen de beide aandeelhouders een 'incompatibilité d'humeur' is ontstaan is niet een dergelijke, zeer bijzondere omstandigheid die rechtvaardigt dat wordt ingegrepen op de manier zoals nu wordt gevorderd.

Samenvatting: Uitgangspunt is dat de rechtbank bij de beoordeling van de incidentele vordering tot benoeming van een tijdelijk bestuurder in beginsel dezelfde maatstaf moet toepassen die geldt voor de Ondernemingskamer en zoals die in 5.1 is uiteengezet. Dat betekent dat er gegronde redenen moeten zijn voor de rechtbank om aan te nemen dat [eiseres]