

Tvl 2018/12

## Personenvennootschappen en de inlichtingenplicht tijdens faillissement

Mr. H.J. de Kloe, datum 17-01-2018

|               |                                                                                                                |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Datum         | 17-01-2018                                                                                                     |
| Auteur        | Mr. H.J. de Kloe <sup>[1]</sup>                                                                                |
| JCDI          | JCDI:ADS59819:1                                                                                                |
| Vakgebied(en) | Insolventierecht / Algemeen<br>Insolventierecht / Faillissement<br>Ondernemingsrecht / Personenvennootschappen |
| Wetgang       | art. 106 lid 1 en 2 Fw                                                                                         |

Met inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator kent de Faillissementswet twee bepalingen die zien op de inlichtingenplicht bij personenvennootschappen. Ingegaan wordt op de vraag of het doel van de Wet versterking positie curator, het versterken en verduidelijken van de informatiepositie van de curator, is behaald ten aanzien van de personenvennootschappen.

### 1. Inleiding

Op 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator<sup>[2]</sup> in werking getreden.<sup>[3]</sup> De wet is onderdeel van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht, dat bij brief van 26 november 2012 is aangekondigd door Opstelten, de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie.<sup>[4]</sup> Het wetgevingsprogramma rust op de pijlers modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding.<sup>[5]</sup> De Wet versterking positie curator behoort tot de derde pijler, het bestrijden van faillissementsfraude.<sup>[6]</sup> De wet legt enerzijds een fraude signalerende taak neer bij de curator.<sup>[7]</sup> Anderzijds beoogt de wet de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken door artikel 105 en 106 Fw (oud) te vervangen met artikel 105, 105a, 105b en 106 Fw.<sup>[8]</sup> Uit artikel IIa van de Wet versterking positie curator volgt dat de wet binnen vier jaar na inwerkingtreding geëvalueerd moet zijn.

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator is onder meer nieuw dat in de Faillissementswet is opgenomen dat de failliet niet alleen gevraagd, maar ook ongevraagd alle inlichtingen aan de curator moet verstrekken waarvan hij weet of behoort te weten dat deze van belang zijn voor de curator (artikel 105 lid 1 Fw). Daarnaast is een medewerkingsplicht gecodificeerd in artikel 105a Fw en hebben derden thans de wettelijke plicht om administratie van de failliet te verstrekken aan de curator op grond van artikel 105b Fw. Ook nieuw is dat informatieverplichtingen worden geregeld voor de failliete VOF en CV en voor de VOF en CV die bestuurder zijn van een rechtspersoon.

In de eerste plaats regelt artikel 106 lid 2 onder b Fw dat de bepalingen die in het kader van informatievergaring door de curator gelden voor een bestuurder op grond van artikel 106 lid 1 Fw, ook gelden voor vennoten van een VOF of CV die bestuurder is van een rechtspersoon. Het gaat daarbij om de regeling over inbewaringstelling (artikel 87-90 Fw), het verlaten van de woonplaats (artikel 91 Fw), de bewaring van de boedel (artikel 92 Fw), de inlichtingenplicht (artikel 105 lid 1 en 2 Fw) en de medewerkingsplicht (artikel 105a lid 1 en 2 Fw). Daarnaast regelt artikel 106 lid 3 Fw dat de eerste twee leden van artikel 106 Fw - die zien op de inlichtingenplicht van bestuurders van een rechtspersoon - tevens van toepassing zijn op de failliete VOF of CV.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of het doel van de Wet versterking positie curator, namelijk het versterken en verduidelijken van de informatiepositie van de curator, is behaald ten aanzien van de personenvennootschappen. In paragraaf 2 wordt de inlichtingenplicht<sup>[9]</sup> besproken ten aanzien van de personenvennootschap die bestuurder is van een rechtspersoon. Paragraaf 3 behandelt de inlichtingenplicht bij een failliete personenvennootschap. Afgesloten wordt met een conclusie in paragraaf 4.

## 2. Personenvennootschappen als bestuurder van een rechtspersoon en de inlichtingenplicht

Op grond van artikel 106 lid 1 Fw rust de inlichtingenplicht van de failliet (artikel 105 lid 1 en 2 Fw) mede op bestuurders en commissarissen van een failliete rechtspersoon. In art. 106 lid 2 sub b Fw wordt de vennoot van een VOF of CV<sup>[10]</sup> die bestuurder is van de failliete rechtspersoon voor de toepassing van art. 106 lid 1 FW met een bestuurder gelijkgesteld. De inlichtingenplicht rust mede op degene die tot drie jaar voor het faillissement van de rechtspersoon vennoot van de VOF-bestuurder was.

Het is de vraag of de codificatie van de inlichtingenplicht voor vennoten van een VOF-bestuurder zorgt voor een versterkte en verduidelijkte positie van de curator. Ingegaan wordt op de vragen of het mogelijk is dat een VOF bestuurder is van een rechtspersoon, wat het gevolg is van de benoeming van een VOF tot bestuurder en of de positie van de curator is versterkt en verduidelijkt in vergelijking met oud recht. Daarna wordt ingegaan op de vraag of het terecht is dat de maatschap niet is benoemd in artikel 106 lid 2 sub b Fw.

### 2.1 VOF als bestuurder van een rechtspersoon

Met artikel 106 lid 2 onder b Fw gaat de wet stilzwijgend uit van de mogelijkheid dat een VOF bestuurder *kan* zijn van een rechtspersoon. Waarom dit mogelijk is en wat de gevolgen zijn van de benoeming van een VOF als bestuurder van een rechtspersoon, volgt niet uit de wet en ook niet uit de Kamerstukken. In de literatuur wordt hier verschillend over gedacht. Huizink is van mening dat de benoeming van een personenvennootschap tot bestuurder van een rechtspersoon niet mogelijk is.<sup>[11]</sup> Tervoort<sup>[12]</sup> is daarentegen van mening dat benoeming van een personenvennootschap tot bestuurder wel mogelijk is, maar gaat niet in op de betekenis van een dergelijke benoeming. In andere literatuur wordt wel ingegaan op de betekenis hiervan.

