

Ondernemingsrecht

192
<p>Hoge Raad 22 september 2017, nr. 16/02960 ECLI:NL:HR:2017:2444 ECLI:NL:PHR:2017:407 (mr. Streefkerk, mr. Sniijders, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Du Perron) (concl. A-G mr. Timmerman) Noot M. Poelsema</p>
<p>Personenvennootschappen. Commanditaire vennootschap. Tegenstrijdig belang. Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Onrechtmatige daad.</p>
<p>Beroepsaansprakelijkheid advocaat. Advise- ring door advocaat aan commanditaire ven- nootschap met tegenstrijdig belang tussen beherend en commanditaire vennoten. Belang van de vennootschap. Waartoe advocaat is gehouden. Wanprestatie jegens vennootschap onrechtmatige daad jegens commanditaire vennoten? Verwijzing naar HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069, NJ 2008/ 587 (Vleesmeesters/Alog) en HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367.</p>
[BW art. 6:162; WvK art. 20 lid 2 en 3]

Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat die een commanditaire vennootschap adviseert, dient zich te richten naar het in r.o. 3.5.4 bedoelde (gezamenlijke) belang van de vennoten. Indien voor de advocaat kenbaar is dat bij (het onderwerp van) zijn advies tegenstrijdige belangen van de vennoten betrokken zijn, dient hij bij zijn advisering met deze tegenstrijdigheid rekening te houden op een wijze die met de aard van de commanditaire ven- nootschap in overeenstemming is. Dit zal in een geval als het onderhavige meebrengen dat hij op de tegenstrijdigheid van belangen wijst en adviseert hoe daarmee om te gaan. Onder omstandighe- den kan deze gehoudenheid van de advocaat meebrengen dat hij zijn werkzaamheden voor de vennootschap dient te beëindigen. In r.o. 3.7 heeft het hof overwogen dat Lexence in de vergadering in september 2003 aan EAW en daarmee aan de CV heeft geadviseerd “niet de focus te leggen op de fout in de prospectus maar op de mogelijkheden om alsnog tot ontwikkeling te komen”. Deze over- weging valt mede tegen de achtergrond van het gespreksverslag waarnaar het hof verwijst (en waarvan de inhoud is weergegeven in 3.1 onder (viii)), en van de stellingen op dit punt van de Stichting, aldus te verstaan dat Lexence bij haar advisering aan de CV onder ogen heeft gezien en aan EAW als beherend venoot van de CV heeft voorgehouden dat EAW door de commanditaire vennoten aansprakelijk kan worden gesteld wegens de onjuiste voorstelling van zaken in het prospectus voor de CV. In dit verband heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk EAIG, met wie de vergadering in september 2003 plaatsvond, en EAW met elkaar vereenzelvigd. Het hof heeft evenwel de wijze van advisering door Lexence niet beoordeeld aan de hand van de in r.o. 3.5.5 genoemde maatstaf. Met zijn in r.o. 3.9 besloten liggende oordeel dat de eventuele aanwezigheid van tegenstrijdige belangen een interne aangelegen- heid van de CV betreft, die Lexence als buitenstaander niet aan- ging, en dat Lexence zich mocht beperken tot contacten met EAW

als haar gesprekspartner namens de CV, heeft het hof het in r.o. 3.5.4 dan wel 3.5.5 overwogene miskend. Dit brengt mee dat de in r.o. 3.5.1 weergegeven klachten van de onderdelen 2.7 en 2.8 slagen.

Het hof heeft miskend dat het belang van de commanditaire vennootschap bestaat in het gezamenlijke belang van de vennoten, dus zowel de beherende als de commanditaire vennoten.

Voorts heeft het hof uit het oog verloren dat de participanten commanditaire vennoten van de CV waren en derhalve niet kunnen worden aangemerkt als (willekeurige) derden ten opzichte van de CV. Omdat de belangen van de participanten als commanditaire vennoten nauw waren betrokken bij (het belang van) de CV (zie in r.o. 3.5.2), diende Lexence als advocaat van de CV mede op hun belangen acht te slaan en levert een tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst jegens de CV in be- ginsel tevens een onrechtmatige daad op jegens de participanten (vgl. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog) en, specifiek met betrekking de aansprakelijkheid van de advocaat, HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367).

De stichting *Stichting Participanten Warmond*, gevestigd te Amsterdam, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. J.W.H. van Wijk, tegen *Lexence N.V.*, gevestigd te Amsterdam, verweerster in cassatie, advocaten: mr. D. Rijpma en mr. C.J.A. Seinen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Stichting en Lexence.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 De feiten

Aan rov. 2.1 t/m 2.18 van het bestreden arrest ontleen ik de vol- gende vaststaande feiten.

1.1. De vennootschappen Euro American International B.V. (hierna: EAI) en Euro American Investment Group B.V. (hier- na: EAIG) hebben in 2002 het initiatief genomen om een be- legging in het project Bastion de Leede (hierna: het project) in Warmond aan het publiek aan te bieden. Daartoe is de com- manditaire vennootschap Euro American Warmond CV (hier- na: de CV) opgericht. Ook werd opgericht Euro American War- mond B.V. (hierna: EAW), de beherend venoot van de CV.

1.2. In december 2002 is het prospectus voor de CV uitge- bracht. Hierin is onder meer het volgende vermeld:

“I. Voorwoord

De vennootschap zal investeren in de aankoop van grond (waar- op een bouwvergunning zal worden verleend), de ontwikkeling en de bouw van een appartementencomplex (...) aan de Leede te Warmond.

(...)

In totaal zijn maximaal 72 participaties met een deelnamebe- drag van € 50.000,= (...) beschikbaar, hetgeen resulteert in een totaal commanditair vermogen van € 3.600.000,=. De deelne- mers genieten een preferent rendement van 12% lineair op jaar- basis over hun inleg en een overwinstrecht van 40%, waardoor het totaal verwachte (enkelvoudige) rendement 18% lineair op jaarbasis bedraagt. Terugbetaling van de inleg en de uitkering van het verwachte (preferente) rendement zal geschieden bij verkoop van de appartementen aan kopers, dan wel bij herfi- nanciering van het totale project. De verwachte looptijd van het

project, 25 maanden, is afhankelijk van de periode tot vergunningverstrekking en de verkoopsnelheid van de individuele appartementen.

(...)

De directie van Euro American Warmond BV verklaart dat – voor zover aan haar redelijkerwijs bekend had kunnen zijn – de gegevens in dit prospectus overeenstemmen met de werkelijkheid. Er zijn geen gegevens weggelaten waarvan vermelding de strekking van dit investeringsvoorstel zou wijzigen. De aankoop zal geschieden onder voorbehoud dat de bouwvergunning voor de bouw van de appartementen wordt verleend. Mocht de bouwvergunning niet worden verleend, dan zullen de deelnamebedragen worden terugbetaald.

II. De Investering

(...)

Bijzonderheden

(...)

Terugbetaling van de inleg en uitkering van het verwachte rendement worden voldaan uit de verwachte verkoopopbrengst en vindt plaats na verkoop van de appartementen aan kopers die de appartementen na de bouw zullen betrekken voor recreatieve doeleinden (...).

Ten behoeve van de bouw van het appartementencomplex dient het bestemmingsplan gewijzigd te worden. De huidige bestemming van de grond is bedrijfsterrein. Het bestemmingsplan dient gewijzigd te worden in meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden. De voorgenomen wijziging vindt plaats door middel van een, reeds in werking gezette, verkorte artikel 19-procedure waarbij de bestemming automatisch wordt gewijzigd bij het verstrekken van de bouwvergunning. De eerste bouwvergunning is reeds in 1999 aangevraagd en zal naar verwachting eind december 2002 worden verleend. Euro American Warmond CV koopt de grond, de opstallen en de plannen onder de opschortende voorwaarde dat de bouwvergunning vóór de overdracht wordt verkregen.

(...)

Toelichting op het investeringsproject

Euro American Warmond CV koopt een kavel grond inclusief de plannen voor ontwikkeling van circa 32 (...) appartementen inclusief parkeerplaats en aanlegsteiger aan de Leede te Warmond. De appartementen hebben een recreatieve bestemming.

(...)

VII Risicoanalyse

Algemeen

Wanneer men bij beleggen een meer dan gemiddeld rendement wenst te behalen, dan betekent dat over het algemeen het nemen van meer dan gemiddeld risico. Dat geldt ook voor deze investering.

(...)

Indien de periode tot vergunningverstrekking langer duurt of het nieuwe bestemmingsplan onvoldoende ruimte biedt om de voorliggende ontwikkeling te realiseren, zal dit naar alle waarschijnlijkheid een negatieve invloed hebben op de projectwinst van Euro American Warmond CV en daarmee een risico vormen dat de participanten (een gedeelte van) het beoogde rendement niet zullen realiseren of in het meest ongunstige geval (een gedeelte) van het ingelegde geld verliezen.”

1.3. Bijlage 1 bij het prospectus bevat de (concept) cv-overeenkomst. Artikel 4 lid 2 daarvan bepaalt:

“Opzegging of beëindiging van deze overeenkomst door een of meer vennoten is niet mogelijk, behoudens het bepaalde in artikel 11.”

Artikel 11 van de CV-overeenkomst ziet op beëindiging van de CV.

1.4. Op 29 mei 1997 heeft de gemeente Warmond het bestem-

mingsplan van het gebied waarbinnen het project valt, vastgesteld. De bestemming luidde op dat moment “bedrijven”. Met de toenmalige eigenaar van dat terrein heeft de gemeente Warmond op 24 september 1999 een overeenkomst gesloten die ertoe strekte dat de gemeente zou meewerken aan de aanvraag van een bouwvergunning om op het terrein een hotel met haven aan te leggen, mits dat zou worden gebruikt voor niet-permanente recreatie. Eind juni 2000 is de betreffende bouwvergunning aangevraagd. Op basis van de ruimte die de planvoorschriften bij het bestemmingsplan boden, is op 12 juni 2001 het bestemmingsplan voor genoemd terrein gewijzigd in “horeca”. Hieronder moet (mede) worden verstaan het bedrijfsmatig verstrekken van maaltijden en/of logies, zo blijkt uit de planvoorschriften. Op 23 januari 2002 is een bouwvergunning verleend voor het oprichten van (een) appartementen/hotel met haven en steigers (“botel”).

1.5. De CV heeft op 1 december 2002 de grond gekocht waarop het project gerealiseerd moest worden. De grond is geleverd bij notariële akte van 4 februari 2003.

1.6. Bij besluit van 19 augustus 2003 (hierna: het herroepingsbesluit) heeft de gemeente Warmond de op 23 januari 2003 verleende bouwvergunning herroepen, omdat het ingediende bouwplan niet voldeed aan de bestemming horeca. Redengevend daarvoor was dat geen sprake was van bedrijfsmatige verstrekking van logies omdat voor de toekomstige eigenaren van de appartementen geen verplichting bestond die te verhuren.

1.7. Op 8 september 2003 heeft de CV Lexence ingeschakeld voor advies in verband met de herroeping van de bouwvergunning. Bij brief van 17 september 2003 heeft mr. Van Driel van Lexence aan de CV onder meer geschreven:

“Mijn conclusie is dat het door EuroAmerican voorgestane bouwplan – zowel qua toekomstig gebruik als qua bouwhoogte – in strijd lijkt te zijn met het bestemmingsplan.”

1.8. Op 23 september 2003 volgde een bespreking op het kantoor van Lexence waar van de zijde van Lexence mr. Van Schoonhoven aanwezig was en van de zijde van EAIG [betrokkene 1] en [betrokkene 4]. Het gespreksverslag van deze bijeenkomst vermeldt onder meer:

“Lexence geeft aan dat de bouwvergunning terecht is ingetrokken. (...) Er kan dus alleen ontwikkeld worden wanneer er sprake is van het bedrijfsmatig verstrekken van logies door de gebruiker (s). Er geldt zelfs een verbod op gebruik op andere wijze.

Er worden een aantal mogelijkheden besproken.

Optie 1 Stekker eruit en aansprakelijk stellen Smitsloo/Notaris/Gemeente

(...)

Optie 2 Doorgaan en binnen het bestemmingsplan ontwikkelen

(...)

Let op: Indien voor optie 2 gekozen wordt kan het zijn dat EAIG alsnog aansprakelijk wordt gesteld (...).

(...)

Aansprakelijkheden

Er zijn twee partijen die EAIG aansprakelijk kunnen stellen:

1. Vennoten. EAIG moet op korte termijn de vennoten op de hoogte stellen van de gang van zaken. Het zou kunnen dat één of meer vennoten EAIG aansprakelijk stelt omdat zij onder valse voorwendselen in dit project betrokken zijn.

2. Potentiële kopers. (...)

De volgende actiepunten worden afgesproken:

(...)

– Aktie Lexence: De aansprakelijkheid naar participanten onderzoeken (Er zitten in dit project in totaal 49 participanten)

– Aktie Lexence: Bezwaar maken tegen de herroeping van de bouwvergunning”

1.9. Op 30 september 2003 volgde een brief, waarin mr. Van Schoonhoven van Lexence aan de CV heeft geschreven:

“De bestuursrechtelijke kant wordt verzorgd door mijn kantoorgenoot mr. Van Driel. Het hiernavolgende betreft met name de strategie alsmede de civielrechtelijke positie van partijen. (...)

Tevens is mij gebleken (...) dat het door Euro American voorgestane project qua gebruik in strijd is met het bestemmingsplan en (...) deze strijdigheid niet kan worden weggenomen dan behoudens via hetzij een wijziging van het bestemmingsplan, hetzij een vrijstelling, (...) zelfs indien de bouwvergunning niet zou zijn herroepen dan zou op basis van het bestemmingsplan het gebruik op elk moment hebben kunnen worden stilgelegd hetzij door de gemeente, hetzij door derde-belanghebbenden.

Of het Lexence (...) lukt om alsnog het door Euro American voorgestane project een solide bestuursrechtelijke grondslag te geven valt niet te voorspellen. Vooralsnog heeft de gemeente aangegeven geen medewerking te willen verlenen aan een vrijstelling of bestemmingsplanwijziging. Blijft de gemeente weigerachtig dan is het in het algemeen moeizaam om een vrijstelling (of bestemmingsplanwijziging) in rechte af te dwingen.

Prospectus

(...)

De prospectus meldt op pagina 5:

‘Het bestemmingsplan dient gewijzigd te worden in meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden.’

De Prospectus heeft onmiskenbaar de bedoeling een project van recreatiewoningen voor niet permanent gebruik te omschrijven. (...) Nergens wordt gerefereerd aan een hotel- of botelfunctie dan wel aan het bedrijfsmatig verstrekken van logies. Dit verklaart ook bovenvermelde uitspraak in de prospectus die daarmee dan ook correct is.

(...)

Voorts meldt de prospectus aansluitend op pagina 5:

‘De eerste bouwvergunning is reeds in december 1999 aangevraagd en zal naar verwachting eind december 2002 worden verleend.’

