

## DE RELEVANTIE VAN DE BESCHOUWINGEN VAN F.G. SCHELTEMA OVER HET AFGESCHIEDEN VERMOGEN VOOR HET GELDENDE RECHT

Kort nadat hij lid was geworden van de hoofdstedelijke Notariële Vereeniging, hield de pas benoemde Amsterdamse hoogleraar Staatsrecht<sup>1</sup> Foppe Gabbe Scheltema op 18 februari 1928 een voordracht voor dit illustere gezelschap<sup>2</sup>. In zijn rede behandelde hij een onderwerp van Handelsrecht, het vakgebied dat hij zojuist in Leiden had opgegeven. Het betrof de vraag in hoeverre vennootschappen die geen rechtspersoonlijkheid bezitten, een zogenaamd afgescheiden vermogen hebben. De beschouwingen die Scheltema die avond te berde bracht, hebben voor een belangrijk deel het verdere denken in deze eeuw over het fenomeen afgescheiden vermogen bepaald. Ook thans nog kunnen zijn oorspronkelijke denkbeelden een leidraad zijn bij het ontrafelen van de problemen die in de moderne literatuur onder meer als gevolg van de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn gerezen.

### *Een nieuwe (traditionele) zienswijze*

Zeer onlangs verdedigde Mohr in de nieuwe druk van zijn boek over personenvennootschappen<sup>3</sup> de stelling dat ook na de invoering van het nieuwe vermogensrecht op 1 januari 1992 bij een *stille* maatschap geen sprake is van enig afgescheiden vermogen. Hiermee gaat hij in tegen een standpunt dat de laatste jaren door verschillende schrijvers wordt voorgestaan<sup>4</sup>, namelijk dat op grond van titel

---

1. Deze staatsrechtelijke zijpsrong was slechts van korte duur: reeds in 1930 stapte Scheltema over naar de leerstoel Handelsrecht. Dat vak had hij tot 1927 ook in Leiden gedoceerd.

2. De rede is gepubliceerd in *WPNR* 3045-3048 (1928) en tevens opgenomen in F.G. Scheltema, *Verspreide Geschriften* (Groningen/Djakarta 1953), blz. 336-353.

3. A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, 4e dr. (Arnhem 1992), blz. 90 e.v.

4. O.a. Asser-Maeijer, 5e dr. (Deventer 1989), nr. 189 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap en rechtspersoonlijkheid* (Zwolle 1983), blz. 21, 33, 40 e.v.; M.J.A. Van Mourik, *Rondom de personenvennootschap*, Studiepockets privaatrecht 22, 3e dr. (Zwolle 1989), blz. 59; M.J.G.C. Raaijmakers, *Boekbespreking van Asser-Maeijer*, *WPNR* 5996 (1991), blz. 160; Pitlo-Cahen, *Korte Uitleg van enige burgerlijkrechtelijke vraagstukken*, 12e dr. (Arnhem 1992), blz. 69 e.v.

7 van boek 3 BW bij een dergelijke maatschap crediteuren die ter zake van een vennootschapsschuld een vordering op alle maten gezamenlijk hebben, bij het verhaal op tot het gemeenschappelijke maatschapsvermogen behorende goederen een bevoorrechte positie innemen ten opzichte van de privé-schuldeisers van de maten. De visie van Mohr komt overeen met het standpunt dat lang in de literatuur en tot op heden in de rechtspraak is gehuldigd. De vraag is echter of dit standpunt gehandhaafd kan worden in het licht van nieuwe inzichten en van de systematiek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, met name titel 7 van boek 3 inzake de Gemeenschap.

Bij de beantwoording van deze vraag zullen de opmerkingen en mededelingen van de Groninger Scheltema richtinggevend blijken te zijn.

*Wat is een afgescheiden vermogen?*

Met het begrip afgescheiden vermogen wordt een onderdeel van iemands vermogen aangeduid dat een zodanige zelfstandige positie inneemt, dat het ten opzichte van (bepaalde) derden wordt beschouwd als een van de overige bestanddelen gescheiden, op zich zelf staand vermogen. Ofschoon het fenomeen afgescheiden vermogen ook elders in het recht voorkomt<sup>5</sup>, zijn de belangrijkste en interessantste gevallen die, waarin een gedeelte van iemands vermogen behoort tot een zogenaamde gebonden gemeenschap. Met dit laatste begrip wordt aangeduid een gemeenschap, waarin de deelgenoten niet vrijelijk over hun aandeel kunnen beschikken als gevolg van een andere rechtsverhouding die tussen hen onderling bestaat<sup>6</sup>. In dat geval is het belang van de individuele deelgenoot om te kunnen beschikken over zijn aandeel in enige mate ondergeschikt aan het belang dat de overige leden van de groep hebben bij het ongewijzigd blijven van de samenstelling van de groep van deelgenoten. Het is hier de aard van de gemeenschap, die zich tegen een beschikken verzet.