De VOF is geen rechtspersoon of natuurlijk persoon. Het is daarom niet mogelijk dat een VOF als zodanig bestuurder is van een rechtspersoon.<sup>[13]</sup> Wel heeft de VOF een afgescheiden vermogen en kan zij zelfstandig deelnemen aan het rechtsverkeer.<sup>[14]</sup> De VOF kan dus als eenheid optreden. Deze eenheid kan op twee manieren geduid worden. De VOF kan gezien worden als het collectief van de vennoten in privé die op een bepaald moment handelen. De tweede mogelijkheid is dat de VOF wordt opgevat als 'de vennoten van tijd tot tijd, als zodanig'.<sup>[15]</sup> De samenstelling van de VOF wijzigt in deze tweede opvatting met het toe- en uitreden van vennoten. De wijze waarop een VOF geduid wordt, heeft ook betekenis voor de benoeming van een VOF als bestuurder van een rechtspersoon. In de eerste visie geldt benoeming van een VOF tot bestuurder als benoeming van de vennoten in privé tot bestuurder.<sup>[16]</sup> Wijzigingen in het vennotenbestand hebben geen invloed op de samenstelling van het bestuur. In de tweede visie leidt benoeming van een VOF tot benoeming van de vennoten in hun hoedanigheid als vennoot.<sup>[17]</sup> Toe- en uittreding van vennoten leidt automatisch tot een wijziging in het bestuur van de rechtspersoon.

Op grond van artikel 106 lid 2 onder b Fw rust de inlichtingenplicht ook op de vennoten van een VOF die bestuurder is van een rechtspersoon. Het is de vraag welke waarde dit heeft voor de curator. Uiteraard voegt artikel 106 lid 2 onder b Fw niets toe als een VOF geen bestuurder van een rechtspersoon *kán* zijn, maar uit het feit dat artikel 106 lid 2 onder b Fw is opgenomen blijkt dat de wetgever van mening is dat benoeming van een VOF tot bestuurder mogelijk is. Als ervan uitgegaan wordt dat benoeming van een VOF als bestuurder gezien moet worden als benoeming van de 'vennoten van tijd tot tijd, als zodanig', dan hadden vennoten van een personenvennootschap-bestuurder deze inlichtingenplicht ook voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator. Onder oud recht rustte de inlichtingenplicht immers op de bestuurders van een rechtspersoon op grond van artikel 106 Fw (oud). De positie van de curator is dan wel versterkt doordat de

inlichtingenplicht ook rust op de degene die tot drie jaar voor het faillissement van de rechtspersoon vennoot was van de personenvennootschap-bestuurder. Indien de benoeming van een VOF als bestuurder geldt als benoeming van de vennoten in privé, dan is de positie van de curator te beperkt omdat de inlichtingenplicht niet rust op vennoten die langer dan drie jaar voor het faillissement van de rechtspersoon zijn uitgetreden.

In september 2016 heeft de particuliere Werkgroep personenvennootschappen onder leiding van Van Olfen een rapport aangeboden aan de Minister van (toen nog) Veiligheid en Justitie.<sup>[18]</sup> Artikel 6 van het wetsvoorstel dat onderdeel uitmaakt van het rapport kent rechtspersoonlijkheid toe aan de openbare vennootschappen, waaronder de VOF, die ingeschreven zijn in het handelsregister. De minister heeft aangegeven dat het rapport van de Werkgroep een goede basis biedt voor modernisering van het personenvennootschapsrecht. Daarbij onderschrijft de minister het uitgangspunt dat rechtspersoonlijkheid wordt toegekend aan openbare vennootschappen en gaf hij aan dat hij voornemens is om te werken aan een nieuwe wettelijke regeling.<sup>[19]</sup> Als de VOF rechtspersoonlijkheid kent, is artikel 106 lid 2 onder b Fw ook ten aanzien van de ten tijde van het faillissement zittende vennoten van toegevoegde waarde.<sup>[20]</sup> Onduidelijk is echter of en wanneer er een nieuwe wettelijke regeling komt die rechtspersoonlijkheid biedt aan de VOF.

Het was logischer geweest als de wetgever de Wet versterking curator had afgestemd op nieuwe wetgeving over personenvennootschappen. De wetgever had zich dan eerst kunnen buigen over de vraag of het wel mogelijk en wenselijk is dat een personenvennootschap bestuurder is van een rechtspersoon. Bij de beantwoording van deze vraag kan een rol spelen of er in de praktijk wel behoefte bestaat aan de mogelijkheid om een personenvennootschap te benoemen tot bestuurder. Bij mijn weten komt dit in de praktijk niet of nauwelijks voor, maar een reden hiervoor kan zijn dat niet duidelijk is of het mogelijk is om een personenvennootschap te benoemen tot bestuurder. Indien de wetgever van mening is dat deze mogelijkheid bestaat, zou ook de betekenis van de benoeming van een personenvennootschap tot bestuurder duidelijk moeten worden. Eerst als hier duidelijkheid over is, kan een heldere bepaling geformuleerd worden over de inlichtingenplicht bij personenvennootschap-bestuurders. Dat artikel 106 lid 2 onder b Fw ten aanzien van personenvennootschappen niet goed is doordacht en niet is afgestemd op nieuwe wetgeving over personenvennootschappen, blijkt ook uit het feit dat de maatschap zonder nadere toelichting in de wetsgeschiedenis ontbreekt in artikel 106 lid 2 onder b Fw.

