

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 37, 2013

Nummer 37, 2013

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3014](#) 24-09-2013

Vereniging Icesaving/DNB

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:12316](#) 18-09-2013

Curator/X c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:6238](#) 28-08-2013

X/Y

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:12299](#) 24-07-2013

Gebr. De Jong / Smak Gregoor, Van de Wijdeven en Ventura

Annotatie

[Commentaar bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3786](#)

R.P.J. ter Haseborg

RECHTSPRAAK

Vereniging Icesaving/DNB

***De IJslandse bank Landsbanki introduceerde via Nederlands
bijkantoor internetsparen onder de naam Icesave. In onderhavige zaak
staat de rol van De Nederlandse Bank (DNB) voor en na de introductie
van Icesave centraal. Het hof oordeelt dat DNB niet onrechtmatig heeft
gehandeld jegens de spaarders***

De Vereniging Icesaving – Vereniging Gedupeerde Icesave Spaarders (de Vereniging) heeft De Nederlandse Bank N.V. (DNB) in rechte betrokken en gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat DNB jegens de leden van de Vereniging, althans jegens spaarders die in elk geval per 13 oktober 2008 (op welke datum ten aanzien van het Nederlandse bijkantoor van Landsbanki de noodregeling werd uitgesproken) een tegoed aanhielden bij (het Nederlandse bijkantoor van) Landsbanki, ten bedrage van meer dan € 100.000 onrechtmatig heeft gehandeld en DNB gehouden is tot vergoeding van de schade die de spaarders door het onrechtmatig handelen van DNB hebben geleden. De rechtbank heeft de vorderingen van de Vereniging afgewezen. De Vereniging komt in hoger beroep met een aantal grieven tegen het vonnis van de rechtbank op.

Het hof oordeelt als volgt. Met de eerste grief keert de Vereniging zich tegen de verwerping door de rechtbank van haar eerste verwijt dat DNB het Nederlandse bijkantoor niet, althans niet zonder meer in Nederland had mogen toelaten. Gelet op de onduidelijkheid omtrent de vraag hoever DNB, vanuit Europeesrechtelijk kader bezien, mocht gaan met het treffen van maatregelen en de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld dat de situatie van dien aard was dat introductie van Icesave hoe dan ook onverantwoord was en DNB dat had moeten weten, heeft DNB niet onrechtmatig gehandeld door geen maatregelen te treffen om te pogen de introductie van Icesave via het bijkantoor van Landsbanki te blokkeren of aan voorwaarden te binden. In de gegeven omstandigheden en met de kennis van toen, heeft DNB naar het oordeel van het hof in redelijkheid tot die beslissing kunnen komen. Grief I faalt. De grieven II en III van de Vereniging richten zich vervolgens tegen het oordeel van de rechtbank dat het optreden van DNB in het kader van de toelating van Landsbanki tot aanvullende deelname (topping up) aan het Nederlandse DGS niet onrechtmatig was. Uit het rapport De Moor/Du