Algemeen wordt aangenomen dat de gemeenschap die ontstaat als gevolg van een maatschap of van een v.o.f. vanwege de haar omvattende samenwerkingsovereenkomst is aan te merken als een gebonden gemeenschap. Een vennoot kan niet eenzijdig zijn aandeel in het vennootschapsvermogen aan een buitenstaander

---

5. Te denken valt bijvoorbeeld aan een onder bewind gesteld vermogen of aan een beneficiair aanvaarde nalatenschap.

6. Een andere definitie hanteert Schoordijk, o.c. (noot 4), blz. 18 e.v. Hij reserveert de term "gebonden gemeenschap" voor die gemeenschappen die een afgescheiden vermogen hebben. Door een dergelijke terminologie gaat echter een zinnige nuancering verloren.

overdragen. Een goede samenwerking binnen de vennootschap vereist immers dat de maten zelf hun mede-vennoten en daarmee ook de deelgenoten in het gemeenschappelijke vermogen selecteren. In dit opstel zal ik mij bezig houden met de vraag in welke gevallen zo'n gebonden gemeenschap ook leidt tot een afgescheiden vermogen, dat wil zeggen in welke gevallen het aandeel van de vennoten een afgescheiden positie inneemt ten opzichte van hun overige vermogen.

### *Het afgescheiden vermogen bij de v.o.f.*

Het bestaan van een afgescheiden vermogen is door de Hoge Raad in 1897 uitdrukkelijk aanvaard voor de vennootschap onder firma<sup>7</sup>. Bij deze personenvennootschap kunnen zaakscrediteuren - dat zijn crediteuren die uitsluitend met de v.o.f. als zodanig transacties zijn aangegaan - zich direct en bij voorrang verhalen op het door de vennoten ten dienste van de v.o.f. gestelde vermogen. Privé-crediteuren van een afzonderlijke vennoot kunnen daarentegen het gemeenschappelijke zaaksvermogen waarin hun debiteur is gerechtigd niet direct uitwinnen, noch kunnen zij, evenmin als deze vennoot zelve, dit gemeenschappelijke vermogen (doen) verdelen vóórdát alle zaakscrediteuren zijn voldaan.

Deze aanvaarding van een afgescheiden vermogen stoelt niet op de wet. De op de v.o.f. toegesneden bepalingen van het Wetboek van Koophandel geven geen steun aan de opvatting van de Hoge Raad. Aan de rechtshistorie kunnen evenmin duidelijke argumenten worden ontleend en ook bestond er nog geen duidelijke gewoonte in de praktijk om het firmavermogen als afgescheiden vermogen te beschouwen. Kennelijk heeft de Raad spontaan willen voorzien in een in de praktijk bestaande behoefte.

De Hoge Raad legde aan zijn beslissing de volgende redenen ten grondslag. In de eerste plaats merkt hij op dat bij een v.o.f. de akte der vennootschap - en dus de belangrijkste bepalingen die haar beheersen - openbaar is. Voorts kan een v.o.f. in eigen naam in rechte optreden en kan zij als zodanig failliet verklaard worden. Hieruit blijkt volgens de Raad dat de wet zelve vennootschap en vennoten van elkaar onderscheidt en tegenover elkaar stelt "op eene wijze, welke in de plaatsstelling van de vennoten voor de vennootschap uitsluit". Met andere woorden: uit het wettelijk systeem van de v.o.f. blijkt dat de vennootschap zelfstandig en afgescheiden van de vennoten beschouwd moet worden.

---

7. HR 26-11-1897, W 7047 (Boeschoten-Besier).

*De bespiegelingen van Scheltema*

In zijn bovengenoemde rede vergelijkt Scheltema de vennootschap onder firma en de maatschap met elkaar. Hij vraagt zich af waarom de rechtspraak en de literatuur van zijn tijd aan de ene wel en aan de ander geen afgescheiden vermogen toekennen<sup>8</sup>. Hij constateert dan bij beide het gemeenschappelijke vennootschapsvermogen in gebonden mede-eigendom toebehoort aan de individuele maten. Aangezien bij een dergelijke gemeenschap de rechten en plichten van de deelgenoten onderling worden bepaald door de tussen hen bestaande persoonlijke (in casu: vennootschaps-) band, is de interne verhouding bij beide vennootschapsvormen daarom onderworpen aan een identiek regiem. Gezien de beschikkingsgebondenheid zou men het vermogen in beide gevallen "intern afgescheiden" kunnen noemen.