## **2.2 Maatschap als bestuurder van een rechtspersoon**

Opvallend is dat artikel 106 lid 2 onder b Fw alleen spreekt over de VOF en de CV. De maatschap blijft buiten beschouwing. Dat de maatschap buiten beschouwing blijft, ligt voor de hand als de maatschap geen bestuurder kan zijn van een rechtspersoon. Als de VOF en de CV niet benoemd kunnen worden tot bestuurder, ligt het voor de hand dat hetzelfde geldt voor de maatschap. Wellicht is het andersom ook het geval: als de VOF en CV benoemd kunnen worden tot bestuurder, waarom de maatschap dan niet?

Een verschil tussen de (openbare) maatschap en VOF is dat de maatschap is bedoeld voor de uitoefening van een beroep onder een gemeenschappelijk naam en de VOF voor de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam (artikel 16 WvK). Een ander verschil is dat de vennoten van een maatschap hun mede vennoten slechts kunnen vertegenwoordigen indien zij een volmacht hebben ontvangen of indien sprake is van baattrkking (artikel 7A:1681 BW), terwijl de vennoten van een VOF in beginsel bevoegd zijn de VOF te vertegenwoordigen (artikel 17 WvK). Overeenkomsten zijn er ook. Zowel de openbare maatschap als de VOF nemen onder een gemeenschappelijke naam deel aan het rechtsverkeer. Ook heeft de maatschap een afgescheiden vermogen,<sup>[21]</sup> net als de VOF<sup>[22]</sup>.

De hiervoor genoemde verschillen geven geen aanleiding voor onderscheid tussen de maatschap en VOF betreffende de mogelijkheid om bestuurder te zijn van een rechtspersoon. De overeenkomsten, met name dat zowel de maatschap als de VOF onder een gemeenschappelijke naam deelnemen aan het rechtsverkeer, geven eerder aanleiding om de maatschap en VOF gelijk te stellen wat betreft de mogelijkheid tot het zijn van bestuurder. Tervoor beantwoordt de vraag of een openbare personenvennootschap bestuurder kan zijn van een rechtspersoon 'voorzichtig bevestigend', zonder daarbij onderscheid te maken tussen de VOF en de maatschap.<sup>[23]</sup> Als een VOF benoemd kan worden tot bestuurder van een rechtspersoon, geldt dat naar mijn mening ook voor de openbare maatschap. Omdat een stille maatschap niet onder een gemeenschappelijke

naam naar buiten treedt, is benoeming van een stille maatschap tot bestuurder problematisch. Voor derden is dan immer niet kenbaar wie optreedt als bestuurder.<sup>[24]</sup>

Het is opmerkelijk dat de wetsgeschiedenis bij artikel 106 lid 2 onder b Fw geen aandacht besteedt aan het vraagstuk of de maatschap al dan niet bestuurder kan zijn van een rechtspersoon. Het is hierdoor onduidelijk waarom de maatschap niet is opgenomen in artikel 106 lid 2 onder b Fw. Naar mijn mening is er geen overtuigende reden om aan te nemen dat een VOF en CV wel bestuurder van een rechtspersoon kunnen zijn, maar een maatschap niet. Voor de curator die te maken krijgt met een maatschap als bestuurder, zorgt het gemis van de maatschap in de wet en de wetsgeschiedenis voor onduidelijkheid.

### **3. Faillissement personenvennootschappen en de inlichtingenplicht**

In artikel 106 lid 3 Fw is opgenomen dat de eerste twee leden van artikel 106 Fw van overeenkomstige toepassing zijn bij het faillissement van een VOF of CV. Lid 3 roept een aantal vragen op. Ten eerste is het de vraag wie onder oud recht aan de inlichtingenplicht moest voldoen en of lid 3 hier wijzigingen op aanbrengt. Daarnaast gaat het in artikel 106 lid 1 Fw over bestuurders en commissarissen. Omdat personenvennootschappen geen bestuur en raad van commissarissen hebben zoals bedoeld in Boek 2 BW, kan de vraag gesteld worden op wie de inlichtingenplicht rust bij een personenvennootschap. Tot slot is onduidelijk waarom de VOF en CV wel genoemd worden, maar de (openbare) maatschap niet.

#### **3.1 Inlichtingenplicht personenvennootschappen<sup>[25]</sup> in vergelijking met oud recht**

In een ver verleden werd het faillissement van een VOF niet als een zelfstandig faillissement gezien. In de Faillissementswet is geen expliciete regeling opgenomen over het faillissement van een VOF. Voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator kwam de VOF in de Faillissementswet alleen voor in artikel 2 lid 3 en 4 lid 3 Fw. Artikel 2 lid 3 Fw bepaalt dat ten aanzien van vennoten van een VOF de rechtbank waar het kantoor van de VOF is gevestigd bevoegd is. Op grond van artikel 4 lid 3 Fw moet de aangifte van faillietverklaring ten aanzien van een VOF de naam en woonplaats van de vennoten bevatten. Hiermee is niet bedoeld een (uitputtende) regeling te geven voor het faillissement van de VOF. Omdat in de literatuur discussie bestond over de vraag of de VOF rechtspersoon was of een afgescheiden vermogen had, was de wetgever van mening dat het rechtsgevolg van het faillissement van een VOF niet in de Faillissementswet geregeld moest worden. Volgens de wetgever zou een regeling over het faillissement van een VOF opgenomen moeten worden in een eventuele nieuwe regeling voor de VOF.<sup>[26]</sup> Een nieuwe regeling over de VOF is er na invoering van de Faillissementswet niet gekomen en de rechtsgevolgen van het faillissement van een VOF zijn in de rechtspraak uitgekristalliseerd.

