

# De (wan)beherend vennoot

*Mr. B.N. Mwangi en mr. B.J.M. van de Wetering\**

## Inleiding

De commanditaire vennootschap (hierna: de CV) is een veelgebruikt vehikel voor *private equity*-fondsen. *Private equity*-fondsen investeren over het algemeen buiten de aandelenbeurs om in bedrijven, ook wel *portfolio companies* genoemd, op zoek naar rendement. Het beheer van de inleg van een investeerder (commanditaire vennoot) in een CV ligt in de handen van de beherend vennoot van die CV. Deze neemt in beginsel de dagelijkse beslissingen. Mede in het licht van de eisen uit de AIFM-richtlijn,<sup>1</sup> zoals geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht, kan een beherend vennoot een externe manager aanwijzen die het dagelijkse beheer doet. In deze bijdrage richten we ons echter uitsluitend op de positie van de beherend vennoot.

In de (*private equity*-)fondsenpraktijk kunnen in de overeenkomst met betrekking tot de CV (hierna: de CV-overeenkomst) voor de commanditaire vennoten verschillende mogelijkheden worden opgenomen om op te treden in het geval er onvrede bestaat over het handelen van de beherend vennoot. De CV-overeenkomst is echter niet de enige bron van mogelijkheden om de beherend vennoot aan te spreken; ook op basis van de wet kunnen commanditaire vennoten het nodige ondernemen.

In deze bijdrage geven wij een overzicht van de middelen waarover commanditaire vennoten beschikken om op te treden tegen een disfunctionerende beherend vennoot. Wij schetsen eerst kort wat de taken en bevoegdheden zijn van de beherend vennoot. Vervolgens gaan wij in op de mogelijkheden die commanditaire vennoten op basis van de CV-overeenkomst hebben om van een disfunctionerende beherend vennoot af te komen, om daarna de opties te bespreken die daartoe voortvloeien uit de wet. Ten slotte behandelen we de mate waarin en de wijze waarop een dergelijke beherend vennoot en zijn bestuurder aansprakelijk kunnen worden gehouden voor eventuele schade.

Wij realiseren ons dat een CV niet de enige rechtsvorm is die vaak voorkomt in de (*private equity*-)fondsenpraktijk (een fonds kan ook als coöperatie, fonds voor gemene rekening of als besloten vennootschap worden gestructureerd), maar beperken ons in deze bijdrage tot de CV.

## Positie beherend vennoot

De beperkte wetgeving met betrekking tot de CV is te vinden in de derde titel van het Wetboek van Koophandel (WvK). Uit artikel 15 volgt dat de artikelen over de maatschap in het Burgerlijk Wetboek (BW) (art. 7A:1655 e.v.) van overeenkomstige toepassing zijn op de CV,<sup>2</sup> voor zover daar in het WvK niet specifiek van wordt afgeweken. Artikel 19 lid 1 WvK bepaalt dat een CV wordt aangegaan tussen één of meer hoofdelijk verbonden vennoten (de beherend venno(o)t(en)) en één of meer andere personen als geldschieters (de commanditaire venno(o)t(en)). Op grond van dit artikel is de beherend vennoot – naast de CV – hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden en verbintenissen van de CV. Dit geldt in beginsel niet voor de commanditaire vennoot. Wel draagt deze laatste bij in de verliezen van de CV tot aan het bedrag dat hij in de CV heeft ingebracht.<sup>3</sup>

De beherend vennoot is bevoegd tot het verrichten van beheershandelingen. Onder ‘beheer’ vallen alle handelingen die, gezien de doelomschrijving van de CV, tot de normale werkzaamheden van de CV behoren.<sup>4</sup> Daarnaast is de beherend vennoot bevoegd om de CV te vertegenwoordigen en om de CV jegens derden te binden (art. 17 WvK). De beherend vennoot handelt daarbij in het gemeenschappelijk belang van de commanditaire vennoten. De commanditaire vennoten zijn op grond van artikel 20 lid 2 WvK niet bevoegd om beheershandelingen te verrichten namens de CV of de CV te vertegenwoordigen. Overtreding door een commanditaire vennoot van deze regel, ook wel aangeduid als het ‘beheersverbod’, leidt ertoe dat de commanditaire vennoot (net als de beherend vennoot) hoofdelijk aansprakelijk wordt voor alle schulden en verbintenissen van de CV.<sup>5</sup>