Met betrekking tot de rechten en verplichtingen van derden constateert Scheltema echter een groot verschil tussen de vermogens van v.o.f. en maatschap, aangezien eerstgenoemd vermogen is ook "extern gebonden" is, in die zin dat een privé schuldeiser zijn vordering niet kan verhalen op het aandeel dat zijn schuldenaar heeft in het vermogen van de vennootschap. Eerst als alle handelscrediteuren ten volle zijn voldaan, kan de privé-crediteur zich op het liquidatiesaldo verhalen. Bij de maatschap kan een privé-crediteur zich wel verhalen op het onverdeelde aandeel van zijn schuldenaar in de maatschap. Een ander verschil is gelegen in de mogelijkheid van verrekening van een privé schuld van een vennoot met een vordering van de vennootschap, hetgeen bij een v.o.f. niet en bij een maatschap wel mogelijk is.

Scheltema verklaart de geschetste verschillen geheel anders dan hem voorgane, toonaangevende schrijvers<sup>9</sup>, die hadden betoogd dat het extern afgescheiden vermogen van de v.o.f. direct was af te leiden uit de interne verhouding tussen de vennoten. Na te hebben aangetoond dat deze eerdere theorieën "geheel en al onjuist" zijn omdat overeenkomsten tussen partijen derden toch niet tot nadeel kunnen strekken - van een zakenrechtelijke beschikkingshandeling van de

---

8. Twee jaar voor de rede van Scheltema heeft het Hooggerechtshof van Ned.-Indië in een arrest van 7 januari 1926, W 11533, wel een afgescheiden vermogen voor de gewone maatschap aangenomen. In zijn onder dit arrest afgedrukte annotatie bestreed Scheltema de juistheid van deze uitspraak met dezelfde argumenten die hij in zijn rede heeft uitgewerkt. Het arrest heeft in Nederland geen navolging gekregen.

9. M. Polak, *Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht*, 1e deel, 4e dr., blz. 296 e.v.; Kist-Visser, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet*, deel III, 3e dr. (1913), blz. 251 e.v.

vennoten ten aanzien van het tot hun vermogen behorende aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap is immers geen sprake - en ook niet de paritas creditorum kunnen doorbreken, voert Scheltema als rechtsgrond voor de bijzondere positie van het firmavermogen het volgende aan.

Volgens hem is deze rechtsgrond gelegen in een verbetering van de positie van de zaakscrediteuren. De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen dient als waarborg voor de vennootschappelijke schuldeisers. Evenals door de hoofdelijke aansprakelijkheid der firmanten wordt door de externe gebondenheid het krediet van de v.o.f. verhoogd.

Bij de aldus gevonden grond maakt Scheltema echter twee kanttekeningen. Van verhoging van het krediet kan alleen sprake zijn wanneer naar buiten toe openlijk als vennootschap wordt opgetreden. Dit is wezenlijk. Bij de v.o.f. is hiervan per definitie sprake. Uitbreiding van het stelsel van externe gebondenheid naar maatschap en commanditaire vennootschap zou echter slechts dan zinvol zijn indien deze vennootschappen openlijk als zodanig optreden. Waarbij volgens Scheltema kan worden opgemerkt dat het niet geheel onbedenklijk is als een zo ingrijpend rechtsgevolg als het bestaan van een afgescheiden vermogen afhankelijk is van een zo betrekkelijk vaag en ongepreciseerd criterium als het openlijk als zodanig optreden.

De tweede kanttekening is dat het slechts gerechtvaardigd is om aan de privécrediteuren de mogelijkheid van verhaal op een deel van het vermogen van hun debiteur te ontzeggen, wanneer zij van te voren omtrent de bijzondere vermogenspositie van hun schuldenaar zijn gewaarschuwd. Dat betekent dat de gemeenschap moet zijn gepubliceerd. Zonder publicatie van de vennootschap in het handelsregister is externe gebondenheid van het vermogen niet gerechtvaardigd.

Scheltema bereikt dan de conclusie dat indien - en niet anders dan indien - aan beide voorwaarden, nl. openbaarheid van optreden en publicatie, is voldaan, afscheiding van een gedeelte van het vermogen niet alleen bij de v.o.f., maar bij alle vormen van vennootschap en zelfs bij de eenmanszaak mogelijk moet zijn.

### *De ontwikkeling na Scheltema*

De ideeën van Scheltema hebben een belangrijke invloed gehad op de latere gedachtenvorming over het fenomeen afgescheiden vermogen. De algemene lijn

daarbij is dat, terwijl de rechtspraak geen nieuwe ontwikkeling heeft vertoond<sup>10</sup>, rechtsgeleerde schrijvers vooral de laatste decennia ertoe neigen om - geheel in overeenstemming met de door Scheltema aangetoonde rechtsgrond<sup>11</sup> - behalve aan de v.o.f. ook aan openbaar optredende maatschappen en commanditaire vennootschappen met één beherend vennoot een afgescheiden vermogen toe te kennen<sup>12</sup>.