In 1921 overwoog de Hoge Raad dat met de faillietverklaring van een VOF niet iets anders bedoeld kan zijn dan het faillissement van de vennoten. Als naast de vennoten ook de VOF failliet wordt verklaard, is sprake van een overbodige herhaling.<sup>[27]</sup> Een aantal jaar later, in 1927, overwoog de Hoge Raad dat de faillietverklaring van een VOF 'noodwendig' het faillissement van de vennoten met zich brengt.<sup>[28]</sup> Daarmee zag de Hoge Raad het faillissement van de VOF wel als een zelfstandig faillissement.<sup>[29]</sup> Sindsdien was het tot februari 2015 vaste rechtspraak dat het faillissement van een VOF noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten tot gevolg had.<sup>[30]</sup> In het arrest *VDV-Totaalbouw* is de Hoge Raad op deze rechtspraak teruggekomen. Weliswaar is het faillissement van de vennoten doorgaans onvermijdelijk als de VOF failliet verklaard wordt, maar het faillissement van de vennoten hoeft niet noodzakelijk te volgen op het faillissement van de VOF. Als het faillissement van de vennoten wordt uitgesproken naast dat van de VOF, is het wenselijk dat deze faillissementen - indien mogelijk - tegelijk worden uitgesproken en afgewikkeld.<sup>[31]</sup>

Met het bovenstaande is nog geen juridische duiding gegeven aan het faillissement van een VOF. Hiervoor is reeds aangegeven dat een VOF geen rechtspersoon is, maar wel zelfstandig deelneemt aan het rechtsverkeer en een afgescheiden vermogen heeft. Het afgescheiden vermogen dient als verhaalsobject voor zaakscrediteuren en is afgescheiden van het privévermogen van de vennoten.<sup>[32]</sup> Het vermogen 'van' de VOF is in feite het gemeenschappelijke afgescheiden en gebonden vermogen van de gezamenlijke vennoten.<sup>[33]</sup>

Het vermogen dat het faillissement van een VOF omvat op grond van artikel 20 Fw, is dit afgescheiden, gemeenschappelijke, vermogen.<sup>[34]</sup> Stokkermans is dan ook (mijns inziens terecht) van mening dat het faillissement van een VOF opgevat kan worden als het faillissement van de vennoten q.q.<sup>[35]</sup> Hierop sluit aan dat de eigen aangifte<sup>[36]</sup> van het faillissement van een VOF op grond van artikel 4 lid 3 Fw de naam en woonplaats van de vennoten moet noemen.

Gelet op het voorgaande leverde het faillissement van een VOF onder oud recht in theorie geen problemen op ten aanzien van de inlichtingenplicht, indien het faillissement van een VOF gezien wordt als het faillissement van de vennoten q.q. Artikel 105 lid 1 Fw (oud) legde de inlichtingenplicht immers op aan 'de gefailleerde'. Daarmee rustte de inlichtingenplicht onder oud recht reeds op de vennoten van de VOF. Ook in de praktijk leverde de inlichtingenplicht bij de VOF in de regel geen problemen op. Voordat het arrest *VDV-Totaalbouw* werd gewezen, bracht het faillissement van de VOF noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten met zich. In de praktijk werd in het faillissement van de VOF en de vennoten in de regel dezelfde persoon tot curator benoemd.<sup>[37]</sup> In *VDV-Totaalbouw* heeft de Hoge Raad overwogen dat het faillissement van de vennoten doorgaans onvermijdelijk is en dat het wenselijk is dat de faillissementen van de VOF en vennoten tegelijk worden afgewikkeld. Op de vennoten die (privé) failliet zijn verklaard, rust(te) hoe dan ook een inlichtingenplicht op grond van artikel 105 lid 1 Fw. De inlichtingenplicht is niet beperkt tot het handelen van de failliet als privépersoon. De inlichtingenplicht strekt zich ook uit tot het handelen van de failliet 'in het kader van een bedrijf of beroep dan wel als persoon handelend als direct respectievelijk indirect bestuurder van een stichting of rechtspersoon'.<sup>[38]</sup> De vraag of inlichtingen door een failliete vennoot verstrekt moesten worden in het kader van het afgescheiden vennootschapsvermogen of in het kader van het privévermogen, doet er dus (en deed er ook onder oud recht) niet toe.

Artikel 106 lid 3 Fw verklaart de eerste twee leden van datzelfde artikel van overeenkomstige toepassing op de VOF en CV. Daarmee rust de inlichtingenplicht ook op hen die drie jaar voor het faillissement vennoot/bestuurder waren, op de feitelijke beleidsbepalers en op bestuurders van rechtspersonen die vennoot zijn. Dat de inlichtingenplicht ook ziet op gewezen vennoten/bestuurders en feitelijk beleidsbepalers, brengt - los van de vraag op wie de inlichtingenplicht nu precies rust - een ruimer toepassingsbereik van de inlichtingenplicht bij de VOF en CV met zich. De positie van de curator is op deze punten versterkt. Ten aanzien van degenen die vennoot zijn op het moment van faillietverklaring, is de positie van de curator niet versterkt. Zoals hierna zal blijken, is de positie van de curator met de Wet versterking positie curator juist onduidelijker geworden.

### 3.2 (Rechts)personen op wie artikel 106 lid 3 Fw ziet

De eerste twee leden van artikel 106 Fw, die handelen over plichten van bestuurders en commissarissen van rechtspersonen, worden in lid 3 van overeenkomstige toepassing verklaard op de VOF en CV. Daarmee is onduidelijk op wie de inlichtingenplicht rust, omdat de VOF en CV geen bestuur (en RvC) kennen in de zin van Boek 2 BW.