In beginsel mag de beherend vennoot, binnen de grenzen van de wet en met inachtneming van het doel en de aard van de CV, zijn beheersstaak naar eigen inzicht uitoefenen. De vennoten (inclusief de beherend vennoot) kunnen de beheersstaak nader vorm geven door over de uitvoering daarvan gezamenlijk afspraken te maken in de CV-overeenkomst. De (beheers)bevoegdheden van de beherend vennoot worden aldus door de CV-overeenkomst, de daarin vermelde doelomschrijving, alsook door de redelijkheid en billijkheid ingeka-

\* Mr. B.N. Mwangi is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. B.J.M. van de Wetering is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) 1060/2009 en (EU) 1095/2010.

2. W.J. Slagter, III. De commanditaire vennootschap, in: W.J.M. van Veen (red.), *Groene Serie Personenassociaties*, Deventer: Kluwer 2006, par. 6.4.

3. A.L. Mohr, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 140.

4. Asser/Maeijer 5-V 1995/74.

5. Art. 21 WvK.

derd. In de CV-overeenkomst wordt geregeld welke handelingen de beherend vennoot zelfstandig mag verrichten en voor welke handelingen hij de toestemming van de commanditaire vennoten (dan wel van een adviesorgaan bestaande uit afgevaardigden van de commanditaire vennoten) nodig heeft.

De beherend vennoot kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn. Voor deze bijdrage gaan wij uit van een rechtspersoon als beherend vennoot, aangezien dit in de (*private equity*)-fondsenpraktijk het meest voorkomt.

### Mogelijke acties op basis van de CV-overeenkomst

Indien de beherend vennoot in de ogen van de commanditaire vennoten disfunctioneert, hebben de commanditaire vennoten in de eerste plaats de mogelijkheid om op basis van de CV-overeenkomst de beherend vennoot te 'verwijderen' en in zijn plaats een nieuwe beherend vennoot aan te wijzen. Over het algemeen wordt in de CV-overeenkomst een onderscheid gemaakt tussen een 'removal for cause' en een 'removal not for cause'.

#### *'Removal for cause'*

In de CV-overeenkomst wordt vaak overeengekomen dat de commanditaire vennoten de beherend vennoot van zijn taken kunnen ontheffen indien hij zich schuldig maakt aan wangedrag (een 'removal for cause'). Wat precies onder wangedrag moet worden verstaan, wordt door de vennoten (inclusief de beherend vennoot) overeengekomen in de CV-overeenkomst en kan per CV verschillen. Gedacht moet worden aan valsheid in geschrifte, oplichting, het plegen van een misdrijf of een materiële schending van de CV-overeenkomst en eventuele bijbehorende (schriftelijke) overeenkomsten door opzettelijk handelen of handelen met grove nalatigheid (al dan niet met een materieel nadelig effect voor de CV). Een *removal for cause* van de beherend vennoot kan in de praktijk al worden bewerkstelligd door commanditaire vennoten die gezamenlijk 50% van het toegezegde kapitaal van de CV vertegenwoordigen. Dit is een relatief laag percentage vergeleken met de hieronder te bespreken *removal not for cause*. De gevolgen van een *removal for cause* zijn dat de beherend vennoot verplicht moet vertrekken en daarbij over het algemeen geen geldsommen meekrijgt. In veel gevallen zal voor een *removal for cause* een rechterlijke uitspraak nodig zijn. Dat is ofwel omdat de definitie in de CV-overeenkomst van 'cause' specificeert dat een rechterlijke uitspraak, soms zelfs met kracht van gewijsde, nodig is, ofwel omdat 'cause' in de CV-overeenkomst niet is gespecificeerd en er bij een conflict tussen de beherend vennoot en de commanditaire vennoten een rechterlijke uitspraak gehaald zal moeten worden – eventueel in kort geding. Daarmee is de effectiviteit van de *removal for cause* substantieel verminderd. Er ligt in de praktijk dan ook meer nadruk op de *removal not for cause*.