Voor wat betreft de stille maatschap zijn de schrijvers terughoudender. Vrij algemeen werd aangenomen dat deze samenwerkingsvorm geen afgescheiden vermogen met zich bracht<sup>13</sup>. De invoering van het nieuwe vermogensrecht op 1 januari 1992 heeft echter een kentering in de diverse opvattingen teweeggebracht.

### *Het nieuw BW*

De zevende titel van boek 3 BW is gewijd aan het onderwerp Gemeenschap. Nadat in een eerste afdeling de algemene regels betreffende gemeenschappen zijn vermeld, bevat de tweede afdeling bepalingen omtrent enige bijzondere gemeenschappen. Volgens art. 3:189 gelden de bepalingen in die afdeling (artt. 189 t/m 194) niet voor enige met name genoemde gebonden gemeenschappen, waaronder een maatschap of vennootschap zolang deze niet is ontbonden, maar wel voor

---

10. De Hoge Raad heeft het bestaan van een afgescheiden vermogen uitdrukkelijk ontkend voor het geval van een openbaar als zodanig optredende c.v. met één beherend vennoot. Zie HR 4-1-1937, NJ 1937, 586 m.n. PS (Schaaper), HR 3-2-1956, NJ 1960, 120 m.n. Hijmans v.d. Bergh (Hardy). In HR 20-12-1991, TVVS 1992, 70 m.n. Noordraven en HR 1-7-1993, rolnr. 15010, weigerde de HR nadrukkelijk een uitspraak over deze kwestie te doen. De vraag of een openbare maatschap een afgescheiden vermogen heeft, is nimmer aan de Hoge Raad voorgelegd.

11. Zoals hierboven aangegeven, is Scheltema zelf ervoor teruggedeinsd om de consequentie uit de door hem gevonden rechtsgrond te trekken en een afgescheiden vermogen aan te nemen voor elke openbaar als zodanig optredende vennootschap. Naar zijn mening is het openlijk als zodanig optreden een te vaag en ongepreciseerd criterium om daarvan het bestaan van een afgescheiden vermogen afhankelijk te doen zijn.

12. Zie met name Asser-Maeijer, no. 183. Voorts Van Mourik, *Rondom de personenvennootschap*, blz. 58, Van Oven, *Handelsrecht*, blz. 44 en 51, E.J.R. Van der Smit, *Vermogens- en uitkeringsregelingen bij uitreden van vennoten*, 1987, blz. 33 e.v. Anders: P.R. Smits, *De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen* (Deventer 1963), blz. 165.

13. In de oudere literatuur is een afgescheiden vermogen voor de stille maatschap o.a. verdedigd door Kleyn, *WPNR 5037/5038* (1969), m.n. blz. 179 en 193 e.v. en Van Solinge, *De vennootschap volgens het Ontwerp B.W.*, Preadvies Vereniging "Handelsrecht" 1974, blz. 133 e.v.

dergelijke gemeenschappen vanaf het moment dat zij niet meer (volledig<sup>14</sup>) te beschouwen zijn als gebonden gemeenschap, dus onder andere voor een ontbonden maatschap of vennootschap. In deze afdeling wordt nu bepaald dat "tot de gemeenschap behorende schulden" op de goederen van de gemeenschap kunnen worden verhaald (art. 192) en voorts dat een schuldeiser wiens vordering op de goederen van de gemeenschap kan worden verhaald, bevoegd is zich tegen verdeling van de gemeenschap te verzetten (art. 193). Volgens verschillende schrijvers zou dit betekenen dat een ontbonden stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft en a fortiori een niet ontbonden stille maatschap dus ook.

Zo meent Maeijer<sup>15</sup> dat wanneer alle maten van een stille maatschap jegens eenzelfde crediteur aansprakelijk zijn voor hun deel van een ten behoeve van de maatschap aangegane schuld, deze crediteur op grond van de genoemde artt. 192 en 193 verhaal kan nemen op een tot de gemeenschap behorend goed en dit in zijn geheel kan uitwinnen. Deze crediteur is dan voor zijn verhaal niet aangewezen op de afzonderlijke aandelen van zijn verschillende schuldenaren in het maatschapsvermogen, welke aandelen hij als gevolg van de beschikkingsgebondenheid niet rechtstreeks zou kunnen uitwinnen zolang de maatschap niet ontbonden is. Volgens Maeijer heeft een dergelijke crediteur dus een bevoorrechte positie ten opzichte van privé-crediteuren van de verschillende maten, aangezien laatstbedoelden de aandelen in het maatschapsvermogen niet kunnen uitwinnen vóór de maatschap is ontbonden. Deze bevoordeling van een "zaakscrediteur" zou dus in feite neerkomen op het bestaan van een afgescheiden vermogen bij de stille maatschap.

