

geding geen nadeel toebrengt “aan de zaak ten principale” (zie art. 257 Rv)? Wat zijn de gevolgen van deze vernietiging voor de vermoedelijk reeds lopende bodemprocedure? Is die bodemprocedure dan ineens “weg”? Zijn de proceshandelingen die zijn verricht, nietig of anderszins ongeldig? Moet de oorspronkelijke eiser die het niet eens is met de beoordeling in kort geding, helemaal opnieuw een bodemprocedure beginnen? Dat laatste lijkt mij onwenselijk. Het doet geen recht aan de wens van de wetgever om een “snellere en eenvoudigere wijze van procederen” te realiseren.

R.R. Verkerk,  
advocaat bij Houthoff, tevens verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de UU

## 173

Hoge Raad  
19 april 2019, nr. 18/02700,  
ECLI:NL:HR:2019:649  
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Du Perron,  
Sieburgh, mr. Wattendorff)  
(Concl. A-G Rank-Berenschot)  
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

**Prejudiciële beslissing. Personenvennootschap. Faillissement van vof met toepassing wettelijke schuldsanering op vennoten. Rechtsgevolgen van het sluiten van een arbeidsovereenkomst met een vof. De gezamenlijke vennoten gelden als werkgever. Hoofdellijke verbondenheid vennoten. Voorrecht verbonden aan vorderingen van werknemers en UWV op vof zijn ook bevoorrecht bij uitoefening van verhaal op privévermogen van vennoten. Boedelvordering van werknemer in faillissement van vof is tevens boedelvordering in faillissement/schuldsanering van vennoten, voor zover op periode na ingaan van laatstgenoemd(e) faillissement/schuldsanering betrekking hebbend. Verwijzing naar o.a. HR 13 december 2002, «JOR» 2003/32, m.nt. Blanco Fernández (Valkenburg c.s./Theunissen); HR 15 maart 2013, «JOR» 2013/133, m.nt. Blanco Fernández; HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (Bepro) en HR 2 juni 2017, «JOR» 2017/249, m.nt. Blanco Fernández. Vervolg op Rb. Overijssel 25 april 2018, «JOR» 2018/256, m.nt. Loesberg.**

[WvK art. 18; BW art. 3:288 aanhef en onder e, 6:6 lid 1, 7:610; Fw art. 40; WWV art. 66; Rv art. 392]

*Een vof is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strekkende tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband. Aan de vof komt naar geldend recht geen rechtspersoonlijkheid toe. Wet en rechtspraak kennen niettemin tot op zekere hoogte in het rechtsverkeer aan de vof een zelfstandige positie toe ten opzichte van de afzonderlijke vennoten. Verder is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het voor het bedrijf van de vof bestemde vermogen van de vennoten afgescheiden van hun privévermogens. Op dit afgescheiden vermogen kunnen schulden, aangegaan in het kader van het door de vof uitgeoefende*

bedrijf, worden verhaald. Het faillissement van de vof ziet op de vereffening en verdeling van het afgescheiden vermogen en brengt niet steeds en zonder meer het faillissement mee van de vennoten. Zie voor het voorgaande onder meer HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3674 (Hotel Jan Luyken); HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (Bepro) en HR 2 juni 2017, «JOR» 2017/249, m.nt. Blanco Fernández. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid brengt mee dat een vof niet zelfstandig draagster is van subjectieve rechten en verplichtingen. Wanneer een vennoot handelt in naam van de vof, handelt hij namens de gezamenlijke vennoten en bindt hij de gezamenlijke vennoten. Een overeenkomst “met de vof” moet dan ook worden aangemerkt als een overeenkomst met de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten (vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569). Art. 18 WvK bepaalt dat ieder van de vennoten hoofdelijk verbonden is wegens de verbintenissen van de vennootschap. Deze bepaling brengt mee dat iedere vennoot voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de verbintenissen van de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten. Art. 18 WvK vormt aldus een uitzondering op het in art. 6:6 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt dat indien een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd, zij ieder voor een gelijk deel verbonden zijn. Art. 18 WvK bewerkstelligt derhalve een hoofdelijke verbondenheid van de vennoten onderling en niet een hoofdelijke verbondenheid van iedere vennoot met de vof (de gezamenlijke vennoten). Een schuldeiser van de gezamenlijke vennoten kan zijn vordering zowel geldend maken tegen de gezamenlijke vennoten (“tegen de vof”), als tegen iedere vennoot afzonderlijk. Een vennootschapscrediteur heeft aldus jegens iedere vennoot twee samenlopende vorderingsrechten: één jegens de gezamenlijke vennoten (“jegens de vof”), dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof, en één jegens de vennoot persoonlijk, dat verhaalbaar is op het privévermogen van deze vennoot. Tegen eerstgenoemde vordering kan een vennoot niet de aan hem persoonlijk toekomende verweermiddelen aanvoeren, tegen laatstgenoemde wel. Een op naam van de vof gewezen vonnis waarbij een vordering uitsluitend tegen de vof is toegewezen, kan geen gezag van gewijsde krijgen jegens een vennoot persoonlijk en niet worden tenuitvoergelegd ten laste van diens privévermogen. Een schuldeiser van de vof kan zowel de vof (de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid) aanspreken als een of meer vennoten in privé; hij kan dat ook beide – na elkaar of gelijktijdig – doen (vgl.

voor het voorgaande HR 18 december 1959, ECLI:NL:HR:1959:BG9455; HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0846, NJ 1969/307; HR 13 december 2002, «JOR» 2003/32, m.nt. Blanco Fernández (Valkenburg c.s./Theunissen); HR 15 maart 2013, «JOR» 2013/133, m.nt. Blanco Fernández) en HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (Bepro)).

De vragen I en IV stellen aan de orde wat de rechtsgevolgen zijn van het sluiten van een arbeidsovereenkomst door een vof: hebben de individuele vennoten elk afzonderlijk als werkgever te gelden, en zo ja, is naast hen de vof zelf als afzonderlijke werkgever aan te merken? Uit het voorgaande volgt dat deze vragen als volgt moeten worden beantwoord. Een arbeidsovereenkomst “met een vof” dient te worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst met de gezamenlijke vennoten. De gezamenlijke vennoten zijn dus als werkgever in de zin van de titel 7.10 BW partij bij de arbeidsovereenkomst. Aan de vof komt geen rechtspersoonlijkheid toe en de vof is derhalve niet zelfstandig als werkgever in de zin van titel 7.10 BW aan te merken. Een werknemer “van de vof” kan zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vorderingen geldend maken zowel jegens de gezamenlijke vennoten (“jegens de vof”), met de mogelijkheid van verhaal op het afgescheiden vermogen van de vof, als voor het geheel jegens elke afzonderlijke vennoot, met de mogelijkheid van verhaal op het privévermogen van die vennoot.

Vraag II stelt ten eerste aan de orde of de hierna te noemen voorrechten, die zijn verbonden aan een met de arbeidsovereenkomst samenhangende vordering op de vof, ook gelden in de schuldsaneringsregeling van een afzonderlijke vennoot. Ingevolge art. 3:288, aanhef en onder e, BW is de vordering van de werknemer ter zake van loon bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar. Wanneer UWV, na faillietverklaring van de werkgever, op de voet van art. 61-68 WW het door de werkgever verschuldigde (netto) loon aan de werknemer voldoet, wordt het gesubrogeerd in de desbetreffende vordering van de werknemer op de werkgever (art. 66 lid 1 WW). Wanneer UWV de over dat loon verschuldigde premies sociale verzekeringen aan de Ontvanger afdraagt, verkrijgt het ter zake daarvan een verhaalsrecht op de werkgever (art. 66 lid 2 WW). De desbetreffende vordering is eveneens bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar (art. 66 lid 3 WW). Er is, tegen de achtergrond van het hiervoor overwogene, geen grond om bij de beantwoording van de vraag of een werknemer “van de vof” een aan zijn vordering verbonden voorrecht geldend kan ma-

ken, onderscheid te maken tussen het geval waarin hij de vordering instelt jegens de gezamenlijke vennoten en dat waarin hij de vordering instelt jegens een individuele vennoot. De verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst rusten immers op de gezamenlijke vennoten en daarmee op iedere vennoot afzonderlijk. Dat aan de vof in het rechtsverkeer een zekere mate van zelfstandigheid ten opzichte van de afzonderlijke vennoten toekomt, maakt dit niet anders. Een andere opvatting zou afbreuk doen aan het uitgangspunt dat het wettelijke voorrecht van werknemers betrekking heeft op het gehele vermogen van de schuldenaar en strekt ter bescherming van de werknemers. Werknemers zouden in die andere opvatting jegens een afzonderlijke vennoot immers slechts beschikken over een concurrente vordering. Uit het hiervoor overwogene volgt dat vraag II, voor zover zij ziet op het voorrecht dat is verbonden aan de vorderingen van werknemers en aan de hier bedoelde vorderingen van UWV, bevestigend moet worden beantwoord: die vorderingen zijn ook bij het uitoefenen van verhaal op het privévermogen van de vennoten bevoorrechte vorderingen. Vraag II stelt daarnaast aan de orde of met de arbeidsovereenkomst samenhangende boedelvorderingen van de werknemer van een vof eveneens boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten zijn. Vanaf de dag van de faillietverklaring zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld (art. 40 lid 2 Fw). Art. 40 lid 2 Fw knoopt aldus voor het karakter van boedelschuld aan bij de dag van de faillietverklaring. Het faillissement van een vof heeft betrekking op het afgescheiden vermogen van de vof en is te onderscheiden van de faillissementen of de schuldsaneringsregelingen van haar vennoten. Die onderscheiden faillissementen dan wel schuldsaneringsregelingen gaan dan ook niet noodzakelijkerwijs op hetzelfde moment in. In het licht hiervan, en van hetgeen hiervoor over het rechtskarakter van de vof is overwogen, brengt art. 40 lid 2 Fw mee dat aan een vordering als bedoeld in die bepaling, die in het faillissement van de vof een boedelschuld oplevert, tevens het karakter van boedelschuld toekomt in het faillissement respectievelijk de schuldsaneringsregeling van een vennoot, maar slechts voor zover die vordering betrekking heeft op de periode na het ingaan van laatstbedoeld faillissement of schuldsaneringsregeling.

Vraag V houdt in of het bij de beantwoording van (een van) de vragen I-IV van belang is of UWV zijn vordering in het faillissement van de vof heeft

aangemeld, en daarop al dan niet een (gedeeltelijke) uitkering heeft of zal ontvangen. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend.

Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen te Amsterdam,  
eiser tot verificatie resp. eiser in eerste aanleg,  
advocaat in de prejudiciële procedure: mr. B.I. Kraaijpoel,  
tegen  
X, in haar hoedanigheid van bewindvoerder in de wettelijke schuldsanerings van A en B,  
verweerster tot verificatie resp. gedaagde in eerste aanleg,  
advocaten in de prejudiciële procedure: mr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel.

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Rank-Berenschot)

Deze prejudiciële procedure draait om de vraag of bepaalde preferente vorderingen en boedelvorderingen die door eiser in eerste aanleg (hierna: UWV) zijn ingediend in het faillissement van een vennootschap onder firma (hierna: vof) met dezelfde rang en status kunnen worden geldend gemaakt in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten van die vof. In dat verband komt ook de vraag aan de orde wie in geval van een arbeidsovereenkomst gesloten met een vof moet(en) worden aangemerkt als “werkgever”.

#### 1. Feiten en procesverloop

1.1. In deze prejudiciële procedure kan van de volgende feiten worden uitgegaan:<sup>1</sup>

(i) [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) en [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) waren samen de enige vennoten van de vennootschap onder firma [de vennootschap onder firma] v.o.f. (hierna: de vennootschap onder firma).

(ii) De vennootschap onder firma en beide vennoten zijn bij vonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 1 april 2015 in staat van faillissement verklaard. Bij vonnis van dezelfde rechtbank van 17 november 2015 zijn de faillissementen van [betrokkene 1] en [betrokkene 2]

1 Ontleend aan rov. 2 van het tussenvonnissen van de rechtbank Overijssel van 25 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1901, JOR 2018/256 m.nt. E. Loesberg.

omgezet in wettelijke schuldsaneringsregelingen. Het faillissement van de vennootschap onder firma is op 27 juli 2016 opgeheven bij gebrek aan baten.

(iii) UWV heeft bij verweerster resp. gedaagde in eerste aanleg (hierna: de Bewindvoerder) in de schuldsaneringsregelingen van [betrokkene 1] en [betrokkene 2] de volgende vorderingen ingediend:

Boedelvorderingen € 20.084,95<sup>2</sup>

Preferente vorderingen € 23.178,36 en € 4.265,69

Concurrente vorderingen € 11.764,42

(iv) Op 6 juli 2017 heeft de verificatievergadering in de schuldsaneringsregelingen plaatsgevonden. In het hiervan opgemaakte proces-verbaal staat, voor zover van belang:

“(…) *De verificatie der schuldvorderingen:*

De rechter-commissaris leest de lijst van de door de bewindvoerder voorlopig erkende schuldvorderingen voor. De schuldenaren hebben geen aanmerkingen op de neergelegde lijsten.

De bewindvoerder verklaart terug te komen op de voorlopige erkenning van de onder 7 en 8 op de lijst der voorlopig erkende concurrente schuldvorderingen omschreven vorderingen van de UWV,<sup>3</sup> en wel omdat UWV zich op het standpunt stelt dat voormelde schulden geen te verifiëren vorderingen zijn, maar boedelvorderingen. Dit laatste wordt door de bewindvoerder weersproken. De bewindvoerder verzoekt deze vorderingen van de lijst te verwijderen. Geen van de aanwezigen maakt daartegen bezwaar.

De bewindvoerder verklaart voorts dat er abusievelijk geen lijst van betwiste schuldvorderingen is gedeponereerd maar dat dit wel had behoren te gebeuren ten aanzien van de onder 9 en 10 op de lijst der voorlopig erkende schuldvorderingen opgenomen vorderingen van het UWV.<sup>4</sup> Het UWV staat ten aanzien van die vorderingen op het standpunt niet een concurrente maar een preferente schuldeiser te zijn, hetgeen door de bewindvoerder wordt betwist.

Ter vergadering is gebleken dat partijen over dit onderwerp niet met elkaar zijn te verenigen. De rechter-commissaris verwijst de partijen daarom, wegens voormelde betwisting, naar de terechtzitting van deze rechtbank van woensdag 23 augustus 2017. (...)”

(v) In de kop van diverse arbeidsovereenkomsten<sup>5</sup> staat vermeld:

“De ondergetekenden:

[A] V.O.F.

gevestigd te [vestigingsplaats]

ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door [betrokkene 1]

hierna te noemen werkgever”

1.2.1. Bij inleidende dagvaarding van 11 september 2017 (rolnr. HA ZA 17-421) heeft UWV de Bewindvoerder gedagvaard voor de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, en een verklaring voor recht gevorderd dat de door UWV in de schuldsaneringsregelingen van [betrokkene 1] en [betrokkene 2] ingediende loonvordering ex artikel 66 lid 1 Werkloosheidswet (WW) ad € 18.711,57 en de vordering ter zake van pensioenpremie ex artikel 66 lid 2 WW ad € 1.373,38 als *boedelvorderingen* (ex artikel 40 Fw)<sup>6</sup> dienen te worden aangemerkt.<sup>7</sup>

Tevens heeft UWV de rechtbank verzocht aan de Hoge Raad de in de dagvaarding vermelde prejudiciële vragen te stellen.