#### *'Removal not for cause'*

In de praktijk wordt in de CV-overeenkomst vaak opgenomen dat de commanditaire vennoten de beherend vennoot ook

kunnen 'verwijderen' zonder dat er sprake is van wangedrag. Die mogelijkheid is relevant in de situatie dat onmiddellijk ingegrepen moet worden, het wangedrag moeilijk aan te tonen is (en gezien het feit dat de beherend vennoot alle relevante stukken heeft, zal dat vaak het geval zijn), of de verhoudingen dermate zijn verstoord dat de commanditaire vennoten liever met een andere beherend vennoot verdergaan. Een *removal not for cause* vereist gebruikelijkerwijs de medewerking van een hoger percentage van het totale toegezegde kapitaal van de CV dan vereist is voor een *removal for cause*. Dat percentage verschilt per CV-overeenkomst, maar ligt vaak tussen de 75 en 85%. Soms wordt ook in de CV-overeenkomst opgenomen dat een *removal not for cause* pas kan plaatsvinden nadat een bepaalde termijn is verstreken. Omdat bij een *removal not for cause* geen sprake is van wangedrag, wordt vaak in de CV-overeenkomst geregeld dat de beherend vennoot bij zijn vertrek nog een jaarbeloning meekrijgt.

#### *Wijzigen van de CV-overeenkomst*

Een andere mogelijkheid voor de commanditaire vennoten bij onvrede over het functioneren van de beherend vennoot is het aanpassen van de CV-overeenkomst, zodat de CV op basis van alternatieve voorwaarden wordt voortgezet. De vennoten kunnen bijvoorbeeld gezamenlijk overeenkomen dat de beherend vennoot de CV (eventueel tijdelijk) tegen een lagere vergoeding zal gaan beheren. Een dergelijke wijziging van de CV-overeenkomst kan, tenzij anders afgesproken, slechts plaatsvinden indien de beherend vennoot bereid is hieraan mee te werken.

### Mogelijke acties op basis van de wet

Naast de CV-overeenkomst (voor zover daar geregeld) biedt ook de wet een aantal mogelijkheden voor de commanditaire vennoten om de beherend vennoot kwijt te raken indien deze niet naar behoren functioneert. In het geval dat de CV-overeenkomst hier niets over bepaalt, is het daarom onder omstandigheden mogelijk om de beherend vennoot van zijn beheerstaken te (doen) ontslaan, eventueel voor een tijdelijke duur (een schorsing).

#### *Het (tijdelijk) ontslaan van de beherend vennoot van zijn beheerstaken*

Op grond van artikel 7A:1673 lid 1 BW geldt dat indien een vennoot bij de vennootschapsovereenkomst met het beheer wordt belast, hij alle daden mag verrichten die tot zijn beheer 'betrekkelijk' zijn, 'zelfs in weerwil van de overige vennoten'. Volgens lid 2 van dit artikel kan deze macht niet zonder gewichtige reden worden herroepen. *A contrario* betekent dit voor een CV dat de beheersbevoegdheid van de beherend vennoot (tijdelijk) kan worden beëindigd bij het bestaan van een gewichtige reden. Of in een concrete situatie een gewichtige reden aanwezig is, staat uiteindelijk ter beoordeling van de rechter. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat het moet gaan om zodanige eigenschappen of gedragingen van de beherend vennoot, dat van de overige vennoten redelijkerwijze niet kan worden gevergd dat zij de beheersopdracht laten voortdu-

ren.<sup>6</sup> Door artikel 7A:1673 lid 2 BW wordt voorkomen dat de overige vennoten in een dergelijke situatie genoodzaakt zijn de rechter het verstrekkende verzoek te doen de CV te ontbinden op grond van artikel 7A:1684 BW (op deze mogelijkheid komen wij hieronder terug).

Voor een beroep op artikel 7A:1673 lid 2 BW, dat zowel in als buiten rechte kan worden gedaan, is in beginsel een unaniem besluit van de overige vennoten vereist.<sup>7</sup> In een uitspraak van de voorzieningenrechter te Amsterdam<sup>8</sup> overwoog de rechter echter dat schorsing van een beherend vennoot op grond van artikel 7A:1673 lid 2 BW ook mogelijk is indien een substantiële meerderheid van de commanditaire vennoten meent dat sprake is van een gewichtige reden. Een dergelijke schorsing zou in ieder geval mogelijk zijn bij wijze van ordemaatregel als deze in het belang van de CV noodzakelijk moet worden geacht.<sup>9</sup> In deze zaak ging het om een CV met 142 commanditaire vennoten, waarvan meer dan 100 vennoten voor de schorsing van de beherend vennoot hadden gestemd. Dit werd door de rechter als een substantiële meerderheid beschouwd. Het blijft onduidelijk wanneer precies sprake is van een 'substantiële meerderheid' en of bij kleine CV's wel unanimiteit van de vennoten is vereist.