Deze uitspraak in de prospectus is niet correct. Immers, de ingediende bouw aanvraag betrof niet het meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden en kon dus nimmer leiden tot een bouwvergunning als bedoeld in de prospectus.

Het voorgaande kan tot aansprakelijkheid leiden (...).”

1.10. Lexence heeft namens de CV beroep ingesteld tegen het herroepingsbesluit. In de begeleidende brief bij het conceptberoepschrift heeft mr. Van Driel op 17 oktober 2003 geschreven: “Zoals je kunt zien is het een lijvig stuk geworden. Dit vindt natuurlijk zijn oorzaak in het feit dat ons standpunt, namelijk dat het bouwplan niet in strijd is met het bestemmingsplan, maar zeer moeizaam te verdedigen valt.”

Uiteindelijk is het herroepingsbesluit door zowel de rechtbank als de Raad van State bekrachtigd.

1.11. Op 20 januari 2005 heeft EAIG aan de vennoten van de CV een brief gestuurd. Daarin is onder meer vermeld:

“Betreft: Voortgangsbericht bouwvergunningsprocedure Warmond C.V.

(...)

Op 30 november 2004 heeft inzake de procedures tot het verkrijgen van een bruikbare bouwvergunning een informatiebijeenkomst plaatsgevonden. Tijdens deze bijeenkomst werd door de advocaat een toelichting gegeven op de gang van zaken en de stand van zaken op dat moment, waarna de aanwezigen gelegenheid hadden om hun (persoonlijke) vragen aan de advocaat voor te leggen. Naar aanleiding van de gestelde vragen is af-

gesproken dat in januari 2005, nadat voortgang is gemaakt met de juridische procedures, een voortgangsbericht aan alle deelnemers zou worden verzonden.

U treft dit voortgangsbericht van de advocaat hierbij aan, evenals de presentielijst van de vergadering.”

Het bijbehorende voortgangsbericht vermeldt onder meer:

“Eerste bouwaanvraag

(...) De rechtbank Haarlem heeft bij uitspraak van 1 november 2004 het beroep van Euro American Warmond C. V. tegen de herroeping van de bouwvergunning gegrond verklaard, omdat B&W zich ten onrechte niet hadden uitgelaten over de mogelijkheid om het bouwplan middels een vrijstelling van het bestemmingsplan mogelijk te maken. (...)

Aangezien de raadscommissie (...) te kennen heeft gegeven niet bereid te zijn om vrijstelling te verlenen, is het aannemelijk dat de raad het verzoek om vrijstelling zal afwijzen.

Hoewel de rechtbank het beroep gegrond heeft verklaard, is de rechtbank van oordeel dat het bouwplan (...) in strijd is met het bestemmingsplan. Dit omdat aan de toekomstige eigenaars geen rechtens afdwingbare exploitatie- of verhuurverplichting zou worden opgelegd. (...) Er dient volgens de rechtbank dan ook een geheel nieuwe bouwaanvraag te worden ingediend. Euro American kan zich niet met deze uitspraak van de rechtbank verenigen en heeft dan ook hoger beroep aangetekend bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. (...)

Tweede bouwaanvraag

Rekening houdend met een eventuele negatieve uitspraak van de rechtbank heeft Euro American zekerheidshalve op 9 juli 2004 alvast een nieuwe bouwaanvraag ingediend voor een gewijzigd bouwplan. Voorafgaand aan die bouwaanvraag heeft Euro American de concept-splitsingsakte gewijzigd, in die zin dat aan de toekomstige appartementseigenaars nu wél een rechtens afdwingbare verhuurverplichting wordt opgelegd. (...) Vervolgens hebben B&W (...) op 23 september 2004 de gevraagde bouwvergunning geweigerd op de grond dat het toekomstige gebruik van het hotel nog steeds in strijd zou zijn met het bestemmingsplan. (...)

Tegen de weigering van de bouwvergunning heeft Euro American op 29 oktober 2004 bezwaar ingediend. (...)

B&W hebben (...) de vier voorwaarden genoemd waaraan moet zijn voldaan wil de exploitatie voldoen aan het bestemmingsplan:

1. eigen gebruik kan worden toegestaan gedurende 8 weken per jaar (...);
2. over deze periode is de eigenaar wel de huurprijs, maar geen bemiddelingsbedrag verschuldigd aan de commerciële exploitant;
3. huurt de eigenaar zijn eigendom buiten deze 8 weken, dan betaalt hij naast de marktconforme huurprijs hetzelfde bemiddelingsbedrag als een willekeurige huurder;
4. de commerciële exploitant heeft een duidelijk onafhankelijke positie ten opzichte van de eigenaars (...)

Indien de beslissing op bezwaar negatief uitpakt, kan Euro American een derde bouwaanvraag indienen, die voldoet aan alle door B&W (...) gestelde voorwaarden. (...).”

1.12. Lexence heeft in een memorandum van 10 juni 2005 aan EAIG geadviseerd inzake de CV. Dit memorandum vermeldt onder meer:

“Strategie jegens de Vennoten

Zoals gezegd, lijken de Vennoten die in de raad van advies zitten nog niet te beseffen dat het Prospectus reeds op het moment van uitgifte onjuistheden bevatte. Euro American zou er daarom voor kunnen kiezen hier op dit moment niets over te zeggen en uitsluitend een standpunt in te nemen over de periode na de overdracht van het perceel.

Euro American zou in dat verband kunnen stellen dat de C.V. door de oorspronkelijke verlening van de bouwvergunning werd gedwongen het perceel af te nemen, en dat op dat moment niet viel in te zien dat de vergunning later weer zou worden ingetrokken. Euro American zou verder het standpunt kunnen innemen dat zij, na de intrekking van de vergunning, geen andere keuze had dan de schade voor de participant zoveel mogelijk te beperken door het project dusdanig te wijzigen dat alsnog een vergunning zou worden verkregen. Het enige alternatief op dat moment was immers het staken van het project, en het nemen van aanloopverliezen. Als dat was gebeurd, zouden de Vennoten niet hun gehele inleg hebben teruggekregen. (...)"

1.13. Een volgend memorandum van Lexence van 20 juni 2005 vermeldt onder meer:

"2. Executive summary

- Het Prospectus was niet onjuist ten aanzien van het beoogde gebruik van de appartementen;
- Het Prospectus was wel onjuist ten aanzien van de bestuursrechtelijke situatie;
- De onjuistheid in het Prospectus betrof een punt dat voor de participanten van belang was bij hun risicoanalyse;
- Het verdient aanbeveling de discussie met de participanten te focussen op de koerswending van de gemeente na de levering van het perceel aan de C.V. en te proberen zomin mogelijk aandacht te besteden aan de bestuursrechtelijke situatie ten tijde van de uitgifte van het Prospectus."

1.14. Op 17 juni 2005 heeft een vergadering van vennoten van de CV plaatsgevonden. Het verslag hiervan vermeldt onder meer:

"[betrokkene 1] verzorgt een presentatie, waar het volgende aan kan worden ontleend:

(...)
– het rendement wordt nu op 8-10% geschat; van invloed daarop is evenwel nog het verkooptempo; eerst moet 60% zijn voorverkocht.

(...)
vragen het rendement te garanderen, wat [betrokkene 2] doet, is voor EIAG niet aan de orde (...) daarop reagerend stelt [betrokkene 2] dat niet aan het prospectus is voldaan omdat EAIG niet beschikt over grond, waarop in meerdere lagen appartementen mogen worden gebouwd

(...)
[betrokkene 2] blijft er moeite mee houden dat grond is afgenomen, terwijl wel de vergunning was verleend, maar de bestemming niet was veranderd, en vindt dat de halve waarheid is gesproken; het prospectus is zijns inziens dus onjuist, en daarom vindt hij dat het project moet worden hergepositioneerd (...)

(...)
Anders dan [betrokkene 3] stelt, is het project er niet anders op geworden, eruit stappen is niet mogelijk (...)"

1.15. Een volgende vergadering heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2005. Het verslag daarvan vermeldt onder meer:

"Verwachting heden

Opbrengsten Prospectus 24 maanden vertraging

(...)

Totaal rendement 18,4% 8,3%

(...)

[betrokkene 2] wijst erop dat de vergadering bijeen is geroepen, omdat zich een scenario afspeelt dat afwijkt van de prognoses in het prospectus. (...)

[betrokkene 2] wijst erop dat in het prospectus op pagina 5 wordt gemeld dat bij het verlenen van de bouwvergunning automatisch het bestemmingsplan wordt gewijzigd. Dit blijkt zijns inziens feitelijk onjuist te zijn.

(...)

[betrokkene 2] herinnert eraan dat in de laatste vergadering is gezegd dat het bestemmingsplan niet met de bouwvergunning zou worden gewijzigd, conform het vereiste in het prospectus. (...)

[betrokkene 2] concludeert dat, hetgeen in de prospectus staat, zijns inziens niet overeenkomst met de werkelijkheid. (...)

[betrokkene 2] spreekt zijn zorg uit over het feit dat de vennoten worden geconfronteerd met een zijns inziens onjuiste prospectus op basis waarvan het project mogelijk ontaardt in een 'ramp', waarbij EIAG niet de zekerheid wenst te geven dat er geen negatief rendement zal worden behaald. Dit plaatst de vennoten in een moeilijke positie ten aanzien van eventueel te ondernemen stappen. [betrokkene 2] hoopt dat EAIG alsnog met een voorstel zal komen, om het probleem enigszins op te lossen. (...)"

1.16. Op basis van een derde bouwaanvraag van april 2005 is in oktober 2005 een bouwvergunning voor het – aangepaste – project verleend. Na (aanvullende) financiering door Syntus Achmea Vastgoed is in mei 2007 de bouw van het project aangevangen. Na het opzetten van het casco is de bouw gestaakt vanwege het faillissement van de aannemer. In de loop van 2007 heeft overleg plaatsgevonden tussen Euro American International B.V. en de vennoten van de CV over terugbetaling van hun inleg. Op 7 februari 2008 is het faillissement van EAI en EAIG uitgesproken. Op 21 september 2009 heeft de CV het project verkocht voor een bedrag waarmee de lening van Syntus Achmea Vastgoed is afbetaald. Aan de vennoten van de CV is geen betaling gedaan. De bouw is uiteindelijk voltooid.

1.17. De bij Stichting Participanten Warmond (hierna ook: de stichting) aangesloten participanten hebben met de stichting een lastgevingsovereenkomst gesloten, die erop neerkomt dat de stichting in eigen naam maar voor rekening van de desbetreffende participant de onderhavige procedure tegen Lexence voert. Daarbij is ook bepaald dat de stichting de aan de participant toekomende rechten ten aanzien van Lexence met uitsluiting van de participant uitoefent, waardoor de participant gedurende de looptijd van de lastgevingsovereenkomst ook jegens derden de bevoegdheid mist om die rechten zelf uit te oefenen.

1.18. Met de CV heeft de stichting een vaststellingsovereenkomst gesloten die inhoudt dat de CV haar eventuele vordering op Lexence overdraagt aan de stichting.

2 Het procesverloop

2.1. Bij dagvaarding van 24 juli 2013 hebben de stichting en 27 andere (rechts)personen (participanten) Lexence gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam. Gevorderd is veroordeling van Lexence

I tot betaling aan de Stichting Participanten Warmond c.s.¹ van in totaal € 2.824.109,=, althans € 245.213,11, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 12 april 2007, althans 24 april 2012 althans de dag van dagvaarding, tot de datum van algehele voltooiing,

II tot betaling aan Stichting Participanten Warmond c.s., althans aan de participanten naar rato van de aankoopwaarde van hun participatie een bedrag van in totaal € 4.213.120,=, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 mei 2013, althans de dag van dagvaarding, tot de datum van algehele voltooiing,

III tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten van € 6422,= op grond van Rapport Voorwerk II;

1 Dit zijn de gezamenlijke eisers in eerste aanleg.

IV tot betaling van de nakosten van € 131,= en in geval van betekening € 191,=

V tot betaling van de kosten van de procedure.

2.2. De rechtbank heeft bij vonnis van 17 september 2014 de vorderingen van de stichting afgewezen.² De participanten zijn door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard.

2.3. Bij arrest van 23 februari 2016³ heeft het hof Amsterdam het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof heeft de participanten niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep.

2.4. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen:

“3.3 De door de Stichting geformuleerde grieven strekken – kort gezegd – tot toewijzing van de oorspronkelijke vorderingen.

3.4 De Stichting stelt zich op het standpunt dat Lexence is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht die zij met de CV heeft gesloten, althans dat zij onrechtmatig jegens de CV heeft gehandeld. De hiermee verband houdende vordering van de CV is aan de Stichting overgedragen. Voorts stelt zij dat Lexence onrechtmatig heeft gehandeld jegens de participanten in de CV, die worden vertegenwoordigd door de Stichting (hierna: de participanten).

Vordering van de CV

3.5 Het hof zal eerst de aan de Stichting overgedragen vordering van de CV bespreken.

De Stichting heeft ten aanzien van deze vordering het volgende aangevoerd. Lexence heeft gehandeld in strijd met Gedragsregel 7 door niet alleen de belangen van de CV te behartigen, maar ook die van EIAG en van de beherend vennoot EAW. Aangezien die belangen uiteen liepen had Lexence zich moeten terugtrekken. Het belang van de CV werd (in elk geval mede) bepaald door de belangen van de participanten nu de financiering van het project was bijeengebracht door de participanten. De bescherming van deze belangen is in het gedrang gekomen ten faveure van de belangen van EAW en EAIG. De belangen van EAW en EAIG brachten mee, dat voor de participanten verborgen zou blijven dat de prospectus op het punt van de bestemming onjuist was, althans dat daarop zo weinig mogelijk de aandacht werd gevestigd. In dat kader konden de procedures dienstig zijn. Dat de aandacht werd afgeleid van de fout in de prospectus was niet in het belang van de CV. Het was daarnaast niet in het belang van de CV om tegen hoge kosten kansarme, kostbare en tijdrovende procedures te voeren. Lexence heeft die procedures niet ontraden, maar daar juist aan meegewerkt en zich aldus niet gedragen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat betaamt, aldus de Stichting.

3.6 Het hof stelt voorop dat (alleen) de CV als opdrachtgever heeft te gelden. Niet in geschil is dat de CV daarbij rechtsgeldig werd vertegenwoordigd door (alleen) EAW als beherend vennoot. Niet in geschil is voorts dat Lexence geen bemoeienis heeft gehad met het opstellen van het prospectus, de aanvraag van de (oorspronkelijke) bouwvergunning en de aankoop van de grond. Op het moment dat de CV zich tot Lexence wendde, was er een bouwvergunning verleend, had de aankoop van de grond door de CV reeds plaatsgevonden, hadden de participanten reeds als commanditaire vennoten gelden ingelegd en werd de CV geconfronteerd met de herroeping van de bouwvergunning wegens strijd met het bestemmingsplan. Lexence heeft reeds in een vroeg stadium onderkend dat het bouwplan, zoals

beschreven in het prospectus, niet aan het bestemmingsplan voldeed, ook niet aan het gewijzigde bestemmingsplan. In zoverre was het prospectus onjuist. Zij heeft de beherend vennoot en daarmee de CV daarover meteen geïnformeerd.