Ten slotte heeft UWV verzocht om voeging ex artikel 222 Rv van deze zaak met de hierna te noemen zaak met rolnr. 17-318.

2 Dit is het saldo van twee boedelvorderingen ad € 18.711,57 resp. € 1.373,38. Vgl. inl. dagv. in zaak 17-421, onder 1.1.

3 Dit zijn de hiervoor genoemde boedelvorderingen ten belope van € 20.084,95. Zie inl. dagv., onder 2.4.

4 Dit zijn de hiervoor genoemde preferente vorderingen ten belope van € 27.444,05. Zie inl. dagv., onder 2.4.

5 Door de Bewindvoerder overgelegd als prod. 1 bij cva d.d. 13 december 2017 in zaak 17-318 en tevens als prod. 1 bij cva d.d. 13 december 2017 in zaak 17-421. Opgemerkt zij dat de overgelegde overeenkomsten een andere naam vermelden ([A] V.O.F.) dan bij de feiten wordt vermeld ([de vennootschap onder firma] v.o.f.).

6 Zie tussenvonnissen van 25 april 2018, rov. 4.3.

7 Omdat boedelvorderingen niet voor verificatie in aanmerking komen, moest de Bewindvoerder deze als gevolg van haar betwisting wel van de lijst van voorlopig erkende concurrente schuldvorderingen verwijderen en kon de rechter-commissaris die vorderingen niet naar de renvooiprocedure verwijzen. Om die reden heeft UWV de Bewindvoerder gedagvaard voor de rechtbank Overijssel teneinde deze twee vorderingen alsnog als boedelvorderingen erkend te krijgen (zie inl. dagv. onder 6.2. Zie ook conclusie van eis tot verificatie, tevens incidentele conclusie tot voeging van 20 september 2017 in zaak 17-318, onder 6.2).

1.2.2. Vervolgens heeft UWV op 20 september 2017 in de renvooiprocedure (rolnr. HA ZA 17-318) een conclusie van eis tot verificatie, tevens incidentele conclusie tot voeging ingediend bij dezelfde rechtbank, waarin UWV vordert dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat de door UWV in de schuldsaneringsregelingen van [betrokkene 1] en [betrokkene 2] ingediende loonvordering ex artikel 66 lid 1 WW ad € 23.178,36 (preferent ex artikel 3:288 sub e BW) en de vordering ex artikel 66 lid 3 WW ter zake van het werkgeversdeel premie sociale verzekeringen ad € 4.265,69 dienen te worden erkend als *preferente vorderingen*.

Ook in deze zaak heeft UWV de rechtbank verzocht prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.

Tevens heeft UWV verzocht om voeging op de voet van artikel 222 Rv van deze zaak met zaak 17-421.

1.2.3. In beide zaken heeft UWV aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat een overeenkomst met een vof heeft te gelden als een overeenkomst met de gezamenlijke vennoten, zodat de vennoten reeds uit dien hoofde rechtstreeks als contractspartij/werkgever aansprakelijk zijn op de voet van de artikelen 66 WW resp. 40 Fw, en wel (gelet op artikel 18 Wetboek van Koophandel (WvK)) ieder voor het geheel, waarbij de vorderingen (met dezelfde kwalificatie) daarnaast ook verhaalbaar zijn op het afgescheiden vermogen van de vof.

1.3. Bij vonnis (in incident) van 1 november 2017 heeft de rechtbank de renvooiprocedure (zaak 17-318) gevoegd met zaak 17-421.<sup>8</sup>

1.4. De Bewindvoerder heeft in beide zaken verweer gevoerd. Zij stelt zich op het standpunt dat (alleen) de vof moet worden aangemerkt als werkgever/contractspartij. Dat de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende plichten ook op de vennoten rusten, is uitsluitend een gevolg van artikel 18 WvK. Een op die bepaling gebaseerde vordering is niet bevoorrecht, laat staan een boedelvordering, aldus de Bewindvoerder. Voor het geval de rechtbank (desalniettemin) mocht besluiten om prejudiciële vragen te stellen, heeft zij daartoe een aantal vragen voorgesteld.

1.5. Bij (tussen)vonnis van 25 april 2018<sup>9</sup> heeft de rechtbank vooropgesteld dat, nu UWV zich beroept op artikel 66 WW en artikel 40 Fw, in beide zaken de vraag centraal staat of [betrokkene 1] en [betrokkene 2] als werkgevers hebben te gelden (rov. 4.1-4.7). Zij heeft vastgesteld dat partijen in dat kader van mening verschillen over enkele principiële vragen ten aanzien van de aard en het wezen van de vof, waarop geen duidelijk antwoord bestaat (rov. 4.8-4.9). Partijen hebben daarom ieder prejudiciële vragen voorgesteld. Nu de beantwoording daarvan van belang is voor de eis in de onderhavige zaken, alsook voor beslechting of beëindiging van inmiddels talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, heeft de rechtbank overwogen de vragen van partijen te zullen voorleggen aan de Hoge Raad ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing (rov. 4.13).

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 392 lid 2 Rv zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover en over de inhoud van de te stellen vragen uit te laten.

1.6. Nadat partijen zich bij akte hadden uitgelaten, heeft de rechtbank bij vonnis van 20 juni 2018,<sup>10</sup> onder aanhouding van iedere verdere beslissing, de volgende prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad:

(I) Indien een vennootschap onder firma een arbeidsovereenkomst met een werknemer sluit, gelden dan de vennoten van die vennootschap onder firma van rechtswege en in alle gevallen, ieder afzonderlijk, als werkgever?

(II) In geval van bevestigende beantwoording van vraag (I): zijn in dat geval, indien de vennootschap onder firma faillieert en de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard op de vennoten, en de preferente en boedelvorderingen van de zaakscriteuren in het faillissement van de vennootschap onder firma niet volledig kunnen worden voldaan, de met de arbeidsovereenkomst samenhangende preferente respectievelijk boedelvorderingen van de werknemer en (op grond van subrogatie door overname van de desbetreffende verplichtingen) van UWV eveneens

8 Rb Overijssel, zittingsplaats Almelo, vonnis in incident van 1 november 2017, zaaknummer/rolnummer: C/08/204451/HA ZA 17-318 en C/08/207604/HA ZA 17-421.

9 Rb Overijssel 25 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1901, JOR 2018/256 m.nt. E. Loesberg.

10 Rb Overijssel 20 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2748, JIN 2018/160 m.nt. E.P.C. Duinkerke, RO 2018/62 met wenk P. Mathey-Bal, en RI 2018/81 met wenk (red).

preferente respectievelijk boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten?

(III) In geval van ontkennde beantwoording van vraag (I): zijn in dat geval, indien de vennootschap onder firma failliet en de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard op de vennoten, en de preferente en boedelvorderingen van de zaakscrediteuren in het faillissement van de vennootschap onder firma niet volledig kunnen worden voldaan, de met de arbeidsovereenkomst samenhangende preferente respectievelijk boedelvorderingen van de werknemer en (op grond van subrogatie door overname van de desbetreffende verplichtingen) van UWV eveneens preferente respectievelijk boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten?

(IV) In geval van bevestigende beantwoording van vraag (I): heeft in dat geval, de vennootschap onder firma, naast de vennoten, ook als (afzonderlijk) werkgever in de zin van artikel 66 WW en/of artikel 40 Fw te gelden?

(V) Maakt het bij de beantwoording van (een van) bovenstaande vragen nog uit of UWV haar vordering in het faillissement van de vennootschap onder firma heeft aangemeld, en daarop al dan niet een (gedeeltelijke) uitkering heeft ontvangen/zal ontvangen?

De rechtbank heeft daarbij aangegeven dat in vraag II wordt uitgegaan van rechtstreekse aansprakelijkheid van iedere vennoot op grond van de arbeidsovereenkomst en dat vraag III uitgaat van aansprakelijkheid krachtens artikel 18 WvK (rov. 2.6).

1.7. In de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad zijn namens UWV en de Bewindvoerder schriftelijke opmerkingen als bedoeld in artikel 393 lid 1 Rv ingediend. Partijen hebben niet op elkaars schriftelijke opmerkingen gereageerd.

## 2. Bespreking van de prejudiciële vragen

2.1. Deze procedure ziet op de situatie dat een arbeidsovereenkomst is gesloten tussen enerzijds een werknemer en anderzijds een vof als werkgever, waarna de vof in staat van faillissement wordt verklaard en op de vennoten de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard. Centraal staat de vraag of UWV ter zake van door hem over de periode voor en na de faillietverklaring overgenomen loon- en premieverplichtingen van de vof preferente vorderingen

respectievelijk boedelvorderingen geldend kan maken in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten.

2.2. In het algemeen geldt dat een werknemer ter zake van achterstallig loon over de periode tót de faillietverklaring van zijn werkgever een algemeen preferente loonvordering op die werkgever heeft (art. 3:288 aanhef en sub e BW). Ter zake van premies sociale verzekeringen heeft de ontvanger een algemeen preferente vordering op de werkgever (art. 21 InvW). Deze algemeen preferente vorderingen<sup>11</sup> kunnen in het faillissement van de werkgever ter verificatie worden ingediend. Over de periode ná de faillietverklaring zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden echter (preferente) boedelschuld (art. 40 lid 2 Fw).

2.3. Wanneer UWV, na faillietverklaring van de werkgever, op grond van de loongarantieregeling (art. 61-68 WW) het door de werkgever verschuldigde (netto) loon aan de werknemer voldoet, wordt het gesubrogeerd in de preferente faillissementsvordering en in de boedelvordering van de werknemer op de werkgever (art. 66 lid 1 WW). Wanneer UWV de over dat loon verschuldigde premies sociale verzekeringen aan de ontvanger afdraagt, verkrijgt het ter zake een verhaalsrecht op de werkgever (art. 66 lid 2 WW). De desbetreffende vordering is algemeen preferent (art. 66 lid 3 WW)<sup>12</sup>. Voor de WW kwalificeert de vof als werkgever (art. 9 jo. art. 1 sub e WW).

2.4. In deze procedure gaat het om de vraag of genoemde algemeen preferente vorderingen (ex art. 3:288 aanhef en sub e BW en art. 66 lid 3 WW) en boedelvorderingen (art. 40 Fw) zoals die door UWV kunnen worden geldend gemaakt in het faillissement van een werkgever, ook als zodanig kwalificeren indien die werkgever een vof is en UWV de vorderingen geldend wil maken in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten van die vof.

11 Een voorrecht schept geen verhaalsrecht, maar is het recht om bij verhaal op het betreffende goed of vermogen hoger gerangschikt te worden. Een algemeen voorrecht geldt bij schuld- en contractoverneming als een voorrecht op het vermogen van de nieuwe debiteur (art. 6:157 en 6:159 BW). Zie Fesevur, Voorrechten en retentierecht (Mon. BW B13) 2017/4 en 9.

12 Dit voorrecht komt overeen met dat van de ontvanger ex art. 21 InvW.

2.5. Ter beantwoording van die vraag vermeld ik eerst het juridisch kader aan de hand van wetgeving, rechtspraak en literatuur.

#### *Wettelijke regeling vof*

2.6. In 1838 is met het Burgerlijk Wetboek de regeling van de maatschap ingevoerd; tevens kregen de vof en de commanditaire vennootschap hun wettelijke regeling in het Wetboek van Koophandel. De huidige regeling van de vof in het WvK verschilt weinig van deze oorspronkelijke regeling.<sup>13</sup>

2.7. Volgens de (summiere) wettelijke regeling van de vof is deze een gekwalificeerde maatschap: de maatschap is een overeenkomst waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkaar te delen (art. 7A:1655 BW) en de vof is op haar beurt een maatschap tot de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam (art. 16 WvK).

2.8. Ieder van de vennoten van de vof die daarvan niet is uitgesloten, is bevoegd “ten name der vennootschap te handelen, gelden uit te geven en te ontvangen, en de vennootschap aan derden, en derden aan de vennootschap te verbinden” (art. 17 lid 1 WvK).

2.9. Artikel 18 WvK bepaalt vervolgens: “In vennootschappen onder eene firma is elk der vennoten, wegens de verbindtenissen der vennootschap, hoofdelijk verbonden.”

De huidige formule “hoofdelijk verbonden” is in het kader van de invoeringswetgeving NBW in de plaats gekomen van de uit 1838 stammende formulering “hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk”, zulks om de terminologie aan te passen aan (thans) artikel 6:6 BW.<sup>14</sup> Over de aansprakelijkheid van vennoten jegens derden wordt in de memorie van toelichting uit 1833-1834 bij de herziening WvK opgemerkt dat alle personenvennootschappen (waaronder de vof) daarin overeenkomen

“dat een derde, die met de vennootschap handelt, steeds een of meer personen moet aantreffen, die in hun persoon en *in alle hunnen goederen* voor de daden en verbindtenissen der maatschap aansprakelijk zijn. (...)”

Bij commerciële vennootschappen *onder eene firma* zijn alle de vennoten hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk en zij kunnen zelfs bij lijfswang worden vervolgd. (...)”

Uit dit een en ander volgt, dat op hoedanige wijze eene maatschap ook moge zijn opgerigt, de derde steeds zijnen waarborg vindt *in den persoon en in de goederen* van een of meer aan hem bekende lieden, en dat derhalve die derde, vóór dat hij die handeling sluit, naar mate van het vertrouwen, dat de vennoten hem inboezemen, in staat is zich te beraden, of hij al dan niet de verbindtenis wil aangaan.

Naar den regel is derhalve, even als zulks omtrent elke overeenkomst plaats heeft, geene maatschap denkbaar zonder een aansprakelijk persoon, daar, in het afgetrokkene, *zaken of goederen* geene overeenkomsten kunnen aangaan of het onderwerp eener handeling uitmaken, zoo dezelve niet steeds door een *persoon* worden vertegenwoordigd.<sup>15</sup>

2.10. Buiten het WvK zijn enkele bepalingen aan de vof gewijd in artikel 51 Rv (betreffende de wijze van betekening van een voor een vof bestemd exploit) en artikel 4 lid 3 Fw (betreffende de aangifte tot faillietverklaring van een vof).

#### *Rechtspraak*

2.11. In de rechtspraak is aan de oude en summier wettelijke regeling van de vof nader invulling gegeven, waarbij als thema's vooral naar voren komen: het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, het bestaan van een afgescheiden vermogen en de processuele aspecten van procederen tegen en door de vof en/of haar vennoten.

#### *Afgescheiden vermogen*

2.12. Al vrijwel vanaf de invoering van de regeling van de vof in het Wetboek van Koophandel is vaste rechtspraak dat de vof een afgescheiden

13 J.J.M. Grapperhaus, GS Personenassociaties, par. 1.1, met vermelding van de achtereenvolgende wijzigingen in de regeling in het WvK.