Artikel 7A:1673 lid 2 BW meldt nog dat in het geval de beheersbevoegdheid bij latere akte aan één of meer vennoten wordt toegekend (en dus niet van meet af aan bij het aangaan van de vennootschapsovereenkomst), de herroeping daarvan mogelijk is zonder dat een gewichtige reden is vereist. Dit deel van het artikellid is naar onze mening echter niet van toepassing op een CV. Anders dan bij de in dit artikel bedoelde beheersbevoegdheid van een van de vennoten in een maatschap, is de beheersbevoegdheid van de beherend vennoot van een CV niet zozeer het gevolg van een daartoe strekkend beding in de CV-overeenkomst (hoewel deze bevoegdheid in de regel in elke CV-overeenkomst zal zijn opgenomen), maar vloeit deze voort uit het karakter van de CV.<sup>10</sup> Een CV is immers een personenvennootschap die wordt aangegaan tussen één of meer hoofdelijk verbonden vennoten (de beherend vennoten) en één of meer andere personen als geldschieters (de commanditaire vennoten).<sup>11</sup> Zonder andersluidend beding in de CV-overeenkomst komt men aan deze mogelijkheid (het herroepen van de beheersbevoegdheid van de beherend vennoot zonder dat sprake is van een gewichtige reden) bij een CV dan ook niet toe.

Artikel 7A:1673 lid 2 BW is van dwingend recht. In beginsel kunnen de commanditaire vennoten, al dan niet unaniem, dan ook niet de beheersbevoegdheid van de beherend vennoot zonder zijn medewerking herroepen zonder dat sprake is van

een gewichtige reden. Er is echter niets op tegen om in de CV-overeenkomst, in samenspraak met de beherend vennoot, een bepaling op te nemen op grond waarvan de beherend vennoot door de commanditaire vennoten kan worden ontslagen van zijn taken zonder dat sprake is van een gewichtige reden.<sup>12</sup> Zoals we hierboven al zagen, is het in de (*private equity*-)fondsenpraktijk gebruikelijk om een dergelijke *removal not for cause*-clausule in de CV-overeenkomst op te nemen. Ook zagen we dat het gebruikelijk is om op te nemen dat de commanditaire vennoten de beherend vennoot van zijn taken kunnen ontslaan indien sprake is van wangedrag (*removal for cause*). Dit heeft tot gevolg dat aan artikel 7A:1673 BW in de (*private equity*-)fondsenpraktijk in beginsel geen rol van betekenis toekomt, voor zover de commanditaire vennoten voornemens zijn de beherend vennoot te ontslaan. Artikel 7A:1673 BW blijft relevant voor het geval dat de commanditaire vennoten de beherend vennoot 'slechts' tijdelijk willen schorsen.

### *Ontbinding van de CV*

Een andere mogelijkheid om van de beherend vennoot (maar ook van de andere commanditaire vennoten) af te komen is het ontbinden van de CV. Dit is een verstrekkende mogelijkheid die vaak als laatste redmiddel wordt gezien door de commanditaire vennoten. In artikel 7A:1683 BW staat vermeld dat de maatschap wordt ontbonden door (onder andere) de opzegging van een vennoot aan de andere vennoten. Deze mogelijkheid voor een individuele vennoot om de maatschap te ontbinden wordt in de praktijk vaak uitgesloten in de CV-overeenkomst. Ook bestaat op grond van artikel 7A:1684 BW de mogelijkheid voor een vennoot om bij de rechtbank ontbinding van de maatschap te vorderen wegens gewichtige redenen. Onder een gewichtige reden wordt elk feit verstaan dat ervoor zorgt dat het verwezenlijken van het doel van de CV voor de vennoot die de ontbinding vordert onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt.<sup>13</sup> De Hoge Raad heeft bepaald dat het de vennoten in beginsel vrijstaat te bepalen welke omstandigheden als gewichtige reden gelden.<sup>14</sup> De vennoten zijn daarbij echter wel gebonden aan de redelijkheid en billijkheid.<sup>15</sup> Als de commanditaire vennoten slechts bevrijd willen worden van de beherend vennoot en de CV willen voortzetten met een nieuwe beherend vennoot, is ontbinding geen wenselijke optie.

### *Aanspreken van de beherend vennoot op basis van wanprestatie*

Naast de verschillende mogelijkheden die er zijn voor de commanditaire vennoten om van de beherend vennoot verlost te raken, kunnen de commanditaire vennoten (eventueel naast een van de hierboven genoemde opties) de beherend vennoot

6. Asser/Maeijer 5-V 1995/87.

7. Asser/Maeijer 5-V 1995/88.

8. Rb. Amsterdam 20 juli 2012, RO 2012/69.

9. Rb. Amsterdam 20 juli 2012, RO 2012/69, r.o. 4.9.

10. Vgl. Asser/Maeijer 5-V 1995/374.

11. Art. 19 lid 1 WvK.

12. Vgl. Asser/Maeijer 5-V 1995/88.

13. Blanco Fernández, in: T&C Ondernemingsrecht 2014, art. 7A:1684 BW, aant. 1.

14. HR 5 juni 1970, NJ 1970/429.

15. Asser/Maeijer 5-V 1995/88.

aanspreken op grond van wanprestatie voor eventuele schade die zij hebben geleden als gevolg van zijn handelen.

De kerntaak van de beherend vennoot zou kunnen worden omschreven als het uit hoofde van de CV-overeenkomst over het commanditaire kapitaal beschikken en dit overeenkomstig de CV-overeenkomst te besteden.<sup>16</sup> Indien de beherend vennoot tekortschiet in deze taak en/of de bijbehorende verbintenissen onder de CV-overeenkomst, pleegt hij in beginsel wanprestatie jegens de commanditaire vennoten en dient hij de daardoor geleden schade te vergoeden. Dit is alleen anders indien de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (art. 6:74 BW).

Niet elke niet-nakoming van een verbintenis van de beherend vennoot onder de CV-overeenkomst levert een toerekenbare tekortkoming op. De Rechtbank Groningen behandelde eind 2011 twee zaken waarbij de bestuurder van een beherend vennoot van een CV door (een deel van) de commanditaire vennoten werd aangesproken op basis van onrechtmatige daad, omdat hij zou hebben bewerkstelligd dat de beherend vennoot wanprestatie had gepleegd jegens de commanditaire vennoten.<sup>17</sup> De bestuurder in kwestie was een natuurlijk persoon en de beherend vennoot was een besloten vennootschap. In deze procedure kwam kort de vraag aan de orde of sprake was van wanprestatie door de beherend vennoot zelf. De rechtbank stelde voorop dat de beherend vennoot zijn verplichtingen als beherend vennoot jegens de commanditaire vennoten niet was nagekomen, doordat hij geen verantwoording had afgelegd over het door hem gevoerde financiële beleid, de jaarrekeningen van de CV niet had gepubliceerd en het vennootschapsvermogen niet had aangewend voor het doel zoals omschreven in de CV-overeenkomst.<sup>18</sup> De rechtbank overwoog vervolgens dat onderzocht moest worden in hoeverre de beherend vennoot van deze tekortkoming ook een 'ernstig verwijt' kon worden gemaakt. De rechtbank stelde dat handelen in strijd met een bepaling uit de CV-overeenkomst die het karakter heeft van een beschermingsbepaling, gelijk kan worden getrokken met handelen door een bestuurder van een rechtspersoon in strijd met een statutaire beschermingsbepaling. Volgens de rechtbank was niet gebleken dat aan een bestuurder van een CV andere, minder zware, eisen op het punt van een behoorlijke taakvervulling mogen worden gesteld dan aan een bestuurder van een rechtspersoon zoals bedoeld in Boek 2 BW.<sup>19</sup> De rechtbank trok hier een parallel met de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid, zoals die besloten ligt in artikel 2:9 BW.<sup>20</sup> Het slotoordeel van de rechtbank luidde dat de beherend vennoot aansprakelijk was jegens de CV voor het niet naleven van bepaalde clausules uit de CV-overeenkomst.

De uitspraak van de Rechtbank Groningen lijkt ons juist. Een bestuurder van een rechtspersoon is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak op grond van artikel 2:9 BW. Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wet wordt bepaald, geldt dat eenzelfde regel van toepassing is op de beherend vennoot voor wat betreft zijn beheerstaak.<sup>21</sup> Voor de beoordeling of de beherend vennoot zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, dient naar onze mening dan ook eenzelfde toets te worden gehanteerd als op een bestuurder van een rechtspersoon in dat geval van toepassing is. Van een toerekenbare tekortkoming kan pas sprake zijn indien de tekortkoming inhoudt dat de beherend vennoot zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>22</sup> De toets voor wanprestatie door een beherend vennoot is daarmee zwaarder dan de 'normale' toets voor wanprestatie, zoals die besloten ligt in artikel 6:74 BW. In dat geval is immers niet vereist dat de schuldenaar een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. Voldoende is dan dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden 'toegerekend'.

### *Aansprakelijkheid van de bestuurder van de beherend vennoot op basis van onrechtmatige daad*

Naast het aanspreken van de beherend vennoot op basis van wanprestatie, kunnen de commanditaire vennoten de bestuurder van de beherend vennoot aanspreken, eventueel naast de beherend vennoot zelf, op basis van onrechtmatige daad.

In de hierboven aangehaalde uitspraken van de Rechtbank Groningen<sup>23</sup> werd zoals besproken de bestuurder van de beherend vennoot van de CV door (een deel van) de commanditaire vennoten aangesproken op grond van onrechtmatige daad, omdat hij het wanpresteren van de beherend vennoot jegens de commanditaire vennoten zou hebben bewerkstelligd. De rechtbank stelde dat op grond van artikel 2:11 BW de bestuurder van de beherend vennoot, naast de beherend vennoot zelf, hoofdelijk aansprakelijk was jegens de CV voor de schade die was veroorzaakt door het wanpresteren van de beherend vennoot. Op grond van artikel 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon die de bestuurder is van een andere rechtspersoon tevens op eenieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid bestuurder van die (aansprakelijke) rechtspersoon is.

Het oordeel van de rechtbank hield in hoger beroep geen stand.<sup>24</sup> Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden had de rechtbank ten onrechte artikel 2:11 BW van toepassing geacht. Het hof oordeelde dat de beherend vennoot geen bestuurder was, maar beherend vennoot van een CV (die geen rechtspersoon is), en dat aldus geen doorbraak van aansprakelijkheid kon

16. Vgl. Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/26, r.o. 4.15.

17. Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/25 en Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/26.

18. Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/25, r.o. 4.19-4.22.

19. Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/25, r.o. 4.24.

20. Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/25, r.o. 4.23.

21. Mohr 2013, p. 30, Asser/Maeijer 5-V 1995/94, Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/25 en Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/26.

22. Vgl. Asser/Maeijer 5-V 1995/94.

23. Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/25 en Rb. Groningen 21 december 2011, RO 2012/26.

24. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2014, JOR 2014/197.

plaatsvinden naar de bestuurder van de beherend vennoot op basis van artikel 2:11 BW.

Het hof overwoog vervolgens dat het bij het antwoord op de vraag of de bestuurder van de beherend vennoot naast de beherend vennoot aansprakelijk is, gaat om *externe* aansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen van de (achterliggende) bestuurder *zelf* jegens een derde (hier de commanditaire vennoten). Aldus is volgens het hof de grondslag van de vordering van de commanditaire vennoten jegens de bestuurder van de beherend vennoot gelegen in artikel 6:162 BW en kan deze niet gelegen zijn in de doorbraak van aansprakelijkheid van een wanpresterende beherend vennoot op grond van artikel 2:11 BW. Ook uit de uitspraak van de Rechtbank Almelo en het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in dezelfde procedure blijkt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder van een beherend vennoot haar grondslag zou moeten vinden in artikel 6:162 BW.<sup>25</sup>

De toets voor aansprakelijkheid van de bestuurder van de beherend vennoot op grond van artikel 6:162 BW is onderworpen aan het 'ernstig verwijt'-criterium, dat besloten ligt in artikel 2:9 BW.<sup>26</sup> Zoals besproken zijn wij van mening dat de maatstaf uit artikel 2:9 BW ook van toepassing is bij het vaststellen van wanprestatie door de beherend vennoot zelf. Het hof gaat hier verder niet op in. Het gevolg van het arrest van het hof is dan dat op het niveau van de bestuurder van de beherend vennoot opnieuw een artikel 2:9 BW-toets dient plaats te vinden voor het antwoord op de vraag of de bestuurder van de beherend vennoot (naast de beherend vennoot) persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de schade die is ontstaan aan de zijde van de commanditaire vennoten. In de praktijk zal dit zich oplossen doordat niet goed is voor te stellen hoe de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt zal kunnen worden gemaakt, indien dit ten aanzien van de beherend vennoot wel het geval is. Erg praktisch is een dergelijke dubbele toets echter niet. Wij kunnen de benadering van de Rechtbank Groningen volgen, die dit heeft opgelost door artikel 2:11 BW op de bestuurder van de beherend vennoot analoog toe te passen. Zoals besproken kan volgens het hof van een dergelijke analoge toepassing echter geen sprake zijn. Wij merken voor de volledigheid nog op dat de toepassing van artikel 2:11 BW alleen zou kunnen plaatsvinden in geval van een Nederlandse rechtspersoon als beherend vennoot. In geval van een buitenlandse rechtspersoon als beherend vennoot bepaalt het betreffende buitenlandse recht de verhouding tussen deze beherend vennoot en zijn bestuurders.<sup>27</sup>

### *Wie kan het verzoek tot schadevergoeding indienen?*

In het hierboven aangehaalde arrest kwam het hof aan een inhoudelijke behandeling van de aansprakelijkheidsvraag uiteindelijk niet toe. Het hof stelde dat de commanditaire vennoten *ieder voor zich* een vordering tot schadevergoeding hadden ingesteld (de vordering was ingesteld door slechts een deel van de commanditaire vennoten van de CV) en dat de onderhavige vordering daarmee geen vordering betrof ten behoeve van de gemeenschap. Het hof overwoog dat het vennootschapsvermogen van de CV een afgescheiden vermogen is en een gebonden gemeenschap. Een gebonden gemeenschap houdt in dat noch een vennoot, noch een privécrediteur van een vennoot voor de duur van de CV verdeling van de gemeenschap kan vorderen.<sup>28</sup> Een individuele vennoot kan gedurende deze periode niet over zijn aandeel in de gemeenschap beschikken. Het hof overwoog dat de schade die werd geleden schade is van de CV, waarbij het gaat om schade van alle vennoten gezamenlijk (waaronder de beherend vennoot). De gebonden aard van het vennootschappelijk vermogen stond eraan in de weg dat de commanditaire vennoten buiten de CV om hun aandeel in de geleden schade vorderden. Uit het arrest van het hof valt af te leiden dat dit anders was geweest als de CV zou zijn ontbonden.<sup>29</sup> Dat lijkt ons terecht. In dat geval zijn de regels uit artikel 3:166 e.v. BW van toepassing (zie art. 3:189 BW) en kan iedere commanditaire vennoot een rechtsoverdracht instellen ten behoeve van de gemeenschap (art. 3:171 BW).

### Conclusie

Wij hebben hierboven een (beknopt) overzicht gegeven van de middelen die de commanditaire vennoten van een CV in de (*private equity*-)fondsenpraktijk genieten om op te treden tegen de beherend vennoot, indien deze tekortschiet in zijn beheerstaak en/of de bijbehorende verbintenissen onder de CV-overeenkomst. Het gaat hierbij om acties die bewerkstelligen dat de beherend vennoot van een CV niet langer als zodanig kan optreden, maar ook om acties die kunnen worden ingesteld om de door de commanditaire vennoten geleden schade vergoed te krijgen. Gebleken is dat deze acties deels door de vennoten van een CV gecreëerd kunnen worden in de CV-overeenkomst, waarvan in de (*private equity*-)fondsenpraktijk veel gebruik wordt gemaakt. Daarnaast bestaat op basis van de wet een aantal mogelijkheden voor de commanditaire vennoten om op te treden jegens de beherend vennoot. Gezien de beperkte wettelijke regels voor de CV en de nog wat weifelende aansluiting die in de rechtspraak voor de inkleuring van de aansprakelijkheidsnorm van de beherend vennoot wordt gezocht bij Boek 2 BW, zijn deze middelen nog niet volledig uitgekristalliseerd. De bepalingen in de CV-overeenkomst blijven (mede daardoor) een belangrijke bron voor de rechtspositie van de commanditaire vennoten jegens de beherend vennoot.

25. Rb. Almelo 1 augustus 2012, JIN 2012/80 en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2014, JOR 2014/63.

26. Rb. Almelo 1 augustus 2012, JIN 2012/80 en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2014, JOR 2014/63.

27. Lennarts & Roest, in: T&C Ondernemingsrecht 2014, art. 2:11 BW, aant. 2.

28. Asser/Maeijer 5-V 1995/162.

29. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2014, JOR 2014/197, r.o. 9.5.