3.7 In de vergadering in september 2003 (...) zijn door Lexence in het kader van advisering aan EAW en daarmee aan de CV verschillende opties voorgehouden, waaronder de optie om voort te gaan met het bouwplan en te proberen tot ontwikkeling te komen binnen de grenzen van het bestemmingsplan. Daarbij werd geadviseerd niet de focus te leggen op de fout in de prospectus maar op de mogelijkheden om alsnog tot ontwikkeling te komen. In die optie werd tevens de mogelijkheid voorgehouden om te procederen tegen de herroeping van de vergunning, waarbij ook duidelijk werd gemaakt dat deze procedure geen grote kans van slagen had.

3.8 De CV, vertegenwoordigd door EAW, heeft ervoor gekozen om door te gaan met het bouwplan, de focus te leggen op ontwikkeling binnen het bestemmingsplan en (daartoe) te procederen tegen de herroeping van de vergunning.

3.9 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de CV van meet af aan correct en volledig door Lexence is geïnformeerd over de mogelijkheden, de kansen en de risico's en op basis van die informatie tot een keuze heeft kunnen komen. De constructie van een CV brengt mee dat de commanditaire vennoten – de participanten – in feite slechts geldschieters zijn. Een CV, ook deze, neemt aan het rechtsverkeer deel door haar beherend vennoot. Die beherend vennoot maakt keuzes en treedt handelend op. Gesprekspartner voor Lexence was dus de beherend vennoot namens de CV. Wat er ook zij van eventuele (interne) verwijten van de participanten jegens de beherend vennoot, die gaan Lexence als buitenstaander niet aan. De CV kan zich er dan ook achteraf niet jegens Lexence op beroepen dat de door haar (vertegenwoordigd door haar beherend vennoot) gekozen koers in strijd zou zijn geweest met haar belangen.

3.10 Op zichzelf is denkbaar dat de belangen van de CV en haar beherend vennoot op enig moment zodanig uiteen gaan lopen, dat van de – voor de CV optredende – advocaat maatregelen gevergd kunnen worden. Naar het oordeel van het hof was daarvan echter ten tijde van de advisering geen sprake. Immers, zoals door Lexence betoogd was de strategie die zij adviseerde in de situatie zoals hierboven onder 3.7 beschreven, erop gericht om de waarde van de aangekochte grond te herstellen en te proberen alsnog een profijtvolle ontwikkeling van die grond te bewerkstelligen. Naar het oordeel van het hof kon Lexence in redelijkheid menen dat zij hiermee zowel in het belang van de CV als in het belang van de beherend vennoot handelde.

3.11 Daarbij komt nog het volgende. De enkele omstandigheid dat Lexence gehandeld zou hebben in strijd met de voor haar als advocaat geldende gedragsregels omtrent tegenstrijdige belangen zou, als dat vast stond, niet voldoende zijn voor het oordeel dat zij jegens de CV als haar cliënt wanprestatie heeft gepleegd en aansprakelijk is voor schade.

3.12 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet is gebleken dat Lexence bij de uitvoering van de opdracht van de CV heeft gehandeld in strijd met de voor een advocaat geldende professionele standaard. Van een tekortkoming is dan ook geen sprake, evenmin als van een onrechtmatige daad. Grief 1 faalt derhalve.

Vordering van de participanten

3.13 De Stichting stelt voorop dat Lexence zich als advocaat van de CV tevens de gerechtvaardigde belangen van de participanten had moeten aantrekken. De Stichting neemt daarbij in overweging dat de advisering van de CV de facto op kosten van de participanten plaatsvond. Lexence heeft dit onvoldoende gedaan en daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de participanten. Zo verwijt de Stichting Lexence dat zij eraan heeft bijgedra-

2 Rb Amsterdam 17 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5723, NJF 2014/432.

3 Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:635, JOR 2016/93 m.nt. C.M. Stokermans, RO 2016/35 met een wenk van P.P.D. Mathey-Bal.

gen dat de participanten onkundig werden gehouden over de fout in het prospectus. Volgens de Stichting had Lexence niet mogen adviseren om die fout ten opzichte van de participanten te verzwijgen en meer in het bijzonder had Lexence, in de persoon van mr. Van Driel, tijdens de bijeenkomst van 4 oktober 2005 moeten ingrijpen toen namens de beherend vennoot werd gesuggereerd dat het prospectus niet onjuist was. Bovendien was het voeren van een kansloze bestuursrechtelijke procedure er slechts op gericht de discussie over de prospectusaansprakelijkheid uit te stellen. De Stichting stelt schade te hebben geleden door dit handelen.

3.14 Het hof herhaalt dat de CV als enige opdrachtgever van Lexence te gelden heeft, daartoe rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar beherend vennoot. Het is dan ook de CV jegens wie Lexence een zorgplicht heeft. Hoewel de Stichting wel stelt dat de participanten ervanuit mochten gaan dat Lexence ook hun belangen behartigde, kennelijk ook waar die niet parallel liepen met die van de beherend vennoot, zodat Lexence een dergelijke zorgplicht jegens hen had, onderbouwt zij die stelling niet. Dat had wel op haar weg gelegen, want in de gegeven verhouding lag besloten dat in beginsel Lexence juist niet (ook) de belangen van de participanten zou behartigen waar die niet parallel liepen met die van de beherend vennoot, omdat de participanten niet de opdrachtgevers van Lexence waren.

Deze zorgplicht kan zich onder omstandigheden uitstrekken tot derden. Het hof volgt de Stichting echter niet in haar betoog dat Lexence haar zorgplicht jegens de participanten als zodanige derden heeft geschonden. Immers, deze zorgplicht kan niet zover gaan dat van een advocaat verlangd kan worden dat hij handelt in strijd met de belangen van zijn eigen cliënt of dat hij de vertrouwensrelatie met zijn cliënt schaadt. Het advies aan de CV om niet de aandacht te vestigen op de fout in de prospectus, maar zich in te spannen om de waarde van de grond en de profijtelijkheid van de investering te herstellen, diende het belang van de CV. Van Lexence kon niet gevergd worden dat zij in strijd met dat belang de participanten actief zou informeren over de mogelijkheid van prospectusaansprakelijkheid en aldus wanprestatie jegens haar opdrachtgever zou plegen. Het enkele feit dat de advisering de facto voor rekening van de participanten zou komen, maakt het voorgaande niet anders. Daarbij is mede van belang dat de – zelfverkozen – rechtsverhouding tussen de stille vennoten en de CV zich kenmerkt door het volledig ontbreken van zeggenschap van de participanten.

3.15 Daarnaast geldt dat schending van een gedragsregel ook in dit verband (...) nog niet meebrengt dat jegens de participanten sprake is van een onrechtmatige daad. Die gedragsregel geldt immers in de contractuele relatie (terwijl zelfs in die relatie de enkele schending nog niet betekent dat aansprakelijkheid gegeven is).

3.16 Nu geen sprake is van schending van een zorgplicht jegens de participanten als derden, is van onrechtmatig handelen jegens de participanten geen sprake. De vordering stuit reeds daarop af. Derhalve is niet van belang of een andere strategie de participanten in een voordeliger positie zou hebben gebracht. Ook de overige weren kunnen onbesproken blijven. De tweede grief faalt eveneens.

3.17 Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Appellanten zullen als in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk worden verwezen in de kosten van het geding in appel.”

2.5. Bij dagvaarding van 23 mei 2016 (en dus tijdig) heeft de stichting cassatieberoep ingesteld. Lexence heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten door hun advocaten, de stichting mede door mr. A.J.S.M. Tervoort. Partijen hebben tot slot gere- en gedupliceerd.

3 Algemene inleiding

3.1. Het gaat in deze zaak om een claim van de CV en haar commanditaire vennoten op advocatenkantoor Lexence. De CV was opgericht ten behoeve van een investering in onroerend goed: de realisering van een appartementencomplex te Warmond. Nadat de CV de grond had aangekocht, herriep de gemeente de afgegeven bouwvergunning. De CV heeft daarop Lexence ingeschakeld. Lexence heeft vastgesteld dat het door EAIG (bestuurder en aandeelhouder van beherend vennoot EAW⁴) uitgegeven prospectus een fout bevatte. Lexence heeft erop gewezen dat EAIG aansprakelijk kon worden gesteld door de commanditaire vennoten. Lexence heeft het advies gegeven de aandacht niet op die fout te richten, maar op het alsnog verkrijgen van een bouwvergunning.

3.2. De verwijten aan het adres van Lexence hebben hoofdzakelijk betrekking op de wijze waarop Lexence is omgegaan met tegenstrijdige belangen. Lexence zou (vooral) de belangen van de beherend vennoot en/of haar bestuurder/aandeelhouder hebben behartigd. De belangen van de CV en de commanditaire vennoten zou Lexence hebben veronachtzaamd. De cassatieklachten betogen dat het hof deze verwijten ten onrechte ongegrond heeft geacht.

3.3. Voordat ik de cassatieklachten bespreek, maak ik de volgende algemene opmerkingen.

3.4. De commanditaire vennootschap is een samenwerkingsverband tussen een of meer gewone of beherend vennoten, en een of meer commanditaire vennoten (ook stille vennoten genoemd).⁵ De commanditaire vennoot mag geen beheersdaden verrichten.⁶ Hij is niet aansprakelijk voor schulden van de vennootschap en – intern – is hij tot niet meer gehouden dan tot het bedrag van zijn inbreng.⁷ De beherend vennoot beheert (bestuurt⁸) de vennootschap en is met zijn eigen vermogen aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap.⁹

3.5. De commanditaire vennoot heeft dus een bijzondere positie, maar is wel een volwaardige partner in het samenwerkingsverband. De commanditaire vennootschap is een *personenvennootschap*. Dat houdt onder meer in dat elk van de partijen het samenwerkingsverband aangaat met het oog op de persoon van zijn of haar medevennoot of medevennoten.¹⁰ Van een hiërarchische relatie tussen de beherend vennoot en de commanditaire vennoot is geen sprake.¹¹ Het beheersverbod van art. 20 lid 3 WvK staat er mijns inziens niet aan in de weg dat de commanditaire vennoot intern invloed uitoefent op de koers van de vennootschap.¹² Hij heeft bovendien recht op in-

4 Hoewel het hof niet met zoveel woorden heeft vastgesteld dat EAIG bestuurder en aandeelhouder was van EAW, meen ik toch dat ook het hof hiervan is uitgegaan. Partijen hebben dit eensgezind gesteld (zie bijv. de memorie van grieven onder 11, de memorie van antwoord onder 2 en de schriftelijke toelichting zijdens de stichting onder 2.3). Ik vind hiervoor bovendien aanwijzingen in de feiten die het hof wél expliciet heeft vastgesteld (waaruit bijvoorbeeld volgt dat Lexence in het kader van de dienstverlening aan de CV contact had met EAIG).

5 De commanditaire vennootschap is geregeld in de artikelen 19-21 WvK. Op de commanditaire vennootschap zijn ook de wettelijke bepalingen over de maatschap van toepassing voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.

6 Art. 20 lid 2 WvK.

7 Art. 20 lid 3 WvK.

8 Vgl. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), p. 74.

9 Art. 19 lid 1 WvK.

10 Zie bijv. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), p. 2.

11 Vgl. Assink/Slagter 2013 (Deel 2), p. 1883.

12 Zie ook bijv. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), par. 85 en Assink/Slagter 2013 (Deel 2),

formatie over het gevoerde beleid en op het afleggen van rekening en verantwoording door de beherend vennoot.¹³

3.6. Evenals bij een kapitaalvennootschap kan worden aangenomen dat de beherend vennoot van een commanditaire vennootschap zich bij zijn taak van beheer (bestuur) moet richten zich naar het belang van de vennootschap.¹⁴ Dat vennootschapsbelang wordt vooral bepaald door de *gezamenlijke belangen* van de betrokken vennoten, maar ook, voor zover aanwezig, door het belang van het bestendige succes van de door de CV gedreven onderneming en het belang van de voor de CV werkzame werknemers.¹⁵ Die belangen kunnen parallel lopen, maar ook onder omstandigheden uiteenlopen.

3.7. Indien de belangen van de commanditaire vennoten niet samenvallen met de belangen van de beherend vennoot, mag de beherend vennoot zijn eigen belangen niet laten prevaleren.¹⁶ Bij een kapitaalvennootschap is volgens de Hoge Raad sprake van tegenstrijdige belangen wanneer de bestuurder door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de vennootschap niet parallel lopend belang, niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.¹⁷ Dit criterium lijkt mij ook toepasbaar op de beherend vennoot van een commanditaire vennootschap. Naar mijn mening behoort de beherend vennoot in geval van een (dreigend) tegenstrijdig belang volledige openheid te betrachten jegens de commanditaire vennoten.¹⁸

3.8. In deze zaak gaat het echter niet in de eerste plaats om de voor de *beherend vennoot* geldende gedragsnormen. Het gaat erom hoe een *advocaat* die optreedt voor een commanditaire vennootschap, moet handelen indien sprake is van een (dreigend) tegenstrijdig belang tussen de belangen van de beherend vennoot enerzijds en de belangen van de CV en/of de commanditaire vennoten anderzijds. De advocaat zal in zo'n geval passende maatregelen moeten nemen. Ten minste zal hij het probleem aan de orde moeten stellen. Onder omstandigheden kan het noodzakelijk dat hij zich als advocaat van de commanditaire vennootschap terugtrekt.

Ik wijs in dit verband op regel 7 van de gedragsregels voor advocaten 1992: "1. De advocaat mag zich niet met de behartiging

van de belangen van twee of meer partijen belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is. 2. De advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt, is in het algemeen verplicht zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat. (...)".¹⁹

De advocaat van de commanditaire vennootschap zal op (het ontstaan van) een dergelijk tegenstrijdig belang te meer alert moeten zijn, omdat hij in de regel contact heeft met de beherend vennoot.

4 De bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel bestaat uit de hoofdonderdelen 2 en 3 (onderdeel 1 bevat geen klacht), die overeenkomen met de beoordeling door het hof van de twee vorderingen: de vordering met betrekking tot de CV (onderdeel 2, zie rov. 3.6-3.12) en de vordering met betrekking tot de participanten (onderdeel 3, zie rov. 3.13-3.16).