14 Kamerstukken II 1982/83, 17 896, nr. 3, p. 12-13. Zie ook Asser/Maeijer 5-V 1995/143.

15 Handelingen der Staten-Generaal, zitting 1833-1834, XII. Herziening van Titel I-IV van het Eerste Boek van het Wetboek van Koophandel, 10. MvT, p. 298.

vermogen heeft.<sup>16</sup> De in een vof ingebrachte goederen vormen een gebonden gemeenschap (de vennoten kunnen niet vrijelijk over hun aandeel beschikken) en tevens een afgescheiden vermogen dat dient als verhaalsobject voor de schuldeisers van de vennootschap, zo oordeelde uw Raad in 1993.<sup>17</sup> Privé-schuldeisers van een vennoot van een vof kunnen dan ook geen verhaal nemen op in die vennootschap ingebrachte goederen.<sup>18</sup>

#### *Twee samenlopende vorderingsrechten*

2.13. Aan het bestaan van het afgescheiden vermogen wordt in de rechtspraak van uw Raad het gevolg verbonden dat een vennootschapscrediteur jegens ieder der vennoten twee samenlopende vorderingsrechten heeft: één jegens de gezamenlijke vennoten (ook wel: jegens de vof)<sup>19</sup>, dat verhaalbaar is op het vermogen van de vof, en één jegens de vennoot persoonlijk, dat verhaalbaar is op het vermogen van deze vennoot. In een zaak betreffende de vraag of een veroordelend vonnis tegen de vof kan worden ten uitvoer gelegd op het privévermogen van de vennoten, formuleerde uw Raad dit in 1959 als volgt:

“dat immers het vermogen, hetwelk de vennoten afzonderen om daarmee handel te drijven, is een afgescheiden gedeelte van hun vermogen, dat als bijzonder verhaalsobject dient voor de schulden van de vennootschap;

dat daaruit volgt, dat de vennootschapscrediteuren tegen ieder der vennoten twee samenlopende vorderingsrechten hebben, te weten een vorde-

ringsrecht tegen de gezamenlijke vennoten, dat verhaalbaar is op het vennootschappelijk vermogen en waartegen de vennoot de hem persoonlijk toekomende verweermiddelen niet kan aanvoeren, en daarnaast een vorderingsrecht tegen den vennoot persoonlijk;

dat een vennootschapscrediteur die veroordeling vordert van de vennootschap, slechts het eerstbedoelde vorderingsrecht doet gelden, en het vonnis, waarbij deze vordering wordt toegewezen, mitsdien slechts op het vennootschappelijk vermogen kan worden ten uitvoer gelegd;<sup>20</sup>

In 2002 werd door uw Raad in dit verband ook gesproken van twee “vorderingen” en werd toegevoegd dat een schuldeiser die zijn rechten doet gelden tegen zowel de vof als de vennoot persoonlijk, in materiële zin twee vorderingen instelt, waarvan de toewijsbaarheid mede afhangt van de verweren welke door de vof onderscheidenlijk de vennoot persoonlijk worden gevoerd. Een tegen de vof gewezen vonnis waarbij een vordering tegen de vof is toegewezen, kan daarom geen gezag van gewijsde krijgen jegens de vennoot persoonlijk.<sup>21</sup>

2.14. In 2015 wordt gesproken van afzonderlijke samenlopende “vorderingen”, te weten de “vorderingen op de vof” en die “op de vennoten”, die onafhankelijk van elkaar kunnen worden ingesteld en verhaald.<sup>22</sup>

#### *Geen rechtspersoonlijkheid*

16 Zie o.m. HR 11 juni 1880, W 4521, HR 28 juni 1889, W 5735, HR 26 november 1897, W 7047 ([...]/[...]), HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1182, NJ 1994/301, m.nt. J.M.M. Maeijer ([...]) en HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1009, JOR 2017/249, m.nt. J.M. Blanco Fernández, RBP 2017/75. Vgl. voor de openbare maatschap HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde, AA20130662, m.nt. S.M. Bartman, JOR 2013/133, m.nt. J.M. Blanco Fernández ([...]), en voor de commanditaire vennootschap met één beherend vennoot HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4593, NJ 2003/327, m.nt. J.M.M. Maeijer ([...]).

17 HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1182, NJ 1994/301, m.nt. J.M.M. Maeijer ([...]/[...]), rov. 3.6.

18 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1009, JOR 2017/249, m.nt. J.M. Blanco Fernández, RBP 2017/75, rov. 5.3.3.

19 Aldus HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (VDV *Totaalbouw*), rov. 3.4.3, waarover nader hierna onder 2.23.

20 HR 18 december 1959, ECLI:NL:HR:1959:BG9455, NJ 1960/121, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*De Gouw/De Hamer*). Zie ook HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0846, NJ 1969/307, m.nt. H. Drion.

21 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212, m.nt. H.J. Snijders, JOR 2003/32, m.nt. J.M. Blanco Fernández, JBPR 2003/25, m.nt. V.L. van den Berg, Ondernemingsrecht 2003/11, m.nt. L. Timmerman ([...]/[...]), rov. 3.3.1.

22 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (VDV *Totaalbouw*), rov. 3.4.3, waarover nader hierna onder 2.23.



2.15. Volgens bestendige rechtspraak heeft de vof, al is daarbij sprake van een afgescheiden vermogen, geen rechtspersoonlijkheid.<sup>23</sup> In oudere rechtspraak werd dit door uw Raad aldus verwoord:

“dat toch een vennootschap onder firma niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband, welke leden de dragers van de rechten en verplichtingen der handelsvennootschap zijn”,<sup>24</sup>

hetgeen later door uw Raad kernachtig werd samengevat als volgt:

“de vennootschap onder firma – dat zijn de gezamenlijke vennoten.”<sup>25</sup>

#### *Partij bij overeenkomsten op naam van de vof*

2.16. Aan de zojuist vermelde vaststelling dat een vof slechts de benaming is van de gezamenlijke vennoten als dragers van de rechten en plichten van de vof, heeft uw Raad wat betreft de vraag hoe een dienstverband met de vof moet worden geïdentificeerd, die in dienst heet te zijn van een vennootschap onder firma, in werkelijkheid in dienst is van ieder der vennoten;<sup>26</sup>

2.17. In 1950 oordeelde de stafkamer van de Hoge Raad:

“dat een Commanditaire Vennootschap geen rechtspersoon is en de behorende vennoten werkgevers zijn, als bedoeld in art. 1637a BW, van de in het bedrijf der CV werkzame personen.”<sup>27</sup>

2.18. In de zaak die leidde tot het arrest van uw Raad van 27 april 2012 was door een contractant van de vof geklaagd dat het hof had miskend dat

de klachtplicht van artikel 6:89 BW alleen bestaat tegenover de contractuele debiteur (zijnde de vof) en niet tegenover een van de vennoten, omdat die niet de contractuele wederpartij was. Uw Raad verwierp deze klacht “nu die uitgaat van de onjuiste opvatting dat vennoten van een vennootschap onder firma geen partij zijn bij op naam van de vennootschap gesloten overeenkomsten.”<sup>28</sup>

#### *Uitleg artikel 18 WvK*

2.19. Wat betreft (de strekking van) artikel 18 WvK had uw Raad in 1849 overwogen dat deze bepaling niet meebrengt dat de vennoten niet tot voldoening van een vennootschapsschuld kunnen worden gedagvaard omdat zij eerst *na* een verkregen veroordeling van de vof zelf, *in executione*, in beeld komen, maar dat “elk der vennoten wegens verbindtenissen der vennootschap hoofdelijk voor het geheel is aansprakelijk, en dat hieruit onmiskenbaar volgt, dat de schuldeischer van een zodanige vennootschap, elk der vennoten, welke hij verkiest, individueel en derhalve ook zoo vele hunner als hij wil en die welke hij wil, dadelijk ter zake dier verbindtenissen in regten kan dagvaarden.”<sup>29</sup>

2.20. In het hieronder nog nader te noemen arrest *VDV Totaalbouw* overwoog uw Raad met betrekking tot de betekenis van artikel 18 WvK:

“3.4.1. (...) Ingevolge art. 18 WvK is elk der vennoten hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vof, wat betekent dat die verbintenissen ook op hen persoonlijk rusten. De schuldeisers van de vof kunnen daarom hun vorderingen op het privévermogen van de vennoten verhalen. Daarnaast kunnen de schuldeisers van de vof zich met voorrang boven de privéschuldeisers van de vennoten op het afgescheiden vermogen van de vof verhalen.”<sup>30</sup>

2.21. In het recente *Carlande*-arrest overwoog uw Raad over de strekking van artikel 18 WvK dat deze is “de schuldeisers van een vennootschap onder firma (...) te beschermen in een situatie waarin het (van dat van de vennoten) afgescheiden vennootschapsvermogen ontoereikend is om

23 Zie o.m. HR 11 juni 1880, W. 4521, en HR 9 april 1958, ECLI:NL:HR:1958:61, NJ 1958/331, m.nt. L.E.H. Rutten. Zie ook HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (*VDV Totaalbouw*), waarover nader hierna onder 2.23.

24 HR 8 april 1937, ECLI:NL:HR:1937:BG9447, NJ 1937/640, m.nt. P. Scholten (*Kersten/Mantel*). Zie ook de oudere rechtspraak vermeld in de conclusie van A-G Berger voor dit arrest, waaronder HR 20 november 1914, ECLI:NL:HR:1914:202, NJ 1915, p. 148.

25 HR 9 april 1958, ECLI:NL:HR:1958:61, NJ 1958/331, m.nt. L.E.H. Rutten.

26 HR 8 april 1937, ECLI:NL:HR:1937:BG9447, NJ 1937/640, m.nt. P. Scholten (*Kersten/Mantel*).

27 HR 21 februari 1950, ECLI:NL:HR:1950:143, NJ 1950/603.

28 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569, RvdW 2012/683, rov. 3.8.

29 HR, zittingen van 9 en 31 mei en 22 juni 1849, Weekblad van het Regt van 6 augustus 1849, no. 1040.

30 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (*VDV Totaalbouw*).

aan alle verbintenissen van de vennootschap te voldoen, door hun een verhaalsmogelijkheid te geven op het vermogen van de (...) vennoten zelf.” Deze strekking van artikel 18 WvK brengt mee dat de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten alle schulden betreft die ten tijde van hun toetreding tot de vennootschap bestaan, of nadien ontstaan. Nu in artikel 18 WvK ook geen beperking valt te lezen tot verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan *nadat* een vennoot is toetreden, ziet de hoofdelijke verbondenheid van de toetredende vennoot dan ook mede op verbintenissen van de vennootschap die reeds *voor* zijn toetreding zijn ontstaan, aldus het arrest.<sup>31</sup>

2.22. In (eerdere) rechtspraak in feitelijke instantie was het – niet, zoals in de rechtspraak van uw Raad, het afgescheiden vermogen, maar – de hoofdelijke verbondenheid in de zin van artikel 18 WvK die werd aangemerkt als de grondslag voor het bestaan van twee te onderscheiden vorderingsrechten van de vennootschapscrediteur, te weten een vorderingsrecht jegens (het vermogen van) de vennootschap en een vorderingsrecht jegens (het vermogen van) de vennoten in privé.<sup>32</sup>

*De positie van de vof; het arrest VDV Totaalbouw (2015)*

2.23. In 2015 heeft uw Raad in het arrest inzake *VDV Totaalbouw*<sup>33</sup> uitgebreid aandacht besteed aan de positie van de vof. In dit arrest was de vraag aan de orde of het faillissement van een vof steeds en noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten ten gevolge heeft. Uw Raad oordeelde – anders dan voorheen – dat dit niet het geval is. Ten aanzien van de positie van de vof oordeelde uw Raad:

“3.4.1. Een vof heeft geen rechtspersoonlijkheid. Zij is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strekkende tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband. De vof heeft wel een (van de vermogens van de vennoten) afgescheiden vermogen.

Ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt de vof in het maatschappelijk verkeer gezien en op diverse plaatsen in de wet (art. 51 Rv, art. 4 lid 3 Fw)<sup>34</sup> behandeld als een afzonderlijk rechtssubject dat zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen, wat strookt met het feit dat de vof een afgescheiden vermogen heeft.

Ingevolge art. 18 WvK is elk der vennoten hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vof, wat betekent dat die verbintenissen ook op hen persoonlijk rusten. De schuldeisers van de vof kunnen daarom hun vorderingen op het privévermogen van de vennoten verhalen. Daarnaast kunnen de schuldeisers van de vof zich met voorrang boven de privéschuldeisers van de vennoten op het afgescheiden vermogen van de vof verhalen.

3.4.2. Het voorgaande verklaart mede dat een vof, hoewel zij geen rechtspersoonlijkheid heeft, als zodanig failliet kan worden verklaard. Wat de positie van de vennoten in dat faillissement betreft, bepaalt de Faillissementswet slechts dat de aangifte tot faillietverklaring van een vof ook de naam en de woonplaats van de vennoten moet inhouden (art. 4 lid 3 Fw). Hieruit kan niet worden afgeleid dat een faillissement van de vof steeds en zonder meer het faillissement van de vennoten meebrengt.

3.4.3. De omstandigheid dat een vof haar verplichtingen niet voldoet, kan het oordeel wettigen dat zij in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Indien zij op die grond failliet verklaard wordt zal, gelet op art. 18 WvK, het faillissement van de vennoten doorgaans onvermijdelijk zijn, maar dat behoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn.

Zo kan een vennoot, in tegenstelling tot de vof zelf, voldoende (privé)vermogen hebben om zowel de schuldeisers van de vof als zijn privéschuldeisers te voldoen; ook als hij bepaalde vorderingen niet voldoet, brengt dat nog niet noodzakelijker-

31 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2015/134, m.nt. Chr. M. Stokkermans, Ondernemingsrecht 2015/50, m.nt. A.J.S.M. Tervoort (*Carlande*), rov. 3.4.3.

32 Hof Arnhem 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8867, rov. 4.4.

33 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder, JOR 2015/181, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, AA 20150801, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, JIN 2015/80, m.nt. J. van der Kraan, JBPR 2015/45, m.nt. L. Krieckaert, Ondernemingsrecht 2015/41, m.nt. A.J.S.M. Tervoort (*VDV Totaalbouw*).

34 Zie hiervoor onder 2.10.

wijs mee dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Voorts is van belang dat, in verband met het feit dat de vof een afgescheiden vermogen heeft, de vorderingen op de vof en op de vennoten als afzonderlijke (samenlopende) vorderingen moeten worden beschouwd, die onafhankelijk van elkaar kunnen worden ingesteld en verhaald. In verband daarmee is het mogelijk dat een vennoot een hem persoonlijk toekomend verweermiddel (bijvoorbeeld een tegenvordering) kan aanvoeren tegen de vordering van de aanvrager van het faillissement of van een andere schuldeisers (vgl. HR 18 december 1959, NJ 1960/121 en HR 13 december 2002, NJ 2004/212).

Gelet op dit een en ander is het niet noodzakelijk dat (...) het faillissement van de vennoten steeds en zonder meer intreedt als een gevolg van het faillissement van de vof.”

2.24. Dit arrest heeft veel pennen in beweging gebracht. De reacties beslaan een breed spectrum, variërend van, enerzijds, de opvatting dat uw Raad de vof slechts in sommige opzichten gelijkstelt met een rechtssubject tot, anderzijds, de vaststelling dat de vof reeds naar geldend recht een rechtspersoon is.