Maeijer ziet de rechtvaardiging voor een dergelijk afgescheiden vermogen - op gelijke wijze als bij de v.o.f. - hierin, dat een derde erop moet kunnen afgaan dat degenen die zich gezamenlijk als vennoten jegens hem verbinden een verhoging van hun kredietwaardigheid willen bereiken en derhalve ook met de hun gezamenlijk toebehorende vennootschappelijke goederen verhaal willen bieden voor de door hen aangegane schuld.

Schoordijk<sup>16</sup> is van mening dat art. 192 mede betrekking heeft op schulden die het gevolg zijn van een "bedekte vertegenwoordiging" en volgens die

---

14. Een ontbonden maatschap of v.o.f. is niet meer geheel te beschouwen als een gebonden gemeenschap, maar ook niet geheel als vrije gemeenschap. Omdat de verdeling niet te zeer bemoeilijkt mag worden, zijn de deelgenoten niet geheel vrij in hun mogelijkheid tot beschikken. Vgl. Asser-Maeijer, nr. 198 e.v.

15. Asser-Maeijer, nr. 189 e.v.

16. *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid*, blz. 41 e.v.

redenering zullen bevoegd ten name van de stille maatschap aangegane schulden wel steeds hebben te gelden als gemeenschapsschulden, die volgens art. 193 tot een afgescheiden vermogen behoren. Schoordijk neemt dan ook voor de stille maatschap met stelligheid een afgescheiden vermogen aan<sup>17</sup>.

Ook volgens Van Mourik<sup>18</sup> heeft een stille maatschap een afgescheiden vermogen. Hierop hebben slechts die crediteuren verhaal, die wisten dat voor rekening van de maatschap werd gehandeld en die op grond van dit handelen jegens alle maten een vordering hebben.

Cahen lijkt eveneens een afgescheiden vermogen voor de stille maatschap aan te nemen, maar de gedachtengang hierachter is niet geheel duidelijk. Voor de nog niet ontbonden maatschap beroept hij zich slechts op het nog niet ingevoerde art. 7.13.1.7 lid 2. Voor de ontbonden maatschap voert hij aan dat art. 3:192 betrekking heeft op schulden waar de deelgenoten gezamenlijk voor verbonden zijn, zoals die, welke voortvloeien uit de reparatie van een bedrijfsauto of uit de vervanging van een nieuw dak van het kantoorpand.

Ook Raaijmakers baseert zijn mening dat een stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft op de gemeenschapstitel uit boek 3<sup>19</sup>. Het feit dat de tweede afdeling van deze titel slechts van toepassing is op een ontbonden maatschap acht deze schrijver geen beletsel nu de niet ontbonden maatschap nog een aparte regeling krijgt in boek 7, titel 13.

### *De stelling van Mohr*

Tegen de geschetste stroming in de literatuur die haar argumenten voornamelijk ontleent aan de in 1992 ingevoerde bepalingen van titel 3.7 BW wordt krachtig stelling genomen door Mohr<sup>20</sup>. Hij wijst er in de eerste plaats op dat de wettelijke regeling omtrent gemeenschap voor een niet ontbonden maatschap in het geheel geen regels bevat. Een directe wettelijke basis voor een afgescheiden vermogen bij de niet ontbonden maatschap ontbreekt dus geheel. Vervolgens staat hij stil bij de vraag, wat moet worden verstaan onder "tot de gemeenschap behorende schulden", waarvoor een gemeenschapscrediteur zich krachtens art. 3:192 en 3:193 bij voorrang kan verhalen op de goederen van de (ontbonden) gemeenschap. Mohr merkt op dat de tweede afdeling van titel 3.7 een regeling

---

17. Schoordijk, o.c. blz. 21 en 33.

18. Rondom de personenvennootschap, cit., blz. 58.

19. WPNR 5996 (1991), blz. 160/161.

20. Mohr, o.c. (noot 4), blz. 91 e.v.



geeft voor ontbonden gemeenschappen van uiteenlopende aard: zowel nalatenschap als - na ontbinding - huwelijksgemeenschap, v.o.f., openbare en stille maatschap. Volgens Mohr komen nu bij sommige van deze gemeenschappen schulden voor die tot de gemeenschap behoren, maar niet bij alle en met name niet bij de stille maatschap. En voor die gemeenschappen die geen "tot de gemeenschap behorende schulden" kennen, zijn de artt. 192 en 193, die een afgescheiden vermogen toekennen, zonder betekenis.