De vordering m.b.t. de CV: het oordeel van het hof en de klachten van onderdeel 2

4.2. Ik vat het oordeel van het hof over de vordering met betrekking tot de CV als volgt samen. Het hof heeft voorop gesteld dat (alleen) de CV als opdrachtgever heeft te gelden. Volgens het hof heeft Lexence de CV correct en volledig geïnformeerd (rov. 3.9). Er was volgens het hof geen sprake van de situatie dat de belangen van de CV en haar beherend vennoot zodanig uiteenliepen dat van Lexence maatregelen hadden kunnen worden gevergd. Lexence kon namelijk in redelijkheid menen dat zij met de door haar geadviseerde strategie zowel in het belang van de CV als dat van de beherend vennoot handelde (rov. 3.10). De enkele omstandigheid dat Lexence in strijd heeft gehandeld met de gedragsregels omtrent tegenstrijdige belangen is, indien dat vast stond, onvoldoende voor aansprakelijkheid van Lexence (rov. 3.11). Het hof heeft geconcludeerd dat niet is gebleken dat Lexence heeft gehandeld in strijd met de voor een advocaat geldende professionele standaard en dat daarom van een tekortkoming of een onrechtmatige daad jegens de CV geen sprake is (rov. 3.12).

4.3. De tegen dit oordeel aangevoerde klachten kunnen als volgt worden samengevat:

– *Onderdeel 2.1* klaagt over het oordeel van het hof dat (alleen) de CV opdrachtgever van Lexence was. Indien dit oordeel van het hof zo moet worden begrepen dat Lexence zich niet ook met de behartiging van de (persoonlijke) belangen van EAIG en/of EAI heeft belast, is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd in het licht van de stellingen van de stichting.

– *Onderdeel 2.2* klaagt dat, indien het hiervoor genoemde oordeel van het hof zo moet worden begrepen dat Lexence over de onderhavige kwestie niet aan EAIG heeft geadviseerd, althans uitsluitend heeft geadviseerd aan EAIG in haar hoedanigheid van bestuurder van de beherend vennoot (EAW) en niet uit eigen hoofde en/of in die zin zich niet heeft belast met de behartiging van de belangen van EAIG, dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd.

– *Onderdeel 2.3* klaagt dat het oordeel dat in de vergadering in september 2003 door Lexence in het kader van de advisering aan EAW en daarmee aan de CV verschillende opties zijn voorgedragen, onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd is, omdat de stichting heeft gesteld dat Lexence in die vergadering EAIG heeft geadviseerd (onder meer over het aansprakelijkheidsrisico jegens de commanditaire vennoten).

p. 1895. Zie verder Asser/Maeijer 5-V 1995/371: "Iets geheel anders is dat de commanditaire medezeggenschap kan doen gelden in de c.v.: zie de terminologie van HR 27 januari 1960, NJ 1960, 235. De besturende complementaire vennoten zullen, tenzij anders is overeengekomen, de instemming van de commanditaire vennoten moeten hebben voor andere dan bestuurshandelingen: door vele auteurs ook als beschikkingshandelingen aangeduid. (...) En ook wordt algemeen aanvaard dat kan worden overeengekomen dat de commanditair toezicht zal hebben op het bestuur, en dat hij voor bepaalde categorieën van meer ingrijpende bestuurshandelingen zijn goedkeuring of instemming zal moeten geven. Dit betekent immers dat hij zulk een handeling kan beletten, doch de besturende vennoot niet tot zulk een handeling kan noodzaken."

13 Zie A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), par. 85, met verwijzingen naar meer bronnen, en Groene Serie Personenassociaties 2.12.1.1 en 2.12.1.3 (A.J.S.M. Tervoort, 2016).

14 Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (Cancun).

15 Vgl. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), par. 75 en Assink/Slagter 2013 (Deel 2), p. 1949.

16 Zie A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), p. 75.

17 Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 (Bruil).

18 Zie ook A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht (2015), p. 71.

19 De gedragsregels zijn te raadplegen via www.advocatenorde.nl.

– *Onderdeel 2.4* klaagt dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd omdat het niet (kenbaar) aandacht heeft besteed aan de omstandigheid dat Lexence in de memoranda van 10 juni 2005 en 20 juni 2005 EAIG heeft geadviseerd.

– *Onderdeel 2.5* klaagt dat, indien het oordeel van het hof zo moet worden begrepen dat Lexence aan EAW alleen heeft geadviseerd in haar hoedanigheid van vertegenwoordiger van de CV en niet (mede) aan EAW uit eigen hoofde en/of zich niet heeft belast met de behartiging van de belangen van EAW, die oordelen onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd zijn.

– *Onderdeel 2.6* houdt in dat de voorafgaande klachten ook het oordeel raken dat de CV, vertegenwoordigd door EAW ervoor heeft gekozen om onder meer door te gaan met het bouwplan.

– *Onderdeel 2.7* richt zich tegen het oordeel dat Lexence de CV correct en volledig heeft geadviseerd. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat het belang van de CV mede werd bepaald door de belangen van de commanditaire vennoten en dat die belangen zijn veronachtzaamd, temeer nu de financiering volledig bijeen is gebracht door de commanditaire vennoten.

– *Onderdeel 2.8* klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de CV zich er achteraf niet op kan beroepen dat Lexence een koers heeft geadviseerd die in strijd was met de belangen van de commanditaire vennoten, en daarmee ook met het belang van de CV, juist omdat Lexence deze koers heeft geadviseerd aan de behorend vennoot die – hoewel (naar Lexence wist) behept met een aan de CV tegenstrijdig belang – die koers namens de CV heeft gekozen.

– *Onderdeel 2.9* klaagt dat dit temeer geldt nu Lexence naast de CV tevens (de bestuurder en enig aandeelhouder van) de behorend vennoot als advocaat bijstaat.

– *Onderdeel 2.10* klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de commanditaire vennoten in feite slechts geldschietters zijn.

– *Onderdeel 2.11* klaagt dat het hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, heeft geoordeeld dat in dit geval geen sprake was een situatie waarin de belangen van de CV en haar behorend vennoot zodanig uiteenlopen dat Lexence maatregelen had moeten nemen.

– *Onderdeel 2.12* voert aan dat het voorgaande temeer geldt nu Lexence tevens (de bestuurder en aandeelhouder van) de behorend vennoot als advocaat heeft bijgestaan.

– *Onderdeel 2.13* klaagt dat het hof heeft miskend dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht en dat een advocaat zich niet mag beperken tot de verrichtingen waarom zijn cliënt uitdrukkelijk heeft gevraagd, maar zelfstandig moet beoordelen wat voor de zaak van nut kan zijn en daarnaar moet handelen.

– *Onderdeel 2.14* klaagt dat het hof heeft miskend dat de enkele omstandigheid dat een advocaat handelt in strijd met de gedragsregels omtrent tegenstrijdige belangen, in beginsel wel degelijk leidt tot aansprakelijkheid.

– *Onderdeel 2.15* klaagt dat het door onderdeel 2.14 bestreden oordeel van het hof in ieder geval ontoereikend gemotiveerd is, gelet op de door de stichting aangevoerde (bijzondere) omstandigheden.

Bespreking van de klachten van onderdeel 2 (de vordering m.b.t. de CV)

4.4. Mijns inziens slagen deze klachten, die in belangrijke mate samenhangen, in elk geval deels. Het oordeel in de rechtsoverwegingen 3.6-3.12 geeft mijns inziens blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is ontoereikend gemotiveerd. Ik licht dit als volgt toe.

4.5. Het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat *alleen de CV de*

opdrachtgever van Lexence was (rov. 3.6 en 3.14 van het bestreden arrest).²⁰ Uit de feitenvaststelling door het hof blijkt het volgende. Lexence had feitelijk contact met en richtte haar adviezen aan EAIG, bestuurder en aandeelhouder van behorend vennoot EAW (zie rov. 2.9, 2.10, 2.13; zie ook par. 1.8, 1.9 en 1.12 van deze conclusie; zie ook voetnoot 4); Lexence heeft geconstateerd dat het prospectus fouten bevatte en daarbij aangegeven dat EAIG wegens deze fouten aansprakelijk zou kunnen worden gesteld door de commanditaire vennoten (rov. 2.9; zie ook par. 1.8 van deze conclusie); Lexence heeft EAIG geadviseerd in de communicatie met de commanditaire vennoten “niet de focus te leggen” op de fouten, maar op de mogelijkheden alsnog tot ontwikkeling te komen (rov. 2.13, 2.14, 3.7; zie ook par. 1.12 en 1.13 van deze conclusie).

4.6. Vanaf het moment dat Lexence constateerde dat het prospectus fouten bevatte was duidelijk dat zich een tegenstrijdigheid voordeed tussen de belangen van de CV en die van (de bestuurder en enig aandeelhouder van) de behorend vennoot. Voor de laatste dreigde aansprakelijkheid, zodat haar belang op het ontlopen daarvan was gericht. Dit belang liep niet parallel aan de belangen van de CV, die immers (mede) bestaan uit de *gezamenlijke* belangen van de vennoten.

4.7. Waar Lexence, gelet hierop, adequate maatregelen had moeten nemen – minst genomen had Lexence het probleem aan de orde moeten stellen – heeft zij het advies gegeven niet de aandacht te vestigen op de fout in het prospectus. Met dit advies heeft Lexence feitelijk de belangen van de (bestuurder/aandeelhouder van de) behorend vennoot gediend, niet de belangen van de CV. Lexence adviseerde daarmee de fout in het prospectus in de doofpot te stoppen. Daaraan doet niet af dat Lexence ook heeft geadviseerd – kort gezegd – inspanningen te gaan verrichten om de waarde van de grond te herstellen en zo de profijtelijkheid van de investering te bevorderen, welk advies wellicht *wel* in het belang van de CV was (vgl. rov. 3.10).

4.8. De advocaat van een commanditaire vennootschap heeft feitelijk contact met de behorend vennoot, die immers bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegd is. Binnen de commanditaire vennootschap kan echter sprake zijn van tegenstrijdige belangen en de advocaat van een commanditaire vennootschap behoort daarop alert te zijn, ook als de behorend vennoot het probleem niet aan de orde stelt.²¹ Het hof lijkt dit uit het oog te hebben verloren. Ik leid dit met name af uit rov. 3.9:

“Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de CV van meet af aan correct en volledig door Lexence is geïnformeerd over de mogelijkheden, de kansen en de risico’s en op basis van die informatie tot een keuze heeft kunnen komen. De constructie van een CV brengt mee dat de commanditaire vennoten – de participanten – in feite slechts geldschietters zijn. Een CV, ook deze, neemt aan het rechtsverkeer deel door haar behorend vennoot. Die behorend vennoot maakt keuzes en treedt handelend op. Gesprekspartner voor Lexence was dus de behorend vennoot namens de CV. Wat er ook zij van eventuele (interne) verwijten van de participanten jegens de behorend vennoot, die gaan Lexence als buitenstaander niet aan. De CV kan zich er dan ook achteraf niet jegens Lexence op beroepen dat de door haar (vertegenwoordigd door haar behorend vennoot) gekozen koers in strijd zou zijn geweest met haar belangen.”

4.9. Overigens zijn de commanditaire vennoten niet “slechts geldschietters”, althans niet in die zin dat hun belangen niet mede bepalend zouden zijn voor het belang van de vennootschap als geheel en evenmin in die zin dat zij intern in het ge-

²⁰ Zie echter hierna de bespreking van onderdeel 2.1.

²¹ Vgl. HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0303, NJ 1992/420, rov. 4.3.2.

heel geen zeggenschap zouden kunnen uitoefenen (zie ook hiervoor onder 3.5).²²

4.10. In dit geval is bovendien relevant dat de vennoten in de CV-overeenkomst waren overeengekomen dat er een Raad van Advies zou zijn, bestaande uit commanditaire vennoten, die zou fungeren als klankbord bij het nemen van belangrijke besluiten, en die door de beherend vennoot zou worden voorzien van de benodigde informatie.²³

4.11. Uit het voorgaande volgt dat de klachten van de onderdelen 2.2-2.13 in elk geval deels gegrond zijn.

4.12. Over de onderdelen 2.14 en 2.15 merk ik het volgende op. De onderdelen richten zich tegen rov. 3.11. Anders dan de stichting veronderstelt, heeft het hof hierin niet geoordeeld dat de stichting zich *enkel* op schending van de gedragsregel heeft beroepen. Het oordeel van het hof in rov. 3.11 komt erop neer dat het enkele feit dat Lexence heeft gehandeld in strijd met de gedragsregel omtrent tegenstrijdige belangen, nog niet per se leidt tot aansprakelijkheid van Lexence. Dit oordeel, dat in wezen een rechtsoordeel is, is op zichzelf juist, zoals volgt uit vaste jurisprudentie.²⁴ Het oordeel behoeft geen motivering. Hieruit volgt dat beide onderdelen ongegrond zijn.

Het ligt overigens mijns inziens wel voor de hand dat bij de beoordeling van de handelwijze van Lexence ook de tuchtrechtelijke normen omtrent tegenstrijdige belangen worden betrokken.²⁵ Uit het bestreden arrest blijkt niet dat het hof dit heeft gedaan.

4.13. Ik bespreek tot slot onderdeel 2.1.

Het hof heeft, als gezegd, tot uitgangspunt genomen dat alleen de CV de opdrachtgever van Lexence was (zie hiervoor onder 4.5). Volgens onderdeel 2.1 heeft het hof dit uitgangspunt ontoereikend gemotiveerd, omdat de stichting heeft gesteld dat Lexence ook een formele cliëntrelatie onderhield met (in elk geval) EAIG.

Ik meen dat onderdeel 2.1 gegrond is (en daarmee ook de onderdelen 2.9 en 2.12). De stichting heeft in de feitelijke instanties aangevoerd dat Lexence (in elk geval) ook EAIG als advocaat heeft bijgestaan.²⁶ De stichting heeft gewezen op de in het geding gebrachte opdrachtbevestiging van 2 oktober 2003.²⁷ Het hof is aan deze stelling ten onrechte zonder motivering voorbijgegaan.

Het gaat hier mijns inziens om een relevant punt. Indien Lexence inderdaad niet alleen de CV maar ook (in elk geval) EAIG als advocaat heeft bijgestaan (na verwijzing zal hierover nog moeten worden geoordeeld), was er voor Lexence temeer reden geweest om op tegenstrijdige belangen alert te zijn.

De vordering m.b.t. de participanten: het oordeel van het hof en de klachten van onderdeel 3

4.14. Ik vat het oordeel van het hof over de vordering met betrekking tot de participanten als volgt samen. Volgens het hof had Lexence alleen jegens de CV een zorgplicht (rov. 3.14). De stichting heeft haar stelling dat Lexence ook de belangen van de participanten diende te behartigen niet onderbouwd, terwijl in de gegeven verhouding lag besloten dat Lexence in beginsel juist niet (ook) de belangen van de participanten zou behartigen waar die niet parallel liepen met die van de beherend vennoot, omdat zij niet de opdrachtgevers van Lexence waren. Volgens het hof kan een zorgplicht zich onder omstandigheden ook tot derden uitstreken, maar heeft Lexence jegens de participanten geen zorgplicht geschonden. Redengevend hiervoor is dat het advies van Lexence het belang van de CV diende en dat van Lexence niet gevergd kon worden dat zij in strijd met dat belang de participanten actief zou informeren over de mogelijkheid van prospectusaansprakelijkheid en aldus wanprestatie zou plegen jegens haar opdrachtgever (rov. 3.14). De enkele schending van een gedragsregel, levert nog geen onrechtmatig handelen op (rov. 3.15). Het hof heeft geconcludeerd dat geen sprake is van schending van een zorgplicht jegens de participanten en dat Lexence niet onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld (rov. 3.16).