Kortmann en Faber betogen in hun noot onder dit arrest dat uit rov. 3.4.1 (de vof wordt gezien en in de wet soms behandeld als een afzonderlijk rechtssubject) niet mag worden afgeleid dat een afgescheiden vermogen daadwerkelijk een rechtssubject is en als zodanig net als andere rechtssubjecten zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Zou dit wel het geval zijn, dan is er volgens hen niet langer reden aan een afgescheiden vermogen rechtspersoonlijkheid te onthouden. Subject van rechtsbetrekkingen zijn degenen aan wie het objectieve recht persoonlijkheid toekent. Alleen natuurlijke personen en rechtspersonen bezitten persoonlijkheid. Wel is het zo dat een afgescheiden vermogen in een aantal opzichten met een rechtssubject wordt gelijkgesteld. Het door de Hoge Raad genoemde artikel 51 Rv en artikel 4 lid 3 Fw zijn hiervan goede voorbeelden. Deze (beperkte) gelijkstelling verklaart ook waarom een vof als zodanig failliet kan worden

verklaard (rov. 3.4.2), aldus de annotatoren.<sup>35</sup> Ook Krieckaert en Bas Kortmann komen tot soortgelijke conclusies.<sup>36</sup>

Van der Kraan merkt in zijn noot op dat wanneer een afgescheiden vermogen, in weerwil van het juridisch systeem, zo nu en dan als een zelfstandige entiteit wordt beschouwd, dit niet bevorderlijk werkt voor rechtszekerheid en de maatschappelijke praktijk daar niet bij gebaat is. Een vof met een eigen identiteit, zelfs bij gelegenheid door het leven gaand als rechtssubject, lijkt hem niet wenselijk. Na de invoering van de meer naar smaak in te richten besloten vennootschap (flex-BV) is er bovendien een goed alternatief voorhanden voor hen die willen samenwerken met behulp van rechtspersoonlijkheid. Het onderkennen van de in het maatschappelijk verkeer levende opvatting dat een afgescheiden vermogen zo nu en dan als rechtssubject wordt behandeld, is wel praktisch maar verwijderd van de juridische realiteit. Er bestaat geen twijfel over dat een vof failliet kan worden verklaard. Er zou volgens hem echter niet moeten worden gesproken van het faillissement van een vof (als zijnde een zelfstandig rechtssubject) maar van de overeenkomstige toepasselijkheid van de faillissementsregels op (de vereffening van) het afgescheiden vermogen van de vof.<sup>37</sup>

Naar de mening van Blanco Fernández is de Hoge Raad in *VDV Totaalbouw* een rubicon overgestoken door te spreken van een “rechtssubject”. De rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap is daarmee misschien niet buiten enkele twijfel gesteld, maar er is op zijn minst een krachtig signaal in die richting afgegeven, zo betoogt hij. De Hoge Raad spreekt over een rechtssubject dat “zelfstandig” aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Los van de concrete bewoordingen, is de uitkomst van het arrest, en van latere arresten, beter te verklaren wanneer de vennootschap, in plaats van de vennoten, als drager van de rechtsverhouding in kwestie wordt gezien. In meer re-

35 Kortmann en Faber, noot JOR 2015/181, onder 5.

36 Krieckaert, noot JBPR 2015/45, onder 2; Bas Kortmann, *Intelligente systemen en rechtssubjectiviteit*, NJB 2018/1363, onder 4.

37 Van der Kraan, noot JIN 2015/80, onder 4.1-4.4.

cente jurisprudentie<sup>38</sup> zou de Hoge Raad inderdaad de richting zijn opgegaan van wat hij noemt het “vennootschapspectief”, d.w.z het centraal staan van het samenwerkingsverband en niet van de leden van het verband (het zgn. vennotenperspectief).<sup>39</sup> Het lijkt hem dat veel gewonnen zou zijn als de Hoge Raad, in navolging van Paul Scholten en vele anderen, de eigen rechtspersoonlijkheid van de personenvennootschap zou erkennen. Zijns inziens behoeft een uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever daarvoor niet te worden afgewacht. De erkenning van de rechtssubjectiviteit van de vennootschap past volgens Blanco Fernández bij de rechtsvormende taak van de Hoge Raad.<sup>40</sup>

Raaijmakers stelt vast dat de reeds door Paul Scholten opgeworpen vraag naar de rechtspersoonlijkheid van de vof actueel blijft nu Hoge Raad enerzijds de juridische personificatie van de vof opnieuw versterkt door de vof als zelfstandig drager van rechten en verplichtingen nu zelfs ook als “rechtssubject” aan te duiden, maar tegelijk te beslissen dat de vof geen rechtspersoonlijkheid heeft. Volgens Raaijmakers vormt de aanduiding van de vof als “afzonderlijk rechtssubject” onmiskenbaar het sluitstuk van de door de Hoge Raad in belangrijke mate zelf gestuurde ontwikkeling naar juridische verzelfstandiging (personificatie) van de vof. Volgens hem is er geen rechtens relevant verschil tussen de thans door de Hoge Raad aanvaarde kwalificatie “rechtssubject” en de door hem tegelijk verworpen aanduiding “rechtspersoon”. Kwalificatie als rechtspersoon zou vooral van betekenis zijn voor het vermogens- en in het bijzonder het goederenrecht, en *niet* van rechtswege de algemene regels voor de rechtspersoon van Boek 2 toepasselijk maken. Rechtspraak en doctrine kunnen volgens Raaijmakers rechtspersoonlijkheid erkennen. Hij meent dat bij deter-

minatie en analyse van haar kenmerken en eigenschappen de vof reeds thans als zelfstandige rechtspartner (rechtspersoon) geïnclassificeerd kan worden. Zij behoort dan tot de overkoepelende klasse van privaatrechtelijke rechtspersonen, echter zonder toepasselijkheid van de algemene Boek 2 BW-regels en ook zonder de institutionele lading die dat begrip in het Boek 2-stelsel heeft gekregen.<sup>41</sup>

#### *Rechtspraak vanaf 2015*

2.25. Kort na het arrest *VDV Totaalbouw* overwoog het hof Arnhem-Leeuwarden in 2015 met betrekking tot een commanditaire vennootschap dat deze weliswaar geen rechtspersoon is, maar wel een van de commanditaire vennoten afgescheiden vermogen heeft en zelfstandig als drager van rechten en verplichtingen aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Dat was voor het hof reden voor toepassing van het leerstuk van afgeleide schade van het rechtspersonenrecht.<sup>42</sup>

Volgens Blanco Fernández in zijn annotatie versterkt deze uitspraak de in de rechtspraak steeds luider klinkende stem dat de personenvennootschap een zelfstandig – dat wil zeggen: van de vennoten te onderscheiden – rechtssubject is.<sup>43</sup>

2.26. In 2016 wees het hof Amsterdam het *Amlex*-arrest.<sup>44</sup> Het ging in deze zaak om de vraag wie *partij* is bij een overeenkomst gesloten tussen een vof en een derde, als na het sluiten van deze overeenkomst bij de vof een vennotenwissel plaatsvindt. Het hof oordeelde:

“(…) Een vennootschap onder firma (hierna: VOF) kan als zodanig geen zelfstandige contractspartij zijn bij het sluiten van een overeenkomst. De gezamenlijke vennoten zijn als zodanig, dus in hun hoedanigheid van vennoten, partij. De VOF is wel in materiële zin contractspartij. De gezamenlijke vennoten treden immers als een zekere eenheid naar buiten, sluiten onder een gemeenschappelijke naam overeenkomsten en worden veelal ook door een wederpartij als eenheid beschouwd. De rech-

38 Verwezen wordt naar HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444, NJ 2017/395, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2017/285, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Bastion de Leede*), waarover nader hierna onder 2.28.

39 J.M. Blanco Fernández, De Hoge Raad en de rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap, WPNR 2018/7190, p. 311-312.

40 Blanco Fernández, noot onder HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, JOR 2013/133 (…), onder 4.

41 Raaijmakers, noot AA20150801, p. 802-805.

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, m.nt. J.M. Blanco Fernández, rov. 6.7.

43 Blanco Fernández, noot JOR 2015/329, onder 1.

44 Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2384, JOR 2016/266, m.nt. Chr.M. Stokkermans (Amlex).

ten en plichten uit de ten name van de VOF gesloten overeenkomst rusten dan ook op die eenheid, die bestaat uit de vennoten gezamenlijk en die wordt aangeduid als VOF. Er is dan ook in beginsel sprake van een tweepartijen overeenkomst, waarbij aan de vennoten als collectief de rechten en plichten van het partij-zijn toekomen. Dit betekent onder andere dat de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingsrechten namens de VOF worden uitgeoefend door degene die, krachtens art. 17 van het Wetboek van Koophandel (hierna: WvK), bevoegd is haar te vertegenwoordigen. (...) Het voorgaande neemt niet weg dat partijen ervoor kunnen kiezen om te contracteren met de vennoten persoonlijk, naast of in plaats van de VOF, maar in onderhavige zaak is zulks niet gesteld of gebleken. Alleen als wordt afgesproken dat de vennoten in privé partij zijn, dus niet in hun hoedanigheid van vennoot, dan blijft een vennoot na zijn uittreden in beginsel partij. De hoedanigheid van vennoot was dan blijkbaar geen voorwaarde voor het partij-zijn. Een opvolgende of toetredende vennoot wordt dan geen partij, tenzij de figuur van contractoverneming wordt gehanteerd of hij toetreedt tot de overeenkomst.<sup>45</sup>

Volgens annotator Stokkermans omarmt het hof hiermee de (zijn) visie waarin men de vof opvat als een eenheid, een collectiviteit, bestaande uit de vennoten "van tijd tot tijd", als zodanig, aan welke collectiviteit ten name van de vof staande rechtsposities worden toegerekend. De vof is hiermee geen rechtspersoon, maar wel rechtssubject en als zodanig rechtsbevoegd, aldus de annotator.<sup>46</sup>

2.27. Het hof Arnhem-Leeuwarden moest in 2017 de vraag beantwoorden of de vordering van een contractant van een commanditaire vennootschap op een beherend vennoot valt onder de werking van de schone lei waarmee de schuldsaneringsregeling voor die beherend vennoot is geëindigd. Het hof achtte, anders dan in 2015, de personenvennootschap geen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Het overwoog:

"(...) dat een beherend vennoot van een commanditaire vennootschap, anders dan Expansie Beheer meent, contractspartij is bij een overeenkomst die uit naam van de vennootschap is aangegaan (zie hiervoor HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569). De commanditaire vennootschap heeft weliswaar een afgescheiden vermogen, maar geen rechtspersoonlijkheid en zij is daarom in het rechtsverkeer geen zelfstandig drager van subjectieve rechten en plichten, dit in tegenstelling tot de (beherend) vennoten. Op grond van artikel 17 Wetboek van Koophandel (WvK) is ieder der vennoten bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen en namens die vennootschap rechtshandelingen te verrichten, waarmee hij ook zijn medevennoten vertegenwoordigt en bindt. Zij zijn op grond van artikel 18 WvK hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap. Hieruit volgt dat de (beherend) vennoten in het geval van een overeenkomst van een derde met de vennootschap zich hebben verbonden tot al hetgeen waartoe de vennootschap zich heeft verbonden jegens de wederpartij, waardoor zij in beginsel gehouden zijn dezelfde prestatie te leveren als de vennootschap. Hierbij geldt dat indien de wederpartij meent dat de verplichtingen uit de overeenkomst niet (behoorlijk) worden nagekomen, het in beginsel niet zo is dat hij de (beherend) vennoot pas kan aanspreken wanneer hij eerst vergeefs de vennootschap heeft aangesproken. Het voorgaande geldt evenzeer voor de beherend vennoten van een commanditaire vennootschap."<sup>47</sup>

Hieruit volgt dat de beherend vennoot als zodanig partij was bij de overeenkomst van de cv met de wederpartij. De daaruit voortvloeiende vordering valt onder de verleende schone lei en is niet meer afdwingbaar, aldus het hof.

2.28. In het geval dat leidde tot het arrest van uw Raad van 19 september 2017 (*Bastion de Leede*) was namens een cv opdracht gegeven aan een advocaat om de cv juridisch bij te staan. Uw Raad besliste o.m. dat, gelet op de nauw betrokken belangen van de commanditaire vennoten, de advocaat als advocaat van de cv mede acht diende te slaan op de belangen van de commanditaire ven-

45 Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2384, JOR 2016/266, m.nt. Chr.M. Stokkermans (*Amlex*), rov. 3.3.

46 Stokkermans, noot JOR 2016/266, onder 3.

47 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9989, JOR 2018/5, m.nt. Chr. M. Stokkermans, rov. 4.6.

noten en een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst met de cv in beginsel tevens een onrechtmatige daad oplevt jegens de participanten.<sup>48</sup> Annotator Blanco Fernández ziet hierin een impliciete uitsluiting van contractuele binding jegens de commandieten en een aanvaarding van het vennootschapspectief, waarmee het arrest een nieuwe stap zou zijn naar de erkenning van de eigen rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap.<sup>49</sup>

#### Literatuur rechtspositie vof

2.29. In de literatuur bestaan verschillende inzichten ten aanzien van de (mate van) juridische zelfstandigheid van de vof.

2.30. Zoals hiervoor werd aangegeven, is tot op heden vaste rechtspraak dat de vof *geen rechtspersoonlijkheid* heeft. Het merendeel van de schrijvers lijkt zich achter deze rechtspraak te scharen.<sup>50</sup>

2.31. Wel signaleren verschillende schrijvers dat, ondanks het feit dat de vof naar de huidige stand van de jurisprudentie geen rechtspersoonlijkheid geniet, de vof wel een *zekere mate van zelfstandigheid* toekomt.

Van Olffen wijst in dit verband op het naar buiten optreden door de vof als een zekere eenheid en het in verband daarmee in de rechtspraak aanvaarden van een afgescheiden vermogen dat dient als uitsluitend verhaalsobject voor de crediteuren van de vennootschap. Hieruit mag men – volgens hem – concluderen dat een zekere personificatie aanwezig is.<sup>51</sup>

Kroeze voegt hieraan toe dat voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid meer nodig is; in het bijzonder dat het vermogen van de vof rechtens wordt beschouwd als niet toe te behoren aan de vennoten. Rechtspersoonlijkheid betekent immers het zijn van subject van rechten en verplichtingen.

De rechtspraak erkent wel een zekere zelfstandigheid van het vermogen, maar weigert de vof als rechts- en plichtssubject van het vermogen te erkennen.<sup>52</sup> De beperkte personificatie waarvan ten aanzien van de vof sprake is vormt geen erkenning van rechtspersoonlijkheid, en hieruit mag de rechtswetenschap dan ook niet tot rechtspersoonlijkheid concluderen.<sup>53</sup>

Ook Mathey-Bal wijst op de steeds verder gaande mate van zelfstandigheid van de vof, zoals deze tot uiting komt in het afgescheiden en doelgebonden vennootschappelijk vermogen, de vatbaarheid voor faillietverklaring, de processuele zelfstandigheid, het feit dat de vof in Europees perspectief als zelfstandige entiteit wordt beschouwd, alsmede haar zelfstandige positie in het bestuursrecht. Volgens haar is het hoog tijd dat de Nederlandse wetgever het vennootschapsrechtelijke regime voor de vof verduidelijkt en vereenvoudigt, waarbij haar voorkeur uitgaat naar de figuur van optionele rechtspersoonlijkheid.<sup>54</sup>

Meijers constateert eveneens dat – ook al wordt de uitdrukkelijke kwalificatie “rechtspersoon” overwegend aan de vof onthouden – uit wet, jurisprudentie en doctrine tal van elementen naar voren zijn gekomen die aan de vof een zekere mate van zelfstandigheid en eigen identiteit verlenen. Een en ander betekent volgens hem overigens niet dat het firmaverband los kan worden gezien van de personen der vennoten. De deelgenoten zijn immers steeds hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van het geheel en ook anderszins bestaat tussen elk van hen persoonlijk en het samenwerkingsverband een lotsverbondenheid (ontbinding van de vennootschap bij dood en faillissement, geen vrije toe- en uittreding etc). Het zijn vooral deze aspecten die de vof het karakter geven van een *personen*associatie. De rechtsvorm van de vof neemt daarmee een plaats in die ligt ergens tussen een contractuele relatie aangegaan door individuen die elk een bedrijf uitoefenen en de

48 HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444, NJ 2017/395, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2017/285, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Bastion de Leede*), rov. 3.7.5.

49 Blanco Fernández, noot JOR 2017/285, onder 3-4. Mijns inziens ten onrechte, omdat de participanten de grondslag van een onrechtmatige daad uitdrukkelijk aan hun vordering ten grondslag hadden gelegd, zie rov. 3.7.1 van het arrest.

50 Zie o.a. Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/13 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/163, beiden met literatuurverwijzingen. Zie ook Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2018, par. 4.5.1 (p. 124).

51 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/14.

52 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/163.

53 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/164.

54 P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma (diss. Groningen) 2016, par. 6.4.1, 13.3 en 13.6.

geïntegreerde ondernemingsstructuur zoals wij die kennen binnen het kader van de kapitaalvennootschap, aldus Meijers.<sup>55</sup>

2.32. Daartegenover staan echter enkele theorieën volgens welke de vof reeds naar geldend recht moet worden aangemerkt als *rechtsbevoegd*, een *rechtssubject* dan wel een *rechtspersoon*, althans door uw Raad aldus zou moeten worden gekwalificeerd.

2.33. Stokkermans bepleit de leer van de *rechtsbevoegde vof*: de vof is geen rechtspersoon maar heeft wel een zekere identiteit. Daartoe wordt het begrip “wisselvertegenwoordiging” geïntroduceerd. Dit berust erop dat men “de vennootschap” in artikel 17 lid 1 WvK kan opvatten als “de vennoten van tijd tot tijd, als zodanig”. Het handelen in naam van de vennoten van tijd tot tijd is “wisselvertegenwoordiging”. Dit bindt niet degenen die vennoot zijn tijdens de handeling, maar de groep, waarvan de samenstelling van tijd tot tijd kan wijzigen. De vof kan aldus zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen, als drager van eigen rechten en verplichtingen. De toepasselijkheid van wisselvertegenwoordiging bij de vof kan volgens Stokkermans zonder wetswijziging worden erkend. Hij ziet in het *Amlax*-arrest van het Amsterdamse hof (waarover hiervoor onder 2.26) een stilzwijgende aanvaarding van de hier bedoelde leer.<sup>56</sup>

2.34. Tervoort stelt zich op het standpunt dat de vof, hoewel geen rechtspersoon, wel *rechtssubject* is. Zij is méér is dan de optelsom van de individuele vennoten alleen; zij geldt rechtens als een zekere eenheid. De erkenning van een afgescheiden vermogen en de daarbij behorende verhaalspreferentie van de vennootschapscrediteuren, de mogelijkheid van faillietverklaring en de zelfstandige procespositie laten zich volgens hem uitsluitend ver-

klaren wanneer aangenomen wordt dat de vennootschap meer is dan een obligatoire verhouding tussen de vennoten. De personenvennootschap is daarmee volgens Tervoort – hoewel geen rechtspersoon – gepersonifieerd en losgemaakt van de aan haar ten grondslag liggende overeenkomst. Daaruit volgt dat de personenvennootschap als een zelfstandige rechtsdrager of afzonderlijk rechtssubject kan worden aangemerkt. Daarmee bedoelt hij dat de vennootschap, als partij bij voor haar bindende rechtsverhoudingen, bestaat uit de collectiviteit van de gezamenlijke vennoten, optredend in hun vennootschappelijk verband en zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen.<sup>57</sup>

2.35. Zoals bij de bespreking van de rechtspraak ook reeds bleek (hiervoor onder 2.24 en 2.25), bepleit Blanco Fernández de aanvaarding van de vof als rechtssubject.<sup>58</sup> Het zou volgens hem een consistente ontwikkeling van de leer van het afgescheiden vermogen zijn om de eigen rechtssubjectiviteit van de drager van dat vermogen te aanvaarden. Een personenvennootschap kan naar zijn mening rechtssubject zijn zonder tevens rechtspersoon te zijn. Het vermogen van de vennootschap kan worden gezien als een vorm van collectieve gerechtigdheid van de vennoten die, met erkenning van de eigen rechtssubjectiviteit van de door de vennoten gevormde collectiviteit, het midden houdt tussen de rechtspersoon van Boek 2 en de gemeenschap van Boek 3. Het is een sui generis vorm van persoonlijkheid en van gerechtigdheid.<sup>59</sup> Volgens Duinkerke moet de Hoge Raad met de thans gestelde prejudiciële vragen de kans aangrijpen om onduidelijkheid weg te nemen door de rechtssubjectiviteit van de vof te erkennen. Een logisch gevolg daarvan is dat de vof steeds meer de karaktertrekken krijgt van een rechtspersoon en een nieuwe “categorie” rechtssubjecten zal vormen naast natuurlijke en rechtspersonen. De vof wordt dan drager van eigen rechten en verplichtingen en zal bij het handelen door een of meer vennoten namens de vof in contractueel

55 Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2018, par. 4.5.1 (p. 125).

56 Chr. M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht (diss. Rotterdam) 2017/3.3.3.2. Zie daarover van diens hand ook: Wisselvertegenwoordiging en middellijke vertegenwoordiging: sleutels voor een moderne benadering van de personenvennootschappen, Ondernemingsrecht 2012/49, par. 3; Ontwikkelingen in het personenvennootschapsrecht, WPNR 2015/7051, par. 3.2; Rechtsvormkeuzevrijheid in beroep en bedrijf, WPNR 2016/7109, par. 2.2; noot onder het *Carlande*-arrest, JOR 2015/134, onder 4 (met verwijzing naar andere vindplaatsen).

57 A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht 2015, p. 7-8.

58 J.M. Blanco Fernández, De rechtssubjectiviteit van de openbare vennootschap, WPNR 2003/6549.

59 Blanco Fernández, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7491, JOR 2015/329, onder 5 en 6.

opzicht ook zelf worden gebonden. Deze uitbreiding ten aanzien van het handelen namens en met de vof zal de rechtszekerheid volgens Duinkerke ten goede komen.<sup>60</sup>

2.36. Tenslotte wordt ook verdedigd dat de vof naar geldend recht (wel) *rechtspersoonlijkheid* heeft. Zoals hiervoor (onder 2.24) al aan de orde kwam, betoogt Raaijmakers (onder verwijzing naar andere auteurs) dat de openbare vennootschap rechtens is aan te merken als zelfstandige drager van rechten en plichten, en dat zij als zodanig rechtssubject en daarmee – naar zijn oordeel – rechtspersoon is.<sup>61</sup> Raaijmakers ziet niet in welk probleem de Hoge Raad wil oplossen, welk gevaar hij het hoofd wil bieden en welke inhoud hij het begrip rechtspersoonlijkheid wil toekennen als hij uitdrukkelijk overweegt dat de vof geen rechtspersoonlijkheid geniet, maar daar in een adem aan toevoegt dat zij wel als “afzonderlijk rechtssubject” zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Enig gevaar dat de aanduiding “rechtspersoon” de algemene bepalingen van Boek 2 BW toepasselijk maakt is er volgens hem niet. Als dat gevaar voor de Hoge Raad reden mocht zijn de aanduiding “rechtspersoon” te vermijden, dan zou hij zelf met zoveel woorden kunnen verduidelijken dat erkenning van de openbare vennootschap als rechtspersoon haar niet tot “Boek 2-rechtspersoon” maakt en de algemene bepalingen en regelingen van Boek 2 BW op haar niet van toepassing zijn, aldus Raaijmakers.<sup>62</sup>

#### Ontwerpwetgeving

2.37. Er zijn in de loop van de tijd verschillende initiatieven geweest tot vernieuwing van de wettelijke regeling van de personenvennootschap, waaronder het in 2002 door de regering ingediende Wetsvoorstel Vaststelling titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Kamerstuk-

ken II 2002/2003, 28 746, nr. 2). Dit voorzag in de mogelijkheid van oprichting van een vof met rechtspersoonlijkheid, terwijl ook een vof zonder rechtspersoonlijkheid tot de mogelijkheden bleef behoren. Dit wetsvoorstel is in 2011 ingetrokken.<sup>63</sup>

Daarop heeft de Werkgroep Personenvennootschappen in september 2016 het rapport “Modernisering Personenvennootschappen” gepresenteerd. Dit bevat een wetsvoorstel met bijbehorende memorie van toelichting. Daarin wordt een openbare personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid geïntroduceerd.<sup>64</sup>

Onlangs, op 21 februari 2019, is een mede op dit rapport gebaseerd Voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen met bijbehorende toelichting in consultatie gebracht.<sup>65</sup> In de voorgestelde titel 7.13 BW (Vennootschap) wordt uitgegaan van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid waarop, afgezien van de artikelen 2:4 lid 2 en 2:5 BW, Boek 2 niet van toepassing is (art. 803). De vennoten zijn naast de vennootschap hoofdelijk verbonden voor verbintenissen van de vennootschap jegens derden. Hun aansprakelijkheid is echter een subsidiaire, namelijk voor zover de wederpartij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet aan de verbintenis zal kunnen voldoen (art. 809). Anders dan volgens het *Carlande*-arrest, is volgens het voorstel de vennoot slechts verbonden voor verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan na zijn toetreden (art. 809 lid 3).

#### Beantwoording prejudiciële vragen

2.38. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen neem ik, in lijn met de bestaande rechtspraak en de meerderheid der auteurs, tot uitgangspunt dat de vof – hoewel zij rechtens in verschillende opzichten zelfstandigheid geniet – naar geldend recht geen rechtspersoonlijkheid heeft.

60 E.P.C. Duinkerke, noot onder Rb Overijssel 20 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2748, JIN 2018/160 (onder verwijzing naar J.M. Blanco Fernández, WPNR 2018/7190).

61 Pitlo/Raaijmakers, Ondernemingsrecht (Pitlo-serie nr. 2) 2017/2.2.7b, onder verwijzing naar Diephuis, Eggen, Scholten en Pitlo die dezelfde observatie hebben gedaan, en naar Van der Grinten en Maeijer die rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap afwijzen. Zie ook par. 2.1.5c.

62 Pitlo/Raaijmakers 2017/2.2.7b.

63 Zie over de verschillende ontwerpen Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2018, par. 1.4 (p. 7-12) en Bijzondere overeenkomsten (De Groot) (SBR deel 6) 2016, nr. 401, met vermelding van kamerstukken e.a.

64 Zie M. van Olffen e.a., Modernisering personenvennootschappen. Congres en Rapport Werkgroep Personenvennootschappen, 2016 (inclusief Voorstel Titel 7.13 en Voorstel Memorie van Toelichting).

65 Zie <https://www.internetconsultatie.nl/modernisering-personenvennootschap>.



2.39. Op grond van artikel 17 WvK is iedere vennoot in beginsel bevoegd namens de vof te handelen. Het is algemeen aanvaard dat, gegeven dat de vof geen rechtspersoonlijkheid heeft, het contracteren door een vennoot namens de vof er rechtens slechts toe kan leiden dat de handelende vennoot de gezamenlijke vennoten bindt.<sup>66</sup> Hier geldt het immers het adagium: “de vof – dat zijn de gezamenlijke vennoten”.<sup>67</sup> Rechten en plichten uit hoofde van een tussen de personenvennootschap en een derde gesloten overeenkomst moeten aan dit collectief worden toegerekend. Er is derhalve sprake van een tweepartijenovereenkomst waarbij de vennoten tegenover de wederpartij *gezamenlijk partij* zijn, en wel in hun *hoedanigheid* van vennoot.<sup>68</sup>

2.40. In het verlengde daarvan moet naar mijn mening worden aangenomen dat de werknemer die in dienst is van een vof naar het civiele recht geacht moeten worden in dienst te zijn van de *gezamenlijke* vennoten als zodanig als *werkgever*.<sup>69</sup>

2.41. Arbeidsrechtelijk bestaat hiervoor geen betsel. Artikel 7:610 BW, sprekend van een arbeids-overeenkomst met “de werkgever”, staat er niet aan in de weg dat in bepaalde situaties meerdere partijen als werkgever partij zijn bij de arbeidsovereenkomst, zoals indien de werknemer een arbeids-overeenkomst heeft met een maatschap of vennootschap onder firma. In deze situatie fungeren

de verschillende maten of vennoten gezamenlijk als werkgever van de werknemer ex artikel 7:610 lid 1 BW.<sup>70</sup>

*Beantwoording prejudiciële vragen I en IV: wie is/zijn werkgever indien een arbeidsovereenkomst is gesloten met een vof?*

2.42. Tot uitgangspunt dient, kortom, dat indien, zoals in het onderhavige geval, een vennoot (bevoegdlijk) namens de vof een overeenkomst sluit, daarmee (uitsluitend) de gezamenlijke vennoten als zodanig partij worden bij de overeenkomst. De vof als zodanig kan immers geen contractspartij zijn. Voor een namens de vof als werkgever gesloten arbeidsovereenkomst betekent dit dat (uitsluitend) de gezamenlijke vennoten als zodanig als werkgever kwalificeren.

2.43. Dit brengt mee dat *prejudiciële vraag I* – “Indien een vof een arbeidsovereenkomst met een werknemer sluit, gelden dan de vennoten van die vof van rechtswege en in alle gevallen, ieder afzonderlijk, als werkgever?” –, op deze wijze geformuleerd,<sup>71</sup> ontkennend moet worden beantwoord.

De vennoten zijn immers niet ieder afzonderlijk als werkgever te kwalificeren, doch slechts gezamenlijk.

2.44. *Prejudiciële vraag IV* gaat uit van bevestigen-de beantwoording van vraag I en behoeft derhalve geen bespreking en beantwoording.

*Beantwoording prejudiciële vragen II en III: kwalificeren de vorderingen van de werknemer/UWV als preferente respectievelijk boedelvordering in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten?*

2.45. Ook *prejudiciële vraag II* veronderstelt een bevestigende beantwoording van vraag I en behoeft daarom geen bespreking.

66 Vgl. de hiervoor onder 2.15, 2.18 en 2.26 vermelde rechtspraak. Zie m.b.t de maatschap: HR 30 januari 1925, ECLI:NL:HR:1925:237, NJ 1925 p. 391 (*Poolsch-Hollandsche Handelssociëteit*).

67 Aldus HR 9 april 1958, ECLI:NL:HR:1958:61, NJ 1958/331, m.nt. L.E.H. Rutten. Zie hiervoor onder 2.15.

68 Zie o.m. Assink/Slagter 2013 (Deel 2), § 99.4 (p. 1971); A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht, 2015, par. 6.2.2.2 (p. 123); Bijzondere overeenkomsten (De Groot) (SBR deel 6) 2016, nr. 415 (p. 452); Rechtspersoon, vennootschap en onderneming (Huizink) (SBR deel 7) 2016, nr. 150 (p. 239) (m.b.t. de maatschap); Mathey-Bal, diss. 2016, par. 5.2.1 (p. 148-149); Stokkermans, diss. 2017, par. 3.3.3.2 (p. 247), en par. 3.3.4.1 (p. 254); Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/13. Zie ook I.I. Van Tuyl van Serooskerken, Het gevaar van de personenvennootschap, Bb 2017/37, onder 2.3; Duinkerke, noot onder Rb Overijssel 20 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2748, JIN 2018/160.

69 Vgl. Loesberg, noot onder Rb Overijssel 25 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1901, JOR 2018/256, onder 3.

70 J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit werkgeverschap (MSR nr. 55) 2012/1.3. Zie ook Verhulp, T&C BW, art. 7:610 BW, aant. 2a.

71 Ik merk hierbij op dat partijen in feite hetzelfde antwoord geven op deze prejudiciële vraag. Volgens UWV is de eerste prejudiciële vraag “ietwat ongelukkig geformuleerd”. De vennoten kunnen (ook) volgens UWV niet ieder afzonderlijk als werkgever worden aangemerkt; zij hebben als collectief als werkgever te gelden (schriftelijke opmerkingen tijdens UWV, onder 3.24-3.26).

2.46. Wat betreft prejudiciële vraag III kan het volgende worden opgemerkt.

2.47. Hiervoor is vastgesteld dat de vennoten *gezamenlijk* partij c.q. werkgever zijn. Het *gezamenlijk* partij-zijn van de vennoten bij een overeenkomst “met de vof” is een geval bij uitstek als bedoeld in artikel 6:6 lid 1 BW, zodat dit leidt tot verbondenheid voor gelijke delen, tenzij uit de wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeit. Anders dan ten aanzien van de leden van een maatschap het geval is (zie art. 7A:1680 BW: verbondenheid voor gelijke delen), vloeit voor de vennoten van de vof uit de wet voort dat zij *hoofdelijk* verbonden zijn (art. 18 WvK).<sup>72</sup>

2.48. Hoofdelijke verbondenheid houdt in dat de schuldeiser tegenover ieder van de vennoten recht heeft op *nakoming* voor het geheel (art. 6:7 lid 1 BW). Dit betekent dat de vennoten niet alleen “(verhaals)aansprakelijk” zijn, maar daadwerkelijk ieder “zelf verbonden” zijn tot al hetgeen waartoe “de vof” gehouden is.<sup>73</sup> Het gaat bij verbondenheid uit hoofde van artikel 18 WvK derhalve om gebondenheid van (uitsluitend) de vennoten *naast elkaar*.<sup>74</sup>

2.49. De oorsprong van deze regeling is gelegen in de kern van de problematiek omtrent de vof als personenvennootschap: het ontbreken van rechtspersoonlijkheid. Het is om die reden dat de vennootschapscrediteur zekerheid wordt geboden in de persoon en de goederen van een of meer vennoten. Daartoe bepaalt artikel 18 WvK dat de vennoten naast elkaar voor het geheel jegens de

vennootschapscrediteur zijn verbonden. Ik verwijs naar de wetsgeschiedenis van artikel 18 WvK (aangehaald hiervoor onder 2.9).<sup>75</sup>

2.50. Vanuit dit vertrekpunt lijkt steun te kunnen worden gevonden voor de zienswijze van UWV in de onderhavige procedure, dat wettelijke bepalingen die aan de vorderingen van werknemers/UWV op de werkgever een preferentie of de status van boedelschuld toekennen, rechtstreeks van toepassing zijn in de wettelijke schuldsaneringen van de vennoten.<sup>76</sup> Het zijn immers de vennoten die, bij gebreke van enig ander rechtssubject, naast elkaar ieder voor het geheel rechtstreeks als *drager* van de contractuele verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met de (niet bestaande) vof worden aangewezen. Het lijkt dan verdedigbaar dat die gebondenheid betrekking heeft op de vordering op de vof/werkgever met al haar eigenschappen en hoedanigheden, zoals preferentie en status.<sup>77</sup>

2.51. Voor deze verplichtingen van de afzonderlijke vennoten, zo zou de hier ingezette gedachtegang kunnen worden vervolgd, kan vervolgens met inachtneming van de betreffende rang of status *verhaal* worden gezocht op de vermogens van de afzonderlijke vennoten (art. 3:276 BW). Deze omvatten primair het “gewone” privévermogen. *Daarnaast* (zie ook het arrest *VDV Totaalbouw*, rov. 3.4.1, 3e alinea, aangehaald hiervoor onder 2.23) heeft de werknemer/UWV dan ook nog verhaal op het vermogen dat de vennoten hebben afgescheiden voor de bedrijfsvoering in vof-verband (en wel met voorrang boven de privé-schuldeisers).<sup>78</sup>

72 Bijzondere overeenkomsten (De Groot) (SBR deel 6) 2016, nr. 416 (p. 452-453); Rechtspersoon, vennootschap en onderneming (Huizink) (SBR deel 7) 2016, nr. 150 (p. 242); Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/143; J.B. Huizink, Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf, 2017, p. 33. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/102.

73 Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2018, par. 4.5.3 (p. 133). Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/100.

74 Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/145; Stokermans, diss. 2017, par. 3.3.4.1 (p. 254). Vgl. de conclusie van A-G Huydecoper (onder 11) vóór en de JOR-noot van Blanco Fernández onder HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, JOR 2003/32 (.../...)

75 Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde (...): “De maatschap heeft geen rechtspersoonlijkheid. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, zijn daarom de individuele maten jegens de wederpartij persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap.”

76 Zie schriftelijke opmerkingen zijdens UWV, nr. 3.27.

77 Vgl. Mathey-Bal, diss. 2016, par. 3.6.1.2 (p. 105): “Het ontstaan van de aansprakelijkheid en het ontstaan van het voorrecht kan niet los van elkaar worden gezien.”

78 Dit lijkt ook door te klinken in Bijzondere overeenkomsten (De Groot) (SBR deel 6), 2016, nr. 417 (p. 453), waar wordt gesproken (niet van “vorderingsrechten” of “vorderingen”, maar) van “rechtsovereenkomsten” met het doel van “verhaal” op achtereenvolgens (i) het privévermogen van de vennoot, en (ii) de vennootschappelijke gemeenschap.

2.52. Inmiddels lijkt deze benadering – waarbij vanuit de noodzakelijke belichaming van de vof in de vennoten wordt gekomen tot inhoudelijke verbondenheid van de vennoten naast elkaar en verhaal op hun privévermogen, aangevuld met (exclusief) verhaal op het vennootschapsvermogen – blijkens rechtspraak en literatuur plaats te hebben gemaakt voor een diametraal andere benadering. Daarin wordt het *afgescheiden vermogen* van de vof tot vertrekpunt genomen en aangegrepen als basis voor (i) het bestaan van twee samenlopende vorderingen van de vennootschapscrediteur op ieder der vennoten, elk met een eigen verhaalsobject, en (ii) (hoofdelijke) verbondenheid van de vennoten *naast* verbondenheid van de vof zelf, waarbij bovendien (iii) de verbondenheid van de vennoten een zeker subsidiair karakter lijkt te worden toegekend.<sup>79</sup>

2.53. Wat de rechtspraak betreft roep ik in herinnering de overwegingen van Uw Raad (met mijn cursivering)

“3.3.1. (...) dat een schuldeiser van de v.o.f. tegen ieder der vennoten twee samenlopende vorderingsrechten heeft, namelijk een vorderingsrecht tegen de *gezamenlijke vennoten*, welke vordering verhaalbaar is op het vermogen van de v.o.f., en een vorderingsrecht tegen de *vennoot persoonlijk*, welke vordering verhaalbaar is op het vermogen van deze vennoot.”<sup>80</sup>

“3.4.1. (...) Ingevolge art. 18 WvK is elk der vennoten hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vof, *wat betekent* dat die verbintenissen *ook* op hen persoonlijk rusten. De schuldeisers van de vof kunnen daarom hun vorderingen op het privévermogen van de vennoten verhalen. Daarnaast kunnen de schuldeisers van de vof zich met voorrang boven de privéschuldeisers van de vennoten op het afgescheiden vermogen van de vof verhalen.”<sup>81</sup>

“3.4.3. (...) art. 18 (...) WvK [beoogt] (...) de schuldeisers van een vennootschap onder firma (...) te beschermen in een situatie waarin het (van dat van de vennoten) afgescheiden vennootschapsvermogen *ontoereikend* is om aan alle verbintenissen van de vennootschap te voldoen, door hun een verhaalsmogelijkheid te geven op het vermogen van de (...) vennoten zelf.”<sup>82</sup>

2.54. Ook in de literatuur wordt gewag gemaakt van (hoofdelijke) verbondenheid van de vennoten *naast* verbondenheid van de vof zelf, al of niet met de toevoeging dat deze laatste verbondenheid (van de vennoten naast de vof) op haar beurt eveneens een hoofdelijke is.<sup>83</sup>

Zo betoogt Tervoort dat een vennootschapscrediteur op grond van artikel 6:7 lid 1 BW te zijner keuze van de vof en/of van ieder van de vennoten de volledige prestatie kan vorderen, in dier voege dat ingevolge artikel 6:7 lid 2 BW nakoming door één der hoofdelijk verbonden partijen, “bijvoorbeeld de vof”, ook de andere hoofdelijk verbonden partij bevrijdt. Zie ik het goed, dan wordt deze (hoofdelijke) verbondenheid van de vof en de vennoten naast elkaar gebaseerd op de rechtspraak van uw Raad volgens welke de vennootschapscrediteur beschikt over twee samenlopende vorderingsrechten jegens ieder der vennoten, een tegen de *gezamenlijke vennoten/de vof* en een tegen de *vennoot persoonlijk* (waarover hiervoor onder 2.13).<sup>84</sup>

Nevengeschiedte hoofdelijke gebondenheid van vof en vennoten vindt men ook waar betoogd wordt dat (i) op de vennoten als collectief de rechten en plichten van het partij-zijn rusten, terwijl *daarnaast* (ii) de plichten uit de overeenkomst *ook* op de vennoten in privé rusten, waarbij dit gezien wordt als een gevolg van artikel 18 WvK.<sup>85</sup>

79 Vgl. Chr.M. Stokkermans, in: Huijgen e.a., De personenvennootschap anno 2015 en haar toekomst (Ars Notariatus 159), 2015, p. 108: “De vennotenaansprakelijkheid heeft hier dus een ancillair karakter. De VOF als geheel staat voorop.”

80 HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, NJ 2004/212, m.nt. H.J. Snijders ([...]/[...]).

81 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (VDV *Totaalbouw*).

82 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Carlande*).

83 Zie bijv. Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2018, par. 4.5.3 (p. 133).

84 A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht, 2015, par. 6.5.2 (p. 141). Zie ook GS Personenassociaties (Tervoort), par. 3.3.1.2 en 3.4.2.

85 Mathey-Bal, diss. 2016, par. 2.4.1 (p. 44), en par. 5.2.1 (p. 149), onder verwijzing naar M.J. Kroeze, Vragen uit de rechtspraktijk (13), Ondernemingsrecht 2005-2, p. 52.

Stokkermans, die uitgaat van eigen rechtssubjectiviteit van de vof, betoogt dat de aansprakelijkheid van de vennoten *naast* de vof een hoofdelijk karakter heeft, zij het dat daarvoor niet in alle opzichten de regels van hoofdelijkheid gelden; de aansprakelijkheid van de vennoten naast de vof zou een afhankelijk karakter dragen, net als de borgstelling.<sup>86</sup>

Ten slotte wordt ook betoogd dat de vennoten ten opzichte van de vof *niet* hoofdelijk aansprakelijk zijn, zodat hoogstens plaats is voor analoge toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>87</sup>

2.55. Deze verschuiving van de focus naar het aannemen van een *zelfstandige vordering* van de vennootschapscrediteur op de *gezamenlijke vennoten* (*naast* een vordering op de afzonderlijke vennoten *persoonlijk*) impliceert mijns inziens dat de gebondenheid van de vennoten van tweeërlei aard is geworden. Enerzijds zijn zij gebonden in hun hoedanigheid van (gezamenlijk) *contractant* en anderzijds als voor het geheel *aansprakelijke* medeschuldenaar.

2.56. Naar mijn mening brengt dit mee dat eventuele preferenties die aan een vordering op een contractspartij verbonden zijn, zoals de preferentie van artikel 3:288 aanhef en sub e BW en van artikel 66 lid 3 WW jegens de “werkgever”, alleen kunnen worden ingeroepen bij het verhaal van de vordering op de gezamenlijke vennoten op het vennootschapsvermogen. De vorderingen op de afzonderlijke vennoten in privé staan geheel los van de contractuele vordering op de gezamenlijke vennoten. De individuele vennoten zijn geen werkgever, maar “slechts” voor het geheel aansprakelijk medeschuldenaar. Aan de daaruit voortvloeiende vorderingen verbindt de wet geen preferentie.<sup>88</sup>

2.57. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de status van boedelschuld ex artikel 40 Fw. In privé zijn de vennoten geen werkgever. Aan hun aansprakelijkheid voor de loonverplichtingen van de vof na datum faillissement verbindt de wet – dat zou hier de enige voorstelbare grondslag zijn<sup>89</sup> – geen boedelschuld.

2.58. Uit het voorgaande volgt dat *prejudiciële vraag III* ontkenkend beantwoord moet worden.

*Beantwoording prejudiciële vraag V: maakt het bij de beantwoording van (een van) bovenstaande vragen nog uit of UWV zijn vordering in het faillissement van de vof heeft aangemeld, en daarop al dan niet een (gedeeltelijke) uitkering heeft/zal ontvangen?*

2.59. Vraag V vraagt stelt aan de orde of het bij de beantwoording van de zojuist besproken vragen I en III uitmaakt of UWV in het faillissement van de vof een eventuele uitkering heeft ontvangen of zal ontvangen.

2.60. Het antwoord op deze vraag kan mijns inziens kort zijn. Niet valt in te zien dat een eventuele uitkering in het faillissement van de vof afbreuk doet aan het gezamenlijk werkgeverschap van de vennoten q.q. (vraag I), noch aan het feit dat een preferente of boedelvordering op de vof/werkgever niet met diezelfde rang of status kan worden geldend gemaakt in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten (vraag III).

2.61. Die uitkering in het faillissement van de vof zou hoogstens invloed kunnen hebben op de hoogte van een eventuele uitkering in de schuldsaneringen. Weliswaar worden het vennootschappelijk vermogen en de privévermogens van de vennoten als afzonderlijke boedels afgewikkeld, maar de (eventueel: voorwaardelijke) verificatie in de schuldsaneringen kan op verschillende wijzen worden beïnvloed door een uitkering in het faillissement van de vof.<sup>90</sup> Indien de verbondenheid van de vennoten in privé naast die van de gezamenlijke vennoten/de vof wordt aangemerkt

86 Stokkermans, diss. 2017, par. 3.3.4.1 (p. 254).

87 Van den Berg, noot onder HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261, JBPR 2003/25 ([...]/[...]).

88 Vgl. HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, JOR 2014/199, m.nt. E.A. van Dooren, JIN 2014/108, m.nt. J. van der Kraan, RI 2014/59 (UWV/curatoren *Econcern*), rov. 3.3.2. Zie ook HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, NJ 2014/309, m.nt. P. van Schilfgaarde, Ondernemingsrecht 2014/83, m.nt. H. Beckman (*Hertogs/curatoren Econcern*), rov. 3.3.2. Zie ook W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen, 2016, par. 4.1 (p. 59).

89 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijnen ([...]/[...] q.q.), rov. 3.7.1.

90 Zie over de wijzen van afwikkeling o.m.: M.H.F. van Vugt en R.J. Verschoof, Samenloopproblematiek faillissement en schuldsaneringsregeling bij de vof. Twee geloven op één kussen..., FIP 2014, p. 114-121, en Mathey-Bal, diss. 2016, par. 3.5.1 (p. 102).

als een hoofdelijke, moet in dit verband rekening worden gehouden met de regeling van artikel 328 jo. 136 Fw, die kan meebrengen dat de vordering van de vennootschapscrediteur in de schuldsanering ook na gedeeltelijke voldoening uit het faillissement van de vof blijft meetellen voor het bedrag waarvoor deze is geverifieerd.<sup>91</sup>

2.62. Het antwoord op *prejudiciële vraag V* is dus ontkennend.

### 3. Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals hiervoor onder 2.43, 2.44, 2.45, 2.58 en 2.62 aangegeven.

### Hoge Raad

(...; red.)

#### 3. Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) [de vennootschap onder firma] (hierna: [de vennootschap onder firma]) had twee vennoten.

(ii) [de vennootschap onder firma] en de beide vennoten zijn op 1 april 2015 in staat van faillissement verklaard. Op 17 november 2015 zijn de faillissementen van beide vennoten omgezet in wettelijke schuldsaneringsregelingen. Het faillissement van [de vennootschap onder firma] is op 27 juli 2016 opgeheven bij gebrek aan baten.

(iii) UWV heeft bij de bewindvoerder in de schuldsaneringsregelingen van beide vennoten (hierna: de bewindvoerder) onder meer de volgende vorderingen ingediend:

(a) Boedelvorderingen € 20.084,95

(b) Preferente vorderingen € 23.178,36 en € 4.265,69.

(iv) Op 6 juli 2017 heeft de verificatievergadering in beide schuldsaneringsregelingen plaatsgevonden. Op die vergadering heeft de bewindvoerder weersproken dat de door UWV ingediende, hiervoor onder (iii) (a) vermelde vorderingen boedelvorderingen zijn. Daarnaast heeft de bewindvoer-

der betwist dat UWV preferente in plaats van concurrente schuldeiser is ten aanzien van de hiervoor onder (iii) (b) vermelde vorderingen.

3.2. In dit geding vordert UWV jegens de bewindvoerder een verklaring voor recht dat

(a) de door UWV in de schuldsaneringsregelingen van beide vennoten ingediende vorderingen uit hoofde van art. 66 lid 1 en lid 2 Werkloosheidswet (WW) ter zake van loon respectievelijk pensioenpremie van in totaal € 20.084,95 als boedelvorderingen als bedoeld in art. 40 Fw dienen te worden aangemerkt;

(b) de door UWV in die schuldsaneringsregelingen ingediende loonvordering op grond van art. 66 lid 1 WW van € 23.178,36 en de vordering op grond van art. 66 lid 2 WW ter zake van het werkgeversdeel premie sociale verzekeringen van € 4.265,69 dienen te worden erkend als preferente vorderingen.

3.3. De rechtbank heeft overwogen dat de vraag centraal staat of de vennoten zelf als werkgevers hebben te gelden (rov. 4.1). Zij heeft vastgesteld dat partijen in dat kader van mening verschillen over enkele principiële vragen ten aanzien van de aard en het wezen van de vennootschap onder firma (hierna ook: vof), waarop geen duidelijk antwoord bestaat (rov. 4.8-4.9). De rechtbank heeft, in lijn met daarop gerichte verzoeken van partijen, aanleiding gezien de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen:

(I) Indien een vennootschap onder firma een arbeidsovereenkomst met een werknemer sluit, gelden dan de vennoten van die vennootschap onder firma van rechtswege en in alle gevallen, ieder afzonderlijk, als werkgever?

(II) In geval van bevestigende beantwoording van vraag (I): zijn in dat geval, indien de vennootschap onder firma faillieert en de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard op de vennoten, en de preferente en boedelvorderingen van de zaakscrediteuren in het faillissement van de vennootschap onder firma niet volledig kunnen worden voldaan, de met de arbeidsovereenkomst samenhangende preferente respectievelijk boedelvorderingen van de werknemer en (op grond van subrogatie door overname van de desbetreffende verplichtingen) van UWV eveneens preferente respectievelijk boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten?

91 Zie over de effecten van art. 136 Fw uitgebreid: W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen, 2016, par. 4.9.3 (p. 95-98).

(III) In geval van ontkennde beantwoording van vraag (I): zijn in dat geval, indien de vennootschap onder firma faillieert en de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard op de vennoten, en de preferente en boedelvorderingen van de zaakscriteuren in het faillissement van de vennootschap onder firma niet volledig kunnen worden voldaan, de met de arbeidsovereenkomst samenhangende preferente respectievelijk boedelvorderingen van de werknemer en (op grond van subrogatie door overname van de desbetreffende verplichtingen) van UWV eveneens preferente respectievelijk boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten?

(IV) In geval van bevestigende beantwoording van vraag (I): heeft in dat geval, de vennootschap onder firma, naast de vennoten, ook als (afzonderlijk) werkgever in de zin van art. 66 WW en/of art. 40 Fw te gelden?

(V) Maakt het bij de beantwoording van (een van) bovenstaande vragen nog uit of UWV haar vordering in het faillissement van de vennootschap onder firma heeft aangemeld, en daarop al dan niet een (gedeeltelijke) uitkering heeft ontvangen/zal ontvangen?

#### *Uitgangspunten*

3.4.1. Een vof is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strekkende tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband (vgl. art. 16 WvK in verbinding met art. 7A:1655 BW). Aan de vof komt naar geldend recht geen rechtspersoonlijkheid toe. Wet en rechtspraak kennen niettemin tot op zekere hoogte in het rechtsverkeer aan de vof een zelfstandige positie toe ten opzichte van de afzonderlijke vennoten. Zo kan een vof op eigen naam in rechte optreden (art. 51 lid 2 Rv) en kan zij op eigen naam failliet verklaard worden (art. 4 lid 3 Fw). Verder is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het voor het bedrijf van de vof bestemde vermogen van de vennoten afgescheiden van hun privévermogens. Op dit afgescheiden vermogen kunnen schulden, aangegaan in het kader van het door de vof uitgeoefende bedrijf, worden verhaald. Het faillissement van de vof ziet op de vereffening en verdeling van het afgescheiden vermogen en brengt niet steeds en zonder meer het faillissement mee van de vennoten. Zie voor het voorgaande onder meer HR

3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3674 (Hotel Jan Luyken); HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 («JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (*Bepro*); *red.*) (VDV Totaalbouw); HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1009 («JOR» 2017/249, m.nt. Blanco Fernández; *red.*).

3.4.2. Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid brengt mee dat een vof niet zelfstandig draagster is van subjectieve rechten en verplichtingen. Wanneer een vennoot handelt in naam van de vof (waartoe iedere vennoot op grond van art. 17 WvK in beginsel bevoegd is), handelt hij namens de gezamenlijke vennoten en bindt hij de gezamenlijke vennoten. Een overeenkomst “met de vof” moet dan ook worden aangemerkt als een overeenkomst met de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten (vgl. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569, rov. 3.8).

3.4.3. Art. 18 WvK bepaalt dat ieder van de vennoten hoofdelijk verbonden is wegens de verbintenissen van de vennootschap. Deze bepaling brengt mee dat iedere vennoot voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de verbintenissen van de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten. Art. 18 WvK vormt aldus een uitzondering op het in art. 6:6 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt dat indien een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd, zij ieder voor een gelijk deel verbonden zijn. Art. 18 WvK bewerkstelligt derhalve een hoofdelijke verbondenheid van de vennoten onderling en niet een hoofdelijke verbondenheid van iedere vennoot met de vof (de gezamenlijke vennoten).

3.4.4. Een schuldeiser van de gezamenlijke vennoten kan zijn vordering zowel geldend maken tegen de gezamenlijke vennoten (“tegen de vof”), als tegen iedere vennoot afzonderlijk. Een vennootschapscrediteur heeft aldus jegens iedere vennoot twee samenlopende vorderingsrechten: één jegens de gezamenlijke vennoten (“jegens de vof”), dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof, en één jegens de vennoot persoonlijk, dat verhaalbaar is op het privévermogen van deze vennoot. Tegen eerstgenoemde vordering kan een vennoot niet de aan hem persoonlijk toekomende verweermiddelen aanvoeren, tegen laatstgenoemde wel. Een op naam van de vof gewezen vonnis waarbij een vordering uitsluitend tegen de vof is toegewezen, kan geen gezag van gewijsde krijgen jegens een vennoot persoonlijk en niet worden tenuitvoergelegd ten laste van diens privévermogen. Een schuldeiser van de vof kan zowel de vof

(de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid) aanspreken als een of meer vennoten in privé; hij kan dat ook beide – na elkaar of gelijktijdig – doen. (Vgl. voor het voorgaande HR 18 december 1959, ECLI:NL:HR:1959:BG9455; HR 9 mei 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC0846, NJ 1969/307; HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9261 («JOR» 2003/32, m.nt. Blanco Fernández (*Valkenburg c.s./Theunissen*); red.); HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 («JOR» 2013/133, m.nt. Blanco Fernández; red.); HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 («JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (*Bepro*); red.))

#### *Wie is werkgever?*

3.5.1. De vragen I en IV stellen aan de orde wat de rechtsgevolgen zijn van het sluiten van een arbeidsovereenkomst door een vof: hebben de individuele vennoten elk afzonderlijk als werkgever te gelden, en zo ja, is naast hen de vof zelf als afzonderlijke werkgever aan te merken?

3.5.2. Uit het voorgaande volgt dat de vragen I en IV als volgt moeten worden beantwoord. Een arbeidsovereenkomst “met een vof” dient te worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst met de gezamenlijke vennoten. De gezamenlijke vennoten zijn dus als werkgever in de zin van titel 7.10 BW partij bij de arbeidsovereenkomst. Zoals hiervoor in 3.4.1 is gebleken, komt aan de vof geen rechtspersoonlijkheid toe en is de vof derhalve niet zelfstandig als werkgever in de zin van titel 7.10 BW aan te merken. Een werknemer “van de vof” kan zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vorderingen geldend maken zowel jegens de gezamenlijke vennoten (“jegens de vof”), met de mogelijkheid van verhaal op het afgescheiden vermogen van de vof, als voor het geheel jegens elke afzonderlijke vennoot, met de mogelijkheid van verhaal op het privévermogen van die vennoot.

#### *Bevoorrechte vordering jegens vennoot in privé?*

3.6.1. Vraag II stelt ten eerste aan de orde of de hierna in 3.6.2 te noemen voorrechten, die zijn verbonden aan een met de arbeidsovereenkomst samenhangende vordering op de vof, ook gelden in de schuldsaneringsregeling van een afzonderlijke vennoot.

3.6.2. Ingevolge art. 3:288, aanhef en onder e, BW is de vordering van de werknemer ter zake van loon bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar. Wanneer UWV, na faillietverklaring van de

werkgever, op de voet van art. 61-68 WW het door de werkgever verschuldigde (netto) loon aan de werknemer voldoet, wordt het gesubrogeerd in de desbetreffende vordering van de werknemer op de werkgever (art. 66 lid 1 WW). Wanneer UWV de over dat loon verschuldigde premies sociale verzekeringen aan de ontvanger afdraagt, verkrijgt het ter zake daarvan een verhaalsrecht op de werkgever (art. 66 lid 2 WW). De desbetreffende vordering is eveneens bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar (art. 66 lid 3 WW). Er is, tegen de achtergrond van het hiervoor in 3.4.1-3.5.2 overwogene, geen grond om bij de beantwoording van de vraag of een werknemer “van de vof” een aan zijn vordering verbonden voorrecht geldend kan maken, onderscheid te maken tussen het geval waarin hij de vordering instelt jegens de gezamenlijke vennoten en dat waarin hij de vordering instelt jegens een individuele vennoot. De verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst rusten immers op de gezamenlijke vennoten en daarmee op iedere vennoot afzonderlijk (zie hiervoor in 3.4.2 en 3.4.3). Dat aan de vof in het rechtsverkeer een zekere mate van zelfstandigheid ten opzichte van de afzonderlijke vennoten toekomt, maakt dit niet anders. Een andere opvatting zou afbreuk doen aan het uitgangspunt dat het wettelijke voorrecht van werknemers betrekking heeft op het gehele vermogen van de schuldenaar (art. 3:276 BW) en strekt ter bescherming van de werknemers. Werknemers zouden in die andere opvatting jegens een afzonderlijke vennoot immers slechts beschikken over een concurrente vordering.

3.6.3. Uit het hiervoor in 3.6.2 overwogene volgt dat vraag II, voor zover zij ziet op het voorrecht dat is verbonden aan de vorderingen van werknemers en aan de hier bedoelde vorderingen van UWV, bevestigend moet worden beantwoord: die vorderingen zijn ook bij het uitoefenen van verhaal op het privévermogen van de vennoten bevoorrechte vorderingen.

#### *Boedelvordering art. 40 lid 2 Fw in het faillissement van de vof tevens boedelvordering in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten?*

3.7. Vraag II stelt daarnaast aan de orde of met de arbeidsovereenkomst samenhangende boedelvorderingen van de werknemer van een vof eveneens boedelvorderingen in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de vennoten zijn. Bij de beantwoording van deze vraag is het volgende van be-

lang. Vanaf de dag van de faillietverklaring zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld (art. 40 lid 2 Fw). Art. 40 lid 2 Fw knoopt aldus voor het karakter van boedelschuld aan bij de dag van de faillietverklaring. Het faillissement van een vof heeft betrekking op het afgescheiden vermogen van de vof en is te onderscheiden van de faillissementen of de schuldsaneringsregelingen van haar vennoten (zie hiervoor in 3.4.1). Die onderscheiden faillissementen dan wel schuldsaneringsregelingen gaan dan ook niet noodzakelijkerwijs op hetzelfde moment in. In het licht hiervan, en van hetgeen hiervoor in 3.4.2-3.4.5 en in 3.5.2 over het rechtskarakter van de vof is overwogen, brengt art. 40 lid 2 Fw mee dat aan een vordering als bedoeld in die bepaling, die in het faillissement van de vof een boedelschuld oplevert, tevens het karakter van boedelschuld toekomt in het faillissement respectievelijk de schuldsaneringsregeling van een vennoot, maar slechts voor zover die vordering betrekking heeft op de periode na het ingaan van laatstbedoeld faillissement of schuldsaneringsregeling.

3.8. Vraag III behoeft na het voorgaande geen beantwoording.

3.9. Vraag V houdt in of het bij de beantwoording van (een van) de vragen I-IV van belang is of UWV zijn vordering in het faillissement van de vof heeft aangemeld, en daarop al dan niet een (gedeeltelijke) uitkering heeft of zal ontvangen. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de vragen I en IV op de hiervoor in 3.5.2 weergegeven wijze, vraag II op de hiervoor in 3.6.3 en 3.7 weergegeven wijze en vraag V op de hiervoor in 3.9 vermelde wijze; begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op (...; *red.*) aan de zijde van UWV en op (...; *red.*) aan de zijde van de bewindvoerder.

#### NOOT

1. In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad enkele door de Rechtbank Overijssel op de voet van art. 392 Rv aan hem gestelde prejudiciële vragen betreffende het rechtskarakter (de aard en het wezen) van een vennootschap onder firma (vof).

Centraal staat de vraag of de preferente faillissementsvorderingen en de preferente boedelvorderingen die door het UWV in het faillissement van een vof zijn ingediend, met dezelfde rang en met dezelfde status kunnen worden geldend gemaakt in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de beide vennoten van die vof. In dat verband komt ook de vraag aan de orde wie in geval van een door een werknemer met de vof gesloten arbeidsovereenkomst moet(en) worden aangemerkt als werkgever. Alvorens de prejudiciële vagen te beantwoorden, schetst de Hoge Raad in r.o. 3.4.1 t/m 3.4.4 het wettelijke en jurisprudentiële kader waarbinnen die vragen moeten worden beoordeeld.

2. In r.o. 3.4.1 stelt de Hoge Raad voorop dat een vof een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding is die strekt tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband (vgl. art. 16 WvK jo. art. 7A:1655 BW). Aan de vof komt naar geldend recht geen rechtspersoonlijkheid toe. In de literatuur is door sommigen wel anders verdedigd, maar voor die andersluidende opvatting is in de wet, de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie geen steun te vinden. Zie de Conclusie van de A-G, onder 2.24 en 2.29 t/m 2.38. Wel kennen de wet en de jurisprudentie tot op zekere hoogte in het rechtsverkeer aan de vof een zelfstandige positie toe ten opzichte van de individuele vennoten. Zo kan een vof in eigen naam in rechte optreden (vgl. art. 51 lid 2 Rv) en kan zij in eigen naam failliet worden verklaard (vgl. art. 4 lid 3 Fw). Voorts is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het voor het bedrijf van de vof bestemde vermogen van de vennoten (het zaaksvermogen) afgescheiden van hun privévermogens. Op dit afgescheiden vermogen kunnen schulden, aangegaan in het kader van het door de vof uitgeoefende bedrijf, worden verhaald. Privéschuldeisers van de individuele vennoten hebben op het afgescheiden vermogen geen verhaal. Het faillissement van de vof ziet volgens de Hoge Raad op de vereffening en verdeling van het hiervoor bedoelde zaaksvermogen en brengt niet steeds en zonder meer het faillissement van de individuele vennoten (dan wel het faillissement van een of meer van hen) met zich. Zie in dit verband onder meer HR 3 december 1971, NJ 1972/117, m.nt. GJS (*Hotel Jan Luyken*); HR 6 februari 2015, «JOR»



2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (*VDV Totaal-bouw*) en HR 2 juni 2017, «JOR» 2017/249, m.nt. Blanco Fernández.

3. In r.o. 3.4.2 geeft de Hoge Raad aan dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid met zich brengt dat een vof niet zelfstandig draagster is van subjectieve rechten en verplichtingen. Vgl. in dit verband ook Kortmann en Faber, noot onder HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/181, onder 5 (*VDV Totaalbouw*). Wanneer een vennoot handelt in naam van de vof (waartoe iedere vennoot op grond van art. 17 WvK in beginsel bevoegd is), handelt hij namens de gezamenlijke vennoten en bindt hij de gezamenlijke vennoten. Een overeenkomst "met de vof" moet dan ook worden aangemerkt als een overeenkomst met de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten. Vgl. in dit verband ook HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5569, *RvdW* 2012, 683, r.o. 3.8.

4. In r.o. 3.4.3 en 3.4.4 gaat de Hoge Raad in op de betekenis van art. 18 WvK, volgens welke bepaling ieder van de vennoten hoofdelijk verbonden is wegens de verbintenissen van de vennootschap. Dit brengt volgens de Hoge Raad met zich dat iedere vennoot voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de verbintenissen van de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten. Daarmee vormt art. 18 WvK een uitzondering op het in art. 6:6 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt dat indien een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd, zij ieder voor een gelijk deel verbonden zijn. Art. 18 WvK bewerkstelligt derhalve – zo overweegt de Hoge Raad – een hoofdelijke verbondenheid van de vennoten onderling en *niet* een hoofdelijke verbondenheid van iedere vennoot met de vof (de gezamenlijke vennoten). Een schuldeiser van de gezamenlijke vennoten kan zijn vordering zowel geldend maken jegens de gezamenlijke vennoten ("de vof"), als jegens iedere vennoot afzonderlijk. Een vennootschapscrediteur heeft aldus jegens iedere vennoot twee samenlopende vorderingsrechten: één jegens de gezamenlijke vennoten ("de vof"), dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof, en één jegens de vennoot persoonlijk, dat verhaalbaar is op het privévermogen van deze vennoot. Tegen eerstgenoemde vordering kan een vennoot niet de aan hem persoonlijk toekomende verweermiddelen aanvoeren, tegen laatstgenoemde wel. Een op naam van de vof

gewezen vonnis waarbij een vordering uitsluitend tegen de vof is toegewezen, kan geen gezag van gewijsde krijgen jegens een vennoot persoonlijk en niet worden tenuitvoergelegd ten laste van diens privévermogen. Een schuldeiser van de vof kan zowel de vof (de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid) aanspreken als een of meer vennoten in privé; hij kan dat ook beide – na elkaar of gelijktijdig – doen. Vgl. in dit verband onder meer HR 18 december 1959, *NJ* 1960/121, m.nt. LJHvdB (*De Gouw/De Hammer*); HR 9 mei 1969, *NJ* 1969/307, m.nt. HD (*RLB c.s./La Neuchateloise c.s.*); HR 13 december 2002, «JOR» 2003/32, m.nt. Blanco Fernández (*Hitz c.s./Theunissen*); HR 15 maart 2013, «JOR» 2013/133, m.nt. Blanco Fernández en HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (*VDV Totaalbouw*).

5. In het licht van het voorafgaande laat het antwoord op de aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vragen zich raden.

5.1. *Wie is als werkgever aan te merken?* Een arbeidsovereenkomst "met een vof" dient volgens de Hoge Raad te worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst met de gezamenlijke vennoten. De gezamenlijke vennoten zijn als werkgever in de zin van titel 7.10 BW partij bij de arbeidsovereenkomst (zie r.o. 3.5.2). Aan de vof komt geen rechtspersoonlijkheid toe. De vof kan dan ook niet zelfstandig als werkgever in de zin van titel 7.10 BW worden aangemerkt. Een werknemer "van de vof" kan zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vorderingen geldend maken zowel jegens de gezamenlijke vennoten ("de vof"), met de mogelijkheid van verhaal op het afgescheiden vermogen (het zaakvermogen) van de vof, als voor het geheel jegens elke individuele vennoot, met de mogelijkheid van verhaal op het privévermogen van die vennoot.

5.2. *Wat is de rangorde van de vordering op de vennoot in privé?* Ingevolge art. 3:288, aanhef en onder *e*, BW is de vordering van de werknemer ter zake van loon bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar. Wanneer het UWV, na de faillietverklaring van de werkgever, op de voet van de art. 61-68 WW het door de werkgever verschuldigde (netto) loon aan de werknemer voldoet, wordt het UWV gesubrogeerd in de desbetreffende vordering van de werknemer op de werkgever (art. 66 lid 1 WW). Wanneer het UWV de over het loon verschuldigd-

de premies sociale verzekeringen aan de Ontvanger afdraagt, verkrijgt het ter zake daarvan een verhaalsrecht op de werkgever (art. 66 lid 2 WW). De desbetreffende vordering is eveneens bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar (art. 66 lid 3 WW). Tegen de achtergrond van het door de Hoge Raad geschetste algemene kader (zie hiervoor onder 2 t/m 4) bestaat er volgens de Hoge Raad geen grond om bij de beantwoording van de vraag of een werknemer "van de vof" een aan zijn vordering verbonden voorrecht geldend kan maken, onderscheid te maken tussen het geval waarin hij de vordering instelt jegens de gezamenlijke vennoten en dat waarin hij de vordering instelt jegens een individuele vennoot (zie r.o. 3.6.2). De verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst rusten immers op de gezamenlijke vennoten en daarmee op iedere vennoot afzonderlijk. Dat aan de vof in het rechtsverkeer een zekere mate van zelfstandigheid ten opzichte van de afzonderlijke vennoten toekomt, maakt dit niet anders. Een andere opvatting zou – aldus nog steeds de Hoge Raad – afbreuk doen aan het uitgangspunt dat het wettelijke voorrecht van werknemers betrekking heeft op het gehele vermogen van de schuldenaar (art. 3:276 BW) en strekt ter bescherming van de werknemers. Werknemers zouden in die andere opvatting jegens een afzonderlijke vennoot immers slechts beschikken over een concurrente vordering. De in het geding zijnde vorderingen die bevoorrecht waren in het (inmiddels opgeheven) faillissement van de vof (en die verhaald konden worden op het afgescheiden vermogen van de vof), zijn derhalve op dezelfde grond en op dezelfde voet bevoorrecht in de wettelijke schuldsaneringsregelingen van de beide vennoten van de vof. Zij kunnen met dezelfde voorrang worden verhaald op de privévermogens van de individuele vennoten (zie r.o. 3.6.3).

5.3. *Is de boedelvordering ex art. 40 lid 2 Fw in het faillissement van de vof tevens een boedelvordering in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten?* Volgens art. 40 lid 2 Fw zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden vanaf de dag van de faillietverklaring boedelschuld. Art. 40 lid 2 Fw knoopt aldus voor het karakter van boedelschuld aan bij de (aanvang van de) dag van de faillietverklaring. Het faillissement van een vof heeft betrekking op het afgescheiden vermogen van

de vof en is te onderscheiden van de faillissementen of de schuldsaneringsregelingen van haar vennoten. Die onderscheiden faillissementen dan wel schuldsaneringsregelingen gaan dan ook niet noodzakelijkerwijs op hetzelfde moment in. In het licht hiervan, en van hetgeen de Hoge Raad omtrent het rechtskarakter van de vof heeft overwogen, brengt art. 40 lid 2 Fw met zich dat aan een vordering als bedoeld in die bepaling, die in het faillissement van de vof een boedelschuld oplevert, tevens het karakter van boedelschuld toekomt in het faillissement respectievelijk de schuldsaneringsregeling van een vennoot, maar slechts voor zover die vordering betrekking heeft op de periode na het ingaan van laatstbedoeld faillissement respectievelijk de desbetreffende schuldsaneringsregeling (zie r.o. 3.7).

5.4. Bij de beantwoording van geen van de hiervoor in 5.1 t/m 5.3 bedoelde vragen is het volgens de Hoge Raad van belang of het UWV zijn vordering in het faillissement van de vof heeft ingediend, en daarop al dan niet een (gedeeltelijke) uitkering heeft of zal ontvangen (zie r.o. 3.9).

6. Het oordeel van de Hoge Raad is mijns inziens in al zijn onderdelen juist. Dat betekent niet dat een andere benadering niet eveneens verdedigbaar zou zijn geweest, in het bijzonder wat betreft de rangorde en de status die in het faillissement of de wettelijke schuldsaneringsregeling van een individuele vennoot toekomt aan de loonvordering die voortvloeit uit een door een werknemer "met de vof" gesloten arbeidsovereenkomst. Zie in dit verband ook de Conclusie van de A-G, onder 2.52 t/m 2.57. Het oordeel van de Hoge Raad hangt nauw samen met de uitleg die de Hoge Raad geeft aan art. 18 WvK. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de vordering die een werknemer "van de vof" jegens een individuele vennoot geldend kan maken (de vordering die verhaalbaar is op het privévermogen van de vennoot) *dezelfde* is als de vordering die de werknemer "jegens de vof" geldend kan maken (de vordering die verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof). Het betreft hier één-en-dezelfde *contractuele* vordering, de vordering die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit. De hoofdelijke verbondenheid waarop art. 18 WvK ziet, dient derhalve niet te worden opgevat als, en leidt niet tot, een naast die *contractuele* vordering staande vordering uit de *wet*. Zou dit

laatste wel het geval zijn, dan zou aan die uit de wet voortvloeiende vordering geen voorrang toekomen, nu de wet aan die vordering (anders dan aan de vordering uit hoofde van de arbeidsovereenkomst) geen voorrang verbindt. In dit verband kan een parallel worden getrokken met een vordering uit hoofde van een 403-verklaring. Aan die vordering, die als een zelfstandige vordering op de moeder vennootschap moet worden beschouwd, komen niet dezelfde rang en status toe als zijn verbonden aan de vordering die voortvloeit uit de met de dochter vennootschap verrichte rechtshandeling (bijvoorbeeld een met de dochter vennootschap gesloten arbeidsovereenkomst). Zie HR 11 april 2014, «JOR» 2014/198 en 199, m.nt. Van Dooren (*Faillissement Econcern*). De beide hier bedoelde hoofdelijke vorderingen staan *naast* elkaar en de vordering op de moeder vennootschap vloeit niet voort uit de met de dochter vennootschap verrichte rechtshandeling. Een aan de vordering op de dochter vennootschap verbonden preferentie (of achterstelling) werkt derhalve niet door in de verhouding tot de moeder vennootschap. Dat de Hoge Raad met betrekking tot de vof in verschillende arresten – en ook in de voorliggende uitspraak (zie r.o. 3.4.4) – overweegt dat een vennootschapscrediteur jegens iedere vennoot “twee samenlopende vorderingsrechten” heeft: één jegens de gezamenlijke vennoten (“de vof”), dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof, en één jegens de vennoot persoonlijk, dat verhaalbaar is op het privévermogen van deze vennoot, maakt het voorafgaande niet anders en maakt de analyse van de Hoge Raad en de door de Hoge Raad gegeven antwoorden op de prejudiciële vragen niet onjuist. De Hoge Raad doelt hiermee immers niet op twee naast elkaar staande materiële vorderingen, maar doelt op één-en-dezelfde uit de “met de vof” gesloten arbeidsovereenkomst voortvloeiende vordering, die zowel jegens “de vof” als jegens iedere vennoot persoonlijk kan worden ingesteld. Het betreft hier derhalve twee vorderingsrechten in *formele* zin, en niet in *materiële* zin.

N.E.D. Faber

174

Hoge Raad

10 mei 2019, nr. 18/01205, ECLI:NL:HR:2019:688  
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Wattendorff)  
(Concl. A-G Vlas)  
Noot prof. mr. B.A. Schuijling

**Internationaal privaatrecht. Bevoegdheid Nederlandse rechter. Vordering tot veroordeling van schuldenaar om medewerking te verlenen aan vestiging van hypotheekrecht op onroerende zaak in Frankrijk. Vordering is niet gebaseerd op zakelijk recht als bedoeld in art. 24, aanhef en onder 1, Brussel I-bis.**

[Brussel I-bis art. 24 aanhef en onder 1]

*Ingevolge art. 24, aanhef en onder 1, Brussel I-bis zijn voor zakelijke rechten op onroerende zaken bij uitsluiting bevoegd de gerechten van de lidstaat waar de onroerende zaak gelegen is, ongeacht de woonplaats van partijen. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de ratio van deze bepaling en die van haar voorgangers erin is gelegen dat de rechter van de plaats van ligging van de onroerende zaak het beste in staat is zich op de hoogte te stellen van de feitelijke situatie en om de ter zake geldende voorschriften en gebruiken van de staat van ligging toe te passen, en dat de bepaling niet ruimer mag worden uitgelegd dan die ratio verlangt. Verder volgt uit die rechtspraak dat onder het toepassingsgebied van deze bepaling slechts rechtsvorderingen vallen die ertoe strekken de omvang, de hoedanigheid, de eigendom of het bezit van een onroerende zaak, of het bestaan van andere zakelijke rechten op een onroerende zaak vast te stellen en om de rechthebbende de bescherming van de aan zijn titel verbonden bevoegdheden te verzekeren. Voor toepassing van art. 24, aanhef en onder 1, Brussel I-bis is niet voldoende dat de vordering verband houdt met een zakelijk recht, maar is vereist dat de vordering is gebaseerd op een zakelijk recht en niet op een persoonlijk recht. Het verschil tussen een zakelijk recht en een persoonlijk recht bestaat volgens die rechtspraak hierin dat het eerste, dat op een zaak rust, werking heeft jegens iedereen, terwijl het tweede alleen tegenover de schuldenaar geldend kan worden gemaakt. Nu de vordering van de bank strekt tot het verlenen van medewerking aan de vestiging van een hypotheekrecht en is gebaseerd op een obligatoire overeen-*