Mohr verdedigt vervolgens het standpunt dat schulden die de gezamenlijke maten - al dan niet via vertegenwoordiging - ten behoeve van de stille maatschap zijn aangegaan en waarvoor zij mitsdien extern elk voor een deel aansprakelijk zijn, niet noodzakelijkerwijs zijn aan te merken als "schulden van de maatschap" of "tot de gemeenschap behorende schulden", maar met evenveel recht kunnen worden beschouwd als "schulden voor rekening van de maatschap". Met dit laatste worden dan bedoeld schulden, waarvoor slechts de maten persoonlijk kunnen worden aangesproken, maar waarvoor de gemeenschap uiteindelijk draagplichtig is. Zulke schulden noemt de wet in de artt. 174, 178 lid 2, 179 lid 1 en 182 van boek 3. Omdat de wet geen duidelijk aanknopingspunt biedt voor het brengen van bedoelde schulden onder de ene of onder de andere noemer, zou de uiteindelijke keuze volgens Mohr zijn terug te voeren op het door de kiezer gewenste resultaat: wel of geen afgescheiden vermogen.

Aangekomen bij de constatering dat de vraag of de stille maatschap naar huidig recht een afgescheiden vermogen heeft uiteindelijk nog geheel open ligt, draagt Mohr verschillende argumenten aan voor de onwenselijkheid van een dergelijk afgescheiden vermogen. Zo acht hij een doorbreking van de in art. 3:277 neergelegde *paritas creditorum* in het geval van de stille maatschap niet te rechtvaardigen. Ook zou er een niet te rechtvaardigen verschil in verhaalspositie ontstaan tussen niet voorrang genietende crediteuren van een maat die slechts op eigen naam ten behoeve van de maatschap heeft gehandeld en de wel voorrang genietende crediteuren van een maat die mede als vertegenwoordiger van zijn mede-maten is opgetreden. Dit terwijl vertegenwoordiging (en dus voorrang voor de crediteur) bij de stille maatschap eerder uitzondering dan regel is.

Als ander bezwaar tegen een afgescheiden vermogen bij de stille maatschap noemt Mohr het feit dat daardoor de maat die het grootste gedeelte van het gemene vermogen heeft ingebracht, met dit vermogen onevenredig zal instaan voor de verplichtingen van de overige maten. Hierdoor zal niet alleen hij, maar ook zijn privé-crediteuren moeten opdraaien voor de schuld-porties van de overige maten, die op het ingebrachte vermogen worden verhaald. Volgens Mohr

ontbreekt bij de stille maatschap ten ene male de wil om de ingebrachte goederen tot verhaal van de gezamenlijke crediteuren te laten strekken.

### *De wetsgeschiedenis*

De stelling van Mohr dat niet duidelijk is of de artt. 3:192 en 3:193 van toepassing zijn op de stille maatschap omdat de wetgever met de tweede afdeling van titel 3.7 een groot aantal gemeenschappen heeft willen omvatten waardoor het mogelijk zou zijn dat deze artikelen slechts betrekking hebben op andere gemeenschappen, is in het licht van de wetsgeschiedenis niet vol te houden. Reeds bij het Mondeling Overleg van het toenmalige art. 3.7.2.2b gaf de regeringscommissaris Snijders te kennen dat het de bedoeling van de wetgever was om ook bij een stille maatschap zaakscrediteuren voorrang te geven boven privé-crediteuren bij het verhaal op het gemeenschapsvermogen<sup>21</sup>. Bij de nadere vaststelling ter gelegenheid van de Invoeringswet is uitdrukkelijk vastgehouden aan het eerder ingenomen standpunt en is met zoveel woorden herhaald dat de toekenning van een afgescheiden vermogen ook de stille maatschap gold<sup>22</sup>. Uit deze duidelijke uitlatingen van de wetgever blijkt zonneklaar dat de huidige art. 3:192 en 3:193 bedoelen ook de stille maatschap een afgescheiden vermogen toe te kennen.

### *Tussenbalans*

Uit de wetsgeschiedenis blijkt, zoals gezegd, duidelijk dat de wetgever met de regeling in de tweede afdeling van de gemeenschapstitel uit boek 3 bewust aan de zaakscrediteuren van de stille maatschap een verhaalsvoorrang op het gemeenschappelijke maatschapsvermogen heeft willen geven boven de privé-crediteuren van de afzonderlijke maten. In zoverre staat de meerderheid van schrijvers, onder aanvoering van Maeijer, dus sterk met het standpunt dat reeds thans de stille maatschap een afgescheiden vermogen heeft. Anderzijds kan aan Mohr worden toegegeven dat de tekst van de artt. 3:192 en 3:193 niet dwingend tot dit standpunt leidt. Indien men - tegen de wetsgeschiedenis in! - aanneemt dat "tot de gemeenschap behorende schulden" bij de maatschap niet voorkomen, komt

---

21. *Parl. Gesch.* Bk. 3, blz. 628. Snijders was van mening dat de stille maatschap niet alleen volgens het ontwerp boek 7, maar eveneens naar het reeds geldende recht een afgescheiden vermogen toekwam. Hij beriep zich hiertoe op de beschouwingen van Maeijer in Asser-Maeijer.

22. N.v.w. I *Inv.w.*, *Parl. Gesch.* Inv. Bkn 3-6, blz. 1302/1303.

men aan een afgescheiden vermogen, waarop slechts dergelijke schulden kunnen worden verhaald, niet toe. Als men nu in aanmerking neemt dat de wetgever tot zijn standpunt is gekomen door enerzijds vooruit te lopen op de nog in ontwerp-stadium verkerende regeling betreffende personenvennootschappen in titel 13 van boek 7 en anderzijds de opvatting van Maeijer en anderen reeds als geldend recht te beschouwen<sup>23</sup>, moet men constateren dat de juistheid van de opvatting dat een stille maatschap een afgescheiden vermogen behoort te hebben uiteindelijk, behalve van de nog volop in discussie zijnde regeling van titel 7.13, afhangt van de juistheid van de opvatting van Maeijer c.s.

### *De wenselijkheid van een afgescheiden vermogen*

Zoals hierboven vermeld werd, geeft Maeijer als rechtvaardiging voor zijn opvatting dat een derde er - op gelijke wijze als bij een v.o.f. - op moet kunnen afgaan dat degenen die zich gezamenlijk als vennoten jegens hem verbinden een verhoging van hun kredietwaardigheid willen bereiken en derhalve ook met de hun gezamenlijk toebehorende vennootschappelijke goederen verhaal willen bieden voor de door hen aangegane schuld. Deze rechtvaardiging gaat dus uit van de positie van de wederpartij van de maten, welke door de mogelijkheid van verhaal op een afgescheiden vermogen verbeterd wordt. Hierbij volgt Maeijer volledig de lijn die door Scheltema is ontwikkeld bij zijn rechtvaardiging van het afgescheiden vermogen van de v.o.f. Ook bij de stille maatschap zouden volgens Maeijer de maten die gezamenlijk namens de maatschap optreden, zulks doen teneinde hun krediet te verhogen<sup>24</sup>.

Bij zijn kritiek op een stelsel van afgescheiden vermogen bij de stille maatschap volgt Mohr een geheel andere lijn. Hij signaleert een ongelijkheid tussen verschillende soorten van crediteuren. Zowel de privé-crediteuren van de maten, als de crediteuren die hebben gehandeld met een maat die wel ten behoeve van de maatschap handelde maar zijn mede-maten daarbij niet formeel vertegenwoordigde (hetgeen bij de stille maatschap het normale geval is!) worden bij de verdeling van het in de maatschap ingebrachte vermogen van hun contractspartij achtergesteld bij de zeldzame crediteur die (al dan niet via volmacht) met alle maten gezamenlijk heeft gehandeld. Dit punt van kritiek is bijzonder sterk. Met name voor het verschil in positie tussen de beide soorten crediteuren, wier

23. *Parl. Gesch.* Bk. 3, blz. 628/629. N.v.W. I Inv.w, *Parl. Gesch.* Inv. Bkn 3-6, blz. 1302/1303. Zie ook boven, noot 21.

24. Asser-Maeijer, nr. 191.

tegenprestatie in het maatschapsvermogen is gevloeid of anderszins aan de maatschap ten goede is gekomen, namelijk diegenen die met een maat met formele volmacht van zijn mede-maten hebben gehandeld en diegenen die met een maat zonder een dergelijke volmacht hebben gehandeld, bestaat geen goede rechtvaardiging.

Het andere bezwaar van Mohr, namelijk dat door een afgescheiden vermogen de interne (eigendoms-)verhouding tussen de maten wordt verstoord doordat op het vermogen van de meest inbrengende maat extern het meest verhaal kan worden genomen, acht ik van minder gewicht. Zodra duidelijk is dat zulks een mogelijk gevolg is van een stille maatschap (en de rechtspraak kan zulk een duidelijkheid verschaffen), is dit een risico van deze samenwerkingsvorm geworden dat voor de aanvang door de aanstaande maten kan worden afgewogen tegen de voordelen. Goed verdedigbaar is immers dat de maten extern als zekere eenheid optreden en hun onderling verhaal intern moeten zoeken.

#### *Scheltema revisited*

Hierboven hebben wij gezien dat Scheltema de grond voor een afgescheiden vermogen zag in de verhoging van de kredietwaardigheid van de vennootschap. Als de vennoten met een derde handelen namens de tussen hen bestaande vennootschap doen zij dit omdat zij hopen dat de derde meer vertrouwen heeft in het samenwerkingsverband dan in elk van hen afzonderlijk. Voor de derde zal dit vertrouwen voornamelijk hierin bestaan dat het gezamenlijke vermogen instaat voor de jegens hem aangegane schulden. Scheltema vond de bescherming van het bij de derde ontstane vertrouwen echter alleen gerechtvaardigd als de vennoten zich openlijk als zodanig aan de derde hebben gepresenteerd. De vennoten moeten zich in het economisch leven als gemeenschappelijkheid aandienen. Slechts dan hebben zij actief het vertrouwen bij de derde opgewekt.

In het licht van dit criterium zou het juist zijn om de stille maatschap waarvan de derde geen weet heeft of die waarvan de derde slechts weet omdat de handelende maat het hem heeft verteld, een afgescheiden vermogen te ontzeggen. De gezamenlijkheid heeft dan immers geen vertrouwen gewekt. Indien echter de gezamenlijke maten zich bij de derde als maatschap presenteren en zich - al dan niet door middel van volmacht - gezamenlijk onder deze noemer binden, is er niet minder vertrouwen gewekt dan in het geval van een openbare maatschap of v.o.f. Een afgescheiden vermogen zou in dat geval dan ook alleszins geoorloofd zijn.

Scheltema heeft echter een tweede criterium gesteld voor een afgescheiden vermogen. Daarbij is de aandacht niet gericht op de positie van de zaakscrediteur, maar juist op die van de overige crediteuren van de maten, die van verhaal op het afgescheiden vermogen verstoken blijven. Volgens Scheltema is het slechts gerechtvaardigd om aan deze crediteuren de mogelijkheid van verhaal op een deel van het vermogen van hun debiteur te ontzeggen, wanneer zij van te voren voor deze mogelijkheid zijn gewaarschuwd. Publicatie van de vennootschap in het handelsregister is voor Scheltema dan ook een absolute vereiste voor de mogelijkheid van een afgescheiden vermogen.

Dit tweede criterium wordt door Maeijer, die wel overigens de lijn van Scheltema volgt, geheel genegeerd. Het overwegende bezwaar van Mohr ligt daarentegen juist geheel in het vlak van deze tweede maatstaf. Waar het op aan komt is immers of verhaalsrechten van sommige crediteuren op het vermogen van hun debiteur door deze laatste eenzijdig en ten voordele van andere crediteuren kunnen worden verkort doordat hij een deel van zijn vermogen bestemt voor maatschapsdoeleinden. Met Scheltema moet worden aangenomen dat dit zeker niet kan indien de benadeelde privé-crediteuren niet de mogelijkheid hebben om tijdig in te grijpen door bestaande vorderingen op te eisen en geen nieuwe rechtsbetrekkingen met deze debiteur aan te gaan. Publicatie van de maatschap en het daarmee samenhangende gevaar van een afgescheiden vermogen is daarom noodzakelijk.

Een dergelijke publicatie van de maatschap zou op zich niet nodig zijn indien de privé-crediteur direct van zijn debiteur verneemt dat deze in een maatschap met anderen samenwerkt. Indien dus een van de maten zonder volmacht namens de maatschap handelt (en derhalve slechts zichzelf bindt), verdient de wederpartij (die privé-crediteur wordt) geen bescherming tegen het bestaan van een afgescheiden maatschapsvermogen. Door willens en wetens toch te contracteren, stelt laatstgenoemde zich vrijwillig bloot aan het risico dat hij geen verhaal heeft op dat deel van het vermogen van zijn wederpartij, dat gebonden is in de maatschap. Toch lijkt het mij niet zinvol een grens te trekken tussen crediteuren die van het bestaan van de maatschap op de hoogte zijn en crediteuren die dat niet zijn. Afgezien van tal van onverkwikkelijke bewijsproblemen zou dit slechts leiden tot een verschuiving van de grens en zou er nog steeds een categorie schuldeisers overblijven die niet van de maatschap op de hoogte is.

*Conclusie*

In het bovenstaande is gebleken dat de wetgever in de in 1992 nieuw ingevoerde bepalingen van het BW het vermogen van de stille maatschap heeft willen karakteriseren als een afgescheiden vermogen waarop zaakscrediteuren zich bij voorrang kunnen verhalen. Ook de heersende stroming in de literatuur kent aan de stille maatschap naar huidig recht een dergelijk afgescheiden vermogen toe. Nochtans is er alle reden een andersluidend standpunt in te nemen. De beschouwingen die Scheltema in 1928 over dit onderwerp ten beste heeft gegeven, blijken nog steeds geldingskracht te hebben. De heersende leer in de doctrine heeft slechts een deel van Scheltema's zienswijze over het afgescheiden vermogen geadapteerd. Hierdoor zijn tegen deze leer de nodige bezwaren in te brengen, zoals ook Mohr nog onlangs heeft gedaan. Herijking van deze leer aan de volledige theorie van Scheltema leidt dan ook tot verwerping van de heersende leer. Juist op grond van het "stille" karakter van de niet gepubliceerde maatschap dient de mogelijkheid van een afgescheiden vermogen bij zo'n vennootschap te worden afgewezen.

G. NOORDRAVEN

GRONINGEN