4.15. Ik vat de klachten van onderdeel 3 als volgt samen.

– *Onderdeel 3.1* klaagt over het oordeel van het hof dat de CV de enige opdrachtgever van Lexence was en verwijst daartoe naar de in onderdeel 2 genoemde redenen.

– *Onderdeel 3.2* klaagt dat het hof heeft miskend dat de advocaat van een commanditaire vennootschap (uitsluitend) het belang van de commanditaire vennootschap moet behartigen en dat dit belang mede wordt bepaald door de belangen van de commanditaire vennoten, temeer indien de financiering volledig bijeen is gebracht door de commanditaire vennoten.

– Volgens *onderdeel 3.3* raakt de voorgaande klacht ook het oordeel van het hof dat het op de weg van de stichting had gelegen de stelling te onderbouwen dat de participanten ervan uit mochten gaan dat Lexence ook hun belangen behartigde, kennelijk ook waar die niet parallel liepen met die van de beherend vennoot. Het oordeel dat de stichting deze stelling niet heeft onderbouwd, is bovendien gezien de gedingstukken onbegrijpelijk.

– *Onderdeel 3.4* klaagt dat het hof heeft miskend dat de belangen van de commanditaire vennoten (als “derden”) zo nauw betrokken zijn bij de uitvoering van de overeenkomst tussen de commanditaire vennootschap en de advocaat, dat de advocaat met de belangen van de commanditaire vennoten rekening dient te houden. Het hof heeft althans zijn oordeel terzake onvoldoende gemotiveerd, mede in het licht van de stellingen van de stichting.

– *Onderdeel 3.5* klaagt dat het hof heeft miskend dat het belang van de commanditaire vennootschap niet wordt bepaald door het belang van de beherend vennoot. Het oordeel dat het advies aan de CV om niet de aandacht te vestigen op de fout in het prospectus maar zich in te spannen om de waarde van de grond en de profijtelijkheid van de investering te herstellen, het belang van de CV diende, is onbegrijpelijk. Ook is het oordeel dat van Lexence niet gevergd kon worden dat zij in strijd met het belang van de CV de participanten actief zou informeren over de mogelijkheid van prospectusaansprakelijkheid omdat dit in strijd zou zijn met het belang van de CV, onbegrijpelijk.

– *Onderdeel 3.6* klaagt dat het hof heeft miskend dat de rechtsverhouding tussen de commanditaire vennoten en de commanditaire vennootschap zich niet kenmerkt door het ontbreken van zeggenschap van de commanditaire vennoten. Het oor-

22 Zie ook de artikelen 12 en 14 van de CV-overeenkomst (productie 25 zijdens de stichting), die een regeling omtrent de besluitvorming in de vergadering van vennoten bevatten. Volgens art. 14 lid 1 hebben ook de commanditaire vennoten stemrecht. Zie ook Assink/Slagter, 2013, Deel 2, p. 1895: “De commanditair neemt overigens meer dan de positie van geldschietter in, onder meer nu hij zich binnen de CV – waaronder besluitvorming – met het feitelijk beheer kan bezighouden en daarbij zeggenschap kan uitoefenen”.

23 Zie art. 13 lid 2 en 4 van de CV-overeenkomst (productie 25 zijdens de stichting). In het prospectus (productie 10 zijdens de stichting; p. 15) is vermeld dat de Raad van Advies regelmatig op de hoogte zal worden gesteld van de voortgang van de investering.

24 Zie bijv. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, NJ 2008/529 (Vie d’Or), rov. 4.4.3. Zie ook bijv. E.A.L. van Emden en M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid (2014), p. 125-126.

25 Zie de in 3.8 geciteerde gedragsregel 7.

26 Zie bijv. de memorie van grieven onder 49, 67 en 68 van.

27 Productie 27 zijdens de stichting. Zie ook par. 29 van de memorie van grieven.

deel is ook onjuist, althans onbegrijpelijk, gezien de afspraken in de CV-overeenkomst.

– *Onderdeel 3.7* klaagt dat het hof heeft miskend dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

– *Onderdeel 3.8* klaagt dat het hof heeft miskend dat schending door een advocaat van de gedragsregels voor advocaten (in het bijzonder regel 7) in beginsel wel degelijk onrechtmatig handelen oplevert en dat de gedragsregels ook gelden in de relatie tussen de advocaat van de commanditaire vennootschap en de commanditaire vennoten.

Bespreking van de klachten van onderdeel 3 (de vordering m.b.t. de participanten)

4.16. Ook deze klachten hangen in belangrijke mate samen en ook deze klachten slagen mijns inziens in elk geval deels. Het oordeel in de rechtsoverwegingen 3.14-3-16 geeft mijns inziens blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is ontoereikend gemotiveerd. Ik licht dit als volgt toe.

4.17. Allereerst lijkt het hof ook hier de juiste verhoudingen binnen de CV uit het oog te hebben verloren.

Het hof heeft overwogen dat in de gegeven verhouding lag besloten dat Lexence in beginsel juist niet (ook) de belangen van de participanten zou behartigen waar die niet parallel liepen met die van de *beherend vennoot*, omdat de participanten niet de opdrachtgevers van Lexence waren. Dit laatste is op zichzelf juist, maar voor de beherend vennoot geldt hetzelfde. Lexence had zich noch – primair – op de belangen van de participanten moeten richten, noch – primair – op de belangen van de beherend vennoot. Het hof lijkt dit te hebben miskend.

Het hof heeft verder overwogen dat de rechtsverhouding tussen de commanditaire vennoten en de CV zich kenmerkt door het *volledig* ontbreken van zeggenschap van de commanditaire vennoten. Deze overweging is onjuist (zie hiervoor onder 3.5, 4.9 en voetnoot 22) en lijkt erop te duiden dat het hof aan de bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de beherend vennoot de conclusie heeft verbonden dat de belangen van de beherend vennoot ook de belangen van de CV bepalen. Dat is niet het geval.

4.18. Het oordeel van het hof dat de stichting haar stelling dat de participanten er vanuit mochten gaan dat Lexence ook hun belangen behartigde, niet heeft onderbouwd, is onbegrijpelijk. De stichting heeft wel dit wel degelijk gedaan.²⁸

Overigens gaat het er niet zozeer om dat Lexence de belangen van de participanten niet heeft behartigd (in directe zin), maar dat zij in het kader van haar dienstverlening aan de CV ook de belangen van de participanten in aanmerking had moeten nemen.²⁹ Het belang van de CV wordt immers mede bepaald door de belangen van de participanten.

4.19. Het oordeel van het hof dat in dit geval geen sprake is van schending door Lexence van haar zorgplicht jegens de participanten, acht ik ontoereikend gemotiveerd. Dragend voor dit oordeel is met name de vaststelling dat de advisering van Lexence in het belang van de CV was. Zoals al volgt uit het voorgaande (zie onder 4.7), kan die vaststelling niet standhouden. Niet kan worden gezegd dat het advies om niet de aandacht te vestigen op de fout in het prospectus in het belang was van de CV, dus in het gezamenlijke belang van de vennoten. Dit advies diende slechts de belangen van de beherend vennoot (en/of haar bestuurder en aandeelhouder).

Ik merk nog op dat het er niet om gaat of van Lexence gevegd had kunnen worden dat zij de participanten actief zou informeren over de mogelijkheid van prospectusaansprakelijkheid, zoals het hof heeft overwogen, maar om het onderkennen door Lexence van de tegenstrijdige belangen en het treffen van adequate maatregelen in verband daarmee. Daarmee zou Lexence ook tegemoet gekomen zijn aan de gerechtvaardigde belangen van de commanditaire vennoten.

4.20. Uit het voorgaande volgt dat de klachten van de onderdelen 3.2-3.7 in elk geval deels gegrond zijn.

4.21. Onderdeel 3.1 is gegrond om de hiervoor onder 4.13 genoemde redenen.

4.22. Over onderdeel 3.8 merk ik het volgende op. Overtreding van een gedragsregel levert niet zonder meer aansprakelijkheid van een advocaat op. Hiervoor zijn vele andere factoren, zoals causaal verband, ook van belang. Het is wel een factor die bij het oordeel over de aansprakelijkheid van de advocaat van belang is (zie hiervoor onder 4.12). Zoals ik hiervoor onder 3.8 heb opgemerkt, zal een advocaat van een commanditaire vennootschap alert moeten zijn op (dreigende) belangentegenstellingen binnen de vennootschap. Hij zal ten minste het probleem aan de orde moeten stellen en onder omstandigheden zal hij zich als advocaat van de commanditaire vennootschap moeten terugtrekken. Ik wijs opnieuw op regel 7 van de gedragsregels voor advocaten.

5 De conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

(...; *Red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De vennootschappen Euro American International B.V. (hierna: EAI) en Euro American Investment Group B.V. (hierna: EAIG) hebben in 2002 het initiatief genomen om een belegging in het project Bastion de Leede (hierna: het project) in Warmond aan het publiek aan te bieden. Daartoe is de commanditaire vennootschap Euro American Warmond CV (hierna: de CV) opgericht. Tevens is Euro American Warmond B.V. (hierna: EAW) opgericht als bestuurder en beherend vennoot van de CV. In de te dezen relevante periode was EAI enig aandeelhouder en bestuurder van EAIG en EAIG enig aandeelhouder en bestuurder van EAW.

(ii) In december 2002 is het door EAIG (als bestuurder van EAW) opgestelde prospectus voor de CV uitgebracht. Hierin staat onder meer het volgende vermeld:

“I. Voorwoord

De vennootschap zal investeren in de aankoop van grond (waarop een bouwvergunning zal worden verleend), de ontwikkeling en de bouw van een appartementencomplex (...) aan de Leede te Warmond.

(...)

In totaal zijn maximaal 72 participaties met een deelnamebedrag van € 50.000,= (...) beschikbaar, hetgeen resulteert in een totaal commanditair vermogen van € 3.600.000,=. De deelnemers genieten een preferent rendement van 12% (...) lineair op jaarbasis over hun inleg en een overwinstrecht van 40%, waardoor het totaal verwachte (enkelvoudige) rendement 18% lineair op jaarbasis bedraagt. Terugbetaling van de inleg en de uitkering van het verwachte (preferente) rendement zal geschieden bij verkoop van de appartementen aan kopers, dan wel bij herfinanciering van het totale project. De verwachte

²⁸ Zie bijv. de memorie van grieven onder 70 en 71.

²⁹ Vgl. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog).

looptijd van het project, 25 maanden, is afhankelijk van de periode tot vergunningsverstrekking en de verkoopsnelheid van de individuele appartementen.

(...)

De directie van Euro American Warmond BV verklaart dat – voor zover aan haar redelijkerwijs bekend had kunnen zijn – de gegevens in dit prospectus overeenstemmen met de werkelijkheid. Er zijn geen gegevens weggelaten waarvan vermelding de strekking van dit investeringsvoorstel zou wijzigen. De aankoop zal geschieden onder voorbehoud dat de bouwvergunning voor de bouw van de appartementen wordt verleend. Mocht de bouwvergunning niet worden verleend, dan zullen de deelnamebedragen worden terugbetaald.

II. De Investering

(...)

Bijzonderheden

(...)

Terugbetaling van de inleg en uitkering van het verwachte rendement worden voldaan uit de verwachte verkoopopbrengst en vindt plaats na verkoop van de appartementen aan kopers die de appartementen na de bouw zullen betrekken voor recreatieve doeleinden (...).

Ten behoeve van de bouw van het appartementencomplex dient het bestemmingsplan gewijzigd te worden. De huidige bestemming van de grond is bedrijfsterrein. Het bestemmingsplan dient gewijzigd te worden in meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden. De voorgenomen wijziging vindt plaats door middel van een, reeds in werking gezette, verkorte artikel 19-procedure waarbij de bestemming automatisch wordt gewijzigd bij het verstrekken van de bouwvergunning. De eerste bouwvergunning is reeds in 1999 aangevraagd en zal naar verwachting eind december 2002 worden verleend. Euro American Warmond CV koopt de grond, de opstallen en de plannen onder de opschortende voorwaarde dat de bouwvergunning vóór de overdracht wordt verkregen.

(...)

Toelichting op het investeringsproject

Euro American Warmond CV koopt een kavel grond inclusief de plannen voor ontwikkeling van circa 32 (...) appartementen inclusief parkeerplaats en aanlegsteiger aan de Leede te Warmond. De appartementen hebben een recreatieve bestemming.

(...)

VII Risicoanalyse

Algemeen

Wanneer men bij beleggen een meer dan gemiddeld rendement wenst te behalen, dan betekent dat over het algemeen het nemen van meer dan gemiddeld risico. Dat geldt ook voor deze investering.

(...)

Indien de periode tot vergunningverstrekking langer duurt of het nieuwe bestemmingsplan onvoldoende ruimte biedt om de voorliggende ontwikkeling te realiseren, zal dit naar alle waarschijnlijkheid een negatieve invloed hebben op de projectwinst van Euro American Warmond CV en daarmee een risico vormen dat de participanten (een gedeelte van) het beoogde rendement niet zullen realiseren of in het meest ongunstige geval (een gedeelte) van het ingelegde geld verliezen.”

(iii) Bijlage 1 bij het prospectus is de (concept) cv-overeenkomst. Art. 4 lid 2 daarvan bepaalt dat opzegging of beëindiging van de overeenkomst door een of meer vennoten niet mogelijk is. Art. 11 maakt daarop een uitzondering voor het geval van beëindiging van de CV.

(iv) Op 29 mei 1997 heeft de gemeente Warmond het bestemmingsplan van het gebied waarbinnen het project valt vastgesteld. De bestemming luidde op dat moment “bedrijven”. Met

de toenmalige eigenaar van dat terrein heeft de gemeente Warmond op 24 september 1999 een overeenkomst gesloten die ertoe strekte dat de gemeente zou meewerken aan de aanvraag van een bouwvergunning om op het terrein een hotel met haven aan te leggen, mits deze zouden worden gebruikt voor niet-permanente recreatie. Eind juni 2000 is de desbetreffende bouwvergunning aangevraagd. Op basis van de ruimte die de planvoorschriften bij het bestemmingsplan boden, is op 12 juni 2001 het bestemmingsplan voor genoemd terrein gewijzigd in “horeca”. Hieronder moet (mede) worden verstaan het bedrijfsmatig verstrekken van maaltijden en/of logies, zo blijkt uit de planvoorschriften. Op 23 januari 2002 is een bouwvergunning verleend voor het oprichten van appartementen/een hotel met haven en steigers (een “botel”).

(v) De CV heeft op 1 december 2002 de grond gekocht waarop het project gerealiseerd moest worden. De grond is geleverd bij notariële akte van 4 februari 2003.