In het voorontwerp Insolventiewet van de Commissie insolventierecht onder leiding van Kortmann was ook een bepaling opgenomen die de inlichtingenplicht regelde bij personenvennootschappen.<sup>[39]</sup> Artikel 4.1.7 lid 4 van het voorontwerp bepaalde dat de inlichtingenplicht bij insolventie van een openbare of stille vennootschap ook van toepassing was op 'elk van de besturende vennoten en op elke derde aan wie het bestuur uitsluitend of mede is opgedragen'. Het voorontwerp sloot aan bij het wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuwe regeling van personenvennootschappen in titel 7.13 van het BW.<sup>[40]</sup> Het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 voorzag in een regeling over het bestuur van de personenvennootschappen. Het voorgestelde artikel 7:809 lid 1 BW bepaalde dat iedere vennoot besturend vennoot zou zijn.<sup>[41]</sup> Deze bepaling was van regelend recht, waardoor het bestuur bij overeenkomst opgedragen kon worden aan een of meer besturende vennoten.<sup>[42]</sup> Op grond van het voorgestelde artikel 7:809 lid 2 BW was het (zelfs) mogelijk dat het bestuur uitsluitend aan niet-vennoten werd opgedragen. Omdat het voorontwerp Insolventierecht goed aansloot bij de nieuwe regeling over personenvennootschappen, was duidelijk op wie de inlichtingenplicht zou rusten. Op 15 december 2011 is het wetsvoorstel tot invoering van titel 7.13 ingetrokken.<sup>[43]</sup> Daarmee is geen regeling omtrent het bestuur van personenvennootschappen in de wet neergelegd. Omdat de VOF en CV geen bestuur kennen zoals de Boek 2 BW-rechtspersonen, is thans onduidelijk op wie de inlichtingenplicht rust. Het is niet de verwachting dat

eventueel nieuw recht over personenvennootschappen deze duidelijkheid wel schept, omdat uit niets blijkt dat artikel 106 lid 3 Fw is afgestemd op nieuwe wetgeving.

In Boek 7A BW en het Wetboek van Koophandel wordt ten aanzien van de VOF en CV niet gesproken over 'het bestuur' of over 'besturen'. Wel is in artikel 7A:1674-7a:1676 BW een regeling van regelend recht opgenomen over het beheer van personenvennootschap. Tenzij anders is overeengekomen, zijn individuele vennoten beheersbevoegd.<sup>[44]</sup> Voorheen werd algemeen onderscheid gemaakt tussen beheren en beschikken, waarbij beheren zag op de normale dagelijkse werkzaamheden van de vennootschap, terwijl beschikken zag op handelingen die buiten de normale bedrijfsuitoefening vallen. Tegenwoordig zijn veel schrijvers van mening dat de term 'besturen' gebruikt kan worden voor dat wat in de wet verstaan wordt onder 'beheren'.<sup>[45]</sup> Daarmee is nog steeds onduidelijkheid over het begrip bestuur. Terwijl Van Olffen het begrip 'bestuur' beperkt tot dat wat de wet verstaat onder 'beheer',<sup>[46]</sup> maakt Tervoort binnen het begrip 'bestuur' onderscheid tussen strategisch, tactisch en operationeel management. De wettelijke term 'beheer' komt overeen met operationeel management.<sup>[47]</sup> Stokkermans is juist van mening dat de term beheer behouden moet blijven. Hij verstaat onder bestuur (mede) het bepalen van de strategie en het verrichten van handelingen die buiten de normale bedrijfsuitoefening vallen.<sup>[48]</sup>

De commanditaire vennoten van een CV nemen een bijzondere positie in. Voor de commanditaire vennoten geldt een beheersverbod op grond van artikel 20 lid 2 WvK. In lijn hiermee bepaalt artikel 32 lid 1 WvK dat de commanditaire vennoten niet deelnemen aan de besluitvorming over de benoeming van een vereffenaar. Op grond van artikel 20 lid 3 WvK draagt de commanditaire vennoot niet bij in de verliezen van de CV boven zijn inbreng. De commanditaire vennoot wordt wel hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de CV als hij het beheersverbod overtreedt (artikel 21 WvK). Over de reikwijdte van het beheersverbod bestaat discussie. Volgens de enge leer vallen alleen externe handelingen onder het beheersverbod, terwijl volgens de ruime leer ook interne 'bestuurshandelingen' onder het beheersverbod vallen.<sup>[49]</sup> In de literatuur wordt ook het standpunt ingenomen dat de commanditaire vennoot interne zeggenschap mag hebben,<sup>[50]</sup> maar dat het beheersverbod wordt overtreden als de invloed van de commanditaire vennoot te groot is.<sup>[51]</sup> De positie van de commanditaire vennoot komt conceptueel meer overeen met de positie van de aandeelhouder dan van de bestuurder,<sup>[52]</sup> in ieder geval zolang de commanditaire vennoot zich houdt aan het beheersverbod en niet intern het beleid bepaalt. Het ligt daarom in beginsel niet voor de hand de commanditaire vennoot te zien als bestuurder van de CV.

Gelet op het voorgaande is onduidelijk wie 'bestuurder' is van een personenvennootschap. Hiervoor is reeds aangegeven dat in beginsel alle vennoten beheersbevoegd zijn. Algemeen wordt aangenomen dat besluiten over de strategie en handelingen die buiten de normale bedrijfsvoering vallen, in beginsel genomen en verricht moeten worden door de vennoten gezamenlijk.<sup>[53]</sup> De vennootschapsovereenkomst kan echter anders bepalen. In de vennootschapsovereenkomst kan de beheersbevoegdheid toegekend worden aan één of meer vennoten, maar ook aan niet-vennoten<sup>[54]</sup>. Ditzelfde geldt voor de bevoegdheid om te besluiten over de strategie en handelingen die buiten de normale bedrijfsvoering vallen. Het is mogelijk om de beheersbevoegdheid aan specifieke (rechts)personen toe te kennen en de bevoegdheid om te beslissen over de strategie en handelingen die buiten de normale bedrijfsvoering vallen aan andere (rechts)personen. Wie is dan 'bestuurder' van de personenvennootschap in de zin van artikel 106 Fw? Zijn dat alle vennoten, de vennoten die beheersbevoegd zijn of de vennoten die de strategie bepalen? Vallen derden die beheersbevoegd zijn of de strategie van de vennootschap bepalen ook onder het begrip 'bestuurder'?