Perron volgt dat DNB welbewust onder ogen heeft gezien of er mogelijkheden waren aanvullende deelname aan het Nederlandse DGS te blokkeren, maar tot de slotsom is gekomen dat die er niet waren. Het hof acht dit oordeel niet van dien aard dat gezegd kan worden dat DNB daartoe in redelijkheid niet heeft kunnen komen. Dat in de rapporten De Moor/Du Perron en het rapport van de Commissie De Wit feitelijke mogelijkheden worden gezien de aanvullende toegang minder welwillend te behandelen, maakt dit niet anders. Het hof onderschrijft voorts het oordeel van de rechtbank dat doelbewuste vertraging DNB niet paste. Daarbij komt dat ten tijde van de besluitvorming omtrent de aanvullende toelating niet te voorzien was dat op zo korte termijn een deconfiture van Landsbanki zou volgen. Vertraging heeft weinig zin als onduidelijk is met het oog waarop wordt vertraagd. In het rapport De Moor/Du Perron wordt voorts met zoveel woorden vermeld dat achteraf betreurd kan worden dat DNB het verzoek tot aanvullende toetreding van Landsbanki welwillend conform de regels heeft afgehandeld, maar dat niet goed voorstelbaar is dat er op DNB een rechtsplicht zou hebben gerust om die afhandeling in strijd met de strekking van de Europese regels te traineren. Slotsom is dat de grieven II en III moeten worden verworpen. Met haar grieven IV tot en met IX stelt de Vereniging het handelen van DNB na de start van Icesave ter discussie. De Vereniging stelt zich op het standpunt dat DNB in het kader van het doorlopend liquiditeitstoezicht op het Nederlands bijkantoor van Landsbanki eerder handhavend had dienen op te treden. Voorop staat dat de Europeesrechtelijke regelgeving is gebaseerd op onderling vertrouwen en (in het kader van het principe van 'home state control') ervan uitgaat dat de leidende toezichthouder die van het moederland is en dat de toezichthouder van het gastland een afgeleide functie heeft en slechts over beperkte bevoegdheden beschikt. Het is lastig de precieze afgrenzing vast te stellen, maar in ieder geval geldt dat uitgangspunt is dat de toezichthouder van het gastland zich in geval van zorgen die het liquiditeitstoezicht in strikte zin op het bijkantoor te boven gaan zich primair dient te wenden tot de toezichthouder van het moederland. Dat DNB eerst en vooral het overleg met FME, de IJslandse prudentiële toezichthouder, heeft gezocht is in overeenstemming met het Europeesrechtelijk systeem. DNB heeft aangevoerd dat een aantal concrete ontwikkelingen haar er uiteindelijk toe heeft gebracht maatregelen te treffen, te weten in het IJslandse parlement aangenomen noodwetgeving, een bericht dat geen garantie werd gegeven voor de deposito's bij de buitenlandse bijkantoren en het gegeven dat een IJslandse bank in Londen in strijd met de daar geldende regels liquiditeiten naar de moeder in IJsland had doorgesluisd, waardoor DNB gevaar voor een bankrun voorzag. Dat DNB niet heeft besloten eerder dan op 6 oktober 2008 daadwerkelijk maatregelen te nemen acht het hof – mede in aanmerking genomen de beleids- en beoordelingsvrijheid die aan DNB toekomen en gegeven de vergaande gevolgen die dergelijke maatregelen zowel in Nederland als in Engeland en IJsland teweeg hadden kunnen brengen – in de gegeven omstandigheden in redelijkheid te verantwoorden. Van een

handelwijze waartoe DNB in redelijkheid niet heeft kunnen komen, is derhalve naar het oordeel van het hof geen sprake. De grieven IV tot en met IX kunnen niet slagen. Grief X betreft de door de Vereniging aangevoerde stelling dat DNB voorafgaand aan de start van de internetspaaractiviteiten het Nederlandse publiek had kunnen voorlichten over de risico's van verstrekking van opvorderbare gelden aan Landsbanki, althans over de op basis van het Europese recht voorgeschreven verdeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen FME en DNB en de daarmee samenhangende beperkingen voor DNB in de uitoefening van toezicht en handhaving. Ook deze grief faalt. Zoals ook de rechtbank heeft overwogen, is informatieverstrekking geen wettelijke taak van DNB. Het doen van mededelingen over de toestand van Landsbanki zou niet in het wettelijk kader passen. Mededelingen in algemene zin kan DNB doen, maar het achterwege laten hiervan is – wederom gelet op de aan DNB toekomende de beleids- en beoordelingsvrijheid – niet als onrechtmatig te kenschetsen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-09-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3014

Zaaknummer: 200.120.300/01

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Curator/X c.s.

Bestuurders hebben onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers gehandeld door in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid in het zicht van het faillissement selectieve betalingen te (doen) verrichten. Aan de curator komt een Peeters-Gatzenvordering toe. De schadeonderbouwing is mogelijk van invloed op de vraag of de curator niet slechts belangen van één of twee individuele schuldeisers behartigt. De zaak wordt naar de rol verwezen voor het nemen van een nadere akte

De curator van HSB stelt dat X c.s. een onrechtmatige daad hebben gepleegd jegens de boedel, dan wel de gezamenlijkheid der schuldeisers door in het zicht van het faillissement selectieve betalingen te verrichten aan schuldeisers van HSB. X c.s. hebben in strijd gehandeld met de gelijkheid van schuldeisers (paritas creditorum) en een eerlijke verdeling van de boedel gefrustreerd, aldus de curator. X c.s. voeren aan dat de curator, gelet op zijn door de Faillissementswet (Fw) afgebakende taak, niet de bevoegdheid heeft te ageren, nu hij niet optreedt ter behartiging van de belangen van de 'gezamenlijke schuldeisers', maar louter optreedt in het belang van een specifiek deel van de schuldeisers in het faillissement van HSB. Centraal staat dan ook de vraag of hier sprake is van een vorderingsrecht als door de Hoge Raad erkend in zijn arrest van 14 januari 1983, NJ 1983/597 (Peeters/Gatzen).

Uit de gang van zaken in de week vóór het faillissement van HSB volgt genoegzaam dat X c.s. als (middellijk) bestuurders wisten dat HSB niet meer zou kunnen voldoen aan haar betalingsverplichtingen en dat het faillissement van HSB op zeer korte termijn onvermijdelijk was. Een deel van de betalingen heeft zelfs plaatsgevonden nadat het besluit tot het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring reeds door de aandeelhouder was genomen. Daarmee hebben X c.s. een verdeling naar evenredigheid van ieders vordering en met inachtneming van de voorrang die de wet aan bepaalde schuldeisers heeft toegekend opzettelijk genegeerd, terwijl die verdeling op dat moment wel aangewezen was. Ter rechtvaardiging voeren X c.s. aan dat de betalingen hebben plaatsgevonden op volgorde van opeisbaarheid. Dit verweer

wordt verworpen, nu daarmee is voorbijgegaan aan het in artikel 3:277 BW neergelegde beginsel van gelijkheid van schuldeisers.

Met betrekking tot de vraag of aan de curator een Peeters-Gatzenvordering toekomt, overweegt de rechtbank het volgende. De rechtbank is van oordeel dat, gelet op het feit dat de grondslag van de vordering van de curator is gelegen in de schending van een zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming van de gezamenlijke schuldeisers en er sprake is van verhaalsbenadeling, aan de curator in beginsel de bevoegdheid toekomt om namens die gezamenlijke schuldeisers op te treden tegen X c.s. De rechtbank is van oordeel dat de curator in beginsel ontvankelijk is in zijn vordering. Naar aanleiding van een door de curator nader in te dienen gespecificeerde schadeberekening zou de rechtbank echter tot een andere conclusie kunnen komen, indien hieruit volgt dat – bij nader inzien – geen gezamenlijk schuldeisersbelang resteert, maar de vordering van de curator in wezen slechts de belangen van een of twee individuele schuldeisers behartigt. Dit brengt mee dat de overwegingen ten aanzien van de schadeberekening mogelijk van invloed zijn op de vraag naar de bevoegdheid van de curator.

Het voorgaande leidt tot de voorlopige conclusie dat de curator procesbevoegdheid toekomt en dat X c.s. onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers hebben gehandeld, door in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid in het zicht van het faillissement selectieve betalingen te (doen) verrichten. Zowel X Groep in haar hoedanigheid van bestuurder van HSB, als A Holding en X als middellijk bestuurders hebben in dat geval persoonlijk onzorgvuldig gehandeld en hen valt daarvan een ernstig verwijt te maken, zodat zij in dat geval op grond van artikel 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade. Gelet op de onduidelijkheden in de schadeberekening zal de zaak worden verwezen naar de rol voor het nemen van akten, eerst door de curator, vervolgens door X c.s., louter met het oog op een nadere toelichting en onderbouwing van de schade en de (mogelijke) gevolgen voor de bevoegdheid van de curator. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 18-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:12316

Zaaknummer: 436376 / HA ZA 13-134

Wetsartikelen: 6:162 BW, 3:277 BW, 6:102 BW en 68 Fw

RECHTSPRAAK

X/Y

Vennoten van een vof zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid houdt niet op bij het einde van de vennootschap. Vennoten hebben voorts over de interne draagplicht geen afwijkende afspraken gemaakt, dus de ene vennoot is niet gehouden de andere vennoot te vrijwaren voor zijn betalingsverplichtingen

X en Y zijn een samenwerking aangegaan in de vorm van een vof. De vof is (samen met haar vennoten) een overeenkomst van geldlening aangegaan met EHF op grond waarvan EHF een lening heeft verstrekt aan de vof. In de overeenkomst is bepaald dat X en Y hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle verplichtingen van de vof op grond van deze overeenkomst. De vof is tevens een overeenkomst van doorlopend krediet aangegaan met EHF. Ook voor de verplichtingen van de vof op grond van deze overeenkomst zijn X en Y hoofdelijk aansprakelijk. De vof is in onderling overleg beëindigd en Y heeft de onderneming van de vof als eenmanszaak voortgezet.

Thans vordert X betaling van Y, stellende dat Y in de onderlinge verhouding gehouden is de hele schuld van de vof aan EHF voor zijn rekening te nemen. Deze vordering houdt derhalve verband met de interne draagplicht in de relatie tussen partijen.

In artikel 18 Wetboek van Koophandel is bepaald dat de vennoten van een vennootschap onder firma hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. Anders dan X lijkt te betogen, houdt deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet op bij het einde van de vennootschap. De overeenkomst van geldlening en het doorlopend krediet zijn verplichtingen van de vof en daarvoor is X dus (in beginsel) – ook na beëindiging van de vof – hoofdelijk aansprakelijk. Die hoofdelijke aansprakelijkheid is voorts vastgelegd in de overeenkomsten met EHF. Zoals ook in het vonnis van de Rechtbank Haarlem is overwogen, kan slechts de kredietverstrekker de schuldenaar uit de hoofdelijkheid ontslaan. Dat is hier niet gebeurd. De vraag die hier aan de orde is, is of X en Y (bij de beëindiging van de vof) afwijkende afspraken hebben gemaakt over de interne draagplicht. X stelt dat Y hem moet vrijwaren. Hiertoe is Y

slechts gehouden als partijen dat hebben afgesproken. Y betwist dat die afspraak is gemaakt.

Anders dan X betoogt, volgt uit het enkele feit dat Y de vof als eenmanszaak heeft voortgezet, niet dat Y ook (alleen) aansprakelijk is voor de verplichtingen van de vof (en X moet vrijwaren nu hij wordt aangesproken door een schuldeiser van de vof). Er is geen sprake van een voortzetting/overname in de zin van artikel 12 van de vennootschapsakte. Van schuldoverneming is geen sprake en evenmin is gebleken dat partijen over de interne draagplicht (mondeling of stilzwijgend) afwijkende afspraken hebben gemaakt.

De conclusie is dan ook dat Y niet gehouden is X te vrijwaren voor zijn betalingsverplichtingen aan EHF, althans Heineken, en dat de vorderingen zullen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-08-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:6238

Zaaknummer: C/13/525361 / HA ZA 12-1093

Wetsartikelen: 18 WvK

RECHTSPRAAK

Gebr. De Jong / Smak Gregoor, Van de Wijdeven en Ventura

Aandeelhouder beroept zich op putoptie in aandeelhoudersovereenkomst, waarna de wederpartij (groot-aandeelhouder) haar aandelen levert aan de optiegerechtigde met een betaling toe van € 475.000. Beroep op dwaling en vordering tot ongedaanmaking van het nadeel, gebaseerd op, met name, verzwegen feiten en omstandigheden die de grootaandeelhouder zouden hebben weerhouden van de levering en betaling aan de optiegerechtigde. Vordering tot vergoeding van schade gericht tegen de optiegerechtigde en tegen de op voorspraak van de bank in de onderneming werkzame interim-manager (die na het afscheid van de grootaandeelhouder certificaathouder is geworden). De vorderingen worden afgewezen.

Gebr. De Jong Beheer Boskoop BV (Gebr. De Jong) houdt zich bezig met het kweken en de verkoop van planten. Gebr. De Jong verwierf in 2002 75 procent van de aandelen in Baas Holding BV (Baas Holding). Baas Holding hield alle aandelen in Baas Plantenservice BV. De overige aandelen in Baas Holding werden gehouden door Smak Gregoor. Smak Gregoor heeft tot in de loop van 2008 de functie van statutair directeur van Baas Plantenservice bekleed. Gebr. De Jong hebben zich tegenover Smak Gregoor verplicht diens aandelen op zijn eerste verzoek op een moment in de toekomst over te nemen (putoptie) tegen betaling van een bedrag groot € 2.042.011. In het voorjaar van 2008 is Rabobank (Lage Landen) gebleken dat Baas Plantenservice in financieel zwaar weer verkeerde. Van de Wijdeven wordt – door tussenkomst van zijn persoonlijke BV Ventura Management (Ventura) – aangesteld als interim-manager bij Baas Holding en Baas Plantenservice. Smak Gregoor heeft, onder verwijzing naar zijn putoptie, van Gebr. De Jong verlangd dat zij zijn aandelen zou overnemen tegen betaling van vorengenoemde prijs. Na overleg is een koopsom voor de aandelen van € 1 overeengekomen. Smak Gregoor ontving een betaling ‘toe’ van € 475.000. Gebr. De Jong vordert – samengevat – vernietiging van de aandelenverkoop met Smak Gregoor wegens dwaling en veroordeling van Smak Gregoor tot ongedaanmaking van hetgeen op basis van de

aandelenverkoop is uitgevoerd. Voorts vordert Gebr. De Jong vergoeding van de schade die het gevolg is van het onrechtmatig handelen van zowel Smak Gregoor als van Van de Wijdeven en Ventura. De rechtbank oordeelt met betrekking tot Smak Gregoor als volgt. De enkele omstandigheid dat Smak Gregoor nog tot begin september ingeschreven stond als bestuurder, doet niet af aan het feit dat hij die functie feitelijk niet langer bekleedde. Dit oordeel brengt met zich dat Gebr. De Jong aan Smak Gregoor ten onrechte eindverantwoordelijkheid toedicht voor de gang van zaken in Baas Plantenservice vanaf 1 februari 2008. De rechtbank concludeert dat zich niet de situatie heeft voorgedaan dat Gebr. De Jong op basis van een onjuiste voorstelling de aandelenverkoop is aangegaan. Dat sprake zou zijn van onrechtmatig handelen van Smak Gregoor jegens Gebr. De Jong volgt uit de beoordeelde feiten en omstandigheden evenmin. De rechtbank heeft overwogen dat Smak Gregoor, ook als aandeelhouder en partij bij de aandeelhoudersovereenkomst uit 2002, gehouden was een zekere zorgvuldigheid jegens Gebr. De Jong in acht te nemen, in ieder geval op basis van artikel 2:8 BW en op grond van artikel 6:2 en 6:248 BW. Maar als de rechtbank ook die grondslagen in haar oordeel betreft, luidt de conclusie niet anders: Smak Gregoor kan op basis van de nu bekende feiten en omstandigheden niet het verwijt worden gemaakt dat hij de in genoemde wettelijke bepalingen eisen van redelijkheid en billijkheid niet in acht heeft genomen. Ten aanzien van Van de Wijdeven overweegt de rechtbank als volgt. Gebr. De Jong neemt Van de Wijdeven in het bijzonder kwalijk, en acht onrechtmatig, dat Van de Wijdeven Gebr. De Jong voortdurend, voorafgaand aan de aandelenverkoop, onder druk heeft gezet om te komen tot een oplossing nadat Smak Gregoor van zijn putoptie gebruik had gemaakt. Gebr. De Jong ziet er naar het oordeel van de rechtbank aan voorbij dat urgentie, waarvan Van de Wijdeven telkens gewag maakte, ook wel geboden was, omdat een reële dreiging bestond dat de onderneming, bij gebreke van financiering, zou failleren. Niet onbegrijpelijk is dat Gebr. De Jong zich – achteraf – heeft gestoord aan de toonzetting van Van de Wijdeven, die er in zijn e-mails blijk van gaf zich de belangen van Gebr. De Jong aan te trekken, en zelfs op enig moment de indruk wekte samen met Gebr. De Jong tegen Smak Gregoor op te trekken. Dat Van de Wijdeven in de kwestie tussen de aandeelhouders zijn dochter, advocaat, naar voren schoof om een adviesrol te vervullen is, gelet op de positie die Van de Wijdeven op verzoek van de Rabobank bekleedde bepaald ongelukkig. En dat Van de Wijdeven informatie van de Rabobank deelde met Gebr. De Jong is evenzeer op zijn minst onhandig.

De vraag of Van de Wijdeven aldus onrechtmatig heeft gehandeld beantwoordt de rechtbank, daarbij alle omstandigheden in aanmerking genomen, ontkennend. Er moest een oplossing komen voor de impasse die was ontstaan. Gebr. De Jong had er zelf een groot belang bij dat Baas Plantenservice de crisis zou overleven omdat haar voortbestaan daar mede afhankelijk van was, en uit de stellingen van Gebr. De Jong valt niet op te maken dat de zojuist beschreven gedragingen van Van de Wijdeven haar hebben geleid tot een besluit dat, onder de toen

gegeven omstandigheden, onjuist was. Met de conclusie dat Van de Wijdeven geen onrechtmatig handelen verweten kan worden, is ook het oordeel geveld dat Ventura evenmin enig verwijt gemaakt kan worden.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 24-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:12299

Zaaknummer: C/09/421112 / HA ZA 12-720

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:228 BW, 2:8 BW, 6:2 BW en 6:248 BW

ANNOTATIE

Commentaar bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3786

R.P.J. ter Haseborg

Inleiding

In bovenstaande uitspraak van het Hof Arnhem, afgedaan door de Hoge Raad op basis van artikel 81 RO, ging het om de vraag of er tussen partijen een vof tot stand was gekomen. In deze noot ga ik in op de vraag of het bewijsvoorschrift van artikel 22 WvK, waarin staat dat het bewijs voor het bestaan van een vof alleen kan worden geleverd door een akte, strikt moet worden toegepast of dat er ook ruimte zou moeten worden geboden voor ander bewijs.

Commentaar

Het gaat bij de vof om een samenwerking tussen de vennoten op voet van gelijkheid. Dit betekent dat de ene vennoot niet in dienst kan zijn bij de andere vennoot. Aangezien A salaris ontving, aangemeld was bij het bedrijfstakpensioenfonds en schriftelijk overeengekomen was dat zijn arbeidsovereenkomst zou eindigen, lijkt vast te staan dat er tussen partijen een (mondelinge) arbeidsovereenkomst bestond. Dit betekent niet dat er geen sprake kon zijn van een voorwaardelijke vof, zoals gesteld door A, waarbij A eerst een jaar arbeid zou inbrengen alvorens aan de (opschortende/ontbindende?) voorwaarde voor toetreding tot de vof zou zijn voldaan.

Artikel 22 WvK bepaalt dat een vof moet worden aangegaan bij authentieke of bij onderhandse akte en dat als een akte ontbreekt dit niet aan derden kan worden tegengeworpen. Zowel in eerste instantie, als in hoger beroep, als door de advocaat-generaal bij de Hoge Raad wordt daarom begrijpelijkerwijs veel belang gehecht aan het ontbreken van de vennootschapsakte. Artikel 22 WvK is bedoeld als een dwingend bewijsvoorschrift en niet als een constitutief vereiste voor het ontstaan van een vof. Naar de letter van de wet, en omdat het hof arrest moest wijzen op basis van wat partijen ten gronde aan hun vordering hadden gelegd (art. 24 Rv.), kon het bewijsaanbod van A om te bewijzen dat een vof tot stand was gekomen om die reden worden gepasseerd.

Deze formele benadering is toch niet helemaal bevredigend; wat als A door nader bewijs te leveren in staat was geweest om aan te tonen dat er wel degelijk concrete afspraken waren gemaakt voor een onderlinge samenwerking op basis van een vof? Was die uitkomst dan niet relevant geweest voor de beoordeling van de vordering? Voor een meer materiële toets voor het aannemen van een vof pleiten de volgende argumenten.

De Hoge Raad heeft in 1902 een uitzondering toegestaan op artikel 22 WvK voor gevallen waarin uit de wederzijds gestelde en overeenstemmende feiten onweerlegbaar blijkt dat partijen gedurende een aantal jaren onafgebroken feitelijk een vennootschap onder firma hebben gevoerd (HR 16 mei 1902, W 7775 (Erwtelman/Erwtelman), de A-G haalt dit arrest aan in zijn conclusie). Hiermee heeft de Hoge Raad dus een uitzondering toegestaan op artikel 22 WvK.

Artikel 22 WvK is een bewijsvoorschrift en geen constitutief vereiste: het artikel moet dus niet zo strikt worden uitgelegd dat het dezelfde werking heeft als een constitutief vereiste.

Voor het bewijzen van het bestaan van een maatschapsverhouding stelt de wet geen beperkingen. Een akte is dus niet vereist. Er zijn verschillen tussen een vof en een maatschap op het gebied van aansprakelijkheid en beschikkingsbevoegdheid, maar deze rechtvaardigen niet dat een vof in feite slechts bij akte kan worden opgericht en dat dit vereiste niet geldt voor een maatschap. Temeer niet nu de verschillen tussen een vof en een maatschap, een bedrijf en een beroep, lang niet meer zo duidelijk zijn als weleer.

In het ingetrokken wetsvoorstel 28746 inzake personenvennootschappen is in de MvT overwogen (p. 1109): 'volgens artikel 22 WvK moet de vof bij akte worden aangegaan. Het Ontwerp laat deze eis vallen, zodat ook een mondeling aangegane vof volledige rechtskracht heeft'. Een relativering van artikel 22 WvK past dus ook bij de in de maatschappij levende rechtsopvattingen.

Voor de kwalificatievraag van een vof zou kunnen worden aangeknoopt bij de gezichtspunten die de Hoge Raad heeft ontwikkeld om twee andere duurovereenkomsten van elkaar te onderscheiden: de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest Groen/Schoevers overwogen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst kunnen inrichten als een arbeidsovereenkomst of een opdrachtovereenkomst. De inhoud van de overeenkomst wordt bepaald door (i) wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en (ii) op welke wijze zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven (HR 14 november 1997, JAR 1997/263, Groen/Schoevers, HR 10 december 2004, JAR 2005/15, Dyosinth/Groot).

Als bovenstaande kwalificatiecriteria op deze casus zouden worden toegepast, dan komt de materiële vraag aan de orde wat partijen voor ogen heeft gestaan bij hun samenwerking en hoe zich dit verhoudt tot de feitelijke uitvoering daarvan. Toepassing van deze criteria op deze of een soortgelijke casus zou (mogelijk) hebben geleid tot toelating van nadere bewijsvoering. Misschien was dan wel geconcludeerd dat het verrichten van arbeid door A onderdeel was van de (voorwaardelijke) vof-overeenkomst die partijen waren overeengekomen.