(vi) Bij besluit van 19 augustus 2003 (hierna ook: het herroepingsbesluit) heeft de gemeente Warmond de op 23 januari 2002 verleende bouwvergunning herroepen, omdat het ingediende bouwplan niet voldeed aan de bestemming horeca. Redengevend daarvoor was dat geen sprake was van bedrijfsmatige verstrekking van logies omdat voor de toekomstige eigenaren van de appartementen geen verplichting bestond die te verhuren.

(vii) De CV heeft op 8 september 2003 Lexence ingeschakeld voor advies in verband met de herroeping van de bouwvergunning. Bij brief van 17 september 2003 schreef mr. Van Driel van Lexence aan de CV onder meer:

“Mijn conclusie is dat het door EuroAmerican voorgestane bouwplan – zowel qua toekomstig gebruik als qua bouwhoogte – in strijd lijkt te zijn met het bestemmingsplan.”

(viii) Op 23 september 2003 volgde op het kantoor van Lexence een bespreking met EAIG, waar van de zijde van Lexence mr. Van Schoonhoven aanwezig was. Het gespreksverslag van deze bijeenkomst vermeldt onder meer:

“Lexence geeft aan dat de bouwvergunning terecht is ingetrokken. (...) Er kan dus alleen ontwikkeld worden wanneer er sprake is van het bedrijfsmatig verstrekken van logies door de gebruiker(s). Er geldt zelfs een verbod op gebruik op andere wijze. Er worden een aantal mogelijkheden besproken.

Optie 1 Stekker eruit en aansprakelijk stellen Smitsloo/Notaris/Gemeente

(...)

Optie 2 Doorgaan en binnen het bestemmingsplan ontwikkelen

(...)

Let op: Indien voor optie 2 gekozen wordt kan het zijn dat EAIG alsnog aansprakelijk wordt gesteld (...).

(...)

Aansprakelijkheden

Er zijn twee partijen die EAIG aansprakelijk kunnen stellen:

1. Vennoten. EAIG moet op korte termijn de vennoten op de hoogte stellen van de gang van zaken. Het zou kunnen dat één of meer vennoten EAIG aansprakelijk stelt omdat zij onder valse voorwendselen in dit project betrokken zijn.

2. Potentiële kopers. (...)

De volgende aktiepunten worden afgesproken:

(...)

– Aktie Lexence: De aansprakelijkheid naar participanten onderzoeken (Er zitten in dit project in totaal 49 participanten)

– Aktie Lexence: Bezwaar maken tegen de herroeping van de bouwvergunning”

(ix) Hierna schreef mr. Van Schoonhoven op 30 september 2003 aan de CV:

“De bestuursrechtelijke kant wordt verzorgd door mijn kan-

toorgenoot mr. Van Driel. Het hiernavolgende betreft met name de strategie alsmede de civielrechtelijke positie(s) van partijen.

(...)

Tevens is mij gebleken (...) dat het door Euro American voorgestane project qua gebruik in strijd is met het bestemmingsplan en (...) deze strijdigheid niet kan worden weggenomen dan behoudens via hetzij een wijziging van het bestemmingsplan, hetzij een vrijstelling. (...) zelfs indien de bouwvergunning niet zou zijn herroepen dan zou op basis van het bestemmingsplan het gebruik op elk moment hebben kunnen worden stilgelegd hetzij door de gemeente, hetzij door derde-belanghebbenden. Of het Lexence (...) lukt om alsnog het door Euro American voorgestane project een solide bestuursrechtelijke grondslag te geven valt niet te voorspellen. Vooralsnog heeft de gemeente aangegeven geen medewerking te willen verlenen aan een vrijstelling of bestemmingsplanwijziging. Blijft de gemeente weigerachtig dan is het in het algemeen moeizaam om een vrijstelling (of bestemmingsplanwijziging) in rechte af te dwingen.

Prospectus

(...)

De prospectus meldt op pagina 5:

‘Het bestemmingsplan dient gewijzigd te worden in meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden.’

De Prospectus heeft onmiskenbaar de bedoeling een project van recreatiewoningen voor niet permanent gebruik te omschrijven. (...) Nergens wordt gerefereerd aan een hotel- of botelfunctie dan wel aan het bedrijfsmatig verstrekken van logies. Dit verklaart ook bovenvermelde uitspraak in de prospectus die daarmee dan ook correct is.

(...)

Voorts meld de prospectus aansluitend op pagina 5:

‘De eerste bouwvergunning is reeds in december 1999 aangevraagd en zal naar verwachting eind december 2002 worden verleend.’

Deze uitspraak in de prospectus is niet correct. Immers, de ingediende bouwaanvraag betrof niet het meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden en kon dus nimmer leiden tot een bouwvergunning als bedoeld in de prospectus.

Het voorgaande kan tot aansprakelijkheid leiden (...).”

(x) Lexence heeft namens de CV beroep ingesteld tegen het herroepingsbesluit. In de begeleidende brief bij het conceptberoepschrift schreef mr. Van Driel op 17 oktober 2003:

“Zoals je kunt zien is het een lijvig stuk geworden. Dit vindt natuurlijk zijn oorzaak in het feit dat ons standpunt, namelijk dat het bouwplan niet in strijd is met het bestemmingsplan, maar zeer moeizaam te verdedigen valt.”

Het herroepingsbesluit is in stand gebleven, zowel in beroep bij de rechtbank, als in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State.

(xi) Op 20 januari 2005 heeft EAIG aan de (commanditaire) vennoten van de CV een brief gestuurd. Daarin staat onder meer:

“Betreft: Voortgangsbericht bouwvergunningsprocedure Warmond C.V.

(...)

Op 30 november 2004 heeft inzake de procedures tot het verkrijgen van een bruikbare bouwvergunning een informatiebijeenkomst plaatsgevonden. Tijdens deze bijeenkomst werd door de advocaat een toelichting gegeven op de gang van zaken en de stand van zaken op dat moment, waarna de aanwezigen gelegenheid hadden om hun (persoonlijke) vragen aan de advocaat voor te leggen. Naar aanleiding van de gestelde vragen is afgesproken dat in januari 2005, nadat voortgang is gemaakt met

de juridische procedures, een voortgangsbericht aan alle deelnemers zou worden verzonden.

U treft dit voortgangsbericht van de advocaat hierbij aan, evenals de presentielijst van de vergadering.”

(xii) Het bijbehorende voortgangsbericht vermeldt onder meer: “Eerste bouwaanvraag

(...) De rechtbank Haarlem heeft bij uitspraak van 1 november 2004 het beroep van Euro American Warmond C.V. tegen de herroeping van de bouwvergunning gegrond verklaard, omdat B&W zich ten onrechte niet hadden uitgelaten over de mogelijkheid om het bouwplan middels een vrijstelling van het bestemmingsplan mogelijk te maken. (...)

Aangezien de raadscommissie (...) te kennen heeft gegeven niet bereid te zijn om vrijstelling te verlenen, is het aannemelijk dat de raad het verzoek om vrijstelling zal afwijzen.

Hoewel de rechtbank het beroep gegrond heeft verklaard, is de rechtbank van oordeel dat het bouwplan (...) in strijd is met het bestemmingsplan. Dit omdat aan de toekomstige eigenaars geen rechtens afdwingbare exploitatie- of verhuurverplichting zou worden opgelegd. (...) Er dient volgens de rechtbank dan ook een geheel nieuwe bouwaanvraag te worden ingediend. Euro American kan zich niet met deze uitspraak van de rechtbank verenigen en heeft dan ook hoger beroep aangetekend bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. (...)

Tweede bouwaanvraag

Rekening houdend met een eventuele negatieve uitspraak van de rechtbank heeft Euro American zekerheidshalve op 9 juli 2004 alvast een nieuwe bouwaanvraag ingediend voor een gewijzigd bouwplan. Voorafgaand aan die bouwaanvraag heeft Euro American de concept-splitsingsakte gewijzigd, in die zin dat aan de toekomstige appartementseigenaars nu wél een rechtens afdwingbare verhuurverplichting wordt opgelegd. (...) Vervolgens hebben B&W (...) op 23 september 2004 de gevraagde bouwvergunning geweigerd op de grond dat het toekomstige gebruik van het hotel nog steeds in strijd zou zijn met het bestemmingsplan. (...)

Tegen de weigering van de bouwvergunning heeft Euro American op 29 oktober 2004 bezwaar ingediend. (...)

B&W hebben (...) de vier voorwaarden genoemd waaraan moet zijn voldaan wil de exploitatie voldoen aan het bestemmingsplan:

1. eigen gebruik kan worden toegestaan gedurende 8 weken per jaar (...);
2. over deze periode is de eigenaar wel de huurprijs, maar geen bemiddelingsbedrag verschuldigd aan de commerciële exploitant;
3. huurt de eigenaar zijn eigendom buiten deze 8 weken, dan betaalt hij naast de marktconforme huurprijs hetzelfde bemiddelingsbedrag als een willekeurige huurder;
4. de commerciële exploitant heeft een duidelijk onafhankelijke positie ten opzichte van de eigenaars (...)

Indien de beslissing op bezwaar negatief uitpakt, kan Euro American een derde bouwaanvraag indienen, die voldoet aan alle door B&W (...) gestelde voorwaarden. (...)

(xiii) Lexence heeft in een memorandum van 10 juni 2005 aan EAIG geadviseerd inzake de CV. Dit memorandum vermeldt onder meer:

“Strategie jegens de Vennoten

Zoals gezegd, lijken de Vennoten die in de raad van advies zitten nog niet te beseffen dat het Prospectus reeds op het moment van uitgifte onjuistheden bevatte. Euro American zou er daarom voor kunnen kiezen hier op dit moment niets over te zeggen en uitsluitend een standpunt in te nemen over de periode na de overdracht van het perceel.

Euro American zou in dat verband kunnen stellen dat de C.V.

door de oorspronkelijke verlening van de bouwvergunning werd gedwongen het perceel af te nemen, en dat op dat moment niet viel in te zien dat de vergunning later weer zou worden ingetrokken. Euro American zou verder het standpunt kunnen innemen dat zij, na de intrekking van de vergunning, geen andere keuze had dan de schade voor de participant zoveel mogelijk te beperken door het project dusdanig te wijzigen dat alsnog een vergunning zou worden verkregen. Het enige alternatief op dat moment was immers het staken van het project, en het nemen van aanloopverliezen. Als dat was gebeurd, zouden de Vennoten niet hun gehele inleg hebben teruggekregen. (...)"

(xiv) Een volgend memorandum van 20 juni 2005 vermeldt onder meer:

"2. Executive summary

– Het Prospectus was niet onjuist ten aanzien van het beoogde gebruik van de appartementen;

– Het Prospectus was wel onjuist ten aanzien van de bestuursrechtelijke situatie;

– De onjuistheid in het Prospectus betrof een punt dat voor de participanten van belang was bij hun risicoanalyse;

– Het verdient aanbeveling de discussie met de participanten te focussen op de koerswending van de gemeente na de levering van het perceel aan de C.V. en te proberen zomin mogelijk aandacht te besteden aan de bestuursrechtelijke situatie ten tijde van de uitgifte van het Prospectus."

(xv) Op 17 juni 2005 heeft een vergadering van vennoten van de CV plaatsgevonden. Het verslag hiervan vermeldt:

"[betrokkene 1] verzorgt een presentatie, waar het volgende aan kan worden ontleend:

(...)

– het rendement wordt nu op 8-10% geschat; van invloed daarop is evenwel nog het verkooptempo; eerst moet 60% zijn voorverkocht.

(...)

vragen het rendement te garanderen, wat [betrokkene 2] [Hoge Raad: een commanditaire vennoot] doet, is voor EAIG niet aan de orde (...) daarop reagerend stelt [betrokkene 2] dat niet aan het prospectus is voldaan omdat EAIG niet beschikt over grond, waarop in meerdere lagen appartementen mogen worden gebouwd

(...)

[betrokkene 2] blijft er moeite mee houden dat grond is afgenomen, terwijl wel de vergunning was verleend, maar de bestemming niet was veranderd, en vindt dat de halve waarheid is gesproken; het prospectus is zijns inziens dus onjuist, en daarom vindt hij dat het project moet worden hergepositioneerd (...)

(...)

Anders dan [betrokkene 3] stelt, is het project er niet anders op geworden, eruit stappen is niet mogelijk (...)"

(xvi) Een volgende vergadering heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2005. Het verslag daarvan vermeldt:

"Verwachting heden

Opbrengsten Prospectus 24 maanden vertraging

(...)

Totaal rendement 18,4% 8,3%

(...)

[betrokkene 2] wijst erop dat de vergadering bijeen is geroepen, omdat zich een scenario afspeelt dat afwijkt van de prognoses in het prospectus. (...)

[betrokkene 2] wijst erop dat in het prospectus op pagina 5 wordt gemeld dat bij het verlenen van de bouwvergunning automatisch het bestemmingsplan wordt gewijzigd. Dit blijkt zijns inziens feitelijk onjuist te zijn.

(...)

[betrokkene 2] herinnert eraan dat in de laatste vergadering is gezegd dat het bestemmingsplan niet met de bouwvergunning zou worden gewijzigd, conform het vereiste in het prospectus. (...)

[betrokkene 2] concludeert dat, hetgeen in de prospectus staat, zijns inziens niet overeenkomt met de werkelijkheid. (...)

[betrokkene 2] spreekt zijn zorg uit over het feit dat de vennoten worden geconfronteerd met een zijns inziens onjuiste prospectus op basis waarvan het project mogelijk ontaardt in een 'ramp', waarbij EAIG niet de zekerheid wenst te geven dat er geen negatief rendement zal worden behaald. Dit plaatst de vennoten in een moeilijke positie ten aanzien van eventueel te ondernemen stappen. [betrokkene 2] hoopt dat EAIG alsnog met een voorstel zal komen, om het probleem enigszins op te lossen. (...)"

(xvii) Op basis van een derde bouw aanvraag van april 2005 is in oktober 2005 een bouwvergunning voor het – aangepaste – project verleend. Na (aanvullende) financiering door Syntus Achmea Vastgoed is in mei 2007 de bouw van het project aangevangen. Na het opzetten van het casco is de bouw gestaakt vanwege het faillissement van de aannemer. In de loop van 2007 heeft overleg plaatsgevonden tussen EAI en de vennoten van de CV over terugbetaling van hun inleg. Op 7 februari 2008 is het faillissement van EAI en EAIG uitgesproken. Op 21 september 2009 heeft de CV het project verkocht voor een bedrag waarmee vervolgens de lening van Syntus Achmea Vastgoed is afbetaald. Aan de vennoten van de CV is geen betaling gedaan. De bouw van het project is uiteindelijk voltooid.

(xviii) Een aantal aanvankelijk in deze procedure als mede-eisers optredende commanditaire vennoten van de CV (hierna: participanten) hebben met de Stichting een lastgevingsovereenkomst gesloten, inhoudende (onder meer) dat de Stichting op eigen naam, maar voor rekening van de desbetreffende participant de onderhavige procedure tegen Lexence voert. Daarbij is ook bepaald dat de Stichting de aan de participant toekomende rechten ten aanzien van Lexence bij uitsluiting van de participant uitoefent. Met de CV heeft de Stichting een vaststellingsovereenkomst gesloten die kort gezegd inhoudt dat de CV haar eventuele vordering op Lexence overdraagt aan de Stichting.