Volgens de memorie van toelichting ziet artikel 106 lid 3 Fw op 'vennoten, oud-vennoten [en] (voormalige) feitelijke vennoten'.<sup>[55]</sup> Uit de wetsgeschiedenis lijkt daarmee te volgen dat de inlichtingenplicht rust op alle vennoten, maar de tekst van de wet sluit hier niet op aan. Met name ten aanzien van de commanditaire vennoten van een CV ligt het ook niet voor de hand dat de inlichtingenplicht rust op alle vennoten. Logischer is dat de inlichtingenplicht alleen rust op de commanditaire vennoot als hij het beheersverbod overtreedt en/of het beleid van de vennootschap bepaalt.<sup>[56]</sup> Mede daarom is het de vraag of het inderdaad de bedoeling is van de wetgever dat de inlichtingenplicht rust op alle vennoten, of alleen op de vennoten die aangemerkt kunnen worden als 'bestuurder'. Rust de informatieplicht alleen op de vennoten die 'bestuurder' zijn, dan leidt dat tot een kwalificatieprobleem.

Ook het begrip 'feitelijke vennoot' uit de memorie van toelichting roept verwarring op, hoewel hiermee gelet op

artikel 106 lid 2 onder a Fw de feitelijk beleidsbepaler bedoeld wordt. De feitelijk beleidsbepaler is dan de niet-vennoot die, al dan niet op grond van de vennootschapsovereenkomst of een separate overeenkomst, de strategie van de VOF bepaalt. Onduidelijk is of hieronder ook verstaan moet worden de niet-vennoot die (slechts) beheersbevoegd is. Gelet op het voorgaande kan de curator in de praktijk discussie krijgen met vennoten en niet-vennoten van een VOF en CV over de vraag of zij al dan niet ‘bestuurder’ of feitelijk beleidsbepaler zijn van de personenvennootschap. De positie van de curator is op dit punt dus onduidelijk.

### 3.3 Faillissement maatschap

De maatschap wordt niet genoemd in artikel 106 lid 3 Fw. Het is onduidelijk waarom de inlichtingenplicht niet wettelijk geregeld is voor de maatschap. Voordat het arrest *Biek Holdings*<sup>[57]</sup> werd gewezen, werd algemeen aangenomen dat een maatschap niet failliet verklaard kon worden.<sup>[58]</sup> In de wetsgeschiedenis bij artikel 2 Fw wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat de maatschap geen rechtspersoon is, zodat alleen haar vennoten failliet kunnen gaan.<sup>[59]</sup> Als de maatschap niet failliet verklaard kan worden, spreekt het uiteraard vanzelf dat de inlichtingenplicht bij de maatschap niet geregeld is. Nadat in het *Biek Holdings*-arrest is bepaald dat de (openbare) maatschap een afgescheiden vermogen heeft, wordt algemeen het standpunt ingenomen dat de (in ieder geval openbare) maatschap failliet verklaard kan worden.<sup>[60]</sup> Nu de inlichtingenplicht voor de VOF en CV wel is geregeld, zorgt het ontbreken van de maatschap voor onduidelijkheid.

## 4. Conclusie

De regeling over de inlichtingenplicht bij personenvennootschappen heeft de positie van de curator op een aantal punten gecodificeerd en versterkt, maar zorgt op onderdelen voor onduidelijkheid. Op grond van artikel 106 lid 2 onder b Fw rust de inlichtingenplicht ook op de vennoten van een VOF of CV die bestuurder is van een rechtspersoon. Als ervan uitgegaan wordt dat benoeming van een VOF als bestuurder gezien moet worden als benoeming van de ‘vennoten van tijd tot tijd, als zodanig’, dan hadden vennoten van een personenvennootschap-bestuurder deze inlichtingenplicht ook voor inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator. De positie van de curator is dan versterkt doordat de inlichtingenplicht ook rust op de degene die tot drie jaar voor het faillissement van de rechtspersoon vennoot was van de personenvennootschap-bestuurder. Indien de benoeming van een VOF als bestuurder geldt als benoeming van de vennoten in privé, dan is de positie van de curator te beperkt omdat de inlichtingenplicht niet rust op vennoten die langer dan drie jaar voor het faillissement van de rechtspersoon zijn uitgetreden. Daarnaast is onduidelijk waarom de inlichtingenplicht niet is geregeld voor de maatschap-bestuurder.

In artikel 106 lid 3 Fw worden de eerste twee leden van artikel 106 Fw van overeenkomstige toepassing verklaard op de VOF en CV. Onder oud recht rustte de inlichtingenplicht reeds op de vennoten van een failliete personenvennootschap. Indien de Wet versterking positie curator de bedoeling heeft de inlichtingenplicht te laten rusten op alle vennoten van de VOF en CV, dan is sprake van een codificatie van oud recht. De positie van de curator is dan versterkt doordat de inlichtingenplicht ook rust op vennoten die binnen drie jaar voor het faillissement van de personenvennootschap zijn uitgetreden en op feitelijk beleidsbepalers. Onduidelijk is echter of de inlichtingenplicht op grond van artikel 106 lid 3 Fw rust op alle vennoten of alleen op de vennoten die aangemerkt worden als bestuurder. Rust de inlichtingenplicht alleen op ‘bestuurders’, dan is onduidelijk wie daar onder moet worden begrepen omdat de wet ten aanzien van personenvennootschappen niet spreekt over bestuurders en in de literatuur discussie is over het begrip ‘bestuur’ en ‘bestuurder’ bij personenvennootschappen. Ook de betekenis van de feitelijk beleidsbepaler bij een personenvennootschap is onduidelijk. Tot slot is onduidelijk waarom in de wet niets is opgenomen over de inlichtingenplicht bij de maatschap.

Geconcludeerd kan worden dat het doel van de Wet versterking positie curator, het verduidelijken en versterken van de informatiepositie van de curator,<sup>[61]</sup> ten aanzien van de personenvennootschappen niet in alle opzichten is behaald. De oorzaak hiervan is dat de wetgever de bepalingen die handelen over personenvennootschappen niet heeft doordacht en niet heeft afgestemd op (te verwachten) nieuwe wetgeving over personenvennootschappen. Dit leidt tot onduidelijkheid voor de curator en kan leiden tot discussie en

procedures met vennoten van een personenvennootschap over de inlichtingenplicht. Binnen vier jaar na inwerkingtreding wordt de wet geëvalueerd.<sup>[62]</sup> Het is van belang dat de regeling ten aanzien van personenvennootschappen meegenomen wordt in de evaluatie. Het zou nog beter zijn als voor die tijd een wetsvoorstel is ingediend bij de Tweede Kamer om de personenvennootschappen te moderniseren, waarin ook aandacht wordt besteed aan de personenvennootschap in de Faillissementswet.

---

## Voetnoten

[1] Gelieve dit artikel aan te halen als: H.J. de Kloe, 'Personenvennootschappen en de inlichtingenplicht tijdens faillissement', *Tvl* 2018/12. Mr. H.J. de Kloe is docent ondernemings- en faillissementsrecht bij de sectie Handels- en Ondernemingsrecht & Financieel Recht van de Erasmus School of Law te Rotterdam.

[2] *Stb.* 2017, 124.

[3] *Stb.* 2017, 176.

[4] [Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74](#).

[5] [Kamerstukken II 2012/13, 29911, 74](#), p. 2.

[6] [Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3](#), p. 1.

[7] Vooral in artikel 68 lid 3 en 73a lid 3 Fw. Zie over deze fraudesignalerende taak o.a. E.M. Moerman, 'De nieuwe rol van de curator in de fraudebestrijding: knelpunt in de aanloop naar een eventueel strafproces?', *TBS&H* 2017, afl. 3, p. 110-117; R.D. Vriesendorp, '[\*\*]it happens; then and now', *Tvl* 2017/23; W.J.B. van Nielen, 'Wet versterking positie curator: financiering, fraudesprekkuur, nemo tenetur beginsel', *FIP* 2017/168 en A.T.M. Adams, 'Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?', *MvO* 2017, afl. 3-4, p. 81-87.

[8] [Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3](#), p. 3 en 4.

[9] De bijdrage wordt beperkt tot de inlichtingenplicht, maar geldt evenzeer voor de andere verplichtingen die hiervoor zijn genoemd.

[10] In het vervolg wordt slechts de VOF besproken. De positie van de commanditaire vennoten is anders, omdat zij geen beheersdaden mogen verrichten op grond van artikel 20 lid 2 WvK. De commanditaire vennoten spelen naar mijn mening daarom geen (formele) rol bij benoeming van een CV tot bestuurder van een rechtspersoon.

[11] J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:242 BW, aant. 6.2 (online, laatst bijgewerkt 22 november 2013).

[12] Tervoort, *Het Nederlandse Personenvennootschapsrecht* (R&P, nr. ONR8), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 159-160.

[13] P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma* (diss. Groningen; IVO-reeks, nr. 97), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 246.

[14] HR 6 februari 2015, *NJ* 2017/8 (*VDV Totaalbouw*), r.o. 3.4.1.

[15] Chr. M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht* (diss. Rotterdam; IVO-reeks, nr. 102), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 248.

[16] Deze eerste visie wordt bepleit in Mathey-Bal 2016, p. 246-247.

[17] Deze tweede visie wordt bepleit in Stokkermans 2017, p. 247-251.

- [18] Van Olffen e.a., *Modernisering personenvennootschappen*, Rapport Werkgroep personenvennootschappen september 2016. Zie hierover o.a. A.J.S.M. Tervoort, 'De voorstellen van de werkgroep personenvennootschappen', *RMThemis* 2016, afl. 6, p. 292-308; H.E. Boschma & J.B. Wezeman, 'De personenvennootschap op weg naar 2020. Het rapport *Modernisering personenvennootschappen*: een geslaagde eerste aftrap', *AA* 2017, afl. 3, p. 203-214 en W.J.M. van Veen, 'Modernisering personenvennootschappen. Hoofddijnen in het rapport van de werkgroep personenvennootschappen', *TvOB* 2017, afl. 1, p. 2-8.
- [19] [Kamerstukken II 2016/17, 29752, 9](#), p. 24.
- [20] Art. 106 lid 2 onder b Fw kan dan verkort worden tot 'de bestuurder of vennoot van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de failliete rechtspersoon'.
- [21] HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/290 (*Biek Holdings*), r.o. 3.4.2. Over de stille maatschap zijn de meningen verdeeld. Van Olffen stelt zich op het standpunt dat ook de stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft (*Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII\* 2017/189*), terwijl Van Veen van mening is dat de stille maatschap geen afgescheiden vermogen heeft (W.J.M. van Veen, *GS Personenassociaties*, aant. 5.11.1.1 (online, laatst bijgewerkt 27 oktober 2016)). Zie ook G.J. Boeve, 'Het niet afgescheiden vermogen van de stille maatschap', *WPNR* 2015, afl. 7068, p. 587-593.
- [22] HR 28 juni 1889, *W* 5735 (*De Beaumont/Tielens*) en HR 26 november 1897, *W* 7047 (*Boeschoten/Besier*). Zie meer recent: HR 6 februari 2015, *NJ* 2017/8 (*VDV Totaalbouw*), r.o. 3.4.1.
- [23] Tervoort 2015, p. 159 en 160.
- [24] Tervoort 2015, p. 159-160.
- [25] Tenzij anders wordt aangegeven, beperk ik mij tot de VOF. Ten aanzien van de CV zijn nuanceringen aan te brengen, maar het voert voor deze bijdrage te ver om daarop in te gaan.
- [26] G.W. Baron van der Feltz (red.), *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling. Deel I*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, herdrukt in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 252, 257 en 258.
- [27] HR 22 april 1921, *NJ* 1921/785.
- [28] HR 14 april 1927, *NJ* 1927/725.
- [29] Zie annotatie Scholten onder HR 14 april 1927, *NJ* 1927/725.
- [30] HR 14 april 1927, *NJ* 1927/725; HR 22 december 2009, *NJ* 2010/15, r.o. 3.4. Ten aanzien van de CV: HR 17 oktober 1947, *NJ* 1948/227; HR 6 april 1951, *NJ* 1951/465. Overigens had het faillissement van de CV logischerwijs (art. 20 lid 3 WvK) alleen het faillissement van de beherend venno(o)t(en) tot gevolg en niet dat van de commanditaire vennoten.
- [31] HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/181, m.nt. Kortmann & Faber.
- [32] *Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII\* 2017/173*.
- [33] *Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII\* 2017/162* en 163.
- [34] A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen; O&R, nr. 31), Deventer: Kluwer 2005, p. 170-173.
- [35] Stokkermans 2017, p. 252.
- [36] Algemeen wordt aangenomen dat dit ook geldt voor een verzoek tot faillietverklaring, zie o.a.

[37] Zie ook Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrechtdeel II*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1906.

[38] Rb. Oost Nederland 28 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4282, r.o. 3.2. Zie ook, mede voor verdere verwijzingen, R. Mulder, “It takes two to tango”: Informatieverschaffing door de gefailleerde aan de curator en van de curator aan de gefailleerde, in: J.J. Reiziger & A. van der Schee (red.), *De Curator en Informatie* (INSOLAD Jaarboek 2013), Deventer: Kluwer 2013, p. 3.

[39] Kortmann e.a., *Voorontwerp Insolventiewet*, Commissie insolventierecht november 2007.

[40] [Kamerstukken I 2004/05, 28746, A.](#)

[41] Deze bepaling zou niet van toepassing zijn op de commanditaire vennoot, zie Asser/*Van Olfen* 7-VII\* 2010/375.

[42] [Kamerstukken II 2003/04, 28746, 5](#), p. 13 en 14.

[43] [Kamerstukken II 2011/12, 28746, 7.](#)

[44] Van Olfen leidt de beheersbevoegdheid (door hem bestuursbevoegdheid genoemd) van vennoten bij de VOF af uit artikel 17Wv K en niet uit artikel 7A:1676 BW, zie Asser/*Maeijer & Van Olfen* 7-VII\* 2017/92. Voor deze bijdrage is het niet relevant wat de grondslag is voor de beheersbevoegdheid bij de VOF.

[45] Asser/*Maeijer & Van Olfen* 7-VII\* 2017/74; Tervoort 2015, p. 73 en 74; Mathey Bal 2016, p. 42 en 43. Vergelijk Van Olfen e.a., *Modernisering personenvennootschappen*, Rapport Werkgroep personenvennootschappen september 2016, p. 16 en artikel 14 van het bijgevoegde wetsvoorstel.

[46] Asser/*Maeijer & Van Olfen* 7-VII\* 2017/74 en 75; zie explicieter Asser/*Maeijer* 5-V 1995/75.

[47] Tervoort 2015, p. 74 en 75.

[48] Stokkermans 2017, p. 83 en 84.

[49] Zie voor een uitwerking van deze leren en literatuurverwijzingen naar aanhangers van de verschillende leren Tervoort 2015, p. 82-85. Tervoort hangt de enge leer aan, die door hem de beperkte leer wordt genoemd.

[50] Zo ook HR 22 september 2017, *JOR* 2017/285 (*Stichting Participanten Warmond/Lexence*), r.o. 3.5.3. De Hoge Raad overweegt dat het beheersverbod er niet aan in de weg staat ‘dat de vennootschapsovereenkomst de commanditaire vennoten bepaalde (interne) zeggenschapsrechten toekent’. Met dit arrest is een strikte opvatting van de ruime leer niet meer verdedigbaar.

[51] O.a. Stokkermans 2017, p. 311, waarin aangesloten wordt bij het begrip feitelijk beleidsbepaler en Asser/*Maeijer & Van Olfen* 7-VII\* 2017/371, waarin het standpunt wordt ingenomen dat het beheersverbod ook ‘het verbod voor de commanditair omvat te besturen ‘als ware hij de besturend vennoot’ (met overheersende invloed op het naar buiten optreden van de c.v.)’.

[52] Zie ook Tervoort 2015, p. 3.

[53] Zie Tervoort 2015, p. 78 en de daar vermelde vindplaatsen.

[54] HR 6 februari 1935, *NJ* 1935/1513.

[55] [Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3](#), p. 24.

[56] Hiervoor is reeds aangegeven dat Stokkermans van mening is dat het beheersverbod ook wordt

overtreden als de commanditaire vennoot zich gedraagt als feitelijk beleidsbepaler. Daarbij gaat het om 'een overheersende, feitelijke inmenging met bestuursaangelegenheden die soortgelijke normen activeert als voor formele bestuurders gelden', zie Stokkermans 2017, p. 311. Als de inlichtingenplicht beperkt zou zijn tot beherend vennoten, kan artikel 106 lid 2 onder a Fw in dergelijke gevallen uitkomst bieden.

[57] HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/290 (*Biek Holdings*).

[58] Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrechtdeel II*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1907. Anders: J.B. Huizink, 'Personenvennootschappen en insolventie', *Tvl* 2004/19. Huizink was toen reeds van mening dat de maatschap failliet verklaard kon worden, nu dat ook mogelijk was voor de VOF. Overigens geeft Huizink aan in het geheel geen toegevoegde waarde te zien bij het faillissement van een personenvennootschap.

[59] Van der Feltz I, p. 256.

[60] W.J.M. van Veen, *GS Personenassociaties*, aant. 5.6.1.1 (online, laatst bijgewerkt 14 september 2016); Stokkermans 2017, p. 177; Tervoort 2015, p. 156; Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII\* 2017/188; Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 35; annotatie Kortmann & Faber onder HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/181; B. Wessels, *Insolventierecht I. Faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/1137.

[61] [Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3](#).

[62] Artikel IIa Wet versterking positie curator, *Stb.* 2017, 124.