3.2 De Stichting vordert in deze procedure, op grond van de hiervoor in 3.1 onder (xviii) genoemde lastgeving en overdracht, betaling door Lexence van (i) € 2824.109,=, zijnde naar de stellingen van de Stichting het bedrag dat de CV zich zou hebben bespaard als Lexence deugdelijk had geadviseerd, en (ii) € 4.213.120,=, zijnde volgens de Stichting het totaalbedrag van de waardevermindering van de inbreng van de participanten, en de door hen ten gevolge van de volgens de Stichting onjuiste advisering van Lexence daarop gemiste rendementen.

3.3 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

3.4.1 Onderdeel 2 van het middel – onderdeel 1 bevat geen klacht – keert zich met diverse klachten tegen het oordeel van het hof met betrekking tot de vordering van de CV die aan de Stichting is overgedragen. De grondslag van die vordering is dat Lexence is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht die zij met de CV heeft gesloten, althans dat zij onrechtmatig jegens de CV heeft gehandeld. Daarbij gaat het om de hiervoor in 3.1 onder (vii) en verder genoemde advisering van Lexence aan de CV met betrekking tot de gevolgen van de herroeping van de bouwvergunning.

3.4.2 Volgens het hof (in rov. 3.5) heeft de Stichting in dit verband – samengevat weergegeven – aangevoerd:

"Lexence heeft gehandeld in strijd met Gedragsregel 7 [voor advocaten, welke regel de advocaat verbiedt de belangen te behar-

tigen van twee of meer partijen als die belangen tegenstrijdig zijn; toevoeging Hoge Raad] door niet alleen de belangen van de CV te behartigen, maar ook die van EAW en van de beheerend vennoot EAW. Aangezien die belangen uiteen liepen had Lexence zich moeten terugtrekken. Het belang van de CV werd (in elk geval mede) bepaald door de belangen van de participanten nu de financiering van het project was bijeengebracht door de participanten. De bescherming van deze belangen is in het gedrang gekomen ten faveure van de belangen van EAW en EAIG. De belangen van EAW en EAIG brachten mee, dat voor de participanten verborgen zou blijven dat de prospectus op het punt van de bestemming onjuist was, althans dat daarop zo weinig mogelijk de aandacht werd gevestigd. In dat kader konden de procedures dienstig zijn. Dat de aandacht werd afgeleid van de fout in de prospectus was niet in het belang van de CV. Het was daarnaast niet in het belang van de CV om tegen hoge kosten kansarme, kostbare en tijdrovende procedures te voeren. Lexence heeft die procedures niet ontraden, maar daar juist aan meegewerkt en zich aldus niet gedragen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat betaamt, aldus de Stichting.”

3.4.3 Terzake heeft het hof overwogen:

“3.6 Het hof stelt voorop dat (alleen) de CV als opdrachtgever heeft te gelden. Niet in geschil is dat de CV daarbij rechtsgeldig werd vertegenwoordigd door (alleen) EAW als beheerend vennoot. Niet in geschil is voorts dat Lexence geen bemoeienis heeft gehad met het opstellen van het prospectus, de aanvraag van de (oorspronkelijke) bouwvergunning en de aankoop van de grond. Op het moment dat de CV zich tot Lexence wendde, was er een bouwvergunning verleend, had de aankoop van de grond door de CV reeds plaatsgevonden, hadden de participanten reeds als commanditaire vennoten gelden ingelegd en werd de CV geconfronteerd met de herroeping van de bouwvergunning wegens strijd met het bestemmingsplan. Lexence heeft reeds in een vroeg stadium onderkend dat het bouwplan, zoals beschreven in het prospectus, niet aan het bestemmingsplan voldeed, ook niet aan het gewijzigde bestemmingsplan. In zoverre was het prospectus onjuist. Zij heeft de beheerend vennoot en daarmee de CV daarover meteen geïnformeerd.

3.7 In de vergadering in september 2003 (zie 2.9) zijn door Lexence in het kader van advisering aan EAW en daarmee aan de CV verschillende opties voorgehouden, waaronder de optie om voort te gaan met het bouwplan en te proberen tot ontwikkeling te komen binnen de grenzen van het bestemmingsplan. Daarbij werd geadviseerd niet de focus te leggen op de fout in de prospectus maar op de mogelijkheden om alsnog tot ontwikkeling te komen. In die optie werd tevens de mogelijkheid voorgehouden om te procederen tegen de herroeping van de vergunning, waarbij ook duidelijk werd gemaakt dat deze procedure geen grote kans van slagen had.

3.8 De CV, vertegenwoordigd door EAW, heeft ervoor gekozen om door te gaan met het bouwplan, de focus te leggen op ontwikkeling binnen het bestemmingsplan en (daartoe) te procederen tegen de herroeping van de vergunning.

3.9 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de CV van meet af aan correct en volledig door Lexence is geïnformeerd over de mogelijkheden, de kansen en de risico's en op basis van die informatie tot een keuze heeft kunnen komen. De constructie van een CV brengt mee dat de commanditaire vennoten – de participanten – in feite slechts geldschietters zijn. Een CV, ook deze, neemt aan het rechtsverkeer deel door haar beheerend vennoot. Die beheerend vennoot maakt keuzes en treedt handelend op. Gesprekspartner voor Lexence was dus de beheerend vennoot namens de CV. Wat er ook zij van eventuele (interne) verwijten van de participanten jegens de beheerend vennoot,

die gaan Lexence als buitenstaander niet aan. De CV kan zich er dan ook achteraf niet jegens Lexence op beroepen dat de door haar (vertegenwoordigd door haar beheerend vennoot) gekozen koers in strijd zou zijn geweest met haar belangen.

3.10 Op zichzelf is denkbaar dat de belangen van de CV en haar beheerend vennoot op enig moment zodanig uiteen gaan lopen, dat van de – voor de CV optredende – advocaat maatregelen gevergd kunnen worden. Naar het oordeel van het hof was daarvan echter ten tijde van de advisering geen sprake. Immers, zoals door Lexence betoogd was de strategie die zij adviseerde in de situatie zoals hierboven onder 3.7 beschreven, erop gericht om de waarde van de aangekochte grond te herstellen en te proberen alsnog een profijtlijke ontwikkeling van die grond te bewerkstelligen. Naar het oordeel van het hof kon Lexence in redelijkheid menen dat zij hiermee zowel in het belang van de CV als in het belang van de beheerend vennoot handelde.

3.11 Daarbij komt nog het volgende. De enkele omstandigheid dat Lexence gehandeld zou hebben in strijd met de voor haar als advocaat geldende gedragsregels omtrent tegenstrijdige belangen zou, als dat vast stond, niet voldoende zijn voor het oordeel dat zij jegens de CV als haar cliënt wanprestatie heeft gepleegd en aansprakelijk is voor schade.

3.12 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet is gebleken dat Lexence bij de uitvoering van de opdracht van de CV heeft gehandeld in strijd met de voor een advocaat geldende professionele standaard. Van een tekortkoming is dan ook geen sprake, evenmin als van een onrechtmatige daad. Grief 1 faalt derhalve.”

3.5.1 De onderdelen 2.7 en 2.8 van het middel klagen, naar de kern genomen, dat het hof heeft miskend dat het belang van een commanditaire vennootschap mede wordt bepaald door de belangen van de commanditaire vennoten, en dat daarom van Lexence verwacht had mogen worden dat zij de belangen van de commanditaire vennoten mede in aanmerking zou nemen, waaraan niet afdoet dat een commanditaire vennootschap slechts door haar beheerend vennoot aan het rechtsverkeer deelneemt. Voorts heeft het hof miskend dat Lexence, hoewel zij wist dat de beheerend vennoot EAW een tegenstrijdig belang had met dat van de CV en de beheerend vennoten, een koers heeft geadviseerd die in strijd was met het belang van de CV en de commanditaire vennoten. Betoogd wordt dat een advocaat in zo'n geval behoort te adviseren over (de wijze waarop binnen de commanditaire vennootschap zorgvuldig kan worden omgegaan met) die tegenstrijdige belangen en dat hij, zonder waarborgen voor een zorgvuldige omgang met die tegenstrijdige belangen, de beheerend vennoot niet langer als (enige) gesprekspartner namens de commanditaire vennootschap mag aanvaarden.

Bij de behandeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.5.2 De commanditaire vennootschap is een samenwerkingsverband van personen, welk verband bestaat uit een of meer beheerend vennoten en een of meer commanditaire vennoten. De draagplicht van de commanditaire vennoten voor de schulden van de vennootschap is beperkt tot (de waarde van) hun inbreng (art. 20 lid 3 WvK).

3.5.3 Op grond van art. 20 lid 2 WvK mag een commanditaire vennoot geen daden van beheer verrichten en niet in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn (zie voor de gronden daarvoor HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413, NJ 2015/380, rov. 3.4.2). Deze verboden staan niet eraan in de weg dat de vennootschapsovereenkomst de commanditaire vennoten bepaalde (interne) zeggenschapsrechten toekent.

3.5.4 Gelet op het hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 overwogene bestaat het belang van de commanditaire vennootschap in het geza-

menlijke belang van de vennoten, dus zowel de beherend als de commanditaire vennoten.

3.5.5 Een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat die een commanditaire vennootschap adviseert, dient zich te richten naar het zojuist in 3.5.4 bedoelde (gezamenlijke) belang van de vennoten. Indien voor de advocaat kenbaar is dat bij (het onderwerp van) zijn advies tegenstrijdige belangen van de vennoten betrokken zijn, dient hij bij zijn advisering met deze tegenstrijdigheid rekening te houden op een wijze die met de aard van de commanditaire vennootschap in overeenstemming is. Dit zal in een geval als het onderhavige meebrengen dat hij op de tegenstrijdigheid van belangen wijst en adviseert hoe daarmee om te gaan. Onder omstandigheden kan deze gehoudeheid van de advocaat meebrengen dat hij zijn werkzaamheden voor de vennootschap dient te beëindigen.

3.6.1 In rov. 3.7 heeft het hof overwogen dat Lexence in de vergadering in september 2003 aan EAW en daarmee aan de CV heeft geadviseerd “niet de focus te leggen op de fout in de prospectus maar op de mogelijkheden om alsnog tot ontwikkeling te komen”. Deze overweging valt mede tegen de achtergrond van het gespreksverslag waarnaar het hof verwijst (en waarvan de inhoud hiervoor is weergegeven in 3.1 onder (viii)), en van de stellingen op dit punt van de Stichting, aldus te verstaan dat Lexence bij haar advisering aan de CV onder ogen heeft gezien en aan EAW als beherend vennoot van de CV heeft voorgehouden dat EAW door de commanditaire vennoten aansprakelijk kan worden gesteld wegens de onjuiste voorstelling van zaken in het prospectus voor de CV. In dit verband heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk EAIG, met wie de vergadering in september 2003 plaatsvond, en EAW met elkaar vereenzelvigd.

3.6.2 Het hof heeft evenwel de wijze van advisering door Lexence niet beoordeeld aan de hand van de hiervoor in 3.5.5 genoemde maatstaf. Met zijn in rov. 3.9 besloten liggende oordeel dat de eventuele aanwezigheid van tegenstrijdige belangen een interne aangelegenheid van de CV betreft, die Lexence als buitenstaander niet aanging, en dat Lexence zich mocht beperken tot contacten met EAW als haar gesprekspartner namens de CV, heeft het hof het hiervoor in 3.5.4 dan wel 3.5.5 overwogene miskend. Dit brengt mee dat de hiervoor in 3.5.1 weergegeven klachten van de onderdelen 2.7 en 2.8 slagen.

3.7.1 Onderdeel 3 keert zich tegen het oordeel van het hof met betrekking tot de vordering van de participanten. Volgens het hof in rov. 3.13 heeft de Stichting in dit verband (samengevat weergegeven) aangevoerd:

“De Stichting stelt voorop dat Lexence zich als advocaat van de CV tevens de gerechtvaardigde belangen van de participanten had moeten aantrekken. De Stichting neemt daarbij in overweging dat de advisering van de CV de facto op kosten van de participanten plaatsvond. Lexence heeft dit onvoldoende gedaan en daarmee onrechtmatig gehandeld jegens de participanten. Zo verwijt de Stichting Lexence dat zij eraan heeft bijgedragen dat de participanten onkundig werden gehouden over de fout in het prospectus. Volgens de Stichting had Lexence niet mogen adviseren om die fout ten opzichte van de participanten te verzwijgen en meer in het bijzonder had Lexence, in de persoon van mr. Van Driel, tijdens de bijeenkomst van 4 oktober 2005 moeten ingrijpen toen namens de beherend vennoot werd gesuggereerd dat het prospectus niet onjuist was. Bovendien was het voeren van een kansloze bestuursrechtelijke procedure er slechts op gericht de discussie over de prospectusaansprakelijkheid uit te stellen.”

3.7.2 Ter zake heeft het hof overwogen:

“3.14 Het hof herhaalt dat de CV als enige opdrachtgever van Lexence te gelden heeft, daartoe rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar beherend vennoot. Het is dan ook de CV jegens wie

Lexence een zorgplicht heeft. Hoewel de Stichting wel stelt dat de participanten ervanuit mochten gaan dat Lexence ook hun belangen behartigde, kennelijk ook waar die niet parallel liepen met die van de beherend vennoot, zodat Lexence een dergelijke zorgplicht jegens hen had, onderbouwt zij die stelling niet. Dat had wel op haar weg gelegen, want in de gegeven verhouding lag besloten dat in beginsel Lexence juist niet (ook) de belangen van de participanten zou behartigen waar die niet parallel liepen met die van de beherend vennoot, omdat de participanten niet de opdrachtgevers van Lexence waren.

Deze zorgplicht kan zich onder omstandigheden uitstrekken tot derden. Het hof volgt de Stichting echter niet in haar betoog dat Lexence haar zorgplicht jegens de participanten als zodanige derden heeft geschonden. Immers, deze zorgplicht kan niet zover gaan dat van een advocaat verlangd kan worden dat hij handelt in strijd met de belangen van zijn eigen cliënt of dat hij de vertrouwensrelatie met zijn cliënt schaadt. Het advies aan de CV om niet de aandacht te vestigen op de fout in de prospectus, maar zich in te spannen om de waarde van de grond en de profijtelijkheid van de investering te herstellen, diende het belang van de CV. Van Lexence kon niet gevergd worden dat zij in strijd met dat belang de participanten actief zou informeren over de mogelijkheid van prospectusaansprakelijkheid en aldus wanprestatie jegens haar opdrachtgever zou plegen. Het enkele feit dat de advisering de facto voor rekening van de participanten zou komen, maakt het voorgaande niet anders. Daarbij is mede van belang dat de – zelfverkozen – rechtsverhouding tussen de stille vennoten en de CV zich kenmerkt door het volledig ontbreken van zeggenschap van de participanten.”

3.7.3 Onderdeel 3 klaagt terecht dat deze overweging blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

3.7.4 Het hof heeft ook in rov. 3.14 miskend dat het belang van de commanditaire vennootschap bestaat in het gezamenlijke belang van de vennoten, dus zowel de beherende als de commanditaire vennoten (zie hiervoor in 3.5.4).

3.7.5 Voorts heeft het hof uit het oog verloren dat de participanten commanditaire vennoten van de CV waren en derhalve niet kunnen worden aangemerkt als (willekeurige) derden ten opzichte van de CV. Omdat de belangen van de participanten als commanditaire vennoten nauw waren betrokken bij (het belang van) de CV (zie hiervoor in 3.5.2), diende Lexence als advocaat van de CV mede op hun belangen acht te slaan en levert een tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst jegens de CV in beginsel tevens een onrechtmatige daad op jegens de participanten (vgl. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog) en, specifiek met betrekking de aansprakelijkheid van de advocaat, HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4355, NJ 1983/367).

3.8 Onder 2.1 en 3.1 klagen de onderdelen voorts terecht dat de herhaalde overweging van het hof dat alleen de CV als opdrachtgever van Lexence heeft te gelden (rov. 3.6 en 3.14, eerste zinnen), onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de gemotiveerde stelling van de Stichting dat Lexence mede heeft gehandeld in opdracht van EAI en/of EAIG (en ook in verband daarmee is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens de CV dan wel onrechtmatig heeft gehandeld jegens de CV en de participanten). Nu deze stelling zou kunnen leiden tot toewijzing van de vordering van de Stichting, had het hof niet zonder nadere motivering daaraan mogen voorbijgaan.

3.9 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 februari 2016;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Lexence in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Stichting begroot op € 6694,26 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

De rechtsvraag die in deze zaak aan de orde werd gesteld is hoe een advocaat moet handelen bij de advisering van een CV indien sprake is van een tegenstrijdig belang tussen de CV en de beherend vennoot, welke laatste veelal de gesprekspartner van de advocaat is, gelet op diens rol van vertegenwoordiger van de CV. Het ging in dit geval om Euro American Warmond CV (hierna: de CV) waarin het vastgoedproject Bastion de Leede in Warmond was ondergebracht. Euro American Warmond B.V. (hierna: EAW) trad op als bestuurder en beherend vennoot van de CV. De prospectus en het bouwplan gingen uit van "meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden". De door de gemeente verleende bouwvergunning zag echter op de bouw van appartementen en/of een hotel met haven en steigers, gelet op de bestemming "horeca". Nadat de CV haar bouwplan voor het meerlaags wonen had ingediend, herroep de gemeente de door haar verleende bouwvergunning.

De CV schakelt dan een advocaat in. Deze geeft aan dat de bouwvergunning terecht is ingetrokken en dat er alleen ontwikkeld kan worden als sprake is van bedrijfsmatige verstrekking van logies. Voorts signaleert de advocaat dat sprake is van een fout in de prospectus, omdat in de prospectus was opgenomen dat de benodigde bouwvergunning in 1999 is aangevraagd. Die vermelding is volgens de advocaat niet correct omdat de ingediende aanvraag niet het "meerlaags wonen voor recreatieve doeleinden" betrof en dus nimmer kon leiden tot een bouwvergunning als bedoeld in de prospectus. De advocaat signaleert op dat punt een aansprakelijkheidsrisico ten opzichte van de participanten (commanditaire vennoten) en adviseert een strategie waarbij er zo min mogelijk kans is op een aansprakelijkstelling. Zo adviseert de advocaat zo min mogelijk aandacht te besteden aan de bestuursrechtelijke situatie ten tijde van de prospectus (en daarmee dus de fout in de prospectus) en houdt de advocaat zich stil tijdens een vergadering met de participanten, waarin de beherend vennoot stelt dat de prospectus juist was. Ook gaat de advocaat (ondanks zijn advies dat dit weinig kansrijk was) zonder succes in bezwaar, beroep en hoger beroep tegen het besluit van de gemeente om de bouwvergunning te herroepen.

De participanten blijven uiteindelijk met lege handen achter en spreken de advocaat aan via een stichting aan wie zij hun vordering op de advocaat hebben overgedragen en aan wie de CV ook haar vordering heeft overgedragen. De rechtbank wijst de vorderingen van de stichting af, welk vonnis door het hof is bekrachtigd. Het hof oordeelt kort gezegd dat de CV correct is geadviseerd door de advocaat over alle mogelijkheden, kansen en risico's en op die basis tot een keuze heeft kunnen komen en dat interne verwijten van participanten (die slechts geldschieter zijn) jegens de beherend vennoot (door wie de CV deelneemt aan het rechtsverkeer) de advocaat als buitenstaander niet aangaan. Voorts oordeelt het hof dat de advocaat een zorgplicht heeft jegens de CV als zijn cliënt en dat die zorgplicht zich onder omstandigheden kan uitstrekken naar derden, maar dat die

laatste zorgplicht niet zo ver kan gaan dat de advocaat handelt in strijd met de belangen van zijn eigen cliënt.

De Hoge Raad oordeelt dat het belang van de CV bestaat uit het gezamenlijke belang van de vennoten, dus zowel de beherende als de commanditaire vennoten en dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat die een CV adviseert, zich dient te richten naar dat gezamenlijke belang. De Hoge Raad overweegt voorts dat als voor de advocaat kenbaar is dat bij (het onderwerp van) zijn advies tegenstrijdige belangen van de vennoten betrokken zijn, hij bij zijn advisering met deze tegenstrijdigheid rekening dient te houden. Hij moet daarop wijzen en adviseren hoe daarmee om te gaan of – in sommige gevallen – zelfs zijn werkzaamheden voor de vennootschap beëindigen. Ten aanzien van de participanten geldt volgens de Hoge Raad dat een tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst jegens de CV in beginsel tevens een onrechtmatige daad oplevert jegens de participanten. De Hoge Raad verwijst daarbij onder andere naar (HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*)).

Van Wechem en Rinkes (E. van Wechem en J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *Nederlands Juristenblad* 2017, 1905) signaleren dat de Hoge Raad hiermee inzet op een 'in beginsel'-aansprakelijkheid, terwijl de *Alog/Vleesmeesters*-doctrine meer terughoudend was. Van Wechem en Rinkes vermoeden dat dit niet een koerswijziging van de Hoge Raad is ten aanzien van het algemene leerstuk, maar concrete toepassing van die doctrine in het voorliggende geval van een adviesrelatie tussen een advocaat en een CV.

Het arrest is niet alleen belangwekkend in verband met de zorgplicht van de advocaat, maar ook voor de definitie van het 'vennootschappelijk belang' van de CV in zijn algemeenheid, waarnaar het bestuur van de CV zich ook zal dienen te richten, net als de bestuurder van een kapitaalvennootschap. Zie hiervoor ook de conclusie van de A-G mr. L. Timmerman (ECLI:NL:PHR:2017:407) overweging 3.6. Zie voor een kort college over de juridische positie van een CV, diens vennoten en tegenstrijdig belang de overwegingen 3.4-3.7 van de A-G. Hetgeen voor de kapitaalvennootschappen geldt op het punt van het vennootschappelijk belang en het tegenstrijdig belang-criterium is eveneens toepasbaar op de CV, volgens de A-G. De A-G schrijft voorts: "Indien de belangen van de commanditaire vennoten niet samenvallen met de belangen van de beherend vennoot, mag de beherend vennoot zijn eigen belangen niet laten prevaleren." Voorts stipt de A-G nog een aantal verkeerde uitgangspunten van het hof aan ten aanzien van het wezen van de CV aan. Tot slot: de vaststelling van de normschending jegens de CV en haar participanten lijkt – gelet op het oordeel van de Hoge Raad – voor de hand te liggen. De vraag is echter wel of het verwijzingshof uiteindelijk zal komen tot het toewijzen van rechtstreekse schadevergoeding aan de participanten, die de waardevermindering van hun participaties vorderen. Er is door het vaststellen van de normschending jegens de CV en haar participanten immers sprake van samenlopende schadevergoedingsvorderingen: die met betrekking tot de rechtstreekse schade van de CV en die met betrekking tot afgeleide schade van de participanten. Oosterink (T.D.). Oosterink, 'Rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade van een vennoot in een personenvennootschap', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2017, p. 66-74) neemt onder verwijzing naar het *Poot/ABP*-arrest aan dat via het (personen)vennootschapsvermogen ontstane schade in beginsel ook via dat vermogen moet worden afgewikkeld. *Poot/ABP* is volgens hem niet alleen gebaseerd op de relativiteitsleer (normschending ten opzichte van de aandeelhouders), maar ook op de belangenafweging die moet plaatsvinden als sprake is van

samenlopende schadevorderingen. Die belangenafweging valt bij kapitaalvennootschappen over het algemeen in het nadeel van de aandeelhouder uit en dat uitgangspunt geldt volgens hem ook voor personenvennootschappen. Uitzonderingen daarop zijn denkbaar, zoals afstand van recht door de CV, maar dergelijke uitzonderingen zullen dan in het licht van de belangenafweging goed moeten worden onderbouwd.

M. Poelsema
Nysingh advocaten – notarissen

193
Rechtbank Midden-Nederland 20 september 2017, nr. C/16/425638/HA ZA 16-804 ECLI:NL:RBMNE:2017:4738 (mr. Hermans) Noot E.P.C. Duinkerke
Personenvennootschappen. Commanditaire vennootschap. Aansprakelijkheid. Derdenwerking inschrijving in handelsregister.
Aansprakelijkheid voor schuld commanditaire vennootschap. Personen gehandeld alsof zij beherend vennoot waren?
[BW art. 2:11; WvK art. 18, 19; Hrw 2007 art. 25 lid 3]

De beherende vennoten van een commanditaire vennootschap zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van deze vennootschap. Er is geen wettelijke bepaling die een schuldeiser van een commanditaire vennootschap verplicht om zijn vordering eerst tegen de commanditaire vennootschap in te stellen en pas daarna (in het geval deze vennootschap onvoldoende verhaal biedt) tegen de vennoten (zie Gerechtshof Amsterdam 22 mei 1958, NJ 1958/493). Deze verplichting is er ook niet als de vennoot inmiddels is uitgetreden. Een uittredende vennoot blijft namelijk aansprakelijk voor de schulden die de vennootschap voor zijn uittreden is aangegaan. [gedaagde sub 1] c.s. kan in zijn betoog dat [naam commanditaire vennootschap] had moeten worden gedagvaard, en niet hij, dus niet worden gevolgd.

De vraag is wél of [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] beherend vennoot van [naam commanditaire vennootschap] waren en of [eiseres], als dat niet zo is, hen in ieder geval zo kon beschouwen. [eiseres] heeft er in dit verband allereerst op gewezen dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] als beherend vennoot van [naam commanditaire vennootschap] in het handelsregister vermeld hebben gestaan. Als [eiseres] aan deze vermelding (zoals [gedaagde sub 1] c.s. betoogt) geen rechten kan ontleen, geldt volgens [eiseres] dat [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 1] zichzelf richting haar uitdrukkelijk als beherend vennoot hebben gepresenteerd. [eiseres] heeft in dit verband gewezen op de in 2.4 weergegeven e-mail, waarin [gedaagde sub 1] zichzelf en [gedaagde sub 2] aan [eiseres] voorstelt als vennoten van [naam commanditaire vennootschap] en waarin hij hun achtergrond beschrijft. Zij heeft ook gewezen op het feit dat alle brieven van [naam commanditaire vennootschap] door [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] zijn ondertekend (waarbij hun Engelse vennootschappen niet worden genoemd) en dat dit ook voor de overeenkomst geldt. [gedaagde sub 1] c.s. heeft zoals hiervoor in 4.2 weergegeven, aangevoerd dat de vermelding in het

handelsregister van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] als beherend vennoten van [eiseres] op een vergissing van de notaris berustte en dat zij blijkens het handelsregister op de datum van toetreding ook weer zijn uitgetreden. Zij zijn dus geen beherend vennoot geweest. [eiseres] mocht [gedaagde sub 1] c.s. ook niet als beherend vennoot aanmerken, want toen zij de overeenkomst tekende en het bedrag van € 250.000,= overmaakte, wist zij dat de Engelse vennootschappen van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] de beherende vennoten van [naam commanditaire vennootschap] waren. Volgens [gedaagde sub 1] c.s. wist [eiseres] dat ook al toen zij de hiervoor genoemde e-mail ontving. [eiseres] had dit namelijk (bij [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] of een van hen, zo begrijpt de rechtbank deze stelling) aangekaart nadat zij dit zelf in het handelsregister had gezien. Daarnaast is volgens [gedaagde sub 1] c.s. van belang dat [gedaagde sub 1] deze e-mail "in de snelheid" heeft geschreven.

De rechtbank overweegt dat het feit dat een persoon als beherend vennoot in het handelsregister staat vermeld, op zichzelf niet meebrengt dat deze persoon ook beherend vennoot is. Wel is het zo dat de onjuistheid van een inschrijving in het handelsregister op grond van art. 25 lid 3 van de Handelsregisterwet een derde niet kan worden tegengeworpen als deze derde van deze onjuistheid niet op de hoogte was. Een derde mag afgaan op de inschrijving in het handelsregister, ook als deze derde het register pas naderhand (nadat hij of zij een overeenkomst met de desbetreffende vennootschap heeft gesloten) raadpleegt. De inschrijving moet echter wel al hebben bestaan toen de derde de overeenkomst met de vennootschap sloot. Het genoemde artikel van de Handelsregisterwet heeft namelijk tot doel om derden te beschermen die bij het sluiten van de overeenkomst met de vennootschap afgaan (of hadden kunnen afgaan) op informatie die ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst in het handelsregister was vermeld. In het handelsregister staat vermeld dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] op 17 juli 2015 tot de vennootschap zijn toegetreden en dat zij op dezelfde datum ook weer zijn uitgetreden. Deze vermelding was uiteraard nog niet te zien toen [eiseres] de overeenkomst tekende en vervolgens, op 1 december 2014, het bedrag van € 250.000,= overmaakte. De vermelding kan [eiseres] bij het verrichten van deze rechtshandelingen dus niet hebben beïnvloed en zij kan ter onderbouwing van haar vordering op [gedaagde sub 1] c.s. op deze inschrijving van [gedaagde sub 1] c.s. als beherend vennoot daarom geen beroep doen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres,
advocaat mr. E. Eshuis te Groningen,
tegen
1 [gedaagde sub 1],
wonende te [woonplaats],
2. [gedaagde sub 2],
wonende te [woonplaats],
gedaagden,
advocaat mr. A. Achbab te Amsterdam.

Partijen zullen hierna ook wel [eiseres] en [gedaagde sub 1] c.s. worden genoemd. Wanneer op gedaagden afzonderlijk wordt gedoeld, zullen zij [gedaagde sub 1] respectievelijk [gedaagde sub 2] worden genoemd.

Rechtbank:

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit: