



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het vennootschapsrecht van Holland. Het vennootschapsrecht van Holland, Zeeland en West-Friesland in de rechtspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland

Punt, H.M.

Citation

Punt, H. M. (2010, November 25). *Het vennootschapsrecht van Holland. Het vennootschapsrecht van Holland, Zeeland en West-Friesland in de rechtspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland. Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16178>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16178>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HET VENNOOTSCHAPSRECHT VAN HOLLAND

Aan Sandra en onze kinderen Lena en Jacob

HET VENNOOTSCHAPSRECHT VAN HOLLAND

*Het vennootschapsrecht van Holland, Zeeland en West-Friesland in de
rechtspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland*

Proefschrift

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector magnificus

prof. mr. P.F. van der Heijden,

volgens het besluit van het College voor Promoties

te verdedigen op donderdag 25 november 2010

klokke 13.45 uur

door

Hendrik Martijn Punt

geboren te Hilversum

in 1974

Promotiecommissie

Promotor:	Prof. mr. W.J. Zwolve Prof. mr. L. Timmerman (Erasmus Universiteit Rotterdam)
Overige leden:	Prof. mr. W.D.H. Asser Prof. mr. S.M. Bartman Prof. mr. F. Brandsma (Rijksuniversiteit Groningen) Prof. mr. C.J.H. Jansen (Rijksuniversiteit Groningen) Prof. mr. M.J. Kroeze (Erasmus Universiteit Rotterdam) Prof. dr. A.J.B. Sirks (Oxford University, U.K.)

Van dit proefschrift is een handelseditie verschenen in de serie *Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht* (Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit), No. 78 (ISBN 9879013079753).

Woord vooraf

Deze studie behandelt het vennootschapsrecht dat gedurende de achttiende eeuw in de rechtspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland werd toegepast, zoals beschreven in de *observationes tumultuariae* van Cornelis van Bijkershoek en de *observationes tumultuariae novae* van zijn schoonzoon Willem Pauw. Beide raadsheren en presidenten van de Hoge Raad hebben tussen 1704 en 1787 voor persoonlijk gebruik verslag gemaakt van de uitspraken van de Hoge Raad. De handgeschreven *observationes* hebben lang in vergetelheid doorgebracht, maar zijn door professor E.M. Meijers herontdekt en op zijn initiatief tussen 1923 en 1971 in totaal zeven delen uitgegeven. In hun beschouwing van iedere afzonderlijke zaak vermelden Van Bijkershoek en Pauw niet alleen de relevante feiten en de uiteindelijke beslissing van de Hoge Raad; zij zetten ook hun eigen oordeel en het al dan niet daarvan afwijkende oordeel van hun mederaadsheren uiteen, alsmede de gronden op basis waarvan de Raad tot zijn oordeel was gekomen. Het bijzondere van de *observationes* is erin gelegen dat zij ons de mogelijkheid bieden kennis te nemen van de raadkamergeheimen, ondanks het feit dat de Hoge Raad zijn beslissingen niet motiveerde.

Een gedeelte van deze *observationes* is vennootschapsrechtelijk van aard en kan aldus een belangrijke bron zijn voor de kennis van het vennootschapsrecht ten tijde van de Republiek. De *observationes* van vennootschapsrechtelijke aard zijn niet eerder integraal onderwerp van onderzoek geweest. Dit kan mede worden verklaard door het feit dat de *observationes* in het Latijn zijn opgesteld en er, afgezien van korte samenvattingen van de *observationes* uit de eerste drie uitgegeven delen van Van Bijkershoek, geen vertaling voorhanden is. Het is het doel van deze studie om de *observationes* als bron van vennootschapsrecht toegankelijk te maken en een beeld te geven van het vennootschapsrecht dat door de Hoge Raad in de achttiende eeuw werd toegepast. Hoewel deze studie ontegenzeggelijk ook vanuit sociaaleconomisch perspectief van belang is, is zij slechts juridisch van aard en streeft zij in sociaaleconomische zin niet naar volledigheid.

De studie is onderverdeeld in een algemeen en een bijzonder deel. Het algemeen deel beoogt de *observationes* te plaatsen in een breder rechtshistorisch kader. Voor een goed begrip van het vennootschapsrecht is het namelijk van belang om, alvorens in te gaan op de vennootschapsrechtelijke aspecten

WOORD VOORAF

van de *observationes* zelf, inzicht te krijgen in de rechtspraak van de Hoge Raad, de vroege verschijningsvormen van de vennootschap – de vennootschap op aandelen daaronder begrepen – en het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht zoals dit in gepubliceerde contemporaine bronnen uiteen wordt gezet. Vanwege het persoonsgebonden karakter van de *observationes*, die als verzameling veel weg hebben van een dagboek, is het tot slot van belang om aandacht te besteden aan het persoonlijk leven en de loopbaan van beide schrijvers. Deze in het algemeen deel te behandelen onderwerpen zijn gebaseerd op bestaand rechts-historisch onderzoek. Een uitzondering hierop vormt de beschrijving van het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht, dat is gebaseerd op eigen onderzoek naar vennootschapsrechtelijke bronnen van diverse aard uit de zeventiende en achttiende eeuw.

In het bijzonder deel zijn de resultaten van het eigenlijke onderzoek opgenomen. Aan de hand van de inhoud van de *observationes* wordt een uiteenzetting gegeven van het vennootschapsrecht zoals dit door de Hoge Raad in de achttiende eeuw werd toegepast. Daarbij dient te worden aangetekend dat in alle, binnen het kader van het vennootschapsrecht, hier behandelde uitspraken van de Hoge Raad verschillende vraagstukken van vermogensrecht – zoals, om slechts enkele te noemen, de overdracht van vorderingen, overdracht van rechten van mede-eigendom, het verrijkingsrecht – aan de orde zijn gekomen die, binnen het verband van dit onderzoek, niet nader zijn uitgewerkt omdat zij daarmee slechts zijdelings verband houden. Een uitvoerige behandeling ervan zou de aandacht afleiden van het vennootschapsrecht dat in dit onderzoek centraal staat. Het is evenmin de bedoeling een structurele vergelijking te maken tussen het Rooms-Hollandse en het thans geldende vennootschapsrecht.

De *observationes* van vennootschapsrechtelijke aard zijn gerubriceerd en beschreven op basis van een viertal hoofdonderwerpen die het mogelijk maken alle juridisch relevante aspecten van het vennootschapsrecht aan bod te doen komen. In het eerste hoofdstuk komen de aard en de verschijningsvorm van het samenwerkingsverband aan de orde; in het tweede hoofdstuk worden de interne verhoudingen, dat wil zeggen de verhouding tussen vennoten onderling, beschreven; het derde hoofdstuk behandelt de externe verhoudingen, dat wil zeggen de verhouding tussen vennoten en derden; het vierde hoofdstuk tot slot behandelt de vennootschap op aandelen.

De *observationes* zijn geselecteerd op basis van de trefwoordenregisters die voor aanvang van het onderzoek reeds voorhanden waren. De delen I en II van de *observationes* van Pauw bevatten afzonderlijke trefwoordenregisters, deel III bevat een cumulatief trefwoordenregister voor de drie delen; een trefwoordenregister van de hand van Van Bijkershoek en Pauw zelf is uitgegeven door A.J.B. Sirks (*Van Bijkershoeks Observationes 2018-2913. Index in Observationes tumultuarias*); een systematisch compendium op alle *observationes* van Van Bijkershoek is opgesteld door M.S. van Oosten (*Systematisch compendium der Observationes tumultuariae van Cornelis van Bijkershoek*); tot slot

is een trefwoordenregister op alle *observationes*, zowel van Van Bijndershoek als Pauw, opgesteld door P. van Warmelo (*Registers op die Observationes tumultuariae van Cornelis van Bijndershoek en van Willem Pauw*). Alle in deze registers onder vennootschapsrechtelijk relevante trefwoorden als ‘vennootschap’ en ‘maatschap’ voorkomende *observationes* zijn vertaald, bestudeerd en gerubriceerd aan de hand van het eerdergenoemde viertal onderwerpen.

Niet al deze *observationes* zijn bij de studie betrokken; een aantal is vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt van dusdanig beperkt belang dat behandeling of vermelding ervan achterwege is gelaten. Alleen de *observationes* waarvan de inhoud dit rechtvaardigde, zijn bij het onderzoek betrokken. Als uitgangspunt geldt dat de relevante rechtsoverwegingen uit een *observatio* worden vermeld, zonder vermelding van de achterliggende feiten. Alleen als de inhoud van de *observatio* dusdanig relevant of omvangrijk is dat de essentie van het te behandelen onderwerp erin wordt aangetroffen, worden, naast de juridische kernoverwegingen, ook de feiten van de desbetreffende zaak uiteengezet. *Observationes* worden vermeld onder het in de gedrukte versie aan de desbetreffende *observatio* toebedeelde nummer.

De mening van individuele raadsheren met betrekking tot een aan de Hoge Raad voorgelegde zaak wordt ook in de resolutieboeken van de Hoge Raad vermeld. In deze boeken zijn de conclusies opgetekend die door de raadsheren in de raadkamer werden ingediend. De resolutieboeken zijn echter niet bij het onderzoek betrokken. Gezien de uitgebreidheid van de *observationes* zelf, valt niet te verwachten dat de resolutieboeken in juridisch opzicht een van wezenlijk belang zijnde toevoeging zullen vormen op hetgeen men reeds uit de *observationes* zelf leert. De resolutieboeken kunnen uiteraard wel onderwerp zijn van vervolgonderzoek naar het vennootschapsrecht van de Hoge Raad in de achttiende eeuw.

In de *observationes* zijn de namen van procespartijen, een enkele uitzondering daargelaten, geanonimiseerd tot Romeinse namen als Titius, Sempronius en Caius. In de beschrijving van iedere specifieke *observatio* wordt in beginsel vastgehouden aan de in de in de *observatio* genoemde namen van procespartijen. In enkele gevallen is er in de beschrijving van de desbetreffende *observatio* echter voor gekozen de werkelijke namen van procespartijen te vermelden. De desbetreffende namen zijn afkomstig uit de resolutieboeken. Het gaat daarbij om *observationes* die naar hun aard en omvang nader onderzoek naar de werkelijke namen van de procespartijen rechtvaardigen. De benaming dient als regel slechts ter illustratie van de casus, tenzij anders vermeld. Het feit dat de resolutieboeken van na 1775 niet meer beschikbaar zijn, betekent overigens dat het in enkele gevallen zelfs onmogelijk is de werkelijke namen uit de resolutieboeken te achterhalen.

Alle teksten en vertalingen uit het *Corpus Iuris* zijn afkomstig van J.E. Spruit (*Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling*).

Het onderzoek werd afgesloten op 1 september 2010.

Inhoudsopgave

Woord vooraf	VII
Lijst van afkortingen en verkort aangehaalde literatuur	XV

ALGEMEEN DEEL

Hoofdstuk 1	Rechtspraak van de hoge raad van holland, zeeland en west-friesland	3
1.1	Rechterlijke organisatie ten tijde van de Republiek	3
1.2	Oprichting en bevoegdheden van de Hoge Raad	6
1.2.1	De eerste jaren	6
1.2.2	Bevoegdheden	7
1.3	Procederen voor de Hoge Raad	8
1.3.1	Eerste aanleg	8
1.3.2	Hoger beroep	11
1.3.3	Willige condemnatie	12
1.4	Organisatie van de Hoge Raad	13
1.4.1	Werkzaamheden	14
1.4.2	Betrokken partijen	15
1.5	Raadsheren in de Hoge Raad	17
1.5.1	Persoonlijke achtergrond	17
1.5.2	Benoemingsprocedure	18
1.5.3	Cornelis van Bijkershoek	20
1.5.4	Willem Pauw	24
1.6	Sententiën van de Hoge Raad	26
1.6.1	Archief van de Hoge Raad	26
1.6.2	Gepubliceerde sententiën	27
1.6.3	Ongepubliceerde sententiën	28
1.7	Bronnen van vennootschapsrecht	31
1.7.1	Rooms-Hollands recht	31
1.7.2	Rechtsgeleerde werken	33
1.7.3	Gewoonterecht	35
1.7.4	Rechterlijke uitspraken	36
1.7.5	Adviezen	37

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 2	Personenvennootschap	39
2.1	Definitie	39
2.1.1	Interne verhoudingen	39
2.1.2	Externe verhoudingen	41
2.1.3	Toekomstig recht	43
2.2	Oorsprong	44
2.2.1	Societas	44
2.2.2	Sociaal-economische achtergrond	45
2.3	Commenda	47
2.3.1	Hoofdlijnen	47
2.3.2	Verschijningsvormen	49
2.3.3	Juridisch karakter	50
2.3.4	Historische wortels	53
2.4	Compagnia	58
2.4.1	Juridisch karakter	59
2.4.2	Interne verhoudingen	60
2.4.3	Externe verhoudingen	61
2.5	Mengvormen	62
2.5.1	Accomandita	63
2.5.2	Italiaanse handelshuizen	64
2.6	Het gebied van de Duitse Hanze	65
2.6.1	Wederlegging	66
2.6.2	Latere ontwikkelingen	67
2.6.3	Nederlandse Hanzesteden	68
2.7	Personenvennootschappen tijdens de Republiek	69
2.7.1	Compagnie	70
2.7.2	Partenrederij	74
2.8	De personenvennootschap naar Rooms-Hollands recht	75
2.8.1	Inleidende opmerkingen	75
2.8.2	Interne vennootschapsverhoudingen	76
2.8.3	Externe vennootschapsverhoudingen	79
Hoofdstuk 3	Vennootschap op aandelen	95
3.1	Definitie	95
3.2	Middeleeuwen	96
3.3	Overgangsvormen	98
3.3.1	Sociaal-economische achtergrond	98
3.3.2	Oprichting van de VOC	100
3.3.3	De voorcompagnieën	102
3.4	Vennootschappen tijdens de Republiek	107
3.4.1	Monopolisten	107

INHOUDSOPGAVE

3.4.2	Positie van de bewindhebbers	108
3.4.3	Ontwikkeling vanaf het jaar 1720	110
3.5	Negotiaties	113

BIJZONDER DEEL

Hoofdstuk 1	Personenvennootschap	117
1.1	Aard van de onderneming	117
1.2	Grootte	118
1.3	Verschijningsvormen	119
1.3.1	Firma	119
1.3.2	Stille vennootschap	120
1.3.3	Factorijvennootschap	122
1.3.4	Rederij	123
1.3.5	Overige verschijningsvormen	123
1.4	Bestaan van een vennootschap	124
Hoofdstuk 2	Interne verhoudingen	133
2.1	Duur van de vennootschap	133
2.1.1	Inleidende opmerkingen	133
2.1.2	Einde van de vennootschap	136
2.1.3	Uittreding	140
2.1.4	Toetreden	141
2.1.5	Voortzetting	142
2.1.6	Opvolging door erven	143
2.1.7	Rederij	146
2.2	Beheer	147
2.2.1	Bevoegdheden	147
2.2.2	Boekhouding	148
2.2.3	Kas van de vennootschap	148
2.2.4	Rekening en verantwoording	148
2.3	Kapitaalinbreng en resultaatverdeling	153
2.4	De gemeenschap tussen vennoten	155
2.4.1	Inleidende opmerkingen	155
2.4.2	Verhaalspositie privécrediteuren	155
2.5	'Overdracht van een aandeel'	161
2.6	Vereffening	164
2.6.1	Inleidende opmerkingen	164
2.6.2	Beëindigingsovereenkomst	165
2.6.3	Voortzetting van de handelsnaam	166
2.6.4	Deponeren van boeken	167
2.6.5	Interne verrekening	168
2.6.6	Uitbetaling liquidatiewinst	170

INHOUDSOPGAVE

2.7	Verdeling van de gemeenschap	171
2.8	Bijzondere bedingen	176
2.8.1	Arbitrage	176
2.8.2	Kennisoverdracht	177
2.8.3	Geheimhoudingsbeding	178
2.8.4	Concurrentiebeding	178
2.8.5	Boeteclausule	179
2.8.6	Borgstelling	181
Hoofdstuk 3 Externe verhoudingen		183
3.1	Externe aansprakelijkheid van vennoten	183
3.2	Externe aansprakelijkheid van reders	192
3.3	Procespartij	197
Hoofdstuk 4 Vennootschap op aandelen		201
4.1	Vennootschap op aandelen	201
4.1.1	Aandeel	201
4.1.2	Winstuitdeling	201
4.1.3	Bestuur	204
4.1.4	Overdracht van aandelen	207
4.1.5	Aandeelhoudersgeschillen	213
4.1.6	Externe aansprakelijkheid bestuurders	217
4.2	Overgangsvormen	222
4.3	Negotiaties	224
4.3.1	Inleidende opmerkingen	224
4.3.2	Oprichtingshandelingen	226
4.3.3	Bevoegdheden en opvolging directeur	226
4.3.4	Commissarissen	227
4.3.5	Verhouding tussen bestuur en obligatiehouders	229
4.3.6	Aandeelhoudersgeschillen	231
<i>Samenvattende conclusie</i>		235
<i>Lijst van aangehaalde werken I</i>		257
<i>Lijst van aangehaalde werken II: Ius commune</i>		265
<i>Bronnenregister I: Romeins recht</i>		269
<i>Bronnenregister II: Observationes</i>		271
<i>Summarising conclusion</i>		275
<i>Curriculum vitae</i>		297

Lijst van afkortingen en verkort aangehaalde literatuur

A	Algemeen Deel
art.	artikel(en)
B	Bijzonder Deel
BW	Burgerlijk Wetboek
C.	Codex Justinianus
D.	Digesten van Justinianus
e.a.	en anderen / et alii
ed.	uitgegeven door (editor(s) / edidit)
e.v.	en volgende
Gai.	Instituten van Gaius
GPB	Groot-Placaet-boeck
<i>Gr.O.M.</i>	<i>Groninger Opmerkingen en Mededelingen</i>
HR	Hoge Raad
Inst.	Instituten van Justinianus
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
nr.	nummer(s)
nt.	noot
<i>NTBR</i>	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
OT	Observationes tumultuariae
OTN	Observationes tumultuariae novae
p.	pagina
pr.	principium
<i>RM</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn</i>
<i>RM</i>	<i>Themis Rechtsgeleerd magazijn Themis</i>
<i>TvR</i>	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
<i>W</i>	<i>Weekblad voor het Recht</i>
<i>WPNR</i>	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
WvK	Wetboek van Koophandel

ALGEMEEN DEEL

Hoofdstuk 1. Rechtspraak van de hoge raad van holland, zeeland en west-friesland

1.1 Rechterlijke organisatie ten tijde van de Republiek

Zoals de naam al doet vermoeden, was de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland, anders dan de huidige Hoge Raad der Nederlanden, een gerechtelijke instelling met een territoriale reikwijdte die zich beperkte tot de in de naamgeving vermelde gebieden. Holland (waarvan West-Friesland deel uitmaakte) en Zeeland behoorden tot de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden, maar vormden ieder afzonderlijk een soevereine staat.¹ De gewesten die gezamenlijk de Republiek vormden, hadden ieder hun eigen rechterlijke organisatie, zoals zij ook ieder hun wetgeving (plakkat en ordonnantie), belastingtarieven, tolleren, muntslag, universiteit en andere uiterlijke tekenen van soevereiniteit kenden.² Slechts op gebieden waar het gemeenschappelijk belang evident was, zoals de verdediging van het territorium te land en ter zee en de betrekkingen met vreemde mogendheden, lieten de gewesten hun belangen behartigen door de Staten-Generaal die in Den Haag zetelden. De Staten-Generaal waren echter geen vertegenwoordigend lichaam van de bevolking van de Republiek.³ Alle gewesten hadden in de Staten-Generaal één stem, met uitzondering van het landschap Drenthe dat geen stem had.⁴ Verder waren er generaliteitslanden (Staats-Vlaanderen, Staats-Brabant, en Staats-Limburg) die rechtstreeks door de Staten-Generaal werden bestuurd, alsmede vrije heerlijkheden (onafhankelijke 'ministaatjes' met een eigen heer, zoals Buren, Leerdam, IJsselstein, Vianen en Culemborg).⁵ Al met al vormde de Republiek een lappendeken van verschillende min of meer onafhankelijke bestuurlijke eenheden. Ook binnen de gewesten zelf was sprake van een tamelijk los verband van steden en dorpen die ieder een grote zelfstandigheid hadden die als regel was gebaseerd op eeuwenoude privileges. Van bestuurlijke uniformiteit was in de dagen van de Republiek dan ook geen sprake. Zo was het

-
1. Jonathan I. Israel, *De Republiek 1477-1806 I* (Franeker 1996) 306, meent dat de eenheid die door de opstand tegen de Spaanse landsheer tot stand kwam het beste kan worden omschreven als een kruising tussen een federale staat en een confederatie.
 2. Willem Frijhoff en Marijke Spies ed., *1650 Bevochten eendracht*, Nederlandse cultuur in Europese context 1 (Den Haag 1999) 94.
 3. Ibidem, 84.
 4. Israel, *Republiek*, 321.
 5. Frijhoff, *Bevochten eendracht*, 86.

HOOFDSTUK 1

ook met de rechterlijke organisatie gesteld. Ieder gewest kende zijn eigen rechterlijke organisatie met een veelvoud aan gerechtelijke instanties en procesregels, die hun oorsprong eveneens als regel in eeuwenoude gewoonten en privileges vonden.⁶

Uitzondering op de regel dat iedere provincie haar eigen rechterlijke instellingen kende, vormden de gewesten Holland en Zeeland. Deze gewesten waren in juridisch-organisatorisch opzicht nauw met elkaar verbonden. Het Hof en de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland waren interprovinciale gerechtelijke instanties.

Deze situatie bestond al geruime tijd vóór de Opstand. Tijdens de Opstand kwam een aantal Habsburgse gewesten in de Nederlanden om diverse redenen, waaronder hun aversie tegen de centralisatiepolitiek van de Habsburgse vorst, in verzet tegen hun landsheer Philips. Een aantal noordelijke gewesten sloot in 1579 de Unie van Utrecht, waarin zij onder meer afspraken vastlegden op het gebied van gezamenlijke verdediging, financiën en godsdienstvrijheid.⁷ De Unie van Utrecht legde de grondslag voor de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden, tot een feitelijke afzetting van de landsheer leidde het echter niet. Eerst op 26 juli 1581 beslisten de Staten-Generaal dat zij Philips niet langer als hun landsheer erkenden en werd hij door de gewestelijke Staten, de standenvergadering bestaande uit de stemhebbende steden en de ridderschap in een bepaald gewest, van zijn rechten vervallen verklaard. Deze beslissing werd vastgelegd in het *Plakkaat van Verlatinghe*.⁸ Ook formeel was daarmee, althans vanuit het perspectief van de opstandelingen, de soevereiniteit van Philips II als landsheer van de Noordelijke Nederlanden beëindigd.⁹ Bij gebrek aan een nieuwe landsheer trokken de gewestelijke Staten de grafelijke bevoegdheden naar zich toe. De bestaande gerechtelijke structuur lieten zij echter gewoon in stand.

Net als in de periode vóór de Opstand bestond de gerechtelijke structuur uit vier instanties. Die vier instanties waren in de gewesten Holland en Zeeland de lage en de hoge jurisdicties, het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland en de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland.

6. Gero R. Dolezalek, 'Das Zivilprozeßrecht' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 59-104, aldaar 64.

7. *Groot Placaet-boeck, vervattende de placaten, ordonnantien ende edicten van de Hoogh-Mog. Heeren Staten Generael der Vereenighde Nederlanden, ende van de Ed. Groot Mog. Heeren Staten van Hollandt en West-Vrieslant, mitsgaders vande Ed. Mog. Heeren Staten van Zeelandt* I (Den Haag 1658) 7-26. De tekst van het verdrag is ook te vinden in: A.S. de Blécourt en N. Japikse, *Klein Plakkaatboek van Nederland* (Groningen 1919) 120-125.

8. *GPB* I, 26-35; De Blécourt, *Klein Plakkaatboek*, 137-144.

9. Israel, *De Republiek*, 187-233.

RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD VAN HOLLAND

Naast deze rechterlijke hoofdinstanties kende men nog een veelvoud aan andere gerechtelijke instellingen, waaronder het College van Dijkgraaf en (Hoog)Heemraden (voor de waterhuishouding), het Leenhof (voor leenrechtelijke kwesties), het College van Houtvester en Meesterknappen (in zaken betreffende de jacht en de bossen), een College van Justitie voor de studenten aan de Leidse Universiteit en een College van Schepenen Commissarissen voor 's Lands Imposten (in zaken die de generaliteitsbelastingen aangingen).

In de lage jurisdicties werd zowel in civiele als strafrechtelijke zaken recht gesproken door een college van schout en schepenen, in de hoge jurisdicties door een college van baljuw en welgeboren mannen. Van de civiele vonnissen van het schepencollege ging men rechtstreeks in beroep bij het in Den Haag gevestigde Hof van Holland.¹⁰ Aan de steden kwam gewoonlijk zowel de lage als de hoge rechtsmacht toe.¹¹

Daarnaast trof men in de grote Hollandse steden rechtscolleges aan die zich uitsluitend bezig hielden met één specifiek rechtsgebied. Zo kende Amsterdam commissarissen voor assurantiezaken, voor de desolate boedels (een soort faillissementskamer), voor zeezaken en voor kleine zaken. Tegen de beslissing van dergelijke commissarissen kon men in beroep gaan bij het college van schepenen van de desbetreffende stad en vervolgens bij het Hof van Holland.¹²

Tot slot werd naast deze gerechtelijke hoofdingangen arbitrage door *arbiters* of 'goede mannen' als een volwaardige wijze van geschillenbeslechting beschouwd.¹³

10. Paullus Merula, *Manier van procederen in de provincien van Holland, Zeeland en West-Friesland, belangende civiele zaaken* (Delft 1705) 74-75.

11. Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands-regt, waar in de Roomse wetten met het huydendaagse Neerlands regt, in alles dat tot de dagelijkse onderhouding kan dienen, met een bysondre korthet, so wel in de vaste regts-stoffen, als in de manier van regts-vordering over een gebragt werden : met allerhande ordonnantien, placaten, hand-vesten, keuren, gewoonten en gewijsden deser en omleggende landen bevestigt* (Amsterdam 1744) 520-521.

12. Merula, *Manier van procederen*, 90.

13. Dit valt onder meer af te lezen aan het feit dat alle juridische handboeken er in ruime mate aandacht aan besteden: Van Leeuwen, *Rooms Hollands Regt*, 555-559; Ulrik Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit, soo elders als in Frieslandt gebrukelyk* (Leeuwarden 1686) 2.1.21. Tot de personen die hun toevlucht zoeken tot de geschilbeslechters behoren volgens Van Leeuwen ook kooplieden. Dit komt overeen met de resultaten van het archiefonderzoek dat Van Brakel heeft verricht naar vennootschapsovereenkomsten uit het begin van de zeventiende eeuw, waaruit blijkt dat veel van dergelijke overeenkomsten een clause bevatten waarin de vennoten bepaalden dat zij de beslechting van eventuele geschillen aan arbiters zouden voorleggen, soms zelf met uitsluiting van de bevoegdheid van de gewone rechter: S. van Brakel, 'Vennootschapsvormen in Holland gedurende de gouden eeuw', *RM* 36 (Haarlem 1917) 1-30 en 145-189, aldaar 188-189.

HOOFDSTUK 1

1.2 Oprichting en bevoegdheden van de Hoge Raad

1.2.1 De eerste jaren

Het hoogste rechtscollege in de gewesten Holland en Zeeland was de Hoge Raad. De Hoge Raad werd opgericht op 31 mei 1582 als opvolger van de Grote Raad van Mechelen, het hoogste rechtsorgaan binnen de Bourgondische (en later Habsburgse) Nederlanden waartoe ook de gewesten Holland en Zeeland behoorden.¹⁴ Aan de rechtsmacht van de Grote Raad kwam een eind toen de Opstand de Habsburgse Nederlanden in tweeën deelde. Deze staatkundige afscheiding zorgde er voor dat ook aan de rechtsmacht van de Grote Raad in Holland en Zeeland een einde kwam.¹⁵

De aanloop naar de oprichting van de Hoge Raad heeft 10 jaar geduurd. Na de inname van Den Briel door de Watergeuzen op 1 april 1572 schaalden in de loop van dat jaar alle belangrijke steden in Holland, met uitzondering van Amsterdam, zich aan de zijde van de opstandelingen, hetgeen leidde tot een massale uittocht van koningsgezinden naar nabijgelegen gewesten. Tot de gevluchte personen behoorden alle leden van het Hof van Holland, vergezeld van al het personeel en zelfs de meeste advocaten.¹⁶ Zij zetten hun werk voort vanuit Utrecht, zonder evenwel effectief recht te spreken: hun uitspraken konden niet worden geëxecuteerd en werden door de nieuwe regering niet erkend.¹⁷ Op 3 november 1572 benoemde prins Willem van Oranje de nieuwe leden van het Hof, dat voorlopig in hoogste instantie in Holland recht zou spreken, namelijk zolang de Grote Raad als gevolg van het strijdgewoel onbereikbaar was voor de Hollandse rechtzoekenden.¹⁸ Met de loop der jaren geloofde men echter steeds minder in een uiteindelijk herstel van de feitelijke rechtsmacht van de Grote Raad. Desondanks bleef de behoefte aan een beroepscollege boven het Hof bestaan. De Staten van Holland besloten daarom op 18 september 1579 om in Haarlem een Raad van Appèl te vestigen, waarbij men in beroep kon gaan tegen vonnissen van het Hof. Na flink wat touwtrekken over de vestigingsplaats¹⁹ besloten de Staten van Holland op 4 juli 1581 dat de Raad voorlopig in Den Haag zou worden gevestigd.²⁰

Vanaf het moment dat aan de rechtsmacht van de Grote Raad in de Noordelijke Nederlanden een einde kwam, vormden de provinciale gerechtshoven voor de

14. J. Gilissen, 'De Grote Raad van Mechelen. Historisch overzicht' in: *Miscellanea Consilii Magni* (Amsterdam 1980) 13-43, aldaar 24.

15. J.Th. de Smidt, 'Ons hoogste rechtscollege in het verleden' in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988. Een portret* (Zwolle 1988) 17-31, aldaar 19.

16. A.S. de Blécourt, 'De geboorte van den Hoogen Raad van Holland en Zeeland', *TvR* 2 (1920-21) 428-459, aldaar 429.

17. H.W. van Soest, 'De Hoge Raad van Holland en Zeeland', *Spiegel Historiael* 9 (1974) 12-18, aldaar 12.

18. Blécourt, De geboorte van den Hoogen Raad, 434.

19. Ibidem, 443-445: Dordrecht wilde de Geheime Raad in Antwerpen uitbreiden, Leiden verklaarde dat zij er niet mee had ingestemd, Gouda en Rotterdam wilden eerst andere kwesties behandeld hebben, anderen vroegen bedenktijd.

20. Ibidem, 445.

inwoners van de noordelijke gewesten de hoogste juridische instantie. De in 1581 door het gewest Holland opgerichte Hoge Raad vormde daarop de enige uitzondering. Van de appelmogelijkheid bij de Grote Raad hadden juist de inwoners van Holland vaak gebruik gemaakt, het wegvallen van die appelinstantie werd vooral in dit gewest dus als een gemis ervaren. De overige noordelijke gewesten hadden weinig op met de Grote Raad en maakten slechts mondjesmaat gebruik van deze instantie.²¹ In Holland werd nog de hoop gekoesterd dat de overige gewesten zich later zouden aansluiten en dat zij de Hoge Raad ook als de hoogste rechterlijke instantie in de Noordelijke Nederlanden zouden erkennen. Deze hoop bleek ijdel: slechts Zeeland ging, zij het na langdurige en moeizame onderhandelingen, in 1587 tot erkenning van de Hoge Raad als hoogste rechtsorgaan over, nadat Mechelen definitief in Spaanse handen was gevallen. Het college ging vanaf dat moment als Hoge Raad van Holland én Zeeland door het leven.²² De overige gewesten hielden vast aan het hoogste juridische gezag van hun eigen provinciale gerechtshof. De Hoge Raad is daarom nooit een instituut van de Generaliteit geworden.²³

1.2.2 Bevoegdheden

De bevoegdheden van de Hoge Raad zijn te vinden in de Instructie van 31 mei 1582²⁴, een reglement van orde dat was opgesteld naar het voorbeeld van de Instructie van de Grote Raad van Mechelen.²⁵ Uit de Instructie volgt dat de Hoge Raad in de eerste plaats het gerecht was waar men hoger beroep kon instellen tegen uitspraken van het Hof van Holland (art. 21). Daarnaast oordeelde de Hoge Raad in eerste aanleg over zaken tussen vreemde kooplieden die geen vaste woonplaats in Holland of Zeeland hadden (art. 18). Ook oordeelde de Hoge Raad over zaken betreffende de zeevaart, zoals aanvaringen op zee (art. 20). Deze laatste bevoegdheid heeft zich nooit echt ontwikkeld, omdat in steden als Amsterdam en Rotterdam speciale schepenbanken werden opgericht voor zee- en verzekeringszaken in eerste en hoogste instantie.²⁶ De Hoge Raad oordeelde in eerste en enige instantie tevens over bezitsvorderingen, dat wil zeggen vorderingen met betrekking tot het bezit en gebruik van zaken (art. 19). Verder kon men bij de Hoge Raad terecht voor willige condemnatie van overeenkomsten, waarbij de Hoge Raad een soort stempel van goedkeuring verleende aan overeenkomsten die door partijen aan de Raad werden voorgelegd.²⁷ Tot slot werd in het octrooigebied van de WIC veelvuldig gebruik

21. De Smidt, Hoogste rechtscollege, 17-19.

22. Blécourt, De geboorte van den Hoogen Raad, 449-451.

23. Van Soest, De Hoge Raad, 14.

24. *GPB V* (Den Haag 1725) 790-836; De Blécourt, *Klein Plakkaatboek*, 144-175.

25. De Blécourt, De geboorte van den Hoogen Raad, 447.

26. De Smidt, Rechtscollege, 24.

27. Zie paragraaf A 1.3.3.

HOOFDSTUK 1

gemaakt van de mogelijkheid om bij de Staten-Generaal herziening aan te vragen van een uitspraak van één van de West-Indische gerechtshoven, bijvoorbeeld in Suriname of op Curaçao. In de praktijk werden deze revisiezaken door de Staten-Generaal doorverwezen naar de Hoge Raad.²⁸

De Hoge Raad sprak recht in hoogste instantie, of het nu om procedures in eerste instantie of om procedures in hoger beroep ging. De uitspraken van de Hoge Raad werden gehouden voor arresten: van de uitspraak kon men niet in beroep. Als een procespartij zich niet kon vinden in de uitspraak, dan stond voor hem slechts de weg van *revisie* open. In dat geval verzocht de procespartij de Staten van Holland herziening van de uitspraak. De Staten van Holland benoemden daartoe een college *ad hoc* dat bestond uit zeven rechtsgeleerden, vijf stadspensionarissen en twee raadsheren van het Hof van Holland, alsmede de raadsheren van de Hoge Raad zelf. Revisieprocedures kwamen echter zelden voor.²⁹

1.3 Procederen voor de Hoge Raad

1.3.1 Eerste aanleg

Een procedure in eerste aanleg ('rauw actie') bij de Hoge Raad werd ingeleid door middel van een 'request' oftewel verzoekschrift.³⁰ Met het request om 'mandament' (bevelschrift) kon degene die het verzoekschrift indiende de Hoge Raad verzoeken om een deurwaarder te machtigen zijn wederpartij te dagvaarden. Dit verzoekschrift bevatte de essentialia van de zaak, het omschreef de hoedanigheid van de verzoeker en de feiten die aan zijn vordering ten grondslag lagen. Verder omschreef de verzoeker wat hij van de wederpartij verlangde en verzocht hij om de wederpartij tegen een bepaalde datum te dagvaarden als de tegenpartij niet vrijwillig aan de vordering wenste te voldoen.

De requesten werden door de President verdeeld onder de overige raadsheren. Zij beoordeelden de ontvankelijkheid van het verzoek en lieten hun

28. De Smidt, Rechtscollege, 28-29.

29. Dolezalek, Zivlprozeßrecht, 91-92.

30. Het hiernavolgende overzicht is gebaseerd op Christian Brom, *Urteilsbegründungen im 'Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland' am Beispieldes Kaufrechts im Zeitraum 1704-1787* (Frankfurt 2008) 92-108; M.-Ch. Le Bailly en Chr.M.O. Verhas, *Procesgids Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland 1582-1795* (Hilversum 2006); Dolezalek, Zivlprozeßrecht, 59-104; Chr.M.O. Verhas, *De beginjaren van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland* (Den Haag 1997). Een uiteenzetting van de wijze van procederen voor de Hoge Raad treft men voorts aan in R. Hogerbeets, *Van het aenleggen ende volvoeren der processen voor de respectie Hoven van Justitie in Holland* (1631). Verwijzingen naar de procesrechtelijke bepalingen in de Instructie van 1582 zijn vindt men in de inhoudsopgave van het (nimmer uitgegeven) zesde hoofdstuk van Merula, *Manier van procederen*.

beslissing door de griffier in de marge van het request optekenen. Gewoonlijk werd het verzoek toegestaan. Secretarissen stelden vervolgens het mandament op, dat door de procureur van de eiser bij de griffie kon worden opgehaald en aan een deurwaarder kon worden overhandigd, die zich vervolgens met een ‘exploit’ (dagvaarding) naar de woonplaats van de gedaagde begaf en hem beval datgene te doen of te laten wat in het mandament stond omschreven. Weigerde de gedaagde aan dit bevel te voldoen, dan deelde de deurwaarder hem de dag en het tijdstip mee waarop hij zich voor de rechter kon verweren tegen de vordering van de eiser. De deurwaarder bracht vervolgens rapport uit aan de procureur van de eiser.

Op de in de dagvaarding vermelde dienende dag werd een rolzitting gehouden. Deze was een door een raadsheer voorgezeten formele zitting waarbij stukken werden ingediend en werd bepaald op welke wijze een zaak werd voortgezet. De procureur van de eiser legde op deze zitting een schriftelijke eis (de ‘conclusie van eis’) over aan de rolrechter, waarin hij de vordering formuleerde. De procureur van de gedaagde, die ook op de rolzitting aanwezig was, kreeg een kopie van de conclusie van eis. Aan de gedaagde werd vervolgens een termijn gegeven om schriftelijk op de eis te reageren.

Tijdens dezelfde rolzitting kon de procureur van de eiser ook een voorlopige voorziening vragen (‘provisionele eis’), bijvoorbeeld een vordering die ertoe strekte dat de eis voorlopig zou worden toegewezen, totdat in de hoofdzaak zou zijn beslist. De procureur van gedaagde kon op zijn beurt, voordat hij inhoudelijk op de zaak inging, formele verzoeken indienen, zoals het verzoek om zekerheidstelling voor de proceskosten door de eiser als deze buiten de jurisdictie van de Hoge Raad woonde. Als de gedaagde op de dienende dag niet verscheen, werd door de procureur van eiser verstek verzocht. Tot vier maal toe diende de gedaagde telkens weer te worden gedagvaard, waarna hij bij niet verschijnen telkens een deel van zijn recht op verweer verloor. Na de vierde keer verzocht de procureur van de eiser aan de Hoge Raad om de vordering toe te wijzen. Ging de Hoge Raad hiermee akkoord, dan volgde een verstekvonnis. Was de gedaagde wel verschenen, dan voerde hij inhoudelijk verweer door schriftelijk op de eis te antwoorden.³¹ Het antwoord bevatte gewoonlijk een ‘contrarie conclusie’, waarin de gedaagde vorderde dat de eis werd afgewezen. Ook kon de gedaagde een tegeneis (‘eis in reconventie’) indienen. Op het verweer van de gedaagde kon de eiser dan weer schriftelijk reageren (‘repliceren’), waarna de gedaagde het laatste woord had door te ‘dupliceren’.

In principe kon de Hoge Raad nu vonnis wijzen. Meestal echter verlangde hij aanvullende gegevens en bepaalden de rolraadsheren in een tussenvonnis (‘appointement dispositief’) de verdere gang van zaken. Daarbij bestond de

31. De gedaagde had ook de mogelijkheid om excepties (formele verweren) op te werpen, waaronder het bepleiten van de onbevoegdheid van de rechtbank en verjaring van de vordering.

HOOFDSTUK 1

mogelijkheid dat aan één of beide partijen werd opgedragen bewijs te leveren van haar stellingen, of om de beantwoording van een rechtsvraag nader te onderbouwen. Als nader bewijs moest worden geleverd, werd een ‘enquête’ gelast. De President benoemde in dat geval een commissaris om de enquête uit te voeren. Bewijslevering kon plaats vinden door onderzoek ter plaatse, het horen van getuigen en het overleggen (‘produceren’) van documenten. Na afloop van de enquête konden beide partijen schriftelijk hun mening geven over het verloop en de resultaten ervan door het bewijs dat door de wederpartij was geleverd te ontkrachten (‘reprochen’), waarop vervolgens weer door de wederpartij kon worden gereageerd (‘salvatie’). Na de bewijsvoering namen beide partijen een ‘akte van conclusie in rechte’ en verzochten zij de Hoge Raad om vonnis te wijzen.

Hierna werd de procedure door de President aan één van de raadsheren toebedeeld met het verzoek daarover te ‘rapporteren’. Partijen mochten in geen geval weten welke raadsheer een bepaalde zaak in behandeling had. De behandelende raadsheer (‘rapporteur’) maakte een samenvatting van de procedure en lichtte de zaak toe op de zitting waarin het college van raadsheren over de zaak besliste (de ‘raadkamer’). Nadat de zaak was toegelicht, ging men over tot ‘deliberatie’. Als eerste gaf de rapporteur zijn oordeel over de zaak, gevolgd door de overige raadsheren, waarna de President het laatste woord had. De uiteindelijke beslissing werd bij meerderheid van stemmen genomen. Het kon dus voorkomen dat een vordering werd toegewezen, terwijl daarmee instemmende raadsheren, gezamenlijk de meerderheid uitmakend, zich hadden gebaseerd op volstrekt verschillende juridische standpunten. Van Bijkershoek heeft om die reden eens verzucht: *Sed verum est, sententias numerari, non ponderari* (helaas worden de stemmen geteld en niet gewogen).³²

De beraadslaging van de Hoge Raad was geheim, de inhoud van de bespreking werd niet openbaar gemaakt. Alleen de uitkomst (‘resolutie’) werd door de griffier gepubliceerd, dus zonder de motivering van het oordeel. Het eigenlijke vonnis of ‘sententie’ kon vervolgens door een deurwaarder ten uitvoer worden gelegd (‘geëxecuteerd’). Deze sommeerde via de procureur de veroordeelde partij om binnen 24 uren te voldoen aan het vonnis. Als deze aan de sommatie niet voldeed, werd haar nogmaals 24 uur de tijd gegeven om alsnog te voldoen. Als de geëxecuteerde dan nog in gebreke bleef, kon de executeur zich in geval van een toegewezen geldsom verhalen op de bezittingen van de veroordeelde. Leidde de executie niet tot voldoening van hetgeen waartoe de geëxecuteerde was veroordeeld, dan kon deze in gijzeling worden genomen totdat een derde voor hem de schuld had voldaan (‘schuldgijzeling’).

32. A.J.B. Sirks, ‘Sed verum est, sententias numerari, non ponderari’ in: Rena van den Bergh ed., *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric H. Pool* (Pretoria 2005) 285-303, aldaar 295.

Ook wanneer geen sprake was van een geldschuld kon de executant de geëxecuteerde in gijzeling laten nemen totdat hij aan de veroordeling had voldaan.

1.3.2 Hoger beroep

Als een partij zich niet kon vinden in een veroordelend vonnis van het Hof van Holland, dan kon zij daartegen bij de Hoge Raad op twee manieren in hoger beroep ('provocatie') gaan: door middel van het instellen van *appel* en door middel van een verzoek tot *reformatie*. Bij het instellen van appel werd de werking van het vonnis van het Hof opgeschort ('inhibitie') totdat in appel was beslist. Appel moest om die reden binnen tien dagen na het wijzen van het vonnis door het Hof worden ingesteld. Na het instellen van appel kreeg de appellant zes weken de tijd om het beroep voor te bereiden. Binnen deze termijn moest het request om mandement zijn ingediend, het mandement door de Hoge Raad zijn afgegeven en de dienende dag zijn bepaald. Verzocht de veroordeelde partij echter om reformatie van het vonnis van het Hof, dan had zij meer tijd om deze procedure in te leiden, namelijk één jaar. Het instellen van reformatie had geen opschortende werking van het vonnis van het Hof tot gevolg; het vonnis van het Hof kon dus ondanks de procedure in reformatie door de executant ten uitvoer worden gelegd.

De procedure in appel of reformatie week slechts op enkele punten af van die in eerste aanleg bij de Hoge Raad. Het request om mandement omvatte een korte beschrijving van de voorgaande procedures en het vonnis waartegen in beroep werd gegaan, alsmede het verzoek om mandement van appel of reformatie. Als het verzoek van de appellant of reformant werd toegewezen, werd de gedaagde ('geïntimeerde') door de deurwaarder opgeroepen te verschijnen. Op de dienende dag maakte de appellant of reformant zijn bezwaren ('grieven') tegen het vonnis van het Hof bekend en nam hij zijn conclusie van eis. Die eis strekte tot de hervorming of vernietiging van het vonnis waarvan beroep was ingesteld. De geïntimeerde antwoordde vervolgens schriftelijk op de eis, gaf aan waarom hij zich daarin niet kon vinden en verzocht om het vonnis van het Hof te bekrachtigen. Ook had de geïntimeerde het recht om zijnerzijds grieven te richten tegen het vonnis van het Hof ('grieven a minima'). Aldus ontstond een tweede, weliswaar aan de eerste gelieerde, procedure waarin de geïntimeerde de eisende partij werd. Partijen konden in beide procedures vervolgens weer re- en dupliceren op elkaars processtukken. Na het wisselen van de processtukken gaf de Hoge Raad het 'appointment dispositief', een tussenvonnis waarin werd aangegeven op welke wijze de zaak werd voortgezet. In beginsel oordeelde de Hoge Raad op basis van de stukken die in de vorige gerechtelijke instantie waren overgelegd en

HOOFDSTUK 1

werd niet opnieuw onderzoek verricht naar de feiten.³³ De Hoge Raad verzocht de procureurs van beide partijen dan ook om de processtukken van de vorige instantie over te leggen. Nadat beide partijen aan dit verzoek hadden voldaan, bevond de procedure zich in staat van wijzen en verzochten beide partijen de Hoge Raad om vonnis te wijzen. De besluitvorming verliep gelijk aan die voor de procedure in eerste aanleg bij de Hoge Raad. Het oordeel van de Hoge Raad hield toe- of afwijzing in van het beroep, vernietiging of bekrachtiging van het vonnis van het Hof en (indien daarom was verzocht) toe- of afwijzing van de oorspronkelijke vordering. De Hoge Raad kon daarbij één van de procespartijen veroordelen in de kosten van het geding.

Net als het geval was bij procedures in eerste aanleg, beoordeelde de Hoge Raad de aan hem voorgelegde zaak in volle omvang. De feiten konden opnieuw worden vastgesteld en er was plaats voor bewijsvoering. Daarin verschilde de procesgang bij de Hoge Raad met de huidige cassatieprocedure, waarin uitspraken die in eerdere instantie zijn gewezen slechts kunnen worden vernietigd wegens verzuim van vormen of schending van het recht.

1.3.3 *Willige condemnatie*

Uit de nader te behandelen rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat ‘willige condemnatie’ een veelgebruikt instrument was om vooraf zekerheid te verkrijgen omtrent de juridische haalbaarheid van een door partijen gesloten compromis of overeenkomst. Wanneer partijen bijvoorbeeld een overeenkomst van vennootschap met elkaar waren aangegaan waarin was bepaald dat na overlijden van één van de vennoten diens erfgenaam in zijn plaats zou treden, kon men deze overeenkomst ter goedkeuring aan de Hoge Raad voorleggen.³⁴ Deze beoordeelde dan of de opvolging van de vennoot volgens het geldend recht aanvaardbaar was. Kon de Hoge Raad zich hierin vinden, dan verkreeg de overeenkomst vooraf al een figuurlijk stempel van goedkeuring, de willige condemnatie werd dan ‘gedecerneerd’. Het laat zich indenken dat hiermee veel juridische geschillen konden worden voorkomen. Willige condemnatie kon voorts bewerkstelligen dat men bij zekerheidsrechten op eenvoudige wijze een executoriale titel verkreeg.³⁵

Al in de beginjaren van de Hoge Raad werden overeenkomsten ter decernering van de willige condemnatie aan de Hoge Raad voorgelegd. Aanvankelijk beperkte de Hoge Raad zijn onderzoek tot de vraag of de overeenkomst wel vrijwillig tot stand was gekomen en of aan de formele bepalingen van de

33. Uitzondering op die regel was mogelijk, bijvoorbeeld als nieuwe feiten aan het licht waren gekomen die van belang waren voor de beoordeling van de zaak.

34. Een dergelijk geval doet zich voor in OTN 128.

35. A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht* (Groningen 1967) 260-261.

RECHTSPRAAK VAN DE HOGE RAAD VAN HOLLAND

voorgelegde akte was voldaan.³⁶ In de 18^e eeuw onderwierp de Hoge Raad de voorgelegde overeenkomst echter aan een meer diepgaand onderzoek voordat de willige condemnatie werd gegeven. De Raad ging dan onder meer na of partijen wel de juiste hoedanigheid hadden om tot een overeenkomst te komen, of er geen sprake was van wilsgebrek of benadeling, of de rechten van derden niet werden aangetast en of de overeenkomst niet in strijd was met de openbare orde.³⁷ De Raad verleende alleen willige condemnatie op authentieke (door- gaans notariële) akten, niet op onderhandse akten.³⁸

De vermelding van de willige condemnatie in de rechtsgeleerde werken is overigens opmerkelijk minder talrijk dan men op basis van de hoeveelheid aan condemnaties in de rechtspraak van de Hoge Raad zou vermoeden. Ulrik Huber duidt willige condemnatie aan als gewillige rechtsmacht:

*gewillige rechtsmacht wort geoeffent in saken daer over partijen eens zijn.*³⁹

Hij onderscheidt naast de gewillige rechtsmacht de ‘twistige rechtsmacht’.⁴⁰ Van Leeuwen meent dat de willige condemnatie is ingevoerd vanwege het verbod op parate executie, die hij beschouwt als

*dadelijke uitwinning sonder voorgaande regts-pleging.*⁴¹

Hij definieert de willige condemnatie als volgt:

daar by partijen ter weder sijden overgeven haer vrywillig te laten condemnieren in den inhouden ende het naar komen van 't gene by haar gehandelt is, het sy voor den Hove van Hollant, de Hoge Vierschaar van Rijnland, de Geregte van & c.

1.4 Organisatie van de Hoge Raad

De organisatie van de Hoge Raad is af te leiden uit de eerder genoemde Instructie van de Hoge Raad van Holland en Zeeland van 31 mei 1582.⁴² Het college bestond uit negen raadsheren en één president (art. 1). De kernopdracht van de raadsheren luidt volgens de Instructie (art. 7) als volgt:

36. Uit onderzoek naar de beginjaren van de Hoge Raad blijkt dat ook toen reeds willige condemnatie door de Hoge Raad plaatsvond: Verhas, *Beginjaren*, 177-178.

37. B.J.G.M. Ides Peeters, Korte inleiding op het verschijnsel willige condemnatie bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland in de 18^e eeuw (scriptie UvA, Amsterdam 1975) 33-43.

38. Ibidem, 2-3.

39. Huber, *Rechtsgeleertheyt*, 2.1.14.

40. Ibidem.

41. Van Leeuwen, *Rooms-Hollands regt*, 553.

42. Zie paragraaf A 1.2.2.

HOOFDSTUK 1

Item, dat de voorschreeve praesident en raaden sullen doen en administreeeren goede justitie, even gelijck den grooten, middelen ende kleynen, sonder uytneeminghe of verkiesinge der personen, gunste, ongunste, ontsich of dissimulatie, daarmede heurlieder consciëntien belast worden.

Om de onafhankelijkheid van de raadsheren te bewaren, bepaalde de Instructie van 1582 nadrukkelijk dat zij geen giften mochten aannemen. Als één van hen desondanks in het kader van zijn ambt een verboden gift had ontvangen, diende hij dit terstond aan de president en de overige raadsheren te melden, terwijl de gift aan de armen werd gelaten. Evenmin mochten de raadsheren beloningen of pensioen van anderen dan de Overheid ontvangen (artt. 10 en 11).

1.4.1 Werkzaamheden

De raadsheren dienden alle dagen aanwezig te zijn, behalve op zondag, maandag, Hemelvaart en gedurende de vakantieperiodes in de zomer, rond kerst en rond Pasen (art. 8). De werkdag van een raadsheer duurde aanvankelijk van 's ochtends half negen (in de zomer half acht) tot tien uur (in de winter 11 uur) en in de middag van drie tot vijf uur. Gedurende deze tijd dienden de raadsheren zich in de raadkamer te bevinden. Bij ongeoorloofde afwezigheid werd de raadsheer gekort op zijn beurs (artt. 24 en 25). De werktijden werden in 1726 op verzoek van de Raad (op voorspraak van Van Bijnkershoek als president) beperkt tot drie uur in de ochtend.⁴³

De praktijkwerkzaamheden van de raadsheren bestonden allereerst uit het beslissen op verzoekschriften die op dinsdag en vrijdag binnenkwamen en door de president onder hen waren verdeeld (art. 94). Elke week zaten daarnaast twee raadsheren de rolzitting voor. Op de rolzitting namen zij de processtukken van de procureurs in ontvangst en bepaalden zij op welke wijze de procedure werd vervolgd (artt. 167-190). Raadsheren waren voorts verplicht om als commissaris vijf uur per dag enquestes (bewijsprocedures) te leiden (art. 29). Daarnaast trad iedere raadsheer als rapporteur op, in welke functie hij een individuele door de president aan hem toegewezen zaak bestudeerde, beoordeelde en vervolgens in de raadkamer ten overstaan van het voltallige college toelichtte. Het was een raadsheer niet toegestaan als rapporteur op te treden in een zaak waarin hij eerder al de enquête had geleid (artt. 46-49). Uiteindelijk besliste het college over een bepaalde zaak, naar wij zagen, bij meerderheid van stemmen. Om rechtsgeldig tot een uitspraak te komen, dienden ten minste zeven raadsheren aanwezig te zijn, de president daaronder begrepen (art. 1). Het was de raadsheren verboden om de geheimen van de raadkamer te openbaren (art. 12). De president trad gewoonlijk niet op als rapporteur. Zijn functie spitste zich toe op

43. O.W. Star Numan, *Cornelis van Bynkershoek, zijn leven en zijne geschriften* (Leiden 1869) 146-147.

de taakverdeling tussen de raadsheren en de coördinatie van de gerechtelijke activiteiten van de Hoge Raad.⁴⁴

Hiermee is de opsomming van werkzaamheden evenwel niet ten einde. Naast de hier genoemde werkzaamheden namen de raadsheren ook deel aan revisieprocedures binnen en buiten Holland, verstrekten zij wetgevingsadviezen en overlegden zij met de raadsheren van het Hof van Holland. Al met al was hun werkdag soms zo drukbezet dat overwerk noodzakelijk was. Over de werkdruk merkte president Van Bijkershoek op:

*‘Een groot gedeelte van den ganschen dag brengen wij met elkander door; zitten wij onderling aan, wentelen wij denzelfden rotssteen voort’.*⁴⁵

1.4.2 Betrokken partijen

Voor de administratie van de Hoge Raad werden een griffier en een substituut-griffier aangesteld (artt. 2 en 3). De griffier en zijn substituut hadden onder andere als taak het bijhouden van de rol en het opstellen van akten en vonnissen (art. 64). Daarnaast hielden zij onder meer een register bij van belangrijke adviezen, van plakكاتen en ordonnanties (art. 65), van vonnissen van het Hof van Holland (art. 68), van de vonnissen van de Hoge Raad en van willige condemnaties (art. 67). De griffier werd door de Stadhouder benoemd op voordracht van de Staten van Holland (art. 16). De verzoekschriften van partijen werden in ontvangst genomen door secretarissen, die deze vervolgens aan de president overhandigden, zodat deze ze kon verdelen onder de overige raadsheren. Nadat de betrokken raadsheer het verzoek had beoordeeld (de secretaris ondertussen wachtend in diens kamer), diende de secretaris de beslissing op het request te tekenen en verder administratief uit te werken (artt. 86-88).

Aan de Hoge Raad waren bovendien twee deurwaarders verbonden die instonden voor de orde op de rol en de raadkamer. Daarnaast waren deze deurwaarders belast met het uitbrengen van exploten (deurwaardersstukken zoals dagvaardingen) en de executie van vonnissen binnen Den Haag (art. 4). Buiten Den Haag maakte de Hoge Raad voor het uitbrengen van exploten en de executie gebruik van de deurwaarders die aan het Hof van Holland waren verbonden. Als deze deurwaarders een opdracht van de Hoge Raad aanvaardden, dienden zij een eed in handen van de President van de Raad af te leggen (art. 5).

Hoewel de advocaten en procureurs niet op de loonlijst van de Hoge Raad stonden, behoorden zij wel tot de personen die vast betrokken waren bij de procesgang. De kwalificaties en bevoegdheden van advocaten en procureurs

44. Verhas, *Beginjaren*, 44.

45. Star Numan, *Van Bynkershoek*, 145.

HOOFDSTUK 1

verschilden niet wezenlijk van die van vandaag.⁴⁶ Partijen waren in de procedure bij de Hoge Raad verplicht zich te laten vertegenwoordigen door een procureur. De procureur nam de rol waar en diende de processtukken op de rolzitting in (art. 124). De advocaten verrichtten daarentegen de feitelijke en inhoudelijke proceshandelingen. Zij stelden de processtukken op en hielden de pleidooien (art. 123). Advocaten dienden een academische graad te hebben behaald aan één van de ‘vermaarde’ universiteiten en een eed te hebben afgelegd bij de Hoge Raad (art. 121). Deze eis gold niet voor procureurs. Deze moesten een register bijhouden waarin alle zaken waarin zij als procureur optraden stonden vermeld (art. 122). Zij dienden de advocaat op de hoogte te houden van hetgeen op de rolzitting was beslist en ten minste één dag tevoren de advocaat te wijzen op de aanstaande rolzitting (art. 124). Advocaten en procureurs behoorden op de vaste roldagen van de Hoge Raad (iedere dinsdag, in de zomer om tien uur, in de winter om elf uur) aanwezig te zijn, het was hun zelfs verboden op die dag Den Haag te verlaten zonder een vervanger te hebben aangewezen die volledig was ingevoerd in de zaak, één en ander op straffe van een flinke geldboete (artt. 125 en 126). De processtukken behoorden kort en bondig te zijn, zonder herhalingen. Zij mochten niet méér bevatten dan noodzakelijk was en zij dienden ondertekend te zijn (art. 127). Uiteraard was het de advocaten en procureurs verboden om scheldwoorden of onjuridisch taalgebruik te bezigen (art. 130). Processtukken die op een enquête betrekking hadden, mochten niet oneigenlijk worden gebruikt, zij dienden slechts in te gaan op de bewijsvoering, niet op de hoofdzaak (art. 129). Anders dan tegenwoordig stond het salaris van de advocaat en procureur bij voorbaat vast. In de Instructie van 1582 werd minutieus vastgelegd welk bedrag een advocaat of procureur voor een specifieke proceshandeling aan salaris in rekening mocht brengen (artt. 140-161). Het was een advocaat (net als tegenwoordig) verboden om het procesdossier achter te houden in het geval zijn declaratie niet was voldaan (art. 166). Het kwam voor dat, als een partij niet voldoende bemiddeld was om een procureur te betalen, een procureur een partij pro Deo vertegenwoordigde.⁴⁷ Het aantal procureurs dat in procedures voor de Hoge Raad optrad, was gering: uit de beginperiode van de Hoge Raad zijn drieëntwintig procureurs bekend, in de achttiende eeuw zouden slechts vier procureurs speciaal aan de Hoge Raad verbonden zijn geweest.⁴⁸

Tot slot behoorden tot het personeel van de Hoge Raad een penningmeester en twee klerken ter griffie, twee kamerbewaarders, een ‘boutafeu’ (iemand die

46. Althans tot 1 september 2008, de datum waarop het verplicht procuraat in Nederland werd afgeschaft.

47. Verhas, *Beginjaren*, 63.

48. Ibidem, 62.

voor de verwarming zorgde), een ‘denunciateur van het uur’ (iemand die de uren aankondigde) en een schoonmaakster.⁴⁹

1.5 Raadsheren in de Hoge Raad

1.5.1 *Persoonlijke achtergrond*

In dit onderzoek staat de rechtspraak op het gebied van de vennootschap centraal. Om te beoordelen of de raadsheren in de Hoge Raad enige affiniteit hadden met de vennootschappelijke praktijk, dient daarom aandacht te worden besteed aan de persoonlijke achtergrond van de raadsheren, zoals hun afkomst, opleiding en loopbaan vóór hun benoeming tot raadsheer. Van de raadsheren die gedurende de achttiende eeuw namens het gewest Holland in het college van de Hoge Raad plaats namen, kan worden gezegd dat zij allen geboren waren in dit gewest en goeddeels uit het Zuiderkwartier (Holland bezuiden het IJ) afkomstig waren, in de achttiende eeuw het economische hart van de provincie. Van de door Zeeland aangestelde raadsheren was als gevolg van de hierna te noemen benoemingsprocedure slechts de helft geboren Zeeuw, de overigen waren (vrijwel) allen geboren Hollanders. De raadsheren waren in sociaal opzicht grotendeels afkomstig uit de klasse van de regenten, de klasse waartoe ook de aanzienlijke kooplieden behoorden, alsmede uit de klasse waartoe onder meer de aanzienlijke neringdoenden behoorden. Ruim een derde van de raadsheren had een vader, grootvader of schoonvader die ook raadsheer in de Hoge Raad of het Hof van Holland was geweest. Slechts een klein aantal personen dat noch banden met de hogere klassen had, noch familiebanden met raadsheren, maakte de stap omhoog op de sociale ladder naar het ambt van raadsheer. Tot deze *homines novi* behoorde Van Bijnkershoek, wiens vader zeilmaker was geweest.

Alle raadsheren hadden uiteraard een academische graad, meestal behaald aan de universiteit van Leiden, soms aan de universiteit van Utrecht. Van Bijnkershoek vormde ook hier een uitzondering op de regel, hij was gepromoveerd aan de universiteit van Franeker. Bijna alle raadsheren deden na hun promotie ervaring op als advocaat aan het Hof of bij de Hoge Raad. Ruim de helft van de raadsheren bekleedde na de advocatenloopbaan een stedelijk ambt van administratief-juridische aard. Opmerkelijk is dat géén van de achttiende-eeuwse raadsheren hoogleraar in de rechten of raadsheer in het Hof van Holland is geweest.⁵⁰

49. Ibidem, 59.

50. L. van Poelgeest, ‘Raadsheren van de Hoge Raad’, *Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden* 103 (1988) 20-51, aldaar 23-27.

HOOFDSTUK 1

De raadsheren bekleedden naast hun werk als raadsheer ook bepaalde nevenfuncties. Zo was de president of één van de raadsheren *ex officio* ook hoofd-ingeland van Delfland, vertegenwoordiger van de grondbezitters in dit hoogheemraadschap.⁵¹ Daarnaast was de president of één van de raadsheren *ex officio* ouderling van de Protestantse Gemeente in de Haagse Staatskerk.⁵² Eén van de raadsheren was bovendien werkzaam als commissaris-politiek bij de Zuid-Hollandse Synode, in welke functie hij belast was met de handhaving van de kerkelijke rust en orde en waarin hij er op diende toe te zien dat de predikanten tijdens de Synode geen politieke kwesties bespraken. Raadsheer Hoog trad daarnaast op als lid van de commissie voor de nieuwe psalmberijming in 1773.⁵³ De functies van stedelijke vroedschap, bewindhebber van de VOC of WIC, dijkgraaf en heemraad werden onverenigbaar geacht met het ambt van raadsheer.⁵⁴ Opvallend is dat de raadsheren zich niet of nauwelijks op wetenschappelijk terrein bewogen: op Pauw en Van Spaan na, heeft geen van hen méér gepubliceerd dan een dissertatie. Uitzondering *par excellence* op deze regel vormt Van Bijnkershoek, die een omvangrijk juridisch en wetenschappelijk oeuvre heeft nagelaten.

Op basis van deze informatie over de achtergrond van de raadsheren in de achttiende eeuw, kan geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag of een raadsheer in de Hoge Raad bekend was met de vennootschappelijke praktijk van alledag. Voor een bevestigend antwoord op die vraag pleit het feit dat de raadsheren afkomstig waren uit gewesten die in de achttiende eeuw nog steeds doortrokken waren van economische activiteiten⁵⁵ en dat een groot deel van hen afkomstig was uit de sociale klassen waartoe ook de handelaren en de neringdoenden behoorden. Voor een ontkennend antwoord spreekt het feit dat de raadsheren zélf uitsluitend een juridische achtergrond hadden, evenals veelal hun vaders, grootvaders en schoonvaders.

1.5.2 Benoemingsprocedure

Ook de benoemingsprocedure was van invloed op de samenstelling van het college, en de kwaliteiten van de individuele raadsheren. De Instructie van 1582 bepaalde dat de Staten bij een vacature voor de functie van raadsheer drie

51. Star Numan, *Van Bynkershoek*, 123-125.

52. Ibidem, 122.

53. Van Poelgeest, *Raadsheren*, 44.

54. G.W. Vreede, 'Hooge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland' in: *Jaarboekje van de regterlijke magt* (1841) 1-48, aldaar 27-28.

55. Jonathan I. Israel, *Nederland als centrum van de wereldhandel 1585-1740* (Franeker 1991) 394-399, stelt dat de Republiek tot diep in de achttiende eeuw een bloeiende economie heeft gekend, weliswaar niet van dusdanig uitzonderlijke aard als gedurende de zeventiende eeuw, maar in verhouding tot andere Europese landen van aanzienlijke omvang.

namen voordroegen, waaruit de ‘Hooge Overigheyt of Prince van den lande’⁵⁶ kon kiezen (art. 16). Zowel de voordracht als de uiteindelijke keus kon pas plaatsvinden na advies van de President.

Van de tien raadsheren (inclusief de president) had het gewest Holland het recht zeven en het gewest Zeeland drie raadsheren te benoemen.⁵⁷ Als een Hollandse raadsheerplaats vacant kwam, informeerde de Hoge Raad de Staten van Holland over de vacature, en presenteerde een lijst van zes kandidaten. De door de Hoge Raad voorgedragen namen waren veelal die van professionele juristen, zoals advocaten, raadsheren in het Hof van Holland en stadspensionarissen. De lijst werd vervolgens doorgezonden naar de stemhebbende steden en de ridderschap die in de Statenvergadering drie personen van de lijst konden kiezen. Om kans te maken op verkiezing, dienden de kandidaten op enigerlei wijze verwant te zijn aan de stedelijke elite, die de Statenvergadering domineerde. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat ruim 60% van de raadsheren gelieerd was aan de stedelijke elite van regenten. Uiteindelijk werd de lijst van drie bij eenvoudige meerderheid door de Staten vastgesteld. In stadhouderloze periodes werd de eerste op de lijst automatisch gekozen, wanneer een stadhouder was aangesteld, kon deze een keus maken uit de lijst van drie.⁵⁸

De benoemingsprocedure van de Zeeuwse raadsheren week af van die van de Hollandse. De voordracht van de Hoge Raad ontbrak en de vacante plaatsen werden bij toerbeurt door de Zeeuwse steden ingevuld. Dit systeem was neergelegd in het *Instrumentum pacis*, een resolutie van de Staten van Zeeland uit 1708 waarin allerhande benoemingsrechten tussen de Zeeuwse steden werden verdeeld, hoewel reeds voor het vaststellen van het *Instrumentum* de Zeeuwse benoeming bij de Hoge Raad bij toerbeurt plaatsvond. Het recht op benoeming van raadsheren in de Raad kwam op grond van het *Instrumentum* beurtelings toe aan de steden Tholen, Vlissingen en Goes. Aangezien er bij de leden van de vroedschap van de desbetreffende stad in het algemeen weinig animo bestond om het aantrekkelijke lidmaatschap van de vroedschap op te geven voor het ambt van raadsheer in de Hoge Raad, werd het benoemingsrecht doorgaans te gelde gemaakt. Zo betaalde Van Bijnkershoek aan de stad Tholen het aanzienlijke bedrag van 21.000 gulden om namens die stad tot raadsheer te worden voorgedragen. Het waren echter met name niet-Zeeuwen die via deze weg het ambt van raadsheer kochten. Het kopen van het raadsheerschap was

56. Men bedenke dat de Instructie werd opgesteld in een tijd dat grote onzekerheid bestond over de staatsvorm waaronder de provincies die later de Republiek zouden vormen, zouden worden bestuurd. Dat dit een republiek zou zijn, stond allerm minst vast. Herhaaldelijk is het landsheerlijke gezag door de Staten-Generaal aangeboden aan een buitenlandse vorst, zoals in 1580 aan de hertog van Anjou en in 1585 aan koningin Elisabeth. In dat licht dienen de termen Prins en Hoge Overheid te worden begrepen.

57. Verhas, *Beginjaren*, 39.

58. Van Poelgeest, Raadsheren, 27-29.

HOOFDSTUK 1

echter flagrant in strijd met artikel 17 van de Instructie waarin was bepaald dat het verboden was om op welke wijze dan ook iets te geven, te beloven of overeenkomsten te sluiten teneinde het ambt van raadsheer te verkrijgen. Op aandrang van de Staten van Holland bepaalden de Staten van Zeeland daarom dat niet-Zeeuwen het ambt van raadsheer slechts konden verkrijgen indien zij tot de regenten behoorden van een Zeeuwse stad, of daar een ambt vervulden. Deze inperking van het *Instrumentum* leidde er in de praktijk slechts toe dat in plaats van het raadsheerambt nu het stedelijk ambt door niet-Zeeuwen werd gekocht, als springplank naar het raadsheerschap. Een aantal raadsheren dat op deze wijze in de Hoge Raad was benoemd, heeft de Zeeuwse stad die hun verkiezing mogelijk had gemaakt zelfs nooit bezocht.⁵⁹

De benoeming van de president week op enkele onderdelen af van die van een raadsheer. De president werd door de Staten van Holland en Zeeland uit de raadsheren gekozen, nimmer van buitenaf aangetrokken. De Hoge Raad droeg alle raadsheren in volgorde van anciënniteit ter benoeming voor aan de Staten van Zeeland en Holland, die voor de verkiezing gezamenlijk in Den Haag bijeenkwamen. Zij stelden een lijst van drie personen samen, waarvan de eerste naam automatisch tot president werd gekozen, tenzij er een stadhouder was om de keus te maken. Omdat de Staten van Holland in aantal groter waren dan de Staten van Zeeland (negentien tegenover zes), kon Holland over de meerderheid van de stemmen beschikken en was de kans klein dat een Zeeuwse raadsheer tot president werd gekozen. Alleen wanneer Zeeland bereid was op andere politieke vlakken concessies te doen (zoals bij de benoeming van Cornelis van Bijnkershoeck het geval was), of wanneer de langstzittende, namens Zeeland benoemde, raadsheer goede contacten met Hollandse regenten onderhield omdat hij in Holland geboren was of aan hen gelieerd was (zoals Willem Pauw), kon het er toe leiden dat een Zeeuw of 'Zeeuwse Hollander' tot president werd gekozen.⁶⁰

1.5.3 *Cornelis van Bijnkershoeck*

Tot slot dient aandacht te worden besteed aan de persoonlijke achtergrond van de raadsheren van wie de *Observationes Tumultuariae* oftewel 'niet systematisch geordende beschouwingen' in dit onderzoek centraal staan. Van Bijnkershoeck was een geboren en getogen Zeeuw. Hij werd op 29 mei 1673 te Middelburg geboren, als enig kind van Cornelis Stephensen van Bijnkershoeck en Sara Remeus, beiden ook afkomstig uit Middelburg. De vader van Van Bijnkershoeck hield zich bezig met verschillende takken van handel en nijverheid en verdiende uiteindelijk de kost als zeilmaker. Op tienjarige leeftijd ging Van Bijnkershoeck naar de Latijnse school in Middelburg. Na de succesvolle

59. Ibidem, 29-33.

60. Ibidem, 33-35.

afronding daarvan, vertrok hij in 1689 op zestienjarige leeftijd naar de universiteit van Franeker.⁶¹ Aanvankelijk studeerde hij daar theologie. Felle academische twisten tussen de Franeker hoogleraren Vitringa en Röell deden Van Bijnkershoeck echter besluiten van studie te veranderen: vanaf 1691 studeerde hij rechten aan dezelfde universiteit. Op 16 mei 1694 promoveerde hij onder niemand minder dan Ulrik Huber op de dissertatie *Disputatio de pactis iuris scripti contractibus in continenti adiectis*.⁶²

Na zijn studie vestigde Van Bijnkershoeck zich als advocaat in Den Haag voor beide gerechtshoven. De advocatenpraktijk beviel hem in het geheel niet. Aan zijn vriend Cornelis van Eck (1662-1732), hoogleraar te Utrecht, liet hij weten dat hij zijn advocatenpraktijk voerde om iets om handen te hebben, maar of het hem serieus was of slechts als grap, wist hij niet (*praxin ago, ne nihil agam, serio an per iocum nondum constitui*).⁶³ Nadat hij verschillende malen tevergeefs had gepoogd een hoogleraarsstoel te bemachtigen⁶⁴, werd hij op 23 april 1703 door de Staten van Zeeland voorgedragen als raadsheer in de Hoge Raad. Zijn uiteindelijke aanstelling kwam niet zonder slag of stoot tot stand. De Staten van Holland weigerden zijn voordracht te bekrachtigen omdat zij sterke aanwijzingen hadden dat Van Bijnkershoeck zijn zetel had gekocht. Vlak voor zijn voordracht hadden de Staten van Zeeland namelijk het ambtsgeld voor raadsheren (een soort belasting op het ambt) plots aanzienlijk verhoogd. Dit vermoeden gaf voedsel aan de discussie over de beperking van ambtsgelden. Zeeland bond in en bracht het ambtsgeld weer terug op het oude niveau. De benoeming van Van Bijnkershoeck werd uiteindelijk op 7 mei 1704 door de Staten van Holland bekrachtigd. Het was hun kennelijk ontgaan dat Van Bijnkershoeck het destijds astronomische bedrag van 21.000 gulden voor zijn benoeming aan de stad Tholen had betaald.⁶⁵ Kort na zijn aanstelling als raadsheer trad Van Bijnkershoeck in het huwelijk met Esther van Buytenhem, een weeskind uit Batavia, opgegroeid in Middelburg. Uit dit huwelijk zijn dertien kinderen (elf dochters en twee zoons) geboren, waarvan slechts zes dochters hun vader hebben overleefd. Zijn dochter Cornelia Margaretha trad kort vóór de dood van Van Bijnkershoeck in het huwelijk met raadsheer Willem Pauw.

Net als zijn benoeming tot raadsheer, ging de benoeming van Van Bijnkershoeck tot president niet vanzelf. Vóór 1722 was nimmer een Zeeuw tot president

61. Star Numan, *Van Bynkershoek*, 24-29.

62. Ibidem, 30-40. De dissertatie is te vinden in: Cornelis van Bijnkershoeck, *Ad L. lecta XL. dig. de reb. cred. si cert. pet. liber singularis & Dissertatio de pactis iuris stricti contractibus incontinenti adiectis* (Leiden 1699).

63. G.C.J.J. van den Bergh, 'Der Präsident. Cornelis van Bijnkershoeck, seine Bedeutung und seine Ruhm', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3 (1995) 423-437, aldaar 425, noot 17.

64. Ibidem, 427; Star Numan, *Van Bynkershoek*, 66-68.

65. Van Poelgeest, Raadsheren, 31.

HOOFDSTUK 1

gekozen. In dat jaar was president Huibert Rosenboom komen te overlijden. De Zeeuwen vonden dat het nu wel eens tijd werd dat een landgenoot tot president werd verheven en probeerden de Staten van Holland met allerhande argumenten te overreden met de benoeming van een Zeeuw in te stemmen. Hun inspanningen waren echter tevergeefs: de Hollander Simon Admiraal werd als opvolger van Rosenboom tot president benoemd. De Zeeuwen lieten het er niet bij zitten en probeerden de Staten van Holland onder een flinke dosis politieke dwang tot de toezegging te bewegen dat de Hollandse Staten bij de eerstvolgende vacature zouden instemmen met een Zeeuwse president. Deze Zeeuwse poging had meer succes. Na het overlijden van Admiraal op 2 maart 1724 stemde de Hollandse Statenvergadering in met de benoeming van Van Bijnkershoek tot – eerste Zeeuwse – president. Op 1 juni 1724 werd hij als jongste president van de Hoge Raad tot dan toe geïnstalleerd. Hij passeerde daarmee onder meer de Hollandse raadsheer Schaap, die naar anciënniteit de eerstvolgende president had behoren te zijn. Van Bijnkershoek zelf heeft veel in het werk gesteld om zijn benoeming mogelijk te maken. Zo maakte hij nog vóór het overlijden van president Rosenboom aan de Zeeuwse Staten zijn wens kenbaar om tot president te worden benoemd.⁶⁶ Van Bijnkershoek heeft het ambt van president tot zijn dood toe vervuld. Hij overleed op 16 april 1743 aan een beroerte, op negenenzestigjarige leeftijd; op 22 april van hetzelfde jaar werd hij in de Grote Kerk te Den Haag begraven.⁶⁷

Van Bijnkershoek had een opvliegend karakter. Het verhaal doet de ronde dat eens een voornaam persoon, op dat moment procederend voor de Hoge Raad in een zaak van groot belang, zich naar de woning van Van Bijnkershoek had begeven om hem een geschenk aan te bieden. Van Bijnkershoek was van deze kennelijke poging tot omkoping niet gediend en gooide de man met dermate harde hand zijn huis uit dat deze op straat op de grond belandde. Van Bijnkershoek voegde hem nog de woorden toe: ‘*Hij zegt mij te corrumperen*’.⁶⁸ Met de Leidse hoogleraar Gerard Noodt (1647-1725) vocht Van Bijnkershoek in de periode 1722-1724 een juridische strijd uit waarbij hij niet schuwde zijn pen in gif te dopen.⁶⁹ Zijn temperament blijkt ook uit het feit dat hij in de periode dat hij als advocaat werkzaam was een satirisch tijdschrift heeft uitgegeven, de *Nieuwe Oprechte Haegse Mercur*, waarin hij de spot dreef met zijn confrères, met katholieken, professoren, studenten en het Huis van Oranje.⁷⁰

66. Star Numan, *Van Bynkershoek*, 84.

67. Ibidem, 421, 422, 439 en 440.

68. Ibidem, 138.

69. Van den Bergh, *Der Präsident*, 431; Star Numan, *Van Bynkershoek*, 207-215.

70. Cornelis van Bijnkershoek, *Nieuwe oprechte Haegse Mercur*, compleet: *Behelsende satyrique, politique en academische reflexien* 1-30 (Utrecht 1745); Star Numan, *Van Bynkershoek*, 56-65.

Als jurist was Van Bijkershoek in de eerste plaats op de rechtspraktijk gericht. De *Observationes tumultuariae*, die in dit onderzoek centraal staan, zijn het tastbare bewijs daarvan, evenals de *Quaestionum iuris privati libri quatuor* (1744)⁷¹, een veelvuldig in de rechtspraktijk gebruikt handboek.⁷² Over dat laatste werk merkte de uitgever op dat het meer betrekking had op de rechtspraktijk dan op de rechtswetenschap (*magis ad forum quam academiam*).⁷³ De roem die Van Bijkershoek ook buiten de grenzen van de Republiek vergaarde⁷⁴, heeft hij met name te danken aan zijn werken van volkenrechtelijke aard.⁷⁵ In 1703 verscheen *De dominio maris* waarin de (door Van Bijkershoek ontkennend beantwoorde) vraag aan de orde werd gesteld of de zee voorwerp van eigendom kon zijn.⁷⁶ Het tot ver na de tweede wereldoorlog geldende criterium voor territoriale wateren (de driemijlszone), was een afgeleide van de door Van Bijkershoek voorgestelde afstand van een kanonschot.⁷⁷ In 1721 verscheen *De foro legatorum*, over de rechtspositie van diplomaten in het buitenland⁷⁸, en in 1737 een algemeen volkenrechtelijk werk, *Quaestiones iuris publici*⁷⁹. Van Bijkershoek heeft daarnaast ook als wetenschapper zijn sporen verdiend. Hij was een vertegenwoordiger van de *jurisprudentia elegantior*, de Hollandse Elegante School die bij de bestudering van het Romeinse recht gebruik maakte van historische, tekstkritische en filologische methoden, en die zich richtte op het herstel van het Romeinse recht, zoals dat in een bepaalde periode van de Romeinse geschiedenis heeft gegolden.⁸⁰ Van deze school genoten vooral de Leidse hoogleraren Gerard Noodt en Antonius Schultingh internationale vermaardheid.⁸¹ In de geest van deze stroming heeft Van

71. Cornelis van Bijkershoek, *Quaestionum iuris privati libri quatuor quarum plerisque insertae sunt utriusque in Hollandia curiae res de his ipsis quaestionibus judicatae* (Leiden 1744).

72. Van den Bergh, Der Präsident, 432.

73. Bijkershoek, *Quaestionum iuris privati*, ad lectorem; Star Numan, *Van Bynkershoek*, 161.

74. Van Bijkershoek is naast De Groot de enige Hollandse jurist die opgenomen is in McDonnell's lijst van 26 grootste juristen ter wereld, zie: R. Feenstra, 'Römisch-holländisches Recht' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 9-58, aldaar 32.

75. Feenstra, Römisch-holländisches Recht, 32-36.

76. Cornelis van Bijkershoek, *Ad L. Aziōsis IX de lege Rhodia de jactu liber singularis et De dominio maris dissertatio* (Den Haag 1703).

77. Van den Bergh, Der Präsident, 428.

78. Cornelis van Bijkershoek, *De foro legatorum tam in causa civili quam criminali liber singularis* (Leiden 1721).

79. Cornelis van Bijkershoek, *Quaestionum iuris publici libri duo, quorum primus est de rebus bellicis, secundus de rebus varii argumenti* (Leiden 1737).

80. G.C.J.J. van den Bergh, *Die holländische elegante Schule, Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800* (Frankfurt am Main 2002) 27-63.

81. Willem Otterspeer, *Groepsportret met dame II. De vesting van de macht. De Leidse universiteit 1673-1775* (Amsterdam 2002) 308-310.

HOOFDSTUK 1

Bijnkershoek bijvoorbeeld de *Observationum iuris romani libri quatuor* (1710)⁸², de *Opuscula varii argumenti* (1719)⁸³ en de *Opera minora* (1730)⁸⁴ geschreven. Uit het voorgaande volgt dat de aard van de werken van Van Bijnkershoek gevarieerd is en dat hij als jurist niet onder één noemer kan worden gebracht. Hij had oog voor de juridische praktijk, speciaal op het gebied van de rechtspraak en het internationaal publiek- en privaatrecht, maar beoefende met zijn werken van *jurisprudentia elegantior* ook het andere uiterste van het juridische-wetenschappelijke spectrum.⁸⁵

1.5.4 Willem Pauw

Over raadsheer Willem Pauw is minder bekend. Hij werd in Den Haag geboren op 10 januari 1712 en aldaar op 13 januari in de Grote Kerk gedoopt. De vader van Pauw, mr Anthony Pauw, was in Arnhem geboren, doch had zich als advocaat voor het Hof van Holland te Den Haag gevestigd. Zijn moeder, Wilhelmina Arnold, was een dochter van Willem Arnold, een Amsterdamse courancier oftewel journalist.⁸⁶ Pauw bezocht de Latijnse school in Den Haag en studeerde van 1731 tot 1734 rechten, eerst aan de universiteit van Leiden, later aan die van Utrecht. Op 22 juni 1734 promoveerde hij te Utrecht op de dissertatie *Varia iuris civilis capita*, welk werk drie jaar later in druk verscheen.⁸⁷ Het paste in de elegante traditie waartoe ook Pauws Leidse leermeester Gerard Noodt behoorde. Later verscheen nog van zijn hand het boekje *Observationes iuris civilis romani* (1743).⁸⁸ Daarnaast wordt hij als schrijver beschouwd van het voorwoord in Van Bijnkershoek's in 1744 postuum verschenen *Quaestionum iuris privati libri quattuor*.⁸⁹ Na zijn studie vestigde

82. Cornelis van Bijnkershoek, *Observationum iuris romani libri quatuor: in quibus plurima iuris civilis aliorumque auctorum loca explicantur et emendantur* (Leiden 1710).

83. Cornelis van Bijnkershoek, *Opuscula varii argumenti his inscriptionibus: I. Praetermissa ad L.2.D. de orig. juris. II. De rebus Mancipi et nec Mancipi. III. De jure occidendi, vendendi, et exponendi liberos apud veteres Romanos. IV. De cultu religionis peregrinae apud veteres Romanos. V. De captatoris institutionibus. VI. De legatis poenae nomine* (Leiden 1719).

84. Cornelis van Bijnkershoek, *Opera minora, olim separatim, nunc conjunctim edita* (Leiden 1730).

85. Zie in dit verband ook de opmerkingen van Van den Bergh, Der Präsident, 432-434.

86. L.E. van Holk, 'Mr. Willem Pauw, raadsheer en president van de Hooge Raad van Holland en Zeeland. Enkele biografische aantekeningen', *TvR* 30 (1962) 358-362, aldaar 358; Van Poelgeest, Raadsheren, 24, meent dat Pauw zelf de zoon was van een Haagse courancier. Hij verwijst in dit verband naar een politieke discussie uit 1748, waarin Pauw door één van zijn tegenstanders zou zijn uitgemaakt voor 'een man van d'allergeringste geboorte, een courantiërszoon uit de Hage'. Omdat een onderzoek naar de professie van de vader van Pauw buiten het bestek van dit onderzoek valt, wordt gemakshalve uitgegaan van de juistheid van het biografisch onderzoek van Van Holk.

87. Willem Pauw, *Varia iuris civilis capita* (Halle 1737); Van Holk, Pauw, 359.

88. Willem Pauw, *Observationum iuris civilis Romani liber singularis* (Den Haag 1743).

89. Star Numan, *Van Bynkershoek*, 423 en 484.

Pauw zich in Den Haag als advocaat voor het Hof van Holland. Op 24 november 1741 werd hij vervolgens door de Staten van Zeeland aangesteld als raadsheer in de Hoge Raad.⁹⁰ Zijn benoeming had heel wat voeten in aarde: hij betaalde de lieve som van 28.000 gulden voor het ambt van stadspensionaris van Vlissingen, een ambt dat hij nimmer zou uitoefenen maar dat hij louter kocht om vervolgens namens diezelfde stad als raadsheer in de Hoge Raad te kunnen worden voorgedragen. Op de eerste dag dat hij als stadspensionaris van Vlissingen zitting nam in de Zeeuwse Statenvergadering kondigde hij namelijk direct zijn vertrek aan. Het bedrag dat hij voldeed, stond in geen verhouding tot het ambtsgeld dat men normaliter voor een vergelijkbaar ambt zou hebben moeten betalen. De perikelen rondom de benoeming van Pauw hebben er, mede als gevolg van stevige druk van de zijde van het gewest Holland, toe geleid dat aan het Zeeuwse ambtsgeld maxima werden verbonden.⁹¹ Pauw huwde op 31 maart 1743 Cornelia Margaretha van Bijnkershoeck, dochter van de president. Het huwelijk werd in de Waalse kerk te Den Haag gesloten door ds. Ch. Chais, een zwager van Willem Pauw.⁹² Binnen een maand na het huwelijk overleed Van Bijnkershoeck. Diens boekenverzameling en aantekeningen kwamen krachtens testamentaire beschikking aan Pauw. Ook de aantekeningen van de vermaarde geleerde Brenkman op de *Digesten* maakten deel uit van de verzameling. In plaats van deze aan de Leidse universiteit te schenken, conform de oorspronkelijke wens van Brenkman, maakte Pauw deze, tezamen met de boekenverzameling, te gelde.⁹³ De *Observationes tumultuariae*, de dagboekantekeningen die Van Bijnkershoeck bijhield naar aanleiding van de dagelijkse gang van zaken bij de Hoge Raad, behield Pauw voor zichzelf. Hij heeft deze aantekeningen als *Observationes tumultuariae novae* tot zijn dood toe voortgezet.⁹⁴ Jaren na de dood van Pauw zijn de aantekeningen in het bezit gekomen van de nazaten van de eerdergenoemde predikant Chais.⁹⁵ Op 10 december 1784 werd Pauw tot president gekozen. Willem Pauw overleed op 24 juni 1787 op vijfenzeventigjarige leeftijd aan een beroerte en werd op 29 juni 1787 in de Grote Kerk te Den Haag begraven.⁹⁶ In sterk contrast tot zijn schoonvader was Pauw een sympathisant van het Huis van Oranje. Zo bleek zijn politieke voorkeur toen hij in 1748 van stadhouder Willem IV de opdracht aanvaardde om de Hollandse stadsbesturen te bezoeken teneinde geschillen tussen vroedschap en burgerij bij te leggen en plaatselijke onlusten te stillen.⁹⁷ Toen de Hoge Raad zich in 1785 en 1786 moest buigen over een aantal strafzaken

90. Van Holk, Pauw, 359-360.

91. Van Poelgeest, Raadsheren, 31-32.

92. Van Holk, Pauw, 360.

93. Star Numan, *Van Bynkershoeck*, 360-362.

94. Zie hierover nader: paragraaf A 1.6.3.

95. Van Holk, Pauw, 358, nt. 4.

96. Ibidem, 358.

97. Van Poelgeest, Raadsheren, 44; Van Holk, Pauw, 361.

HOOFDSTUK 1

waarbij patriotten betrokken waren, liet hij zich in zijn *Observationes tumultuariae novae* herhaaldelijk negatief uit over deze politieke groepering, die zich zijns inziens slechts onderscheidde door hun haat jegens het Huis van Oranje.⁹⁸

1.6 Sententiën van de Hoge Raad

1.6.1 Archief van de Hoge Raad

Voor de sententiën van de Hoge Raad is de eerst in aanmerking komende bron het archief van de Raad. Daarin vindt men de *dicta*, de uiteindelijke beslissingen van de Raad. Een *dictum* vermeldt de namen van partijen, hun hoedanigheid in het proces en de uitspraak in het desbetreffende geschil. Het vermeldt de feiten echter niet, noch de overwegingen die aan het *dictum* ten grondslag hebben gelegen. Rechters hadden namelijk de gewoonte om hun uitspraken niet te motiveren, hetgeen hun uiteraard veel meer beslissingsvrijheid gaf.⁹⁹ Bovendien behoorde justitie met één mond te spreken en was er dus geen plaats voor het bekendmaken van minderheidsoordelen.¹⁰⁰ De overwegingen die aan een beslissing van de Hoge Raad ten grondslag lagen, werden daarom niet gepubliceerd en bleven zo verborgen voor de buitenwereld. Dit is betreurenswaardig omdat, om met E.M. Meijers te spreken, de rechtspraak de belangrijkste hulpbron is om het recht van een bepaald tijdvak te leren kennen.¹⁰¹ Om de motivering van een sententie te kennen, zijn de *dicta* dus niet bruikbaar.

In de archieven van de Hoge Raad vindt men echter óók de ‘geëxtendeerde sententiën’, waarin de uiteindelijke uitspraak vooraf wordt gegaan door een samenvatting van de door partijen ingediende middelen en de processuele voorgeschiedenis van het geding. Om de feitelijke en processuele achtergrond van een geschil te leren kennen, zijn de geëxtendeerde sententiën dus bruikbaar, de motivering die aan de beslissing ten grondslag lag, laten zij in het midden. Tot slot bevinden zich in het archief van de Hoge Raad de ‘resolutieboeken’. Daarin zijn de door de griffier opgetekende conclusies opgenomen die door de raadsheren in de raadkamer werden ingediend. Zij bevatten in de achttiende eeuw in beginsel steeds de uiteenzetting van de zaak door de rapporteur en de gronden die deze voor zijn conclusie aanvoerde. Bovendien treft men er in beginsel de samenvattingen van de meningen van de andere raadsheren in aan en soms ook de na de discussie bijgestelde stemmen. Op basis van de

98. OTN 1748bis.

99. Van een expliciet verbod op het motiveren van een uitspraak was overigens geen sprake.

100. S. Dauchy en V. Demars-Sion, ‘La non-motivation des décisions judiciaires dans l’ancien droit: principe ou usage’, *Revue historique de droit français et étranger* 89 (2004) 223-239.

101. E.M. Meijers, ‘Uitgegeven en onuitgegeven rechtspraak van den Hoogen Raad en het Hof van Holland, Zeeland en Westfriesland’, *TvR* 2 (1918-1919), 400-421, aldaar 400.

resolutieboeken kan men zo dus tevens een beeld vormen van de beraadslaging die in de raadkamer aan een sententie vooraf ging.¹⁰²

1.6.2. Gepubliceerde sententiën

Van de sententiën van de Hoge Raad is slechts een fractie door leden van de Hoge Raad zélf genotuleerd, verzameld en uitgegeven. Sententiën van de Hoge Raad vindt men in de werken van de raadsheren Cornelis van Nieustad (Neostadius) en Jacob Coren. Neostadius was aanvankelijk hoogleraar te Leiden, vervolgens raadsheer in het Hof van Holland en vanaf 1589 tot aan zijn dood raadsheer in de Hoge Raad.¹⁰³ In 1604 publiceerde hij de *Observationes de pactis antenuptialibus*, waarin 23 uitspraken van de Hoge Raad zijn opgenomen die hoofdzakelijk het huwelijksvermogensrecht betreffen.¹⁰⁴ Ten onrechte is een in 1617 uitgegeven verzameling uitspraken van het Hof van Holland en de Hoge Raad¹⁰⁵ op zijn naam gesteld.¹⁰⁶ Jacob Coren (1570-1631) was stadspensionaris van Alkmaar en raadsheer in de Hoge Raad. Zijn weduwe en kinderen hebben in 1633 een door Coren samengestelde verzameling van 41 sententiën van de Hoge Raad uitgegeven onder de naam *Observationes rerum in eodem senatu judicatarum*.

Een klein aantal uitspraken van de Hoge Raad vindt men verder in *Decisien en observatien* afkomstig van de raadsheer Johannes Loenius, verzameld en van commentaar voorzien door de Amsterdamse advocaat Tobias Boel¹⁰⁷; in *Bellum Juridicum* van Simon van Leeuwen¹⁰⁸; in een door de Rotterdamse drukker Joannes Naeranus onder de titel *Sententiën en gewezen zaken van den Hoogen en Provincialen Raad* gebundelde verzameling uitspraken¹⁰⁹; en tot

102. Le Bailly, *Procesgids*, 82-84; Meijers, *Rechtspraak*, 406-407.

103. Meijers, *Rechtspraak*, 402-403.

104. Cornelis van Nieustad, *De pactis antenuptialibus rerum iudicatarum observationes* (Leiden 1604).

105. Cornelis van Nieustad, *Curiae Hollandiae, Selandiae, et West-Frisiae decisiones, tam supremae, quam provincialis* (Leiden 1617).

106. Margreet Ahsmann, *Collegia en colleges* (Groningen 1990) 48 en daar vermelde literatuur.

107. Joannes Loenius, *Decisien en observatien, door wylen den heer en Mr. Joannes Loenius (...) beschreeven, en by een versameld; met byvoeginge van eenige aanteekeningen. Midsgaders Resolutien, placaten, hand-vesten, privilegien (...) het Roomse, Oude, en Heeden-dagse regt, en de practyk betreffende door Tobias Boel* (Amsterdam 1712).

108. Simon van Leeuwen, *Bellum juridicum: ofte den oorlogh der advocaten. Bestaande in consultatien, advysen, deductien, advertenties, (...) en welckers (...) bekrachtigt zyn met resolutien, placaten, sententiën en gewijsdens (etc.)* (Amsterdam 1683).

109. Joannes Naeranus, *Sententien en gewezen zaken, van den Hoogen en Provincialen Raad in Holland, Zeeland en West-Vriesland* (Rotterdam 1662).

HOOFDSTUK 1

slot in een verzameling genaamd *Decisien en resolutien van den Hove van Holland* (Den Haag 1751)¹¹⁰.

1.6.3 Ongepubliceerde sententiën

De oogst van gepubliceerde sententiën van de Hoge Raad is dus uitermate karig. Gelukkig is in de voorgaande eeuw een drietal ongepubliceerde werken van raadsheren in de Hoge Raad uitgegeven, waarin de sententiën zijn opgenomen, voorzien van feitenrelaas, motivering en veelal ook van afwijkende meningen. Deze tot dan toe ongepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad zijn van de hand van de raadsheren Pieter Ockers, Cornelis van Bijnkershoeck en Willem Pauw.

Aan Pieter Ockers wordt een manuscript toegeschreven dat zich in het archief van de Universiteit Leiden bevindt en dat de titel *Rechtsgeleerde Decisien* draagt. Ockers werd op 15 oktober 1628 te Zierikzee gedoopt. Hij studeerde rechten aan de universiteit van Leiden. Aanvankelijk was hij raadsheer in het Hof van Holland, Zeeland en West-Friesland (4 december 1654 tot 22 oktober 1669), waarna hij op 22 oktober 1669 tot raadsheer in de Hoge Raad werd benoemd. Dat is hij gebleven tot aan zijn overlijden op 23 september 1678.¹¹¹ Het manuscript bevat uitspraken zowel van het Hof van Holland als van de Hoge Raad. De 59 civiele uitspraken van de Hoge Raad zijn gewezen tussen 14 november 1669 en 30 juli 1678. In het manuscript is geen aanwijzing te vinden dat Ockers de verzamelaar is van de daarin opgenomen uitspraken. Op grond van een drietal omstandigheden wordt hij echter als de vervaardiger van het werk beschouwd. De jaren dat Ockers raadsheer in het Hof respectievelijk de Hoge Raad was, komen namelijk exact overeen met de data van de uitspraken in het manuscript. Dit geldt voor geen enkele andere raadsheer. Bovendien blijkt uit de archieven van het Hof van Holland dat Ockers bij alle in het manuscript opgenomen uitspraken van het Hof als raadsheer betrokken was, hetgeen van geen enkele andere raadsheer kan worden gezegd.¹¹²

Van een geheel andere orde en omvang dan de voornoemde verzamelingen is de verzameling sententiën die door Van Bijnkershoeck en Pauw bijeen is gebracht. Kort na zijn aanstelling tot raadsheer in de Hoge Raad begon Van Bijnkershoeck

110. Deze verzameling uitspraken treft men ook aan als appendix bij deel zes van de *Hollandsche Consultatien* (zie daarover hierna: paragraaf A 1.7.5). De identiteit van de verzamelaar is onbekend. Meijers meent evenwel dat A. Duyck, griffier van het Hof en raadsheer in de Hoge Raad, de verzamelaar is. Zie hierover nader: Meijers, *Rechtspraak*, 404-406.

111. H.C. Gall, *Rechtsgeleerde decisien. Aan de raadsheer Ockers toegeschreven aantekeningen betreffende uitspraken van het Hof (1656-1669) en de Hoge Raad (1669-1678) van Holland, Zeeland en West-Friesland* (Amsterdam 2002) XIII-XV.

112. Gall, *Decisien*, XV-XVI; Meijers, *Rechtspraak*, 27 noot 1; A.J.B. Sirks, 'De Decisiën van Pieter Ockers (1628-1678)', *TvR* 71 (2003) 197-210.

al met het maken van aantekeningen op de zaken waarbij hij als raadsheer in de raadkamer aanwezig was geweest. In de aantekeningen duidt hij, meestal geanonimiseerd, de procespartijen aan, noemt hij de relevante feiten, geeft hij de beslissing van de Hoge Raad weer, de motivering van de verschillende raadsheren die aan de beslissing ten grondslag lag en eventueel de motivering van de raadsheren die afweken van de beslissing. Zijn aantekeningen gaf Van Bijnkershoeck de naam *Observationes Tumultuariæ* oftewel ‘niet systematisch geordende beschouwingen’. Na de dood van Van Bijnkershoeck verkreeg Pauw het manuscript van de *Observationes Tumultuariæ*. Hij zette tot aan zijn dood het werk van Van Bijnkershoeck vervolgens geheel in diens stijl en met ijzeren regelmaat voort onder de naam *Observationes Tumultuariæ Novæ* oftewel ‘nieuwe niet systematisch geordende beschouwingen’. De 14 delen *Observationes Tumultuariæ* van Van Bijnkershoeck en de 10 delen *Observationes Tumultuariæ Novæ* van Pauw zijn na de dood van de laatste in de vergetelheid geraakt. Eerst werd de kleinzoon van Pauw, Francois Rygerbos, met het manuscript begiftigd. Deze overleed in 1805 echter kinderloos. In 1806 wilde de familie de *Observationes* nog uitgeven, korte tijd later was er daarentegen sprake van dat zij zouden worden verbrand, zoals de wens van Pauw luidde voor het geval de *Observationes* na zijn dood niet op een in de rechten geschoolde nakomeling konden overgaan.¹¹³ Enige decennia later was Star Numan nog bekend met het bestaan van de *Observationes*; hij vermeldt in zijn dissertatie dat zij in 1867 in handen waren van mr C.A. Chais van Buren (een nazaat van de predikant die het huwelijk van Pauw heeft gesloten), doch had er kennelijk geen toegang toe.¹¹⁴ Na het overlijden van Chais van Buren werd het manuscript in 1893 te Amsterdam geveild. Bij een totaal gebrek aan belangstelling bleef het manuscript echter onverkocht en belandde in het pakhuis van het veilinghuis, alwaar het door professor Meijers in 1918 werd herontdekt.¹¹⁵ In de loop der jaren zijn de *Observationes* van zowel Van Bijnkershoeck als Pauw in zeven afzonderlijke delen uitgegeven en voor de hedendaagse beoefenaren van de rechtsgeleerdheid toegankelijk gemaakt.¹¹⁶ De *Observationes* van beide raadsheren bevatten meer dan 5.000 beslissingen van de Hoge

113. Meijers, Rechtspraak, 414-415; Star Numan, *Van Bynkershoek*, 183-184.

114. Star Numan, *Van Bynkershoek*, 184-185.

115. Meijers, Rechtspraak, 416.

116. Van Bijnkershoeck: E.M. Meijers, A.S. de Blécourt en H.D.J. Bodenstein, *Cornelii van Bijnkershoeck Observationes Tumultuariæ*, I 1704-1717 (Haarlem 1926); dezelfde, met T.J. Dorhout Mees, F.J. de Jong en B.M. Telders, II 1714-1724 (Haarlem 1934); E.M. Meijers, A.S. de Blécourt, F.J. de Jong, K.N. Korteweg, G.J. ter Kuile, W.S. van Sprengler en B.M. Telders, III 1724-1735 (Haarlem 1946); E.M. Meijers, H.F.W.D. Fischer, M.S. van Oosten, IV 1735-1743 (Haarlem 1962). Pauw: H.F.W.D. Fischer, W.L. de Koning-Bey, L.E. van Holk, H.W. van Soest, *Wilhelmi Pauw Observationes Tumultuariæ Novæ*, I 1743-1755 (Haarlem 1964); R. Feenstra, W.L. de Koning-Bey, L.E. van Holk, H.W. van Soest, II 1756-1770 (Haarlem 1967); dezelfde, III 1771-1788 (Haarlem 1972). De delen I en II bevatten →

HOOFDSTUK 1

Raad, gewezen in de periode van 1704 tot en met 1787. Meer dan honderd van deze beslissingen betreffen een vennootschapsrechtelijk onderwerp of hebben hierop zijdelings betrekking.

Tot slot zij opgemerkt dat uit het voorgaande gemakkelijk de conclusie zou kunnen worden getrokken dat het slechts sporadisch voorkwam dat raadsheren persoonlijke notities maakten van hun werkzaamheden als raadsheer en van de zaken waarbij zij waren betrokken. Toch zou dit wel eens anders kunnen zijn. Naast de aantekeningen van Neostadius, Coren, Ockers, Van Bijckershoek en Pauw, zijn notities bekend van Adriaan de Grande (raadsheer van 1726 tot 1754, president van 1754 tot 1763) en van Johan van Bleiswijk (raadsheer van 1723 tot 1748). Deze laatste maakte zijn aantekeningen onder de titel *Observationes tumultuariae rerum a supremo in Hollandia senatu judicatarum quibus ut senator interfui, quas et quatenus notandas putavi*.¹¹⁷ De 153 beslissingen bestrijken de periode 1723 tot en met 1741 en overlappen dus de periode waarin Van Bijckershoek en Pauw president respectievelijk raadsheer in de Hoge Raad waren.¹¹⁸ Bekend is verder dat raadsheer W. Duurcant, die in dezelfde periode als raadsheer zitting had in de Hoge Raad, aantekeningen heeft bijgehouden. Deze zijn tot op heden niet teruggevonden.¹¹⁹ Het is zeer wel denkbaar dat verschillende manuscripten bestaan, die evenwel verborgen blijven dan wel verloren zijn gegaan.

Enkele aantekeningbladen die los zijn gevonden in de boekwerken die de *Observationes Tumultuariae Novae* van Willem Pauw bevatten, geven in combinatie met het resolutieboek van de Hoge Raad een beter inzicht in de wijze waarop de *observationes* tot stand kwamen. Daaruit kan allereerst worden afgeleid dat Pauw zich naar de besprekingen in de raadkamer begaf met een

afzonderlijke trefwoordenregisters, deel III bevat een cumulatief trefwoordenregister voor de drie delen. Van de eerste twee delen van de *observationes* van Van Bijckershoek zijn Nederlandstalige samenvattingen gemaakt: E.M. Meijers, A.S. de Blécourt en H.D.J. Bodenstein, *Nederlandsch Compendium van de Observationes Tumultuariae van Cornelis van Bijckershoek*, I 1-1041 (Haarlem 1935); dezelfde, met T.J. Dorhout Mees, F.J. de Jong en B. M. Telders, II 1042-2017 (Haarlem 1935); de samenvattingen van de *observationes* 2018-2913 van Van Bijckershoek, alsmede een trefwoordenregister van de hand van Van Bijckershoek en Pauw zelf, zijn te vinden in: A.J.B. Sirks ed., *Van Bijckershoek's Observationes 2018-2913. Index in Observationes tumultuarias* (Den Haag 2005). Een trefwoordenregister op alle *observationes* van Van Bijckershoek is opgesteld door: M.S. van Oosten, *Systematisch compendium der Observationes tumultuariae van Cornelis van Bijckershoek* (Haarlem 1962). Een trefwoordenregister op alle *observationes*, zowel van Van Bijckershoek als Pauw, is opgesteld door: P. van Warmelo, *Registers op die Observationes tumultuariae van Cornelis van Bijckershoek en van Willem Pauw* (Pretoria 1982).

117. Nationaal Archief, Collectie Bisdom, nr. 1.10.06.145.

118. L. van Poelgeest, 'Mr. Johan van Bleiswijk en zijn Observationes Tumultuariae', *TvR* 55 (1987) 117-122.

119. Van Poelgeest, Raadsheren, 42 noot 114.

papier waarop hij zijn mondeling te geven opinie reeds degelijk schriftelijk had voorbereid. Hij maakte vervolgens eigenhandig notulen van de door de andere raadsheren gegeven opinies. De griffier maakte voor het inschrijven van de resolutie in het resolutieboek overigens kennelijk mede gebruik van de aantekeningen die Pauw in de raadkamer had gemaakt. Uit vergelijking van de aantekeningen in de raadkamer met de uiteindelijk opgeschreven *observatio* kan tot slot worden geconcludeerd dat de observaties van Pauw overzichtelijk geconstrueerd en zeer betrouwbaar zijn.¹²⁰

1.7 Bronnen van vennootschapsrecht

1.7.1 *Rooms-Hollands recht*

Wanneer men zich richt op de materieelrechtelijk kant van de rechtspraak, komt allereerst de vraag aan de orde welke bronnen de raadsheren in de Hoge Raad voorhanden hadden, als zij zich een oordeel moesten vormen over een kwestie van vennootschapsrecht. Bij de beantwoording van deze vraag dient als uitgangspunt dat in het gewest Holland (en Zeeland) ten tijde van de Republiek het geldend recht (naar Simon van Leeuwen) wordt aangeduid als ‘Rooms-Hollands recht’.¹²¹

Aanvankelijk gold in de Noordelijke Nederlanden het inheemse gewoonterecht. Enige eerdere uitzonderingen daargelaten, werd vanaf het midden van de vijftiende eeuw geleidelijk Romeins recht in het inheemse rechtstelsel opgenomen.¹²² Dit proces van geleidelijk opname van een uitheems rechtssysteem in het eigen rechtstelsel wordt receptie genoemd. De receptie van het Romeinse recht als geheel van rechtsregels begon in West-Europa aan het eind van de elfde en het begin van de twaalfde eeuw te Bologna met de bestudering van het Romeinse recht in de vorm waarin de Byzantijnse keizer Justinianus het in het begin van de zesde eeuw had laten optekenen, het later zo genoemde Corpus Iuris Civilis. De receptie vond plaats op grondslag van het in het Corpus Iuris Civilis verzamelde klassiek-Romeinse tekstmateriaal, zoals dit na het verval van de bloeitijd van de Romeinse rechtswetenschap was aangepast aan de veranderde eisen van de praktijk en waaraan in het Oost-Romeinse rijk door de Justiniaanse compilatoren definitief gestalte was gegeven in de Digesten, de Institutiones, de Codex en de Novellen.¹²³

120. H.W. van Soest, ‘Hoe vervaardigde raadsheer Willem Pauw zijn Observationes tumultuariarum novae?’ in: J.A. Ankum ed., *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata* (Freiburg 1985) 585-607.

121. Simon van Leeuwen, *Paratitula juris novissimi, dat is: een kort begrip van het Rooms-Hollands regt* (Leiden 1652).

122. R. Feenstra, *Verkenningen op het gebied der receptie van het Romeinse recht* (Zwolle 1950) 34.

123. Feenstra, *Verkenningen*, 10-11.

HOOFDSTUK 1

Het *ius commune*, het ‘gemene’ privaatrecht van het Europese continent, bestond in het gerecipieerde Romeinse recht, doorspekt met kerk- en leenrechtelijke elementen. Het was een ‘academisch’ of ‘geleerd’ recht dat op de middeleeuwse universiteiten door juridische hoogleraren tot ontwikkeling was gebracht, niet door praktijkjuristen.¹²⁴ Het *ius commune* was weliswaar Europees in de zin dat het tot in de uithoeken van het continent werd toegepast, het was echter niet overal in dezelfde omvang van toepassing. Die omvang verschilde al naar gelang daarop door locale wetgeving of gewoonterecht uitzonderingen waren gemaakt.¹²⁵ Het Rooms-Hollandse recht was de specifiek op het gewest Holland (en het daaraan verbonden Zeeland) toegesneden variant van het ‘gemene recht’.¹²⁶

Formeel werd het Romeinse recht in Holland ter aanvulling op het inheemse recht oftewel subsidiair toegepast. In de praktijk kwam het Romeinse recht echter vaak op de eerste plaats. Bij lagere gerechten, zonder Romeinsrechtelijk geschoolde rechters, kon men nog wel verwachten dat primair het gewoonterecht werd toegepast wanneer een wettelijke verwijzing naar het Romeinse recht ontbrak. De op universiteiten Romeinsrechtelijk geschoolde rechters van de hogere gerechtsinstanties redeneerden dat ook waar het Romeinse recht niet wettelijk gerecipieerd was, het toch door gewoonte gelding had verkregen¹²⁷ en dat men, wanneer men zich wilde beroepen op plaatselijk recht dat van het Romeinse afweek, moest beginnen met het bestaan van dit recht te bewijzen. Dit laatste was bij gebrek aan codificatie vaak moeilijk en het resultaat was dan ook dat het Romeinse recht voorging.¹²⁸

Naast het inheemse gewoonterecht en het gerecipieerde Romeins recht, behoorden voorts de ordonnanties van de Staten-Generaal en van de gewestelijke Staten, de privileges (voorrechten verleend aan bepaalde personen, gebieden of steden) en keuren (stedelijke regelgeving) tot het Rooms-Hollandse recht.¹²⁹

De bronnen van Rooms-Hollands recht waren divers en niet alle van even groot belang voor de vennootschappelijke praktijk. Vier bronnen dienen met name te worden genoemd, namelijk de rechtsgeleerde werken, het gewoonterecht, de

124. W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europees privaatrecht I* (Den Haag 2006) 28-31; Feenstra, *Verkenningen*, 54-57.

125. Zwalve, *Hoofdstukken*, 58-59.

126. Een algemeen, dat wil zeggen niet tot het Rooms-Hollands recht beperkte, overzicht van bronnen van handelsrecht in het *ius commune*, waarin doorgaans ook het vennootschapsrecht wordt behandeld, treft men aan in: H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte II, 1: neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter der gemeines Recht* (München 1977) 797-989.

127. Zo ook: Hugo de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheyd* (Den Haag 1631) 1.2.22. Overigens wordt dit werk ten onrechte veelal aangeduid als ‘*Inleydinge*’.

128. Zwalve, *Hoofdstukken*, 29; J.W. Wessels, *History of the Roman-Dutch law* (Grahamstown 1908) 210-211.

129. Wessels, *Roman-Dutch law*, 201-211.

rechterlijke uitspraken en de juridische opinies en adviezen. Regelgeving van overheidswege (ordonnanties, privileges en keuren) ontbrak als bron van vennootschapsrecht. Anders dan bijvoorbeeld het geval was in het verzekeringsrecht¹³⁰, treft men daarin namelijk geen vennootschapsrechtelijke bepalingen aan.

Hierna zullen de van belang zijnde bronnen worden besproken. Daarbij mag men ervan uitgaan dat de raadsheren voldoende toegang hadden tot deze bronnen. Zij hadden thuis een eigen collectie juridische werken.¹³¹ De Hoge Raad zelf had bovendien een welgevulde bibliotheek waarvan alle raadsheren gebruik konden maken. De oude drukken die zich thans in de bibliotheek van de Hoge Raad der Nederlanden bevinden zijn in hoofdzaak afkomstig uit de bibliotheken van het Hof en de Hoge Raad van Holland en Zeeland en maken sinds 1838 deel uit van de bibliotheek van de Hoge Raad der Nederlanden. Door een complexe samenstellingsgeschiedenis kan niet meer met zekerheid worden gezegd welke banden in de zeventiende en achttiende eeuw daadwerkelijk tot de bibliotheek van de Hoge Raad behoorden en welke later zijn toegevoegd. Alle hierna te noemen bronnen van vennootschapsrecht zijn in de huidige catalogus opgenomen.¹³²

1.7.2 Rechtsgeleerde werken

Binnen de gemeenrechtelijke traditie werd vanouds grote waarde toegekend aan opinies van rechtsgeleerden. Hun commentaren dienden als leidraad bij de toepassing van het Romeinse recht. Vennootschapsrechtelijke uiteenzettingen vindt men in de werken van nagenoeg alle belangrijke Rooms-Hollandse rechtsgeleerden.¹³³ De meest uitgebreide verhandeling over het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht is van de hand van de Leidse hoogleraar Johannes Voet. Diens *Commentarius ad Pandectas* gaat onder meer uitvoerig in op de van het Romeinsrechtelijke vennootschapsrecht afwijkende contemporaine

130. J.P. van Niekerk, 'Sources of insurance law' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 305-327.

131. Poelgeest, Raadsheren, 42.

132. J.G.B. Pikkemaat, *The old library of the Supreme Court of the Netherlands* (Hilversum 2008); P.P. Schmidt, *Catalogus oude drukken in de bibliotheek van de Hoge Raad der Nederlanden* (Zwolle 1988).

133. Feenstra, *Römisch-holländisches Recht*, 26-49, beschouwt de rechtsgeleerden De Groot, Van Leeuwen, Groenewegen van der Made, Vinnius, Huber en Van Bijnkershoeck als de belangrijkste vertolkers van het Rooms-Hollandse recht. Alleen Van Bijnkershoeck heeft zich in zijn rechtsgeleerde werken niet specifiek uitgelaten over het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht. Zijn werken ontbreken dan ook in de hier te noemen bronnen van vennootschapsrecht.

HOOFDSTUK 1

handelsgewoonten.¹³⁴ Een vennootschapsrechtelijke uiteenzetting van vergelijkbare omvang en aard is te vinden in *In quattuor libros Institutionum imperialium commentarius* van de eveneens Leidse hoogleraar Arnold Vinnius.¹³⁵ Ook Hugo de Groot wijdt in de *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheyd* een geheel hoofdstuk aan de vennootschap.¹³⁶ De Leidse advocaat Simon van Leeuwen besteedt in een tweetal werken aandacht aan het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht, te weten in zijn *Censura forensis*¹³⁷ en *Het Rooms Hollands Recht*.¹³⁸ Simon Groenewegen van der Made noemt in *De legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia* de contemporaine afwijkingen van het Romeinsrechtelijke vennootschapsrecht.¹³⁹ Als loot aan de stam van het Europese *ius commune* werd de keus aan Rooms-Hollandse rechtsbronnen niet door grens of afkomst beperkt. Men kon dus niet alleen een beroep doen op Hollandse rechtsgeleerden, maar ook op geleerden uit andere gewesten en landen. Zo wordt ook het werk van de Friese rechtsgeleerde Ulrik Huber tot het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht gerekend.¹⁴⁰ Zowel in *Heedendaegse rechtsgeleertheyt*¹⁴¹ als in *Praelectionum iuris romani et hodierni tomi tres*¹⁴² besteedt Huber ruim aandacht aan het Romeinse vennootschapsrecht en de contemporaine afwijkingen daarvan. Voor het vennootschapsrecht kan ook de Italiaanse rechtsgeleerde Hector Felicius worden genoemd. Felicius gaat in zijn *Tractatus desideratissimus de communione seu societate*¹⁴³ uitvoerig in op het op de handelsvennootschap van toepassing zijnde recht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de werken van diverse rechtsgeleerden (waaronder Voet), in de hierna te noemen adviezen en in de rechtspraak veelvuldig naar dit werk wordt verwezen. Tot slot treft men ook vennootschapsrechtelijke uiteenzettingen aan in de werken van de Leidse hoogleraar Van der Kessel (*Theses selectae juris Hollandici en Zelandici*)¹⁴⁴ en de

134. Johannes Voet, *Commentarius ad pandectas in quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et praecipuae fori quaestiones excutuntur* (Den Haag 1698-1704) 17.2.

135. Arnoldus Vinnius, *In quattuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (Amsterdam 1655) Inst. 4.7.2.

136. De Groot, *Inleiding* 3.21.

137. Simon van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica* (Leiden 1662) 4.3.10.

138. Van Leeuwen, *Rooms-Hollands Regt*, 4.23.

139. Simon Groenewegen van der Made, *De legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Leiden 1649).

140. Feenstra, *Römischo-holländisches Recht*, 26-49, beschouwt deze rechtsgeleerde als één van de belangrijkste vertolkers van het Rooms-Hollandse recht.

141. Huber, *Heedendaegse rechtsgeleertheyt*, 1.3.11.

142. Ulrik Huber, *Praelectionum iuris romani et hodierni tomi tres* (Franeker 1689) commentaar bij D. 17.2.

143. Hector Felicius, *Tractatus desideratissimus de communione seu societate* (Gorinchem 1666), voorzien van aantekeningen door de Hollander H. Boxelius.

144. D.G. van der Keessel, *Theses selectae juris Hollandici en Zelandici* (Leiden 1800).

Amsterdamse advocaat Joannes van der Linden (*Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek*)¹⁴⁵. Beiden behoren tot de laatste beoefenaars van het Rooms-Hollandse recht.

1.7.3 Gewoonterecht

Zoals is opgemerkt, ontbrak op het gebied van het vennootschapsrecht regelgeving van overheidswege. Daarnaast zal later blijken dat de academische Romeinsrechtelijke invalshoek van de rechtsgeleerden niet bevorderlijk was voor een interpretatie van het vennootschapsrecht die aansloot bij de contemporaine handelspraktijk. De gewoonte was ten tijde van de Republiek dus bij uitstek de bron van vennootschapsrecht.

Geschreven vennootschapsrechtelijke gewoonte treft men allereerst aan in de *Costumen van Antwerpen*. Hoofdstuk 52 van de *Costumen van Antwerpen* ziet op compagnieschap en gemeenschap van goederen.

Het Antwerps gewoonterecht is in verschillende elkaar opvolgende stadia vastgelegd. De eerste twee versies staan bekend als de *Antiquissimae* (1547) en de *Antiquae* (1570-1571). Zij zijn uitsluitend op papier gezet om te worden doorgeleid naar het centraal gezag in Brussel en zijn nimmer in druk verschenen. In 1582 wordt het Antwerps gewoonterecht onder toezicht van het dan calvinistische stadsbestuur voor het eerst uitgegeven. Naar deze bundeling wordt dan ook kortweg verwezen als de *Impressae*. Wanneer de stad uiteindelijk weer onder katholiek bestuur komt, worden de *Impressae* buiten werking gesteld en in 1609 vervangen door de *Compilatae*.¹⁴⁶

Aan de in de *Costumen van Antwerpen* opgenomen gewoonteregels van de handel werd ten tijde van de Republiek groot belang gehecht. Het werd gedurende de 17^e eeuw (ten minste in Amsterdam) in de handelspraktijk beschouwd als subsidiair recht voor die gevallen waarin het locale recht of gewoonte niet voorzag.¹⁴⁷ Bovendien bleven Amsterdamse advocaten in de 18^e eeuw in handelszaken verwijzen naar de *Costumen van Antwerpen*, nu niet meer zozeer als subsidiair recht maar als de oorsprong van een dan geldende gewoonte.¹⁴⁸

145. Joannes van der Linden, *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek* (Amsterdam 1806).

146. Zie hiervoor nader: Marcel Gotzen, 'De costumiere bronnen voor de studie van het oud-Antwerpse burgerlijk recht', *Rechtskundig tijdschrift voor België* 39 (1949) 3-16; 105-124; 191-208. Wanneer ten tijde van de republiek wordt verwezen naar de *Costumen van Antwerpen*, dan betreft deze verwijzing steeds de *Impressae*, niet de latere *Compilatae*. Zie hiervoor onder meer in 1607 en 1613 de door Hendrik Barendszoon te Amsterdam gedrukte *Rechten ende Costumen van Antwerpen*.

147. D. De Ruysscher, 'Antwerp commercial legislation in Amsterdam in the 17th century: Legal transplant or jumping board?', *TvR* 77 (2009) 459-479.

148. *Ibidem*, 15-16.

HOOFDSTUK 1

Het belang van de *Costumen van Antwerpen* voor de vennootschapsrechtelijke praktijk wordt bevestigd in de hierna te noemen *Hollandsche Consultatien* (II-235), waarin wordt aangegeven dat de *Costumen van Antwerpen* ‘in saken den koophandel aengaende, hier ter Stede in groote achtinge genomen werde’. Een verwijzing naar het Antwerpse gewoonterecht komt verder voor in Advies 61 van de Amsterdamse advocaat J.M. Barels, waarin wordt opgemerkt dat de Antwerpse handelsgewoonte in Amsterdam ‘tot ons in gebruik zyn overgebragt, even als ook byzonderlyk alhier tot Amsterdam in de Practycque zekerlyk en buiten alle twyffeling is gerecipieerd, volgens de daeglyksche menigvuldige Gewysdens (...)’.¹⁴⁹ Een verwijzing naar de *Costumen van Antwerpen* is tot slot te vinden in de hierna nader te behandelen OTN 1633 (1782).¹⁵⁰

In de Amsterdamse Handvesten, waarin onder meer de ‘Costumen der Stede van Amsterdamme’, zijn opgenomen, worden geen specifieke regels vermeld voor de compagnie. In de Amsterdamse Handvesten is daarentegen wel hoofdstuk 52 van de *Costumen van Antwerpen* uit 1582 opgenomen.¹⁵¹ Dat de ‘eigen’ vennootschapsrechtelijke gewoonten niet in de Amsterdamse *Costumen* worden vermeld, kan er althans wat Amsterdam betreft op duiden dat de daar toentertijd heersende gewoonten reeds overeenkwamen met de Antwerpse *Costumen*, zodat hernieuwde vermelding of regelgeving niet noodzakelijk is geweest.

Bronnen van ongeschreven gewoonterecht zijn ook de zogenaamde ‘turben’. Rechters lieten zich over een in de handelspraktijk bestaande gewoonte door kooplieden informeren. Deze kooplieden werd dan verzocht om hun deskundig oordeel te geven in bepaalde juridische geschillen op het gebied van de handel. Hun advies vond zijn weerslag in een zogenaamde *turba mercatorum*. In een *turba* werd dus het bestaan van een bepaalde regel van gewoonterecht vastgesteld.¹⁵² Enkele vennootschapsrechtelijke turben zijn te vinden in de hierna te noemen *Hollandsche Consultatien*.

1.7.4 Rechterlijke uitspraken

Ook de rechtspraak is een bron van vennootschapsrecht. Als bron komt aan haar slechts een beperkte waarde toe. De gewoonte om uitspraken niet te motiveren, leidde ertoe dat de aan een uitspraak ten grondslag liggende overwegingen niet voor derden kenbaar waren. Desondanks is reeds ten tijde van de Republiek een aantal gemotiveerde uitspraken gepubliceerd. Deze zijn allereerst te vinden in de eerder reeds genoemde werken van Cornelis van Nieustad en Jacob Coren. De verzameling *Utriusque Hollandiae Zelandiae*

149. Zie hierna: paragraaf A 1.7.5.

150. Paragraaf B 2.4.2.

151. *Handvesten, ofte privilegien, handelingen, costumen ende willekeuren der Stadt Aemsterdam* (Amsterdam 1639).

152. De Blécourt, *Kort begrip*, 6; Van Niekerk, *Insurance law*, 322.

Frisiaequae curiae decisiones van Neostadius bevat enkele vennootschapsrechtelijke uitspraken. De *Observationes rerum in eodem senatu judicatarum* van Jacob Coren bevat slechts één uitspraak van vennootschapsrechtelijke aard (*observatio* 40, de externe aansprakelijkheid van reders betreffend), waarnaar wel veelvuldig in diverse van de eerder genoemde rechtsgeleerde werken wordt verwezen.

De Zuid-Nederlandse rechtsgeleerde Paulus Christinaeus (de gelatiniseerde naam van Paul van Christijnen) heeft in zijn *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* een groot aantal belangwekkende uitspraken van de Grote Raad van Mechelen gebundeld.¹⁵³ Onder deze uitspraken bevindt zich ook een aantal dat het vennootschapsrecht betreft. Verwijzingen naar de uitspraken in de verzameling van Christinaeus vindt men onder meer bij Groenewegen van der Made en Voet.

Oudere vennootschapsrechtelijke rechtspraak is tot slot te vinden in de uitspraken van de Rota van Genua, het gerecht van de handelsstad Genua dat specifiek bevoegd was om te oordelen in handelskwesties en dat zijn uitspraken (anders dan de Hollandse gerechten) wél motiveerde. Een groot aantal beslissingen is gebundeld in de *Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad rem* (Genua 1582). Dit werk is later in herdruk verschenen onder de titel *De mercatura (...) decisiones et tractatus varii*. Het feit dat de laatstgenoemde versie gedurende de zeventiende eeuw onder meer in Amsterdam herhaaldelijk in herdruk verscheen, heeft bijgedragen aan de grote bekendheid van het werk in onze gebieden.¹⁵⁴ Verwijzingen naar de beslissingen van de Rota van Genua vindt men onder meer in de hierna te noemen *Hollandsche Consultatien* (I-303) en in een uitspraak van Ockers (NN *Decisio* 3 van het Hof van Holland).

1.7.5 Adviezen

Als bron van vennootschapsrecht dienen tot slot de juridische adviezen te worden genoemd. Deze adviezen zijn door bekende en ervaren praktijkjuristen en advocaten (onder wie Hugo de Groot) opgetekend en ten behoeve van de rechtspraktijk gebundeld in adviesboeken. De adviezen zijn opgesteld aan de hand van geschillen die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan en die door de opiniegever in rechte zijn bepleit of anderszins zijn beoordeeld. Zij bevatten verwijzingen naar de rechtsgeleerde werken, naar de gewoonte en naar de rechtspraak.

153. Paulus Christinaeus, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* (Antwerpen 1636).

154. Van Niekerk, Insurance law, 320 noot 77.

HOOFDSTUK 1

De opinies houden overigens steeds een slag om de arm door zonder uitzondering te adviseren ‘onder correctie’. Advocaten waren namelijk verantwoordelijk voor hetgeen zij in een procedure naar voren brachten en konden onder deze verantwoordelijkheid uitkomen door onder correctie van de rechtbank hun stelling te verkondigen.¹⁵⁵

De meest uitgebreide verzameling adviezen is te vinden in de *Hollandsche Consultatien*.¹⁵⁶ Diverse rechtsgeleerde werken, zoals de eerder genoemde werken van Voet en Groenewegen van der Made, verwijzen voor het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht naar adviezen uit dit werk. Daarnaast bevat het *Nederlands Advysboek* van Isaac van den Berg een aantal adviezen over de vennootschappelijke praktijk.¹⁵⁷ In de *Advysen over den Koophandel en Zeevaart*, verzameld door de Amsterdamse advocaat J.M. Barels, wordt een geheel hoofdstuk gewijd aan handelsassociaties.¹⁵⁸ Het boek *Nederlants See-rechten* van de Amsterdamse koopman Adriaen Verwer bevat eveneens enige passages over het vennootschapsrecht.¹⁵⁹

155. Wessels, *Roman Dutch law*, 193.

156. *Consultatien, advysen en advertissemerten, gegeven ende geschreven bij verscheijden treffelijke rechtsgeleerden in Hollandt* I-VI (Rotterdam 1645-1685).

157. Isaac van den Berg, *Nederlands advysboek inhoudende verscheide consultatien en advysen van voornam regtsgeleerden in Nederland* (Amsterdam 1694).

158. J.M. Barels, *Advysen over den koophandel en zeevaart mitsgaders verscheidene turbes, memorien, resolutien missives enz. enz daer toe behoorende* II (Amsterdam 1781).

159. Adriaen Verwer, *Nederlants see-rechten, avaryen en bodemeryen etc.* (Amsterdam 1711).

Hoofdstuk 2. Personenvennootschap

2.1 Definitie

Bij een onderzoek naar de voorlopers van de hedendaagse vennootschapsvormen is een heldere definitie van het begrip vennootschap onontbeerlijk. Een bruikbare definitie kan worden ontleend aan het hedendaagse Nederlandse vennootschapsrecht. Dit recht kent twee categorieën vennootschappen: de personenvennootschap waartoe de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap worden gerekend¹, en de kapitaalvennootschap (de besloten en naamloze vennootschap)². De kapitaalvennootschap komt later aan de orde. Eerst zal de personenvennootschap worden behandeld.

2.1.1 *Interne verhoudingen*

Het huidige Nederlandse recht neemt bij de omschrijving van de personenvennootschap de maatschap als uitgangspunt. Artikel 7A:1655 BW omschrijft de maatschap als volgt:

‘Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meer personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen.’

Dezelfde definitie geldt voor de vennootschap onder firma. Artikel 16 WvK noemt de vennootschap onder firma immers een bijzondere vorm van maatschap:

‘De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan’.

-
1. De personenvennootschappen zijn in het huidige recht te vinden in het Burgerlijk Wetboek, boek 7A, titel 9 (over de maatschap) en het Wetboek van Koophandel, derde titel (over de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap).
 2. De kapitaalvennootschappen zijn te vinden in het Burgerlijk Wetboek, boek 2, titel 4 (over de naamloze vennootschap) en titel 5 (over de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid).

HOOFDSTUK 2

Uit de wettelijke omschrijving van de vennootschap onder firma blijkt verder dat deze bestemd is tot het uitoefenen van een bedrijf en dat de vennoten onder een gemeenschappelijke naam (de ‘firma’) aan het handelsverkeer deelnemen. Daarin verschilt de vennootschap onder firma van de maatschap, die bestemd is tot het uitoefenen van een beroep en in beginsel niet onder een gemeenschappelijke naam wordt aangegaan.³

De in artikel 19 WvK genoemde ‘vennootschap bij wijze van geldschieting’, doorgaans ‘commanditaire vennootschap’ genoemd, vertoont grote gelijkenis met de vennootschap onder firma.⁴ Zij verschilt met name hierin van de vennootschap onder firma, dat een deel van de vennoten (de geldschietende of commanditaire vennoten) extern geen beheersdaden mag verrichten of anderszins voor de vennootschap werkzaam mag zijn. Het is bovendien verboden om de naam van de geldschietster in de firma op te nemen (art. 20 lid 1 en 2 WvK).

Het basisbegrip van de personenvennootschap kan nog met de hierna volgende elementen worden aangevuld.⁵ De personenvennootschap is een samenwerkingsverband van personen. Op zichzelf behoeft de samenwerking geen duurzaam karakter te hebben: een samenwerkingsverband voor één project of voor korte tijd kan ook als vennootschap worden betiteld.

De in de artikelen 57 en 58 WvK neergelegde afzonderlijke regeling voor kortstondige samenwerkingsverbanden, de ‘handelingen voor gemene rekening’, is in 1934 afgeschaft (bij de Wet van 2 juli 1934, Staatsblad 347). Dergelijke samenwerkingsverbanden waren niet noodzakelijkerwijs ook vennootschappen. Pas als partijen ook iets in gemeenschap brachten, kon van een vennootschap sprake zijn.

De deelnemers in het samenwerkingsverband, de ‘vennoten’, werken samen op basis van gelijkheid zonder dat tussen hen een hiërarchische verhouding bestaat.

-
3. Wat betreft de gemeenschappelijke naam is de maatschapspraktijk inmiddels tegenovergesteld.
 4. De vraag of de commanditaire vennootschap uit artikel 19 WvK nu een maatschap of een vennootschap onder firma is, wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord: J.M.M. Maeijer, *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten* 5-V. *Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap* (Zwolle 1995) nr. 351, meent dat de commanditaire vennootschap een bijzondere vorm van maatschap is; A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap* (Deventer 1998) 174, meent dat zij een bijzondere vorm van de vennootschap onder firma is; W.J. Slagter ed., *Personenassociaties* (Kluwer losbladig) III.1.6, meent dat de commanditaire vennootschap aan beide vennootschapsvormen haar karaktertrekken ontleent.
 5. Een uitwerking van, in hoofdlijnen aan de wettelijke bepalingen gelijklopende, definities van de vennootschap is te vinden in: Mohr, *Maatschap*, 48-52; Asser-Maeijer 5-V, nr. 28; Slagter, *Personenassociaties*, I.1.1.4.

Daarin onderscheidt de vennootschap zich van bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst. De ‘voet van gelijkheid’ vindt men reeds terug in de Romeinsrechtelijke eis van de *affectio societatis* (D. 17.2.31), de bedoeling een vennootschap aan te gaan.

Alle vennoten zijn in beginsel bevoegd de vennootschap te besturen (art. 7A:1676 sub 1 BW). Onderling kunnen afspraken worden gemaakt over de bestuursbevoegdheden van iedere vennoot afzonderlijk (art. 7A:1673 - 1675 BW). Iedere vennoot is verplicht iets in de vennootschap in te brengen.⁶ De inbreng van een vennoot bestaat uit arbeid, kapitaal (geld of goederen) of een combinatie van beide (art. 7A:1662 lid 1 BW). Uit de definitie van de maatschap volgt dat de vennoten ten opzichte van elkaar verplicht zijn hun eigen inbreng gemeenschappelijk te maken; de inbreng moet ter beschikking worden gesteld ten bate van de samenwerking. De vennootschappelijke gemeenschap kan dus meer omvatten dan een zuivere goederengemeenschap: ook als de vennoten allen uitsluitend arbeid inbrengen, kan worden gesproken van een gemeenschappelijke inbreng.⁷ De vennootschappelijke gemeenschap die zo ontstaat is uitsluitend bedoeld om vennootschappelijk voordeel te behalen. Zij mag met andere woorden niet voor privédoeleinden van één der vennoten worden gebruikt.⁸

De samenwerking is gericht op het verkrijgen van gezamenlijk voordeel.⁹ Het voordeel dient vermogensrechtelijk en niet slechts ideëel van aard te zijn.¹⁰ Voordeel zal slechts dan kunnen worden verkregen wanneer het samenwerkingsverband naar buiten treedt en deelneemt aan het economisch verkeer.¹¹ Het eenmaal verkregen voordeel is gemeenschappelijk: de vennoten dienen het te verdelen. Een beding waarbij de winst niet tussen de vennoten wordt verdeeld maar aan slechts één van hen toekomt, is nietig (art. 7A:1672 lid 1 BW).

2.1.2 Externe verhoudingen

Tot zover de interne verhoudingen tussen de vennoten onderling. De vennootschap is een overeenkomst tussen twee of meer personen. De externe verhoudingen (dat wil zeggen: de verhouding tegenover derden) maken strikt genomen geen deel uit van die overeenkomst, maar ontstaan vanwege het feit dat de vennootschap aan het economisch verkeer deelneemt en daardoor in aanraking komt met derden. Desalniettemin is het raadzaam stil te staan bij de hoofdlijnen van de externe verhoudingen. Onder het huidige recht kan ten aanzien van de

6. Asser-Maeijer 5-V, nr. 38.

7. Ibidem, nr. 36.

8. Mohr, *Maatschap*, 50.

9. Het streven naar voordeel volgt ook uit de definitie van artikel 7A:1655 BW en (toekomstig) artikel 7:800 BW.

10. Slagter, *Personenassociaties*, I.1.4.3.

11. Mohr, *Maatschap*, 52.

HOOFDSTUK 2

externe verhoudingen niet worden gesproken van ‘de vennootschap’. Onderscheid wordt allereerst gemaakt tussen de maatschap en de vennootschap onder firma. Deze personenvennootschappen verschillen op het punt van externe aansprakelijkheid wezenlijk van elkaar.

De vennootschap onder firma neemt naar buiten toe als eenheid onder gemeenschappelijke naam, de ‘*firma*’, aan het economisch verkeer deel. Het bestaan van de vennootschap onder firma is voor derden kenbaar. Zoals eerder is opgemerkt, geldt voor de vennootschap onder firma dat iedere vennoot de bevoegdheid heeft de vennootschap in het handelsverkeer te vertegenwoordigen. Door die vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft iedere vennoot de mogelijkheid met zijn eigen handelen de vennootschap en de overige vennoten jegens derden te verbinden.¹² Ieder van de vennoten is voor de verplichtingen van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk (art. 18 WvK). Dat betekent dat de schuldeiser zich tot de vennoot kan richten met wie hij heeft gehandeld, maar dat hij zich daarnaast ook tot iedere andere vennoot kan richten en de volledige prestatie van ieder van hen afzonderlijk kan afdwingen.

Voor de maatschap geldt als uitgangspunt dat deze voor derden niet kenbaar is. De vennoten werken weliswaar samen en streven naar gemeenschappelijk voordeel, maar voor derden blijft hun samenwerking in beginsel verborgen.¹³ Hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten is bij de maatschap uitgesloten (art. 7A:1679 BW). Net als bij de vennootschap onder firma kunnen derden de vennoot met wie zij hebben gehandeld voor het geheel van de prestatie aanspreken. Zij kunnen er daarnaast voor kiezen om de andere vennoten ieder voor een gelijk deel voor verplichtingen aan te spreken. Deze mogelijkheid bestaat slechts indien de handeling waaruit de verplichting voortvloeit in naam van de maatschap is verricht en de handelende vennoot bevoegd was namens de maatschap met de derde te handelen (artt. 7A:1680 en 1681 BW). In geval van twee vennoten kan de schuldeiser dus beiden voor de helft van de prestatie aanspreken. Deze vorm van aansprakelijkheid wordt ook wel ‘evenredige aansprakelijkheid’ genoemd.

In het kader van de aansprakelijkheid van vennoten neemt de geldschietende vennoot in de commanditaire vennootschap (de commandiet) een bijzondere positie in. Hij is namelijk niet aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap en slechts verplicht om datgene in te brengen waartoe hij zich tegenover zijn beherende medevennoten heeft verbonden (art. 20 lid 3 WvK). Bemoeit de commandiet zich ondanks het verbod daarop met het bestuur van de vennootschap of wordt zijn naam vermeld in de firma, dan treedt ook voor hem de

12. Hierna zal nog duidelijk blijken dat dit in het verleden geenszins een vanzelfsprekendheid is geweest; zie hierna paragraaf A 2.8.3.

13. De hedendaagse praktijk is evenwel anders: daar is de openbare maatschap regel en de stille maatschap uitzondering.

hoofdelijke aansprakelijkheid jegens schuldeisers van de vennootschap in (art. 21 WvK).

De externe aansprakelijkheid dient men goed te onderscheiden van de interne aansprakelijkheid. Het begrip interne aansprakelijkheid duidt op de verplichting van iedere vennoot om mee te delen in de tekorten van de vennootschap. Een vennoot die ten bate van de vennootschap méér uitgeeft dan hij op grond van de onderlinge afspraken behoeft te dragen, heeft voor het meerdere een vordering op zijn medevennoten.

2.1.3 Toekomstig recht

Onder het nieuwe vennootschapsrecht zullen de oude vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap en de maatschap als afzonderlijke vennootschapsvormen verdwijnen. Na invoering zal nog slechts één personenvennootschap bestaan.¹⁴ Het nieuwe recht definieert de vennootschap in artikel 7:800 lid 1 BW als volgt:

‘Vennootschap is de overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten.’

Binnen dat algemene vennootschapsbegrip wordt vervolgens onderscheid gemaakt tussen de openbare en de stille vennootschap (art. 7:801 lid 1 en lid 2 BW). Een vennootschap is openbaar als zij op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten treedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam (art. 7:801 lid 1 BW). Doet de vennootschap dat niet, dan is sprake van een stille vennootschap (art. 7:801 lid 2 BW).

De openbare vennootschap zal in grote lijnen de kenmerken van de hedendaagse vennootschap onder firma dragen. De belangrijkste vernieuwing is dat vennoten van een openbare vennootschap onder het nieuwe vennootschapsrecht kunnen kiezen voor rechtspersoonlijkheid van de vennootschap (art. 7:832 BW). Rechtspersoonlijkheid heeft overigens geen gevolg voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten. Wel zorgt de rechtspersoonlijkheid ervoor dat de vennootschap zelfstandig de mogelijkheid heeft bijvoorbeeld onroerende zaken te verkrijgen en te vervreemden. Andere wijzigingen ten opzichte van het huidige vennootschapsrecht zijn dat het onderscheid tussen beroep en bedrijf komt te vervallen (art. 7:801 lid 1 BW) en dat bij uittreden van één vennoot de vennootschap in beginsel blijft voortbestaan (artt. 7:817 en 818 BW). Tot slot kan de openbare vennootschap naast gewone ook commanditaire vennoten hebben, waardoor een commanditaire vennootschap

14. Wetsvoorstel 28746, op te nemen in titel 13 van Boek 7 BW.

HOOFDSTUK 2

ontstaat (art. 7:836 BW). De regels voor de nieuwe commanditaire vennootschap komen in hoofdlijnen overeen met de huidige bepalingen.

2.2 Oorsprong

Nu de elementaire kenmerken van de hedendaagse personenvennootschap zijn opgesomd, komt de vraag aan de orde waar en wanneer de hedendaagse vennootschap is ontstaan. Daarbij dient men te bedenken dat vóór de Europese codificaties vanaf het einde van de achttiende eeuw, de juridische aspecten van de handelsassociaties zowel in de handelspraktijk van alle dag als in de wetenschappelijke theorie een tamelijk ondergeschikte rol speelden. Voor zover academische rechtsgeleerden zich al met het handelsrecht bezighielden, klampen zij zich - soms op het krampachtige af - vast aan wat het Romeinse recht hun over de vennootschap leerde. Zij trokken zich daarbij niet al te veel aan van de in de handelspraktijk voorkomende ondernemingsvormen maar probeerden die praktijk onder een Romeinsrechtelijke noemer te brengen. Er bestond zo een grote discrepantie tussen de in de praktijk voorkomende handelsassociaties en de Romeinsrechtelijke theorie. Voor een goed begrip van de ontwikkelingsgeschiedenis van de vennootschap is het daarom noodzakelijk eerst kort aandacht te besteden aan de Romeinsrechtelijke vennootschap: de *societas*.

2.2.1 *Societas*

De *societas* is een samenwerkingsverband tussen vennoten of *socii*. Volgens het klassieke Romeinse recht komt dit samenwerkingsverband onder meer tot uitdrukking door het gezamenlijk drijven van een onderneming (*negotium; negotiatio*).¹⁵ Het voortbestaan van het samenwerkingsverband valt of staat met de *consensus* of wilsovereenstemming tussen de vennoten.¹⁶ De vennootschap kan voor altijd, voor bepaalde of onbepaalde tijd of onder voorwaarden worden aangegaan.¹⁷ Het karakter van samenwerking brengt met zich dat de vennoten iets dienen in te brengen.¹⁸ De inbreng kan bestaan uit kapitaal of arbeid.¹⁹ Inbreng in gelijke delen is niet verplicht.²⁰ Iedere vennoot heeft in beginsel een gelijk aandeel in het resultaat van de ondernemingsactiviteiten.²¹ Een afwijkende

15. Gai. 3.148; D. 17.2.5 pr.

16. Gai. 3.135 en 154; Inst. 3.25.4.

17. D. 17.2.1 pr.

18. Reinhard Zimmermann, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian traditions* (New York 1996) 451.

19. D. 17.2.5.1.

20. D. 17.2.6.

21. Gai. 3.150.

resultaatverdeling is toegestaan.²² Zonder nadere afspraken delen de vennoten in gelijke verhouding in de winst als in het verlies.²³ Vennoten kunnen overeenkomen dat een vennoot een groter aandeel heeft in de winst dan in het verlies.²⁴ Een vennootschap waarbij één vennoot slechts het verlies draagt en in het geheel niet gerechtigd is tot de winst (*societas leonina*), is verboden.²⁵ De vennootschap duurt voort zolang de vennoten daarmee instemmen. De vennootschap eindigt onder meer door opzegging en overlijden van een vennoot.²⁶ Het instellen van een vordering door een vennoot die gericht is op onderlinge afrekening (*actio pro socio*) leidt tot het einde van de vennootschap.²⁷ Op dat moment ontbreekt immers de voor het voortbestaan van de vennootschap noodzakelijke *consensus* tussen de vennoten.

Het vennootschapscontract schept uitsluitend verplichtingen tussen de vennoten onderling. Het samenwerkingsverband treedt niet naar buiten, het is voor derden niet kenbaar. Een door een vennoot verrichte rechtshandeling betreft uitsluitend hemzelf. Andere vennoten kunnen daardoor niet worden verplicht of er rechten aan ontlelen. Vertegenwoordiging naar buiten toe, zoals dat bij de hedendaagse vennootschap het geval is, bestaat in het Romeinse recht niet.²⁸

Het is voor een goed begrip van het hiernavolgende van belang te vermelden dat Romeinsrechtelijke *societas* sinds de Middeleeuwen niet meer als actuele associatievorm bestond. Bij de beschrijving van de sinds de Middeleeuwen bestaande associatievormen hanteerde men wel een aan de *societas* ontleend begrippenkader.²⁹

2.2.2 Sociaal-economische achtergrond

In een land of tijdperk waar geen handel van enige betekenis wordt gedreven, kan een vennootschap niet gedijen. Het is daarom niet verwonderlijk dat de grondvormen van onze personenvennootschap, de *commenda* en de *compagnia*, voor het eerst in de bronnen worden vermeld in het eerste tijdperk van expansie van de West-Europese economie, omstreeks het jaar 1000.³⁰ Vóór die tijd was de West-Europese economie als gevolg van de ineenstorting van het West-Romeinse

22. D. 17.2.29.

23. Gai. 3.150.

24. Gai. 3.149.

25. D. 17.2.29.2.

26. Gai. 3.150 en 151; D. 17.2.4.1.

27. D. 17.2.65.

28. Zimmermann, *Obligations*, 454-455; M. Kaser / F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht* (Zwolle 1971) 217-221.

29. Zie voor de *societas* in het *ius commune*: H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800* (München 1985) 464-469.

30. L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*. Handbuch des Handelsrechts I (Stuttgart 1891) 258; Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial* (Parijs 1986) 167, 170.

HOOFDSTUK 2

rijk nagenoeg tot stilstand gekomen. Wat resteerde, waren kleine leefgemeenschappen rond een burcht of versterkte woning die zelfonderhoudend waren en micro-economieën op zichzelf vormden. De handel in goederen, zeker die over langere afstand, vond nog slechts in bescheiden mate plaats. Aan geld is onder dergelijke omstandigheden weinig behoefte, waardoor van een geldeconomie van enige betekenis nauwelijks sprake kon zijn. De handel in het westelijke bekken van de Middellandse zee werd verder onmogelijk gemaakt door piraten uit Noord-Afrika die de zeeën onveilig maakten. Aan deze economische depressie kwam geleidelijk een einde. Zuid-Italië maakte al die tijd deel uit van het Byzantijnse rijk waardoor het voor handelssteden als Bari en Amalfi mogelijk was om bescheiden handelscontacten te onderhouden met de welvarende handelsmarkten van Constantinopel, Antiochië en het Heilige land. Kooplieden uit deze Zuid-Italiaanse steden kwamen door die handel bovendien in contact met moslimhandelaren en hun handelssystemen. De internationale handel is in dit gebied dus nimmer geheel tot stilstand gekomen. De uitgelezen ligging van Venetië, centraal tussen het Frankische en Byzantijnse rijk, dicht bij het Lombardische achterland aan de monding van de Po, zorgde er voor dat de stad in de laatste eeuwen van het eerste millennium uit kon groeien tot een handelscentrum van internationale betekenis, waar de afzonderlijke economieën van Europa boven de Alpen, Noord-Italië en het Byzantijnse rijk elkaar ontmoetten. In de tiende en elfde eeuw bouwden Pisa en Genua aan een oorlogsvloot waarmee ze uiteindelijk gezamenlijk de Noord-Afrikaanse piraten versloegen. Als gevolg hiervan nam de handel vanuit deze steden over het westelijk deel van de Middellandse zee sterk toe. Ook Pisa en Genua onderhielden in tijden van wapenstilstand overigens commerciële contacten met Arabische kooplieden in Noord-Afrika en Andalusisch Spanje. Niet alleen de aan zee gelegen steden bloeiden in deze periode op. De centrale ligging van Lombardije, waar de belangrijkste landwegen en de rivier de Po doorheen lopen, maakte de steden in dit gebied, zoals Milaan en Pavia, tot ideale marktplaatsen. De bloei van het marktwezen stimuleerde de nijverheid en industrie. Al deze ontwikkelingen leidden tot de groei van de handelssteden en het ontstaan van aparte sociale klassen van koop- en handwerklieden. De eerste kruistocht aan het einde van de elfde eeuw bracht rechtstreekse handelscontacten tussen met name Genua en Pisa en de Levant tot stand en stimuleerden de stichting van handelskoloniën in deze gebieden.³¹ In dit economisch klimaat zijn de *commenda* en de *compagnia* tot ontwikkeling gekomen. Deze associatievormen hebben in sterke mate bijgedragen aan die middeleeuwse handelsexpansie. Zij maakten een verbond mogelijk tussen degene die kapitaal wenste te investeren en de koopman die handelend door de wereld trok; dit maakte het mogelijk dat over verschillende

31. Gino Luzzato, *An economic history of Italy* (Londen 1961) 47-85; M. Postan en E.E. Rich, *Trade and Industry in the Middle Ages*. The Cambridge Economic History of Europe II (Cambridge 1952) 257-355.

personen verdeeld kapitaal ten behoeve van één handelsonderneming bijeen werd gebracht.³² Onze hedendaagse personenvennootschappen zijn direct te herleiden tot deze associatievormen.³³ Iedere associatievorm zal nu afzonderlijk worden beschouwd.

2.3 Commenda

In Italië wordt in de statuten van verschillende handelssteden en in notariële akten vanaf de tiende eeuw de *commenda* vermeld.³⁴ Het woord *commenda*³⁵ is afgeleid van het Latijnse werkwoord *commendare*, dat ‘toevertrouwen’ betekent. De *commenda* verbindt kapitaal met arbeid: een kapitaalkrachtig persoon (*commendator*) vertrouwt kapitaal in de vorm van geld of handelswaar toe aan een koopman of schipper (*tractator* of *commendatarius*). De *tractator* reist over zee om met het toevertrouwde kapitaal of met de koopwaar te handelen. Hij laat als het ware het kapitaal voor gezamenlijk voordeel ‘werken’, vandaar de vaak gebruikte uitdrukking *dare et portare*³⁶ *ad laborandum*, het geven en aannemen van kapitaal om daarmee handel te drijven. De *commendator* gaat niet mee op reis en wordt daarom ook wel *socius stans* genoemd, de thuisblijvende partner. Het bijzondere van de *commenda* is gelegen in de wijze van verdeling van winst en verlies. Er zijn twee hoofdvormen te onderscheiden.

2.3.1 Hoofdlijnen

Als alleen de *commendator* kapitaal inbrengt en de *tractator* alleen zijn arbeid (de éénzijdige *commenda*), ontvangt de *tractator* gewoonlijk een kwart en de

32. Robert S. Lopez en Irving W. Raymond, *Medieval trade in the mediterranean world* (New York 1955) 174.

33. Goldschmidt, *Handbuch*, 254.

34. Het hierna volgende over de *commenda* is gebaseerd op: G. Lastig, *Die Accomendatio* (Halle 1907); Goldschmidt, *Universalgeschichte*, 255-269; W. Silberschmidt, *Die commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII Jahrhundert* (Würzburg 1884); P. Rehme, ‘Geschichte des Handelsrechts’ in: V. Ehrenberg ed., *Handbuch des gesamten Handelsrechts I* (Leipzig 1913) 28-259, aldaar 70, 101-103; Hilaire, *Introduction*, 171-173; F.J.F.M. Duynstee, *Commanditaire vraagstukken* (Zwolle 1940) 11-15; J.H. Pryor, ‘The origins of the commenda contract’, *Speculum: a journal of mediaeval studies* 52-1 (1977) 5-37; J.H. Pryor, ‘Mediterranean commerce in the Middle Ages: a voyage under contract of commenda’, *Viator* 14 (1984) 133-194; Lopez, *Medieval Trade*, 182; R. Harris, ‘The institutional dynamics of early modern Eurasian trade: The commenda and the corporation’, *Journal of Economic Behavior & Organization* 71-3 (2009) 609-622; R. Mehr, *Societas und universitas. Römischrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800* (Keulen 2008) 76-84.

35. Ook de uitdrukkingen *commanda*, *commendacio*, *recommandacio* komen voor.

36. Om die reden wordt de *tractator* ook wel *portator* genoemd.

HOOFDSTUK 2

commendator driekwart van de winst die is behaald met het kapitaal. Als zowel de *commendator* als de *tractator* kapitaal inbrengen (de meerzijdige *commenda*; in Venetië *collegantia* en elders ook wel *societas maris* genoemd), dan is het gebruikelijk dat de *commendator* twee maal zoveel kapitaal inbrengt als de *tractator* en dat ieder voor de helft in de winst deelt. Andere verdeelsleutels komen onder meer in Marseille en Genua voor. In beide gevallen zal de *tractator* aan het einde van de reis het kapitaal van de *commendator* moeten terugbetalen, vermeerderd met diens deel in de behaalde winst of verminderd met het geleden verlies van de onderneming. De *tractator* is jegens de *commendator* niet aansprakelijk voor het verlies van het door de *commendator* ingebrachte kapitaal wanneer dit als gevolg van een slecht verlopen handelsreis geheel of gedeeltelijk is verloren gegaan. Komt de *tractator* dus met minder kapitaal terug dan hem bij aanvang van de reis door de *commendator* ter beschikking is gesteld, dan hoeft hij het verlies niet aan te zuiveren. Voor de meerzijdige *commenda* geldt dat partijen naar evenredigheid van hun inbreng delen in het eventuele verlies van kapitaal. De *commendator* van zijn zijde hoeft niet méér bij te dragen in het verlies van de onderneming dan de waarde van zijn inbreng. Heeft de *commendator* goederen aan de *tractator* ter beschikking gesteld en vergaat de boot die deze goederen vervoert, dan hoeft de *tractator* niets aan de *commendator* te voldoen. Daar staat tegenover dat de *tractator* de kosten van de reis, zoals die van laden en lossen of vervoer, in beginsel zelf behoort te dragen. De *commendator* betaalt daaraan niet mee.

Partijen konden overeenkomen dat de *commendator* de kosten van de onderneming, zoals de kosten van voedsel en onderdak voor de *tractator*, vracht- en vervoerkosten, tol en belastingen, geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening neemt. Dergelijke kosten werden dan hetzij begrepen in de waarde van de *commenda*, hetzij ten laste gebracht van de opbrengst.

Welk van de twee varianten van de *commenda* (éénzijdig of meerzijdig) door partijen wordt gekozen is uiteraard afhankelijk van de omstandigheden: een handelaar zonder middelen zal genoodzaakt zijn een eenzijdige *commenda* te kiezen, terwijl een meer kapitaalkrachtige handelaar ook eigen kapitaal in de *commenda* zal inbrengen om daarmee profijt te behalen. In veel gevallen zal het erop zijn neergekomen dat beide partijen, investeerder en handelaar, hun op dat moment beschikbare geld of handelswaar willen inbrengen, ook al staat dat kapitaal niet in de exacte verhouding 1 (*tractator*) staat tot 2 (*commendator*). Uit de notariële praktijk blijkt dat dit geen probleem is geweest. Het surplus van de meerzijdige *commenda* werd gewoon beschouwd als een enkelzijdige *commenda* ten behoeve van dezelfde reis. De *tractator* ‘voelt’ niettemin de verliezen van de onderneming, in het eenzijdige geval doordat hij bij verlies geen winstaandeel ontvangt terwijl hij handel heeft gedreven en werk heeft verricht, in het meerzijdige geval bovendien omdat hij zijn eigen inbreng verliest.

2.3.2 *Verschijningsvormen*

De *commenda* is eenvoudig aan te passen aan de wensen van de betrokken partijen. Zij kan worden aangegaan voor één specifieke reis, voor meer dan één reis, voor onbepaalde tijd, voor korte of voor langere tijd, soms zelfs voor verschillende jaren. De betrokkenheid van de *commendator* kan variëren: wanneer deze een dominante positie ten opzichte van de *tractator* inneemt, bepaalt hij de hoofdvoorwaarden van de handelsonderneming, waar de reis heengaat, welke handelswaar wordt aangekocht en tegen welke prijzen. Een zekere mate van handelingsvrijheid voor de *tractator* blijft altijd bestaan.

Bij de latere *commenda* komt het vaker voor dat de *tractator* de dominante partij is die voor zijn onderneming geld aantrekt van de eenvoudige burgerij en van personen die zich op grond van hun stand (adel en geestelijkheid) niet rechtstreeks met de handel inlaten. In dergelijk gevallen is de *tractator* de dominante partij en ligt het accent niet op de handelsonderneming van de geldgever maar op die van de geldnemer. In dat laatste geval spreekt men ook wel over de *participatie-commenda*. Deze associatiewijze vertoont sterke gelijkenis met de hierna te bespreken *accomandita*.³⁷

Het door de *commendator* ter beschikking gestelde kapitaal bestaat meestal in geld, maar kan uit handelswaar of een aandeel in het schip bestaan. Ook kan de inbreng bestaan in een gecrediteerde koopsom van goederen. Het komt voor dat de *tractator* en de *commendator* kapitaal in de onderneming inbrengen dat zij op hun beurt weer van derden, bijvoorbeeld familieleden, hebben ontvangen. Verder is het mogelijk dat de *tractator* het door hem in *commenda* ontvangen kapitaal weer als *commendator* in een ‘sub-*commenda*’ inbrengt. Tussen dezelfde *commendator* en *tractator* kunnen tegelijkertijd verschillende *commendae* bestaan, bijvoorbeeld voor verschillende reizen naar diverse bestemmingen. De *tractator* kan van verschillende *commendatores* kapitaal ontvangen om handel mee te drijven, waardoor eenzelfde *tractator* bij verschillende, van elkaar te onderscheiden *commendae* betrokken kan zijn. Partijen kunnen verder kapitaal in de *commenda* inbrengen dat zij uit hoofde van een rechtsverhouding met een ander (bijvoorbeeld in het kader van een vennootschap met andere handelaren) tot hun beschikking hebben. Ook kan een handelaar op dezelfde reis zowel als *tractator* van een ander als voor eigen rekening opereren. Zelfs kunnen binnen eenzelfde *commenda*-verband verschillende *tractatores* en verschillende *commendatores* betrokken zijn. De *commenda* is van oorsprong vooral gericht op de zeehandel, maar wordt later ook in de handel over land (onder de naam *societas terrae*) en zelfs in de nijverheid toegepast.³⁸

37. Zie hierna: paragraaf A 2.5.1.

38. Goldschmidt, *Handbuch*, 254; Rehme, *Geschichte*, 101-102, is van mening dat de ‘land-*commenda*’ ten minste even oud, mogelijk zelfs ouder is dan de ‘zee-*commenda*’. Hij wijst er daarbij op dat de verschijningsvorm van de *commenda* universeel is, daarbij het reizen →

HOOFDSTUK 2

Uit het voorgaande volgt dat de flexibiliteit van de *commenda* groot is. De aantrekkingskracht van de *commenda* als ondernemingsvorm is gelegen in die flexibiliteit en in de mogelijkheid om risico te spreiden door kapitaal over verschillende handelsreizen en ondernemingen te verdelen. Reizen is immers gevaarlijk in de Middeleeuwen: schepen zijn niet altijd bestand tegen de gevaren van de zee, oorlogen maken het reizen zeer risicovol. Daarnaast biedt de *commenda* investeringsmogelijkheden aan personen die zelf niet de mogelijkheid hebben om aan de handel deel te nemen, zoals de adel en de geestelijkheid. Tot slot is de *commenda* een kind van haar tijd: de kerk verbiedt het berekenen van rente (het woekerverbod), terwijl winstafhankelijke kapitaalverstrekking (zoals bij de *commenda* het geval is) wel geoorloofd is.³⁹ De *commenda* kon mede door het woekerverbod uitgroeien tot een belangrijk investeringsinstrument.

2.3.3 Juridisch karakter

Het juridische karakter van de *commenda* is moeilijker te duiden dan het economische. De meerzijdige *commenda* vertoont een sterkere overeenkomst met de hedendaagse vennootschap dan de enkelzijdige. Kapitaalinbreng door beide partijen versterkt immers het gezamenlijke en gelijkwaardige karakter van de samenwerking. Niet voor niets wordt de meerzijdige *commenda* in Venetië ook wel *collegantia* genoemd, welke naam duidt op het gezamenlijke karakter van de onderneming. Toch mag niet over het hoofd worden gezien dat bij de eenzijdige *commenda* de handelende partij ook iets inbrengt, namelijk zijn arbeid. Op het punt van de inbreng vertoont dus ook de enkelzijdige *commenda* overeenkomsten met de vennootschap. Een punt van verschil tussen de *commenda* en de vennootschap is dat bij de *commenda*, zeker bij de vroege verschijningsvormen daarvan, sprake is van een gezagsverhouding tussen de *commendator* en de *tractator*. De *commendator* is daar de kapitaalkrachtige partij die het voor het zeggen heeft en bepaalt waar de reis naartoe gaat en met welke handelswaar. De *tractator* heeft die aanwijzingen op te volgen. De gelijkheid van partijen die de vennootschap kenmerkt is hier dus niet aanwezig. Zoals bleek, is die gezagsverhouding bij latere *commendae* minder sterk aanwezig.

Een ander juridisch verschil tussen de eenzijdige *commenda* en de vennootschap is dat de eerste naar de maatstaven van het Romeinse recht als een reëel contract zou kunnen worden beschouwd.⁴⁰ Een reëel contract (*contractus re*)

met kapitaal centraal staat en het landreizen historisch gezien aan de zeereis vooraf is gegaan. Zijn andersluidende mening baseert hij op het feit dat het bronnenmateriaal waaraan de stelling dat de 'zee-*commenda*' de oorspronkelijke *commenda* is, gewoonlijk wordt ontleend, voornamelijk uit de zeesteden afkomstig is.

39. Jacques Le Goff, *De woekeraar en de hel: economie en religie in de Middeleeuwen* (Amsterdam 1987) 21-45.

doet zich voor in gevallen, waarbij iemand door het aannemen van een zaak (waaronder geld) tot teruggave of terugbetaling verplicht wordt.⁴¹ De wils-overeenstemming tussen partijen is daarbij op zichzelf niet voldoende om rechten en verplichtingen in het leven te roepen. Bij reële contracten ontstaan de (wederzijdse) verplichtingen pas op het moment dat de (kapitaal)overdracht heeft plaatsgevonden. Het Romeinse recht beschouwde onder meer verbruikleen (*mutuum*), bruikleen (*commodatum*) en bewaargeving (*depositum*) als reële contracten.⁴² De vennootschap (*societas*) wordt in het Romeinse recht daarentegen altijd als een consensueel contract (*obligatio consensu*) beschouwd, dat wil zeggen een contract waarbij uitsluitend de wilsovereenstemming (wederzijds) de verplichtingen doet ontstaan.⁴³ De samenwerking in de vorm van de latere *commenda* was in het Romeinse recht weliswaar onbekend, maar desondanks kan ten minste de eenzijdige *commenda* (waarbij immers het ter beschikking stellen van kapitaal door de *commendator* aan de *tractator* centraal staat) als een reëel contract naar Romeinsrechtelijke maatstaven worden beschouwd.⁴⁴ Voor de meerzijdige *commenda* is dit slechts anders wanneer de *commenda* als Romeinsrechtelijke *societas* kan worden aangemerkt. Het verschil tussen het reële en het consensuele contract is in het bijzonder van belang voor de vraag vanaf welk moment partijen jegens elkaar tot iets verplicht zijn. Indien en voor zover de *commenda* als een reëel contract wordt beschouwd, kan de *tractator* vóór het moment van kapitaaloverdracht niet worden verplicht de reis te maken en kan de *commendator* niet worden verplicht zijn kapitaal in te brengen. Tot dat moment ook kunnen beide partijen zonder juridische gevolgen van hun voornemen afzien, ook al hebben zij wilsovereenstemming bereikt. Bij de vennootschap is dit anders. Daar ontstaan de wederzijdse verplichtingen al op het moment dat partijen wilsovereenstemming hebben bereikt, ook al is aan de daadwerkelijke onderneming in het geheel geen uitvoering gegeven.

In de Middeleeuwen was men niet zeker van het juridische karakter van de *commenda*. De diverse middeleeuwse benamingen voor de *commenda* leiden namelijk tot verwarring. Zo wordt in Genua zowel de meerzijdige als de enkelzijdige *commenda* ‘*societas*’ (vennootschap) genoemd. In Venetië worden de *commendator* en de *tractator* ook wel *creditor* en *debitor* genoemd, hetgeen

40. Deze stelling wordt ongemotiveerd verdedigd door Hilaire, *Introduction*, 172 en Pryor, *Origins*, 20.

41. D. 44.7.1-6; Inst. 3.14.

42. J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (Leiden 1948) 223-237.

43. Van Oven, *Leerboek*, 280-291.

44. Pryor, *Mediterranean commerce*, 136-140, wijst op het feit dat uit notariële stukken blijkt dat bij de *commenda* pas op het moment van kapitaalverschaffing wederzijdse verplichtingen ontstaan. Volgens Pryor is de *commenda* daarom een reëel contract. Zie voor de juridisch aard van het *faenus nauticum* als voorloper van de *commenda* ook: paragraaf A 2.3.4.

HOOFDSTUK 2

de indruk wekt dat het om een lening gaat. Daar staat tegenover dat het ter beschikking stellen van kapitaal tegen een vaste rente soms ook onder het begrip *societas* wordt geschaard. Verder wordt de kwalificatie *commenda* ook wel gegeven aan contracten waarbij de *commendator* kapitaal aan de *tractator* ter beschikking stelt om daarmee op provisiebasis of tegen een vaste beloning handel te drijven. De *tractator* handelt vervolgens op eigen naam maar voor rekening en risico van de *commendator*. De met het kapitaal behaalde winst komt bij deze *commenda*-vorm geheel toe aan de *commendator*. De *tractator* deelt hier, anders dan bij de ‘echte’ *commenda*, dus in het geheel niet in de winst. Begrippen als commissiecontract en arbeidsovereenkomst liggen bij deze vorm van de *commenda* dan ook veel eerder voor de hand.⁴⁵

Kennelijk was men ook toentertijd niet geheel zeker welke juridische kwalificatie men aan de *commenda* diende te geven. Dit zal samenhangen met het feit dat het Romeinse recht de *commenda* niet kende. De stedelijke statuten en de notarisakten waarin de *commenda* wordt geregeld dienden aansluiting te zoeken bij de terminologie van het Romeinse recht die het beste aansloot bij de rechtsfiguur van de desbetreffende *commenda*. Veelal heeft men er gemakshalve voor gekozen om bij het opstellen van statuten en akten aan te sluiten bij het begrip *societas*. Daaruit kan worden afgeleid dat de *commenda* naar de toenmalige beleving het dichtst tegen de *societas* aanleunde en dus een vennootschappelijk karakter droeg. Of men in de praktijk ook werkelijk belang heeft gehecht aan de juridische kwalificatie van de ondernemingsvorm valt te betwijfelen.

Er is reeds aangegeven dat de *commenda* in vele gedaanten verschijnt. Eén *tractator* kan tegelijkertijd handelen ten behoeve van verschillende *commendatores*, waardoor evenveel van elkaar gescheiden *commendae* ontstaan. Wanneer deze *commendatores* binnen dezelfde *commenda* actief zijn, kunnen de *commendatores* gezamenlijk een vennootschap vormen. Ook kunnen verschillende *tractatores* binnen eenzelfde *commenda*-verband verbonden zijn aan één of meer *commendatores*; zij zullen dan hoofdelijk aansprakelijk zijn geweest voor de betalingsverplichtingen jegens de *commendator(es)*. Dit is ook wel begrijpelijk wanneer in aanmerking wordt genomen dat iedere *tractator* de hoofdsom en de winst aan de *commendator* zal voldoen uit dezelfde handelswaar of dezelfde buidel geld.

Het is niet zeker of de *tractator* steeds op eigen naam met derden handelde, maar omdat handelstransacties gewoonlijk ter plekke werden afgerekend, zal deze vraag in de praktijk van ondergeschikte betekenis zijn geweest. Het belang van de vraag wie de vennoot of de kapitaalverschaffer van de *tractator* is, komt immers pas aan de orde als de *tractator* niet direct afrekent en de handelspartner zijn verhaalsrecht zeker wenst te stellen. Om dezelfde reden was de externe

45. In Genua staat dit contract ook bekend onder de naam *implicita*.

aansprakelijkheid van de *commendator* in de handelspraktijk zonder betekenis. Dit verklaart ook waarom de statuten van de Italiaanse steden niets vermelden over diens aansprakelijkheid.

Uit de statuten en notariële akten blijkt niet ondubbelzinnig bij wie de eigendom berust van het in *commenda* gegeven kapitaal. Voor de enkelzijdige *commenda* geldt dat de eigendom van de goederen die zijn verkregen met de handel berust bij de *tractator*, terwijl de *commendator* het risico op tenietgaan draagt. Om die reden bepalen de statuten van verschillende Italiaanse handelssteden dat de *commendator* zich, nadat de *tractator* is teruggekeerd, ten opzichte van de privéschuldeisers van de *tractator* bij voorrang mag verhalen op de handelswaar van de *commenda*. Bij de meerzijdige *commenda*, waarbij beide partijen kapitaal inbrengen, kan er sprake zijn geweest van mede-eigendom.

2.3.4 Historische wortels

De historische wortels van de *commenda* zijn, zoals gezegd, onzeker. De *commenda* in haar oorspronkelijke vorm is in essentie een overeenkomst waarbij ten behoeve van een handelsreis de ene partij tegen vergoeding van rente of een aandeel in de winst kapitaal ter beschikking stelt en de andere partij de benodigde arbeid inbrengt. Het risico op tenietgaan van het ter beschikking gestelde kapitaal berust bij de kapitaalverstrekker, maar diens aansprakelijkheid jegens degene die de arbeid verricht gaat niet verder dan de waarde van het ingelegde kapitaal. Vergelijkbare overeenkomsten vindt men terug bij bijna alle volkeren zodra een zekere trap van beschaving is bereikt.

Zo kent het Oud-Babylonische recht de *tapputum*, een handelsovereenkomst waarbij een vermogend persoon kapitaal, meestal in de vorm van zilver, aan een handelaar ter beschikking stelt om daarmee handel te drijven en winst te behalen. Aan de kapitaalverschaffer komt naast rente over het kapitaal ook de helft van de met de handel behaalde winst toe. Anders dan bij de *commenda* houdt de handelaar overigens wél de verplichting de hoofdsom terug te betalen aan de kapitaalverschaffer, ook wanneer het handelskapitaal om welke reden dan ook teniet is gegaan. Dit contract draagt sterk het karakter van een lening, zij het dat de kapitaalverschaffer naast een vaste rente ook een aandeel in de winst toekomt. Net als bij de *commenda*, deelt de kapitaalverschaffer niet in het verlies. Een andere overeenkomst met de *commenda* is de gezagsverhouding tussen de kapitaalverschaffer en de handelaar. De eerste (die in de overgeleverde contracten *ummeanum* oftewel ‘meester’ wordt genoemd) bepaalt grotendeels de wijze waarop de handelsreis zal worden uitgevoerd.⁴⁶ Ook de Grieken schijnen een op de *commenda* gelijkende associatievorm te hebben gekend. Verder kende het oude Athene een lening ter financiering van een zeereis, waarbij het schip of de lading als zekerheid voor terugbetaling dient.⁴⁷ Deze zeelening is bekend onder de naam *daneion* of *argyrion ampho-heteroploun* wanneer de zeelening zag op een retourreis en *argyrion heteroploun* of *ta heteroploa* wanneer het

46. W. Eilers, *Gesellschaftsformen im altbabylonischen Recht* (Leipzig 1931) 5-37.

47. Walter Ashburner, *The Rhodian Sea-Law* (Oxford 1909) 212.

HOOFDSTUK 2

een enkele reis betrof.⁴⁸ Vooraf wordt door partijen vastgelegd waar de reis naar toe zal gaan, hoeveel de rentevergoeding zal bedragen en welke goederen als zekerheid voor terugbetaling zullen dienen. De verplichting tot terugbetaling is afhankelijk van de veilige aankomst of terugkeer van de boot en de lading. Komt de boot met de goederen veilig op de plaats van bestemming, dan dient de lening binnen korte tijd (twintig dagen) te worden afbetaald. Tot dat moment blijven de bezwaarde goederen in de macht van de geldgever. Wanneer het schip of de lading op zee vergaat voordat de reis is beëindigd, vervalt de terugbetalingsplicht van de geldlener.⁴⁹

Het Romeinse recht kent onder meer *faenus nauticum* of *pecunia traiectica*, een lening die ten behoeve van transport over zee wordt verstrekt. Wanneer het schip behouden aankomt op de plaats van bestemming dient de geleende hoofdsom met rente aan de investeerder te worden terugbetaald. Wanneer het schip met de lading verloren gaat voordat de haven van bestemming is bereikt, wordt het verlies van het ter beschikking gestelde kapitaal geheel door de investeerder gedragen.⁵⁰ De Griekse en Romeinse zeeleningen verschillen van de *commenda* omdat de geldnemer in de eerste gevallen de verplichting heeft het ter beschikking gestelde kapitaal aan de geldgever terug te betalen, tenzij het kapitaal op zee teniet gaat. Bij de *commenda* draagt de geldgever altijd het risico van tenietgaan. Daarbij komt dat de geldgever bij de zeeleningen een weliswaar hoog maar vast rentepercentage⁵¹ ontvangt, in plaats van een aandeel in de winst.

Verder kent het Romeinse recht het *depositum irregulare*, waarbij een kapitaalbezitter geld aan een bewaarnemer toevertrouwt⁵² die dit geld tegen vergoeding voor zichzelf mag gebruiken en vermeerderen.⁵³ Het *depositum irregulare* verschilt van de zuivere lening (*mutuum*) in de zin dat een lening in het belang van de ontvanger wordt verstrekt, terwijl het *depositum*, zoals ook het geval is bij de *commenda*, in het belang van de kapitaalverstrekker plaatsvindt.⁵⁴

Als men *faenus nauticum* als voorloper van de *commenda* beschouwt, kan daarin niet zonder meer de bevestiging worden gevonden dat de *commenda* een reëel contract is.⁵⁵ *Faenus nauticum* vindt zijn oorsprong in de Hellenistische wereld en is door de Romeinen als handelsinstrument overgenomen.⁵⁶ Romeinse rechtsgeleerden hadden moeite dit instrument

48. Ibidem.

49. Ashburner, *Sea Law*, 213-216.

50. D. 22.2.1 en 3; C. 4.33.5.4; Ashburner, *Sea Law*, 227-229; Pryor, *Origins*, 22-23;

51. Het rentepercentage was onbeperkt totdat Justinianus dit vaststelde op maximaal 12%: Ashburner, *Sea Law*, 217.

52. D. 16.3.26 spreekt van *commendare* (toevertrouwen), hetgeen in D. 50.16.186 gelijk wordt gesteld aan *deponere*.

53. D. 16.3.26 en 28.

54. Zimmermann, *Obligations*, 215-218.

55. Zie hierboven: paragraaf A 2.3.3.

56. Zimmermann, *Obligations*, 183.

binnen hun bestaande juridische systematiek in te passen.⁵⁷ Bekend is slechts dat een op *faenus nauticum* gelijkend handelsinstrument in de periode van het klassieke Romeinse recht werd overeengekomen door middel van een aan vaste vormen gebonden mondelinge toezegging (*stipulatio*).⁵⁸ *Mutuum* was daarentegen wel een zuiver reëel contract.⁵⁹ Maar de verplichting om rente te betalen over de verstrekte geldsom maakte geen deel uit van de verplichtingen uit hoofde van dit contract. Rentebetaling diende door middel van *stipulatio* separaat door de debiteur te worden toegezegd.⁶⁰

Tot slot kent het Romeinse recht een vorm van *societas* waarbij net als bij de *commenda* één vennoot kapitaal inbrengt en een ander arbeid.⁶¹ Als uitgangspunt van de Romeinse *societas* geldt dat de vennoten naar rato van hun inbreng delen in het resultaat van de *societas*. Bij deze vorm van *societas* is het toegestaan dat de arbeid inbrengende vennoot wél deelt in de winst van de onderneming maar niet in het verlies, namelijk wanneer de door hem verrichte arbeid ten minste evenveel waard is als het verlies. Dit wordt gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat de verrichte arbeid vaak zeer intensief is: de vennoot reist alleen over zee, verblijft alleen in het buitenland en staat bloot aan gevaren.⁶²

Ter illustratie dient het volgende: vennoot A brengt handelswaar ter waarde van 500 *denarii* in de *societas* in en vennoot B brengt slechts arbeid in. De arbeid van B bestaat erin dat hij de handelswaar over zee vervoert en aan de man zal proberen te brengen. Wanneer de handelswaar op deze reis door een ongeluk vergaat, beloopt het verlies van de *societas* 500 *denarii*. Op basis van de voor de *societas* geldende hoofdregel dienen de vennoten dit verlies ieder voor de helft te dragen, dus ieder 250 *denarii*, en dient B A te compenseren. Maar ervan uitgaande dat de arbeid die B heeft ingebracht een waarde vertegenwoordigt van 500, deelt B in dit geval niet in het verlies en behoeft hij niet 250 *denarii* met A af te rekenen.

In economische zin bestaat er nauwelijks verschil tussen deze variant van de *societas* en de *commenda*. Anders dan bij de *commenda* deelt de arbeid verrichtende vennoot wel in de verliezen voor zover deze boven de waarde van zijn arbeid uitgaan. Bovendien deelt de investeerder in de verliezen van de vennootschap, ook wanneer deze de waarde van zijn kapitaal inbreng overstijgen.⁶³ Tot slot is de investeerder een volle vennoot die doorgaans aan het beheer van de *societas* deelneemt. De *commendator* is daarentegen een terughoudend en voor derden onbekend persoon.

57. Ibidem.

58. Ibidem, 184-185.

59. Gai. 3.90.

60. D. 19.5.24.

61. C. 4.37.1, Inst. 3.25.2 en D. 17.2.5.1.

62. D. 17.2.29.1.

63. D. 17.2.52.4, D. 17.2.52.3 en D. 17.2.58.1; Zimmermann, *Obligations*, 461-462.

HOOFDSTUK 2

Van de Byzantijnen is de *chreokoinonia* bekend. Het gaat hier om een tamelijk obscure⁶⁴ vennootschap (*koinonia*) gericht op de zeehandel, waarbij één vennoot kapitaal en een andere vennoot arbeid inbrengt. Het kapitaal wordt tegen vergoeding van een aandeel in de winst ter beschikking gesteld ten behoeve van één handelsreis. De vennootschap kan ook voor bepaalde tijd (dus ook nadat de eerste reis is beëindigd) voortduren. De arbeid verrichtende vennoot dient het kapitaal aan de kapitaalverschaffer aan het einde van de vastgestelde periode terug te betalen, tenzij het kapitaal voor die tijd verloren gaat als gevolg van brand, rovers of schipbreuk. In dat geval wordt het verlies naar rato van de winstverdeling door beide partijen gedragen.⁶⁵ De interne aansprakelijkheid van de kapitaalverschaffer kan de waarde van het door hem ter beschikking gestelde kapitaal dus overstijgen. De *chreokoinonia* wijkt daarom af van de *commenda*, en wel omdat de *commendator* niet verder aansprakelijk is dan voor de waarde van zijn inbreng.⁶⁶

De Moslims kennen onder de naam *qirad* eveneens een contract waarbij één of meer kapitaalkrachtige kooplieden tegen vergoeding van een aandeel in de winst kapitaal investeren in de handelsonderneming van een minder krachtige koopman. Net als bij de *commenda* deelt de koopman in het geheel niet in het verlies van de onderneming. De winst wordt net als bij de *commenda* tussen partijen verdeeld.⁶⁷ Anders dan bij de *commenda*, waarbij een vaste verdeelsleutel voor de winst geldt, kunnen bij de *qirad* de winst- en verliespercentages variëren. Ook op andere punten verschilt de *qirad* van de *commenda*: de *qirad* werd voornamelijk voor landreizen gebruikt, het kapitaal bestond bij de *qirad* in beginsel uit geld en niet uit handelswaar en de beperking van de aansprakelijkheid van de investeerder tot de hoogte van zijn kapitaalinbreng is niet absoluut.⁶⁸

De Joden kenden onder de naam *isqa* al vóór de tiende eeuw een personenassociatie waarbij de investeerder geld of handelswaar aan een koopman ter beschikking stelt om daarmee te handelen.⁶⁹ Uitgangspunt is dat beide

64. Al onze kennis over de *chreokoinonia* is afkomstig van één korte juridische tekst uit het Rhodiaanse Zeerecht: Ashburner, *Sea Law*, 235.

65. Ashburner, *Sea Law*, 234-236; Abraham L. Udovitch, 'At the origins of the Western commenda: Islam, Israel, Byzantium?', *Speculum: a journal of mediaeval studies* 37-2 (1962) 198-207, aldaar 201-202.

66. Pryor, *Origins*, 23-26, meent dat de desbetreffende tekst onjuist door Ashburner is vertaald. Op basis van diens vertaling kan het aandeel in de winst van het aandeel in het verlies verschillen. Het gevolg hiervan is dat de partijen zouden kunnen afspreken dat de kapitaalverschaffer wel deelt in de winst maar niet in het verlies. In dat geval komt de *chreokoinonia* overeen met de *commenda*. De mening van Pryor wordt niet door iedere Byzantinist gedeeld.

67. Udovitch, *Origins*, 202-207.

68. Pryor, *Origins*, 31.

69. Udovitch, *Origins*, 199-201.

partijen zowel in de behaalde winst als in het geleden verlies delen, als het winstdeel van de handelaar maar hoger is dan zijn aandeel in het verlies. De twee meest gangbare (op de Talmud gebaseerde) verdelingen zijn: 1) een gelijke verdeling van de winst tussen partijen, terwijl de investeerder voor 2/3 in het verlies deelt, en 2) een gelijke verdeling van het verlies, terwijl de handelaar voor 2/3 in de winst deelt. Anders dan bij de *commenda* draagt de handelaar bij de *isqa* nog steeds het risico van verlies van het kapitaal, zij het ten dele. De handelaar heeft immers de verplichting om een deel van het verlies aan de investeerder te vergoeden, wanneer diens geïnvesteerde kapitaal teniet is gegaan.⁷⁰

Geen van de voornoemde associatievormen draagt alle kenmerken van de *commenda*. Het blijft dus de vraag waar de oorsprong van de *commenda* moet worden gevonden. Het is gezien de langdurige en rechtstreekse handelscontacten tussen de Byzantijnen en Italiaanse havensteden als Venetië en Amalfi zeer wel verdedigbaar dat de *commenda* haar eigenschappen heeft ontleend aan Byzantijnse voorgangers. Omdat de Romeinse cultuur na de ineenstorting van het Romeinse keizerrijk juist het sterkst overeind is gebleven in de gebieden waar de *commenda* voor het eerst voorkomt, is het bovendien denkbaar dat relictten van vergelijkbare klassieke associatievormen eveneens op de ontwikkeling van de *commenda* van invloed zijn geweest. Niet uit te sluiten valt verder dat de *isqa* en de *qirad* een bepaalde mate van invloed hebben uitgeoefend op de ontwikkeling van de *commenda*.⁷¹ Joodse handelaren speelden als tussenpersoon namelijk een zeer belangrijke rol in de onderlinge handelscontacten tussen de Italiaanse steden, het Byzantijnse rijk en het Moslimrijk. Mogelijk ook hebben de Joodse handelaren de *qirad* zelf van de Arabische kooplieden overgenomen.⁷² Hoe het ook zij, vastgesteld kan worden dat de *commenda* een handelsinstrument is dat in de praktijk door Italiaanse kooplieden is ontwikkeld, niet in de studeerkamer van een rechtsgeleerde. Ongetwijfeld hebben deze kooplieden oog gehad voor de voordelen van de handelsinstrumenten van degenen met wie zij handel dreven: Byzantijnen, Joden, Arabieren. Er dient dan

70. Pryor, *Origins*, 28-29, meent dat de *isqa* gelijk kan worden gesteld met de bilaterale *commenda* omdat in beide gevallen de winst half om half wordt gedeeld terwijl de *tractator*, net als de handelaar bij de *isqa*, voor 1/3 deelt in het verlies. Hij wijst er daarbij op dat het enige verschil tussen de twee associatievormen is dat bij de *isqa* de handelaar geen geld inbrengt maar arbeid. Pryor ziet over het hoofd dat bij de *commenda* de *tractator* én kapitaal én arbeid inbrengt. Daarbij komt dat de handelaar bij de *isqa* altijd de verplichting heeft om in geval van verlies een deel van het kapitaal van de investeerder te vergoeden. Bij de bilaterale *commenda* ziet de *commendator* in geval van verlies niets terug van zijn investering.

71. Udovich, *Origins*, 207.

72. *Ibidem*, 201.

HOOFDSTUK 2

ook van uit te worden gegaan dat de *commenda* in de dagelijkse handelspraktijk geleidelijk is ontwikkeld aan de hand van al deze handelsinstrumenten.

2.4 Compagnia

De *compagnia*⁷³ is voor de landhandel wat de *commenda* voor de zeehandel is: een handelsinstrument voor het samenbrengen van kapitaal en arbeid en het spreiden van risico.

De historische wortels van de *compagnia* zijn onzeker. Het is waarschijnlijk dat zij in ieder geval mede kunnen worden gevonden in de middeleeuwse familie- en beroepsgemeenschappen die het ongedeelde vermogen omvatten van ieder die onder hetzelfde dak leefde. Haar naam duidt daar ook op: *compagnia* is afgeleid van het Middeleeuws Latijnse woord *cumpanis*, iemand die van hetzelfde brood eet. Oorspronkelijk kende men in de familie geen privé-eigendom en bestond de familiegemeenschap uit alle goederen van de verschillende familieleden, zowel de goederen die verband hielden met bedrijfsactiviteiten (het gereedschap van handwerklieden) als de goederen die daar geen betrekking op hadden (huisraad, erfenissen, onroerende zaken). Inherent aan het familiale karakter werd deze gemeenschap voor onbepaalde tijd aangegaan. Geleidelijk aan beperkte de goederengemeenschap zich tot de bedrijfsactiviteiten van de familie en namen alleen die familieleden aan de gemeenschap deel die ook daadwerkelijk de bedrijfsactiviteiten verrichtten. Uit deze beroepsgemeenschappen zou de *compagnia* dan zijn ontstaan, namelijk doordat geleidelijk ook aangetrouwde familieleden en zelfs niet aan de familie gerelateerde personen tot die bedrijfsgemeenschap werden toegelaten en de gemeenschap zelfs geheel kon bestaan uit leden die niet in familiale zin aan elkaar verbonden waren. De gemeenschap kon vanaf dat moment ook voor bepaalde tijd worden aangegaan, zij was immers niet meer verbonden met de duur van de familieband, maar met het tijdelijke karakter van de bedrijfsactiviteiten. Tegen de oorsprong van de *compagnia* in de familiegemeenschap spreekt het feit dat uit diverse Italiaanse stadsregelingen blijkt dat deze nagenoeg onveranderlijk is blijven bestaan naast de *compagnia*. Bovendien waren de leden van deze gemeenschap weliswaar hoofdelijk aansprakelijk, maar hun aansprakelijkheid (anders dan bij de *compagnia*) was beperkt tot het vermogen van die gemeenschap.

In de *compagnia* wordt door de leden zowel kapitaal als arbeid ingebracht om daarmee gezamenlijk een bedrijf uit te oefenen. Onder bedrijfsactiviteiten dienen zowel de economische activiteiten die in de nijverheid worden verricht (het vervaardigen van goederen en de verkoop daarvan), als de handelsactiviteiten van kooplieden (het aan- en verkopen van goederen) te worden begrepen. Anders dan bij de *commenda* nemen alle leden van de *compagnia* ook daadwerkelijk aan de bedrijfsactiviteiten deel. Het feitelijke centrum van de *compagnia* is de plaats waar de bedrijfsactiviteiten worden uitgeoefend: de

73. Het hierna volgende over de *compagnia* is gebaseerd op: Goldschmidt, *Universalgeschichte*, 273-290; Hilaire, *Introduction*, 174-177; Duynstee, *Commanditaire vraagstukken*, 22-24; Lopez, *Medieval Trade*, 185-202; Mehr, *Societas und universitas*, 30-213.

winkel of de werkplaats. Het ‘ideële uithangbord’ van het bedrijf is de naam waarmee het bedrijf in het economisch verkeer naar buiten treedt. Dit is meestal de naam van de oprichter van het bedrijf met de toevoeging “*e compagnia*” of “*et socii*”. In Italië wordt deze naam ook wel de *firma* (handtekening) van het bedrijf genoemd.

De meest opvallende eigenschap van de *compagnia* is dat iedere vennoot de overige vennoten kan verbinden. Iedere vennoot kan dus door derden worden aangesproken voor een schuld die door een andere vennoot in naam van het bedrijf is aangegaan: zij zijn hoofdelijk jegens de derde aansprakelijk. Koopt één van de leden bijvoorbeeld grondstoffen voor het bedrijf en doet hij dat in naam van het bedrijf door de firma aan de leverancier mede te delen, dan kan de leverancier van de grondstoffen alle leden afzonderlijk aanspreken voor de betaling van de overeengekomen koopprijs. Daarin verschilt de *compagnia* van de *commenda*, waarbij derden de *commendator* immers niet kunnen aanspreken voor de schulden die de *tractator* tijdens zijn handelsreis is aangegaan.

Dat de vennoten handelen op naam van de *compagnia* (*nomine societatis*) leidt niet alleen tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten, maar zorgt er bovendien voor dat onderscheid kan worden gemaakt tussen de handelingen die een vennoot verricht ten behoeve van zijn eigen bedrijfsactiviteiten en die welke hij ten behoeve van de *compagnia* verricht. Ook de gescheiden boekhouding van de *compagnia* (*libri societatis*) en een eventueel firmalogo (*signum societatis*) op de handelswaar en in de boeken van de *compagnia* maken dit onderscheid mogelijk.

De bronnen waaruit men de kennis over de *compagnia* put (stadsregelingen, notariële akten en gildestatuten) zijn grotendeels afkomstig uit de landsteden van Italië.⁷⁴ Uit deze bronnen blijkt dat de *compagnia* met name werd gebruikt in de nijverheid en de landhandel. In de zeehandel treft men haar aanvankelijk nauwelijks aan, de vroege Venetiaanse *fraterna compagnia* uitgezonderd.

2.4.1 Juridisch karakter

Het juridische karakter van de *compagnia* is niet onder één noemer te brengen. Het komt voor dat kooplieden onder de naam ‘*compagnia*’ voor gemeenschappelijke rekening handelswaar aankopen, waarna een van hen deze doorverkoopt. Iedere koopman deelt vervolgens in de opbrengst al naar gelang van zijn aandeel in de aankoopprijs. Na verdeling van de opbrengst komt de samenwerking tot een einde. Dit samenwerkingsverband heeft een eenmalig karakter en vertoont overeenkomsten met de *commenda*. Het heeft te weinig substantie

74. De tekst van een aantal van deze bronnen is opgenomen in de digitale bronnenbijlage bij Mehr, *Societas und universitas*, 331-348.

HOOFDSTUK 2

om naar huidige maatstaven een vennootschap tot stand te brengen en vertoont de kenmerken van de eerdergenoemde handelingen voor gemene rekening.⁷⁵

Dit is anders wanneer kooplieden afspreken gezamenlijk een *compagnia* aan te gaan voor bepaalde of onbepaalde tijd, voor vooraf bepaalde of onbepaalde activiteiten, al dan niet met een van tevoren vastgestelde maximale inbreng. In dat geval is de samenwerking niet eenmalig, maar draagt zij een min of meer langdurig karakter. Omdat vennoten zich niet al te lang en voor al te hoge bedragen aan elkaar willen binden, is de *compagnia* vaak van korte duur en in financiële zin beperkt van omvang. Het tegenovergestelde komt ook voor: partijen brengen onder de noemer '*compagnia*' al hun goederen in gemeenschap in en/of spreken af dat de *compagnia* voortduurt zolang zij leven. Een dergelijke *compagnia* lijkt sterk op een familiegemeenschap. Beide varianten van de *compagnia* kunnen naar moderne maatstaven worden aangemerkt als een vennootschap. Beide brengen immers een samenwerkingsverband tot stand van twee of meer personen die kapitaal en/of arbeid in gemeenschap brengen en zijn gericht op het verkrijgen van gemeenschappelijk voordeel.

2.4.2 Interne verhoudingen

De interne verhouding tussen de vennoten wordt bepaald door hetgeen zij daarover gezamenlijk afspreken. Hoewel de taken van iedere vennoot afzonderlijk bij overeenkomst kunnen worden verdeeld, is iedere vennoot in beginsel bevoegd zich met het beheer van de vennootschap bezig te houden, dat wil zeggen bevoegd tot het verrichten van alledaagse feitelijke en bestuurshandelingen. Het komt voor dat slechts één vennoot het beheer over de vennootschappelijke kas voert. De vennoten zijn verplicht de goederen van de vennootschap ten bate van de bedrijfsvoering te gebruiken, zij mogen de goederen niet voor eigen doeleinden of gewin aanwenden. Veelal komen de vennoten een concurrentiebeding overeen op basis waarvan het hun verboden is om gedurende het bestaan van de vennootschap concurrerende activiteiten te ondernemen. Bij overtreding van dit verbod is de vennoot aansprakelijk voor de schade en dient hij de met de concurrerende activiteiten behaalde winst af te dragen. De gemeenschap tussen vennoten bestaat uit hun inbreng, vermeerderd met de behaalde winsten en verminderd met de geleden verliezen. De vennoten voeren voor de vennootschap een separate boekhouding die los staat van de boekhouding over het privévermogen van de afzonderlijke vennoten. Van tijd tot tijd dienen de beherende vennoten rekening en verantwoording af te leggen over het gevoerde beleid. Aan het einde van de overeengekomen periode wordt de vennootschap geliquideerd. Als uitgangspunt geldt dat gedurende het bestaan van de vennootschap geen voorschot op de winst wordt uitgekeerd en dat de vennoten pas aan het einde van de vennootschap met elkaar afrekenen. Daarmee kan zo lang worden gewacht

75. Zie eerder: paragraaf A 2.1.1.

omdat de meeste vennootschappen of van heel korte duur zijn, of juist voor zeer lange tijd in de vorm van een algehele gemeenschap van goederen zijn aangegaan. Partijen kunnen ook overeenkomen dat de eventueel behaalde winst jaarlijks wordt uitgekeerd, bijvoorbeeld in geval van een *compagnia* voor de duur van enkele jaren. Laat een vennoot zijn winst desondanks in de vennootschap, dan komt hem over dit bedrag een rentevergoeding toe. De verdeling van winst en verlies wordt bij overeenkomst bepaald. Gangbaar is een verdeling naar rato van de inbreng. Mogelijk is ook dat bij een gelijke verdeling van de winst en een ongelijke inbreng één van de vennoten meer arbeid heeft verricht dan de ander. Geschillen worden gewoonlijk door middel van arbitrage of bemiddeling beslecht, bijvoorbeeld door het aanwijzen van twee kooplieden die niet aan de *compagnia* verbonden zijn. Soms wordt de gang naar de rechter bij overeenkomst expliciet uitgesloten.

2.4.3 Externe verhoudingen

De verhoudingen van de *compagnia* en haar vennoten jegens derden laten zich als volgt schetsen. Rechtshandelingen die een afzonderlijke vennoot op eigen naam verricht, verbinden de *compagnia* en de overige vennoten niet. De vraag doet zich voor onder welke voorwaarden een vennoot de *firma* van de *compagnia* in het handelsverkeer mag gebruiken met als rechtsgevolg dat de *compagnia* en dus de overige vennoten worden verbonden. Uit de vroegste notariële akten en stedelijke statuten blijkt dat aanvankelijk een uitdrukkelijke volmacht tot vertegenwoordiging, toestemming van de overige vennoten, erkenning van de aangegane schuld in de boeken van de vennootschap of een schuld ten bate van de vennootschap noodzakelijk was om de overige vennoten te binden. De volmacht tot wederzijdse vertegenwoordiging werd in de loop der tijd zo gebruikelijk dat het bestaan ervan naar gewoonterecht werd aangenomen. Dit vermoeden wordt in het gemene recht ook wel aangeduid als het vermoeden van de wederkerige *praepositio institoriae*.⁷⁶ Een uitdrukkelijke volmacht was in veel Italiaanse steden al omstreeks de twaalfde eeuw niet meer nodig en het bestaan daarvan werd in het handelsverkeer gewoonweg aangenomen. Handelt één van de vennoten dus met gebruikmaking van de *firma* in naam van de *compagnia*, dan verbindt hij ook de overige vennoten voor die schuld. De vraag die zich vervolgens aandient, is in welke mate de in naam van de *compagnia* handelende vennoot de overige vennoten verbindt. Zoals werd opgemerkt, zijn alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor een schuld die één van hen in naam van de *compagnia* jegens een derde is aangegaan.

Een andere vraag is of de firmacrediteuren ten opzichte van de privécrediteuren van de vennoten een verhaalsvoorrang genieten op de goederen die de vennoten

76. Zie nader: paragraaf A 2.8.3.

HOOFDSTUK 2

ten behoeve van de vennootschap in gemeenschap hebben gebracht. Contemporaine bronnen lijken deze vraag bevestigend te beantwoorden.⁷⁷ Bovendien lijkt uit deze bronnen te volgen dat ook medevennoten voor interne vorderingen een verhaalsvoorrang genieten ten opzichte van privécrediteuren.⁷⁸

Duynstee⁷⁹ stelt dat de *compagnia* niet alleen een afgescheiden vermogen heeft, maar zelfs rechtspersoonlijkheid bezit. Hij verwijst in dit verband naar *decisio 7* van de Rota van Genua.⁸⁰ De zaak betrof een koopman (Ioannes) die op eigen naam stoffen had ingekocht maar de verkoper (Nicolaus) niet betaalde. Ioannes ging korte tijd later met zijn broer Franciscus een vennootschap aan. Franciscus zond Nicolaus namens de vennootschap een brief waaruit deze kon opmaken dat de stoffen ten goede waren gekomen aan de vennootschap. Nicolaus vorderde van Franciscus teruggave van de stoffen of vergoeding van de waarde. Franciscus verdedigde zich met de stelling dat Nicolaus niet met hem maar met zijn broer Ioannes een overeenkomst was aangegaan. Desondanks veroordeelde de Rota hem tot betaling omdat de vennootschap en dus ook hijzelf had geprofiteerd van de verkopen en de verantwoordelijkheid (*cura*) voor de stoffen van Ioannes had overgenomen. Zij overwoog daartoe dat een vennootschap een fictief lichaam (*corpus mysticum*) is dat uit verschillende namen is samengesmolten en waarvan iedere vennoot moet worden beschouwd als lichaamsdeel (*membrum societatis*).⁸¹ Uit de overwegingen van de Rota blijkt dat zij het *corpus mysticum* beziet in het kader van de aansprakelijkheid van vennoten voor elkaars handelingen. De bevestiging dat de vennootschap een afgescheiden vermogen heeft, kan daarin niet worden gelezen. Bovendien is de aanduiding 'afgescheiden vermogen' misleidend. Zij suggereert dat de *compagnia* een vermogen heeft dat is afgescheiden van dat van de personen die in een samenwerkingsverband werkzaam zijn. Dat is bij de *compagnia* geenszins het geval. De goederen waarmee de *compagnia* wordt gedreven, blijven eigendom van de gezamenlijke vennoten. Er zijn verder geen gevallen bekend waarin de *compagnia* als zelfstandige procespartij in rechte heeft opgetreden of waaruit anderszins blijkt dat de *compagnia* zelfstandig rechten en plichten draagt. Van een rechtspersoonlijkheid bezittende *compagnia* is dus geen sprake.

2.5 Mengvormen

De oorsprong van de *commenda* en de *compagnia* is verschillend. De twee hoofdvormen hebben elkaar in de loop der tijd wederzijds sterk beïnvloed, met

77. Mehr, *Societas und universitas*, 208-215, met daar vermelde bronnen.

78. Ibidem.

79. Duynstee, *Vraagstukken*, 23.

80. *Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad rem* (Genua 1582) *decisio 7* nr. 10.

81. *Quia societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*.

als gevolg dat vanaf de vijftiende eeuw personenassociaties werden gevormd die aan de huidige commanditaire vennootschap doen denken.⁸²

2.5.1 *Accomandita*

De Florentijnse Statuten van 30 november 1408⁸³ boden kooplieden en andere burgers de mogelijkheid een vennootschap met een koopman aan te gaan door hem geld of goederen in handen te geven om daarmee handel te drijven, terwijl de aansprakelijkheid van de geldschietster jegens derden beperkt bleef tot de waarde van zijn inbreng. De naam van de geldschietster en het bedrag van zijn inbreng diende dan wel te worden vermeld in de openbare registers van de stad. De Florentijnse regeling week daarmee af van de hoofdregel dat vennoten in een *compagnia* hoofdelijk aansprakelijk waren. Deze onder invloed van de *commenda*-gedachte gewijzigde *compagnia* werd *accomandita* genoemd, in geval van verschillende, gezamenlijk een vennootschap vormende, geldschietsters *societas per viam accomanditae*⁸⁴, en heeft in de zestiende en zeventiende eeuw onder meer navolging gevonden in Bologna (1583), Lucca (1610), Siena (1616-1619) en Rome (1629).

De Statuten van Bologna van 1583 kenden twee vormen *accomandita*.⁸⁵ Allereerst de *compagnia palese* (openbare vennootschap), waarbij de naam van de geldschietende vennoot en de waarde van zijn inbreng in de boeken van de vennootschap en in de stadsregisters dienden te worden vermeld. De *compagnia* mocht een *firma* gebruiken (door toevoeging van “en compagnie” aan de naam van de naamgevende vennoot), ook als er slechts één handelend vennoot was. De naam van de geldschietster zelf mocht niet in de *firma* voorkomen. Werd aan één van deze verplichtingen niet voldaan, dan verloor de ‘commanditaire’ vennoot zijn bescherming en was hij hoofdelijk jegens derden aansprakelijk, als ware hij beherend vennoot. De andere variant was de *compagnia secreta* (geheime vennootschap). Daarbij werd de naam van de geldschietster niet bekend gemaakt en mocht ook niet in de boeken van de vennootschap voorkomen. De *compagnia secreta* vertoonde in praktische zin gelijkenis met de *collegantia*: bij beide stonden de geldschietster en de handelende partij in een vennootschappelijk betrekking tot elkaar; bij beide was de geldschietster naar buiten toe onbekend en niet rechtstreeks door derden aan te spreken. In juridische zin zijn zij echter loten van een andere stam. Een ander significant verschil is dat bij de *commenda* met verschillende geldschietsters deze onderling geen vennootschap vormden, terwijl dat bij de *compagnia secreta* wel het geval was.

82. Zie voor de hierna te noemen *accomandita*: Goldschmidt, *Universalgeschichte*, 254 en 269; Hilaire, *Introduction*, 180-181; Duynstee, *Commanditaire vraagstukken*, 16-22; S. van Brakel, ‘De Nederlandse commanditaire vennootschap’, WPNR 3040 (Den Haag 1928) 249-252; Mehr, *Societas und universitas*, 68-76 en 172-194.

83. De tekst van de Statuten van Florence is opgenomen in de digitale bronnenbijlage bij Mehr, *Societas und universitas*, 338-340.

84. Joseph Casaregis, *Discursus legales de commercio* (Florence 1719) disc. XXIX, nr. 19.

85. De tekst van de Statuten van Bologna is opgenomen in de digitale bronnenbijlage bij Mehr, *Societas und universitas*, 344-345.

HOOFDSTUK 2

De *accomandita* is onder invloed van de handelscontacten met Italië door de Fransen als *société en commandite* in de *Ordonnance de Commerce* van 23 maart 1673 opgenomen⁸⁶ en zo tijdens de codificatieperiode van de late achttiende en negentiende eeuw in de wetgeving van vele andere landen, waaronder Nederland, terecht gekomen. De *accomandita* kan daarom worden beschouwd als de directe voorloper van de hedendaagse commanditaire vennootschap.⁸⁷

2.5.2 Italiaanse handelshuizen

Florentijnse handelaren hebben de *compagnia* gedurende de eerste helft van de veertiende eeuw ‘opgerekt’ tot buitengewone proporties.⁸⁸ In deze periode breidden de Italianen onder aanvoering van Florentijnse families als de Bardi en de Peruzzi hun handelsnetwerk uit naar Noord en West-Europa en stichtten bijkantoren of filialen in onder meer Brugge, Parijs en Londen om van daaruit handel te kunnen drijven. De omvang van deze handelshuizen was enorm. Zo had het handelshuis van de familie Peruzzi een werkkapitaal van 85.000 florijnen, een voor die tijd ongekend hoog bedrag. Dit kapitaal werd voor 40% ingebracht door leden van de familie en voor 60% door derden. De handelshuizen hadden vaak honderden personeelsleden. De leiding van het handelshuis bevond zich in Florence. De belangrijkste bijkantoren werden door partners van het handelshuis zelf geleid, de minder belangrijke kantoren door ‘factoors’. Dit waren werknemers die van het handelshuis een volmacht⁸⁹ hadden gekregen om in naam van het handelshuis transacties aan te gaan en voor hun werkzaamheden een vaste vergoeding kregen uitgekeerd. In juridische zin vormden deze handelshuizen echter één entiteit, om precies te zijn een *compagnia*. Alle vennoten van de *compagnia* (zowel de geldinbrengende als de handelende vennoten) waren hoofdelijk aansprakelijk voor de handelingen van één van hen, alsook voor de transacties die een factor in naam van het handelshuis had verricht. Men kan zich voorstellen dat een dergelijk eenvoudige juridische structuur enorme risico’s met zich mee bracht. Beging één van de vennoten of een factor een stommitieit, dan zorgde de hoofdelijke aansprakelijkheid er voor dat het gehele handelshuis, met inbegrip van alle

86. De tekst van de *Ordonnance de Commerce* is opgenomen in de digitale bronnenbijlage bij Mehr, *Societas und universitas*, 344-345.

87. Duynstee, *Vraagstukken*, 15. Zie voorts over de oorsprong van de Nederlandse commanditaire vennootschap: Asser-Maeijer 5-V, nr. 3 met daar vermelde literatuur.

88. Het hierna volgende is gebaseerd op: M.M. Postan, *Economic organization and policies in the middle ages*. The Cambridge Economic History of Europe III (Cambridge 1963) 70-79; Edwin S. Hunt en James M. Murrey, *A history of business in medieval Europe 1200-1550* (Cambridge 1999); Hilaire, *Introduction*, 181-183.

89. Zie voor een introductie op de vennootschappelijke vertegenwoordiging: W.D.H. Asser, *In solidum of pro parte. Een onderzoek naar de ontwikkelingsgeschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden* (Leiden 1983) 6-14.

bijkantoren, in het verderf werd gestort. Daar kwam bij dat bijvoorbeeld politieke onrust er toe kon leiden dat grote aantallen vennoten hun inbreng terugnamen, hetgeen een negatief effect zou hebben op het werkkapitaal van het gehele handelshuis. Toen deze risico's zich op zeker moment ook daadwerkelijk voordeden, stortten deze '*super-companies*' in een tijdsbestek van minder dan dertig maanden geheel ineen en keerden nimmer weer. De ineenstorting was het gevolg van een aantal, zich kort na elkaar voordoende, economische en politieke ontwikkelingen, zoals het herroepen van een enorme lening door de Engelse koning, de teloorgang van de internationale graanhandel en de verandering van de koersverhouding tussen goud en zilver.

De *compagnia* was vanwege haar eenvoudige juridische structuur niet tegen dergelijke ontwikkelingen bestand. Alle vestigingen waren juridisch met elkaar verbonden en sleurden elkaar daarom in het verderf mee. De *compagnia* bleek uiteindelijk niet de geschikte juridische vorm voor een complex en grootschalig handelshuis. Een aantal andere Italiaanse families, waaronder de Medici uit Florence, heeft haar handelshuis nadien in juridische zin op een andere, minder risicovolle wijze georganiseerd. Het handelshuis werd opgebouwd uit verschillende *compagnia*'s. Iedere vestiging vormde een *compagnia* op zichzelf en bestond uit een handelende vennoot die ter plaatse verbleef en een vennoot van het hoofdhuis in Italië. Deze vennoot nam ten opzichte van de ter plaatse verblijvende vennoot een dominante positie in, bepaalde in grote mate de bedrijfsvoering en controleerde vanuit de hoofdvesting de bedrijfsvoering. Hij werd daarom ook wel de *senior socius* genoemd. De andere vennoot was gebonden aan de strikte regels en instructies van het hoofdhuis. Om die reden wordt deze vennoot ook wel *junior socius* genoemd. Deze juridische constructie maakt het mogelijk dat het hoofdhuis en zijn vennoten de controle en zeggenschap behielden over hun filialen, zonder dat verliezen van één van die filialen rechtstreeks van invloed waren op een ander filiaal. De opzet van deze juridische constructie is enigszins vergelijkbaar met hedendaagse concernverhouding tussen de holding en zijn afzonderlijke dochtervennootschappen. Daarnaast wordt de functie van dergelijke handelshuizen in economische zin ook wel gelijk gesteld met die van een bank. Daarbij doelt men dan op het feit dat het handelshuis slechts geld investeert en zich verder niet bemoeit met de bedrijfsvoering van het filiaal, behalve dan door op contractuele basis restricties aan de handelende vennoot op te leggen. Ook de vergelijking met een investeringsmaatschappij dient zich aan.

2.6 Het gebied van de Duitse Hanze

Uit het voorgaande blijkt dat men in middeleeuws Italië een ruime schakering van personenassociaties kende waarvan vele het predicaat vennootschap verdienen. De grootte en de complexiteit van de Italiaanse handel maakten die

HOOFDSTUK 2

differentiatie ook noodzakelijk. Van de Italiaanse associatievormen staat verder vast dat zij ook voorkwamen in aangrenzende gebieden als zuidelijk Frankrijk en het Iberische schiereiland, in gelijke of vergelijkbare vormen. Hoe anders was het gesteld met het gebied van de Duitse Hanze. Handelshuizen van enige omvang, laat staan de ‘super-companies’ met al hun nevenvestigingen zoals die in Italië voorkwamen, kende men in de Duitse gebieden niet. De betrekkelijke eenvoud van het Noord-Europese handelsnetwerk vroeg ook niet om dergelijk ingewikkelde economische en juridische structuren. De Italiaanse handel kenmerkte zich door een complex netwerk van handelsroutes, waarbij talloze grote en kleine steden betrokken waren. Duitse handel speelde zich hoofdzakelijk af langs een klein aantal handelsroutes, waarbij Lübeck als spin in het web fungeerde met vertakkingen naar de Duitse steden in de Baltische gebieden, naar Bergen in Noorwegen, naar Londen en Brugge. De Duitse handel kenmerkte zich verder door het lage handelsvolume ten opzichte van dat van de Italiaanse gebieden. Ook de waarde van de verhandelde goederen, zoals die van bulkgoederen als hout en graan, viel doorgaans aanmerkelijk lager uit dan de waarde van luxegoederen als specerijen die in het Middellandse zeegebied werden verhandeld. Daarbij kwam dat de Duitse gebieden over het algemeen veel minder verstedelijkt waren dan in Italië het geval was. De Duitse koopman had de hoogontwikkelde economische en juridische instrumenten dus gewoonweg niet nodig. Hij verbond zich niet aan anderen en ondernam zelf zijn handelsreizen.⁹⁰

2.6.1 Wederlegging

Toch kende men in het Hanzegebied een associatievorm die naar hedendaagse begrippen als vennootschap zou kunnen worden aangemerkt: de ‘wederlegginge’ of wederlegging.⁹¹ Dat de wederlegging ook in het gebied van de Hanze als vennootschap werd beschouwd, valt af te leiden uit het feit dat zij ook wel als ‘kumpanie’ of *societas* werd aangeduid.⁹² Een wederlegging bestond uit twee kooplieden die beiden ten behoeve van een handelsonderneming kapitaal samenbrachten in de verhouding 1:1 of 2:1. Een van hen, in geval van een 2:1

90. Postan, *Economic organization*, 105-106.

91. Recentelijk is uitvoerig onderzoek naar de vennootschap in het Hanzegebied gedaan door A. Cordes, *Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum* (Keulen 1998). Zie voorts: Postan, *Economic organization*, 107; S. van Brakel, ‘Ontbrekende schakels in de ontwikkeling van ons vennootschapsrecht’ in: *Rechtshistorische Opstellen* (Haarlem 1917) 153-194; Rehme, *Geschichte*, 162-164; W. Silberschmidt, ‘Kumpanie und Sendewe. Ein Beitrag zur Geschichte der Handelsgesellschaften in Deutschland’, *Archiv für Bürgerliches Recht* 23 (1904) 1-68; W. Silberschmidt, ‘Das Sendegeschäft im Hansagebiet’, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* 68 en 69 (1910/1911) 408-438; 1-46.

92. Cordes, *Gesellschaftshandel*, 276-293.

verhouding degene met de kleinste inbreng, ging vervolgens met het bijeengebrachte kapitaal handel drijven. Er was dus slechts sprake van een vennootschap als beide partijen kapitaal inbrachten. Het verrichten van arbeid werd niet als inbreng beschouwd.⁹³ Partijen waren vrij in hun wijze van winstverdeling, waarbij winstverdeling als uitgangspunt gold. De kapitaalverhoudingen golden echter lang niet altijd als maatstaf voor de winstverdeling. In geval van een kapitaalinbreng van 2:1, kwam het geregeld voor dat de grootste kapitaalverschaffer eerst zijn derde deel uit de opbrengst nam, waarna het restant tussen beide kooplieden werd gedeeld.⁹⁴ Verliesverhoudingen werden gewoonlijk weer wel naar rato van de kapitaalinbreng gedragen. De inbreng in de wederlegging kon buiten de gangbare verhoudingen onder meer worden verhoogd door aan de handelende partij kapitaal ('sendeve') mee te geven dat uitsluitend voor risico van de kapitaalverschaffer werd verhandeld en waarvoor de handelende partij geen vergoeding ontving.⁹⁵ Ondanks het feit dat een wederlegging in beginsel uit twee personen bestond, kon zij worden uitgebreid. De kooplieden die samen een wederlegging vormden, konden namelijk op hun beurt weer een wederlegging aangaan met een andere koopman. Het in de eerste wederlegging bijeengebrachte kapitaal vormde dan in zijn totaliteit de inbreng in de wederlegging met de andere koopman.⁹⁶

2.6.2 Latere ontwikkelingen

Vanaf de vijftiende eeuw treft men naast de zuivere wederlegging ook een samenwerkingsverband aan waarbij twee kooplieden die in verschillende plaatsen zijn gevestigd met elkaar samenwerken. De samenwerking bestaat erin dat beide kooplieden geld bijeenbrengen, daarmee handelsgoederen in- en verkopen, deze aan elkaar toezenden en de daarmee behaalde winst verdelen. Net als bij de zuivere wederlegging, had het samenwerkingsverband een louter intern karakter en was het voor derden niet zichtbaar. De samenwerking tussen de kooplieden kon langere tijd voortduren. Deze associatie wordt in de contemporaine bronnen ook wel als een 'selschap' aangeduid.⁹⁷ Anders dan

93. Samenwerkingsverbanden waarbij het kapitaal afkomstig was van slechts één partij, terwijl de handelende partij voor de helft deelde in winst en verlies, werd het predicaat *societas* consequent onthouden: Cordes, *Gesellschaftshandel*, 115-119, 290 en 319. Cordes duidt deze associatie aan als *Institut der Unbenannten Kommission auf Gewinn und Verlust*.

94. Cordes, *Gesellschaftshandel*, 294-297.

95. Ibidem, 139-140. Rehme en Silberschmidt stellen in de eerdergenoemde werken dat de 'sendeve' een op zichzelf staande associatievorm is. Cordes toont met het door hem uitgevoerde bronnenonderzoek aan dat een 'sendeve' steeds een onderdeel vormt van een 'wederlegginge'.

96. Cordes, *Gesellschaftshandel*, 134.

97. In de hedendaagse literatuur wordt dit samenwerkingsverband ook wel *gegenseitige Ferngesellschaft* genoemd, naar Gunnar Mickwitz, *Aus Revaler Handelsbüchern. Zur technik des Ostseehandels in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts*. Commentationes →

HOOFDSTUK 2

bij de zuivere wederlegging het geval is, treden bij het ‘selschap’ beide kapitaalverschaffers handelend op.⁹⁸ De ‘selschap’ vertoont overeenkomst met onze hedendaagse stille vennootschap.

Daarnaast treft men vanaf de vijftiende eeuw vennootschappen aan met kapitaalinbreng door meer dan twee personen, waarbij alle kapitaalverschaffers ook handelend optreden, kapitaal in de vorm van arbeid wordt ingebracht en de vennootschap naar buiten toe door middel van volmachtbrieven wordt vertegenwoordigd.⁹⁹ Dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van handelende vennoten omstreeks 1500 regel is, blijkt uit de uitspraken van de gerecht van Lübeck.¹⁰⁰ Indien kooplieden gezamenlijk een zogenaamde ‘vulle mascopey’ vormen, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die een van hen met een derde is aangegaan. De zwakke bewijspositie van de eiser (de vennoten ontkenden gewoonweg het bestaan van een ‘vulle mascopey’), verhinderde veelal dat de vordering werd toegewezen.

2.6.3 Nederlandse Hanzesteden

Een flink aantal steden in het huidige Nederland was lid van de Hanze, zoals de IJsselsteden Kampen, Deventer en Zutphen, en Groningen. Ook de Hollandse handelssteden waren in de late middeleeuwen economisch sterk met de Hanze verbonden.¹⁰¹ In de periode 1372-1385 namen vertegenwoordigers van de Hollandse steden Amsterdam, Dordrecht en Zierikzee zelfs actief deel aan de vergaderingen van de Hanze en waren in die periode dus volwaardige Hanzesteden.¹⁰²

humanarum litterarum IX (Helsinki 1938) 130. Mickwitz en daarop voortbouwend Postan, *Economic organization*, 107, beschouwen de *Ferngesellschaft* als een aparte vennootschapsvorm. Cordes, *Gesellschaftshandel*, 311-312, is echter van mening dat de *Ferngesellschaft* een gekwalificeerde ‘wederlegginge’ is. Hij wijst er verder op dat van een vennootschap pas sprake is als de goederen voor gezamenlijke rekening worden aan- en verkocht. Dat is niet het geval als kooplieden elkanders goederen als een soort ‘sendeve’ slechts voor rekening van de ander verkopen, 249-250.

98. Cordes, *Gesellschaftshandel*, 308-309.

99. Ibidem, 239-260 en 308-314: Cordes verwijst naar de ‘Venedyschen selschap’ waarin de gebroeders Veckinchusen participeerden. Deze vennootschap handelde vanuit het gebied van de Hanze op Venetië. Een van de vennoten verbleef permanent in Venetië en wenste beloond te worden voor zijn arbeid ter plaatse door middel van een verhoging van zijn winstaandeel in de onderneming.

100. Ibidem, 264-267.

101. Zie uitgebreid over de verhouding tussen de Hollandse handelssteden en de Hanze: D. Seifert, *Kompagnons und Konkurrenten. Holland und die Hanse im späten Mittelalter* (Keulen 1997).

102. Ibidem, 92-113, 422-423.

De economie van Amsterdam was gedurende de late middeleeuwen sterk op Hamburg en de Oostzee (de 'Sontvaart') gericht.¹⁰³ De wederzijdse banden tussen Amsterdam en de Hanze waren als gevolg daarvan hecht: Amsterdammers werden als burgers van de stad Danzig opgenomen en Hamburgse kooplieden hadden hun eigen kapel in de Oude Kerk te Amsterdam.¹⁰⁴

Men mag op grond hiervan aannemen dat de eerder genoemde handelsinstrumenten ook in Holland voorkwamen en gebruikt werden.¹⁰⁵ Bewijs voor deze stelling is te vinden in het koopmansboek uit de periode 1458-1490 van de Amsterdamse kooplieden Reyer Dirksz. en Symon Reyersz.¹⁰⁶ Daaruit blijkt dat deze kooplieden op een wijze samenwerkten die overeenkomt met het eerder genoemde 'selschap'. Beide kooplieden traden handelend op: de een vanuit Danzig, waar goederen (waaronder rogge en hout) ten behoeve van de Amsterdamse markt werden ingekocht; de ander vanuit Amsterdam, waar de ingekochte goederen werden verkocht. Zij zonden elkaar ter financiering geregeld geld toe en verrekenden onderling gedane in- en verkopen.¹⁰⁷

Daarbij komt dat de afzonderlijke Zuid- en West-Europese handelszones onderling met elkaar verbonden waren en Italiaanse handelshuizen vanaf omstreeks 1300 substantiële vestigingen in Noord-Europa hadden (zoals in Brugge, Londen en Lübeck). Men dient er dan ook vanuit te gaan dat Italiaanse handelsinstrumenten, zoals de *compagnia*, de *commenda* en de daaruit ontstane hybride vormen, aan de vooravond van het ontstaan van de Republiek hier te lande op zijn minst bekend moeten zijn geweest. Voor een rechtstreekse overname en toepassing van de Italiaanse mediterrane handelsinstrumenten is echter geen bewijs te vinden.

2.7 Personenvennootschappen tijdens de Republiek

Hiermee is het tijdperk van de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden bereikt dat vanaf 1585 tot 1795 loopt. Zo uitvoerig als de *commenda* en, hoewel in mindere mate, ook de *compagnia* zijn gedocumenteerd en bestudeerd¹⁰⁸, zo karig is de informatie over de personenvennootschappen die gedurende dit

103. M. Carasso-Kok ed., *Geschiedenis van Amsterdam I* (Amsterdam 2004) 121-124; 130-148.

104. Ibidem, 123 en 154.

105. Zo ook Duynstee, *Vraagstukken*, 12.

106. In facsimile uitgegeven en van commentaar voorzien door N.W. Posthumus, *De Oosterse handel te Amsterdam* (Leiden 1953).

107. Posthumus, *Oosterse handel*, 25-36.

108. Zie de eerder vermelde literatuur in voetnoten 34 en 73.

HOOFDSTUK 2

tijdperk in Nederland voorkwamen.¹⁰⁹ Aan het beschikbare materiaal kan de volgende beschrijving van de verschijningsvormen van de vennootschap in de handelspraktijk omstreeks het jaar 1600 worden ontleend.¹¹⁰

2.7.1 *Compagnie*

De naamgeving van de samenwerkingsvorm in de vennootschapscontracten zegt niets over de aard van de samenwerking. Nagenoeg alle associatievormen worden namelijk aangeduid als ‘compagnie’ of ‘sociëteit’. Onder die noemer kunnen evenwel alle eerdergenoemde associatievormen worden teruggevonden.

Associatievormen als de eerder beschreven *commenda* en ‘wederlegging’ kwamen ook ten tijde van de Republiek voor en zullen hierna als ‘factorijvennootschap’ worden aangeduid.¹¹¹ De factorijvennootschap kwam in allerlei verschijningsvormen voor. Een essentieel element ervan is dat de kernactiviteit van de overeenkomst steeds wordt verricht door één van de contractspartijen. Deze partij wordt ook wel de ‘factor’ genoemd, zijn eventuele vestiging in het buitenland de ‘factorij’. De andere contractspartij doet zelf niet mee aan de handel of de bedrijfsactiviteiten van de samenwerking. Haar positie kan gelijk worden gesteld met die van de *socius stans* bij de *commenda*. Deze contractspartij zal hierna dan ook worden aangeduid als ‘thuisblijvende vennoot’ of ‘kapitaalverschaffer’.

Strikt genomen is de benaming ‘thuisblijvende vennoot’ niet altijd correct. Het komt voor dat juist de *socius stans* in het buitenland verblijft en de factor zijn werkzaamheden in Nederland verricht. Ook zal het voorgekomen zijn dat de *socius stans* in het kader van zijn ‘eigen’ handelsactiviteiten zich naar elders begeeft.

Vaak, maar niet altijd, wordt de kernactiviteit op zekere afstand van het vaderland verricht. In veel gevallen wordt zij specifiek vooraf bepaald, bijvoorbeeld het oprichten van een wijnbranderij in Spanje of de verkoop van bier in Brazilië, soms ook wordt slechts het gebied genoemd waarin de factor zijn handelsactiviteiten zal verrichten en soms wordt alleen afgesproken dat met het door partijen ingebracht kapitaal door de factor zal worden gehandeld.

109. Jan de Vries en Ad van der Wouden, *Nederland 1500-1815, de eerste ronde van moderne economische groei* (Amsterdam 2005), maken er in het geheel geen melding van. Verder dienen de eerder genoemde dissertaties van Asser en Duynstee te worden genoemd, die echter een meer juridische dan praktijkgerichte inslag hebben.

110. Het hiernavolgende overzicht van de factorijvennootschap en de vennootschap onder firma is gebaseerd op de resultaten van het onderzoek dat Van Brakel heeft verricht naar de vennootschapsakten die voorkomen in notariële archieven: Van Brakel, *Vennootschapsvormen*, 1-30 en 145-189; voorts op Van Brakel, *Ontbrekende schakels*, 153-194.

111. Onder meer door Asser en Van Brakel.

PERSONENVENNOOTSCHAP

Een aan de factorijvennootschap verwante associatiewijze bestaat er in dat een in het vaderland verblijvende persoon, die niet noodzakelijkerwijs koopman is maar ook een gewone burger kan zijn, handelswaar als een ton haring of een vat bier met een schipper, een koopman of een ondergeschikte meegeeft om in den vreemde te verkopen. De reizende partij krijgt een vast bedrag, provisie of de helft van de behaalde winst voor zijn werkzaamheden. Het goed blijft eigendom van de thuisblijver, van een gemeenschappelijke inbreng is geen sprake. Vaak is er sprake van een sterke gezagsverhouding tussen de thuisblijvende en de reizende partij. Toentertijd was men van mening niet met een vennootschap van doen te hebben, nergens wordt deze associatievorm namelijk als ‘compagnie’ of *societas* aangeduid.

Bij factorijvennootschappen in de meest eenvoudige verschijningsvorm, met eenzijdige kapitaalbreng of sterke gezagsverhoudingen, komt de vraag aan de orde of naar hedendaagse maatstaven sprake is van een vennootschap, of uitsluitend van vertegenwoordiging van de kapitaalverschaffer door de factor.¹¹²

Daarbij dient allereerst onderscheid te worden gemaakt tussen directe en middellijke vertegenwoordiging door de factor. Van directe vertegenwoordiging door de factor is sprake als hij in naam en ten behoeve van de kapitaalverschaffer met een derde handelt, waardoor de principaal rechtstreeks wordt verbonden jegens de derde. Van middellijke vertegenwoordiging is sprake als de factor weliswaar ten behoeve van de kapitaalverschaffer handelt, maar dit niet namens hem doet.¹¹³ In vennootschappelijk verband is met name de directe vertegenwoordigingsbevoegdheid van belang. Deze zorgt er immers voor dat de ene vennoot bevoegd is namens de ander te handelen, waardoor de andere vennoot rechtstreeks jegens deze derde wordt verbonden.¹¹⁴

Deze vraag dient aan de hand van de eerder genoemde criteria te worden bepaald.¹¹⁵ Voor het aannemen van een vennootschap is de bevoegdheid om in naam van de medevennoot te handelen (directe vertegenwoordigingsbevoegdheid) niet bepalend. Ook als deze bevoegdheid ontbreekt, kan sprake zijn van een vennootschap, namelijk van een stille vennootschap. Zoiest is opgemerkt dat in een factorijvennootschap de factor op eigen naam handelde en dat de kapitaalverschaffer aan derden niet bekend was. Van directe vertegenwoordiging kan dan geen sprake zijn. De factor handelde immers niet *in naam van* de kapitaalverschaffer, waardoor de kapitaalverschaffer niet werd verbonden jegens de derde. Wel handelde de factor *ten behoeve van* de kapitaalverschaffer. Als dus de factorijassociatie volgens de eerder vastgestelde criteria geen vennootschap is, is er sprake van op zichzelf staande (middellijke) vertegenwoordiging. Als er volgens deze criteria wél sprake is van een

112. Dezelfde vraag kan overigens worden gesteld voor de eenzijdige *commenda*.

113. Zie over de historische ontwikkeling van het begrip vertegenwoordiging: Zimmermann, *Obligations*, 45-58 en 468-470.

114. Zie over directe vertegenwoordigingsbevoegdheid in vennootschapsrechtelijk verband: Asser, *In solidum*, 6-14.

115. Zie paragraaf A 2.1.

HOOFDSTUK 2

vennootschap, dan is de factorij te kwalificeren als een stille en niet als een openbare vennootschap. Zij treedt immers niet onder gemeenschappelijke naam naar buiten. Ook dan zal directe vertegenwoordiging geen rol hebben gespeeld, namelijk zolang de factor op eigen naam handel dreef en dus alleen zichzelf verbond. Zou hij op naam van een *firma* handelen, dan wordt wederzijds verleende bevoegdheid tot directe vertegenwoordiging naar gewoonterecht aangenomen.¹¹⁶ In dat geval is geen sprake van een (zuivere) factorijvennootschap maar van de hierna te behandelen vennootschap onder firma.

Van een vennootschap naar hedendaagse maatstaven is eerder sprake wanneer de factor naast de thuisblijvende vennoot zelf geld of handelswaar in de handelsonderneming inbracht. De factor deelde in dit geval evenredig in de winst en het verlies. Daarnaast ontving hij een vaste vergoeding voor zijn werkzaamheden. Dat partijen er toen ook zo over dachten, blijkt uit het feit dat deze samenwerkingsvorm vaak het predicaat ‘compagnie’ of ‘societeit’ kreeg. Kenmerkend is dat ook bij deze associatie de thuisblijvende vennoot een min of meer dominante positie innam ten opzichte van de factor. Het werd de factor verboden om concurrerende werkzaamheden te verrichten; de factor diende als enige rekening en verantwoording af te leggen. Onder dergelijke omstandigheden zal doorgaans van een vennootschap naar hedendaagse maatstaven niet kunnen worden gesproken, zeker wanneer de bewegingsvrijheid van de factor zeer beperkt was. Het komt overigens ook voor dat verschillende *socii stantes* iemand uit hun midden aanwezen als factor, in welk geval de factor een meer gelijkwaardige positie innam ten opzichte van de thuisblijvende vennoten.

Naarmate de noodzaak van aantrekken van handelskapitaal door een groeiende economie toenam, nam ook het aantal thuisblijvende vennoten toe dat geld in een handelsonderneming stak. Een factorijvennootschap die werd gevormd door één factor en drie of meer thuisblijvende vennoten zal in de tijd van de Republiek geen uitzondering zijn geweest. Naarmate zich meer vennoten om de factor verzamelden die zich niet met het beheer van de vennootschap bezig hielden maar louter kapitaal inbrachten, dringt zich de vergelijking met de *participatie-commenda* op. Maar anders dan in het geval van de *participatie-commenda*, blijkt uit de door Van Brakel bestudeerde vennootschapsakten dat de kapitaalinbrengende vennoten in beginsel intern volledig aansprakelijk waren voor de verliezen van de vennootschap.¹¹⁷ Als de factor op eigen naam handelde, zullen derden niet op de hoogte zijn geweest van het bestaan van een vennootschap, laat staan van de identiteit van de overige vennoten. Het kwam ook voor dat een factorijvennootschap onder een compagnienaam

116. Zie paragraaf A 2.4.3.

117. Een uitzondering op deze regel vormt een door Van Brakel onderzochte akte waarin is bepaald dat de geldschieters niet verder intern aansprakelijk zijn dan tot een bedrag van anderhalf maal de waarde van hun inbreng.

handelde. In dat geval zal het voor derden duidelijk zijn geweest dat sprake was van een vennootschap.

Naast de factorijvennootschap treft men in de vennootschapsovereenkomsten ook associatievormen aan die overeenstemmen met de Italiaanse *compagnia* en de hedendaagse vennootschap onder firma. De desbetreffende associatievorm verschilt in de eerste plaats van de factorijvennootschap omdat niet één persoon maar alle vennoten zich in beginsel bezig houden met het beheer van de vennootschap. Veelal gaat het daarbij om kleinschalige (familie)bedrijfjes die zich richten op een enkel ambacht. Er kan evenwel ook een zekere differentiatie zijn in de aard van de werkzaamheden. Zo komt het voor dat de vennoten van elkaar verschillende activiteiten verrichten, bijvoorbeeld in het geval van een vennootschap onder firma waarbij één vennoot zich met de vervaardiging van lakens bezighoudt en de ander met het verhandelen ervan.

De vennoten handelen bij deze associatievorm onder een gemeenschappelijke naam. De naam bestaat dan vaak uit die van de oudste of belangrijkste vennoot of vennoten met de toevoeging 'en Compagnie'. Hoe en wanneer deze associatievorm in onze gebieden is beland, is in nevelen gehuld. Of zij inheemse wortels heeft, of vanuit Italië is geïmporteerd, kan niet worden vastgesteld. Haar naam geeft echter aanleiding tot de veronderstelling dat de Nederlandse compagnie is afgeleid van de Italiaanse *compagnia*. Mogelijk hebben de Vlaamse en Brabantse handelssteden daarbij een 'bemiddelende' rol gespeeld.

Tot slot treft men onder de noemer 'compagnie' associatievormen aan die overeenkomsten vertonen met de *societas per viam accomanditae* en de huidige commanditaire vennootschap. Zij verschillen van de factorijvennootschap omdat de essentie van de samenwerking niet is gelegen in het onderscheid tussen een kapitaalverschaffer en een reizende of elders gevestigde factor, maar louter onderscheid bestaat tussen enerzijds beherende vennoten en anderzijds geldschietende vennoten. De verhouding tussen alle vennoten, zowel de geldschietende als de beherende, is gelijkwaardig. Ook daarin verschilt deze associatievorm van de factorijvennootschap, waarbij de factor immers in meer of mindere mate ondergeschikt is aan de geldschietende vennoten, ook als hij zelf kapitaal inbrengt. Een verschil met de *societas per viam accomanditae* en de huidige commanditaire vennootschap is evenwel dat men ten tijde van de Republiek geen openbare registers kende waarin de 'commanditaire' aard van de vennootschap tot uitdrukking kwam. De gevolgen hiervan komen later nader aan de orde.¹¹⁸

118. Zie hierna: paragraaf A 2.8.3.

HOOFDSTUK 2

De duur van de compagnie was nu eens in tijd beperkt, dan weer onbeperkt. Overeenkomsten voor bepaalde tijd werden voor korte maar ook voor zeer lange tijd aangegaan, tot dertig jaar toe. Vennootschappen konden ook voor de duur van één of meer handelsreizen worden aangegaan. Vennoten hadden de mogelijkheid om de vennootschap tussentijds op te zeggen. Daarmee eindigde de vennootschap niet altijd. Partijen voorzagen soms in de mogelijkheid dat een uittredende vennoot tegen betaling in de vennootschap werd opgevolgd door een derde of een andere vennoot, waarna de vennootschap werd voortgezet.¹¹⁹ De bedrijfsperiodes, dat wil zeggen de termijn waarover rekening en verantwoording door (één of meer van) de vennoten diende te worden afgelegd, kon afhankelijk zijn gesteld van de verkoop van een goed, zoals bij de factorijvennootschap geregeld het geval is geweest. Bij vennootschappen onder firma diende jaarlijks rekening en verantwoording te worden afgelegd over het gevoerde beleid. Wanneer alle vennoten zich met het beheer van de vennootschap bezighielden, lag het voor de hand dat ook alle vennoten rekening en verantwoording aflegden; wanneer het beheer expliciet aan één of meer personen was toevertrouwd, zullen het deze vennoten zijn geweest op wie deze verplichting rustte.¹²⁰ De beslissing van geschillen tussen compagnons over de vennootschapsovereenkomst werd meestal in handen gelegd van arbiters die in eerste en enige instantie een beslissing gaven die voor partijen bindend was.¹²¹

2.7.2 Partenrederij

Een als gevolg van de bloeiende zeevaart ten tijde van de Republiek veel voorkomende personenassociatie is de 'partenrederij'.¹²² De schepen waarmee handelswaar door Noord-Nederlandse vrachtaarders over geheel Europa werd getransporteerd, waren veelal eigendom van verschillende personen. Het voordeel van gedeelde eigendom was dat de risico's van de vaart over verschillende personen werden verspreid: verging het schip, dan beliep het verlies van de eigenaar slechts de waarde van zijn aandeel in het schip. Het kapitaal kon bovendien in verschillende scheepsparten tegelijk worden geïnvesteerd. Leveranciers van scheepsbenodigdheden zoals zeilmakers, touwslagers, blokmakers en leveranciers van levensmiddelen kochten (of werden betaald met) aandelen of 'parten' in een schip. Veelal werd het schip verdeeld

119. Van Brakel, *Vennootschapsvormen*, 152-154.

120. *Ibidem*, 154-156.

121. *Ibidem*, 188-189.

122. Het hiernavolgende overzicht van de partenrederij is gebaseerd op: J.C. Riemersma, 'Trading and shipping associations in 16th century Holland', *Tijdschrift voor Geschiedenis* 65 (1952) 330-338; S. Hart, 'Rederij' in: G. Asaert ed., *Maritieme geschiedenis der Nederlanden II* (Bussum 1978) 106-125; H.J. den Heijer, *De geöctrooieerde compagnie. Ars Notariatus* 128 (Deventer 2005) 12-13.

in 1/8, 1/32 of 1/64 part. De parten konden afzonderlijk zowel onderhands als openbaar worden verkocht.

De eigenaren van de scheepsparten werden reders genoemd en de associatie van reders in het schip dat zij gezamenlijk ‘uitreedden’ (dat wil zeggen: uitrustten en exploiteerden) werd een (parten)rederij genoemd. Bij de partenrederij werd gewoonlijk één reder aangewezen die de zaken voor de anderen behartigde en die de financiën van de rederij beheerde. Deze reder werd de ‘boekhouder’ genoemd. De schipper, die meestal ook een aandeel in het schip had, zorgde voor de bevrachting. Hij sloot de daarvoor noodzakelijke overeenkomst met kooplieden die hun goederen met het schip meezonden. De eigenaren van het schip waren doorgaans niet degenen die het schip ook bevrachtten; reders die ook handel dreven, hielden deze twee economische activiteiten van elkaar gescheiden.

De schipper en de boekhouder namen in de partenrederij een bijzondere positie in. De schipper diende ver van huis zelfstandig en zonder de reders vooraf te kunnen raadplegen beslissingen te nemen die het schip aangaan. Het behoud van het schip was in zijn handen. De boekhouder werd door de reders uit hun midden benoemd. Hij was bevoegd de reders te vertegenwoordigen en beheerde de onderneming: hij besliste over zaken als het onderhoud van het schip, de reis, het proviand en het aanleggen, verhuren en bevrachten van het schip. Een partenrederij kan als een vennootschap naar hedendaagse maatstaven worden gekwalificeerd.

2.8 De personenvennootschap naar Rooms-Hollands recht

2.8.1 Inleidende opmerkingen

Rooms-Hollandse rechtsgeleerden als De Groot, Vinnius, Voet, Van Leeuwen en Groenewegen van der Made leunden bij hun beschrijvingen van de rechtsregels die op de toenmalige vennootschap van toepassing waren zwaar op het Romeinse recht. Zij namen de Digestentitel 17.2 of de Institutentitel 3.25 als leidraad voor hun beschrijving en doervlochten deze met contemporaine afwijkingen.¹²³ Die afwijkingen waren, althans volgens de rechtsgeleerden, voor de vennootschap tamelijk schaars. In *De legibus abrogatis et inusitatis* wijst Simon Groenewegen van der Made op de regels van Romeinse recht die in Holland ten tijde van de Republiek in onbruik waren geraakt of zijn afgeschaft. De door hem geconstateerde, op de vennootschap betrekking hebbende afwijkingen van het Romeinse recht omvatten slechts enkele paragrafen die ook nog eens van tamelijk ondergeschikt belang zijn.¹²⁴

123. Zie ook Codextitel 4.37.

124. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, D.17.2.

HOOFDSTUK 2

Zo kan volgens Groenewegen een vennoot jegens zijn medevennoot worden veroordeeld tot meer dan waartoe hij in staat is (anders: D. 17.2.63); de vennootschap eindigt verder niet meer door verandering van de burgerlijke staat van een van de vennoten (anders: D. 17.2.67); een vennoot kan de schade die door zijn nalatigheid is veroorzaakt, compenseren met zijn positieve inspanningen voor de vennootschap (anders: D. 17.2.23). Voet volgt Groenewegen op dit laatste punt overigens niet (*Commentarius ad pandectas*, paragraaf 17.2.12).

Uit deze minimale afwijkingen kan men opmaken dat volgens de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden Romeinsrechtelijke vennootschapsrecht geldend recht was. Wil men een goed beeld krijgen van het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht, dan verdient het aanbeveling een blik te werpen op hetgeen de voornaamste van de rechtsgeleerden uit de zeventiende eeuw schrijven, zulks in samenhang met hetgeen uit juridische adviezen, de gepubliceerde rechtspraak en de gewoonte naar voren komt. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen interne vennootschapsverhoudingen (de verhouding tussen de vennoten onderling) en de externe vennootschapsverhoudingen (de verhouding tussen de vennoten en derden).

2.8.2 Interne vennootschapsverhoudingen

Als men twee gezaghebbende werken, de *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheyd* van Hugo de Groot en de *Commentarius ad Pandectas* van Johannes Voet, naast elkaar legt, dan ontstaat het volgende beeld.¹²⁵ De Groot vertaalt het Romeinsrechtelijke begrip *societas* als *maetschap ofte vennootschap*:

'Maetschap ofte vennootschap is een overeenkominghe van twee ofte meerder luiden, om door gemeenschap van goederen ofte dienst gemeene baet te trekken'.¹²⁶

Onder gemeenschap wordt verstaan alle koopmanschap of slechts een gemeenschap voor specifieke handel.¹²⁷ De vennootschap kan voor bepaalde of onbepaalde tijd worden aangegaan, onder bepaalde voorwaarden, vanaf of tot een bepaald moment, of zo lang de vennoten leven.¹²⁸ De vennootschapsovereenkomst kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden aangegaan.¹²⁹ Een nadrukkelijk aangegane vennootschapsovereenkomst behoeft niet schriftelijk te

125. Hugo de Groot, *Inleiding* 3.21; Johannes Voet, *Commentarius* 17.2.

126. Ook de rederij die bestaat uit verschillende reders kwalificeert De Groot in 3.23.1 en 2. als een vennootschap die dus dient te worden behandeld volgens het recht dat voor vennootschap geldt.

127. De Groot, *Inleiding*, 3.21.3. en Voet, *Commentarius*, 17.2.4. Voet merkt in 17.2.2 op dat niet iedere gemeenschap ook tot een vennootschap leidt. Om van vennootschap te kunnen spreken dient de wil van beide deelgerechtigden op het bestaan daarvan te zijn gericht.

128. De Groot, *Inleiding*, 3.21.4.; Voet, *Commentarius*, 17.2.1.

129. Voet, *Commentarius*, 17.2.2.

worden aangegaan, maar kan ook mondeling en op iedere andere wijze die de wil van partijen bekend maakt, worden aangegaan.¹³⁰ Als de vennoten geen afspraken hebben gemaakt over de verdeling van winst en verlies, geldt dat iedere vennoot deelt naar evenredigheid van zijn inbreng in de vennootschap. Partijen kunnen van de evenredigheid afwijkende verhoudingen overeenkomen: zo kan men afspreken dat één vennoot meer in de winsten dan in de verliezen deelt en visa versa.¹³¹ Verboden is de vennootschap waarbij één van de vennoten in het geheel niet deelt in de winst.

De Groot verwijst hier naar de *Societas Leonina*. Een andere uitleg geeft Van Leeuwen, die deze vennootschapsvorm in zijn *Rooms Hollands Recht* (23.1) omschrijft als de vennootschap waarbij één der vennoten slechts deelt in de winst en in het geheel niet in het verlies. Volgens Voet is de verboden *Societas Leonina* een vennootschap waarbij één vennoot slechts ‘deelt’ in de winst en de ander slechts in het verlies (17.2.8.).¹³²

Vennoten kunnen om diverse redenen vorderingen op elkaar hebben. Deze vorderingen worden in het Romeinse recht onder de noemer *actio pro socio* geschaard. De *actio pro socio* ziet uitsluitend op de interne vennootschapsverhouding en kan dus niet door een derde jegens een vennoot worden ingesteld. De *actio pro socio* wordt in de eerste plaats ingesteld om een medevennoot te dwingen de behaalde winst te delen of om deze mee te laten delen in een geleden verlies. Verder kan de vordering onder meer worden ingesteld als een vennoot méér kosten heeft gemaakt dan hij op grond van de vennootschapsverhouding behoort te dragen; hij kan dan vorderen dat hem het meerdere wordt vergoed.¹³³ Daar staat tegenover dat als een vennoot meer ontvangt dan hem op grond van zijn winstaandeel toekomt, van hem kan worden gevorderd dat het meerdere in de vennootschap wordt teruggestort.¹³⁴ Verder kan iedere vennoot van de ander vorderen dat hij rekening en verantwoording aflegt over zijn bestuur en financieel beleid.¹³⁵ Het is tot slot mogelijk om met de *actio pro socio* een medevennoot te dwingen of juist te verbieden een bepaalde handeling te verrichten.¹³⁶

De vennootschap eindigt met de dood van één van de vennoten, tenzij bij overeenkomst is bepaald dat de vennootschap desondanks door de overblijvende vennoten wordt voortgezet. Een erfgenaam van de overleden vennoot kan, welke afspraak de vennoten op dat punt ook hebben gemaakt, niet van

130. De Groot, *Inleiding*, 3.21.4.

131. Ibidem, 3.21.5.; Voet, *Commentarius*, 17.2.8.

132. Zie over de *societas leonina*: F. Brandsma, ‘Het leeuwendeel. De ‘gekke koeien’-ziekte en de vennootschap’, *Gr.O.M.* 20 (2003) 13-28.

133. Voet, *Commentarius*, 17.2.13.

134. Ibidem, 17.2.16.

135. Ibidem, 17.2.11.

136. Ibidem, 17.2.18.

HOOFDSTUK 2

rechtswege in de vennootschap opvolgen.¹³⁷ De vennootschap kan ook als gevolg van opzegging door een vennoot eindigen. De opzegging kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend geschieden. Een vennoot kan niet opzeggen en tegelijkertijd éézijdig een opvolger in de vennootschap benoemen.¹³⁸ Een overeengekomen opzeggingsverbod kan niet worden afgedwongen, hoewel de opzeggende vennoot schadeplichtig is jegens de overige vennoten.¹³⁹ De vennootschap eindigt verder door het staken van de onderneming of doordat het vennootschappelijk doel is verwezenlijkt. Tot slot eindigt de vennootschap wanneer alle vennoten uit eigener beweging voor zichzelf gaan handelen.¹⁴⁰

Ook de zeventiende-eeuwse rechtsgeleerden Vinnius en Van Leeuwen hebben het Rooms-Hollandse vennootschapsrecht op min of meer overeenkomstige wijze beschreven.¹⁴¹ Bij de behandeling van de vennootschap verwijzen zij telkens naar de overeenkomstige Romeinsrechtelijke Digesten- en Institutenbepalingen. Slechts bij hoge uitzondering wijzen zij op een afwijking in het contemporaine gebruik. Zij bezien de interne vennootschapsverhoudingen dus hoofdzakelijk in het licht van de Romeinsrechtelijke *societas*.

De juridische adviezen geven weinig informatie over interne vennootschapsverhoudingen. Advies I-246 uit de *Hollandsche Consultatien* betreft een kwestie tussen twee vennoten (Sempronius en Titius), waarvan Sempronius door Titius vanaf zeker moment feitelijk wordt gedwongen voor eigen rekening handel te drijven (Sempronius wordt kennelijk door Titius afgehouden van de vennootschappelijke onderneming). Desondanks neemt Sempronius de incasso van bepaalde vennootschappelijke vorderingen ter hand, incasseert deze en maakt daarbij incassokosten. Het aan Titius toekomende deel van de ingevorderde penningen draagt Sempronius niet af. Vervolgens komt het tot de formele beëindiging van de vennootschap en deling van de opbrengst. Sempronius wil gecompenseerd worden voor de moeite, terwijl Titius wenst dat Sempronius rente betaalt over de niet aan Titius afgedragen portie. De Rotterdammer A. Willems adviseert daarover als volgt: allereerst constateert hij dat Sempronius gehouden was het aan Titius toekomende deel van de ingevorderde som af te dragen. Door dat niet te doen, is hij volgens de ‘wetten van societeyt’ gehouden rente te betalen aan zijn medevennoot. Deze rente dient *arbitrio boni viri* (naar het oordeel van een goede man) te worden bepaald. Dat Sempronius gedwongen zou zijn voor eigen rekening handel te gaan drijven, kan hem niet baten: hem stond de gang naar de rechter open alwaar hij beëindiging van de

137. De Groot, *Inleiding*, 3.21.8; Voet, *Commentarius*, 17.2.23.

138. Voet, *Commentarius*, 17.2.24.

139. De Groot, *Inleiding*, 3.21.8.

140. *Ibidem*, 3.21.8.

141. Vinnius, *Commentarius*, Inst. 4.7.2.; Van Leeuwen, *Censura forensis*, 4.3.10. en *Rooms-Hollands Regt*, 4.23.

vennootschap had kunnen vorderen. Wel komt Sempronius een vergoeding voor zijn arbeid toe, die wederom *arbitrio boni viri* wordt vastgesteld.

Een ander voorbeeld van een opinie over interne vennootschapsverhoudingen is te vinden in III-324. Daarin wordt geadviseerd dat als een vennoot in de uitoefening van de onderneming gevangen wordt genomen, zijn medevennoot de kosten van het gevangenschap in verhouding tot zijn aandeel in het resultaat van de vennootschap dient te dragen.

Opinie III-333 bevestigt dat het in strijd met de aard van een vennootschap is als één van de vennoten in het geheel geen voordeel toekomt, hoe de zaken ook zouden lopen.

Verder is een vennoot gehouden rekening en verantwoording af te leggen jegens zijn medevennoot over de gevoerde administratie. Het verweer dat hij zijn aantekeningen dienaangaande niet bezit, mag hem niet baten (III-127).

Een vennoot komt een vergoeding ten laste van de vennootschap toe voor het voeren van de directie, bestaande uit het voeren van de boekhouding, de in- en verkoop, bevrachten, afladen, verscheppen en het innen van gelden van participanten, ook als de vennoten bij aanvang van de vennootschap hierover niets hebben afgesproken (IV-257).

Als een gemeenschappelijk schip dat deel uitmaakt van een vennootschap van reders wordt verkocht, houdt de vennootschap op te bestaan (VI-50).

Al met al kan worden gezegd dat de Hollandse rechtsgeleerden consistent zijn in hun beschrijving van de interne vennootschapsverhoudingen. Het Romeinse recht vormt daarbij het uitgangspunt, terwijl contemporaine afwijkingen nauwelijks worden gesignaleerd. De verschillende vennootschapsvormen die toentertijd bestonden worden in het kader van de interne vennootschapsverhouding niet genoemd. De adviezen die op de interne verhoudingen zien, geven geen aanleiding dit beeld te wijzigen.

2.8.3 Externe vennootschapsverhoudingen

Geheel in lijn met de door Van Brakel beschreven compagniecontracten, maakten de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden geen onderscheid tussen de in het vorige hoofdstuk beschreven en ten tijde van de Republiek bestaande vennootschapsvormen: stille vennootschap, factorijvennootschap, vennootschap onder firma en rederij. Uitzondering op deze regel vormen de passages waar de externe aansprakelijkheid van vennoten ter sprake komt. Dit is tegelijk ook het enige aspect van het vennootschapsrecht waar de meeste geleerden nadrukkelijk melding maken van de *mores hodierni* oftewel de contemporaine gebruiken. Opmerkelijk en veelzeggend over de praktijkkennis van de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden is dat juist dáár waar zij niet de vaste leidraad van het Romeinse recht strikt kunnen volgen, verschillende opvattingen worden verkondigd. Om althans te pogen een consistente gedachtelijn te ontwaren,

HOOFDSTUK 2

dient een blik te worden geworpen op de opvattingen van de belangrijkste Rooms-Hollandse rechtsgeleerden over de aansprakelijkheid van vennoten jegens derden.

De Rooms-Hollandse rechtsgeleerden zaten met het probleem dat de *societas* volgens het Romeinse recht geen enkele externe werking had. De Romeins-rechtelijke regels omtrent de *societas* zagen uitsluitend op de interne verhouding tussen de vennoten. Vennoten konden elkaar volgens het Romeinse recht niet extern verbinden; voor het handelen van de ene vennoot was de andere vennoot niet extern aansprakelijk. Het enkele feit dat partijen elkanders vennoot waren, bracht dus niet met zich mee dat de ene vennoot de ander jegens derden kon verbinden. Naar derden toe verplichtte de vennoot in beginsel alleen zichzelf.¹⁴² Eerder is gebleken dat het ten tijde van de Republiek reeds eeuwen lang mogelijk was dat vennoten elkaar jegens derden konden verbinden en dat de ene vennoot extern aansprakelijk kon zijn voor de handelingen van de andere vennoot. Om deze in het Romeinse vennootschapsrecht onbekende rechtsfiguur in juridische zin te reconstrueren, maakten de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden gebruik van de Romeinsrechtelijke *actio institoria* en de *actio exercitoria*. De *actio institoria* is de vordering die het Romeinse recht aan een derde toekent op een principaal, voor handelingen die de derde met de *institor* of bedrijfsleider van de principaal is aangegaan.¹⁴³

Het begrip *institor* wordt in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur gewoonlijk vertaald als 'filiaalhouder'. De hedendaagse term 'bedrijfsleider' is evenwel passender. Het begrip 'filiaalhouder' impliceert immers dat naast het filiaal ook een hoofdvestiging zou bestaan, hetgeen niet het geval behoeft te zijn. Steun voor de kwalificatie 'bedrijfsleider' is ook te vinden in D. 14.3.3, waarin de *institor* wordt omschreven als degene die zich toelegt op het drijven van de onderneming: 'Een *institor* wordt daarom zo genoemd, omdat hij zich toelegt op de bedrijfsvoering'.

De derde kon volgens het Romeinse recht de principaal van de bedrijfsleider dus rechtstreeks aanspreken voor de verplichtingen die de bedrijfsleider met hem was aangegaan. Een winkelier die een bedrijfsleider had aangesteld, kon op grond van de *actio institoria* dus rechtstreeks door een klant worden aangesproken, ook al had de klant slechts zaken gedaan met de bedrijfsleider en niet met de winkelier zelf. Hadden verschillende personen gezamenlijk in vennootschappelijk verband een bedrijfsleider aangesteld, dan waren zij ieder voor het geheel (dus hoofdelijk) aansprakelijk jegens de derde voor handelingen van hun bedrijfsleider (D. 14.3.13.2).

142. Zimmermann, *Obligations*, 455.

143. D. 14.3.1.

In gelijke zin bood het Romeinse recht derden de mogelijkheid om op basis van de *actio exercitoria* de reder van een schip rechtstreeks aan te spreken voor verplichtingen die de kapitein van het schip was aangegaan (D. 14.1.1.pr.). Indien verschillende reders gezamenlijk één kapitein op een schip hadden aangesteld, dan waren zij analoog aan de *actio institoria* ieder voor het geheel (dus hoofdelijk) aansprakelijk jegens de derde voor handelingen van de kapitein (D. 14.1.1.25). Ook als de reders één van hen aanwezen als kapitein van het schip, waren zij hoofdelijk aansprakelijk jegens derden (D. 14.1.4.1). Wanneer verscheidene reders evenwel zelf tegelijkertijd het bewind over het schip voerden (en dus geen kapitein hadden aangesteld), waren zij jegens derden aansprakelijk al naar gelang hun aandeel in het schip (proportioneel aansprakelijk). Zij konden in dat geval namelijk niet geacht worden over en weer elkaars kapitein te zijn (D. 14.1.4.pr.).

Tot zover de hoofdlijnen waarlangs het Romeinse recht de aansprakelijkheid van de bedrijfsleider en de kapitein behandelt. In boek 3, deel 1 van de *Inleiding* gaat De Groot in op de externe aansprakelijkheid van kooplui en winkelhoudende lieden. Deze zijn volgens hem aansprakelijk voor de handelingen van hun bewindvoerder (bedrijfsleider of kapitein):

‘Ten tweede werden koopluiden ende winkel-houdende lieden verbonden door de bewindhebbers van hare koopmanschappen te water of te landen, te weten in zaken haer vertrouwde bewind raeckende, niet daer buiten, ende tot dat het selve bewind is wederroepen. Nae de Roomsche rechten plaghen veel mede-reders van een schip, ofte andere t’samen koophandel drijvende, elck uit de daed van hare bewindhebbers in ’t gheheel aenghesproocken te werden: maer by ons is sulcs niet aengenomen, als den koophandel zijnde schadelick. Oversulcs werden de koopluiden alleen verbonden elck voor haer aendeel in de koophandel’.

Over de aard van de aansprakelijkheid (hoofdelijk dan wel proportioneel) van de bewindvoerder merkt De Groot op dat volgens het Romeinse recht zowel de medereders van een schip als de gezamenlijk koophandel drijvende personen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de handelingen van hun bewindvoerder.¹⁴⁴ Volgens De Groot geldt deze regel niet meer in de Republiek, omdat toepassing daarvan schadelijk zou zijn voor de koophandel. In zijn beroemde werk *De Iure Belli ac Pacis* (Parijs 1625) legt hij uit waar die schadelijkheid dan wel in zou bestaan: geen koopman in het handelsbeluste Holland zou immers meer een schip naar het buitenland zenden als hij voor de handelingen van een schier oncontroleerbare kapitein aansprakelijk zou zijn.¹⁴⁵ Zowel kooplieden als reders zijn volgens De Groot dus slechts proportioneel (ieder naar gelang van zijn aandeel in de handelswaar) aansprakelijk voor de handelingen van de bewindvoerder.

144. D. 14.1.1.25. respectievelijk D. 14.3.1.

145. Hugo de Groot, *De iure belli ac pacis* (Parijs 1625) II.11.13.

HOOFDSTUK 2

Bovendien kan men uit de hiervóór geciteerde tekst uit de *Inleiding* afleiden dat de aansprakelijkheid van reders en vennoten volgens De Groot ook nog eens zou zijn beperkt tot de waarde van het schip of de handelswaar. Hij stelt immers dat kooplieden alleen aansprakelijk zijn ‘elck voor haer aendeel’ in de koophandel.¹⁴⁶ Over de rederij bevestigt De Groot dat reders het zogenaamde recht van abandon toekomt.¹⁴⁷ Dit is het recht van een reder om afstand te doen van zijn aandeel in een schip door het aan de schuldeiser af te staan, waarna hij gevrijwaard is voor het eventuele restant van de schuld. Omdat de zinsnede ‘elck voor haer aendeel’ zowel op reders als kooplieden betrekking heeft, kan daaruit worden opgemaakt dat De Groot naar analogie van de rederij ook kooplieden dit recht van abandon toekent.¹⁴⁸ Voor kooplieden zou dit dan betekenen dat zij van verdere betaling aan de crediteur van de vennootschap zijn gevrijwaard door hun aandeel in de gemeenschap tussen vennoten aan hem af te staan.

De omstandigheid dat aansprakelijkheid is beperkt tot de waarde van een aandeel brengt niet per definitie het recht van abandon met zich mee. Men kan zich immers voorstellen dat het bedrag van aansprakelijkheid wordt bepaald aan de hand van de waarde van het aandeel. De aansprakelijk gestelde koopman zou de waarde dan aan de crediteur kunnen uitbetalen zonder afstand te doen van de koopwaar. In de praktijk zal het echter niet eenvoudig zijn geweest om de waarde van het aandeel vast te stellen. Het afstand doen van de koopwaar voorkomt dan taxatieperikelen. Neemt men de beperkte aansprakelijkheid van kooplieden aan, dan impliceert dat dus tevens het recht van abandon.

De Groot lijkt uitsluitend de aansprakelijkheid van vennoten ten opzichte van een in het buitenland verblijvende factor of kapitein voor ogen te hebben gehad. Hij spreekt immers over bewindvoerders, niet over medevennoten (de vraag of vennoten extern aansprakelijk zijn uit elkanders handelingen, wordt door hem in de *Inleiding* niet beantwoord¹⁴⁹). De opvatting van De Groot over de proportionele en beperkte externe aansprakelijkheid van vennoten voor de handelingen van een bedrijfsleider of kapitein, wordt (soms zelfs woordelijk) gevolgd door onder meer Vinnius¹⁵⁰, Groenewegen van der Made¹⁵¹, Van Leeuwen¹⁵² en Van Aller¹⁵³. Van Bijkershoek is daarentegen een uitgesproken tegenstander van proportionele en beperkte aansprakelijkheid van vennoten, ongeacht of het nu om reders of kooplieden gaat. Het Romeinse recht volgend,

146. Asser, *In solidum*, 98.

147. De Groot, *De iure belli*, 2.11.13.

148. Asser, *In solidum*, 98.

149. Zie evenwel zijn verderop in deze paragraaf te behandelen opinie in de Hollandsche Consultatieen.

150. Vinnius, *Commentarius*, Inst. 4.7.2.

151. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, Inst. 4.7.2.

152. Van Leeuwen, *Censura forensis*, 4.3.10.

153. Karel van Aller, *Generaale regulen en definitien* (Dordrecht 1761) 144-145.

oordeelt hij dat beiden in beginsel extern hoofdelijke aansprakelijk zijn, zonder recht van abandon, mits de kapitein of bedrijfsleider binnen de aan hem opgedragen bevoegdheden heeft gehandeld. Is dat niet het geval, dan zijn de reders of vennoten volgens hem in het geheel niet aansprakelijk.¹⁵⁴ Ook Ortwin bevestigt de Romeinsrechtelijke regel van hoofdelijke aansprakelijkheid, waarbij hij opmerkt dat de *Costumen van Antwerpen* tot hetzelfde resultaat leiden.¹⁵⁵

De tot nu toe genoemde rechtsgeleerden oordelen, omdat zij de Romeinsrechtelijke *actiones institoria* en *exercitoria* tot uitgangspunt van hun beschouwingen nemen, uitsluitend over externe aansprakelijkheid in het licht van handelingen die zijn verricht door een bedrijfsleider of kapitein. Zij gaan daarom voorbij aan de vraag of en zo ja op welke wijze vennoten extern aansprakelijk zijn voor elkanders handelingen. De enige Hollandse rechtsgeleerde die deze vraag lijkt te beantwoorden is Johannes Voet. In paragraaf 13 van zijn commentaar op Digesten 17.2¹⁵⁶ onderscheidt hij namelijk enerzijds de vennootschap waarbij de vennoten de onderneming gezamenlijk (*communiter*) en onverdeeld (*pro indiviso*) drijven, en anderzijds de vennootschap waarbij de vennoten de zorg en het bestuur (*administratio*) van de onderneming hebben uitbesteed aan één van hen of aan een buitenstaander (de *institor*) én de vennootschap waarvan de onderneming is onderverdeeld in verschillende activiteiten of op verschillende locaties door de vennoten wordt gedreven. De twee laatstgenoemde gevallen komen overeen met de eerder besproken factorijvennootschap. Voet meent in dit geval dat (in afwijking van het Romeinse recht) een vennoot naar Hollands gebruik proportioneel en beperkt aansprakelijk is. De vennoot is volgens hem jegens derden dus slechts aansprakelijk naar rato van zijn aandeel in de handel en hem komt bovendien het recht van abandon toe.¹⁵⁷ Voet ligt wat betreft de factorijvennootschap dus op één lijn met De Groot en de andere genoemde rechtsgeleerden.

De door Voet bepleite beperkte aansprakelijkheid van vennoten en met name de daarbij door hem genoemde overweging '*dum durum nimis creditum ex alieno alium contractu factove teneri ultra id, quod eius fidei curaeque permisit*' [het wordt als onredelijk beschouwd dat iemand uit hoofde van een door een ander gesloten contract verder aansprakelijk is dan tot hetgeen hij aan diens zorg heeft toevertrouwd]¹⁵⁸, hebben in de literatuur herhaaldelijk tot de

154. Cornelis van Bijkershoek, *Quaestionum iuris publici*, 1.19 ten aanzien van zowel reders als kooplieden; idem, *Verhandelingen over burgerlyke rechtszaaken* (Amsterdam 1747) 4.20 en 4.23 ten aanzien van reders.

155. Cornelis Ortwin, *Standhoudend Roomsche recht* (Amsterdam 1734) 370-371.

156. Voet, *Commentarius*, 17.2.12-15.

157. Paragraaf 2 van het commentaar op D. 14.3. en paragraaf 13 van het commentaar op D. 17.2.

158. Paragraaf 5 van het commentaar op D. 14.1.

HOOFDSTUK 2

vraag geleid of Voet daarbij misschien dacht aan de vennootschap op aandelen.¹⁵⁹ Hoewel het verleidelijk is om in de tekst van Voet de grondgedachte van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en commanditaire vennoten te lezen, is het onwaarschijnlijk dat Voet daadwerkelijk op deze vennootschapsvormen heeft willen wijzen zonder ze daarbij met name te noemen.

In het eerste geval lijkt Voet daarentegen te doelen op een vennootschap waarbij de vennoten zich allen met het drijven van dezelfde onderneming bezig houden, mogelijk zelfs onder een gemeenschappelijke firmanaam. Hij stelt allereerst vast dat volgens Romeins recht reders die gezamenlijk als kapitein van een schip optreden, proportioneel aansprakelijk zijn.¹⁶⁰ Vervolgens past hij deze Romeinsrechtelijke regel analoog toe op de handelsvennootschap: ook kooplieden die gezamenlijk een onderneming drijven, zijn volgens Voet naar Romeins recht proportioneel aansprakelijk.¹⁶¹ Over de *mores hodierni* merkt Voet op dat gezamenlijk handelende kooplieden ook volgens de contemporaine gewoonte (net als bij de andere twee door hem onderscheiden vennootschapsvormen het geval is) proportioneel aansprakelijk zijn.¹⁶² In paragraaf 15 van zijn commentaar merkt hij echter op dat de aansprakelijkheid van gezamenlijk handelende vennoten weliswaar proportioneel is, maar niet beperkt tot de waarde van het aandeel. Dit in tegenstelling tot de andere twee vennootschapsvormen, waar de vennoten het recht van abandon toekomt als zij door derden worden aangesproken voor handelingen van de bedrijfsleider.¹⁶³

Een veelzeggend voorbeeld van de onzekerheid waarmee rechtsgeleerden de externe aansprakelijkheid benaderen, is het door de Hollander Boxelius becommentarieerde werk van Felicius.¹⁶⁴ Felicius ontkent dat vennoten een stilzwijgende opdracht (*mutua praepositio*) van elkaar hebben, terwijl Boxelius in zijn commentaar juist de stilzwijgende opdracht bevestigt om zo de in Holland geldende hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten te kunnen verdedigen.¹⁶⁵ In een volgend hoofdstuk bevestigt Felicius op zijn beurt de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten voor handelingen van hun

159. E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de naamloze vennootschap in Nederland voor de codificatie* (Amsterdam 1908) 51-55; S. van Brakel, *De Hollandsche handelscompagnieën der zeventiende eeuw: hun ontstaan, hunne inrichting* (Amsterdam 1908) 179-180; Duynstee, *Vraagstukken*, 66; W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809*. Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap V-1 (Amsterdam 1956) 165-173; Asser, *In solidum*, 129.

160. D. 14.1.4.pr.

161. Paragraaf 13 van het commentaar op D. 17.2.

162. Dat Voet niet helemaal zeker van zijn zaak is, blijkt uit het feit dat hij het woord *forte* (misschien) gebruikt.

163. Zoals door Voet uiteen wordt gezet in zijn commentaar op D. 14.3.2.

164. Hector Felicius, *Tractatus desideratissimus de communione seu societate* (Gorinchem 1666).

165. Ibidem, Hoofdstuk XXVIII.6.

bedrijfsleider, terwijl Boxelius in zijn aantekening die hoofdelijke aansprakelijkheid weer ontkent.¹⁶⁶

Een eenduidig antwoord op de vraag of en in welke mate vennoten voor elkaars handelen extern aansprakelijk zijn, valt in de Rooms-Hollandse rechtsgeleerde werken dus niet te vinden. Het academisch keurslijf van het *ius commune* dwong hen de externe aansprakelijkheid binnen het Romeinsrechtelijke stramien van de *actio institoria* uit te leggen.

Dat de praktijk zich van dit academische debat weinig aantrok, blijkt allereerst uit het feit dat de *Costumen van Antwerpen* de hoofdelijke aansprakelijkheid bevestigen. In Hoofdstuk 52.1 van de *Costumen* wordt namelijk het volgende bepaald:

*‘Die tsamen staen in Compaignie van coopmanschap zijn een voor al gehouden van de schulden van de compaignie ende mach een iegelijck in solidum daer voor aengesproken worden behoudelijck hem zijn verhael op zijne compaignie.’*¹⁶⁷

De gewoonte van de Hollandse handelspraktijk lijkt hiermee in overeenstemming. Een groot aantal Amsterdamse advocaten en procureurs heeft op 29 januari 1710 namelijk in een juridische procedure bevestigd dat als twee of meer vennoten in naam van de vennootschap een koopovereenkomst sluiten, de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn.¹⁶⁸ Deze aansprakelijkheid was volgens de praktijkjuristen

*‘costumier en van eene vaste en bekende praktyke’.*¹⁶⁹

Dat in 1710 een turbe nodig was om deze gewoonte vast te stellen, kan erop duiden dat toen nog niet onomstotelijk vaststond dat vennoten voor elkaars handelen hoofdelijk aansprakelijk waren. Uit de turbe blijkt ook dat een groot aantal advocaten de hoofdelijke aansprakelijkheid reeds als gewoonte aanduiden. Aan het eind van de achttiende eeuw wordt het bestaan van deze gewoonte bovendien bevestigd door de rechtsgeleerde Van der Keessel, alsmede in de hierna te noemen juridische adviezen.

166. Ibidem, Hoofdstuk XXX; Boxelius verwijst in aantekening 32 naar hetgeen De Groot in de *Inleiding* en *De Iure belli* opmerkt over de beperkte aansprakelijkheid van vennoten voor handelingen van kapitein en bedrijfsleider.

167. Zie over de *Costumen van Antwerpen* hierboven: paragraaf A 1.7.3.

168. Zie: D.G. van der Keessel, *Praelectiones juris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam*, uitgegeven door P. van Warmelo, L.I. Coertze, en H.L. Gonin (Amsterdam 1961-1975) 1412-1416.

169. Pieter Hendrik Dronsberg ed., *Verzameling van casus positien, voorstellingen en declaratien betrekkelyk tot voorvallende omstandigheden in den koophandel, van tyd tot tyd binnen deeze stad beoordeeld en ondertekend* (Amsterdam 1793) 160-163.

HOOFDSTUK 2

Voor een duidelijk antwoord op de vraag of en in welke mate vennoten voor elkaars handelen extern aansprakelijk zijn, dient men ook te rade te gaan bij de juridische adviezen. Advies I-303 van de *Hollandsche Consultatien*¹⁷⁰ betreft een vordering op één van twee vennoten uit hoofde van een verplichting die door de andere vennoot op naam van beide vennoten is aangegaan, terwijl de vennootschap op dat moment al was beëindigd. De vraag komt aan de orde of de aangesproken vennoot (die van niets wist, maar in wiens naam wel was getekend) gehouden is om aan de in zijn naam aangegane verplichting te voldoen. De juristen Reynier Ingel en Ioan de Witte adviseren dienaangaande dat deze vennoot, ondanks het feit dat de vennootschap al was ontbonden, inderdaad nog steeds gebonden is. Als reden geven zij op dat ‘*ter Beurse*’ onbekend was dat de vennootschap was beëindigd en dat de vennoot had verzuimd om van die beëindiging publiekelijk melding (‘*aan Koopluyden ende Maeckelaers*’) te maken, alsmede van het feit dat de ene vennoot niet meer in naam van de ander mocht tekenen. Het gevolg van dit verzuim is dat volgens de ‘*stijle onder den Koopluyden*’ ieder van de vennoten in wiens naam is getekend *in solidum* (hoofdelijk) aansprakelijk is.¹⁷¹ Men ziet hier niet alleen een ondubbelzinnige bevestiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten, maar ook een verwijzing naar praktijkgebruik op het gebied van de wijze van beëindiging van een vennootschap die men bij de rechtsgeleerde schrijvers niet tegenkomt.

Hoewel advies I-151 een huwelijksvermogenskwestie betreft, wordt daarin terloops het volgende opgemerkt:

‘Een compagnon [is] voor de schulden van sijnen mede-compagnon geduyrende de societeyt ofte Compagnie gemaect, nae rechte in solidum verbonden’.

Advies II-235 beschrijft het geval waarin drie vennoten een compagnie vormen. Een der vennoten kocht in naam van de compagnie een partij stof maar liet deze onbetaald. De vraag kwam aan de orde of de twee andere vennoten hoofdelijk aansprakelijk waren voor de schuld. De jurist Ioan de Witte beantwoordde deze vraag bevestigend: vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die een der vennoten in naam van de vennootschap is aangegaan. Van belang is volgens De Witte dat de contracterende vennoot een compagnie vormt met de andere vennoot, dat de aankoop is gedaan in het kader en ten bate van de door

170. Zie over de *Hollandsche consultatien* hierboven: paragraaf A 1.7.5.

171. Met verwijzing naar de Rota van Genua *decisio* 46 nr. 5 en *decisio* 97 nr. 1. In deze beslissingen (in beslissing 46 tevens onder nr. 4) wordt overwogen dat op grond van de koopmansgewoonte (*consuetudine Mercatoria*) alle vennoten van wie de naam (in de firma of de boeken) wordt genoemd hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden die één van hen is aangegaan. Zie over deze beslissingen voorts: Mehr, *Societas und universitas*, 156-157; en Asser, *In solidum*, 240-241.

de compagnie gedreven onderneming, dat de aankoop in de boeken van de compagnie is opgenomen en dat de vennoot die de aankoop had gedaan daar ook nog eens expliciet de opdracht toe had gekregen. De Witt verwijst tot slot naar de *Costumen van Antwerpen*, waarin de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten als regel is opgenomen.¹⁷²

Advies III-143 is van de hand van Hugo de Groot.¹⁷³ Het ging in het door De Groot beschreven geval om een compagnie van twee vennoten, waarvan één vennoot een derde opdracht gaf wijnen ten behoeve van de compagnie in te kopen. De aankoop van de wijn door de derde werd vervolgens door de andere vennoot op een later moment schriftelijk aan de opdrachtgevende vennoot bekrachtigd. De Groot bevestigt in zijn advies dat beide vennoten in dit geval hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die de ene vennoot jegens de derde is aangegaan. Allereerst geeft De Groot aan dat men hier aan de vraag, of de vennoten elkaar wederzijds het bestuur van de compagnie hebben toevertrouwd, niet toekomt. Vast staat immers dat de handeling van de ene vennoot (de opdracht aan een derde om wijn in te kopen) later is bekrachtigd door de andere vennoot. Daarom mag er vanuit worden gegaan dat de wijn *nomine societatis* (in naam van de compagnie) is gekocht. Van belang is volgens De Groot verder dat de compagnie profijt heeft gehad van de wijn-aankoop. Terwijl De Groot noch in zijn *Inleiding* noch in *De iure belli ac pacis* ingaat op de vraag of en op welke wijze vennoten aansprakelijk zijn uit handelingen door de andere vennoot verricht, geeft hij in dit advies dus antwoord op deze vraag: de vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk.

De grondslag van het advies van De Groot is tweeledig. Enerzijds heeft het advies een vennootschapsrechtelijke grondslag: De Groot merkt op dat wanneer goederen door één van de vennoten *nomine societatis* (in naam van de vennootschap) worden gekocht, beide vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de leverancier. Anderzijds heeft het advies een verrijdingsrechtelijke grondslag: als twee partijen een leenovereenkomst sluiten en de debiteur stelt het geld in handen van een derde, dan heeft de crediteur volgens het Romeinse recht niet alleen een vordering op de debiteur, maar ook op degene die het geld heeft ontvangen.¹⁷⁴ Deze vordering wordt aangeduid als *actio de in rem verso*. Tegen de achtergrond van hetzelfde voorbeeld noemt De Groot in zijn *Inleiding* ‘*Weder-eyssching van alle 't gunt anderzins zonder geven, betalen ofte beloven, aen yemand is gekomen uyt eens anders goed buyten regtelyke oorzake*’ een ‘*verbintenis uyt baettrekking*’.¹⁷⁵

Ook de externe aansprakelijkheid van reders komt in de adviezen van de *Hollandsche Consultatien* ter sprake. Advies VI-102 stelt vast dat reders van een schip hoofdelijk aansprakelijk zijn voor contractuele verplichtingen die hun

172. Zie eerder in deze paragraaf.

173. Opinie III-143 is abusievelijk als III-142 genummerd in de eerste druk van deel drie van de *Hollandsche Consultatien* uit 1648.

174. C. 4.26.7.3.

175. De Groot, *Inleiding*, III.30; zie hierover nader paragraaf B 3.1.

HOOFDSTUK 2

schipper op reis is aangegaan. Van een recht van abandon wordt niet gesproken. Opvallend is dat dit advies niet overeenstemt met hetgeen in de rechtsgeleerde werken over de aansprakelijkheid van reders wordt gezegd, namelijk dat zij slechts evenredig aansprakelijk zijn en dat hun het recht van abandon toekomt. Het advies komt weer wel overeen met het oordeel van Van Bijkershoek over de aansprakelijkheid van reders.¹⁷⁶ In advies III-321 komt de aansprakelijkheid van reders voor onrechtmatige gedragingen van hun kapitein ter sprake. Een kapitein had in strijd met bepaalde verordeningen buitenlandse schepen gekaapt, zonder een daartoe strekkende opdracht van de reders. De opinie geeft aan dat in een dergelijk geval de reders slechts evenredig naar hun aandeel aansprakelijk zijn voor deze onrechtmatige daad en dat hun het recht van abandon toekomt. Het advies verwijst daarbij naar een uitspraak van de Hoge Raad inzake het schip van een Venetiaan, Colari, dat door de schippers Van den Kerckhove en Verhagen onrechtmatig was gekaapt, en naar andere gelijke zaken die door de Hoge Raad op gelijke wijze zouden zijn berecht.¹⁷⁷ Ook dit advies strookt niet met hetgeen in rechtsgeleerde werken daaromtrent wordt opgemerkt. Hugo de Groot merkt in hoofdstuk 3.1.32 van de *Inleiding* namelijk op dat reders in het geheel niet aansprakelijk zijn voor misdaden van hun kapitein.

De adviezen 172 en 173 uit het *Nederlands Advysboek* van Isaac van den Berg¹⁷⁸ betreffen een uit twee vennoten bestaande vennootschap, waarbij één mede namens de ander, maar buiten diens medeweten, een verplichting (borgtocht) jegens een derde aangaat. Deze vennoot ondertekent de akte van borgtocht met de namen van beide vennoten. De verplichting blijkt een privékwestie van de handelende vennoot, althans een zaak die niets met de onderneming van doen heeft. Het advies luidt dat de onwetende vennoot niet aansprakelijk is omdat:

‘de compagnie van negotie buiten dat werk van negotie geensints door den eenen compagnon buiten kennis en goetvinden van den ander kan worden geextendeerd’.

Advies 59 uit de *Advysen over den Koophandel en Zeevaart* van Barels¹⁷⁹, ziet op het geval dat vier vennoten gezamenlijk een kousenmakerij drijven. De vennootschap treedt naar buiten toe op onder de naam van één van hen. De vennoot op wiens naam wordt gehandeld laat een door hem aangegane schuld

176. Zie eerder in deze paragraaf.

177. Jacob Coren, *In supremo senatu Hollandia, Zeland & Frisia, dum viveret assessoris, observationes rerum in eodem senatu judicatarum, item consilia quaedam* (Den Haag 1633), verwijst in de noot onder *decisio* 40 van de Hoge Raad naar de zaak van de Venetiaan en bevestigt (zonder nadere motivering) dat de Hoge Raad op 11 juli 1603 in die kwestie heeft beslist dat de reders proportioneel aansprakelijk zijn, met het recht van abandon.

178. Zie over Van den Berg hierboven: paragraaf A 1.7.5.

179. Zie over Barels hierboven: paragraaf A 1.7.5.

onbetaald. De vraag is of de andere vennoten aansprakelijk zijn voor die verplichting. Het advies luidt dat alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor die schuld, ondanks het feit dat de schuld slechts op naam van één van hen is aangegaan. Het verwijst nadrukkelijk naar een alom geaccepteerde handelspraktijk die dit beginsel ondersteunt. Van belang in dit geval was dat de wederpartij bekend was met het feit dat het een vennootschap betrof waarmee hij handel dreef.

Advies 60 van Barels betreft een turbe van 29 november 1707, gehouden onder aan de Beurs van Amsterdam verbonden kooplieden. Deze kooplieden bevestigen dat het een vaste gewoonte is, ‘zonder van contrarie Coustume te weten’, dat door handelingen van een in de naam van de compagnie genoemde vennoot alle overige vennoten *in solidum* (‘voor het geheel en een voor al’) worden verbonden. Verder bevestigen zij dat iedere vennoot bevoegd is om rechtshandelingen namens de compagnie te verrichten, ook al is hij daartoe niet uitdrukkelijk door zijn medevennoten gemachtigd. Tot slot bevestigen zij dat iedere vennoot bevoegd is om op naam van de compagnie te tekenen, zoals ook gebruikelijk is wanneer de Wisselbank en de Oost- en West-Indische Compagnie verplichtingen met kooplieden van de Amsterdamse Beurs aangaan.

Advies 61 bevestigt wederom nadrukkelijk dat alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die één vennoot in naam van de vennootschap is aangegaan. Verwezen wordt daarbij naar de handelspraktijk, de Costumen van Antwerpen¹⁸⁰, de Rota van Genua¹⁸¹ en diverse rechtsgeleerden,

‘zulks dat of schoon de Heer De Groot deswegens iets anders mogte schijnen te zeggen’

merkt de schrijver van het advies daarbij op. Hij kan zich kennelijk niet verenigen met hetgeen De Groot in *De Iure Belli* en de *Inleiding* over de aansprakelijkheid van vennoten beweert.

Verwer merkt in zijn *Nederlants See-rechten* over de aansprakelijkheid van vennoten op:

*‘dat van Koopluiden commercierende met eenen openbaren Compagnie-naem, algemeenlijk ider dier genoemens in solidum verbonden staet’.*¹⁸²

Tot slot wordt ook in een verzameling uit 1793 van juridische kwesties betreffende de Amsterdamse koophandel¹⁸³ de hoofdelijke aansprakelijkheid bevestigd:

180. Zie hierboven: paragraaf A 1.7.3.

181. Verwezen wordt naar de eerder in deze paragraaf genoemde beslissingen 46.4 en 97.1 van de Rota van Genua.

182. Verwer, *Nederlants see-rechten*, 171.

183. Dronsberg, *Verzameling casus positionen*, 160-163.

HOOFDSTUK 2

‘ieder Compagnon eener Societeit van negotie, is in Solidum gehouden in de geheele schuld, door een of meer Compagnons, onder de firma dier Societeit aangegaan, behoudende deswegens zyn verhaal op de andere Compagnons’.

De schrijvers van het advies, twee Amsterdamse advocaten, voeren daarbij aan dat men er ‘volgens de generale dispositie van het recht’ vanuit mag gaan dat kooplieden die in compagnie handelen, elkaar de directie toevertrouwd hebben. Zij voegen daar expliciet aan toe dat de aansprakelijkheid van kooplieden dus niet beperkt is tot de waarde van hun aandeel. Deze regel ‘van het Roomsche Recht’ zou in geheel Europa geaccepteerd zijn.¹⁸⁴ Ook wijzen zij daarbij voor de stad Amsterdam naar de eerdergenoemde turbe van 29 januari 1710. Ook de Hollandse advocaat Kersteman bevestigt dat vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn, ongeacht de intern tussen vennoten gemaakte afspraken.¹⁸⁵

Het standpunt dat De Groot heeft ingenomen, wordt aan het eind van de achttiende eeuw ook bekritiseerd door Dionysius van der Keessel, de laatste Rooms-Hollandse rechtsgeleerde van naam.¹⁸⁶ Van der Keessel meent allereerst (Thesis 702) dat vennoten geen recht van abandon toekomt voor het geval zij door derden worden aangesproken voor handelingen van een medevenoot. Weliswaar hebben de *actio institoria* en de *actio exercitoria* veel overeenkomstige kenmerken, maar de posities van een reder en (bijvoorbeeld) een herbergier zijn volgens Van der Keessel toch werkelijk verschillend. De eerste is immers ver verwijderd van de overzee contracterende schipper, de winkelhouder is daarentegen aanwezig en kan de contracterende bedrijfsleider in de gaten houden.

Van der Keessel sluit daarbij aan bij D. 14.1.1.pr., waarin de verschillen in de posities van de kapitein en de bedrijfsleider worden genoemd: de noodzaak om met een kapitein een contract te sluiten is doorgaans groter. Over de bedrijfsleider kan men vooraf immers vaak nog wel inlichtingen inwinnen. De omstandigheden overzee laten echter niet toe dat men hetzelfde doet voor een kapitein.

De winkelhouder kan zich volgens Van der Keessel dus prima wapenen tegen ongewenste handelingen van zijn bedrijfsleider en heeft geen behoefte aan de bescherming door een abandonrecht. Van der Keessel staat daarmee lijnrecht tegenover alle hiervoor genoemde rechtsgeleerden, Van Bijkershoek uitgezonderd. Eenmaal vastgesteld hebbende dat vennoten hun aansprakelijkheid

184. Waarbij de schrijvers onder meer verwijzen naar hoofdstuk 52 van de *Costumen van Antwerpen*.

185. Franciscus Lievens Kersteman, *Hollandsch rechtsgeleert woordenboek* (Amsterdam 1768) 70 onder het begrip ‘Compagnieschap’.

186. Van der Keessel, *Theses selectae*, nrs. 702 en 703; nader uitgewerkt in Van der Keessel, *Praelectiones*, nrs. 1412-1416.

niet kunnen beperken door afstand te doen van hun aandeel in de handel, stelt Van der Keessel vervolgens de vraag of vennoten beperkt (namelijk naar rato van hun aandeel in de handel) of hoofdelijk aansprakelijk zijn. Die vraag beantwoordt hij in de *Praelectiones* op Thesis 703: vennoten zijn volgens Van der Keessel hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars handelingen. Hij verwijst daarbij allereerst naar artikel 52 lid 1 van de Costumen van Antwerpen, waarin is bepaald dat vennoten in de compagnie hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap.¹⁸⁷ Ook verwijst hij naar diverse juridische adviezen, waarin conform deze regel is geoordeeld.¹⁸⁸ Tot slot baseert hij zijn standpunt op de eerder in deze paragraaf genoemde turbe van 29 januari 1710. Van der Keessel is aan het eind van de achttiende eeuw dus duidelijk: vennoten zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars handelingen, hun komt geen recht van abandon toe. Dat echter zelfs aan het eind van de achttiende eeuw de handelspraktijk nog niet tot alle rechtsgeleerden was doorgedrongen, blijkt uit het feit dat de advocaat Munniks in het laatste kwart van die eeuw opmerkt dat de aansprakelijkheid van kooplieden ‘door een alhier aangenomen gebruik’ beperkt is tot hun aandeel in de handel.¹⁸⁹

Uit Van der Keessel blijkt dat aan het eind van de achttiende eeuw de commanditaire vennootschap naar Frans voorbeeld ook in ons land voorkwam.¹⁹⁰ Hij doelt daarbij op een vennootschap waarbij twee vennoten overeenkomen dat één van hen op eigen naam handelt en de ander geld inbrengt. Deze vennoot wordt de *commanditair* genoemd. De winsten van de vennootschap zijn gemeenschappelijk, maar de geldinbrengende vennoot deelt niet verder in een eventueel verlies dan tot de waarde van zijn inbreng. Van der Keessel vermeldt verder dat de commanditaire vennoot extern in het geheel niet aansprakelijk is.¹⁹¹ De Hollandse praktijk ten tijde van de Republiek zal echter anders zijn geweest. De commanditaire vennootschap was onder het Rooms-Hollands recht immers niet als instituut vastgelegd of aanvaard. Er bestond ook geen register (zoals in Frankrijk) waarin de beperking van de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoten stond vermeld zodat deze beperking aan derden kon worden tegengeworpen. Dit leidt er toe dat de commanditaire vennootschap in de praktijk zal zijn behandeld als een gewone compagnie.¹⁹² De afspraak dat de commanditaire vennoten slechts tot de waarde van hun inbreng aansprakelijk zijn, is dan nog slechts een interne afspraak tussen vennoten. Derden zijn niet gebonden aan deze afspraken: alle vennoten, ook de commanditaire, zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de commanditaire vennootschap.

In de gepubliceerde rechtspraak vindt men slechts een drietal uitspraken die de externe vennootschapsverhoudingen betreffen. In een uitspraak van 14 oktober

187. Zie eerder in deze paragraaf.

188. Onder meer naar de eerder genoemde *Hollandsche Consultatien* II-235 en III-143.

189. J. Munniks, *Handleiding tot de hedendaagsche rechtsgeleerdheid* (Amsterdam 1776) 49.

190. Van der Keessel, *Theses selectae*, nr. 704; *Praelectiones*, nr. 1416.

191. Ibidem. Zie ook: Asser, *In solidum*, 152; anders Van Brakel, *Commanditaire vennootschap*, 303; Duynstee, *Vraagstukken*, 69-71, laat zich over deze kwestie niet uit.

192. Asser, *In solidum*, 153.

HOOFDSTUK 2

1592, gepubliceerd als Decisio 6 in *Utriusque Hollandiae Zelandiae Frisiaeque curiae decisiones* van Neostadius, bevestigt de Hoge Raad de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten uit elkaars handelen, zolang de handelende vennoot maar verplichtingen in naam van de vennootschap heeft verricht.¹⁹³ In Decisio 49 uit dezelfde verzameling bevestigt het Hof van Holland in een uitspraak van 6 maart 1579 dat een schuldeiser elk van beide vennoten hoofdelijk kan aanspreken voor betaling van de gehele schuld, onder verwijzing naar de onder kooplieden geldende Antwerpse gewoonte. De *Observationes rerum in eodem senatu judicatarum* van Jacob Coren bevatten geen uitspraken van vennootschapsrechtelijke aard, met uitzondering van *observatio* 40 die de externe aansprakelijkheid van reders behandelt. In deze uitspraak van 21 december 1629 oordeelde de Hoge Raad over een aanvaring op zee waarbij één van de betrokken schepen was vergaan. Omdat de schipper van het overgebleven schip geen verhaal bood, stelden de eigenaren van het verongelukte schip de reders van het andere schip aansprakelijk voor de schade. De Hoge Raad oordeelde dat in dergelijke gevallen de reders slechts proportioneel aansprakelijk zijn, dus naar mate van ieders aandeel. Bovendien was hun aansprakelijkheid volgens de Hoge Raad beperkt tot de waarde van ieders aandeel. Coren geeft niet aan op welke gronden de Hoge Raad tot deze beslissing kwam, alleen de stellingen van de procespartijen worden vermeld.¹⁹⁴

Daarnaast vindt men in *Regtsgeleerde Decisien* van Pieter Ockers nog een drietal uitspraken op het gebied van de aansprakelijkheid van vennoten jegens derden. In een uitspraak van 25 oktober en 2 november 1668 (aangeduid als ‘NN decisio 3’¹⁹⁵) bevestigt het Hof van Holland dat vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden die één van de vennoten jegens een derde is aangegaan. Opmerkelijk is wel dat het Hof (zonder onderbouwing) aan de regel van hoofdelijke aansprakelijkheid toevoegt dat het in plaatsen waar de handel floreert gebruikelijk is dat vennoten een recht van abandon hebben: eenmaal hoofdelijk aangesproken, kunnen zij hun aansprakelijkheid beperken door afstand te doen van hun inbreng en de genoten winst. Mogelijk refereert het Hof hier aan de overwegingen van De Groot in *De iure belli ac pacis* (in de rechtspraak van het Hof en de Hoge Raad wordt het recht van abandon voor vennoten verder nergens genoemd). In *decisio* 4 van 7 december 1668 en 10 januari 1669 herhaalt het Hof van Holland de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten: een vennoot kan volgens het Hof niet volstaan met betaling van de helft van de op naam van de vennootschap aangegane schuld.¹⁹⁶ In een uitspraak van 17 maart 1674 (aangeduid als *decisio* DD¹⁹⁷) bevestigt ook de

193. Zie ook: Asser, *In solidum*, 102-103.

194. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze uitspraak: Asser, *In solidum*, 110-113.

195. Gall, *Decisien*, 110.

196. Ibidem, 121.

197. Ibidem, 171.

Hoge Raad dat vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een schuld die door één van de vennoten is aangegaan, ook wanneer de aangesproken vennoot daartoe niet expliciet last heeft gegeven.

Het beeld dat in de vennootschapsrechtelijke bronnen van de externe vennootschapsverhoudingen wordt geschetst, brengt een scherpe tegenstelling tussen praktijk en theorie aan het licht. Rechtsgeleerden wringen zich in alle bochten om contemporaine verschijnselen vanuit een Romeinrechtelijke invalshoek te verklaren en te rechtvaardigen.¹⁹⁸ Deze inconsistentie is tot op zekere hoogte, gezien de academische achtergrond van de rechtsgeleerden, begrijpelijk, maar wekt toch enige verwondering daar de rechtsgeleerden afkomstig zijn uit een land dat doortrokken was van handel en is mogelijk een indicatie voor het feit dat zij weinig ophadden met de praktijk van alledag en de daarin bestaande gewoonten. De vraag of en in welke mate vennoten voor elkaars handelen aansprakelijk zijn, wordt door de rechtsgeleerden niet eenduidig beantwoord. De gewoonte, de rechtspraak en de juridische adviezen schetsen echter een helder beeld van het recht der werkelijkheid: vennoten zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars handelingen, zonder dat hun een recht van abandon toekomt.¹⁹⁹

198. Ook Asser, *In Solidum*, 160, constateert de discrepantie tussen de handelspraktijk en de rechtsgeleerde theorie.

199. De door Pieter Ockers opgenomen uitspraak van het Hof van Holland van 25 oktober en 2 november 1668 vormt in de rechtspraak daarop de enige uitzondering.

Hoofdstuk 3. Vennootschap op aandelen

3.1 Definitie

De tot nu toe besproken vennootschappen zijn alle personenvennootschappen, dat wil zeggen vennootschappen waarbij de kwaliteit van de handelende personen centraal staat en die in beginsel eindigen wanneer één van deze personen uittreedt of wanneer volgens afspraak tussen de vennoten de samenwerking wordt beëindigd. Daarnaast kent men de kapitaalvennootschap, die onafhankelijk van de kwaliteit van de handelende personen bestaat en waarbij de handelende personen inwisselbaar zijn. Niet de kwaliteit van de handelende personen, maar het bijeengebrachte kapitaal staat bij de kapitaalvennootschap centraal. Met dit kapitaal wordt de onderneming gedreven. De bestuurder van de vennootschap is niet aansprakelijk voor zijn daden en de kapitaalverschaffer is tot niet meer verplicht dan te voldoen aan zijn stortingsplicht.

De tegenwoordige verschijningsvorm van de kapitaalvennootschap is de vennootschap op aandelen. Deze vennootschapsvorm heeft de afgelopen eeuw in de Nederlandse rechtshistorische literatuur aanmerkelijk meer aandacht gekregen dan de personenvennootschap.¹ Recent nog hebben verschillende

-
1. E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de naamloze vennootschap in Nederland voor de codificatie* (Amsterdam 1908); S. van Brakel, *De Hollandse handelscompagnieën der zeventiende eeuw* (Den Haag 1908); S. van Brakel, 'Bijdrage tot de geschiedenis der naamloze vennootschap', *RM* 31 (1912) 261-306; S. van Brakel, 'Ontbrekende schakels in de ontwikkeling van ons vennootschapsrecht' in: *Rechtshistorische Opstellen* (Haarlem 1914) 153-194; E.J.J. van der Heijden, 'Over den juridischen oorsprong der naamloze vennootschap' in: *Rechtshistorische Opstellen* (Haarlem 1914) 132-152; S. van Brakel, 'Vennootschapsvormen in Holland gedurende de zeventiende eeuw', *RM* 36 (1917) 1-30 en 145-189; W.M.F. Mansvelt, *Rechtsvorm en geldelijk beheer bij de Oost-Indische Compagnie* (Amsterdam 1922); W.L.P.A. Molengraaff, recensie van Mansvelt, *Rechtsvorm*, *RM* 41 (1922) 550-556; S. van Brakel, 'De eerste moderne naamloze vennootschap' in: *Feestuitgave behorende bij het WPNR 2947* (Den Haag 1926) 27-32; E.J.J. van der Heijden, 'De feestuitgave der broederschap III', *De naamloze vennootschap* 5 (1927) 260-262; J. van Kan, *Uit de rechtsgeschiedenis der compagnie* (Batavia 1930); J.B. Zeylemaker, *Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap* (Zwolle 1947); W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809*. Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap V-1 (Amsterdam 1956); N. Steensgaard, 'The Dutch East India Company as an institutional innovation' in: *Dutch capitalism and world capitalism* →

HOOFDSTUK 3

schrijvers zich in het kader van het vierhonderdjarige jubileum van de oprichting van de VOC bezig gehouden met de rechtshistorische aspecten van de vennootschap op aandelen.² Het is niet eenvoudig om een definitie van de vennootschap op aandelen te geven. In essentie is de vennootschap op aandelen een associatie van kapitaal waarbij verschillende personen voor bepaalde of onbepaalde tijd kapitaal bijeenbrengen ter uitoefening van economische activiteiten. De deelnemers in het kapitaal zijn intern (dat wil zeggen: jegens de vennootschap) niet verder aansprakelijk dan tot de waarde van hun inbreng (met andere woorden: de deelnemer kan niet worden verplicht méér in te brengen) en de bestuurders zijn extern (dat wil zeggen: jegens derden die met de vennootschap handelen) niet persoonlijk aansprakelijk. De vennootschap op aandelen bezit rechtspersoonlijkheid: zij is zélf drager van rechten en plichten, kan met derden overeenkomsten aangaan en door derden worden aangesproken. Bijkomende kenmerken van de vennootschap op aandelen zijn de verhandelbaarheid van de aandelen, de verdeling van het kapitaal in aandelen, de inbreng van kapitaal tot een vóór de oprichting vastgesteld bedrag en een van het resultaat afhankelijke beloning voor het ter beschikking gestelde kapitaal.

3.2 Middeleeuwen

De vennootschap op aandelen was gedurende de Middeleeuwen praktisch onbekend. Een eerste uitzondering vormde een tweetal Genuese instituten dat gelijkenis vertoonde met de vennootschap op aandelen: de *maona* en de *Banco di San Giorgio*.³ De *maona* vond haar oorsprong in de *Compera delle Imposte*, een vereniging van belastingpachters. De staat schreef obligaties uit en verleende ter terugbetaling van het aangetrokken kapitaal aan de crediteuren het recht om de belastingen te innen. Het totale uitgeleende bedrag werd een *maona* of *mons* genoemd. De crediteuren stonden ingeschreven in een publiek register en de leningen waren onderverdeeld in porties van gelijke grootte (*loca*). Deze *loca* of obligaties waren vrij overdraagbaar. De houders van de *loca* verenigden

(Cambridge 1982) 235-259; W.D.H. Asser, *In solidum of pro parte. Een onderzoek naar de ontwikkelingsgeschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden* (Leiden 1983); B.T.M. Steins Bisschop en T. Wiersma, 'De compagnie als moderne NV' in: *Kennis en Compagnie* (Leiden 2002); Ella Gepken-Jager ed., *VOC 1602-2002, 400 years of company law* (Deventer 2005); H.J. den Heijer, *De geotrooieerde compagnie*. Ars Notariatus 128 (Deventer 2005); zie voorts Coing, *Europäisches Privatrecht*, 524-529.

2. Zie de in de vorige noot genoemde werken uit de jaren 2002 en 2005.

3. Het hiernavolgende overzicht van de *maona* en de Banco di San Giorgio is gebaseerd op: Guido A. Ferrarini, 'Origins of limited liability companies and company law modernisation in Italy: a historical outline' in: Ella Gepken-Jager ed., *VOC 1602-2002, 400 years of company law* (Deventer 2005) 189-215; Mehr, *Societas und universitas*, 302-208; Goldschmidt, *Handbuch*, 296-298; Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 19-20.

zich in een *societas comperarum* (vennootschap ten behoeve van de belasting-pacht) om de belastingen te innen en hun lening terugbetaald te krijgen. De meeste van deze *maone* waren van korte duur. Een uitzondering daarop vormde de Genuese *Maona di Chio e di Focea*, die van 1346 tot 1566 bestond. Aanleiding tot de oprichting vormde de aanschaf van 29 galeien ter verovering van de eilanden Chios en Phocaea. Om die mogelijk te maken trok de stadstaat Genua kapitaal aan van zijn burgers. Ook dit kapitaal was verdeeld in *loca*. Aan het einde van haar bestaan had de Maona ongeveer zeshonderd *loca*-bezitters. Als zekerheid voor terugbetaling van het geleende kapitaal werd het vruchtgebruik van de veroverde eilanden aan de Maona overgedragen. De *Maona* bereikte haar meest ontwikkelde vorm met de Banco di San Georgio. Deze bank was een associatie van nagenoeg alle schuldeisers van de staat Genua. Na oprichting van de Banco di San Georgio in 1407 werden niet meer de afzonderlijke schuldeisers maar werd de bank zelf als crediteur van de staat beschouwd. Het kapitaal was verdeeld in *loca* of aandelen van gelijke waarde. De aandelen waren verder vrij overdraagbaar, mits de overdracht wordt ingeschreven in het daarvoor gehouden register. Er schijnt zelfs een levendige handel in aandelen te hebben bestaan. Toen de van oorsprong vaste vergoeding aan de kapitaalverschaffers in de vorm van 8% rente in 1419 werd gewijzigd in een aandeel in de staatsinkomsten uit de koloniale bezittingen, kreeg die vergoeding het karakter van een wisselend dividend. De Banco di San Georgio werd bestuurd door een aantal personen dat uit de meest invloedrijke aandeelhouders werd gekozen. Dit bestuursorgaan werd de *gran consiglio* genoemd. De Banco di San Georgio en de eerdere *maone* waren verenigingen van crediteuren, opgericht met het oog op de bescherming van belangen van schuldeisers jegens de Genuese staat. Het verrichten van commerciële activiteiten vormde niet het doel van de associatie, maar was slechts een instrument ter realisatie van dat doel. Hoewel deze instituten geen echte vennootschappen op aandelen waren, vertoonden zij daar wel veel overeenkomsten mee. Verschillende personen brachten voor onbepaalde tijd kapitaal bijeen (de leningen aan de staat), de deelnemers in het kapitaal waren intern, dat wil zeggen jegens de bank, niet verder aansprakelijk dan tot de waarde van hun inbreng (het geleende kapitaal). De aandelen waren vrij verhandelbaar; het kapitaal was in aandelen van gelijke grootte verdeeld; er was een vaststaand kapitaal (de staatsschuld) en er werd een van het resultaat afhankelijke beloning aan de aandeelhouders uitgekeerd (het aandeel in de staatsinkomsten).

Een andere associatievorm die kenmerken van de vennootschap op aandelen vertoonde, vindt men in de mijnbouw en de metaalbewerking. Ontwikkelingen in de industriële technologie, onder meer op het gebied van het delven van grondstoffen, maakten in de loop van de vijftiende eeuw industrie mogelijk op een grotere en intensievere schaal dan voorheen.⁴ De vraag naar kapitaal om

4. Postan, *Trade and industry*, 458-473.

HOOFDSTUK 3

deze industrie te financieren leidde in onder meer Noord-Italië, Midden-Europa, Scandinavië en Frankrijk tot ondernemingen van soms wel honderden personen. Deze personen brachten kapitaal in, maar hielden zich niet allen daadwerkelijk met de mijnbouw en metaalbewerking bezig.⁵ Er is uitgebreid onderzoek gedaan naar de molenindustrie in Toulouse.⁶ In de vijftiende eeuw ontwikkelden de reeds bestaande associaties van molenbezitters zich tot zelfstandige lichamen en dragers van rechten en plichten (rechtspersonen), waarvan het kapitaal was verdeeld in aandelen. De aandelen waren vrij overdraagbaar; de aandeelhouders waren in veel gevallen niet verplicht tot bijstorting als de onderneming daarom vroeg en de aandeelhouders noch de bestuurders waren aansprakelijk ten opzichte van derden.⁷ De overeenkomsten met de vennootschap op aandelen zijn daarom opvallend. Er zijn ook verschillen: de aandelen waren niet van gelijke grootte; de waarde van de aandelen was uitgedrukt in delen van het gehele kapitaal (bijvoorbeeld een achtste deel), in plaats van in geldswaarden; de aandelen werden (net als de molens zelf) beschouwd als onroerende zaken en werden als zodanig overgedragen.⁸

Hoe groot de gelijkenis tussen deze kapitaalassociaties en de hedendaagse vennootschap op aandelen ook moge zijn, toch zijn zij op zichzelf staande, geïsoleerde verschijnselen. Zij hebben, voor zover bekend, elders geen navolging gekregen. Evenmin is er vanuit deze kapitaalassociaties een rechtstreekse en onafgebroken ontwikkeling te ontwaren die heeft geleid tot het ontstaan van een werkelijke vennootschap op aandelen.⁹ Het ontstaan van de vennootschap op aandelen die zich uiteindelijk heeft ontwikkeld tot de hedendaagse naamloze vennootschap en haar buitenlandse equivalenten heeft dus een andere bron. De wieg van die vennootschap stond in de Republiek.

3.3 Overgangsvormen

3.3.1 *Sociaal-economische achtergrond*

Het ontstaan van de vennootschap op aandelen moet worden gezien vanuit de uitzonderlijk snelle en sterke opbloei van de Noord-Nederlandse handel in het laatste decennium van de zestiende eeuw en de exponentieel stijgende behoefte

5. Ibidem, 476.

6. Germain Sicard, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age* (Toulouse 1952).

7. Ibidem, 300-323.

8. Ibidem, 358-362.

9. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 20-24; Sicard, *Moulins de Toulouse*, 352, wijst er op dat de molenvennootschappen uit Toulouse zich naast de vennootschap op aandelen tot in de negentiende eeuw hebben weten te handhaven.

aan handelskapitaal die daarmee gepaard ging. Die uitzonderlijke expansie is tot stand gekomen onder invloed van diverse factoren. In de loop van de zestiende eeuw had Noord-Nederland en met name Amsterdam zich mede vanwege de gunstige centrale ligging tussen Noord- en Oostzee en de Franse en Iberische havens ontwikkeld tot een belangrijke stapelmarkt, een knooppunt van internationale handel van waaruit bulkgoederen als graan, hout, zout en haring werden gedistribueerd.¹⁰ De Hollandse en Zeeuwse havensteden specialiseerden zich bovendien in het vervoer van deze bulkgoederen. Die specialisatie hing samen met de lage kosten van transport als gevolg van innovatie in techniek en ontwerp van de Noord-Nederlandse scheepsbouw. De Nederlanders bleken in staat goedkope schepen te bouwen met een groot laadvermogen en een kleine bemanning. Met name de ontwikkeling van het fluitschip in het laatste decennium van de zestiende eeuw is daarbij van belang geweest.¹¹ De komst van kooplieden uit de Zuidelijke Nederlanden die als gevolg van de politiek instabiele situatie aldaar en de geloofsvervolgving door de Spaanse machthebbers hun heil elders zochten, gaf een cruciale impuls aan de economische groei van de Noordelijke Nederlanden. De Vlamingen en Brabanders beschikten over handelskennis, hadden een uitgebreid handelsnetwerk en brachten grote hoeveelheden kapitaal mee om in de handel te investeren. Bovendien leverden zij de benodigde kennis en middelen om in de 'rijke handel' te kunnen penetreren, de handel in luxegoederen als specerijen, suiker en zijde.¹² Deze handel werd tot dan toe gedomineerd door Iberische kooplieden, terwijl de distributie vanuit Spanje en Portugal naar het noorden in handen was van Italiaanse, Duitse en Zuid-Nederlandse distributie-firma's.¹³ Vóór 1590 ontbrak het in de Noordelijke Nederlanden aan grote kapitaalkrachtige kooplieden.¹⁴ Vanaf dat jaar vestigden grote aantallen Zuid-Nederlanders zich in de steden van Noord-Nederland, waaronder enkele uitzonderlijk kapitaalkrachtige kooplieden.¹⁵ Daarnaast vestigden rijke Spaans- en Portugees-Joodse kooplieden zich omstreeks de eeuwwisseling in Amsterdam.¹⁶ De afsluiting van de Schelde

-
10. De Vries, *Nederland*, 411-125; J. van Goor, *De Nederlandse koloniën* (Bilthoven 1997) 23-24.
 11. De Vries, *Nederland*, 419; Israel, *Nederland als centrum*, 43.
 12. Israel, *Republiek*, 338-341.
 13. Israel, *Nederland als Centrum*, 54; F.S. Gaastra, *De geschiedenis van den VOC* (Zutphen 2002) 13.
 14. Israel, *Nederland als centrum*, 49.
 15. Zie nader: Oscar Geldersblom, *Zuid-Nederlandse kooplieden en de opkomst van de Amsterdamse stapelmarkt (1578-1630)* (Hilversum 2000); K.M. Degryse, 'Zuid-Nederlands kapitaal in de VOC en de voorcompagnieën' in: *Noord-Zuid in Oost-Indisch perspectief* (Vlissingen 2005) 81-89.
 16. J.C.H. Blom ed., *Geschiedenis van de Joden in Nederland* (Amsterdam 1995) 74-82, 88-94. Zie voor de rol van de Sephardim bij de oprichting van de VOC: A.M. Vaz Dias, 'De deelname der Marranen in het oprichtingskapitaal der Oost-Indische Compagnie' in: *Jaarboek Amstellodamum* 33 (1936) 42-58.

HOOFDSTUK 3

door de Noord-Nederlandse opstandelingen en de verzwakking van de positie van de Spanjaarden in het Noorden deden het vertrouwen in de toekomst van de Republiek groeien. Deze factoren leidden tot een solide basis voor grootschalige investeringen in handel en industrie.¹⁷

3.3.2 Oprichting van de VOC

Die investeringen werden onder meer gedaan in de handel op Azië. Daar wilde men, anders dan voorheen het geval was geweest, rechtstreeks de specerijen gaan halen. Dat Noord-Nederlandse kooplieden omstreeks 1590 de aanvoer van specerijen in eigen handen begonnen te nemen was allereerst een gevolg van het feit dat zij waren uitgesloten van directe deelname aan de distributie van Aziatische handelswaar in Noord-Europa.¹⁸ Daarnaast speelden de schaarste op de Europese markt en een stijging van de prijzen van specerijen een belangrijke rol bij die beslissing.¹⁹ De hooggespannen verwachtingen leidden tot forse investeringen in expedities naar Azië en de oprichtingen van handelsassociaties die later de ‘voorcompagnieën’ werden genoemd, voorlopers van de later opgerichte Verenigde Oost-Indische Compagnie (VOC). In dit verband kunnen voor Amsterdam onder meer worden genoemd: de *Compagnie van Verre*, opgericht in 1594 en de *Nieuwe Compagnie*, opgericht in 1598. Beide compagnieën zijn in 1598 samengesmolten tot de *Oude Compagnie*. De *Nieuwe Brabantse Compagnie* werd vervolgens opgericht in 1599, waarna in 1600 een samenvoeging van die twee laatste plaatsvond, resulterend in de *Oost-Indische Compagnie*, de voorloper van de Amsterdamse kamer van de VOC. In Zeeland werden te Veere in 1597 en te Middelburg in 1598 compagnieën opgericht, die in 1600 samensmolten tot de *Zeeuwse Compagnie*, voorloper van de Middelburgse kamer van de VOC. Ook in andere steden werden rond 1600 compagnieën opgericht met het oog op de handel met Indië. De felle concurrentie tussen de diverse compagnieën, met name die tussen de Zeeuwse en Hollandse, ondermijnde de economische basis van de handel op Azië. De inkoopprijzen in Azië namen toe, terwijl door de toename van het aanbod op de Europese markt de verkoopprijzen daalden. Deze ontwikkeling zorgde in de loop van de jaren negentig voor de eerder genoemde samenvoegingen van de voorcompagnieën. Uiteindelijk werden de voorcompagnieën, onder sterke overheidsdruk, ertoe bewogen om in één lichaam gezamenlijk verder te gaan. Daartoe werd in 1602 de Verenigde Oost-Indische Compagnie opgericht, die voor de duur van 21 jaar het monopolie kreeg voor de vaart vanuit de Republiek op de gebieden die gelegen zijn tussen Kaap de Goede Hoop en Straat Magelhanes. De voormalige

17. Israel, *De Republiek*, 338-341.

18. De Vries, *Nederland*, 450.

19. Gaastra, *Geschiedenis*, 13-15; De Vries, *Nederland*, 450-451.

voorcompagnieën gingen als afdelingen (Kamers) op in de Verenigde Oost-Indische Compagnie.

De Verenigde Oost-Indische Compagnie wordt algemeen beschouwd als de eerste volwaardige vennootschap op aandelen.²⁰ Het beginkapitaal van de VOC was verdeeld in vrij verhandelbare aandelen. Het was vanaf het eerste moment de bedoeling om dat kapitaal voor langere tijd bijeen te houden. De houders van een aandeel in het kapitaal ('participanten') waren ten opzichte van de compagnie niet verplicht méér in te brengen dan de waarde van hun aandeel. De bestuurders van de compagnie ('bewindhebbers') waren jegens derden niet aansprakelijk. De aandeelhouders kregen afhankelijk van de resultaten dividend uitgekeerd als beloning voor het ter beschikking stellen van kapitaal.

De voorcompagnieën zijn, naar reeds werd vastgesteld, de rechtstreekse voorgangers van de Verenigde Oost-Indische Compagnie. Voor een antwoord op de vraag welke juridische associatievorm aan de vennootschap op aandelen ten grondslag ligt, dienen dus de juridische aard en oorsprong van de voorcompagnieën te worden onderzocht. In economische zin zijn de voorcompagnieën particuliere gelegenheidsondernemingen, combinaties van kooplieden die voor één 'uitrusting', dat wil zeggen één reis, een kapitaal van wisselende grootte bijeenbrachten. Dit kapitaal was niet, zoals bij onze hedendaagse naamloze vennootschap, verdeeld in vaste of gelijke aandelen, noch werd de hoogte van het benodigde kapitaal vooraf vastgesteld.²¹ Iedere kapitaalverschaffer bracht in wat hij wilde of kon inbrengen. De dagelijkse leiding van deze gelegenheidsondernemingen was in handen van bewindhebbers, doorgaans degenen die de grootste kapitaalinleg voor hun rekening hadden genomen. Naast deze bewindhebbers was er nog een onbepaald aantal overige financiers, participanten genoemd, die zich niet met het beheer van de onderneming bezig hielden.

20. Alle in noot 1 genoemde auteurs, met uitzondering van Mansvelt, ondersteunen deze stelling. Mansvelt is van oordeel dat de vennootschappen op aandelen uit de tijd van de Republiek 'handelingen voor gemene rekening' zijn (enigszins vergelijkbaar met de tegenwoordige stille vennootschap) met beperkt aansprakelijke deelhebbers, zonder rechtspersoonlijkheid of afgescheiden vermogen. Met deze theorie heeft W.L.P. Molengraaff in zijn recensie van het boek van Mansvelt, in: *RM* 1922, 550-556, korte metten gemaakt. Afwijkend is ook de mening van Malmendier, die stelt dat de Romeinse *societas publicanorum* reeds als een vennootschap op aandelen kan worden beschouwd, waarvan de aandelen werden verhandeld: U. Malmendier, 'Law and finance "at the origin"', *Journal of economic literature* 47-4 (2009) 1076-1108; U. Malmendier, 'Roman shares' in: W. Goetzmann and G. Rouwenhorst (eds.), *The origins of value. The financial innovations that created modern capital markets* (New York 2005) 31-42, 361-365.

21. Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 94.

HOOFDSTUK 3

3.3.3 De voorcompagnieën

De oorsprong en juridische aard van de voorcompagnieën is minder eenvoudig te duiden. Een door enkele rechtshistorici verdedigde opvatting luidt dat de voorcompagnieën als partenrederij moeten worden gekwalificeerd.²² Deze opvatting is voor het eerst omarmd door de Duitse geleerde Lehmann. Hij baseert zijn stelling op het feit dat de voorcompagnieën zich met rederswerkzaamheden bezig hielden. Zij rustten schepen uit en exploiteerden deze in de vaart naar Azië. Hij verbindt daaraan de conclusie dat de voorcompagnieën ook in juridische zin als partenrederij moeten worden gekwalificeerd.²³ De voorcompagnieën vertoonden in economische zin inderdaad overeenkomsten met de partenrederij. Net als bij een partenrederij rustten de bewindhebbers schepen uit en exploiteerden deze in de vaart naar Azië, ook al ging het bij de partenrederij doorgaans om één schip en bij de voorcompagnieën om verschillende schepen. Na terugkomst van de schepen werd een eindafrekening gemaakt en werd de eventueel behaalde winst tussen de participanten verdeeld.²⁴ Een essentieel verschil tussen de partenrederij en de voorcompagnieën is dat bij de eerstgenoemde de exploitatie van het schip centraal staat, terwijl de voorcompagnieën het handeldrijven als doel hadden.

Dit verschil blijkt bijvoorbeeld uit het reisjournaal dat werd opgesteld naar aanleiding van de eerste Nederlandse omzeiling van de wereld onder leiding van Olivier van Noort tussen 1598 en 1601. Daarin meldt Van Noort: *'Zo ben ik uiteindelijk met de eerbare Pieter van Beveren (...), Huych Gerretsz van der Buys, Jan Benning, koopman in Amsterdam en enige anderen, die samen een compagnie gevormd hadden, overeengekomen om (...) de hele aardbodem om te zeilen. Het doel was om overal handel te drijven (...).'*²⁵ De doelstelling van de compagnie was dus het handeldrijven, niet de exploitatie van een schip.

Ook in juridische zin zijn er grote verschillen.²⁶ Anders dan bij de partenrederij, werd ook de bevrachting van de schepen door de voorcompagnie verzorgd: de voorcompagnieën waren niet zozeer gericht op de exploitatie van de schepen

22. Karl Lehmann, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce* (Berlijn 1895) 31; Den Heijer, *Geotrooieerde compagnie*, 9-36, noemt de voorcompagnieën partenrederijen maar nuanceert vervolgens de hardheid van deze aanduiding; ook Mansvelt, *Rechtsvorm*, 54, is van mening dat de vennootschap op aandelen haar structuur ontleende aan de rederij en niet aan de firmavennootschap; tot slot wordt nog recent deze stelling ingenomen door O. Gelderblom en J. Jonker, 'Completing a financial revolution: the finance of the Dutch East India trade and the rise of the Amsterdam capital market, 1595-1612', *The journal of economic history* 64-3 (2004) 645-650.

23. Lehmann, *Entwicklung*, p. 49-50

24. Den Heijer, *Geotrooieerde compagnie*, 36.

25. De tekst van het journaal is in hedendaags Nederlands te vinden in: V. Roeper ed., *Om de Wereld. De eerste Nederlandse omzeiling van de wereld onder leiding van Olivier van Noort, 1598-1601* (Nijmegen 1999) 47.

26. Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 110; Van der Heijden, *Ontwikkelingen*, 81.

(het hoofddoel van de rederij) maar op het drijven van een handelsonderneming. Het kapitaal was niet verdeeld in scheepsparten. Er was geen sprake van één uit het midden der participanten gekozen boekhouder die met het beheer van de onderneming was belast. Tot slot lijken de participanten niet aansprakelijk te zijn geweest voor de handelingen van degenen die met het beheer van de onderneming waren belast (de bewindhebbers), laat staan dat hun een abandonrecht zou toekomen.²⁷ Op essentiële juridische onderdelen verschilden de voorcompagnieën daarom van de partenrederij. Het valt dan ook te betwijfelen of zij hun juridische aard aan die van de partenrederij hebben ontleend.

De oorsprong van de voorcompagnieën dient in de vennootschap onder firma te worden gezocht.²⁸ De eerste voorcompagnieën waren een soort ‘firma-rederijen’, personenassociaties die net als rederijen schepen uitrustten en exploiteerden, maar in juridische zin het karakter van een vennootschap onder firma droegen: anders dan de naar evenredigheid aansprakelijke reders waren de bewindhebbers, net als de vennoten van een vennootschap onder firma, hoofdelijk jegens derden aansprakelijk voor de verplichtingen die zij op naam van de compagnie waren aangegaan. Dat de aansprakelijkheid van de bewindhebber hoofdelijk en niet evenredig was, kan onder meer worden afgeleid uit het feit dat in een akte van 3 december 1594 wordt vermeld dat de bewindhebbers van de Compagnie van Verre hoofdelijk aansprakelijk waren voor de teruggave en vergoeding van geschut dat zij geleend hadden van de stad Edam. Voorts werd de Rotterdamse bewindhebber Van der Veeken, nadat zijn compagnon Van der Haagen niet in staat was tot betaling, als hoofdelijk aansprakelijk debiteur aangesproken voor geleend geschut dat verloren was gegaan tijdens een reis van de compagnie waarin beide personen bewindhebber waren geweest.²⁹ Uit deze voorbeelden kan worden opgemaakt dat hoofdelijke aansprakelijkheid van de bewindhebbers (en niet evenredige) het uitgangspunt vormde. Het is niet duidelijk wanneer en op welke wijze de jegens derden hoofdelijk aansprakelijke bewindhebbers zich hebben ontwikkeld tot niet-aansprakelijke bestuurders van de vennootschap op aandelen.³⁰ Ergens in de

27. Van der Heijden, Juridischen oorsprong, 135; Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 110-112.

28. Zowel Van Brakel als Van der Heijden betogen in de eerder genoemde werken dat de oorsprong van de voorcompagnieën in de vennootschap onder firma moet worden gezocht.

29. Asser, *In solidum*, 115-116.

30. Zeylemaker, *Verleden*, 5, meent dat de bewindhebbers van de voorcompagnieën reeds beperkt extern aansprakelijk waren als gevolg van het voor reders geldende recht van abandon. De uitgesloten aansprakelijkheid van bewindhebbers van de VOC beziet hij als een ‘nieuwe rechtsovertuiging’ die voortkomt uit de verschuiving van een ondernemingsvorm met een persoonlijk karakter naar een onderneming waarbij het door participanten gefourneerde kapitaal centraal staat. Voor deze stelling valt geen historisch bewijs te vinden. Nergens wordt het recht van abandon in verband gebracht met de voorcompagnieën, niets wijst erop dat de bewindhebbers beperkt aansprakelijk waren. Van Brakel, *De eerste moderne NV*, 31, is van mening dat de bewindhebbers van de eerste voorcompagnie →

HOOFDSTUK 3

loop van de ontwikkeling moet het besef zijn doorgedrongen dat de bestuurders van een organisatie die uitsluitend bestaat uit een bundeling van kapitaal, waarin de persoonlijkheid van de bestuurders van ondergeschikt belang is geworden, niet aansprakelijk behoren te zijn met hun privévermogen.³¹ Van dit groeiend besef getuigt het feit dat de eerder genoemde Van der Veeken zich wendde tot de Staten van Holland met het verzoek bij te springen omdat hij van mening was dat hij:

*'in zyn particulier niet en behoort te betaalen, dewijl voor de gemeene compagnie is gebruyckt geweest'.*³²

Voor de VOC wordt uiteindelijk algemeen aanvaard dat de bewindhebbers niet jegens derden aansprakelijk zijn.³³

De relatie tussen de participant en de bewindhebber kan bij het prototype van de voorcompagnie in juridische zin worden aangeduid als een *participatie-commenda*.

De vergelijking met de inheemse factorijvennootschap dient zich daarbij aan. Bij deze vennootschapsvorm is de geldschieder, anders dan bij de *participatie-commenda*, intern volledig aansprakelijk voor verliezen, ook wanneer deze zijn kapitaalinbreng te boven gaan.

Iedere bewindhebber ging voor zich een overeenkomst aan met zijn 'eigen' participanten. Net als bij de *participatie-commenda* het geval was, waren de participanten jegens hun 'eigen' bewindhebber niet verder aansprakelijk dan de waarde van hun inbreng. Hierin is de kiem gelegen van de beperkte aansprakelijkheid van de latere aandeelhouders die ook niet méér behoeften in te brengen dan de waarde van hun aandeel. Het verschil tussen de aandeelhouder in een vennootschap op aandelen en de participant in een *participatie-commenda* is dat de eerste rechtstreeks verbonden was aan de compagnie, de laatste slechts aan zijn bewindhebber. De participanten kenden elkaar aanvankelijk onderling niet. De bewindhebbers kenden de participanten van de overige bewindhebbers evenmin. Tussen de participanten onderling, noch tussen de (afzonderlijke)

al niet extern aansprakelijk waren. Hij leidt dit af uit de eerder genoemde akte van de Compagnie van Verre en het hierboven genoemde verzoek van Van der Veeken aan de Staten van Holland. Deze documenten vormen volgens van Brakel de uitzondering op de regel dat bewindhebbers niet extern aansprakelijk zijn. Met Van der Heijden, *Feestuitgave*, 261, moet worden aangenomen dat in een tijd waarin geldend recht niet was vastgelegd, het er voor moet worden gehouden dat de inhoud van een schuldbekentenis of verzoekschrift eerder een bevestiging dan een afwijking van het geldend recht inhoudt.

31. Asser, *In solidum*, 115-117.

32. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 77 en daar vermelde literatuur.

33. Ibidem, 56; Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 123.

participanten en de compagnie (in de zin van een vennootschap van bewindhebbers) heeft aanvankelijk een rechtstreekse relatie bestaan. De participanten van de VOC waren in 1602 niettemin rechtstreeks aandeelhouders in het kapitaal van de compagnie.

De vraag rijst wanneer die rechtstreekse relatie tussen de participanten en de compagnie is ontstaan.³⁴ In juridische zin is deze vraag uiterst relevant. Zonder een rechtstreekse relatie tussen participant (kapitaalverstrekker) en compagnie (de vereniging van vennoten) kan principieel niet worden gesproken van een vennootschap op aandelen. De aard van een vennootschap op aandelen impliceert dat de kapitaalverstrekker een ‘aandeel’ in het kapitaal van de onderneming heeft. Als bij de eerste voorcompagnieën een rechtstreekse relatie bestond tussen participant en de compagnie, dan kunnen alle daarop voortbouwende voorcompagnieën als vennootschappen op aandelen worden gekwalificeerd (althans voor wat betreft de verdeling van het kapitaal in aandelen) en heeft de evolutie van vennootschap onder firma en *participatie-commenda* tot deze ondernemingsvorm al vóór de eerste voorcompagnie en dus geleidelijk plaatsgevonden. Voor het bestaan van een rechtstreekse relatie tussen compagnie en participant pleit het feit dat de door Prins Maurits aan de Compagnie van Verre (de oudste voorcompagnie) verleende artikelbrief spreekt van ‘generale contracten’, waarin is bepaald dat de participanten tussentijds geen rekening en verantwoording mogen vragen aan de bewindhebbers maar moeten wachten tot de onderneming is beëindigd.³⁵ Het gaat hier kennelijk om standaard contracten voor participanten. Niet duidelijk is of deze contracten rechtstreeks werden gesloten tussen compagnie en participant, of tussen de bewindhebber en ‘zijn’ participanten. Uit het bestaan van standaardcontracten kan ten minste worden afgeleid dat vanaf de eerste voorcompagnie een indirecte relatie bestond tussen participanten en compagnie, namelijk door tussenkomst van bewindhebbers die de contacten met hun eigen participanten onderhielden.³⁶ Wanneer niet bij de eerste voorcompagnie een rechtstreekse relatie zou hebben bestaan, moet deze na 1594 (het jaar van de stichting van de eerste voorcompagnie) zijn ontstaan, maar vóór de oprichting van de VOC in 1602. Van der Heijden spreekt in dit verband van

34. Tussen Van Brakel en Van der Heijden heeft in de rechtsgeleerde literatuur gedurende een periode van bijna twintig jaar een verbeterde discussie plaatsgevonden, met als onverkwikkelijk dieptepunt de rancuneuze en persoonlijk getinte artikelen in de Feestuitgave van het WPNR (van de hand van Van Brakel) en De Naamloze Vennootschap 5 (van de hand van Van der Heijden). Wat men daarvan ook moge denken, het heeft geleid tot expliciete en gepolariseerde stellingname.

35. De verwijzing naar dit contract is te vinden in J.A. van der Chijs, *Geschiedenis van de stichting der Vereenigde O.-I. Compagnie* (Leiden 1857) 36.

36. Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 94; Van Brakel, Bijdrage, 270-271; Asser, *In solidum*, 98-99.

HOOFDSTUK 3

'het groeiend inzicht, dat de participanten beter rechtstreeks in de associatie konden worden opgenomen'.³⁷

Daarna heeft zich de ontwikkeling voltrokken van een vennootschap onder firma tussen bewindhebbers, waaraan afzonderlijke *commenda*-participaties zijn verbonden, tot een vennootschap waarvan de participanten deel uitmaakten en rechtstreeks (en niet door middel van een bewindhebber) een aandeel hebben in het kapitaal van de vennootschap.³⁸ Zo zou een kortstondige ontwikkeling hebben plaatsgevonden van de rudimentaire ondernemingsvormen *commenda*-participatie en vennootschap onder firma tot een nieuwe ondernemingsvorm: de vennootschap op aandelen.

Voor het aannemen van een meer langdurige evolutie van personenvennootschap tot vennootschap op aandelen pleit het feit dat in de Middeleeuwen ondernemingsvormen hebben bestaan die in meer of mindere mate kenmerken van een kapitaalassociatie in zich hadden. Daarbij valt te denken aan de eerder genoemde Genuese *maone* en de Banco di San Georgio, de vijftiende-eeuwse molenonderneming te Toulouse en het enorme conglomeraat van de Medici met vestigingen over geheel Europa. Het idee van een handelsassociatie waarbij op grote schaal kapitaal van derden werd betrokken zonder dat deze zich met het bestuur van de onderneming bezig hielden, bestond dus al, zij het incidenteel, ongestructureerd en niet algemeen erkend. Dit 'aarzelende begin' van de kapitaalassociatie kan als gevolg van economische ontwikkelingen en de behoefte aan kapitaal aan het eind van de zestiende eeuw wel eens in een stroomversnelling zijn geraakt.³⁹ Het behoeft als gevolg van de uitzonderlijke economische groei niet te verbazen dat deze stroomversnelling juist in Nederland heeft plaatsgevonden. Ondanks het sluimerend aanwezige idee van een ondernemingsvorm waarbij de aansprakelijkheid van deelnemers in het kapitaal beperkt was tot de inbreng en de aansprakelijkheid van bestuurder was uitgesloten, was dit idee in de handelspraktijk rond 1600 echter nog niet algemeen aanvaard.⁴⁰ Mogelijk heeft de inmenging van de overheid uiteindelijk de laatste zet gegeven die heeft geleid tot aanvaarding van dit beginsel.⁴¹

37. Van der Heijden, NV 5, 261.

38. Ibidem.

39. Hilaire, *Introduction*, 181 e.v.

40. Asser, *In solidum*, 115-118, geeft diverse voorbeelden van contemporaine bronnen waaruit volgt dat er in de periode van de oprichting van de VOC nog volop onzekerheid bestond over de externe aansprakelijkheid van de bewindhebber.

41. Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap*, 165 e.v., duidt de VOC in de eerste plaats aan als een 'staatkundige bouwsel' voor de werking waarvan geld werd ingezameld bij alle bewoners van de Republiek.

De oorsprong van de vennootschap op aandelen is, zo kan samenvattend worden vastgesteld, nog steeds in nevelen gehuld. Aanvankelijk waren vennoten zowel kapitaalverschaffer als bestuurder. Twee ontwikkelingen zijn duidelijk te ontwaren: die van extern (hoofdelijk) aansprakelijke bestuurders tot niet aansprakelijke beheerders van bijeengebracht kapitaal, en die van kapitaalverschaffer aan afzonderlijke vennoten tot houders van een aandeel in het kapitaal van de vennootschap. Pas wanneer beide ontwikkelingen voltooid zijn, kan men spreken van een werkelijke vennootschap op aandelen, waarbij de functie van kapitaalverschaffer en bestuurder zijn gescheiden, en slechts de collectiviteit extern aansprakelijk is en niet de individuele verschaffers of beheerders van dat kapitaal.

3.4 Vennootschappen tijdens de Republiek

3.4.1 *Monopolisten*

Met de oprichting van de VOC is een vennootschapsvorm ontstaan die zich heeft ontwikkeld tot de hedendaagse naamloze vennootschap en waarvan het karakter van aanvang af in hoofdlijnen overeenstemt met de hedendaagse naamloze vennootschap.⁴² Tot aan de codificatie is de vennootschap op aandelen voortdurend in ontwikkeling geweest. Naast de VOC werden in de loop van de zeventiende eeuw diverse vennootschappen op aandelen opgericht, alle naar het voorbeeld van de VOC. Te noemen vallen onder meer de WIC en de Noordse Compagnie.⁴³ Het betrof in nagenoeg alle gevallen door of met medewerking van de overheid opgerichte ondernemingen, gericht op het dwarsbomen van de vijand en de bescherming van de handel door het verstrekken van een monopolie.

Enkele essentialia van de moderne naamloze vennootschap ontbraken bij deze vennootschappen op aandelen. Zo kon iedereen naar believen geld inbrengen, hetgeen bij de VOC toevallig heeft geleid tot een aandelenkapitaal van 6.449.688 gulden en 4 stuivers. Artikel 7 van het Octrooi van de VOC stond de participanten zelfs toe na verloop van telkens tien jaar hun kapitaal uit de VOC terug te trekken. De aandelen waren verder niet verdeeld in gelijke bedragen, maar in delen variërend van enkele guldens tot vele tienduizenden guldens.

42. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 58; zoals eerder reeds gezegd, deelt Mansvelt deze mening niet.

43. Zie voor een uitgebreide beschrijving: Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 2.

HOOFDSTUK 3

3.4.2 *Positie van de bewindhebbers*

De feitelijke leiding van de vennootschap lag bij de bewindhebbers of directeuren. Zij werden door de hoofdparticipanten (de voornaamste aandeelhouders) benoemd. De macht van de bewindhebbers was aanmerkelijk groter dan die van hedendaagse bestuurders. Bewindhebbers waren in de eerste jaren na de oprichting niet gehouden rekening en verantwoording af te leggen over het gevoerde beleid. Het eerdergenoemde artikel 7 van het Octrooi van de VOC bepaalde namelijk ook dat pas na verloop van telkens tien jaar een financiële afrekening met de participanten zou plaatsvinden. In strijd met deze bepaling bleef na tien jaar, en zelfs na verloop van twintig jaar, een eindafrekening achterwege. Evenmin werd de participanten de mogelijkheid geboden om hun kapitaal terug te trekken. Dit leidde tot een hoopoplopend conflict tussen een aantal participanten en de bewindhebbers, dat door middel van pamfletten publiekelijk werd uitgevochten. Een van de resultaten van dit ‘aandeelhouders-activisme avant la lettre’ (J.M. de Jongh) was dat in 1623, na tussenkomst van de overheid, de bewindhebbers alsnog werden verplicht rekening en verantwoording af te leggen. Een aantal gekozen hoofdparticipanten of commissarissen kwam het recht toe toezicht te houden op de financiële huishouding van de onderneming en de directie te controleren.⁴⁴

Uit de octrooien van de zeventiende-eeuwse compagnieën valt niet eenduidig af te leiden of de bewindhebbers persoonlijk aansprakelijk zijn voor hun handelingen van beheer. Artikel 42 van het octrooi van de VOC bepaalt slechts dat:

‘men geene Bewinthebberen hare personen ofte goederen sal mogen belasten ofte becomingen om van deselve te hebben rekeninghe van hare administratie in de voorschreven Compaignie, nochte ter cause van de gaigen van eenige Commisen, Schippers, Stuurlyuden, Bootsgezellen ofte andere personen ten dienste van de Compaignie aangenomen, maer die diesaengaende yet tegens henlyuden sal willen pretenderen sal gehouden wesen deselve te betrecken voor hare ordinarise Rechters.’

Alhoewel strikte toepassing van deze bepaling slechts kan leiden tot een verbod op uitwinning van goederen die aan de bewindhebber in persoon toebehoren, zal zij in de praktijk tot weinig of geen aandrang hebben geleid om de bewindhebber in persoon aan te spreken voor schulden van de compagnie.⁴⁵

44. Zie over dit conflict tussen bewindhebbers en participanten: J.M. de Jongh, ‘Aandeelhoudersactivisten avant la lettre. De dolerende participanten van de VOC’ in: M.J.A. Duker ed., *WelBeraden. Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden* (Nijmegen 2009) 247-271.

45. Zeylemaker, *Verleden*, 7.

Een opmerkelijke juridische opinie, die aangeeft dat deze ontwikkeling in het eerste kwart van de zeventiende eeuw nog niet geheel voltooid was, is te vinden in *Hollandsche Consultatien* I-283. In deze opinie beschrijft S. van Beaumont een geval waarbij een admiraal van de VOC in Oost-Indië jegens een Nederlandse generaal een schuld was aangegaan onder afgifte van een wisselbrief ten laste van de bewindhebbers van de VOC. Eenmaal in de Republiek aangekomen, probeerde deze generaal zijn wisselbrief zowel bij de Zeeuwse als de Amsterdamse kamer te innen, evenwel zonder succes. Beaumont oordeelt vervolgens dat de bewindhebbers van de VOC hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de wissel omdat zij ‘*Compaignons ofte een Lidmaet van de geheele Vereenigde Compaignie*’ zijn.⁴⁶ De schrijver maakt in het geheel geen melding van de vennootschap op aandelen. De opinie strookt evenwel niet met hetgeen eerder is opgemerkt over de aansprakelijkheid van bewindhebbers van de vennootschap op aandelen, namelijk dat dezen niet persoonlijk aansprakelijk waren jegens derden voor verplichtingen van de vennootschap. Mogelijk valt deze daarmee in strijd zijnde opinie te verklaren uit het feit dat men ten tijde van het afgeven van de opinie in de rechtspraak nog de bewindhebbers als extern aansprakelijke vennoten van de voorcompagnieën voor ogen had. Het is waarschijnlijk dat Van Beaumont ervan nog niet zo zeker was of de bewindhebbers als bestuurders van de vennootschap op aandelen wél uitgesloten waren van externe aansprakelijkheid en dat dit idee pas later is verankerd in de juridische perceptie.⁴⁷

Wat hier ook van zij, algemeen wordt aangenomen dat persoonlijke aansprakelijkheid van bewindhebbers was uitgesloten.⁴⁸ Hoewel het octrooi van de VOC op dit punt zwijgt, was de aansprakelijkheid van participanten ten opzichte van de compagnie beperkt tot de verplichting tot volstorting van het aandeel. Een dergelijke regel is in de eerste plaats eenvoudig te verklaren vanuit de aan de vennootschap op aandelen ten grondslag liggende participatiegedachte.

Hoewel zij niet ziet op compagnieën als de VOC, maar op *commenda*-gelijkende participaties, is de volgende passage uit de *Costumen van Antwerpen* (4.9.1.8. van de *Compilatae*) met deze gedachte in overeenstemming: *die geen medegesel van eene compaignie en is, noch daervore int contract van compaignie bekennt, maer alleen compt in participatie van de handel naer advent van eenige somme, die hij aen de compaignie heeft gedaen, om die tot sijnen proffijte in hunnen handel te hebben ende hem daervan gewin ende verlies te geven, die en mach voor de schulden van de compaignie personelijck niet aengesproken wordden, noch en is daerinne niet voorder gehouden dan dat hij sijne ingebrochte somme, soo lange die daer is, can verliesen.*

46. Met verwijzing naar talrijke bepalingen betreffende de *actio institoria* en *exercitoria*.

47. Zie ook: Mehr, *Societas und universitas*, 313; Asser, *In solidum*, 117-118.

48. Brakel, *Handelscompagnieën*, 123; Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 56; Zeylemaker, *Verleden*, 7.

HOOFDSTUK 3

Daar komt bij dat zich gedurende de gehele zeventiende eeuw verschillende malen de situatie heeft voorgedaan dat bij de WIC een tekort aan kapitaal bestond. Zou een verplichting tot het storten door participanten van méér dan de nominale waarde van hun aandeel hebben bestaan, dan zouden de bewindhebbers ongetwijfeld gebruik hebben gemaakt van die mogelijkheid. De bewindhebbers hebben de participanten steeds slechts gelegenheid geboden, soms nadrukkelijk verzocht, een enkele keer tegen het dwingende aan, hun inleg te verhogen, zonder hen daartoe ook daadwerkelijk te kunnen verplichten.⁴⁹ Het heeft ruim een eeuw geduurd voordat aan de ontwikkeling van de vennootschap op aandelen een nieuw impuls werd gegeven.

3.4.3 *Ontwikkeling vanaf het jaar 1720*

In Frankrijk, Engeland en Nederland stond in de periode kort voor 1720 de financiële huishouding onder druk. In Engeland vond daarom een van overheidswegen geïnitieerde omzetting van staatsschulden in aandelen in nieuwe, door de overheid met een monopolie begiftigde compagnieën plaats, waardoor de rentelast op staatsobligaties afnam.⁵⁰ Een van deze nieuwe compagnieën was de South Sea Company. Naar Engels voorbeeld heeft de Schot John Law de Franse overheid vervolgens overgehaald de staatsschuld om te zetten in 200.000 aandelen van 500 livres elk in de Compagnie des Indes.⁵¹ Het publiek werd door deze schijnbaar succesvolle conversie verleid tot het oprichten van talloze private vennootschappen op aandelen, op welke aandelen vol enthousiasme werd ingetekend. Op die aandelen behoefde niet direct het nominale bedrag te worden gestort. Speculanten hoopten op verkoop van de aandelen boven de nominale waarde, vóórdat de uiteindelijke inbreng behoefte te worden voldaan. De ‘windhandel’ die daardoor ontstond, dreef de prijzen van de aandelen op tot waarden die vele malen hoger waren dan de reële winstverwachting rechtvaardigde.⁵²

De windhandel leidde bovendien tot de oprichting van compagnieën waarvan het doel met een redelijk oog beschouwd op zijn minst als hachelijk en in sommige gevallen als ridicuul kan worden gekwalificeerd. Tot voorbeeld strekt de in 1720 in de Republiek opgerichte compagnie die zich tot doel had gesteld een kanaal te graven van Utrecht naar de zee om zo van Utrecht een volwaardige havenstad te maken. Op dit project van 10 miljoen gulden was slechts 5% van de nominale waarde voldaan.⁵³ Van nog onwerkelijker aard zijn de (buitenlandse)

49. Van Brakel, *Handelscompagnieën*, 162.

50. De Vries, *Nederland*, 188.

51. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 163.

52. De Vries, *Nederland*, 188-190.

53. Ibidem, 189.

compagnieën die de handel in vrouwenhaar, de uitvinding van een *perpetuum mobile*, het gieten van balken uit zaagsel en de import van ezels tot doel hadden.⁵⁴

In het jaar 1720 spatte de ‘luchtbel’ van de aandelenhandel in Frankrijk, Engeland en Nederland uiteen. De oprichtingswoede en de windhandel in aandelen leidden tot talloze gedupeerden die de papieren waarde van hun aandeel, zodra het begrip postvatte dat de vennootschap op aandelen niet in staat was aan de gewekte of gedroomde verwachtingen te voldoen, in rook zagen opgaan omdat zij reeds geheel of gedeeltelijk aan hun stortingsverplichting hadden voldaan of meer dan de nominale waarde van het aandeel hadden betaald aan een vorige bezitter van het aandeel. Talloze vennootschappen op aandelen hielden al kort na hun oprichting op te bestaan. De economie van de Republiek werd door de windhandel minder hard getroffen dan die van Engeland en vooral Frankrijk, als gevolg van de grotere rijpheid van het financiële stelsel en de betrekkelijke voorzichtigheid van de overheid. Diverse in die tijd opgerichte vennootschappen op aandelen hebben daardoor de storm overleefd en zijn als volwaardige en succesvolle ondernemingen overeind gebleven.

De oprichting van al deze vennootschappen op aandelen heeft geleid tot een abrupte wijziging in de verschijningsvorm van de vennootschap op aandelen in de Republiek. Het idee dat vennootschappen op aandelen slechts door of op instigatie van de overheid ten algemene nutte werden opgericht, werd losgelaten. Voortaan werden de vennootschappen op aandelen uit particulier winstbejag door private personen opgericht. Anders dan in de voorgaande eeuw gebruikelijk was, werd in de statuten van nieuwe vennootschappen op aandelen uitdrukkelijk bepaald dat alle aansprakelijkheid van de participanten boven het bedrag van de intekening was uitgesloten.⁵⁵

Een enkele keer werd bovendien in de statuten bepaald dat de bewindhebbers niet persoonlijk aansprakelijk waren voor hun bestuurshandelingen. Het valt overigens te betwijfelen of een dergelijke bepaling externe werking had, met name wanneer het gaat om een private overeenkomst en niet om een door de overheid verleend octrooi.

In de statuten werd verder meer dan eens bepaald dat uit de hoofdparticipanten een aantal commissarissen werd benoemd om toezicht te houden op de directie. Verder werd bepaald dat door de directie jaarlijks rekening en verantwoording moest worden afgelegd, hetzij aan alle aandeelhouders, hetzij aan door de hoofdparticipanten aangewezen vertegenwoordigers van de aandeelhouders, bij gelegenheid van een jaarvergadering waartoe aandeelhouders openbaar werden

54. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap* (Zwolle 1989) 5.

55. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 152.

HOOFDSTUK 3

opgeroepen. Meermaals werd bepaald dat jaarlijks, indien mogelijk, dividend behoorde te worden uitgekeerd.

Naar Engels voorbeeld werd het kapitaal van de vennootschappen op aandelen na 1720 van tevoren vastgesteld en was het verdeeld in aandelen van gelijk bedrag.⁵⁶ Aandelen bleven evenals vóór 1720 op naam.⁵⁷ Uit contemporaine oprichtingsakten en prospectus blijkt dat aandelen ten tijde van de Republiek vrij overdraagbaar waren, een enkele uitzondering daargelaten.⁵⁸ Om de overdracht tot stand te brengen was slechts mededeling daarvan aan de vennootschap nodig.⁵⁹ De overdracht werd vervolgens ingeschreven in het transportboek of register van de vennootschap.⁶⁰ Inschrijving van de overdracht was voor de verkrijger van het grootste belang omdat aandeelbewijzen niet werden uitgegeven.⁶¹ Het bewijs van aandeelhouderschap kon dus alleen maar volgen uit de boeken van de vennootschap. Voor transport en overschrijving van het aandeelhouderschap werd door de vennootschap overigens nogal eens een vast recht in rekening gebracht.⁶² Ook de formaliteit voor de overdracht van aandelen in de VOC bestond uitsluitend uit mededeling aan de betrokken kamer van de voorgenomen verkoop, waarna de naam van de nieuwe aandeelhouder in het aandeelhoudersregister van de VOC werd ingeschreven.⁶³

Aanvankelijk werd een aandeel in de VOC aangeduid als 'portie' of 'partije', vanaf 1606 wordt de term 'actie' steeds vaker gebruikt. In de achttiende eeuw worden aandelen nog hoofdzakelijk aangeduid als 'actiën'. Mogelijk verwijst het woord 'actie' naar het recht op dividend en het recht van de eerste aandeelhouders van de VOC op terugbetaling van het ingelegde kapitaal na tien jaar, hetgeen bij oprichting van de VOC de bedoeling was.⁶⁴ Artikel VII van het VOC-octrooi uit 1602 bepaalde namelijk '*dat men t'elken 10 jaaren een generaal slot van rekening zal maaken, ende zal elk een t'einde die jaaren vrystaan, te mogen daar uitscheiden, ende zyn geld na hem nemen*'.⁶⁵ Het aanvankelijk tijdelijke karakter van de

56. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 167.

57. Een enkele echter aan toonder: Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 130.

58. Een uitzondering wordt genoemd in Van der Heijden, *Ontwikkelingen*, 190, waarbij een aandeel eerst aan de vennootschap moesten worden aangeboden. Pas nadat de vennootschap kenbaar had gemaakt er geen prijs op te stellen, kon de aandeelhouder zijn aandeel aan derden overgedragen.

59. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 172-225.

60. Ibidem, 175, 178, 191-193, 198, 205.

61. Daarin verschilt de vennootschap op aandelen niet van de hedendaagse besloten vennootschap: artikel 2:175 lid 1 BW.

62. Van der Heijden, *Ontwikkelingen*, 175, 190, 191, 198, 201, 205.

63. J.G. van Dillen, *Het oudste aandeelhoudersregister van de kamer Amsterdam der Oost-Indische Compagnie* (Den Haag 1958) 32-33.

64. Ibidem, 32. Op het rechtskarakter van het aandeelhouderschap zal in hoofdstuk 4 van het Bijzonder deel nader worden ingegaan.

65. De tekst van het octrooi is onder meer te vinden in: *GPB I*, 530.

kapitaalinbreng in de VOC verschilt niet wezenlijk van de inbreng in de voorcompagnieën, die voor slechts één of meer reizen was bedoeld.

Als men alle voornoemde eigenschappen zou bundelen in één statuut, dan kan men spreken van een vennootschap op aandelen die nagenoeg gelijk is aan de naamloze vennootschap in moderne zin. De catastrofale gevolgen van de windhandel in 1720 hebben ertoe geleid dat men pas in het laatste kwart van de achttiende eeuw de lust herkreeg tot het oprichten van nieuwe vennootschappen op aandelen. Deze vennootschappen op aandelen, die zich voornamelijk met het verzekeringsbedrijf bezig hielden, werden geheel en al op particulier initiatief opgericht, zonder inmenging van de overheid. In juridische verschijningsvorm verschillen zij niet of nauwelijks van hun directe voorgangers: de aandelen zijn op naam, de aandeelhouders laten zich vertegenwoordigen door commissarissen, aan wie de directie rekening en verantwoording moet afleggen.⁶⁶ Tot aan de Bataafse omwenteling in 1795 blijft dit de gebruikelijke praktijk.

3.5 Negotiaties

Tot slot mag bij de bespreking van de vennootschap op aandelen de zogeheten ‘negotiatie’ niet onvermeld blijven. In het algemeen duidt het begrip negotiatie op het op grote schaal opnemen van geld bij verschillende personen op gelijke voorwaarden, bijvoorbeeld in de vorm van obligatieleningen of lijfrenten.⁶⁷ De negotiatie kwam in de laatste helft van de achttiende eeuw tot grote bloei. In deze periode ontstond grote behoefte aan kapitaal ter investering in de West-Indische plantages te Suriname, Essequibo, Demarara en Berbice. Vermogende initiatiefnemers verzamelden een fonds van vaak verschillende miljoenen guldens door de uitgifte van aandelen in de negotiatie, waarbij zijzelf de directie voerden. Met de verzamelde gelden sloot de directie vervolgens hypotheek af op plantages tot een deel van de geschatte waarde, tegen vergoeding van rente. Tot zekerheid van de rentebetalingen dienden de planters hun producten aan de directie te consigner, die de goederen verkocht en de opbrengst verrekende met de rente. De geldschietters verbonden zich om gedurende langere tijd hun kapitaal niet op te vragen en ontvingen op hun beurt rente over het uitstaande kapitaal, alsmede jaarlijks een aflossing. De plantage-negotiaties (ook wel plantageleningen genoemd) kenmerkten zich door hun hybride vorm; enerzijds was hun organisatievorm geschoeid op de leest van de vennootschap op aandelen, anderzijds verschilden zij op essentiële onderdelen daarvan. De aandelen waren over het algemeen 1.000 gulden groot

66. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 172 e.v.

67. Ibidem, 213.

HOOFDSTUK 3

en opvolgend genummerd. Zij werden veelal niet op naam gesteld maar aan toonder en voor zover zij al op naam stonden, konden zij toch als toonderaandelen worden beschouwd omdat de overdracht niet in het register van de negotiatie behoefde te worden ingeschreven.⁶⁸ De aandelen gaven geen recht op dividend maar op een vast rentepercentage. De negotiatie was dus een soort beleggingsmaatschappij op obligaties. Soms traden vennootschappen onder firma als directeuren op, de zogenaamde *comptoirs*.⁶⁹ Er zijn aanwijzingen dat de negotiatie beschouwd werd als een rechtspersoon, want zij handelde onder eigen naam en trad als zelfstandig rechtssubject op.⁷⁰ Onder meer als gevolg van de voor de Republiek desastreus verlopen vierde Engelse oorlog, waren de planters in de laatste decennia van de achttiende eeuw niet meer bij machte om aan hun betalingsverplichtingen jegens de directie te voldoen.⁷¹ In veel gevallen was de negotiatie genoodzaakt haar hypotheekrecht uit te winnen, de plantage vervolgens voor eigen rekening in te kopen en als eigenaar te exploiteren.⁷² Zo ontstonden de ‘plantage-societeiten’; geldschietters werden mede-eigenaars van de plantage, terwijl de organisatievorm min of meer in stand bleef: kapitaal verdeeld in genummerde aandelen van gelijke waarde, beheer door een directie die rekening en verantwoording diende af te leggen aan commissarissen, de jaarlijkse vaststelling van de uitkeringen door het bestuur. Van der Heijden ziet het juridische belang van de plantage-societeiten vooral gelegen in het feit dat zij het toonderaandeel in de praktijk verbreidden.⁷³

68. Ibidem, 215.

69. Publicaties waarin de plantageleningen aan de orde komen zijn: Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 213-224; W.W. van der Meulen, ‘Beschrijving van eenige Westindische plantageleningen. Bijdrage tot de kennis der geldbelegging in de achttiende eeuw’, *Bijdragen en mededelingen van het historisch genootschap* 25 (Utrecht 1904) 490-580; G.J. Oostindie, *Roosenburg en Mon Bijou. Twee Surinaamse plantages, 1720-1870* (Dordrecht 1989); A.J.A. Quintus Bosz, *Geld, creditbehoefte en negotiaties in Suriname voor 1865*, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar in de Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit van Suriname op woensdag 1 december 1971; A. van Stipriaan, *Surinaams contrast. Roofbouw en overleven in een Caraïbische plantage economie, 1750-1863* (Amsterdam 1991); J.P. van de Voort, *De Westindische plantages van 1720 tot 1795. Financiën en handel* (Eindhoven 1973); De Vries, *Nederland*, 178-179, 547-550.

70. Quintus Bosz, *Geld*, 8.

71. Oostindie, *Roosenburg*, 289: in enkele gevallen bood de directie een afbetalingsregeling aan. Accepteerden de aandeelhouders die afbetalingsregeling niet, dan konden zij proberen de schade op de directeur verhalen.

72. Van der Meulen verdeelt de negotiaties in drie elkaar in de tijd opvolgende categorieën, waarbij de obligatiehouders bij de eerste variant geen weet hadden van de verhypothekerde plantage, vervolgens als obligatiehouder daarbij rechtstreeks betrokken raakten en ten slotte bij de laatste variant van obligatiehouder tot eigenaars werden.

73. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 219.

BIJZONDER DEEL

Hoofdstuk 1. Personenvennootschap

1.1 Aard van de onderneming

Uit de *observationes* blijkt niet steeds welke onderneming door een vennootschap werd gedreven. In de meeste wordt de aard van de onderneming in het geheel niet vermeld. Als dat wel het geval is, geeft de *observatio* vaak niet meer informatie dan dat het een handelsvennootschap betrof. Dat neemt niet weg dat uit de *observationes* die de aard van de onderneming wel vermelden een levendig beeld kan worden gevormd van de soorten ondernemingen die in de periode van de OT en de OTN in Holland en Zeeland voorkwamen. De grootste groep (meer dan de helft) wordt gevormd door de handelsvennootschappen. Naast ongedefinieerde handelsvennootschappen¹, treft men de vennootschappen aan die handelden in de volgende goederen: barnsteen, paarden, boeken, graan, wijn, hout, wol en Engelse goederen.² Een opvallend vaak voorkomende handelsvennootschap is de ‘sociëteit van provedory’³; deze vennootschappen voorzagen het Staatse leger ten tijde van oorlog van proviand. Uit de jaartallen die in de *observationes* worden genoemd, blijkt dat deze ondernemingen nagenoeg⁴ alle hun oorsprong vonden in de Spaanse Successieoorlog (1701-1711), waarin de Republiek aan de zijde van Engeland en de Duitse keizer tegen Frankrijk en Spanje streed om de troonsopvolging in Spanje. Overigens voorzagen deze vennootschappen niet slechts het Staatse leger van proviand, maar bedienden zij daarnaast ook de Engelse troepen die in de Lage landen waren gelegerd, waarbij zij rechtstreeks werden betaald door de Engelse koning.⁵

Naast handelsvennootschappen komen in de *observationes* ook vennootschappen voor die een onderneming van ambachtelijke aard dreven, zoals een suikerplantage, ververij, brouwerij, spiegelfabriek, suikerraffinaderij, boekdrukkerij, baksteenfabriek, timmer- en houtbedrijf, loodgieter, oesterkwekerij, glasblazerij

1. OT 1770, 1866, 2111, 2315, 2399, 2616; OTN 552, 629, 1594, 1743.

2. Resp. OT 66; OT 69; OT 1594, OT 2921, OTN 436 en OTN 1757; OT 3060, OTN 362 en OTN 1599; OT 3097, OTN 145 en OTN 1147; OTN 124, OTN 861 en OTN 1640; OTN 1138; OTN 876.

3. OT 1129, OT 1165, OT 1530, OT 1662, OT 2059, OT 2907 en OT 3057.

4. Alleen OT 1129 heeft betrekking op de oorlog tussen de Republiek en Frankrijk die in 1678 met de Vrede van Nijmegen tot een eind kwam.

5. OT 2059 en 2907.

HOOFDSTUK 1

en houtzagerij.⁶ Vennootschappen in de zakelijke dienstverlening komen slechts een enkele keer voor: het beroep van notaris en bankier wordt slechts eenmaal genoemd, het verzekeringsbedrijf tweemaal.⁷ Het is, gezien het maritieme karakter van de economie van zowel Holland als Zeeland, tot slot opvallend hoe weinig de rederij in de *observationes* wordt genoemd. Slechts in een zevental *observationes* staat de rederij centraal.⁸ Daarbij betreft een tweetal *observationes* rederijen die specifiek zijn opgericht voor de kaapvaart.⁹

1.2 Grootte

Het aantal vennoten wordt in de *observationes* niet steeds aangeduid. Meestal wordt slechts gesproken van *socii* zonder hun aantal te noemen. Waar het aantal vennoten specifiek wordt vermeld, gaat het in het overgrote deel van de gevallen om vennootschappen tussen twee personen¹⁰. Grotere vennootschappen worden slechts zelden genoemd: vennootschappen die bestonden uit drie (8 maal)¹¹, vier (4 maal)¹², vijf (4 maal)¹³ of zes vennoten (1 maal)¹⁴ komen voor, vennootschappen met meer vennoten worden in de *observationes* niet genoemd. Vennootschappen die bestonden uit vijf en zes vennoten komen alleen voor in de OTN, dus in de latere periode. Het gaat daarbij om een dermate klein aantal gevallen, dat daaruit niet zonder meer kan worden afgeleid dat de periode die de OTN omvat meer grote vennootschappen kende dan de periode van de OT.

Uit OT 3057 (1737) blijkt dat het voorgaande niet uitsluit dat grotere vennootschappen voorkwamen. In deze *observatio* wordt gesproken van ‘een groot aantal’ vennoten. Het betrof hier één van de eerdergenoemde vennootschappen die zich bezig hielden met proviandering van het leger, in dit geval ‘proviadorie’ genoemd. OT 1662 (1720) lijkt te bevestigen dat dergelijke vennootschappen uit grotere aantallen personen konden bestaan. In deze *observatio* is het aantal vennoten niet bekend, maar wordt wel vermeld dat

6. Resp. OT 674; OT 877; OT 1823 en OTN 173; OT 2044; OT 2271, OT 3097, OTN 77, OTN 295 en OTN 381; OT 2319 en OTN 11; OTN 128; OTN 445; OTN 432; OTN 795; OTN 1242; OTN 1795.

7. Resp. OTN 1067; OTN 213; OTN 35 en OTN 1284.

8. OT 397, 1130, 1972, 2029; OTN 536, 1034, 1633.

9. OT 1042 en 1907.

10. OT 319, 571, 590, 674, 688, 945, 1129, 1179, 1430, 1432, 1530, 1594, 1823, 2029, 2044, 2111, 2271, 2315, 2319, 2399, 2557, 2616, 2921, 3060, 3097, 3103, 3144, 3231, 3259; OTN 11, 124, 145, 173, 213, 215, 432, 436, 522, 629, 861, 876, 901, 1067, 1147, 1420, 1594, 1599, 1680, 1743.

11. OT 326, 877, 1180, 2907, 3204; OTN 37, 552, 1138.

12. OT 671, 2757; OTN 445, 795.

13. OTN 77, 381, 1242, 1795.

14. OTN 1640.

dergelijke vennootschappen dikwijls grootschalig van aard waren. Men mag er dus vanuit gaan dat grotere vennootschappen vaker voorkwamen dan men op het eerste gezicht zou menen. Wat onder ‘een groot aantal’ moet worden verstaan is aan de hand van de tekst niet vast te stellen.¹⁵

1.3 Verschijningsvormen

In de *observationes* wordt de vennootschap gewoonlijk aangeduid als *societas*, sociëteit of compagnie. Het hedendaagse onderscheid tussen verschillende verschijningsvormen als de vennootschap onder firma, stille vennootschap en commanditaire vennootschap wordt niet gemaakt. Aan de hand van de in de *observatio* genoemde feiten en de omschrijving van de vennootschap kan in veel gevallen worden vastgesteld om wat voor soort vennootschap het gaat.

1.3.1 Firma

Slechts in een beperkt aantal *observationes* wordt expliciet vermeld dat de vennoten onder een gemeenschappelijke firmanaam aan het handelsverkeer deelnamen.¹⁶ Dat wil niet zeggen dat dit ook in de praktijk weinig voorkwam. Het is zeer wel mogelijk dat de vennootschappen weliswaar onder gemeenschappelijke naam naar buiten traden maar dat dit feit voor de schrijvers van de *observationes* niet vermeldenswaard was. Men dient daarbij te bedenken dat geen onderscheid werd gemaakt tussen verschillende verschijningsvormen van de *societas* of compagnie en dat het optreden onder een gemeenschappelijke firmanaam hoofdzakelijk relevant was in het kader van de externe aansprakelijkheid.¹⁷

Uit de enkele *observationes* waarin de firma nadrukkelijk wordt genoemd, blijkt dat vennootschappen in familieverband de naam konden dragen van het hoofd van de familie of de oprichter met de abstracte toevoeging ‘& Zonen’, zoals *Anthoni Thiering & Zonen* en *Cajus & Zoon*.¹⁸ Een vennootschap kon na het overlijden van het familiehoofd ook worden voortgezet onder de oude naam met de toevoeging ‘Erven van’, zoals *Erven van E. Harreveld*.¹⁹ Kennelijk is het woord ‘firma’ als aanduiding van de gezamenlijke onderneming in gebruik

15. Uit de resolutie tot de sententie (NA 3.03.02.667) blijkt evenmin wat onder ‘een groot aantal’ vennoten moet worden verstaan.

16. OTN 124, 362, 436, 552, 795, 1147, 1247, 1593, 1655, 1757; in de OT is geen enkele uitspraak te vinden waaruit blijkt dat vennoten onder een gemeenschappelijke firmanaam aan het economisch verkeer deelnemen.

17. Zie hierna: paragraaf B 3.1.

18. Resp. OTN 362 en OTN 1247.

19. OTN 1757.

HOOFDSTUK 1

geraakt, zoals blijkt uit de naam *Firma Abraham ter Borch & Zonen*.²⁰ De firma kon alle namen van de vennoten omvatten, zoals blijkt uit de zinsneden *comptoir canterende op naam van Cajus en Titius* en *utriusque nomine* (op naam van beiden).²¹ In plaats daarvan kon de firma ook worden afgekort door de toevoeging ‘& Compagnie’ aan de eerste naam, zoals *Titius & Compagnie*.²² De woorden *communi nomine* (onder gemeenschappelijke naam) duiden eveneens op het gebruik van één naam voor alle vennoten gezamenlijk.²³

1.3.2 Stille vennootschap

Buiten de *observationes* die uitdrukkelijk vermelden dat partijen onder een gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelnamen, blijkt nergens in de *observationes* of de vennoten op eigen of onder gemeenschappelijke naam naar buiten traden. De aard van de in de *observationes* genoemde samenwerkingsverbanden doet in diverse gevallen vermoeden dat partijen slechts intern een vennootschap waren aangegaan en niet onder een gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelnamen. De vennootschap was in dergelijke gevallen voor derden dus niet zichtbaar. Met name de vele kortstondige samenwerkingsverbanden die in de *observationes* voorkomen, rechtvaardigen dit vermoeden. In de *observationes* worden óók deze samenwerkingsverbanden alle als *societas* aangemerkt.

Een voorbeeld van een vennootschap die is aangegaan voor een enkele transactie is te vinden in OTN 552 (1755). In deze zaak zond een drietal Amsterdamse kooplieden met het oog op het behalen van gemeenschappelijk voordeel koopwaar naar Curaçao, alwaar een derde met de goederen handel dreef. De daarmee verkregen opbrengst of de handelswaar die de derde van de opbrengst had gekocht, zond hij vervolgens terug naar Amsterdam. De belangen van het drietal werden in Amsterdam behartigd door één van hen. Kennelijk hielden de andere twee kooplieden zich afzijdig en lieten zij de afhandeling van de transactie aan hun compagnon over. Een vergelijkbaar samenwerkingsverband treft men ook aan in OTN 1559 (1781).²⁴ In deze zaak zonden twee kooplieden voor gezamenlijke rekening gerst naar Nantes, terwijl één van hen de transactie feitelijke begeleidde. Dergelijke eenmalige samenwerkingsverbanden tussen kooplieden werden door de Hoge Raad ook als een *societas* aangemerkt.

20. OTN 1593.

21. Resp. OTN 1147 en OTN 436.

22. OTN 795.

23. OTN 552.

24. Met vervolg in OTN 1719.

Strikt genomen is in OTN 552 geen sprake van een stille vennootschap omdat de derde op Curaçao bekend was met de identiteit van de drie kooplieden, alsook met het feit dat zij de goederen voor gezamenlijke rekening naar Curaçao hadden verzonden. Bekendheid met de identiteit van de vennoten betekent nog niet dat de vennoten ook onder een gemeenschappelijke naam (firma) handel drijven. Van een vennootschap onder firma is in dit geval dan ook geen sprake.

Andere voorbeelden van samenwerkingsverbanden die door de Hoge Raad als *societas* werden aangemerkt, zijn OT 2111 (1725): twee schippers die langs de kust van Spaans Amerika voeren en tijdens hun reis gezamenlijk handel dreven (*mutui commercii societas*) en OT 2315 (1727): twee kooplieden die voor gezamenlijke rekening in Batavia handelswaar kochten, deze naar Holland verzonden en alhier verkochten (*societas de mercibus emendis et vendendis*). Deze samenwerkingsverbanden kunnen gelijk worden gesteld met de voormalige handelingen voor gemene rekening.²⁵ Naar huidige maatstaven is vaak geen sprake van een (stille) vennootschap. Daarvoor ontbreekt bijvoorbeeld de voor een vennootschap noodzakelijke inbreng of is het samenwerkingsverband te kortstondig.

Een in de *observationes* veel voorkomend samenwerkingsverband dat door de Hoge Raad als *societas* werd beschouwd, betreft de eerdergenoemde ondernemingen die legers voor een bepaalde periode voorzagen van proviand.²⁶ Gewoonlijk ging één persoon een overeenkomst aan met de Staat en sloot vervolgens met anderen een vennootschap om de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst met de Staat gezamenlijk (in ‘compagnie’²⁷) uit te voeren. Bij degene die de overeenkomst met de Staat was aangegaan, berustte de leiding: hij werd ook wel *princeps* (leider), *exercitor* (uitvoerder) of *conductor generalis* (hoofdaannemer) genoemd.²⁸ De medevennoten namen vervolgens ieder een deel van de leveranties op zich en voerden deze uit. De *observationes* geven de indruk dat de medevennoten eerst zelf de noodzakelijke investeringen dienden te doen en dat pas na afloop van de proviandering een eindafrekening werd gemaakt waarin de kosten werden meegenomen. Van een gemeenschappelijk kapitaal is dan geen sprake. Dit zou ook het relatief grote aantal procedures kunnen verklaren dat uit dit soort vennootschappen is voortgekomen. Men moest na afloop van de leveranties nog maar zien of de betalingen die de opdrachtgever aan de hoofdaannemer uitbetaalde de investeringen van de

25. Zie eerder: paragraaf A 2.1.1.

26. OT 1129, 1165, 1662, 2059, 2907, 3057; OT 369 betreft de levering van paarden aan het leger maar kan wat betreft organisatie met de andere samenwerkingsverbanden worden gelijkgesteld.

27. OT 1165.

28. Resp. OT 369 en OT 2059.

HOOFDSTUK 1

individuele vennoten dekten. Of in dit soort gevallen naar hedendaagse maatstaven sprake is van een vennootschap, valt te betwijfelen. Om een vennootschap te kunnen aannemen, is het noodzakelijk dat de vennoten hun inbreng gemeenschappelijk maken. De investeringen liepen echter buiten de vennootschap om, waardoor het vennootschappelijke karakter van de samenwerking danig werd uitgehold. Slechts de inbreng van het contract door de hoofdaannemer en de inbreng van arbeid door de medevennoten gaf de samenwerking nog enigszins een vennootschappelijke kleur. Uit OT 1165 (1715) lijkt tot slot te volgen dat de opdrachtgever niet bekend was met de medevennoten van zijn contractspartij:

‘Het komt vaak voor, vooral onder Joden, dat bij de aanneming van bevoorrading van magazijnen maar één contractspartij bekend is, die echter met één of meer personen een vennootschap aangaat, mondeling dan wel schriftelijk.’²⁹

Zo deze associatievorm naar hedendaagse maatstaven al als vennootschap kan worden aangemerkt, is er dus sprake van een stille vennootschap.

1.3.3 Factorijvennootschap

Ook de eerdergenoemde³⁰ factorijvennootschap komt in de *observationes* enkele malen herkenbaar voor. Bij de factorijvennootschap werd de kernactiviteit van de onderneming door één van de contractspartijen (de factor) verricht, terwijl de andere contractspartij niet meedeelde aan de handel of de bedrijfsactiviteiten maar slechts het voor de onderneming noodzakelijke kapitaal inbracht in de vorm van geld of handelswaar. Voorbeelden van een factorijvennootschap zijn allereerst te vinden in de eerdergenoemde OTN 552 (1755) en OTN 1559 (1781). Ook in OT 2921 (1735) treft men een factorijvennootschap aan. De aanvankelijk in Parijs en daarna in Maastricht woonachtige Titius kocht in Parijs een tweetal verzamelingen boeken. Hij had gebrek aan geld en nam dus Sempronius, een rijke koopman, voor tweederden als vennoot aan in een ‘vennootschap van koop’ (*societas emptio*). De vennoten kwamen overeen dat de boeken in Holland zouden worden verkocht en Titius de boeken daarheen zou verzenden en de directie en correspondentie (met andere woorden: het beheer) zou voeren. Titius verzond de boeken aan een Haagse boekhandelaar om ze te verkopen (kennelijk was deze handelaar een commissionair) en vroeg hem een aantal zaken te doen die verband hielden met de verkoop. Omdat Sempronius niet wilde dat na de verkoop van de boeken de

29. OT 1165: *Saepe accidit, praecipue inter Judaeos, dat in aanneming van vourage van magasin en maar een contractant bekend is, die egter een of meer met hem in die compagnie inlaat, of mondeling of schriftelijk.*

30. Zie paragraaf A 2.7.1.

gehele opbrengst aan Titius zou worden overgemaakt, verplichtte hij de Haagse boekhandelaar met medeweten van Titius om tweederden deel van de verkoopopbrengst rechtstreeks uit te betalen aan een tweetal Amsterdamse kooplieden die met Sempronius een handel in boeken hadden. De Haagse boekhandelaar verklaarde zich daartoe op 29 mei 1725 bereid.

Een probleem doet zich voor bij een aantal *observationes* waarin Van Bijckershoek spreekt van een *societas* (vennootschap) met vennoten (*socii*), waarbij de dagelijkse leiding in handen lag van een enkele vennoot en de overige vennoten zich afzijdig hielden van het beheer. Strikt genomen is dan sprake van een factorijvennootschap. Het aantal geldschietters lijkt echter dusdanig groot en de individuele vennoten (afgezien van de bestuurder) hielden zich dusdanig ver van het beheer, dat de opzet van de onderneming doet vermoeden dat het een vennootschap op aandelen betrof.³¹ Deze *observationes* maken geen melding van aandelen of aandeelhouders, terwijl uit andere *observationes* blijkt dat het begrip aandeel en aandeelhouder aan de Hoge Raad bekend was. Wat de aard van deze vennootschappen was en welke positie de geldschietters en de beherend vennoot innamen, komt nader aan de orde in hoofdstuk 4 van dit deel.

1.3.4 Rederij

De rederij werd door de Hoge Raad als een vorm van *societas* beschouwd. De termen rederij en vennootschap waren, net als die van reders en vennoten, onderling inwisselbaar. Van Bijckershoek en Pauw spreken onder meer over *exercitores et socii* (reders en vennoten), *societas navis exercendae*, *socii de exercenda nave* en *societas de exercenda nave* (vennootschap respectievelijk vennoten ter zake de exploitatie van een schip).³² In de navolgende door de Hoge Raad bekrachtigde stelling van één van de procespartijen, genoemd in OTN 1633 (1782), komt nog duidelijker naar voren dat de rederij als een vorm van *societas* werd beschouwd:

*‘[De reders] betoogden namelijk dat de onderneming die was opgericht door henzelf en Sempronius voor de exploitatie van het schip [...] valt onder het begrip vennootschap.’*³³

De specifieke eigenschappen van de rederij zullen hierna nader aan de orde komen.

1.3.5 Overige verschijningsvormen

Het komt in de *observationes* herhaaldelijk voor dat reders of vennoten van verschillende schepen overeengekomen waren dat zij de tijdens een zeereis

31. OTN 1284, 1308, 1454, 1607, 1650, 1660.

32. Resp. OT 1907; OT 1972; OT 2029; OTN 1034.

33. OTN 1633: *Ajebant scilicet negotium quod inter se et Sempronius contractum de exercenda nave [...] incidere in speciem societatis.*

HOOFDSTUK 1

behaalde opbrengst zouden verdelen. Zo kwamen in OT 1042 (1714) de reders van twee kaperschepen overeen dat zij het gemeenschappelijke prijzengeld zouden verdelen en kwamen in OT 1430 (1718) twee walvisvaarders de verdeling van de gezamenlijk gevangen walvissen overeen. Dergelijke samenwerkingsverbanden werden door de Hoge Raad als *societas lucri* (vennootschap van winst) aangemerkt. Uit deze benaming volgt dat iedere partij zijn eigen kosten en verliezen behoorde te dragen. Naar hedendaagse maatstaven is evenwel geen sprake van een vennootschap. Het voor het aannemen van een vennootschap noodzakelijke gezamenlijke risico ontbreekt namelijk. Zo valt niet aan te nemen dat als één van de schepen tijdens de gezamenlijke vaart verging, de ander in de kosten behoorde te delen.

1.4 Bestaan van een vennootschap

De vraag wanneer van een vennootschap kon worden gesproken kwam onder meer aan de orde in OT 1866 (1722).

In deze zaak gingen twee vennoten (Daniel de la Court en Jan Wijnands) een handelsvennootschap aan.³⁴ De vennootschap handelde zowel voor zichzelf als in commissie voor anderen. De vennootschap was aangegaan tot 1 augustus 1714. Op 8 december 1712 kwamen de vennoten met een derde, Jan de Putter, overeen dat zij hem tot vennoot zouden aannemen per 1 januari 1713 en de vennootschap vanaf die datum op naam van alle drie de vennoten zou worden gedreven. Zij bevestigden voorts dat de oude vennootschap zou blijven voortbestaan tot 1 augustus 1714 en kwamen overeen dat Jan de Putter van 1 januari 1713 tot 1 augustus 1713 slechts een door De la Court en Wijnands vast te stellen beloning zou ontvangen en van 1 augustus 1713 tot 1 augustus 1714 een zesde deel van de winst op de commissiehandel. Pas vanaf 1 augustus 1714 zouden de winsten en verliezen gemeenschappelijk zijn. Aan de vennootschapsovereenkomst werd nog toegevoegd dat, als een vennoot gedurende de vennootschap zou overlijden, de erfgenamen drie jaar lang een winstaandeel zouden ontvangen. De Putter overleed op 21 augustus 1713. Zijn erven vorderden dat hen vanaf de datum van overlijden gedurende drie jaar een winstaandeel zou worden uitgekeerd. De la Court en Wijnands verklaarden zich daarop bereid om een zesde deel van de opbrengst uit de commissiehandel aan hen te betalen vanaf 1 augustus 1713 tot 1 augustus 1714. De Amsterdamse rechtbank volgde het aanbod van de vennoten, het Hof van Holland stelde de erven in het gelijk.

De Hoge Raad vroeg zich af of er wel sprake was van een vennootschap tussen de twee vennoten De la Court en Wijnands en de toetredende De Putter. De meerderheid van de raadsheren was van oordeel dat De Putter slechts in naam (en dus niet daadwerkelijk) vennoot was in de periode van 1 januari 1713 tot 1 augustus 1714. Volgens de Hoge Raad waren partijen namelijk duidelijk

34. De namen van de procespartijen in deze *observatio* blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.668.

overeengekomen dat de oude vennootschap zou worden voortgezet tot 1 augustus 1714 en dat aan De Putter slechts loon in de vorm van een aandeel in de commissiehandel zou worden betaald van 1 augustus 1713 tot 1 augustus 1714. Pas vanaf 1 augustus 1714 was volgens de Hoge Raad sprake van een daadwerkelijke vennootschap tussen drie vennoten. Over de periode 1 augustus 1713 tot 1 augustus 1714, waarin als beloning een aandeel in de commissiehandel aan De Putter zou worden uitgekeerd, overwoog de Hoge Raad dat het de bedoeling van partijen was geweest om De Putter aan te sporen hard te werken, niet om hem tot vennoot aan te nemen. De Hoge Raad verwees daarbij naar het Amsterdamse gebruik dat een kantoorknecht of boekhouder een vast aandeel in de winst ontvangt. Van zo iemand kon volgens de Hoge Raad niet worden gezegd dat hij een vennoot was of dat hij iets te zeggen had in de onderneming.

De Hoge Raad liet zich niet uit over de vraag waarom er geen sprake was van een vennootschap met De Putter in de periode 1 januari 1713 tot 1 augustus 1713. Kennelijk stond het voor de Hoge Raad vast dat het ontvangen van een vaste beloning aan het zijn van vennoot in de weg staat. De hoogte van de beloning over de periode 1 augustus 1713 tot 1 augustus 1714 stond niet vast, maar was afhankelijk van de hoogte van de met commissiehandel behaalde winst. Mogelijk is de Hoge Raad tot het eerdergenoemde oordeel gekomen op grond van het feit dat De Putter slechts meedeelde in de winst en niet in de verliezen. Een aanwijzing daarvoor is te vinden in het feit dat de Hoge Raad overwoog dat het aandeel in de commissiewinst als loon moest worden beschouwd en dat pas vanaf 1 augustus 1714 niet alleen de winsten maar ook de verliezen gemeenschappelijk zouden zijn geworden.

Een ander geval waarin de vraag aan de orde komt of er sprake is van een vennootschap is te vinden in OT 2319 (1727). Het gaat daarin om het navolgende:

Jacob le Boeuf (in de *observatio* als Cajus aangeduid) en C. Vermeij (in de *observatio* als Maevius aangeduid) waren op 17 oktober 1716 een vennootschap aangegaan.³⁵ Zij kwamen overeen dat Vermeij met zijn drukpers boeken zou drukken en Le Boeuf het benodigde geld ter beschikking zou stellen. Le Boeuf zou over het ter beschikking gestelde bedrag een vaste vergoeding van 4% rente per jaar ontvangen, Vermeij voor zijn arbeid een vaste beloning die evenwel lager was dan andere drukkers gewoonlijk ontvingen. De eenmaal gedrukte boeken zouden ter zekerheid van terugbetaling van de ingebrachte som bij Le Boeuf worden ondergebracht. Vermeij zou de boeken verkopen en de verkoopprijs afdragen aan Le Boeuf. Nadat alles zou zijn verkocht, zou de opbrengst na aftrek van de rente en de beloning tussen beiden worden verdeeld. Als niet alle boeken zouden worden verkocht, zou Le Boeuf het recht hebben zoveel boeken tegen inkoopprijs voor zichzelf te houden als nodig zou zijn om het ter beschikking gestelde kapitaal en de rente vergoed te krijgen. Vermeij ging uiteindelijk failliet.

35. De namen van de procespartijen in deze *observatio* blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.669.

HOOFDSTUK 1

De curator vorderde van Le Boeuf dat hij alle door Vermeij gedrukte boeken aan hem zou afstaan zodat deze ten behoeve van de schuldeisers van Vermeij openbaar konden worden verkocht. Le Boeuf wees op de vennootschapsovereenkomst, waarin was bepaald dat hij het recht had om zoveel boeken te behouden als nodig was om zijn kapitaal en de rente vergoed te krijgen. Hij verklaarde zich conform de vennootschapsovereenkomst bereid om de helft van het restant van de boeken aan de curator af te staan.

Bij de Hoge Raad stelde de curator zich op het standpunt dat partijen geen vennootschap waren aangegaan, ondanks het feit dat de overeenkomst wel die naam droeg. Als partijen een vennootschap zouden zijn aangegaan, had Le Boeuf geen rente kunnen bedingen. Tegenover diens kapitaalbreng zou de inbreng van arbeid door Vermeij hebben gestaan. Nu ging het om een overeenkomst van geldlening tegen betaling van rente, waarbij aan Le Boeuf een pandrecht was verleend ter zekerheid van de terugbetaling van de hoofdsom en de rente. Pandrecht werd volgens de curator slechts verleend aan een crediteur, niet aan een medevenoot. Le Boeuf was dus slechts crediteur en alle boeken behoorden daarom tot de boedel. Le Boeuf had dan slechts een (preferente) vordering op de opbrengst van de verkoop van de boeken. De Hoge Raad was van mening dat tussen partijen een vennootschap tot stand was gekomen. Het feit dat Le Boeuf rente en zekerheidstelling had bedongen, deed aan het bestaan van een vennootschap niet af. Tegenover de rente van Le Boeuf stond het loon van Vermeij. De Hoge Raad vond het begrijpelijk dat Le Boeuf de boeken als zekerheid onder zich hield:

‘wat staat er aan in de weg dat een vennoot bedingt dat de zaken van de vennootschap onder hem blijven, daar het toch hoofdzakelijk in zijn belang is, dat de zaken van de vennootschap niet verloren gaan?’³⁶

Omdat sprake was van een vennootschap moesten de bepalingen van de vennootschapsovereenkomst hoe dan ook in acht worden genomen, ook door de curator.³⁷ De Hoge Raad was stellig in zijn oordeel dat er sprake was van een vennootschap, ook al werd er door de geldschietter rente bedongen en werd aan de boekdrukker een vaste beloning uitgekeerd. Op zichzelf is dit merkwaardig, omdat rente en loon niet verenigbaar zijn met het karakter van een vennootschap. Daarbij is de beloning afhankelijk van het behaalde resultaat en delen beide partijen ook in eventuele verliezen. Mogelijk is de Hoge Raad tot zijn oordeel gekomen omdat partijen de eventueel te behalen winst zouden delen. Opmerkelijk is wel dat deze overweging niet in de *observatio* wordt genoemd.

36. OT 2319: [...] *et quid prohibet, quominus socius paciscatur, ut res societatis penes se sint, cum eius praecipue, ob collatum pecuniam, intersit, ne dilabantur res societatis?*

37. Onder verwijzing naar D. 42.5.8.1.

Een andere uitspraak van de Hoge Raad waarin het bestaan van een vennootschap aan de orde kwam, is OTN 213 (1747).

Deze zaak gaat over Titius en Maevius die op 7 december 1736 in de vorm van een vennootschap een bankiershuis hadden opgericht. De vennootschapsovereenkomst bepaalde dat als Maevius na beëindiging van de vennootschap het bankiershuis wenste voort te zetten, hij niemand als vennoot mocht aannemen.³⁸ Toen Titius na beëindiging van de vennootschap vernam dat Maevius in de uitoefening van de geldhandel Sempronius als vennoot aan zich had verbonden, verzocht hij de Hoge Raad om Maevius op straffe van een dwangsom te verbieden de geldhandel voort te zetten met de nieuwe vennoot. Maevius verweerde zich onder meer met de stelling dat Sempronius in loondienst voor hem werkte en niet deelde in de winst van de geldhandel. Volgens Maevius kon Sempronius dus niet worden beschouwd als vennoot en was van een vennootschap geen sprake. Hoewel uit de *observatio* lijkt te volgen dat Sempronius inderdaad niet deelde in de winst, verwierp de Hoge Raad het verweer van Maevius op grond van het feit dat het voor Titius uitsluitend van belang was of Sempronius door derden werd *beschouwd* als vennoot. Dat was volgens de Raad het geval omdat de onderneming op naam van beiden werd gedreven.

Ook uit deze *observatio* kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het bestaan van een vennootschap niet aannam als één van beide partijen een vaste beloning ontving en niet gerechtigd was tot de winst. De vraag of van een vennootschap sprake is, diende volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld aan de hand van de interne verhoudingen. In die zin volgde de Hoge Raad het Romeinsrechtelijke uitgangspunt dat een vennootschap uitsluitend interne werking heeft. Anders gezegd: het feit dat partijen als een vennootschap naar buiten treden, is op zichzelf niet bepalend voor de vraag of partijen een vennootschap zijn overeengekomen. Een dergelijke situatie deed zich voor in OTN 436 (1752). Vader en zoon dreven gezamenlijk een boekhandel en traden onder een gemeenschappelijke naam naar buiten. Onderling waren zij overeengekomen dat de zoon niet zou delen in het resultaat van de onderneming maar een vaste jaarlijkse vergoeding voor zijn werk zou ontvangen. Onder dergelijke omstandigheden was er volgens de Hoge Raad geen sprake van een vennootschap:

‘Omdat de zoon [uit de boekhandel] geen ander voordeel ontving dan een vaste uitkering, werd er tevergeefs om een vennootschap gepleit. Daarvan is geen sprake als niet ten minste gedeeltelijk de winst wordt verdeeld.’³⁹

Ook deze uitspraak bevestigt dat het recht op een aandeel in de winst het onderscheidend criterium is voor het aannemen van een vennootschap.

38. Men kan zich afvragen wat het nut van een dergelijk beding is. Het lijkt te zijn bedoeld als non-concurrentiebeding. Het staat de uittredende vennoot echter wel vrij het beroep van bankier voort te zetten. Kennelijk ervaren partijen een vennootschap als meer concurrerend dan een eenmanszaak met een werknemer.

39. OTN 436: *Cum igitur inde nihil lucri perciperet filius praeter pensionem annuam, frustra erat quod dicebatur de societate, quae nulla est nisi saltem pro parte communicetur lucrum.*

HOOFDSTUK 1

In enkele gevallen stelde de Hoge Raad aan de hand van de gedragingen van één of beide vennoten vast dat er sprake was van een vennootschap. In één geval, zo blijkt uit OTN 1655 (1783), merkte de Hoge Raad een partij als vennoot aan louter op grond van het feit dat hij verschillende malen betrokken was geweest bij contracten die op naam van de vennootschap waren gesloten. In een ander geval nam de Raad een vennootschap aan op grond van het feit dat één van de vennoten brieven aan de andere had verzonden waarin hij hem om raad vroeg in zaken die de onderneming betroffen, dat zij gezamenlijk met anderen hadden gehandeld, dat zij de contracten gezamenlijk hadden ondertekend en dat de ene vennoot de ander in zijn brieven zijn 'vennoot' noemde.

De vraag of, en voor welk aandeel, iemand vennoot in een rederij is, komt aan de orde in OT 1972 (1723).

Deze *observatio* betreft een rederij (*societas navis exercendae*) in Middelburg. In de rederijakte was bepaald dat iemand vennoot was voor het aandeel waarvoor hij tekende. In deze akte schreef Petronella Craan (in de *observatio* aangeduid als 'Sempronia') zich in voor een vierde deel en zij betaalde even later aan Jacobus Sluijters (in de *observatio* aangeduid als 'Titius'), die *praepositus*, oftewel boekhouder, van de rederij was, 500 Vlaamse ponden.⁴⁰ Omdat Craan een vrouw was, mocht zij de vergadering van de rederij niet bijwonen en zond ze haar neef Velters (in de *observatio* aangeduid als 'Maevius') die in haar naam tekende en alles afhandelde. Het schip van de rederij maakte vervolgens twee reizen naar Amerika. De rederij werd uiteindelijk ontbonden, na flink verlies te hebben geleden. Velters ging failliet. Sluijters dagvaardde Craan voor de rechtbank te Middelburg om voor $\frac{1}{4}$ in de verliezen van de vennootschap te delen. Craan zei dat zij slechts voor 500 pond vennoot was. De rest van het verlies diende volgens haar op Velters te worden verhaald, aan wie zij haar naam ter beschikking had gesteld omdat hij uit hoofde van zijn functie als Zeeuws postmeester geen handel mocht drijven. Craan voerde daarbij nog aan dat zij de rederijakte weliswaar had ondertekend maar dat de zinsnede '*voor $\frac{1}{4}$ deel*' niet van haar hand was en dat Sluijters wist dat het aandeel feitelijk aan Velters toebehoorde; hij had namelijk niet alleen geprobeerd de schade ook bij Velters te innen, maar had hem bovendien gedebiteerd en gecrediteerd in de boeken.

De Hoge Raad overwoog dat, ook al had Craan zélf de zinsnede '*voor $\frac{1}{4}$ deel*' niet geschreven, zij toch geacht moest worden dit te hebben gedaan. Het aandeel moest in de akte worden vermeld en als er een document aan een ander wordt toevertrouwd, wordt deze ook stilzwijgend gemachtigd om het aandeel bij te schrijven, zeker nu dat was gedaan voordat de akte aan Sluijters was geretourneerd. De Hoge Raad worstelde ook nog met de vraag of Craan dan wel Velters vennoot was. Velters gebruikte namelijk met medeweten van Sluijters de naam van Craan. Het merendeel van de raadsheren was desondanks van mening dat Craan de vennoot was: zij had de akte ondertekend en Velters had in haar naam de rekeningen afgetekend. Velters was inderdaad door Sluijters op betaling aangesproken, maar in diens hoedanigheid van gemachtigde van

40. Namen van procespartijen blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.668.

Craan. Sluijters had mogelijk gemeend op deze manier het verlies op twee schuldenaren te kunnen verhalen, hetgeen volgens de Hoge Raad niets veranderde aan het feit dat Sluijters slechts Craan als vennoot kon aanspreken. Het vonnis van de Middelburgse rechters werd bekrachtigd.

De Hoge Raad voegde aan de uitspraak toe dat Sluijters onder ede moest verklaren dat hij niet wist dat de zaak eigenlijk aan Velters toebehoorde, anders zou de vordering alsnog worden afgewezen. Kennelijk was voor de uitspraak van belang dat Sluijters niet op de hoogte was van de feitelijke situatie, namelijk dat het de bedoeling van Craan en Velters was geweest dat het aandeel, afgezien van de 500 pond, feitelijk voor rekening en risico van Velters zou komen. In dat licht dient ook de afwijkende mening van een aantal raadsheren te worden gezien. Zij meenden dat Craan slechts *pro forma* had getekend en dat de onderneming, met uitzondering van de door Craan ingebrachte 500 pond, aan Velters toebehoorde. Sluijters heeft volgens hen slechts contact gehad met Velters en nooit met Craan. Het ging volgens deze raadsheren om de bedoeling van partijen, niet om de formulering.⁴¹ Sluijters zou in dat geval slechts een vordering op de boedel hebben gehad.

Ook OTN 1147 (1771) is vermeldenswaard. Deze zaak toont aan wat het belang kan zijn van de vraag of iemand vennoot is en welke criteria bij de beantwoording van die vraag een rol speelden. De feiten zijn als volgt.

J.W. Maertens (in de *observatio* aangeduid als 'Cajus') en R. Frescarode (in de *observatio* aangeduid als 'Titius') begonnen op 10 januari 1759 te Middelburg een wijnhandel.⁴² Zij spraken af dat ze beiden een bedrag van 1.000 Vlaamse ponden zouden inbrengen en de winst en het verlies gelijkelijk onder hen zou worden verdeeld. Vervolgens vermeerderden zij op 28 augustus 1760 het kapitaal van de vennootschap met 3.000 Vlaamse ponden, waarvan Maertens 2.750 ponden voor zijn rekening nam en Frescarode 250. Maertens zou dan driekwart van de winst en het verlies dragen en Frescarode een kwart. Frescarode verklaarde in deze overeenkomst verder nog *'zich te refereren tot zekere acte bij hem op heede onder de hand geteekent, welke van die kragt wiert gehouden, alsof ze in dezen contracte van woord tot woord was geinsereerd.'*⁴³ In mei 1767 ging Maertens failliet. Tegenover de curator verklaarde Frescarode in eerste instantie dat hij de vennoot van Maertens was geweest en hij ook als zodanig had gehandeld. Uit de boekhouding van de vennootschap maakte de curator vervolgens op dat Frescarode nog een bedrag van 3.918 Vlaamse ponden aan de vennootschap verschuldigd was en sprak hem daarop aan. Plots toverde Frescarode een document tevoorschijn dat hij naar eigen zeggen daags tevoren in zijn huis had gevonden. Dit zou het document zijn waar het contract van 28 augustus 1760 naar verwijst. Het document luidde als volgt: *'Ik onderges. verklaar geen deel noch enige eigendom te hebben aan de wijnen etc. aankomende het comptoir canterende op naam van Cajus [Maertens] en Titius*

41. [...] *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* [...].

42. Namen van procespartijen blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.679.

43. Origineel citaat in het Nederlands.

HOOFDSTUK 1

[Frescarode] tot zolang als ik mijn aandeel van penningen niet gefourneerd heb volgens het contract gepasseerd voor etc. op 10 januari 1759 en het aanstaande nader contract voor gen. notaris te passeren, waarin zal gestipuleerd worden een augmentatie van penningen en een geextendeerde negotie etc. welke goederen, koopmanschappen etc. alle in eigendom zullen behoren van Maertens, waartegen ik voor de administratie en directie in 't gem. comptoir jaarlijks zal genieten f. 1.500 ingaande met 1 januari 1759 en zal continueren tot de scheiding van de associatie. Actum Middelb. den 26 Aug. 1760'. Op grond van dit document stelde Frescarode zich op het standpunt dat hij nooit de vennoot van Maertens was geweest. Niet alleen zou hij de 250 Vlaamse ponden die hij uit hoofde van de laatste overeenkomst had moeten storten uiteindelijk niet in de vennootschap hebben gestort, maar het geld dat hij op grond van de eerste vennootschapsovereenkomst had betaald, zou door Maertens aan hem zijn terugbetaald. Onder die omstandigheden meende hij nooit deelgenoot te zijn geweest in winst of verlies en dus geen vennoot van Maertens. Bovendien kwam hem op grond van dit document een vaste jaarlijkse termijn toe van 1.500 gulden vanaf het begin van 1759 tot de maand april 1768. Als gevolg daarvan moest zijn schuld van 3.918 Vlaamse ponden aan de vennootschap worden verminderd tot 1.300 Vlaamse ponden.

Bij de Hoge Raad vorderde de curator dat Frescarode de volledige schuld aan de vennootschap zou betalen en hij voor $\frac{1}{4}$ zou meebetalen aan het eventuele tekort dat resulteerde na de vereffening van de vennootschap. Frescarode op zijn beurt bevestigde dat hij de schuld zou betalen, evenwel onder aftrek van de jaarlijkse termijnen. Voor het overige betwistte hij de vordering.

Volgens de Hoge Raad was het document niet valselijk opgemaakt, waardoor Frescarode in beginsel het recht toekwam zich op de inhoud te beroepen. Pauw en een viertal andere raadsheren waren van mening dat het document uitsluitend in het belang van Maertens was opgesteld en er aan Frescarode daarom, op de inhoud ervan geen beroep toekwam. Volgens Pauw herleefde daardoor de laatste overeenkomst uit 1760 op basis waarvan Frescarode voor $\frac{1}{4}$ deel vennoot was. Dan werd ook duidelijk waarom Frescarode in de boeken van de vennootschap jaarlijks stond gedebiteerd of gecrediteerd voor $\frac{1}{4}$ in de winsten of verliezen; hij na het faillissement van Maertens zich in woord en daad als vennoot van Maertens had gedragen en aanvankelijk ruitelijk had erkend dat hij vennoot van Maertens was geweest. De overige vijf raadsheren waren het met de redenering van Pauw en zijn medestanders niet eens, waardoor Frescarode uiteindelijk in het gelijk werd gesteld.⁴⁴

Pauw was niet bepaald tevreden met de uitkomst van de stemming. Hij beklaagt zich erover dat de vijf overige raadsheren zich op wel heel eenvoudige wijze lieten overtuigen door Frescarode en verwijt hun een gebrek aan karakter. Hij schrijft: *'zij maken gebruik van argumenten ten gunste van Titius [Frescarode], of liever gezegd redenerinkjes, die naar de maatstaf van het geldend recht geen enkel gewicht hebben. Ik heb geen zin om ze mee te delen en nog veel minder om ze te weerleggen. Maar omdat het de gewoonte is meningen niet te*

44. De Hoge Raad bestond uit negen raadsheren en een president. Bij staken van stemmen, zoals in het onderhavige geval, gaf de stem van de president de doorslag. Kennelijk behoorde de president dan ook tot de raadsheren die de mening van Pauw niet deelden.

*wegen maar te tellen, won ook hier het aantal en dus is op 20 april 1771 met meerderheid van stemmen en niet eenparig in het voordeel van Titius [Frescarode] beslist*⁴⁵.

Van belang in deze zaak is dat de Hoge Raad vaststelde dat de beslissing uitsluitend afhangt van de vraag of rekening moet worden gehouden met het laatste document. De Hoge Raad bevestigde daarmee impliciet dat, als Frescarode inderdaad geen kapitaal zou hebben ingebracht en uitsluitend een vast loon zou hebben ontvangen voor het voeren van de administratie en de directie, er geen sprake kon zijn van een vennootschap.

Tot slot komt ook in OTN 1067 (1768) de vraag aan de orde of van een vennootschap sprake is.

Een onder het werk bedolven notaris kwam met een kandidaat overeen dat hij hem zou opleiden tot notaris. Eenmaal notaris zou de voormalige kandidaat zich bezighouden met de beurspraktijk. Uit de daarmee behaalde winst zou jaarlijks een bedrag van 400 gulden aan de voormalige kandidaat worden uitgekeerd, waarna aan de notaris de keus zou worden gelaten of beide partijen de door henzelf gerealiseerde winst zouden behouden, of dat *alle winst* tussen hen beiden zou wordt verdeeld. De kandidaat realiseerde, nadat hij notaris was geworden, meer winst dan zijn leermeester en vorderde vernietiging van de overeenkomst (*restitutio in integrum*). Hij voerde daarbij aan dat sprake zou zijn van een *societas leonina*. Het winstrecht van de notaris leidde er volgens de voormalige kandidaat immers toe dat de notaris slechts deelde in winst en in het geheel niet aansprakelijk was voor het verlies.⁴⁶

De Hoge Raad was van mening dat de rechtsverhouding tussen partijen niet werd beheerst door de regels die op de vennootschap van toepassing waren. Het was volgens de Raad niet de bedoeling van partijen geweest om een vennootschap aan te gaan maar om een ‘innominaat-contract’⁴⁷ te sluiten dat verplichtingen in het leven riep: ‘ik doe opdat jij doet en geeft’.⁴⁸ De notaris had de kandidaat beloofd hem het vak van notaris te leren. In ruil daarvoor kreeg hij een aandeel in de winst die de voormalige kandidaat zou realiseren. Een dergelijke overeenkomst was volgens de Hoge Raad noch in strijd met de wet, noch met de goede zeden.

45. OTN 1147: *Utebantur hi pro Titio argumentis, seu potius ratiunculis, quae ad amussim juris exactae nullius erant momenti quasque taedet referre nedum refutare. At cum non ponderari soleant sententiae sed numerari, sic et hic vicit numeros, atque ita plurium suffragiis 20 Apr. 1771 tantum non plene pro Titio fuit iudicatum.*

46. Zie over de *societas leonina*: paragraaf B 2.2.1 en B 2.8.2.

47. Zie over het innominaat-contract: Kaser-Wubbe, *Romeins privaatrecht*, 225-227.

48. OTN 1067: *Facio ut facias et des.*

Hoofdstuk 2. Interne verhoudingen

2.1 Duur van de vennootschap

2.1.1 Inleidende opmerkingen

Over de duur van de vennootschap bepaalt D. 17.2.1.pr.:

‘Een vennootschap kan worden aangegaan voor altijd, dat wil zeggen voor zolang partijen in leven zijn, of voor een bepaalde periode, of vanaf een bepaald moment of onder voorwaarde.’¹

Alle in deze Digestentekst genoemde mogelijkheden treft men in de *observationes* aan.² Een vennootschap die voor onbepaalde tijd was aangaan, wordt in OT 1432 (1718) vermeld. Van Bijnkershoek spreekt in dat geval van een voortdurende vennootschap (*societas perpetua*).³ Voorbeelden van een vennootschap die voortduurde zolang beide vennoten in leven waren, treft men aan in OT 1137 (1715) en OT 2557 (1729).

In OT 1137 komt de vraag aan de orde of een vennootschap ook voor een bepaalde tijd (*societas ad certum tempus*) kan worden aangegaan. Van Bijnkershoek merkt eerst op dat D. 17.2.65.6 deze vraag bevestigend lijkt te beantwoorden:

D. 17.2.65.6: ‘Zo bevrijdt iemand die een vennootschap voor een bepaalde duur aangaat door deze voortijdig op te zeggen wel zijn vennoot van zichzelf, maar niet zichzelf van zijn vennoot. Wordt er daarna dus winst geboekt, dan heeft hij daaraan geen deel, maar in een eventueel verlies moet hij zijn deel evengoed wel bijdragen, tenzij de opzegging om de een of andere dringende reden heeft plaatsgevonden. Is de termijn verstreken, dan is hij vrij zich terug te trekken, aangezien dit dan zonder boos opzet kan geschieden.’⁴

-
1. D. 17.2.1.pr.: *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione.*
 2. Als vennootschap onder voorwaarde kan men de vennootschappen beschouwen waaraan een overeenkomst ten grondslag ligt die de voorwaarden van de samenwerking bepaalt.
 3. OT 1432; in de Nederlandstalige samenvatting van deze *observatio* in het Nederlandsch Compendium (deel 2) wordt deze vennootschap ten onrechte aangeduid als een *onopzegbare* vennootschap.
 4. D. 17.2.65.6: *Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aequae praestabit portionem: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat.*

HOOFDSTUK 2

Volgens Van Bijnkershoeck lijkt D. 17.2.14 dezelfde vraag ontkennend te beantwoorden:

D. 17.2.14: ‘Als tussen vennoten overeengekomen is dat een gemeenschappelijke zaak gedurende een bepaalde periode niet verdeeld zal worden, geldt dit niet als een overeenkomst dat men niet uit de vennootschap mag treden. Maar als men overeenkomt om niet uit de vennootschap te treden, is dat dan geldig? Treffend schrijft Pomponius dat een dergelijke overeenkomst geen nut heeft; want ook als men dit niet overeengekomen is, beschikt men bij een ontijdige opzegging van de vennootschap toch over de vennootschapsactie. Als men daarentegen overeengekomen is om gedurende een bepaalde tijd niet uit de vennootschap te treden en er toch opgezegd wordt voor het verstrijken van de periode, kan die opzegging een rechtmatige grond hebben. Zo is met de vennootschapsactie geenszins diegene aansprakelijk, die de vennootschap heeft opgezegd omdat jegens hem een bepaalde voorwaarde waaronder de vennootschap was aangegaan, niet wordt nagekomen. Of wat te denken van het geval dat een vennoot zo onrechtmatig en nadelig optreedt, dat het geen nut heeft hem nog langer te dulden?’⁵

Beide teksten hebben betrekking op de voortijdige ontbinding door opzegging van een vennootschap die voor bepaalde tijd is aangegaan en lijken daarmee, anders dan Van Bijnkershoeck stelt, juist te bevestigen dat een dergelijke overeenkomst kan worden aangegaan. Zij verschillen slechts in de gevolgen van een voortijdige ontbinding door opzegging. Opmerkelijk is verder dat Van Bijnkershoeck in deze *observatio* niet eenvoudig verwijst naar D. 17.2.1.pr., waarin expliciet wordt vermeld dat een vennootschap kon worden aangegaan voor bepaalde tijd.⁶

Volgens Van Bijnkershoeck bestond in de Hoge Raad verdeeldheid over de beantwoording van de vraag of een vennootschap voor bepaalde tijd kon worden aangegaan. Op 10 mei 1715 verleende de Hoge Raad willige condemnatie aan een voor bepaalde tijd aangegane vennootschap. Van Bijnkershoeck licht deze beslissing als volgt toe:

‘Gewoonlijk immers kan de onderneming van een vennootschap anders niet worden beëindigd als het verloop van de tijd niet intreedt. En niet alleen treft men in de praktijk dergelijke

5. D. 17.2.14: *Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. Sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. Nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?*

6. De mogelijkheid om een overeenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan, houdt verband met de tussentijdse opzegging of uittreding van een vennoot. Deze problematiek komt nader aan de orde in paragraaf B 2.1.3.

*vennootschappen veel aan, maar dergelijke overeenkomsten zijn ook door vrijwillige condemnatie van de Hoge Raad bekrachtigd.*⁷

Ook Pauw vermeldt, in OTN 295 (1749), dat de Hoge Raad op grond van D. 17.2.1.pr. willige condemnatie verleende aan een vennootschap die voor bepaalde tijd was aangegaan. Overigens blijkt uit deze *observatio* dat nog steeds niet alle raadsheren van de juistheid van deze beslissing waren overtuigd. Uit de diverse *observationes* die melding maken van een vennootschap voor bepaalde tijd, met een duur die varieert van drie tot twaalf jaar, blijkt dat in de praktijk vennootschappen voorkwamen die voor bepaalde tijd waren aangegaan.⁸ Een andere variant van de vennootschap die voor een bepaalde duur is aangegaan, wordt gevormd door de eerdergenoemde vennootschappen die worden aangeduid als ‘sociëteit van provedory’.⁹ Deze vennootschappen duurden voort zolang de noodzaak bestond om de legers te voorzien van proviand.

OTN 295 bevestigt dat een vennootschap ook onder opschortende termijn kon worden aangegaan. Deze *observatio* noemt een vennootschapsovereenkomst waarin werd bepaald dat de vennootschap zou voortduren voor een periode van zes jaar; dat als een van de vennoten gedurende deze periode zou sterven, diens weduwe en kinderen hem in de vennootschap zouden opvolgen; en dat het die weduwen en kinderen na verloop van zes jaar vrij zou staan om zich met de overgebleven vennoten voor een volgende termijn van zes jaar te verbinden. De Hoge Raad verleende willige condemnatie aan het onderdeel van de overeenkomst dat betrekking had op de vennootschap na zes jaar tussen de weduwe en de kinderen enerzijds en de overgebleven vennoten anderzijds. Onder verwijzing naar D. 17.2.1.pr. merkt Pauw op:

*‘Op grond van het [Romeinse] recht is het zeker dat het is geoorloofd een vennootschap onder opschortende termijn aan te gaan.’*¹⁰

-
7. OT 1137: (...) *Vulgo enim alias expediri non posse negotia societatis, (...), si non tractus temporis accedat, et plurima exempla esse non tantum ejusmodi societatum, sed et quarum conditiones voluntaria condemnatione H.R. confirmatae essent.*
 8. *Observationes* waarin vennootschappen worden genoemd die voor bepaalde tijd zijn aangegaan: OT 2271 (suikerraffinaderij gedurende 12 jaar); OTN 77 (suikerraffinaderij gedurende 3 jaar); OTN 295 en 381 (suikerraffinaderij gedurende zes jaar); OTN 1138 (fabricage en verkoop van Engelse wol gedurende acht jaar; en OTN 1640 (houthandel gedurende 3 jaar).
 9. OT 1129, 1165, 1530, 1662, 2059, 2907, 3057.
 10. OTN 295: (...) *de jure certum est ex tempore societatem inire licere.*

HOOFDSTUK 2

2.1.2 Einde van de vennootschap

Volgens het Romeinse recht bleef de vennootschap bestaan zolang de vennoten deze in eensgezindheid voortzetten.¹¹ Het instellen van een rechtsvordering tegen de medevennoot (*actio pro socio*) leidde om die reden tot ontbinding van de vennootschap. Uit de kennelijke noodzaak een rechtsvordering in te stellen, bleek dat de vennoten niet meer in staat waren om op minnelijke wijze tot een oplossing te komen en dat tussen hen dus geen *consensus* meer bestond.

De vennootschap eindigde voorts met de dood van een van de vennoten. De Instituten zeggen daarover:

Inst. 3.25.5: 'De vennootschap wordt voorts nog ontbonden door de dood van een vennoot; wie een vennootschap aangaat kiest daartoe immers een bepaalde persoon uit. Ook als de vennootschap door de overeenstemming van meer dan twee personen is aangegaan, wordt zij door de dood van één vennoot ontbonden, ook al is er dan nog meer dan een over, tenzij bij het aangaan van de vennootschap iets anders is overeengekomen.'¹²

Ook door het intreden van op faillissement gelijkende situaties eindigde de vennootschap:

Inst. 3.25.7: 'Het is duidelijk dat een vennootschap ook door verbeurdverklaring wordt ontbonden, zeker als het volledige vermogen van een vennoot verbeurd wordt verklaard. Want doordat dan een derde in zijn plaats treedt, wordt hij als dood beschouwd.'¹³

Inst. 3.25.8: 'Als verder één van de vennoten, bezwiken onder de last van zijn schulden, van zijn boedel afstand heeft gedaan en daarom zijn vermogen wegens schulden aan de overheid of aan particulieren wordt verkocht, wordt de vennootschap ontbonden.'¹⁴

Tot slot eindigde de vennootschap ook door opzegging door een van de vennoten.

-
11. Inst. 3.25.4 en Gai. 3.151: 'Een vennootschap blijft bestaan zolang de vennoten in de zelfde eensgezindheid volharden (...)' (*Manet autem societas eo usque, donec in eodem [con]sensu perseuerant (...)*).
 12. Inst. 3.25.5: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit. Sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit.* Zie ook: Gai. 3.152; D. 17.2.4.1; en D. 17.2.65.9.
 13. Inst. 3.25.7: *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in eius locum alius succedit, pro mortuo habetur.* Zie ook: Gai. 3.153 en 154; en D. 17.2.4.1.
 14. Inst. 3.25.8: *Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita substantia eius veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.* Zie ook: Gai. 3.153 en 154; en D. 17.2.4.1.

Inst. 3.25.4: ‘Een vennootschap blijft bestaan zolang de vennoten in dezelfde eensgezindheid volharden. Wanneer één van hen de vennootschap opzegt, wordt de vennootschap ontbonden (...).’¹⁵

Bij het aangaan van de vennootschap kiest men een specifiek persoon uit met wie men bereid is de samenwerking aan te gaan. Als deze persoon door de dood of faillissement wegvalt, eindigt volgens het Romeinse recht ook de bereidheid om de vennootschap voort te zetten. Deze regel was zelfs zo strikt dat een vennootschap die tussen méér dan twee personen was aangegaan ook eindigde als slechts één van de vennoten overleed. De vennootschap bleef in dat geval niet bestaan tussen de overgebleven vennoten.¹⁶

Het belang van de keus om zich aan een bepaalde persoon als vennoot te verbinden, komt in OTN 1599 (1781) ter sprake. De Amsterdamse koopman Cajus en de Harlinger koopman Titius kwamen overeen dat zij voor gezamenlijke rekening een partij gerst naar Nantes zouden vervoeren. Zij spraken af dat Cajus de feitelijke uitvoering op zich zou nemen. Cajus liet vervolgens aan Titius weten dat hij zijn aandeel had overdragen¹⁷ aan een derde (Maevius).¹⁸ Titius stemde daar niet mee in: hij liet weten dat het zijn bedoeling was met Cajus een overeenkomst aan te gaan, niet met Maevius. Cajus zei aanvankelijk dat hij zich daarin kon vinden. Later bleek dat hij zijn aandeel toch aan een derde had overgedragen (kennelijk deed Titius niet veel meer dan geld inbrengen voor de aankoop van de gerst en voerde hij geen controle uit over de feitelijke gang van zaken). Titius wilde nu het geld terug dat hij in de onderneming had gebracht. Cajus verdedigde zich met de stelling dat het een vennoot zowel op grond van het Romeinse recht als de koopmansgewoonte vrijstond om zijn aandeel in de vennootschap aan een ander over te dragen, zelfs als dat in strijd was met de wens van de andere vennoot, als de overdragende vennoot de feitelijke uitvoering maar voortzette.¹⁹ De Hoge Raad wees de vordering van Titius toe en verwierp het verweer van Cajus. Het ging er volgens de Hoge Raad namelijk uitsluitend om wat de bedoeling van partijen was geweest. Omdat het duidelijk was dat Titius met Cajus wilde contracteren en niet met een ander, stond het Cajus niet vrij zijn aandeel over te dragen.

De eerdergenoemde Romeinsrechtelijke regels voor ontbinding van de vennootschap worden in de *observationes* slechts een enkele maal expliciet vermeld als de grondslag voor de ontbinding van de vennootschap.²⁰ Gewoonlijk wordt het einde van de vennootschap als vaststaand feit vermeld en behandelt de *observatio*

15. Inst. 3.25.4: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint: at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas*. Zie ook: Gai. 3.151; en D. 17.2.4.1.

16. Inst. 3.25.5: zie noot 12.

17. Zie nader over ‘overdracht van een aandeel’: paragraaf B 2.5.

18. OTN 1599: ‘Cajus schrijft even later aan Titius dat hij zijn aandeel heeft overgedragen aan Maevius’ (*Cajus brevi post Titio scribet se partem suam cessisse Maevio*).

19. OTN 1599: *Defendebat Cajus tum ex jure communi tum ex jure quod inter mercatores servatur uni ex sociis integrum esse invito etiam socio partem suam alteri cedere modo qui cedit curam negotiationis, si ita convenerit, agere pergat (...)*.

20. Voorbeelden zijn: OTN 1064 (overlijden van een vennoot); OTN 1420 (wederzijds goedvinden); OTN 1757 (geschil).

HOOFDSTUK 2

de gevolgen van de ontbinding. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat als vanzelfsprekend werd verondersteld dat de vennootschap in deze gevallen eindigde. Uit OTN 362 (1750) blijkt dat de Hoge Raad strikt de hand hield aan de Romeinsrechtelijke regels voor ontbinding.

Deze *observatio* betreft de vennootschap onder firma 'Anthoni Thiering & Zonen' te Riga. De vennootschap was aangegaan tussen vader Anthoni en zijn zonen. De Amsterdamse handelaar Du Peyron²¹ stelde de handelsfirma Anthoni Thiering & Zonen te Riga voor om gezamenlijk een hoeveelheid rogge te kopen. Met deze firma had hij nooit eerder zaken gedaan. De firma stemde uiteindelijk toe en zond vervolgens de rogge, die door middel van getrokken wissels werd betaald door Du Peyron. Maar de prijs van rogge daalde ondertussen en de rogge werd daardoor met verlies verkocht. De handelaren uit Riga betaalden een deel van het verlies maar gingen vervolgens failliet. Du Peyron legde vervolgens onder Lodewijk Hovy beslag ten laste van Frederik, één van de zonen van Anthoni Thiering. Du Peyron vorderde dat Hovy aan hem betaalde wat Anthoni Thiering en Zonen aan Hovy verschuldigd waren. Hovy voerde verweer: Frederik was geen vennoot meer toen Du Peyron en Anthoni zaken deden en was dus niet aansprakelijk.

De *observatio* gaat in op de vraag of één van de zonen (Frederik) ten tijde van de transactie vennoot was. Het stond vast dat Frederik vóór het overlijden van de vader een van de vennoten was. Frederik ontkende dat hij de vennootschap, die volgens hem door de dood van zijn vader in 1739 was ontbonden, met zijn broers had voortgezet. Du Peyron, de eiser in deze zaak, stelde zich op het standpunt dat de vennootschap na de dood van de vader was voortgezet en Frederik een van de vennoten was. Pauw bevestigt allereerst de Romeinsrechtelijke regel dat de vennootschap door het overlijden van een van de vennoten is geëindigd:

*'De vennootschap is van rechtswege ontbonden door het overlijden van de vader (...).'*²²

Het lag volgens Pauw daarom op de weg van Du Peyron om te bewijzen dat Frederik zich na de ontbinding van de vennootschap weer als vennoot had verbonden met de overige broers. Pauw sluit zich dus niet aan bij de stelling van Du Peyron dat de vennootschap was *voortgezet*, maar draagt hem op te bewijzen dat Frederik zich *opnieuw* had verbonden met de overige vennoten. Met andere woorden: na de dood van een van de vennoten werd de oude vennootschap volgens Pauw niet zonder meer voortgezet door de overblijvende vennoten maar diende tussen hen een nieuwe vennootschap te worden

21. In de *observatio* is de contractspartij geanonimiseerd tot Titius. Uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad, NA 3.03.02.675, blijkt dat Titius in werkelijkheid D. Du Peyron heette. Hij overleed kennelijk tijdens de procedure, waarna zijn echtgenote Jacoba van Loon de procedure voortzette.

22. OTN 362: *Cum autem morte patris ipso jure soluta esset societas (...)*.

overeengekomen.²³ Du Peyron merkte op dat onder dezelfde naam was ‘voortgenegotieerd’; voor een derde was de theoretische ontbinding van de vennootschap dus niet kenbaar. Dat betekende volgens Pauw niet dat je daaruit per definitie mocht afleiden dat de onderneming (*commercia*) door dezelfde personen was voortgezet. Pauw wijst daarbij op het volgende:

*‘Kooplieden hebben namelijk de gewoonte hun zaak met een bepaalde naam aan te duiden en zij wijzigen deze niet, ook al zijn allen die ooit onder de naam vielen, overleden of uit de vennootschap getreden.’*²⁴

Door het woord *commercia* en niet het woord *societas* te gebruiken, bevestigt Pauw de juridische mogelijkheid dat de vennootschap eindigt maar de onderneming van de vennootschap wordt voortgezet. De vraag of niet alleen de onderneming maar ook de *vennootschap* na de dood van een van de vennoten wordt voortgezet, lijkt vooral bewijsrechtelijk van belang. Als immers na het overlijden van een van de vennoten als uitgangspunt zou hebben gegolden dat de vennootschap bleef voortbestaan tussen de overige vennoten (onder de voorwaarde uiteraard dat ook de onderneming werd voortgezet), dan was het aannemelijk dat Frederik moest bewijzen dat hij als vennoot was uitgetreden na het overlijden van zijn vader.

Het feit dat de Hoge Raad dit uitgangspunt als onjuist beschouwde, leidde volgens Du Peyron in de handelspraktijk tot problemen. De onderneming werd immers voortgezet onder dezelfde (familie)naam. Een contractspartij van de ‘oude’ vennootschap was daardoor niet bekend met het feit dat de vennootschap waarmee hij had gehandeld, was ontbonden en dat onder dezelfde naam een nieuwe vennootschap was opgericht. Du Peyron wees daarbij op het volgende:

*‘Onder kooplieden wordt een vennootschap niet als ontbonden beschouwd, tenzij de ontbinding bekend wordt gemaakt aan allen die met de vennootschap hebben gehandeld.’*²⁵

Volgens Du Peyron werd deze koopmansgewoonte zowel door Johannes Voet²⁶ als in advies I-303 van de *Hollandsche Consultatie*²⁷ bevestigd. Voet erkende inderdaad dat aan de contractpartners van de vennootschap moest worden meegedeeld dat de vennootschap was ontbonden:

23. Het standpunt van Pauw vindt zijn grondslag in het Romeinse recht, dat bepaalde dat een vennootschap ook eindigde als deze door meer dan twee vennoten was aangegaan en slechts een van hen kwam te overlijden; zie eerder in deze paragraaf.

24. OTN 362: *Scilicet solent mercatores tabernae suae adsignare certum titulum, neque eum mutant, licet omnes, qui ad eam olim pertinebant vel obierint vel a societate discesserint.*

25. OTN 362: *At (...) inter mercatores non soluta censetur societas, nisi it denuncietur omnibus, quibuscum negotium cum ea societate intercedit (...).*

26. Voet, *Commentarius ad pandectas*, 17.2.25.

27. Zie voor dit advies nader: paragraaf A 2.8.3.

HOOFDSTUK 2

‘Men zal zeggen dat dit [dat vennoten slechts onderling mededeling behoeven te doen van de opzegging] misschien anders is als de vraag hen betreft die met een vennoot op naam van de vennootschap een overeenkomst zijn aangegaan, en zo de overige vennoten krachtens wilsovereenstemming met één [van de vennoten] hetzij hoofdelijk hetzij evenredig jegens hen aansprakelijk plegen te beschouwen. Deze personen schijnen immers op de hoogte te moeten worden gebracht, hetzij publiekelijk, hetzij door middel van een eenzijdige verklaring, van het feit dat de vennootschap is beëindigd. Dat voorkomt dat zij, terwijl zij niet op de hoogte zijn van de beëindiging, met een van de vennoten overeenkomsten blijven aangaan op naam van de vennootschap en dus op het bestaan van die vennootschap vertrouwen, worden misleid.’²⁸

Uit het feit dat Voet het woord *forte* (misschien) gebruikt, blijkt dat hij betwijfelt of er inderdaad een mededelingsplicht aan wederpartijen bestaat. Anders dan Du Peyron suggereerde, bevestigt Voet dus niet zonder voorbehoud dat onder kooplieden een dergelijke gewoonte bestaat. Advies I-303 bevestigt niet zonder meer dat op de vennoten een mededelingsplicht rust, wel de gewoonte dat de externe gevolgen van de beëindiging (dat vennoten niet meer bevoegd zijn elkaar jegens een derde te verbinden) niet intreden zolang ‘*ter Beurse*’ onbekend is dat de vennootschap is beëindigd en van die beëindiging niet publiekelijk (‘*aan Koopluyden ende Maeckelaers*’) melding is gedaan. Uit Voet en de *Hollandsche Consultatien* volgt dus niet ondubbelzinnig dat mededeling aan de contractpartijen van de vennootschap een vereiste is voor de beëindiging van de vennootschap.

De Hoge Raad bevestigde de gewoonte waarop Du Peyron zijn standpunt baseerde overigens evenmin. Hij deed de zaak af door erop te wijzen dat Du Peyron pas in beeld kwam toen de vader al was overleden. Omdat Du Peyron geen contractspartij van de oude vennootschap was, werd zijn standpunt niet gehonoreerd.

2.1.3 *Uittreding*

Het eerdergenoemde oordeel van de Hoge Raad dat een vennootschap voor bepaalde tijd kon worden aangegaan, hield verband met de vraag of het een vennoot was toegestaan voortijdig uit de vennootschap te treden. Deze vraag komt in OT 2271 (1726) aan de orde.

Deze zaak betrof een tweetal vennoten dat een vennootschap ter zake een suikerraffinaderij was aangegaan voor de duur van twaalf jaar. Zij kwamen overeen dat als één van hen gedurende deze termijn de vennootschap zou verlaten, hij een boete van tweeduizend gulden verschuldigd zou zijn, te betalen aan de armen. Van deze overeenkomst werd bij de Hoge Raad willige condemnatie gevraagd.

28. Voet, 17.2.25: *Diversum forte dixeris, si de iis, qui cum socio nomine societatis contraxerunt, et ita socios reliquos ex conventionem unius vel in solidum vel pro parte solent sibi obligatos habere, quaestio sit; Quippe qui vel proscriptione vel saltem denunciatione certiorandi videntur, finem societati factum esse, ne ignorantes decipiantur; contrahentes cum uno ex sociis nomine societatis, atque ita sequentes fidem societatis, quae jam dissoluta est.*

De meerderheid van de raadsheren stelde onder verwijzing naar D. 17.2.1 vast dat een vennootschap voor bepaalde tijd kon worden aangegaan. Vervolgens diende men te bepalen of het een vennoot kon worden verboden tussentijds uit de vennootschap te treden. Een aantal raadsheren wees in dat verband op D. 17.2.14, waarin de vraag aan de orde komt of een overeenkomst op basis waarvan het een vennoot verboden is uit een vennootschap te treden, geldig is.²⁹ De meerderheid van de raadsheren was op grond van deze bepaling van mening dat ook een vennootschap die voor bepaalde tijd was aangegaan tussentijds kon worden opgezegd, als daarvoor maar een deugdelijke reden bestond. Als voorbeeld noemde de Hoge Raad het geval dat een medevennoot schadeveroorzakend of onrechtmatig handelde:

‘Maar verreweg de meesten waren van mening dat op grond van D. 17.2.1 ook voor bepaalde tijd en zolang de vennoten in leven zijn, de vennootschap rechtsgeldig kan worden aangegaan; maar dat toch kan worden opgezegd, als een deugdelijke oorzaak zich voordoet, bijvoorbeeld als een schade en nadeel veroorzakende vennoot zich uit de voeten maakt; en zo begrepen [de raadsheren] D. 17.2.14.’³⁰

De Raad stelde zich op het standpunt dat een verbod op uittreden op straffe van een boete toelaatbaar was en verleende aan de voorgelegde bepaling willige condemnatie.

Uit de *observatio* blijkt niet wat het oordeel van de Hoge Raad zou zijn geweest als de vennootschap voortijdig zonder deugdelijke grond werd opgezegd. Mogelijk zou de Raad dan hebben verwezen naar D. 17.2.65.6, waarin is bepaald dat iemand die een vennootschap voor bepaalde tijd opzegt, wel zijn vennoot van zichzelf, maar niet zichzelf van zijn vennoot bevrijdt.³¹ Onbeantwoord bleef ook de vraag of een vennoot die met ‘goede grond’ uit de vennootschap trad, toch de overeengekomen boete verschuldigd was.

2.1.4 Toetreden

De gevolgen van toetreding van een vennoot tot een bestaande vennootschap blijken niet eenduidig uit de *observationes*. De reeds eerder behandelde OT 1866 (1722)³² betreft een vennootschap tussen de vennoten De la Court en Wijnands die was aangegaan tot 1 augustus 1714. Op 8 december 1712 kwamen zij met De Putter overeen dat hij per 1 januari 1713 tot de vennootschap zou toetreden. De Putter zou tot 1 augustus 1713 een vaste beloning ontvangen en vervolgens tot 1 augustus 1714 een percentage van de winst op de

29. Zie paragraaf B 2.1.2.

30. OT 2271: (...) *sed longe plures existimabant, etiam in tempus, et quoad socii vivunt, recte societatem iniri [D. 17.2.1], verum tamen renunciari posse, si causa incidat idonea, ut si injuriosus et damnosus evadat socius et sic intelligebant [D. 17.2.14].*

31. Zie eerder in paragraaf B 2.1.1.

32. Zie paragraaf B 1.4.

HOOFDSTUK 2

commissiehandel. Pas vanaf 1 augustus 1714 zou De Putter volledig delen in winst en verlies. Naar de buitenwereld toe deden partijen het voorkomen alsof reeds vanaf 1 januari 1713 een vennootschap tussen hen drieën tot stand was gekomen. De firmanaam zou vanaf die datum namelijk uit de namen van alle vennoten bestaan. Intern bevestigden De la Court en Wijnands echter expliciet dat de tussen hen reeds bestaande vennootschap tot 14 augustus 1714 zou blijven voortbestaan. Uit deze afspraak zou men kunnen afleiden dat de betrokken partijen begrepen dat op 1 januari 1713 geen vennootschap met De Putter tot stand was gekomen. Anders valt niet te verklaren dat de aanvankelijke vennootschap tussen De la Court en Wijnands zou voortduren. Zoals eerder reeds is vermeld, oordeelde de Hoge Raad dat De Putter pas op 1 augustus 1714 daadwerkelijk vennoot zou zijn geworden. De vraag of de toetreding van De Putter op 1 augustus 1714 de oude vennootschap formeel had doen eindigen en vervolgens een nieuwe vennootschap zou zijn ontstaan, of dat de oude vennootschap werd voortgezet met De Putter als toetgetreden vennoot, wordt in deze *observatio* niet expliciet beantwoord. Wel overwoog de meerderheid van de raadsheren over het moment waarop De Putter als volwaardig vennoot kon worden beschouwd het volgende:

*‘Toen [op 1 augustus 1714] is volkomen en volledig een vennootschap van drie vennoten tot stand gekomen, en tot dat moment is de oude [vennootschap] van twee vennoten blijven bestaan.’*³³

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat bij toetreding van een nieuwe vennoot de oude vennootschap eindigt en een nieuwe tot stand komt. Het logische gevolg daarvan zou zijn geweest dat de oorspronkelijke vennoten onderling dienden af te rekenen. Daarover vermeldt de *observatio* niets.

2.1.5 Voortzetting

De mogelijkheid dat de onderneming na beëindiging van de vennootschap wordt voortgezet door één van de vennoten, al dan niet na betaling van een geldbedrag aan de uittredende vennoot, wordt door verschillende *observationes* bevestigd.³⁴

In OT 1823 (1722) en 1964 (1723) vormde de waardebepaling van het over te dragen aandeel in de gemeenschap tussen vennoten onderwerp van geschil.³⁵ Twee vennoten (Titius en

33. OT 1866: *Tunc plene et perfecte contractam esse societatem trium sociorum, et substituisse antiquam duorum sociorum ad id tempus.*

34. OT 1594, 1823 en 1964, 3060, 3144, 3231 (betaling van de overnamesom in termijnen; bij gebreke van tijdige betaling een boete per maand waarvan de hoogte volgens de Hoge Raad het door de boete te beschermen belang niet mocht overstijgen); OTN 173, 213 en 263.

35. Zie over de goederengemeenschap tussen vennoten: paragraaf B 2.4.

Maevius) die een bierbrouwerij hadden, onderhandelden buiten aanwezigheid van getuigen over de beëindiging van hun vennootschap. Na vele besprekingen leek het erop dat Titius zijn aandeel had overgedragen aan Maevius, aan wie een bedenktijd van 14 dagen werd gegund.³⁶ Mocht Maevius na die 14 dagen afzien van de overdracht, dan diende hij een boete aan Titius te betalen. Titius ontkende later dat deze afspraak was gemaakt, althans stelde dat de bedenktijd ook voor hem gold. Maevius kreeg op bewijsrechtelijke gronden uiteindelijk gelijk van de Hoge Raad: Titius werd veroordeeld tegen betaling van een bedrag van 7.000 gulden zijn 1/3 deel in de brouwerij over te dragen aan Maevius, ‘*met alle ap- en dependentiën van dien*’. Vervolgens ontstond zich een discussie over de vraag of daartoe slechts de inventaris behoorde, zoals werktuigen, vaatwerk, ketels, kuipen en dergelijke, of ook (zoals Maevius betoogde) de voorraad zaad, mout, boekweit, turf, bier; en de schulden en baten van de vennootschap. De Hoge Raad keek naar de bedoeling van partijen (*de praesumpta mente contrahentium*). De gehele brouwerij was eerder voor 8.000 gulden gekocht door Maevius en Titius. Het door Maevius te betalen bedrag stemde overeen met een totale waarde van ($3 \times 7.000 =$) 21.000 gulden. Het stond dus vast dat Maevius méér van Titius overnam dan eerder was gekocht. Bovendien was de gehele brouwerij kort tevoren getaxeerd: een derde deel van de brouwerij mét gereedschap was 3.500 gulden waard. De Hoge Raad wees de vordering van Maevius derhalve toe. Uit het voorgaande volgde namelijk dat tot de koopsom alles behoorde wat door Maevius was opgesomd.

2.1.6 Opvolging door erven

Een veel voorkomende bepaling in de vennootschapsovereenkomst was dat een vennoot bij overlijden zou worden opgevolgd door één van zijn erfgenamen.³⁷ Een dergelijk beding was in strijd met D. 17.2.59.pr.:

‘De vennootschap wordt door de dood van een vennoot volledig ontbonden. Wij kunnen daarom als partijen in het begin van de vennootschap zelfs niet afspreken dat ook een erfgenaam in de vennootschap zal opvolgen. (...)’³⁸

Op grond van deze bepaling verleende de Hoge Raad in OT 2271 (1726) geen willige condemnatie aan een vennootschapsovereenkomst die voor bepaalde duur zowel voor de vennoten als hun erfgenamen was aangegaan. De reden daarvoor luidde volgens de Hoge Raad als volgt:

‘Anders kan het immers gebeuren dat de overgebleven vennoot wordt opgezaald met een onberekenbare vennoot. En het merendeel van de raadsheren antwoordde dat deze Romeins-rechtelijke bepaling [D. 17.2.59.pr.], die niet is afgeschaft, nog steeds moet worden gebruikt.’³⁹

36. Zie voor de overdracht van een aandeel: paragraaf B 2.5.

37. OT 2271, 2557, 2757, 3154; OTN 124, 128, 295, 445, 1138.

38. D. 17.2.59.pr.: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati*.(...).

39. OT 2271: *Nam sic alteri morosus socius obvenire posset et eo jure, non abrogato, adhuc utendum esse plerique Senatores respondebant* (...).

HOOFDSTUK 2

Deze redenering stemt ook overeen met de *consensus*-gedachte van de vennootschap: alleen met een tevoren gekozen vennoot kan de vennootschap bestaan. Het merendeel van de raadsheren was dus van mening dat deze Romeinsrechtelijke regel niet was afgeschaft en nog steeds moest worden toegepast. Eén raadsheer⁴⁰ kon zich daarin overigens niet vinden. Deze was van mening dat een dergelijke vennootschap (dus: één waarin de erfgenamen moeten kunnen opvolgen) vanwege de hoge aanvangskosten verdedigbaar was. Het oordeel van de Hoge Raad wordt door latere *observationes* verschillende malen bevestigd.⁴¹

Van Bijkershoek vermeldt nog wel in een notitie bij OT 1137 (1715) dat de Hoge Raad op 3 september 1715 in strijd met D. 17.2.59.pr. willige condemnatie had verleend aan een vennootschapsovereenkomst op basis waarvan de erfgenamen van de overleden vennoot hem binnen één jaar in de vennootschap konden opvolgen. Bij het verlenen van de goedkeuring aan een dergelijke vennootschapsovereenkomst ging men er kennelijk vanuit dat de erven de verplichting was opgelegd een nieuwe overeenkomst aan te gaan met de overblijvende vennoten. Of dat bij aanvang ook zo was overeengekomen, blijkt niet uit de notitie van Van Bijkershoek.⁴²

Een andere situatie deed zich voor in OT 2757 (1733). In de hier genoemde vennootschapsovereenkomst was onder meer vastgelegd dat de voornaamste van de vier vennoten na zijn overlijden zou worden opgevolgd door zijn vrouw Caja. Van deze bepaling werd willige condemnatie gevraagd. Een aantal raadsheren was op grond van de hierboven genoemde overwegingen van mening dat dit verzoek moest worden geweigerd. De meerderheid van de raadsheren meende dat hier sprake was van een ander geval:

*‘Voor een erfgenaam kan opvolging niet [bij aanvang van de vennootschap] worden overeengekomen omdat hij [op dat moment] een onbepaald persoon is, en om te voorkomen dat aan de vennoot misschien een eigenzinnige, onkundige of dwaze vennoot ten deel valt: want dit en geen andere is de reden van deze bepaling. Maar deze regel gaat niet op waar vanaf het begin een bepaald persoon wordt aangeduid die met instemming van de vennoten de overledene opvolgt, zoals in dit geval Caja met name wordt genoemd.’*⁴³

De bepaling werd dus goedgekeurd omdat de identiteit van de opvolger vanaf het begin van de vennootschap al vaststond.⁴⁴

40. Kennelijk niet de minste, want volgens Van Bijkershoek ‘van groot aanzien’ (*magnae auctoritatis*).

41. Onder meer: OT 2557; OTN 128.

42. Zie ook hierboven: paragraaf B 2.1.1.

43. OT 2757: *Sed pro haerede pacisci nequit, quia incerta persona est, et ne socio forte obveniat socius morosus, imperitus, stultus: nam haec, nec alia ejus juris ratio est. Haec autem cessat, ubi ab initio certa persona exprimitur, quae volentibus sociis defunct succederet, ut hic Caja nominatim erat expressa.*

44. Dit oordeel wordt herhaald in OTN 295 en 445.

Een uitzondering op de hoofdregel dat erfgenamen niet in de vennootschap konden opvolgen, vindt men in OT 3154 (1740). Daarin geeft Van Bijkershoek te kennen:

*'Ik wil niet tegenwerpen dat de vennootschap door de dood wordt ontbonden en zelfs niet dat kan worden overeengekomen dat deze op de erven overgaat want dit geldt volgens het Romeinse recht voor de vennootschap die op grond van het contract wordt voortgezet; en de reden daarvoor is te voorkomen dat een eigenzinnige vennoot toevallig ten deel valt aan een vennoot die dat niet wil; dit behoeft echter niet te worden gevreesd waar de enig overgebleven vennoot bestuurt, zowel voor zichzelf als voor de erven van de eerst overleden echtgenoot en bestuurt en verkoopt naar eigen goeddunken.'*⁴⁵

De vrees die ten grondslag lag aan het opvolgingsverbod voor erfgenamen was volgens Van Bijkershoek niet gegrond als de overgebleven vennoot alleen, zowel in zijn eigen belang als dat van de erven, de vennootschap bestuurt. De vraag is echter of in dat geval nog wel van een vennootschap kon worden gesproken. De erven verrichtten immers geen enkele handeling van beheer.

Een tweede uitzondering op de hoofdregel is te vinden in OTN 124 (1745), waarin een vennootschapsovereenkomst wordt genoemd waarin was bepaald dat de overleden vennoot alleen zou worden opgevolgd door zijn erfgenamen als de overblijvende vennoot dit wenste. Een soortgelijke uitzondering deed zich tot slot voor in OTN 1138 (1771), waarin de opvolging door erfgenamen juist was overeengekomen ten behoeve van de overblijvende vennoten, die kennelijk baat hadden bij voortzetting van de onderneming.

Uit OTN 1420 (1778) blijkt dat een vennootschap, ondanks het overlijden van vennoten, gedurende verschillende generaties kon worden voortgezet:

Titius en Caja waren een vennootschap aangegaan in het dorp Haastrecht. Zij kwamen op 1 februari 1740 overeen dat de vennootschap zou worden ontbonden. Zij stelden daartoe een document op waarin stond vermeld dat Titius de onderneming aan Caja en aan haar zoon Cornelius zou overdragen en dat het hen vrij zou staan de onderneming aan ieder ander lid van de familie over te dragen, evenwel onder de volgende voorwaarde: 1) dat zij de onderneming niet zouden overdragen aan iemand buiten de familie; 2) dat Caja en alle anderen die Titius zouden opvolgen in de vennootschap, zolang Titius in leven was aan hem 1.000 gulden per jaar zouden betalen; en 3) dat na de dood van Titius jaarlijks hetzelfde bedrag zou worden betaald aan diens zoon Wilhelmus, indien iemand anders uit de familie, behalve de kinderen van Caja of Cornelius, de onderneming zou drijven. Na het overlijden van Cornelius (kennelijk was Caja reeds eerder overleden of uit de vennootschap getreden) zette zijn weduwe Sempronia de onderneming voort en betaalde aan Titius jaarlijks een bedrag van

45. OT 3154: *Noli objicere, societatem morte dissolvi, et ne quidem pacisci posse, ut ad heredes transeat, nam id verum est jure Rom. in societate, quae ex contractu descendit, et eius rei ratio, ne forte invito socio morosus socius obtingit, quod non est metuendum, ubi solus superstes administrat, tam pro se, quam pro heredibus primum defuncti conjugis, et administrat et alienat ex suo ipsius arbitrio.*

HOOFDSTUK 2

1.000 gulden. Nadat ook Titius was overleden, rees een geschil tussen Sempronia en Wilhelmus, de zoon van Titius. Partijen kwamen overeen dat de Hoge Raad bevoegd was van het geschil kennis te nemen. Wilhelmus betoogde dat Sempronia de onderneming had voortgezet en dat zij daarom volgens de overeenkomst verplicht was om hem, zolang hij in leven was, jaarlijks 1.000 gulden te betalen. Sempronia voerde verweer en stelde dat zij na de dood van Titius was vrijgesteld van verdere betaling van dit jaarlijkse bedrag. Zij was namelijk door haar man benoemd tot boedelbeheerder en tot voogd van hun kinderen en dreef de onderneming dus ten bate van de kinderen van Cornelius die allen nog minderjarig waren. De kinderen van Cornelius waren volgens de overeenkomst vrijgesteld van betaling. Alle raadsheren volgden het betoog van Sempronia. Volgens Pauw *'twijfelde alleen de President, maar zonder de overigen tegen te spreken of zelfs maar zijn mening te geven, zoals hij dat af en toe gewend was te doen'*.⁴⁶ Op 24 februari 1778 werd de vordering van Wilhelmus dus afgewezen.

2.1.7 Rederij

Eén van de omstandigheden waaronder een rederij, een bijzondere vorm van vennootschap, werd ontbonden, komt aan de orde in OTN 536 (1754). Volgens Pauw wezen reders van een schip gewoonlijk één van de vennoten aan om de onderneming te leiden. Die vennoot nam de opbrengsten in ontvangst, stelde het overzicht van de kosten op en als iets van winst overbleef, verdeelde hij dat tussen de vennoten. Deze vennoot werd gewoonlijk aangeduid als 'boekhouder'. Een aantal reders procedeerde in deze zaak over de vraag of ten gevolge van de dood van de boekhouder de rederij was ontbonden met als gevolg dat het gezamenlijke schip kon worden verdeeld. De gedelegeerden van de schepenen die te Amsterdam over maritieme zaken rechtspraken, hadden op 12 januari 1752 beslist dat de rederij door de dood van de boekhouder was ontbonden en dat het schip dus overeenkomstig de vordering van een aantal reders door middel van publieke verkoop kon worden verkocht. De procedure kwam uiteindelijk voor de Hoge Raad, die op 10 december 1754 bevestigde dat de vennootschap volgens de gewoonte als ontbonden diende te worden beschouwd als de boekhouder was overleden. Als gevolg daarvan moest het schip worden verkocht, zelfs als slechts een minderheid van de reders dit wenste. Uit de bevestiging door een groot aantal Amsterdamse, Middelburgse en Vlissingse handelaren blijkt dat deze gewoonte zowel in Amsterdam als in andere havensteden gold.⁴⁷

46. OTN 1420: (...) *solo haesitante Praeside, non tamen contradicente, quin ne sententiam quidem suam expromente, ut solet interdum (...)*.

47. Hoewel de *observatio* dit niet met zoveel woorden noemt, maakte de Hoge Raad hier gebruik van een 'turbe' van kooplieden. De resolutie tot de sententie (NA 3.03.02.676) vermeldt dat 125 kooplieden de desbetreffende gewoonte ('costume') bevestigden. Zie over de turbe eerder: paragraaf A 1.7.3.

2.2 Beheer

2.2.1 Bevoegdheden

Uit OTN 145 (1745) blijkt dat vennoten overeen konden komen dat slechts één van hen bevoegd was om ten behoeve van de vennootschap verplichtingen met derden aan te gaan. Voor de rederij gold, zoals eerder bleek⁴⁸, zelfs als hoofdregel dat slechts één van hen de onderneming feitelijk leidde. De overige vennoten hielden zich afzijdig van de onderneming. Dit uitgangspunt wordt bevestigd in OTN 536 (1754), waarin Pauw het volgende vermeldt:

*'Reders die een schip exploiteren wijzen gewoonlijk één van de vennoten aan die de onderneming feitelijk zal leiden. Deze vennoot incasseert de opbrengsten en stelt kosten-overzichten op en als een positief saldo resteert, verdeelt hij dit tussen de vennoten. Deze vennoot wordt met de term 'de boekhouder' aangeduid.'*⁴⁹

Uit OTN 1047 (1768) en OTN 1599 (1781) blijkt bovendien dat het ook buiten de rederij voorkwam dat vennoten uit hun midden één vennoot aanwezen die feitelijk leiding gaf aan de onderneming. De overige vennoten lijken in zo'n geval hoofdzakelijk te fungeren als geldschietters.

Vennoten konden weliswaar één van hen aanwijzen om de vennootschap te besturen, de bevoegdheden van de desbetreffende vennoot konden niet zover gaan dat de overige vennoten de mogelijkheid werd ontnomen het beheer door de rechter te laten toetsen. Dit blijkt uit OT 1163 (1715), waarin melding wordt gemaakt van Lucius Titius die door de overige vennoten aan het hoofd van de vennootschap werd gesteld. De vennoten kwamen overeen dat niemand hem een strobreed in de weg mocht leggen, zelfs niet door middel van 'arrest' (beslag) of 'poenaal' (gerechtelijk bevel op straffe van een dwangsom) op straffe van een boete van 1000 gulden. Van deze overeenkomst werd willige condemnatie gevraagd. De Hoge Raad weigerde de willige condemnatie omdat Lucius Titius anders in de vennootschap alles zou kunnen doen en laten wat hij wilde, hetgeen volgens de Hoge Raad niet geoorloofd was.

Een vennoot behoefde niet steeds zelf de taken uit te voeren die hem uit hoofde van een vennootschapsovereenkomst waren toebedeeld. Uit OT 1370 (1717) volgt dat vennoten overeen konden komen dat zij ieder bevoegd waren een derde opdracht te geven om de aan hem opgedragen taken te verrichten; de vennoot diende in dat geval in te staan voor zijn lasthebber. De vennoot diende evenwel zelf rekening en verantwoording af te leggen over de verrichtingen van

48. Zie paragraaf B 1.3.4.

49. OTN 536: *Solent exercitores, qui navem instruunt, unum ex sociis eligere, qui toti isti negotio praeest, accipit et expensi tabulas conficit, et si quid lucri superest, illud inter socios dividit. Designatur is vulgo nomine του boekhouder.*

HOOFDSTUK 2

zijn lasthebber. Dat was slechts anders als de lasthebber als plaatsvervanger (*substitutus*) door de overige vennoten was erkend.

Als alle vennoten zich bezig hielden met het drijven van de onderneming, kon het voorkomen dat zij gezamenlijke beslissingen dienden te nemen. De Hoge Raad had voor dat geval bevestigd dat, als de vennootschapsovereenkomst niets over stemrecht zei, de stemmen van de vennoten evenveel waard waren. Uit OT 2786 (1733) blijkt dat afwijking van die hoofdregel was goorloofd, maar wel vooraf moest zijn overeengekomen.

2.2.2 Boekhouding

In OT 438 (1708) bevestigde de Hoge Raad dat de boeken van de vennootschap zich in beginsel dienden te bevinden bij degene die de boekhouding van de vennootschap voert.

De erfgenamen van de vennoot op wiens naam diverse ondernemingen werden gedreven, vorderden dat de boeken van de vennootschappen aan hen werden toegewezen zodat de overgebleven vennoten slechts recht zouden hebben op inzage in het huis van de erfgenamen. De Hoge Raad wees de vordering af: het overbrengen van de boeken naar de erfgenamen leverde de *exercitor* (hier: boekhouder) van de vennootschappen geen voordeel op. Die boekhouder handelde bovendien in het gezamenlijk belang. De boeken van de vennootschap waren volgens de Hoge Raad gemeenschappelijke zaken die zich behoorden te bevinden bij degene die de boekhouding voerde. Maar omdat niemand kon worden aangewezen, bepaalde de Hoge Raad dat de boeken op een door partijen aan te wijzen neutrale plaats, of anders naar een door de Hoge Raad aan te wijzen plaats, dienden te worden gedeponeerd alwaar de vennoten afschriften konden maken.

2.2.3 Kas van de vennootschap

De kas van de vennootschap bevond zich gewoonlijk onder één van de vennoten. Uit OT 2192 (1725) blijkt dat zij ook kon worden ondergebracht bij een derde (die geen vennoot was), waarbij de vennoten overeenkwamen dat deze derde geen bedragen aan individuele vennoten ter beschikking mocht stellen zonder toestemming van de overige vennoten.⁵⁰

2.2.4 Rekening en verantwoording

OTN 1242 (1773) bevestigt dat een vennoot die in het kader van de vennootschap had gehandeld, gehouden was om na ontbinding van de vennootschap rekening en verantwoording af te leggen en dat hij op verzoek van een medevennoot gehouden was de boekhouding en de onderliggende documenten te tonen teneinde deze te laten onderzoeken.

50. Zie tevens: OT 2907.

INTERNE VERHOUDINGEN

Vijf personen gingen een vennootschap aan die zich bezig hield met het blazen van glazen vazen. Na ontbinding van de vennootschap had Cajus, degene die aan het hoofd stond, alle vennoten op een zekere dag te Vlissingen bijeengeroepen om in hun aanwezigheid rekenschap af te leggen over zijn handelingen. Vennoot Titius verzocht Cajus om 14 dagen eerder rekenschap aan hem af te leggen en hem de rekeningen en de onderliggende documenten te tonen zodat hij deze zelf of door iemand anders vóór de vastgestelde vergadering kon (laten) onderzoeken. De overige vennoten verboden Cajus om de rekeningen vooraf aan Titius te tonen. Cajus legde dus op de vastgestelde dag in aanwezigheid van vier vennoten rekening en verantwoording af over zijn handelingen. Titius was daarbij niet aanwezig en dagvaardde Cajus even later voor de Vlissingse rechters. Daar vorderde hij dat Cajus aan hem alleen of in aanwezigheid van de anderen rekening en verantwoording af zou leggen en de rekeningen eerst aan hem zou tonen met alle daarbij behorende documenten. Cajus voerde verweer en de Vlissingse rechters wezen de vordering van Titius op 3 februari 1767 af. Vervolgens stelde Titius beroep in bij de Hoge Raad.

De Hoge Raad stelde eerst vast dat degene aan wie de administrateur rekening en verantwoording moest afleggen terecht verlangde dat de administrateur tevoren de rekeningen aan hem zou presenteren, tezamen met de documenten die daarop betrekking hadden, zodat hij ze *zelf* kon onderzoeken. Een andere vraag was volgens de Hoge Raad of het voorafgaande onderzoek naar de rekeningen ook aan een derde (niet zijnde een vennoot) kon worden opgedragen. Cajus was van mening dat dit niet het geval was omdat anders de geheimen van het vak openbaar zouden worden gemaakt, terwijl in de vennootschaps-overeenkomst was bepaald dat deze geheimen aan niemand anders dan de vennoten mochten worden geopenbaard. Titius bevestigde dit in algemene zin, maar ontkende dat dit verbod standhield na ontbinding van de vennootschap. Er was daarna immers geen reden meer om de geheimhouding in stand te houden. Cajus slaagde er vervolgens niet in om te bewijzen dat de overige vennoten meenden dat dit verbod zich ook uitstreckte tot de periode na ontbinding. De door de overige vennoten ingebrachte verklaring was (volgens Pauw) weinig of niet betrouwbaar omdat de overige vennoten degenen bleken te zijn die de kosten van deze procedure financierden. De Hoge Raad vernietigde dus het vonnis van de Vlissingse rechters en oordeelde in het voordeel van Titius.

Uit OTN 1047 (1768) volgt dat een vennoot die niet voldeed aan zijn verplichting om rekening en verantwoording af te leggen, jegens zijn medevennoten aansprakelijk was voor de als gevolg daarvan geleden schade. Verder blijkt uit deze *observatio* dat een vennoot zijn verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording niet kon opschorten totdat zijn medevennoten dit hadden gedaan.

De eigenaren van het Naardermeer en de omgeving daarvan vertrouwden op 27 mei 1758 het beheer van het meer toe aan Titius, een van de vennoten. Titius diende het meer in goede staat van onderhoud te houden, de gebrekkige zaken te herstellen, de weidegrond te verhuren en de huursommen in te vorderen. Verder diende hij na iedere periode van twee jaar de rekening van

HOOFDSTUK 2

de gevoerde handel op te stellen en de gerealiseerde opbrengsten na aftrek van de kosten tussen de vennoten te verdelen. Titius verwaarloosde de grond en alles wat daarmee samenhang. De overige vennoten vorderden dat hij rekening en verantwoording zou afleggen over het door hem gevoerde beheer, dat hij het bij hem aanwezige geld aan hen zou afdragen en dat hij de schade zou vergoeden die zij door zijn nalatigheid hadden geleden. De beherend vennoot vorderde in reconventie dat de overige vennoten aan hem rekening en verantwoording zouden afleggen over de taken die aan hen waren opgedragen en dat zij aan hem de bedragen zouden betalen die zij daarmee hadden verdiend. Ten slotte stelde hij dat hij de gevorderde rekening en verantwoording pas behoefde af te leggen nadat aan zijn reconventionele eis was voldaan.

De Hoge Raad oordeelde dat het afleggen van rekening en verantwoording betrekking had op de aan Titius opgedragen taken en dat hij zijn verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording dus niet mocht opschorten totdat de andere vennoten over de aan hen opgedragen taken rekening en verantwoording hadden afgelegd. Verder oordeelde de Hoge Raad dat Titius de geleden schade diende te vergoeden omdat de nalatigheid vaststond. Tot slot oordeelde de Raad dat Titius niet gehouden was het gehele batige saldo aan de overige vennoten te voldoen, doch slechts het deel dat op grond van hun aandeel in het resultaat van de vennootschap aan hen toekwam.

Uit OTN 381 (1751) blijkt dat vennoten ook de tussentijdse verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording konden overeenkomen. Deze *observatio* vermeldt een vennootschapsovereenkomst waarin was bepaald dat één maal per twee jaar ‘een balance van winst en verlies en taxatie van alle de effecten en lasten van de sociëteit’ werd opgesteld ter vaststelling van de waarde van ieders aandeel in de gemeenschap tussen vennoten.

Uit OT 1180 (1715) blijkt dat het feit dat niet alle vennoten rekening en verantwoording hadden afgelegd en de boekhouding dientengevolge nog niet was vastgesteld, een vennoot niet ontsloeg van de verplichting om aan zijn interne bijdrageplicht te voldoen.

Deze *observatio* betreft een vennootschap tussen drie vennoten. Eén van hen werd door een derde aangesproken om een schuld te betalen die door hem ten behoeve van de vennootschap was aangegaan. Deze vennoot vorderde bij het Hof primair dat degene die de kas onder zich hield deze schuld geheel betaalde en subsidiair dat beide andere vennoten hem naar rato van hun aandeel schadeloos zouden stellen. De vennoot die de kas onder zich had, zei dat er niet voldoende geld in kas zat om de schuldeiser te voldoen. Het was volgens deze vennoot zelfs zo dat beide andere vennoten nog moesten bijstorten. Er was dus nog geen rekening en verantwoording afgelegd en wat zich in de kas zou bevinden, was onduidelijk. Om die reden kon degene die de kas onder zich had niet tot betaling worden veroordeeld. Het vennootschapscontract bepaalde evenwel dat iedere vennoot naar rato van zijn aandeel moest bijdragen in een schuld van de vennootschap. Niets stond er dus aan in de weg om beide vennoten daartoe te veroordelen en aldus besliste het Hof van Holland. De houder van de kas

INTERNE VERHOUDINGEN

berustte in deze uitspraak, de andere vennoot niet. Deze vennoot stelde zich op het standpunt dat hij pas bereid was zijn aandeel in de schuld te voldoen als zou blijken dat de kas leeg was en de schuldeiser niet al was betaald uit penningen die van de vennootschap afkomstig waren. Volgens Van Bijkershoek kwam dit verweer er op neer dat de vennoot pas bereid was te betalen als rekening en verantwoording was afgelegd. Dit kon echter nog wel vijf jaar duren. Al die tijd zou de eerste vennoot de schuld alleen moeten dragen. Dit was te meer zeer onredelijk, omdat de eerste vennoot wél bereid was rekening en verantwoording af te leggen en de andere twee vennoten niet. Bovendien stond in het geheel niet vast dat deze vennoot de vennootschap nog iets verschuldigd was. De uitspraak van het Hof werd door de Hoge Raad dus bekrachtigd.

De termijn waarbinnen vennoten tot rekening en verantwoording dienden over te gaan, komt aan de orde in OT 1530 (1719). Deze *observatio* verwijst naar een vennootschapsovereenkomst waarin was bepaald dat de vennoten binnen twee tot drie maanden na ontbinding van de vennootschap ‘*een balans van alle negotie*’ zouden opmaken. In de overeenkomst werden daarnaast derden aangewezen die in geval van onenigheid die balans zouden opmaken. Ook uit OT 3057 (1737) blijkt dat derden na ontbinding van de vennootschap met de vereffening konden worden belast. In de daarin genoemde vennootschapsovereenkomst werden derden aangewezen die na ontbinding van de vennootschap de opdracht zouden krijgen om de rekeningen met de schuldenaren en de schuldeisers van de vennootschap (waaronder de vennoten zelf) te vereffenen en de eventueel in kas resterende gelden tussen de vennoten te verdelen. De Hoge Raad verleende aan deze overeenkomst willige condemnatie.

Het was, zo blijkt uit OT 2757 (1733), niet toegestaan overeen te komen dat in geval van overlijden van een vennoot en dus ontbinding van de vennootschap, de overige vennoten rekening en verantwoording dienden af te leggen aan een door henzelf benoemde persoon.

Vier personen gingen een vennootschap aan, onder meer op voorwaarde dat wanneer een vennoot overleed, de overgebleven vennoten rekening en verantwoording zouden afleggen aan één van de bloedverwanten van de overledene, naar keuze van de overgebleven vennoten. De vennoten behoefden dus geen rekening en verantwoording af te leggen aan de erfgenamen zelf. Voor deze bepaling verleende de Hoge Raad niet de gevraagde willige condemnatie. De vennoten dienden weliswaar een bekwaam persoon te benoemen, maar over diens bekwaamheid oordeelden zij zelf. De desbetreffende bepaling bood de vennoten de mogelijkheid een slecht man te benoemen die misschien wel ‘was gecorrumpeerd door smeekebedes of beloning’. Een dergelijke overeenkomst gaf volgens de Hoge Raad aanleiding tot list en bedrog en willige condemnatie diende dus te worden geweigerd.

Uit OT 2111 (1725) volgt dat een schipper niet verplicht was om rekening en verantwoording af te leggen aan de reders van het schip van zijn medevennoot.

Deze *observatio* betreft twee Vlissingse schippers (Maevius en Titius) die langs de kust van Spaans Amerika voeren. Zij gingen een vennootschap van wederzijdse handel aan. Na lange

HOOFDSTUK 2

tijd in dit gebied te hebben gevaren, werden zij op zeker moment gedwongen om de haven van Curaçao binnen te lopen. Maevidius stierf aldaar. Op grond van de onderlinge afspraken had Titius met behulp van Sempronius (een koopman van Curaçao) de eindafrekening van de vennootschap opgesteld. Vervolgens had Sempronius de handelswaar gelost en verkocht. Van de opbrengst kocht hij weer andere handelswaar, plaatste deze in het schip en zond het schip weg. Titius droeg zorg voor het uitrusten en wegzenden van dat schip. Toen Titius met zijn eigen schip in de haven van Vlissingen aankwam, vorderden de reders van het schip van Maevidius dat Titius rekening en verantwoording aan hen zou afleggen over de handel die Maevidius met Titius had gedreven en de boeken zou tonen van de wederzijdse handel. De Hoge Raad stelde de vraag of op basis van de overeenkomst van vennootschap die de twee schippers (*magistri navis*) waren aangegaan, aan de reders van het ene schip een actie toekwam tegen de schipper van het andere schip. Volgens D. 14.1.1.18 was dit niet het geval: 'Maar omgekeerd wordt aan de reder geen actie beloofd tegen degenen die met zijn kapitein een contract hebben gesloten (...)'.⁵¹ Het merendeel van de raadsheren was dus van mening dat de vordering moest worden afgewezen.⁵²

Uit de hierna te behandelen OT 1907 (1723)⁵³ blijkt dat de vennoten in een rederij voor iedere reis separaat rekening en verantwoording dienden af te leggen, doch dat de uitbetaling van een eventueel voordeel kon worden opgeschort tot het einde van de vennootschap. In OT 1972 (1723) wordt bevestigd dat iemand vennoot in een rederij bleef tot de beëindiging van de vennootschap, tenzij hij zijn aandeel eerder verkocht.

Het afleggen van rekening en verantwoording kon tussen de vennoten tot onenigheid leiden. In dit geval konden de vennoten overeenkomen dat de boekhouding van de vennootschap aan de rechter werd voorgelegd om (bijvoorbeeld) tot bepaling van ieders winstaandeel te komen.⁵⁴

In OT 319 (1709) kwamen de vennoten, nadat een procedure tussen hen was ontstaan, overeen dat zij 'alle boeken, rekeningen, quitantien, wisselbrieven en voorts alle chartres en papieren, tot de compagnie specterende' onder hun 'practicyns' (advocaten) zouden deponeren. Eén van de vennoten meende dat zijn medevennoot niet alle stukken had overgelegd en dat bepaalde wél overgelegde stukken vals waren. Hij liet zijn medevennoot gijzelen met het oog op nakoming van de overeenkomst. De Hoge Raad constateerde dat de stukken inderdaad onvolledig en vals waren: de journaalposten kwamen op verschillende plaatsen niet overeen met het grootboek; een flink aantal pagina's ontbrak terwijl een aantal juist was ingevoegd. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat de vennoot in gijzeling diende te blijven. Toen eenmaal vaststond dat de medevennoot niet in staat was om aan zijn verplichting te voldoen, vorderde de andere vennoot de schade die hij leed als gevolg van het feit dat de boekhouding niet compleet kon worden aangeleverd. Door het ontbreken van de boeken kon de hoogte van de schade echter niet worden vastgesteld. Tot verdriet van Van Bijnkershoek ging de Hoge Raad

51. D. 14.1.1.18: *Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur (...).*

52. De Hoge Raad ging verder in op filiaalhouderschap en lastgeving.

53. Zie paragraaf B 2.5.

54. Onder meer: OT 319, 3154.

over tot schatting van de schade: *‘ik ben van mening dat als maatstaf de Wijsheid moet worden gehanteerd, niet de Gerechtigheid’*.⁵⁵

Het belang van het afleggen van rekening en verantwoording kwam aan de orde in OT 2060 (1729): als een besturende vennoot (*socius administrans*) aan een andere vennoot een aandeel in de winst had beloofd, kon deze de besturende vennoot in gijzeling dwingen om rekening en verantwoording af te leggen. Zonder rekening en verantwoording kon men niet weten of er winst was gemaakt of verlies was geleden.

2.3 Kapitaalinbreng en resultaatverdeling

Volgens Inst. 3.25.1 gold voor de winstverhoudingen in het Romeinse recht het volgende uitgangspunt:

Inst. 3.25.1: *‘Indien er over het aandeel in de winst en het verlies niets uitdrukkelijk overeengekomen is, worden natuurlijk zowel bij de winst als bij het verlies even grote delen bedoeld. Als de winst- en verliesaandelen echter tot uitdrukking zijn gebracht, moet men zich daaraan houden (...)’*.⁵⁶

Dit uitgangspunt komt onder meer naar voren in de al eerder besproken OTN 1147 (1771)⁵⁷, waarin wordt vermeld dat Maertens en Frescarode beiden een bedrag van 1.000 Vlaamse ponden inbrachten en afspraken dat de winst en het verlies gelijkelijk onder hen zou worden verdeeld. Vervolgens vermeerderden zij het kapitaal met 3.000 Vlaamse pond, waarvan Maertens 2.750 pond inbracht en Frescarode 250 pond. Het gevolg van deze tweede kapitaalstorting was dat Maertens voor driekwart deelde in winst en verlies en Frescarode voor een kwart. Frescarode behield echter het recht om alsnog de helft van het gehele kapitaal in te brengen, in welk geval winst en verlies tussen hen gelijkelijk zou worden verdeeld.⁵⁸

De inbreng kon behalve uit geld ook bestaan uit arbeid, handelswaar en gereedschap.⁵⁹ Voorts kon een vennoot specifieke kennis inbrengen. Zo maakt OT 1432 (1718) melding van een vennootschap waarbij de ene vennoot materiaal en geld inbracht en de ander zijn arbeid en specifieke kennis, in dit geval het maken van stijfsel en blauwsel.

55. OT 319: *Sed ego, ut rudi Minerva, sic nec rudi Themide utendum existimabam.*

56. Inst. 3.25.1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent (...).*

57. Zie eerder paragraaf B 1.4.

58. Zie voorts onder meer: OT 1180, 1530, 2315.

59. Resp. OT 2319; OT 2399.

HOOFDSTUK 2

Een alternatieve wijze van winstverdeling wordt beschreven in OT 1430 (1718). Twee walvisvaarders kwamen bij Groenland overeen dat hun vangst gemeenschappelijk zou zijn zolang zij samen zouden varen en dat de vangst zou worden verdeeld al naar gelang de grootte van hun schip. Titius had op grond daarvan recht op 7/13 van de vangst en Maevius op 6/13. Na de jacht werden acht vissen bij Titius geladen en zes bij Maevius. De boot van Maevius werd gekaapt door Fransen. Maevius vorderde vervolgens 6/13 van de acht vissen van Titius, die wel behouden in Holland was aangekomen. Titius stelde eerst dat de vennootschap was geëindigd zodra zij uit elkaars zicht waren, verwijzend naar de mondelinge overeenkomst die Titius en Maevius zouden zijn aangegaan. Onzin zei de Hoge Raad: dat mocht zo zijn, er moest nog wel worden verdeeld. Titius stelde vervolgens dat er al verdeeld was, namelijk in gehele vissen en dat van eventuele ongelijkheid geen sprake was. De Hoge Raad liet Maevius toe te bewijzen dat de acht vissen meer spek hadden dan 7/13^e van de vangst en dat hij in het surplus voor 6/13^e mocht meedelen. Maevius bleek daartoe niet in staat omdat de enige getuigen vier harpoeniers (die in de vangst deelden) en de commandeur van Maevius waren en de getuigen van Titius talrijker en ogenschijnlijk betrouwbaarder waren.

Het niet tijdig voldoen aan de stortingsplicht kon er volgens OTN 1640 (1783) toe leiden dat de vennootschap ten aanzien van de nalatige vennoot werd ontbonden en door de overige vennoten werd voortgezet.

Zes vennoten gingen voor drie jaar een vennootschap (houthandel) aan. Zij kwamen overeen dat ieder van hen 24.000 gulden zou storten. Als de storting niet binnen één maand na een bepaalde datum zou geschieden, was het de overige vennoten toegestaan de nalatige vennoot uit de vennootschap te zetten, zonder aandeel in de eventueel dan behaalde winst. Verder zou het dan gestorte geld worden geretourneerd, met behoud evenwel voor de vennootschap van een kwart van dat bedrag. Voor deze overeenkomst werd willige condemnatie van de Hoge Raad verzocht. De Hoge Raad vroeg zich af of de sanctie op de vertraging in de storting niet te zwaar was. In dit geval meende de Hoge Raad van niet. Het was immers in het belang van ieder der partijen dat de stortingsplicht werd nagekomen. De omvang van de boete moest voor ieder geval apart worden beoordeeld. In het onderhavige geval was het van groot belang dat het geld tijdig werd gestort. Het hout werd in Duitsland opgekocht en voor rekening van de vennoten hierheen getransporteerd. Zonder voldoende geld zou een gelegenheid om te kopen wel eens ongebruikt voorbij kunnen gaan. De opgelegde boete was dus niet te zwaar.

OT 1165 (1715) geeft aan dat de vennoot die niet voldeed aan zijn stortingsverplichting volgens de Hoge Raad op grond van D. 17.2.67.2 rente aan de andere vennoot verschuldigd was over het niet ingebrachte deel van het kapitaal. De bepaling uit de Digesten luidt als volgt:

‘Heeft één van de vennoten uit eigen middelen noodzakelijke uitgaven gedaan voor de gemeenschappelijke onderneming, dan kan hij met de vennootschapsactie ook de rente terugkrijgen (...).’⁶⁰

60. D. 17.2.67.2: *Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras (...).*

Een voor de rederij relevante *observatio* is de eerdergenoemde OT 1972 (1723)⁶¹, waarin kort wordt verwezen naar de nieuwe gewoonte dat iemand vennoot was voor een bepaald bedrag en niet voor een bepaald aandeel. Het gevolg daarvan zou, althans volgens de desbetreffende vennoot, dienen te zijn dat hij slechts aansprakelijk was voor de liquidatieverliezen van de rederij tot het bedrag van zijn inleg. Slechts een minderheid van de raadsheren volgde deze redenering echter.

2.4 De gemeenschap tussen vennoten

2.4.1 Inleidende opmerkingen

Uit de definitie die Hugo de Groot van de vennootschap geeft⁶², blijkt dat het behalen van gezamenlijk voordeel door middel van een ‘gemeenschap van goederen’ één van de kerngedachten van de vennootschap was. Deze impliceert dat vennoten goederen in gemeenschap brengen, oftewel tot gezamenlijk eigendom maken, om daarmee de onderneming van de vennootschap te drijven. Deze goederengemeenschap wordt tegenwoordig omschreven als het ‘doelvermogen’ van de vennootschap, waarvan de bestanddelen dienstig zijn aan het bereiken van de vennootschappelijke doelstellingen. Het begrip ‘vermogen’ is enigszins misleidend omdat daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de goederen tot het vermogen van de vennootschap zélf behoren. Dit was niet het geval: de vennootschap was (en is) geen drager van eigen rechten en plichten; zij miste, met andere woorden, rechtspersoonlijkheid en had dus geen eigen vermogen: de bijeengebrachte goederen bleven het gezamenlijke eigendom van de vennoten. In de *observationes* wordt nergens aanleiding gegeven om ook maar te veronderstellen dat de personenvennootschap een eigen vermogen had.

2.4.2 Verhaalspositie privécrediteuren

Ook in het Romeinse recht konden vennoten in het kader van een vennootschap mede-eigenaar van een zaak zijn en dus gemeenschappelijk eigendom hebben (*communio*). Volgens het Romeinse recht was iemand in geval van een gemeenschap van goederen niet eigenaar van een deel in de gemeenschappelijke zaak, maar had hij de eigendom van de gehele lichamelijke zaak voor een

61. Zie paragraaf B 1.4.

62. Zie paragraaf A 2.8.2.

HOOFDSTUK 2

onverdeeld deel.⁶³ Iedere vennoot was dus eigenaar van een aandeel (*pars indivisa* of *pars pro indiviso*) in de gehele zaak. Over zijn aandeel kon de vennoot dus beschikken alsof hij eigenaar was; hij kon zijn aandeel in de zaak overdragen aan een ander en bezwaren met een pandrecht. Het bestaan van een vennootschap maakte dit niet anders. Dit betekent ook dat een privécrediteur van één van de vennoten zich kon verhalen op het aandeel van die vennoot in de gemeenschappelijke zaak zonder dat hij behoefde te wachten tot de ontbinding van de vennootschap en zonder dat hij daarbij voorrang behoefde te verlenen aan zakelijke schuldeisers. De Romeinsrechtelijke goederengemeenschap was wat men tegenwoordig een ‘vrije gemeenschap’ zou noemen, waarin iedere gerechtigde vrijelijk kan beschikken over zijn aandeel in de individuele tot de gemeenschap behorende goederen en op ieder moment scheiding en deling kan verlangen.

Volgens het Rooms-Hollandse recht had de vennootschap dan wel geen eigen vermogen, zij kon wel leiden tot een vorm van mede-eigendom die, anders dan onder het Romeinse recht, het verhaal daarop door privécrediteuren van de vennoten uitsloot. Het gaat daarbij om een vorm van mede-eigendom die tegenwoordig als ‘gebonden gemeenschap’ wordt aangeduid. Een gebonden gemeenschap wordt gekenmerkt door het feit dat degenen die de gemeenschap vormen, anders dan in geval van een ‘vrije gemeenschap’, niet meer vrij kunnen beschikken over hun aandeel in de tot de gemeenschap behorende goederen en niet te allen tijde scheiding en deling daarvan kunnen vragen.⁶⁴

In zijn arrest van 26 november 1897, W 7047 (Boeschoten/Besier) erkende de Hoge Raad der Nederlanden voor het eerst in de hedendaagse rechtspraak dat het vermogen van de vennootschap een *afgescheiden* karakter heeft. Anders dan de term ‘vermogen’ doet vermoeden, doelde de Hoge Raad op het feit dat de *gemeenschap tussen vennoten* afgescheiden is van het vermogen dat de vennoten ieder afzonderlijk hebben buiten hetgeen hen ter zake van die gemeenschap toebehoort en dat privéschuldeisers van de vennoten zich daarop niet kunnen verhalen. Doorslaggevend voor de Hoge Raad was het feit ‘*dat reeds in het Romeinse recht voor handelsondernemingen de mogelijkheid van een zelfstandige, van de*

63. D. 13.6.5.15.: ‘(...) en dat iemand ook niet eigenaar is van een deel van een lichamelijke zaak, maar dat hij de eigendom van de gehele lichamelijke zaak voor een onverdeeld aandeel heeft (...)’ ((...) *nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere* (...)).

64. De gebonden gemeenschap vindt zijn oorsprong mogelijk in de Germaansrechtelijke ‘gezamenhandse gemeenschap’. De juistheid van deze veronderstelling is echter omstreden. Zie nader met verdere literatuurvermelding: J.H. Beekhuis, *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht 3-1* (Zwolle 1975) 308; Jan Versteeg, *Het recht van mede-eigendom* (Den Haag 1912) 39-63. Zimmermann, *Obligations*, 471-472, constateert dat de personenvennootschap ook volgens het hedendaagse Duitse recht een van het privévermogen van de afzonderlijke vennoten afgescheiden gemeenschap van goederen heeft en vermeldt dat dit mogelijk zijn oorsprong vindt in het Germaanse gewoonterecht.

overige goederen des eigenaars, afgescheiden vermogen aangenomen werd, terwijl het stelsel der Nederlandse wet, wel verre van te zijn nieuw, overeenstemt met de opvatting, die sedert meerdere eeuwen in het handelsrecht van verschillende volken gevonden wordt, en practijk was in het Oud-Vaderlands [dat wil zeggen: Rooms-Hollands; toevoeging MP] recht.' Opmerkelijk is dat de Hoge Raad stelt dat handelsondernemingen in het Romeinse recht de mogelijkheid van een afgescheiden, zelfs zelfstandig en dus eigen, vermogen hadden. Het *Corpus Juris* geeft hier, althans voor de *societas*, geen enkel blijk van. Eerder bleek al dat het tegenovergestelde zelfs het geval was. Buiten vennootschappelijk verband kan het bestaan van een afgescheiden vermogen onder het Romeinse recht onder meer⁶⁵ worden verondersteld op grond van het *peculium*.⁶⁶ Een vader / meester kon volgens het Romeinse recht aan een zoon of een slaaf *peculium* verschaffen, een toegewezen vermogen dat weliswaar vaders / meesters eigendom bleef maar waarvan het de bedoeling was dat de zoon of de slaaf het zelfstandig zou beheren. D. 15.1.4.pr. vermeldt: 'Niet datgene waarover een slaaf buiten zijn meester om een afzonderlijke boekhouding voert, geldt als toegewezen vermogen, maar datgene wat de meester zelf heeft afgezonderd om daardoor zijn eigen boekhouding van die van zijn slaaf gescheiden te houden. Omdat immers de meester het aan de slaaf toegewezen vermogen geheel kan intrekken of vermeerderen of verminderen, dient men niet te letten op wat de slaaf, maar op wat de meester gedaan heeft om het toegewezen slavenvermogen in het leven te roepen.'⁶⁷ Of ook het Rooms-Hollands recht inderdaad, zoals de Hoge Raad stelt, een afgescheiden karakter toekeende aan het vennootschapsvermogen zal hierna aan de orde komen.

In OTN 1633 (1782) is de bevestiging te vinden van het feit dat de gemeenschap tussen vennoten onder het Rooms-Hollands recht een 'gebonden gemeenschap' vormde.

Deze *observatio* betreft een rederij tussen Titius en andere vennoten. De vennoten hadden een schip aangekocht en Titius, die voor de helft gerechtigd was in het schip, aan het hoofd van de onderneming gesteld. Sempronius (één van de vennoten) had Titius vervolgens een bedrag van 10.000 gulden geleend. Titius had ter zekerheidstelling voor deze lening zijn aandeel in het schip aan Sempronius verpand. Kort daarna ging Titius failliet. Toen het schip openbaar zou worden verkocht, had Sempronius beslag gelegd op het aandeel van Titius en nadat het schip was verkocht had hij de geldsommen opgevorderd die waren verkregen uit de verkoop van het schip en die zich onder de hoede bevonden van de degenen die daartoe door de overige vennoten gemachtigd waren. Sempronius werd door de overige vennoten voor de Amsterdamse rechters gedagvaard om verantwoording af te leggen over het beslag. Sempronius vorderde in reconventie dat het beslag werd bekrachtigd totdat aan hem het geld zou zijn

65. Zie voor andere gevallen: A.J.B. Sirks, 'Late Roman law: the case of dotis nomen and the praedia pistoria', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanische Abteilung* 108 (1991) 187-212.

66. Kaser-Wubbe, *Romeins privaatrecht*, 298-299.

67. D. 15.1.4.pr.: *Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens: nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.*

HOOFDSTUK 2

voldaan dat hij aan Titius had uitgeleend. De Amsterdamse rechters beslisten op 3 februari 1774 in het voordeel van Sempronius. Het Hof van Holland vernietigde dit vonnis op 3 oktober 1777, hief het beslag op en veroordeelde Sempronius tot vergoeding van de schade die door de overige vennoten was geleden, alsmede in kosten van de procedure die in Amsterdam was gevoerd. Uiteindelijk werd hoger beroep ingesteld bij de Hoge Raad.

Bij de Hoge Raad voerden de overige vennoten aan dat zij met Sempronius een vennootschap waren aangegaan ter zake van de exploitatie van het schip en dat het schip gezamenlijk eigendom was. Om die reden was iedere vennoot gehouden om te voldoen aan de verplichtingen die uit de aard van de vennootschap voortvloeiden. Dat betekende onder meer dat de kosten en baten na ontbinding van de vennootschap naar verhouding van ieders aandeel tussen de vennoten dienden te worden verdeeld. In dit kader dienden de zaken van de vennootschap, zoals in dit geval het schip, stilzwijgend te worden beschouwd als toebehorend aan ieder van de vennoten. Het zekerheidsrecht dat Titius gedurende de vennootschap had gevestigd, kwam volgens de vennoten dus pas in aanmerking nadat Titius alles had voldaan wat hij aan de vennootschap verschuldigd was. De vennoten voerden verder aan dat Titius, onder meer ten titel van vrachtgeld, zoveel gelden uit de vennootschapskas ten bate van zichzelf had opgenomen, dat het zeer waarschijnlijk was dat hem (na verrekening) niets meer toe zou komen uit de opbrengst van de verkoop van het schip. De vennoten waren op grond daarvan van mening dat hun het recht toekwam de geldsommen die waren gegenereerd uit de verkoop van het schip, onder zich te houden. De vennoten verwezen ter onderbouwing van hun stelling naar artikel 52.5 en 52.6 van de *Costumen van Antwerpen*⁶⁸:

52.5: *En moghen de goeden van eenighe Compaignie niet gearresteert, wtgewonnen noch geexecuteert worden voor de particuliere schulden van eenen vande compaignons.*

53.6: *Mach des niettemin voor alsulcke particuliere schulden arrest ghedaen worden op alsulcken deel als men namaels soude moghen bevinden (alle lasten van de compaignie aff getrocken) t'overen, tot behoefte van alsulcken particulieren debiteur.*

Verder verwezen de vennoten naar het commentaar van Voet, waarin deze stelt dat vennoten een voorrecht hebben op de goederen van de vennootschap ten opzichte van de privécrediteuren van een insolvente vennoot.⁶⁹ Omdat alle raadsheren zich konden vinden in dit verweer bekrachtigde de Hoge Raad het oordeel van het Hof op 6 december 1782.

Uit deze *observatio* blijkt dat het de gerechtigden tot de gemeenschap tussen vennoten niet was toegestaan vrijelijk over hun aandeel in de daartoe behorende goederen te beschikken. De gemeenschap tussen vennoten was dus volgens de

68. *Rechten ende Costumen van Antwerpen* (Amsterdam 1613).

69. Voet, *Commentarius*, paragraaf 22 bij D. 17.2.

Hoge Raad niet een vrije maar een gebonden gemeenschap. Als gevolg daarvan stond het Titius niet vrij zijn aandeel in het schip aan Sempronius te verpanden. De Hoge Raad bevestigde bovendien dat een vennoot zich niet zonder meer kon verhalen op de gemeenschap tussen vennoten ter zake van een vordering op een andere vennoot, als die vordering geen verband hield met de vennootschap zelf.⁷⁰ Daarmee bevestigde de Hoge Raad dat privécrediteuren van de afzonderlijke vennoten zich tijdens het bestaan van de vennootschap niet konden verhalen op de tot de gemeenschap tussen vennoten behorende goederen.

Ook OT 1756 (1721) betreft een geschil waarin de Hoge Raad bevestigde dat privécrediteuren van vennoten zich niet op de gemeenschap tussen vennoten konden verhalen. Uit de *observatio* blijkt niet zonneklaar dat dit het gevolg was van de gebonden gemeenschap.

De daarin genotuleerde uitspraak van de Hoge Raad betreft een geschil tussen de schipper Exsteen (in de *observatio* als *nauarchus* oftewel 'schipper' aangeduid)⁷¹ en de eigenaren van een partij handelswaar die gezamenlijk een vennootschap vormden. De schipper legde rekening en verantwoording af over de door hem ten behoeve van de vennoten gevoerde handel. Op basis daarvan diende hij een bepaald bedrag te betalen aan de vennootschap. De schipper meende dat hij een privévordering van 7.000 pesos had op één van de vennoten en verrekende deze vordering met zijn schuld aan de vennootschap. De betrokken vennoot ontkende echter iets schuldig te zijn aan de schipper. De overige vennoten voegden daaraan toe dat een vordering op één van de vennoten hun niet aanging. De boekhouding van de vennootschap en die van de vennoot waren volgens hen gescheiden waardoor verrekening niet mogelijk was. De rechters op Curaçao oordeelden echter dat de schipper zijn vordering jegens de vennoot mocht betrekken in de afrekening met de vennootschap en stonden de verrekening dus toe. De vennoten gingen in beroep en kwamen uiteindelijk bij de Hoge Raad.

De Hoge Raad stelde vast dat de schipper zijn schuld aan de vennootschap niet had betaald, maar dat hij zijn debiteur (de vennoot) had verzocht de schuld aan de vennootschap te betalen. De schipper bediende zich dus van een rechtsfiguur die in het Romeinse recht bekend staat als *delegatio solvendi*, de opdracht van de schuldeiser (de delegant) aan zijn schuldenaar (de gedelegeerde) om het bedrag van de schuld aan een derde (de delegataris), in de regel de schuldeiser van de delegant, te voldoen.⁷² Door de betaling werd de schuldenaar en de schuldeiser onderling bevrijd, zoals blijkt uit D. 46.3.64; D. 46.3.56 en

70. Was dat laatste wel het geval, dan kon op grond van de *actio pro socio* tussen vennoten onderling worden verrekend.

71. De naam van de schipper blijkt uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.667.

72. Zie over *delegatio*: Kaser-Wubbe, *Romeins privaatrecht*, 261-262.

HOOFDSTUK 2

D. 50.17.180.⁷³ Volgens de Hoge Raad moest dan wel eerst komen vast te staan dat de schipper op persoonlijke titel een vordering had op de betrokken *vennoot*. Dit was echter niet het geval. Bovendien kon de overdracht van de betalingsverplichting (*delegatio*) naar het oordeel van de Hoge Raad alleen met instemming van de crediteur (i.c. de vennootschap) plaatsvinden. In dit geval ontbrak niet alleen de instemming van de vennootschap, maar werd ook de vordering zélf betwist.

Als de *delegatio* van de schuld zou worden toegestaan, zou de vennootschap een bedrag van 7.000 pesos tekort komen. De schipper stelde zich op het standpunt dat de vennoten in dat geval het door de vennoot te betalen bedrag intern konden verrekenen met een vordering van de vennoot op de vennootschap (*compensatio*), zoals het aandeel in de eventuele winst dat de betrokken vennoot toekwam.⁷⁴ Hij werd daarin gevolgd door de rechters op Curaçao. De schipper lijkt hiermee te betogen dat de vennootschap geen nadeel zou ondervinden van de *delegatio*. Ook daar was de Hoge Raad het niet mee eens. De vennootschap kon volgens de Raad niet worden verplicht de vennoot als haar schuldenaar te accepteren als zij daarmee niet instemde. Het was bovendien twijfelachtig of de vennootschap wel winst maakte. En als de vennootschap al winst maakte, was het nog maar de vraag of het aan de vennoot toekomende winstaandeel toereikend zou zijn om het tekort te kunnen verrekenen. Tot slot nam de Hoge Raad in overweging dat de vennoot die aan de schipper een bedrag verschuldigd zou zijn zo krap bij kas zat dat de vennootschap het te verrekenen bedrag gewoon kwijt zou zijn (namelijk: omdat er dan intern niets kon worden verrekend).

Tot hier toe woog de Hoge Raad Romeinsrechtelijke argumenten die voor en tegen de verrekening van de vordering pleiten. De Hoge Raad eindigde deze discussie abrupt met het oordeel dat het vennootschapsrecht (*de iure societatis*) duidelijk is over deze kwestie. De Hoge Raad vernietigde op basis van het vennootschapsrecht met eenparigheid van stemmen het vonnis van de rechters op Curaçao dat volgens Van Bijkershoek volkomen gebrekkig was. De Hoge Raad liet de Romeinsrechtelijke argumenten dus voor wat ze waren en stond op grond van het ‘vennootschapsrecht’ niet toe dat de schuldeiser van een afzonderlijke vennoot zich in dit geval verhaalde op de gemeenschap tussen vennoten. Welke regel van vennootschapsrecht nu aan de beslissing van de

73. D. 46.3.64: ‘Wanneer u met mijn machtiging aan mijn schuldeiser betaalt wat u mij schuldig bent, wordt u jegens mij en word ik jegens mijn schuldeiser bevrijd’ (*Cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor*); D. 46.3.56: ‘Wie iemand opdraagt te betalen, wordt geacht zelf te betalen’ (*Qui mandat solvi, ipse videtur solvere*); D. 50.17.180: ‘Wat met machtiging van een ander [aan een derde] betaald wordt, wordt zo beschouwd alsof het aan [die ander] zelf betaald is’ (*Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset*).

74. De Romeinsrechtelijke mogelijkheid tot onderlinge verrekening van vorderingen (*compensatio*) wordt behandeld in D. 16.2 (*De compensationibus*).

Hoge Raad ten grondslag lag, blijft in het midden. Het is mogelijk dat de Hoge Raad hier, net als in de eerdergenoemde *observatio*, bevestigde dat sprake was van een gebonden gemeenschap, waardoor Exsteen zich als privécrediteur van één van de vennoten niet kon verhalen op de vordering die deel uitmaakte van de gemeenschap. In dat licht zou ook de stelling van de vennoten kunnen worden begrepen dat de vennoot en de vennootschap gescheiden boekhoudingen hadden die niet met elkaar konden worden vermengd. Het ligt meer voor de hand dat de Hoge Raad tot dit oordeel kwam omdat verrekening onder het Rooms-Hollands recht slechts mogelijk was tussen dezelfde partijen.⁷⁵ In dit geval kon de vennootschap – dat wil zeggen de gezamenlijke vennoten die een vordering hadden op Exsteen – niet gelijk worden gesteld met de afzonderlijke vennoot waarop Exsteen buiten vennootschapsverband een vordering had. De aard van de vennootschap brengt met zich mee dat een afzonderlijke vennoot en de vennootschap als zodanig niet aan elkaar gelijk zijn. Zo valt ook het oordeel van de Hoge Raad dat het vennootschapsrecht zich tegen verrekening verzette te begrijpen, als ook de stelling van de vennoten dat sprake was van gescheiden boekhoudingen.

2.5 ‘Overdracht van een aandeel’

Enkele vennootschapsrechtelijke *observationes* spreken over het overdragen (*cedere*) of verkopen (*vendere*) van een aandeel (*pars*).⁷⁶ In geval van een personenvennootschap zijn de termen ‘overdracht’ of ‘verkoop’ van een ‘aandeel’ misleidend. Zij suggereren dat de rechten en plichten die voortvloeien uit rechtsverhouding tussen vennoten zonder meer overdraagbaar zouden zijn, hetgeen vanwege de persoonsgebonden aard van de vennootschap uitgesloten lijkt. Uit de desbetreffende *observationes* blijkt dat de overdracht duidt op een drietal verschillende, hierna nader te behandelen, situaties: contractsoverneming, cessie van een vordering en overdracht van een aandeel in een goederenrechtelijke gemeenschap.

In OTN 1599 (1781) heeft de term ‘overdracht van een aandeel’ betrekking op de door één vennoot gewenste contractsovername.

De Amsterdamse koopman Cajus en de Harlinger koopman Titius kwamen overeen dat zij voor gezamenlijke rekening een partij gerst naar Nantes zouden vervoeren. Zij spraken af dat Cajus de feitelijke uitvoering van de transactie op zich zou nemen. Cajus liet vervolgens aan

75. Van Leeuwen, *Rooms-Hollands regt*, 4.40 schrijft: ‘Als alleen dat den Schuldenaar daar in tot betaling, by compensatie en vergelijking mag brengen, het gene den Schuld-eisser aan hem van gelijke eigenschap en waarde schuldig was (...) mits dat het sonder moeite blyke.’

76. OT 1823 en 1964, OT 1907; OTN 1599.

HOOFDSTUK 2

Titius weten dat hij zijn aandeel had overdragen aan een derde (Maevius).⁷⁷ Cajus lijkt dus te hebben gewild dat een ander zijn plaats als vennoot zou innemen. Titius stemde daar niet mee in: hij liet weten dat het zijn bedoeling was geweest met Cajus een overeenkomst aan te gaan, niet met Maevius. Cajus zei aanvankelijk zich daarin te kunnen vinden. Later bleek dat hij zijn aandeel toch aan een derde had overgedragen (kennelijk deed Titius niet veel meer dan geld inbrengen voor de aankoop van de gerst en voerde hij geen controle uit over de feitelijke gang van zaken). Titius wilde nu het geld terug dat hij in de onderneming had ingebracht. Cajus verdedigde zich met de stelling 'dat het een vennoot zowel op grond van het Romeinse recht als van de koopmansgewoonte vrijstond om zijn aandeel aan een ander over te dragen, zelfs als dat in strijd was met de wens van de andere vennoot, zolang de overdragende vennoot het beheer over de onderneming maar voortzette, zoals dat was overeengekomen'.⁷⁸

De Hoge Raad wees de vordering van Titius toe en verwierp daarbij het verweer van Cajus. Het ging er volgens de Hoge Raad namelijk uitsluitend om wat de bedoeling van partijen was geweest. Omdat het duidelijk was dat Titius met Cajus wilde contracteren en niet met een ander, stond het Cajus volgens de Hoge Raad niet vrij zijn aandeel over te dragen.

Uit de feiten lijkt te volgen dat Cajus de beherend vennoot was en Titius de geldschiet. Hun feitelijke verhouding vertoont gelijkenis met de hedendaagse commanditaire vennootschap, met enerzijds een beherend vennoot en anderzijds een vennoot die uitsluitend kapitaal ter beschikking stelt. Opvallend is dat, ondanks de schijnbaar aanwezige vennootschap, Pauw het samenwerkingsverband geen vennootschap (*societas*) maar een onderneming (*negotiatio*) noemt. Cajus beweerde dat zowel het Romeinse recht als het contemporaine handelsrecht toestonden dat de beherend vennoot (hier wordt wel gesproken over vennoten, *socii*) zijn *aandeel* kon *overdragen* aan een derde zonder toestemming van de geldschiet, als hij het beheer over de *negotiatio* oftewel onderneming (en dus niet: vennootschap) maar zou voortzetten. Contractsoverneming lijkt dus de bedoeling van Cajus te zijn geweest, in de zin dat iemand anders zijn plaats als vennoot zou innemen. Het standpunt van de Hoge Raad is begrijpelijk: van contractsoverneming kon immers geen sprake zijn zolang niet alle partijen – en dus ook Titius – daarmee instemden.

Dat Cajus geen daadwerkelijke overdracht van zijn aandeel in de gemeenschap tussen vennoten kan hebben beoogd, volgt uit het feit dat hij Titius al liet weten dat hij zijn aandeel zou overdragen nog voordat een gemeenschap tussen de vennoten was ontstaan.

77. OTN 1599: *Cajus brevi post Titio scribet se partem suam cessisse Maevio.*

78. Ibidem: *Defendebat Cajus tum ex jure communi tum ex jure quod inter mercatores servatur uni ex sociis integrum esse invito etiam socio partem suam alteri cedere modo qui cedit curam negotiationis, si ita convenerit, agere pergat (...).*

Ook in OT 1907 (1723) komt de overdracht van een aandeel aan de orde. In deze *observatio* is duidelijk dat de overdracht betrekking heeft op de gerechtigdheid tot de met de vennootschap behaalde winst en dus op de cessie van een vordering van een der vennoten.

Nadat bepaalde reders en vennoten (*exercitores et socii*) een Zeeuws kaperschip hadden uitgezonden, had dit schip een zwaarbeladen Frans schip gekaapt en opgebracht. Later was hetzelfde kaperschip wederom ter kaapvaart uitgezonden, maar dit keer zonder succes. Titius, vennoot in beide reizen, verkeerde in geldnood en had zijn aandeel in de eerste prijs en lading aan één van zijn schuldeisers overgedragen. Deze schuldeiser verzocht rekening en verantwoording van het aandeel in de opbrengst. De *praepositus* van de reders (de boekhouder) wilde dat best doen, maar onder aftrek van het resultaat van de tweede reis. De Middelburgse rechters waren het daarmee eens. Bij de Hoge Raad stelde de schuldeiser zich op het standpunt dat voor de twee reizen apart rekening en verantwoording moest worden afgelegd; dat Titius zijn aandeel in de eerste reis aan hem had gecedeerd en dat hij met de tweede reis niets te maken had. De daarbij eventueel geleden schade kwam volgens de schuldeiser voor rekening van de reders. De schade dienden de overige reders maar bij Titius terug te vorderen.

Volgens Van Bijckershoek was het op zichzelf juist dat apart rekening en verantwoording moest worden afgelegd. Dat leidde er evenwel niet toe dat voor de eerste reis alleen de baten konden worden opgeëist en de kosten van de tweede aan de reders worden gelaten. Toch leek de schuldeiser dit volgens Van Bijckershoek te vorderen. Van Bijckershoek vroeg zich vervolgens af of het wel juist was het batig saldo van de eerste reis te vorderen. Ook dat was volgens hem niet het geval. De rederij was immers aangegaan voor beide reizen en Titius was vennoot in beide reizen. Daarbij kwam dat op het moment van cessie de tweede reis al aangevangen was, mede voor rekening van Titius. Volgens Van Bijckershoek kon geen weldenkend jurist ontkennen dat het verlies van de tweede reis van de winst van de eerste reis moest worden afgetrokken en dat de overige reders (althans de boekhouder) het recht toekwam de winst van de eerste reis onder zich te houden totdat daarmee het verlies van de tweede reis was gedekt. Het vonnis van de Middelburgse rechters werd dus bekrachtigd.

Tot slot blijkt uit de eerdergenoemde OT 1823 (1722) en 1964 (1723) dat de term 'overdracht van een aandeel' ook betrekking kan hebben op de verdeling van de mede-eigendom na ontbinding van de vennootschap. Deze *observatíones* vermelden het geval dat een vennoot na ontbinding van de vennootschap zijn aandeel in de bierbrouwerij aan zijn voormalige medevennoot had verkocht. Over de wijze van overdracht vermeldt de *observatio* niets. De verdeling van de gemeenschap na ontbinding van de vennootschap komt hierna nog nader aan de orde.⁷⁹

79. Zie paragraaf B 2.7.

HOOFDSTUK 2

2.6 Vereffening

2.6.1 Inleidende opmerkingen

Een groot deel van de vennootschapsrechtelijke *observationes* heeft betrekking op de vereffening na ontbinding van de vennootschap.

Uit OT 945 (1713) blijkt dat de vereffening kon leiden tot hoogoplopende ruzies. Twee vennoten (Van Erp en Groenewegen) procedeerden over de administratie van hun vennootschap.⁸⁰ Van Erp bood voor de Hoge Raad een getuigenverklaring aan. Tegen deze verklaring ging Groenewegen flink tekeer. Toen de Raad vernam dat Groenewegen (volgens Van Bijckershoek *infimae plebis homo*, oftewel ‘man uit de heffe des volks’) ook beledigende woorden aan de leden van de Hoge Raad had gericht, werd hij in het gevang gezet, en wanneer hij zijn woorden niet zou terugnemen zelfs enige dagen op water en brood. Tot slot werd het hem verboden zich anders dan door middel van een advocaat of procureur tot de Hoge Raad te richten.

Uit de *observationes* blijkt dat de vennootschap na ontbinding gewoonlijk op initiatief van de vennoten werd vereffend. De vereffening kon daarnaast ook door de erven van een overleden vennoot worden gevorderd. Dit blijkt onder meer⁸¹ uit OT 1129 (1715), waarin een *sociëteit van provedorye* wordt genoemd die tussen Machado en Parera had bestaan en betrekking had op de oorlogen die in 1678 waren beëindigd. De erven van Machado vorderden meewerking aan de scheiding en deling van de gemeenschap tussen vennoten op straffe van een dwangsom. De erven stelden daartoe dat de Staat nog een vordering op beide vennoten zou hebben en dat Machado ‘deswegens’ schuldeiser van Parera zou zijn. De Hoge Raad wees de vordering toe.

Van Bijckershoek was het niet eens met deze beslissing: uit niets bleek volgens hem dat de Staat een vordering op beide vennoten zou hebben, het tegenovergestelde geval was aannemelijker (de vennootschap leverde immers tegen betaling goederen aan de Staat). De oorlogen waren bovendien al meer dan dertig jaar geleden beëindigd, zonder dat de Staat een vordering had ingesteld. Evenmin bleek dat Machado op andere grond schuldeiser van Parera zou zijn. De proceshouding van de erven van Machado irriteerde Van Bijckershoek: *non oportet ludere in re seria*, oftewel ‘men behoort niet de spot te drijven met een ernstige zaak’.

Voor de rederij was van belang dat de functie van boekhouder bleef bestaan zolang de vereffening voortduurde. De boekhouder behoorde volgens de Hoge Raad, zo blijkt uit OT 397 (1708), na ontbinding van de rederij gelden te reserveren voor de kosten van de procedures die eventueel in het kader van de vereffening zouden worden gevoerd.

80. De namen van de procespartijen in deze *observatio* blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.665.

81. Zie voorts: OTN 629, 861.

2.6.2 Beëindigingsovereenkomst

Uit de *observationes* blijkt dat het herhaaldelijk voorkwam dat vennoten hun geschillen over de vereffening trachtten te voorkomen of beslechten door middel van een beëindigingsovereenkomst. In een dergelijke overeenkomst werden dan de uitgangspunten voor of de wijze van de vereffening opgenomen. Van een dergelijke overeenkomst werd doorgaans willige condemnatie van de Hoge Raad gevraagd en verkregen.⁸²

OT 3060 (1737) vermeldt een vennootschap tussen twee vennoten die zich bezig hielden met de graanhandel. De vennootschapsovereenkomst bepaalde niet wie van beiden de administratie zou voeren, wie de crediteuren van de vennootschap zou uitbetalen en de vorderingen zou innen. Evenmin legden zij vast hoeveel geld vanaf het begin en in de loop der tijd in de vennootschap werd ingebracht. Om die reden kon bij ontbinding van de vennootschap geen deugdelijke eindafrekening worden gemaakt. Ter beëindiging van de vennootschap sloten zij daarom een beëindigingsovereenkomst waarin werd bepaald dat aan één van hen de bezittingen en schulden werden toebedeeld tegen betaling door de ander van een bedrag van 6.000 gulden. Over de inhoud van deze overeenkomst en de verplichtingen die daaruit voortvloeiden, ontstond onenigheid. Maeuius, de vennoot die de bezittingen en schulden verkreeg, wenste vernietiging van de overeenkomst omdat hij voor meer dan de helft van de werkelijke waarde zou zijn benadeeld.

Maeuius beriep zich op *laesio enormis*, de mogelijkheid die het Romeinse recht aan de verkoper biedt om de koopovereenkomst te ontbinden als de prijs minder dan de helft van de waarde van de verkochte zaak uitmaakt.⁸³ Dit recht is in de loop der tijd ook vergund aan de koper die een zaak voor meer dan het dubbele van de waarde had gekocht.⁸⁴

82. Zie onder meer: OT 590, 671, 1435, 2907, 3057, 3060, 3231; OTN 11, 173, 213, 215, 522, 1420, 1594.

83. C. 4.44.2: 'Als u of uw vader een zaak van hogere waarde tegen een te lage prijs heeft verkocht, is het billijk dat u of tegen restitutie van de koopprijs aan de kopers, het verkochte perceel grond terugkrijgt door tussenkomst van een gerechtelijke uitspraak, of – als de koper daaraan de voorkeur geeft – alsnog ontvangt wat er aan de juiste prijs ontbreekt. De prijs wordt geacht te laag te zijn als niet de helft van de werkelijke waarde is betaald' (*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*). Zie over *laesio enormis*: Brom, *Urteilsbegründungen*, 265-278; Zimmermann, *Obligations*, 259-270; Christoph Becker, 'Das Problem der Austauschgerechtigkeit' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 201-223.

84. De Groot, *Inleiding*, 3.52: '(...) 't welk bevonden zijnde in billijkheit te bestaen, door de gewoonte is uytgestrekt tot de koopers, die meer als tweevout de waerde van 't goet hadden beloofd (...)'

HOOFDSTUK 2

De Hoge Raad overwoog allereerst dat door de ellendige administratie waaraan beide vennoten schuldig waren, maar Maeuius het meest, geen saldo kon worden opgemaakt. Omdat Maeuius een verwijt kon worden gemaakt, kon hij geen beroep doen op *laesio enormis*. Het was volgens de Raad vanwege de gebrekkige administratie hoe dan ook onmogelijk om vast te stellen of Maeuius voor meer dan de helft benadeeld was.

Maar zelfs als dat wel mogelijk zou zijn, dan diende de overeenkomst tussen de vennoten te worden beschouwd als een vaststellingsovereenkomst (*trans-actio*) voor twijfelachtige en onzekere zaken. De vennootschap was volgens de Raad dus ‘globaal’ (dat wil zeggen zonder vermelding van onderliggende cijfers) ontbonden uit vrees voor geschillen. Een dergelijke wijze van ontbinding noemt men volgens Van Bijkershoek een ‘ontbinding *in globo*’.

Uit OT 590 (1710) blijkt dat de door de Hoge Raad verleende willige condemnatie van een beëindigingsovereenkomst slechts kon worden opgeheven als sprake was van boos opzet. Vergissingen waren daartoe niet voldoende.

De zaak waarin de Hoge Raad aldus oordeelde, betrof een vennoot die beweerde dat zijn broer, die met hun vader een vennootschap vormde, de boeken van de vennootschap onder zich had en daarin verschillende fouten en verdraaiingen had verwerkt. Hij beweerde bovendien dat zijn broer hun vader door middel van bedrog ertoe had bewogen om de boeken van de vennootschap te sluiten onder willige condemnatie van de Hoge Raad.

2.6.3 Voortzetting van de handelsnaam

Eerder bleek dat de onderneming van de vennootschap na het overlijden van een vennoot kon worden voortgezet door de overgebleven vennoten. Voorts bleek al dat het gebruik van de firmanaam kon worden voortgezet, ondanks de toe- en uittreding van vennoten.⁸⁵ In OTN 1757 (1786) komt de vraag aan de orde of en onder welke omstandigheden de vennoten gerechtigd waren tot voortzetting van de handelsnaam. Pauw merkt daarover op dat het niet is toegestaan om andermans achternaam te gebruiken of aan de eigen naam toe te voegen met het doel daarmee die ander te benadelen of hem winst afhandig te maken.⁸⁶

85. Zie resp. paragraaf B 2.1.4 en B 2.1.3.

86. OTN 1757: ‘Ik meen dat niemand simpelweg zal zeggen dat het is toegestaan om zich andermans achternaam aan te meten of aan de eigen naam toe te voegen als dit is gericht op de dood van een ander en zo de winst af te vangen die toekomt aan een ander’ (*Licetum esse alterius cognomen sibi tribuere vel cognomini suo adjungere, si id fiat in necem alterius et lucre quod alteri competit sic intercipiendi, nemo puto facile dixerit*).

E. van Harrevelt, een als uitstekend bekend staande boekverkoper te Amsterdam, benoemde in zijn testament van 17 mei 1781 zijn zoon Timotheus en zijn dochter, die getrouwd was met Abraham Soetens, tot erfgenamen. Voor het geval dat de zoon na de dood van zijn vader de boekhandel wenste voort te zetten, stond de vader toe dat deze zijn schoonzoon Abraham als vennoot aannam. In dat geval zouden zij de onderneming drijven onder de naam 'de Erven van E. Harrevelt'. Nadat de vader op 2 februari 1783 was overleden, zetten zoon en schoonzoon de onderneming voort tot het einde van het jaar 1785. In dat jaar maakte een geschil een einde aan de vennootschap. Timotheus maakte vervolgens in de kranten bekend dat hij de boekhandel zou voortzetten in het huis van zijn vader. De schoonzoon kondigde op dezelfde wijze aan dat hij de onderneming zou voortzetten, evenwel onder toevoeging van zijn eigen achternaam aan die van zijn vrouw. Timotheus was van mening dat de schoonzoon daartoe niet gerechtigd was (op grond waarvan hij die mening was toegedaan, blijkt niet uit de *observatio*) en vorderde bij het Hof van Holland dat het zijn zwager zou worden verboden de naam van zijn vrouw aan zijn eigen naam toe te voegen. Het Hof weigerde het verbod en Timotheus ging in beroep bij de Hoge Raad. Pauw was van mening dat het in beginsel niet is geoorloofd om de achternaam van een ander te gebruiken, als dit werd gedaan ten nadele van die ander en met het doel de winst die toebehoorde aan die ander weg te nemen. In dit geval bleek uit het testament van de vader dat het diens bedoeling was geweest dat de zoon en de dochter mét haar echtgenoot beiden opbrengsten zouden genereren uit de boekhandel en daarvan gelijke delen zouden ontvangen en dat het voortzetten van zijn achternaam door zoon en schoonzoon daaraan dienstig zou zijn. Beiden waren gerechtigd deze naam te voeren zolang de vennootschap tussen hen bestond. Verder verzette niets zich tegen het voortgezette gebruik van de achternaam door de zwager na beëindiging van de vennootschap met de zoon. Op zichzelf was het volgens Pauw juist dat het gebruik van de achternaam door de schoonzoon ertoe kon leiden dat de zoon minder winst zou genereren (vanwege de concurrentie onder dezelfde naam). Maar, zo vraagt Pauw zich af, waarom zou het de schoonzoon niet zijn toegestaan ook te zorgen voor zijn eigen voordeel? De vader had kennelijk voor hem een gelijk vooruitzicht gewenst (vanwege zijn dochter) als voor zijn zoon. Dus besloten de raadsheren eenstemmig op 4 februari 1786 het beroep van Timotheus af te wijzen en hem te veroordelen in de kosten van de procedure.

2.6.4 *Deponeren van boeken*

Vennoten konden overeenkomen dat na ontbinding van de vennootschap de boeken van de vennootschap gedurende een bepaalde periode bij één van hen werden gedeponneerd om te worden onderzocht.

OT 671 (1710) vermeldt dat vier Joodse vennoten een dergelijke afspraak maakten voor de duur van een jaar. Gedurende deze periode kregen zij ieder de gelegenheid om eventuele fouten in de boekhouding aan te wijzen. Een van de vennoten vorderde binnen deze periode betaling van een van zijn medevennoten. De aangesproken vennoot verzocht een verbod op executie omdat het jaar waarin hij fouten in de boeken kon aanwijzen nog niet voorbij was. De Hoge Raad wees het verzoek af omdat de termijn van een jaar bedoeld was om de boeken te controleren, niet om zolang de vereffening aan te houden.

Om de rekeningen van de vennootschap na te lopen en op te maken, konden vennoten volgens OTN 1594 (1781) overeenkomen dat zij alle zich onder ieder

HOOFDSTUK 2

van hen bevindende stukken ter inzage zouden leggen op het stadhuis van de stad waar de vennootschap was gevestigd. Alle vennoten hadden dan gelegenheid om de stukken gedurende een bepaalde periode in te zien. Na vereffening werden de gedeponeerde stukken dan weer teruggegeven aan ieder van de partijen.

Uit OT 3204 (1740) blijkt dat afgifte van de boeken in het kader van vereffening niet vooraf behoefde te worden overeengekomen. Deze verplichting volgde volgens de Hoge Raad reeds uit de aard van de vennootschap.

Een vennootschap tussen drie vennoten werd ontbonden zonder dat rekening en verantwoording werd afgelegd: de boeken werden niet gesloten omdat één van de vennoten (Titius) overleed. De erfgenamen van Titius vorderden van Maevius (één van de andere vennoten) dat hij rekening en verantwoording zou afleggen. Maevius stelde dat hij nog een vordering op Titius had. Partijen kwamen vervolgens overeen dat Maevius zijn vordering binnen bepaalde tijd zou instellen bij de Hoge Raad. Toen de daarvoor overeengekomen tijd bijna voorbij was, vorderde Maevius van de erven afgifte van de boeken van de vennootschap. De erven zeiden dat zij daartoe niet waren gehouden op basis van de overeenkomst die zij met Maevius waren aangegaan en voorts dat de tijd was verlopen waarbinnen Maevius zijn vordering had moeten instellen. De Hoge Raad oordeelde dat afgifte van de boeken niet behoefde te worden overeengekomen: deze verplichting volgde uit de aard van de vennootschap zelf.⁸⁷ De vordering van Maevius tot afgifte van de boeken werd dus toegewezen.

2.6.5 Interne verrekening

De voorlopige verdeling van de liquidatiewinst komt aan de orde in OT 2907 (1735). De feiten zijn als volgt.

Drie vennoten in de Engelse Provedoryen van 1710 en 1711 waren na lang procederen op 27 mei 1716 overeengekomen dat het geld dat de koning van Engeland aan de vennootschap verschuldigd was in kas onder Titius (een derde) in Holland zou blijven. Titius zou daaruit de schulden van de vennootschap betalen die alle drie vennoten als schulden van de vennootschap erkennen. Als de vennoten het niet eens werden over de schulden, dan dienden zij daarover te procederen. De vennoten kwamen verder overeen dat de vennoten die een vordering op de vennootschap hadden uit de kas zouden worden betaald. Het restant zou tot slot worden verdeeld tussen de vennoten. Eén van de vennoten stelde dat hij voor vele duizenden guldens crediteur van de vennootschap was (hij had kennelijk bedragen uitgegeven die voor rekening van de vennootschap dienden te komen) en kwam met een andere vennoot overeen dat zijn schuld werd begroot op 73.000 gulden. Beide vennoten gaven Titius de opdracht dit bedrag voor 4/5 deel uit te betalen, zijnde het deel waarin zij beiden in de vennootschap deelnamen. Het restant van 1/5 kon dan in kas blijven. Die derde vennoot betwistte de desbetreffende schuld en stelde zelfs dat de betrokken vennoot geen crediteur maar debiteur van de vennootschap was. Hij

87. OT 3204: 'Maar het is niet nodig om daarover een overeenkomst te sluiten omdat de afgifte van de gemeenschappelijke documenten vanzelfsprekend aanwezig is in de afhandeling van de vennootschap ingesloten is' (*Sed nihil opus erat de eo pacisci, quum communium instrumentorum editio iudicio societatis per se insit (...)*).

INTERNE VERHOUDINGEN

verbod Titius dan ook iets uit te uitbetalen. De twee vennoten dagvaardden daarop de derde vennoot voor de Hoge Raad en vorderden dat hij zou toestaan dat 73.000 gulden voor 4/5 door Titius werd uitbetaald.

De Hoge Raad verwees naar de overeenkomst van 27 mei 1716 waarin helder stond vermeld dat geen enkele schuld van de vennootschap zou worden betaald zonder de instemming van alle drie de vennoten. Als één van de vennoten het er niet mee eens zou zijn, diende daarover te worden geprocedeerd. De eisende vennoten erkenden dit ook, maar stelden dat de derde vennoot geen belang had bij de weigering toestemming te verlenen. De uitbetaling zou immers maar voor 4/5 geschieden. Maar deze argumentatie trof volgens de Hoge Raad geen doel. Want als de eisende vennoot nergens recht op had, diende al wat in kas was te worden verdeeld tussen de vennoten, niet slechts 1/5 deel van 73.000 gulden. Het 1/5 deel was volgens de eisende vennoten namelijk niet bedoeld om aan de derde vennoot te worden uitbetaald. Zij wilden als vennoten ook daarin meedelen. De Hoge Raad oordeelde dus dat alle gelden onder Titius dienden te blijven totdat de geschillen over de vennootschap waren beëindigd. De vordering van de eisers werd op 6 juli 1735 afgewezen en de eisers werden veroordeeld in de kosten.

Uit OT 1769 (1721) kan worden afgeleid dat een door één vennoot gerealiseerde koerswinst op de uitbetaling van een vennootschapsschuld, aan de vennootschap toekwam en niet aan de desbetreffende vennoot.

Deze *observatio* maakt melding van een vennoot die in Engeland een schuld aan de vennootschap invorderde. De voldoening werd gedaan in de vorm van een wissel, waarbij werd gerekend met een koers van 10:7 gulden voor iedere pond Sterling. De vennoot maakte de wissel te gelde tegen 10:10 voor iedere pond Sterling en realiseerde dus een koerswinst. De overige vennoten vorderden bij de Hoge Raad dat het koersverschil aan de vennootschap zou toekomen. De Hoge Raad bevestigde dat het koersverschil in beginsel aan de vennootschap toekwam. De vennoot stelde evenwel dat de vennoten waren overeengekomen dat hij niet méér behoefde te verantwoorden dan het bedrag van de schuld. Omdat de overige vennoten dit ontkenden, liet de Hoge Raad hem toe bewijs te leveren van zijn stelling.

Als één van de vennoten insolvent was en de vennootschap daardoor dus was beëindigd, diende volgens OT 326 (1707) het bedrag dat deze vennoot op grond van de interne resultaatverhoudingen had moeten bijdragen, door de overige vennoten te worden voldaan.

Drie vennoten legden in een schuldbekentenis schriftelijk vast dat zij hoofdelijk aansprakelijk waren jegens een schuldeiser. Eén van de vennoten ging vervolgens failliet. De crediteur sprak de meest vermogende van de resterende vennoten aan tot betaling van de schuld en dagvaardde hem voor het Hof van Holland. Daartoe uiteindelijk door executie gedwongen, betaalde de betrokken vennoot de gehele schuld aan de crediteur. Hij vorderde vervolgens de helft van de door hem betaalde hoofdsom en de rente van de andere vennoot. Het Hof wees de

HOOFDSTUK 2

vordering toe. De Hoge Raad was het daar voor wat betreft de hoofdsom mee eens: als één vennoot failliet gaat, dienen de resterende vennoten het daardoor ontstane nadeel te dragen. Van Bijkershoek vermeldt de Romeinsrechtelijke regel op grond waarvan de overige vennoten het nadeel dienden te dragen niet expliciet. D. 17.2.67.pr. bepaalt: 'Proculus meent dat wat van sommigen niet kan worden verkregen, ten laste van de overigen valt en dat dit met een beroep op de logica verdedigd kan worden: bij het aangaan van een vennootschap gaat men immers een gemeenschap aan voor zowel de winst als het verlies'.⁸⁸ De kosten van de procedure diende de eerstgenoemde vennoot overigens wel zelf te dragen. Het was volgens de Hoge Raad immers buitengewoon lichtzinnig om niet direct te betalen maar het tot executie te laten komen.

2.6.6 Uitbetaling liquidatiewinst

Een probleem met de uitbetaling deed zich voor in *observatio* OTN 522 (1754):

Cajus en Maevius waren vennoten die na ontbinding van de vennootschap het niet eens werden over de vraag hoeveel de één aan de ander verschuldigd was. Op 23 december 1751 kwamen zij met vrijwillige condemnatie door de Hoge Raad overeen dat Maevius aan Cajus 2.000 gulden zou betalen: 1.000 gulden in wissels op de huurpenningen en 1.000 gulden in termijnen van 100 per jaar. De wissels die Maevius ten behoeve van Cajus had getrokken, bleken niet tot het volledige bedrag te kunnen worden geïnd. Cajus sommeerde Maevius daarom het resterende bedrag van 405 gulden alsnog te betalen. Maevius weigerde aan de sommatie te voldoen en stelde dat hij na het trekken van de wissels had voldaan aan zijn verplichtingen op grond van de overeenkomst. Hij betoogde dat hij alle wissels aan Cajus had overhandigd, deze de wissels in ontvangst had genomen en hij daarmee aan zijn verplichtingen had voldaan. De Hoge Raad verwierp dit verweer: uit de overeenkomst bleek dat partijen de bedoeling hadden gehad dat het bedrag van 1.000 gulden onmiddellijk zou worden betaald, maar dat in plaats van contante geldsommen aan Cajus de opbrengsten van de verhuurde huizen waren toegewezen. Evenmin stond vast dat Cajus de wissels in ontvangst had genomen. Hij had daarvoor in ieder geval geen ontvangstbewijs aan Maevius afgegeven. Daarom trad, zoals dat voor alle wissels van dien aard gold, de bevrijding van de verbintenis op grond van de wissels niet eerder in dan voor zover daarop betaling had plaatsgevonden. De Hoge Raad oordeelde op 18 oktober 1754 dus in het voordeel van Cajus.

Uit OT 1435 (1718) blijkt dat een voorschot op de liquidatiewinst kon worden bedongen.

Deze *observatio* betreft een grote vennootschap (*quae oppido magnae molis fuerat*) tussen een vader en een derde. Volgens een akkoord en willige condemnatie kreeg de zoon 31% vooruit in de liquide winsten 'als geassocieerde van zijn vader'.⁸⁹ De kinderen van de vader en de overige vennoten maakten een voorlopige resultaatberekening van de vennootschap ('bij

88. D. 17.2.67.pr.: *Sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest, rationeque defendi posse, quoniam societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.*

89. Uit de *observatio* blijkt niet of ook de zoon vennoot in deze vennootschap was of dat hij op grond van een andere rechtsverhouding recht had op een winstvoorschot.

provisie'). Enige duizenden guldens moesten worden verdeeld. De zoon maakte aanspraak op directe uitbetaling van zijn winstaandeel, de andere kinderen wilden wachten totdat de gehele vennootschap was geliquideerd.

De Hoge Raad oordeelde dat men provisionele rekeningen van winsten kon maken (net als bij provisionele boedelscheiding) zonder te wachten op finale liquidatie. Voor dit specifieke geval voegde de Hoge Raad eraan toe dat die liquidatie mogelijk nog vijfentwintig jaar op zich zou laten wachten vanwege vele procedures en diverse handel.

Vennoten waren, zo blijkt uit OTN 215 (1747), in beginsel gerechtigd om 'op de betaling van 't slot van de rekening' (de betalingsverplichting die na vereffening van de vennootschap resteerde van de ene vennoot aan de ander) een privévordering op de andere vennoot in mindering te brengen, onder de voorwaarde dat deze vordering vaststond.

Titius en Maevia hadden de vennootschap die gedurende enkele jaren tussen hen bestond ontbonden. Op basis van een overeenkomst die zij op dit punt waren aangegaan en die de Hoge Raad op 21 december 1745 met willige condemnatie had bevestigd, bepaalden zij de wijze waarop hun boekhouding moest worden gecontroleerd. Maevia wenste op het eindsaldo van de afrekening ter verrekening een bedrag van 600 gulden in mindering te brengen. De Hoge Raad bevestigde dat dit in zijn algemeenheid mogelijk was, ook na ontbinding van de vennootschap, als de schuld maar vaststond. Maar omdat de schuld die Maevia wilde verrekenen volkomen onduidelijk was, werd haar vordering op 20 mei 1747 afgewezen en werd zij veroordeeld in de kosten van het geding.

2.7 Verdeling van de gemeenschap

De wijze waarop de gemeenschap tussen vennoten na ontbinding van de vennootschap werd verdeeld, komt aan de orde in OTN 77 (1744), één van de meest uitgebreide en goed onderbouwde *observations*.⁹⁰ Daarom wordt de *observatio* in haar geheel weergegeven.

Maria de Meij had met vier andere personen een gebouw in gemeenschappelijk eigendom.⁹¹ Het gebouw was bestemd om als suikerraffinaderij te worden gebruikt en was ook als zodanig ingericht. De Meij was met dezelfde vier personen op 18 februari 1738 voor de duur van drie jaar een vennootschap

90. Andere *observations* over de verdeling van mede-eigendom zijn: OTN 381 en 1795.

91. Uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad (NA 3.03.02.674) blijkt dat de door Pauw geanonimiseerde Titia in werkelijkheid Maria de Meij is en haar vennoten Maria Timmers, Hendrik van Soestdijk, diens echtgenote Maria van Cloon en Thimon van Schoonhoven. Ook de in de volgende noot genoemde namen volgen uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad.

HOOFDSTUK 2

aangegaan. Nadat deze drie jaren bijna waren verstreken, liet De Meij weten dat zij zich uit de vennootschap wilde terugtrekken.

Toen enkele vennoten vertraging veroorzaakten, dagvaardde De Meij alle vennoten voor het Hof van Holland en stelde een vordering in tot scheiding en deling. Daarbij stelde zij de volgende wijzen van verdeling voor: het gebouw werd (1) tussen de vennoten ter verkoop aangeboden en toegewezen aan de hoogste bieder; of (2) onder de vennoten 'te geef of te neem' gesteld (dat wil zeggen: tegen een door De Meij vastgestelde prijs); of (3) openbaar verkocht; of (4) ondershands verkocht, indien daarvoor de gelegenheid werd gegeven. Nadat het gebouw zou zijn verkocht, stelde De Meij voor, zouden de suiker en de instrumenten worden verdeeld in vastgestelde hoeveelheden en wederom op gelijke wijze verkocht of, indien men aldus zou overeenkomen, voor een vastgestelde prijs zouden worden toegewezen aan een koper. Ten slotte vorderde zij dat degenen die hieraan weigerden mee te werken en zich tegen haar eis verzetten, werden veroordeeld in de schade die zij zou lijden ten gevolge van de vertraging.

Twee van de vennoten conformeerden zich aan de vordering, waarop het Hof de veroordeling uitsprak.⁹² Maar de andere twee vennoten antwoordden dat zij weliswaar akkoord gingen met de verdeling, maar op die manier dat De Meij slechts háár deel, zowel van het gebouw als van de instrumenten, op één van de hiervoor genoemde wijzen zou vervreemden. Deze twee vennoten wensten dus vast te houden aan hun eigen aandeel in de gemeenschap.

Nadat de zaak was opgestart en bepleit, oordeelde het Hof op 6 maart 1744 in het voordeel van De Meij. Volgens het Hof diende dus de gehele zaak te worden verdeeld, niet slechts het aandeel van De Meij. Het Hof voegde eraan toe dat als de vennoten onderling van mening zouden verschillen omtrent de wijze van verdeling (één van de vier door De Meij voorgestelde mogelijkheden), zij de zaak naar het Hof dienden te verwijzen. De vordering strekkende tot vergoeding van kosten werd door het Hof afgewezen. De twee verliezende vennoten gingen in beroep bij de Hoge Raad.

De vraag was volgens Pauw niet *of* de scheiding en deling van de gemeenschap tussen vennoten kon worden gevorderd: de vennootschap was ontbonden en deze procedure zou ook mogelijk zijn geweest als één van de vennoten dit zou eisen. Pauw verwijst hiervoor naar D. 10.3.29.1:

92. Uit de *observatio* lijkt te volgen dat de procespartijen dezelfde zijn als de oorspronkelijke vennoten. Uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad volgt echter dat na overlijden van een tweetal vennoten hun erfgenamen de procedure voortzetten. Lambert van Neck (één van de erven van Maria Timmer) en Maria van Cloon (zowel voor zichzelf als voor haar overleden echtgenoot Hendrik van Soestdijk) conformeerden zich aan de eis; Gerard Amelis van Hogeveen en Thimon van Schoonhoven (beiden erven van Maria Timmers en Van Schoonhoven tevens voor zichzelf) voerden echter verweer.

‘Pomponius heeft geschreven dat ieder van de medevennoten een rechter kan eisen. Maar ook als één van de medevennoten zich daarover niet uitspreekt, kan met recht een delingsactie tegen hem worden ingesteld’.⁹³

De enige vraag betrof dus de *wijze* van verdeling. Daarom moest worden bepaald welk van de partijen de meest passende wijze van verdeling voorstelde. Het Romeinse recht bepaalt dat, als een perceel dat in gemeenschappelijk eigendom is niet kan worden verdeeld in afzonderlijke delen, het geheel dient te worden toebedeeld aan één van de vennoten of te worden vervreemd.⁹⁴ Volgens Pauw volgde het gewoonterecht deze regel. Hij verwijst daarvoor onder meer naar Hugo de Groot⁹⁵:

‘t Gunt by stukken niet deelbaer en is, moet gedeeld werden by gebruyk van tyden, ende ’t gunt niet deelbaer en is, behoort die te volgen die ’t meeste deel heeft: ofte de deelen gelyk zynde, die de meeste reden van zugt heeft op de zaek, mids doende vergoedinge aan de anderen: ofte daer alles gelyk is, moet men komen tot het lot, ofte die de scheydinge begeert, stelt het goed te geef, ofte te neem.’

De vier door De Meij voorgestelde wijzen van verdeling van het gebouw, dat immers niet op eenvoudige wijze kon worden verdeeld, stemden dus het meest overeen met het recht. Zij leidden immers alle tot vervreemding van het geheel.

De twee vennoten betoogden dat de door De Meij voorgestelde wijzen van verdeling in strijd waren met de vennootschapsovereenkomst. Daarin was immers bepaald dat als iemand uit de vennootschap wilde treden, hij zijn eigendomsdeel aan de overgebleven vennoten diende aan te bieden. Pas als de overgebleven vennoten dit aanbod afwezen, stond het hem vrij om tot verkoop over te gaan. Pauw merkt eerst op dat uit de vennootschapsovereenkomst bleek

93. D. 10.3.29.1: *Pomponius scripsit posci iudicem posse a quolibet sociorum: sed etiamsi unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi dividundo agi.*

94. Pauw verwijst onder meer naar C. 3.37.1.pr.: ‘Indien uw broer alleen het hem toebehorende aandeel in het stuk grond heeft verkocht, behoort de verkoop niet te worden herroepen, maar moet u tegen degene met wie u mede-eigenaar van het desbetreffende stuk grond bent geworden, met de delingsactie optreden. Met deze actie zult u of het gehele stuk grond verkrijgen, indien u bij de veiling het hoogste bod zult hebben uitgebracht en uw deelgenoot zijn deel van de prijs hebt uitbetaald, of uw aandeel in de prijs verkrijgen, indien een ander een beter bod zal hebben uitgebracht’ (*Frater tuus si solam portionem praedii ad se pertinentem distraxit, venditionem revocari non oportet, sed adversus eum, cum quo tibi idem praedium commune esse coepit, communi dividundo iudicio consiste: ea actione aut universum praedium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii obtinebis aut pretii portionem, si alius meliorem condicionem attulerit, consequeris*).

95. De Groot, *Inleiding*, 3.28.8. Pauw verwijst in de *observatio* overigens abusievelijk naar paragraaf 3.28.24. Verder verwijst hij naar: Voet, *Commentarius*, D. 10.2.22; Antonius Faber, *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in Sacro Sabaudiae senatu tractatorum* (Frankfurt 1612) paragraaf 3.27.9; Antonius Mornacius, *Observationes in XXIV priores libros digestorum, ad usum fori gallici* (Parijs 1721) commentaar bij D. 10.2.

HOOFDSTUK 2

dat deze bepaling slechts bindend was gedurende de periode dat de vennootschap bestond. De twee vennoten voegden daaraan toe dat deze regel vaker in acht werd genomen bij hetzelfde soort raffinaderijen, namelijk dat degene die uit de vennootschap wilde treden ook afstand diende te doen van zijn aandeel. Maar, zo merkte Pauw op, los van het feit dat niet was vastgesteld dat een dergelijke regel ook in acht moest worden genomen *nadat* de vennootschap was ontbonden: wat nu als deze procedure zou zijn gevolgd zonder dat iemand daartegen bezwaar zou hebben geuit? Werd De Meij daardoor niet verhinderd gebruik te maken van haar recht, een recht waarvan zij nooit afstand had gedaan?

Ten slotte riepen de twee vennoten de rechtsregel in dat niemand mag worden gedwongen zijn eigendom te verkopen.⁹⁶ Pauw brengt daartegenin dat iemand die zich, bij het aangaan van de gemeenschap, heeft onderworpen aan de bepalingen met betrekking tot de gemeenschappelijke zaak, niet van dwang om zijn zaak te verkopen mag spreken.

Volgens Pauw behandelt Cujacius dit onderwerp op voortreffelijke wijze.⁹⁷ Het is onrechtvaardig, zegt Cujacius, dat een persoon wordt gedwongen zijn eigendom publiekelijk of ondershands te verkopen. Het is daarentegen niet onrechtvaardig dat, wegens moeilijkheden bij de verdeling en de opheffing van het gemeenschappelijk eigendom, iemand wordt gedwongen om het gemeenschappelijk eigendom publiekelijk of ondershands aan een medevennoot te verkopen.

Voorts hadden de twee vennoten een beroep op D. 10.3.28 en D. 17.2.68 gedaan:

D. 10.3.28: 'Sabinus zegt dat ten aanzien van een gemeenschappelijke zaak rechtens geen van de eigenaren ook maar iets kan doen tegen de wil van de ander. Dus is duidelijk dat er een vetorecht bestaat. (...)'⁹⁸

D. 17.2.68.pr.: 'Geen enkele van de vennoten kan meer dan zijn eigen aandeel vervreemden, ook al zijn ze vennoten met betrekking tot een geheel vermogen.'⁹⁹

Deze bepalingen waren volgens Pauw niet van belang in deze zaak. D. 10.3.28 betreft de periode gedurende welke een vennootschap bestaat, terwijl D. 17.2.68 de periode van gemeenschappelijk eigendom betreft. In deze

96. Pauw verwijst in de *observatio* naar C. 4.35.21. Een dergelijke rechtsregel werd in deze tekst evenwel niet genoemd.

97. Jacques Cujacius, *Paratitla in libros L Digestorum* (Parijs 1658) 485.

98. D. 10.3.28: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse (...).*

99. D. 17.2.68.pr.: *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.*

bepalingen wordt dus niets gezegd over de wijze van verdeling van de gemeenschappelijke eigendom *nadat* de vennootschap is beëindigd.

Een andere benadering gold voor roerende zaken. De voorgaande bepalingen betreffen immers de vervreemding van één geheel en spreken over onroerende en roerende zaken die niet vatbaar zijn voor verdeling, zoals een lastdier of een slaaf. De zaken waarover het hier ging, waren op eenvoudige wijze vatbaar voor verdeling. Maar de wijze van verdeling die de twee vennoten voorstelden, werd ook op dit punt verworpen. In dit geding moest namelijk dat wat tot het grootste nut voor allen strekte, worden gevolgd. Pauw verwijst onder meer¹⁰⁰ naar D. 10.3.21:

‘Men is het er over eens dat een rechter zich bij de verdeling van gronderven behoort te richten naar wat voor allen het nuttigst is, dan wel waaraan de procespartijen de voorkeur geven.’¹⁰¹

Maar omdat het gehele gebouw al werd vervreemd of toegewezen aan één persoon, vormden de meeste instrumenten een bijna nutteloze last voor de anderen. En dus was de Hoge Raad van mening dat het Hof terecht had beslist dat de instrumenten en de voorraden op dezelfde wijze als het gebouw dienden te worden verkocht.

Zoals eerder aangegeven, was de vordering van De Meij tot vergoeding van de kosten door het Hof afgewezen. De Meij was op dit punt in beroep gegaan. De Hoge Raad bekrachtigde de beslissing van het Hof ook op dit punt. Dit deel van de eis betrof immers de aan de persoon verbonden verplichtingen die opkwamen bij de procedure tot verdeling van de gemeenschappelijke eigendom. Deze kosten worden volgens Pauw buiten beschouwing gelaten, tenzij sprake is van opzet of grove schuld bij de andere vennoten.¹⁰² Omdat daarvan geen sprake was, werd dit deel van de vordering van De Meij afgewezen. Dus beslisten de raadsheren op 22 oktober 1744 unaniem om de beslissing van het Hof op alle punten te bevestigen. Of de twee vennoten dienden te worden veroordeeld in de kosten van het geding werd betwijfeld, omdat zowel het beroep van de twee vennoten als dat van De Meij (ten aanzien van de

100. Voorts verwijst Pauw naar Johan van den Sande, *Decisiones Frisicae sive rerum in suprema Frisiorum curia judicatarum libri V* (Leeuwarden 1635) boek 4, titel 11, definitie 4.

101. D. 10.3.21: *Iudicem in praediis dividendis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit.*

102. Pauw verwijst naar C. 3.37.4.2: ‘[De provinciegouverneur] zal er ook in voorzien dat er een verdeling plaatsvindt van hetgeen voor u beiden gemeenschappelijk is gebleven, waarbij hij zowel met de kosten die één van u met betrekking tot de gemeenschappelijke zaken heeft gemaakt, als met de vruchten rekening zal houden; evenzo met opzet en schuld, omdat er niet aan wordt getwijfeld dat dit alles onder het delingsproces valt, zodat in alle opzichten de gelijkheid in acht wordt genomen’ (*Idem eorum etiam, quae vobis permanent communia, fieri divisionem providebit, tam sumptuum, si quis de vobis in res communes fecit, quam fructuum, item doli et culpae, cum in communi dividendo iudicio haec omnia venire non ambigitur, rationem, ut in omnibus aequalitas servetur, habiturus*).

HOOFDSTUK 2

gevorderde kosten) als ongefundeerd was afgewezen. Maar met de instemming van de meerderheid werden zij toch in de kosten veroordeeld.

2.8 Bijzondere bedingen

2.8.1 Arbitrage

Partijen konden, zowel bij aanvang van de vennootschap als na ontbinding daarvan, overeenkomen dat de geschillen die tussen hen waren of zouden ontstaan, door arbiters werden beslecht.¹⁰³ Als arbiters konden bijvoorbeeld twee kooplieden worden benoemd.¹⁰⁴ Het arbitraal oordeel kon door middel van willige condemnatie door de Hoge Raad worden bekrachtigd.¹⁰⁵

Een geschil omtrent de arbitrage doet zich voor in OT 571 (1709): twee vennoten kwamen na ontbinding van de vennootschap overeen dat eventuele geschillen bij de vereffening door arbiters zouden worden beslecht. Voor deze overeenkomst was willige condemnatie door de Hoge Raad verkregen. Eén van de vennoten handelde zelfstandig verder met de debiteuren van de reeds beëindigde vennootschap en ontving van hen diverse betalingen. De arbiters verlangden dat deze vennoot zou bewijzen dat de betalingen waren gedaan voor nieuwe zaken die geen verband hielden met schulden aan de vennootschap. De vennoot was van mening dat de arbiters buiten de grenzen van hun opdracht gingen door van hem dergelijk bewijs te vragen en zich te bemoeien met zijn eigen zaken. Hij verzocht daarom een verbod op de voortgang van de arbitrage. Dit verzoek werd als voorlopige voorziening toegewezen en de Hoge Raad boog zich vervolgens over de vraag of het verbod moest worden gehandhaafd. Hij oordeelde dat de vraag van de arbiters weliswaar onredelijk was maar dat zij de grenzen van de overeenkomst niet te buiten ging.

In de eerdergenoemde OTN 213 (1747)¹⁰⁶ verweerde de gedaagde zich met de stelling dat op basis van de vennootschapsovereenkomst niet de rechter (in deze procedure de Hoge Raad) maar arbiters bevoegd waren van het geschil kennis te nemen. Dit verweer werd door de Hoge Raad verworpen omdat de bevoegdheid van de arbiters slechts zou zijn overeengekomen voor het geval tijdens het bestaan van de vennootschap of na ontbinding een geschil ontstond over de handel (zoals over de controle van de boekhouding) en zaken die behoorden tot de bedrijfsvoering. Voor dergelijke gevallen bepaalde de vennootschapsovereenkomst dat twee kooplieden als arbiter zouden worden benoemd.

103. OT 571, 688, 1530; OTN 37, 213, 295, 901 en 935.

104. OTN 213.

105. OTN 901 en 935.

106. Zie paragraaf B 1.4.

Uit de al eerder genoemde OT 1163 (1715) blijkt dat de Hoge Raad niet toestond dat in een vennootschapsovereenkomst het treffen van juridische dwangmaatregelen werd uitgesloten.¹⁰⁷

2.8.2 Kennisoverdracht

In de *observationes* wordt verschillende malen melding gemaakt van vennootschappen waarbij de ene vennoot de ander onderrichtte in een bepaald ambacht of beroep.¹⁰⁸ Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is te vinden in OT 1432 (1718).

Cajus en Sempronius waren een vennootschap aangegaan ter zake van het maken van stijf sel en blauw sel. Cajus bracht materiaal en geld in, terwijl Sempronius zijn arbeid en kennis inbracht en zich ertoe verplichtte zijn kennis aan Cajus en ook aan diens zonen over te dragen. Voor deze overeenkomst was willige condemnatie verkregen van de Hoge Raad. Een tijd lang maakten de vennoten stijf sel, maar door onenigheid gooide Cajus Sempronius eruit. De vennoten lieten elkaar wederzijds gijzelen: zij vorderden over en weer nakoming van de vennootschapsovereenkomst. Cajus voerde aan dat Sempronius het vak van blauw sel maken helemaal niet bleek te kennen en hij bereid was zich aan de overeenkomst te houden als Sempronius een proeve van bekwaamheid succesvol aflegde en bovendien werk en instrumenten aanleverde. Sempronius zei dat hij heus wel wist hoe hij blauw sel moest maken, maar Cajus niet voor het juiste materiaal had gezorgd. Als Cajus dat alsnog deed, beloofde Sempronius alsnog aan de slag te gaan en zou hij zijn kennis aan hem en zijn zonen overdragen.

De Hoge Raad was van oordeel dat Cajus ten onrechte een proeve van bekwaamheid vorderde. Daarover was bij aanvang van de vennootschap niets afgesproken. Bovendien bleek dat daarvoor de materialen ontbraken. Cajus had zich voor aanvang van de vennootschap moeten vergewissen van de kunde van Sempronius. Sempronius had Cajus wel degelijk het vak van stijf sel maken geleerd, waarmee veel winst was behaald. Nu Cajus Sempronius kennelijk niet meer nodig had, gooide hij hem eruit, daarbij onkunde als reden voorwendend. Cajus gaf verder te kennen dat Sempronius zijn aandeel in de winst alleen kreeg als hij arbeid verrichtte. Maar Cajus en Sempronius waren volgens de Hoge Raad beiden vennoot voor beide soorten fabricage. Zij behoorden dus gelijk, zoals in het contract was vastgelegd, in de winst te delen. De Hoge Raad stelde Sempronius dus in het gelijk, behalve daar waar deze aangaf slechts te willen werken na ontvangst van de instrumenten die voor de fabricage van blauw sel nodig waren.

107. Zie paragraaf B 2.2.1.

108. OT 1432, 2044 (fabriceren van spiegels), 2557; OTN 1067 (notaris en kandidaat); 1138 (handel in Engelse wol).

HOOFDSTUK 2

2.8.3 Geheimhoudingsbeding

Een geheimhoudingsbeding komt men tegen in OTN 1138 (1771), waarin een vennootschap wordt vermeld tussen enerzijds Maevius en anderzijds Cajus en Titius. De vennootschap werd aangegaan met als doel de fabricage en verkoop van een bepaald soort Engelse wol. Cajus en Titius beloofden Maevius dat zij hem in de fabricage ervan, die in Holland onbekend was, zouden onderrichten. Ook kwamen zij onderling overeen dat, als iemand van hen gedurende het bestaan van de vennootschap (die werd aangegaan voor de duur van acht jaar) het geheim van die fabricage zou verraden, hij een bedrag van 2.000 gulden als boete aan de andere vennoten zou moeten betalen en dat hij niet alleen de vennootschapsactie (*actio pro socio*) zou kwijtraken, maar ook alle andere vorderingen die hij kon instellen tegen zijn vennoten.

2.8.4 Concurrentiebeding

Ook een concurrentiebeding kon deel uitmaken van een vennootschapsovereenkomst.¹⁰⁹ Een voorbeeld daarvan vindt men in OTN 128 (1745), waarin het een uittreedende vennoot werd verboden om op welke wijze dan ook een soortgelijke onderneming te drijven.¹¹⁰ Een ander voorbeeld van een concurrentiebeding treft men aan in OTN 213 (1747).¹¹¹ Deze zaak betrof de vennootschap die Titius en Maevius op 7 december 1736 waren aangegaan met betrekking tot een bankiershuis, onder de voorwaarde dat als Maevius na beëindiging van de vennootschap het bankiershuis wilde voortzetten, hij niemand als vennoot mocht aannemen. Na beëindiging van de vennootschap vernam Titius dat Maevius in de uitoefening van de geldhandel Sempronius als vennoot aan zich had verbonden. Titius was van mening dat Maevius hiermee in strijd met de vennootschapsovereenkomst handelde en verzocht de Hoge Raad om Maevius te verbieden een onderneming te drijven met die vennoot. Maevius verweerde zich onder meer met de stelling dat hij niet in strijd met de overeenkomst handelde omdat Sempronius niet als vennoot maar in loondienst bij hem werk verrichtte en niet deelde in de winst van de onderneming. Hij was dus geen vennootschap met Sempronius aangegaan. Uit het document waarin de tussen Maevius en Sempronius gesloten overeenkomst was vastgelegd, bleek dat de geldhandel werd uitgeoefend op naam van Maevius en Sempronius gezamenlijk. Bovendien kon Titius diverse wissels tonen die op

109. OT 2557; OTN 128 (baksteenfabriek), 213 (bankiershuis).

110. OTN 128: 'De vraag is ook gerezen of de aan de overeenkomst toegevoegde bepaling geldig is, waarin een boete van 5.000 guldens wordt opgelegd aan degene die zich terugtrekt uit de vennootschap tegen de wil van de andere vennoot, met de toevoeging dat hij niet op wat voor een wijze dan ook hetzelfde bedrijf zal mogen uitoefenen' (*Quaesitum etiam, an valeret stipulatio huic contractui inserta, qua statuebatur poena 5000 flor. in eum qui invito socio a societate recederet, hoc addito, ne is eandem artem ullo modo exerceret*).

111. Zie paragraaf B 1.4.

zowel Maevius als Titius waren getrokken en door hen geaccepteerd en geëndosseerd waren. Tot slot merkte Titius op dat het voor hem onbelangrijk was of Sempronius al dan niet deelde in de winst. Van belang was slechts dat Sempronius niet openlijk werd *beschouwd* als vennoot van de gefortuneerde Maevius, omdat anders na de dood van Maevius (die al op gevorderde leeftijd was) een nieuw wisselkantoor zou ontstaan. De Hoge Raad was met Titius van oordeel dat Maevius in strijd had gehandeld met de vennootschapsovereenkomst en sprak het gevorderde verbod op 6 mei 1747 uit.

2.8.5 *Boeteclausule*

Uit de *observationes* blijkt dat het gebruikelijk was om aan opvolgings-, concurrentie- en geheimhoudingsbedingen een boete te verbinden: bij overtreding van het desbetreffende beding was de overtreder een boete verschuldigd, hetzij aan de andere vennoten, hetzij aan de armen. Verschillende malen werd in het kader van het verlenen van willige condemnatie de vraag gesteld of een boetebeding wel toelaatbaar was.¹¹²

In OT 2044 (1724) waren de vennoten bij aanvang van de vennootschap een geheimhoudingsbeding overeengekomen (over de fabricage en handel in spiegels) waarbij in geval van overtreding de overtreder een boete verschuldigd was van 5.000 Carolusguldens. De raadsheren vroegen of wegens deze boeteclausule wel willige condemnatie van de vennootschapsovereenkomst kon worden afgegeven. Volgens Van Bijckershoek meenden sommige *pragmatici* (praktijkjuristen; door Van Bijckershoek slechte kenners van het recht genoemd) dat ‘tegenwoordig alle boeteclausules waren afgeschaft of moesten worden afgeschaft’.¹¹³ Anderen maakten onderscheid tussen verschillende soorten van boeten. Volgens Van Bijckershoek was het in deze zaak het veiligst het Romeinse recht te volgen. De boeteclausule was uitsluitend ingevoerd om de moeilijkheid van de schatting van het belang te voorkomen en de hoogte van de boete was bovendien redelijk. Onder dergelijke omstandigheden was een boetebeding volgens het Romeinse recht toegestaan:

Inst. 3.15.7: ‘Niet alleen zaken kunnen het voorwerp van stipulatie worden, maar ook handelingen, bijvoorbeeld indien wij bij stipulatie bedingen dat iets al dan niet gedaan wordt. Bij dergelijke stipulaties is het wel het beste een boetebeding toe te voegen om te voorkomen dat het bedrag van de stipulatie in het onzekere blijft en het voor de eiser noodzakelijk is te bewijzen wat zijn belang is. (...)’¹¹⁴

112. OT 1163, 1823, 2044, 2271, 2557, 3231; OTN 124, 128, 432, 876, 1138.

113. OT 2044: *Ratio dubitandi erat, quod pragmatici quidam, male jurisprudentes, omnes clausulas poenales hodie vel abrogatas vel abrogandas censant.*

114. Inst. 3.15.7: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit.*

HOOFDSTUK 2

Voor de boeteclausule werd dus willige condemnatie afgegeven.

In OT 3231 herhaalt Van Bijkershoek expliciet dat voor een boetebeding geen willige condemnatie kon worden verkregen als de hoogte van de boete het daarmee te dienen belang oversteeg.¹¹⁵ Ook Pauw bevestigt in OTN 124 (1745) en OTN 128 (1745) dat de hoogte van de boete in verhouding moet staan tot het belang.

Ook een tweeledige sanctie kon buitenproportioneel zijn. Aan de overtreding van het in OTN 1138 (1771)¹¹⁶ genoemde geheimhoudingsbeding verbonden de vennoten niet alleen een boete van 2.000 gulden, maar ook het gevolg dat de overtreder iedere actie die hij kon instellen tegen zijn vennoten zou kwijtraken. Voor deze bepaling verzochten de vennoten willige condemnatie van de Hoge Raad. De Hoge Raad stelde vast dat in beginsel een boete kon worden bedongen. Het leek er in dit geval op dat de tweeledige sanctie het belang van de andere partij lang en breed zou overstijgen. Daarom bepaalde de Hoge Raad op 12 januari 1771 dat de willige condemnatie zich niet uitstreckte tot dat deel van de boete dat betrekking had op het verlies van het recht om de vennootschapsactie in te stellen.

OT 2557 (1729) betreft een vennootschap tussen Sempronius en Titia die zou voortduren zolang Titia in leven was. Sempronius bedong dat als hij voortijdig kwam te overlijden, zijn erven hem in de vennootschap zouden opvolgen. Beiden bedongen voorts dat als iemand gedurende de periode dat Titia in leven was de vennootschap zou opzeggen, deze persoon een boete verbeurde van 6.000 gulden, onverminderd alle kosten, schade en rente. De vennoten verzochten de Hoge Raad om willige condemnatie te verlenen voor deze overeenkomst, welk verzoek de Hoge Raad afwees onder verwijzing naar OT 2271 (1726). Over het boetebeding meende Van Bijkershoek, onder verwijzing naar OT 2044, dat dit volkomen aanvaardbaar was. Het was volgens Van Bijkershoek echter niet geoorloofd om zowel aanspraak te maken op de boete als op schadevergoeding. Van Bijkershoek verwijst daarvoor naar D. 17.2.41 en 42, waarin wordt bepaald:

D. 17.2.41: 'Iemand die bij stipulatie van zijn medevennoot een boete heeft bedongen, kan niet procederen met de vennootschapsactie, indien het bedrag van de boete evenveel bedraagt als zijn belang.'¹¹⁷

115. OT 3231: Dit boetebeding heeft de Hoge Raad verworpen en uitgesloten, omdat het het belang in hoge mate oversteeg (...) (*Hanc stipulationem poenalem, quia immane quantum excedebat id, quod interest, rejecit et excepit Senatus (...)*).

116. Zie paragraaf B 2.8.3.

117. D. 17.2.41: *Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.*

D. 17.2.42: ‘Maar als hij op grond van de stipulatie deze boete heeft gekregen, wordt dit bedrag naderhand, als hij met de vennootschapsactie procedeert, in mindering gebracht op de som die hij ontvangt, doordat de boete wordt toegerekend op de hoofdsom.’¹¹⁸

Om die reden werd de willige condemnatie op 20 december 1729 door de Hoge Raad geweigerd.¹¹⁹

Van Bijkershoek merkt in een latere toevoeging aan OT 2557 nog op dat op 3 mei 1732 wederom een overeenkomst was voorgelegd met een geheimhoudingsbeding en een concurrentiebeding, waarbij de overtreder een boete van 3.000 gulden verbeurde (te betalen aan de armen) en bovendien de daardoor te lijden kosten, schade en rente diende te vergoeden. Toen ook voor deze overeenkomst willige condemnatie van de Hoge Raad werd verzocht, was daarover wederom beslist dat deze niet werd toegekend, tenzij een van beide zou worden doorgehaald: of de boeteclausule, of de bepaling over de kosten, schaden en interesten. Vennoten dienden dus een keus te maken tussen vergoeding van de geleden schade of betaling van de boete.

Uit OTN 432 (1752) blijkt tot slot dat vennoten niet alleen een vaste boete op overtreding van één of meer bepalingen in de vennootschapsovereenkomst konden overeenkomen, maar ook een winstafhankelijke boete. Deze *observatio* maakt melding van Cajus en Maevius die op 1 april 1751 een loodgieters-vennootschap waren aangegaan. Op 15 april 1751 bracht Cajus 5.000 gulden in en Maevius 10.000 gulden. Zij kwamen daarbij overeen dat wanneer één van hen het geld voor andere doeleinden zou gebruiken dan ten bate van de vennootschap, hem de winst werd onthouden die in drie maanden tijd zou worden gerealiseerd. Cajus bemerkte niet lang daarna dat Maevius niet ten bate van de vennootschap maar van zichzelf handelde en het ingebrachte kapitaal verkwistte. Cajus verzocht daarom willige condemnatie van de vennootschaps-overeenkomst door de Hoge Raad, die hij op 10 september 1751 ook verkreeg.

2.8.6 Borgstelling

Uit OT 2399 (1727) blijkt dat vennoten bij aanvang van de vennootschap konden overeenkomen dat één van hen borg zou stellen voor de waarde van de inbreng van de andere vennoot. Een vennoot (Sempronia) bracht handelswaar in en tevens het gereedschap waarmee de handelswaar verder kon worden bewerkt. Zowel de handelswaar als het gereedschap werd getaxeerd. De andere vennoot (Titius) bracht uitsluitend arbeid in. De vennoten kwamen overeen dat Titius, die met de handelswaar en het gereedschap aan de slag ging, voor het geval de vennootschap zou worden ontbonden twee borgen zou stellen voor de

118. D. 17.2.42: *Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.*

119. Zie voor het boetebeding in het gemene recht: F. Brandsma, *Gemeen recht in Groningen: enige opmerkingen over de matiging van bedongen boetes door de rechter* (Groningen 2000).

HOOFDSTUK 2

waarde van het gereedschap en de handelswaar. Titius wees vervolgens twee personen aan die zich borg stelden.

Tussen de vennoten ontstonden geschillen die uiteindelijk werden uitgeprocedeerd voor de Hoge Raad. Toen tijdens dat geding één van de borgen overleed en diens erfgenaam zich buiten Holland vestigde, had Sempronia van Titius gevorderd dat hij een ander als borg zou stellen, in plaats van de overleden borg. Zij stelde dat de vennoten waren overeengekomen dat Titius tweemaal borg zou stellen en deze verplichting voortduurde. Titius stelde dat hij conform de vennootschapsovereenkomst twee borgen had gesteld en dus had voldaan aan zijn verplichting. Verder merkte hij op dat partijen niets waren overeengekomen over de verplichting om nieuwe borgen te stellen in plaats van overleden borgen. Sempronia beriep zich op D. 2.8.10.1¹²⁰, D. 36.4.4¹²¹ en D. 46.5.4¹²². Dit beroep trof volgens de Hoge Raad geen doel. De rechtsgeleerden maakten volgens de Hoge Raad namelijk onderscheid tussen enerzijds de noodzakelijke borg, die voortvloeide uit de wet of een edict van de *praetor*; en anderzijds vrijwillige borgen, die hun oorsprong hadden in een overeenkomst. De eerstgenoemde borg moest worden vervangen; de laatstgenoemde borg behoeft niet te worden vervangen als de vervanging niet tussen partijen was overeengekomen. Daarom oordeelde de Hoge Raad op 9 december 1727 unaniem ten nadele van Sempronia.

120. D. 2.8.10.1: 'Eens te méér dient men tevreden te zijn met borgen, als men deze uit eigen vrije wil heeft aanvaard. Maar indien in de tussentijd de borgen een groot onheil overkomt of wanneer zij in een staat van grote armoede geraken, dient, na onderzoek van de zaak, opnieuw tot borgstelling te worden overgegaan' (*Multoque magis, si sua voluntate accepit fideiussores, contentus his esse debet. Quod si medio tempore calamitas fideiussoribus insignis vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisdandum erit*).

121. D. 36.4.4: 'Indien een nieuw opgekomen grond wordt aangevoerd, bijvoorbeeld dat de borg is overleden of dat iemand door een onverwachte speling van het lot in een klap zijn gehele vermogen heeft verloren, zal het vanzelfsprekend wel billijk zijn dat [bij herhaling] een garantieverklaring wordt geboden' (*Plane si nova causa allegetur, veluti quod fideiussor decesserit aut etiam rem familiarem inopinato fortunae impetu amiserit, aequum erit praestari cautionem*).

122. D. 46.5.4: 'Praetorische speculaties komen betrekkelijk vaak voor in gevallen, waarin buiten schuld van de stipulatiecrediteur een garantie heeft opgehouden te bestaan' (*Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit*).

Hoofdstuk 3. Externe verhoudingen

3.1 Externe aansprakelijkheid van vennoten

De wijze waarop de Hoge Raad tegen de aansprakelijkheid van vennoten jegens derden aankeek, blijkt duidelijk uit OT 1594 (1720).¹ Deze uitspraak gaat over Gaspar Fritz (in de *observatio* als ‘Titius’ aangeduid) en Michel Böhm (in de *observatio* als ‘Maeuius’ aangeduid) die samen een vennootschap aangingen ter zake van een boekdrukkerij.² Zij waren onder meer overeengekomen dat ieder van hen bevoegd was om de vennootschap aan derden te verbinden door de namen van beide vennoten te vermelden. Daarnaast kwamen zij overeen dat niemand, ‘*de ander aanwezig zijnde*’, een lening kon aangaan boven 600 gulden.

De vennoten leenden in aanwezigheid van beiden een bedrag van 14.160 gulden. Op het moment dat de hoofdsom moest worden terugbetaald, was één vennoot echter niet aanwezig. Slechts 4.160 gulden was in kas en dat bedrag werd gebruikt voor de terugbetaling. Voor het restant van de verschuldigde som verlengde de aanwezige vennoot de lening en de rente. Ook leende hij van een ander nog eens 18.000 gulden om de vennootschap te redden. Bij het aangaan van deze lening was de andere vennoot wederom niet aanwezig.

Na terugkeer van Fritz (Böhm was kennelijk de vennoot die de terugbetaling en de nieuwe lening had geregeld) werd de vennootschap beëindigd en nam Böhm de vorderingen en schulden van de vennootschap op zich. Böhm ging vervolgens een vennootschap aan met Charles Levier (in de *observatio* als ‘Sempronius’ aangeduid), waarbij zij overeenkwamen dat de vorderingen en schulden van de vennootschap gemeenschappelijk zouden zijn. Na beëindiging van deze vennootschap nam Böhm de schulden weer op zich.

Nadat Böhm was gefailleerd, dagvaardden de twee schuldeisers (van respectievelijk 10.000 gulden en 18.000 gulden) zowel Fritz als Levier en vorderden zij dat beiden hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van de geleende bedragen. Fritz zei dat hij bereid was de 10.000 gulden te betalen die hij samen met Böhm had geleend.

1. Zie over OT 1594: Asser, *In solidum*, 139-141.

2. Namen van de procespartijen blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.667.

HOOFDSTUK 3

Fritz verklaarde zich overigens niet bereid de rente te voldoen, omdat Böhm deze buiten zijn aanwezigheid was aangegaan. De Hoge Raad was het daar niet mee eens: de rente was het gevolg van het niet tijdig betalen van de gezamenlijke geleende hoofdsom. Verder werd de rente gematigd tot 6,25% op basis van Rotterdamse statuten. Kennelijk stond het partijen niet onder alle omstandigheden vrij om een hogere rente overeen te komen.

Fritz ontkende echter dat hij verplicht was om de hoofdsom van 18.000 gulden te betalen. Hij verwees daartoe allereerst naar de vennootschapsovereenkomst, waarin was bepaald dat zijn aanwezigheid vereist was om beide vennoten te binden voor bedragen boven de 600 gulden. Bij het aangaan van de lening van 18.000 gulden was Fritz niet aanwezig en dus was hij jegens de derde tot terugbetaling niet verplicht. Verder voerde Fritz aan dat de schuldeiser dient te bewijzen dat het geld is gebruikt ten behoeve van de vennootschap. Hij verwees daarbij naar D. 17.2.82:

‘Volgens het vennootschapsrecht wordt een vennoot niet gebonden door een schuld die door de andere vennoot is aangegaan tenzij de gelden ten bate van de gemeenschappelijke kas zijn aangewend’.³

Tot slot zei Fritz dat naar de contemporaine gebruiken (*moribus nostris*) een vennoot die niet zelf de verplichting aanging, van die verplichting af kon komen door zijn aandeel in de gemeenschap tussen vennoten prijs te geven waardoor hij bevrijd werd van de schuld die door de andere vennoot was aangegaan.

Het is opmerkelijk dat Fritz daarbij verwees naar paragraaf 15 van het commentaar van Voet op de vennootschapsactie.⁴ In deze passage merkt Voet namelijk op dat gezamenlijk handelende vennoten geen ‘recht van abandon’ toekomt. Dat is volgens Voet slechts anders in het geval van de factorijvennootschap, maar van een dergelijke vennootschap lijkt in het onderhavige geval geen sprake te zijn.⁵

Van Bijnkershoeck was van mening dat pas vonnis kon worden gewezen als duidelijk was dat de vennoten elkaar wederzijds hadden ‘aangesteld’, oftewel dat beiden bevoegd waren om namens de vennootschap te handelen. Volgens Van Bijnkershoeck konden vennoten elkaar in het Romeinse recht wederzijds hoofdelijk verplichten, zelfs als één van hen afwezig was of onbekend met de transactie.⁶ In het onderhavige geval waren partijen dat ook onderling overeengekomen. De

3. D. 17.2.82: *Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.*

4. Voet, *Commentarius*, paragraaf 15 van zijn commentaar op D. 17.2.

5. Zie over het recht van abandon: paragraaf A 2.8.3.

6. Van Bijnkershoeck verwijst naar Hector Felicius, *Tractatus desideratissimus de communione seu societate, deque lucro item ac quaestu, damno item ac expensis* (Frankfurt 1606), hoofdstuk 30, waarin de externe aansprakelijkheid van vennoten wordt uiteengezet. Zie nader over dit werk: paragraaf A 2.8.3.

uitzondering die in de overeenkomst was opgenomen, gold volgens Van Bijkershoek niet: daar stond immers ‘aanwezig’ en dus ging de exceptie niet op.

Opmerkelijk is de strikt tekstuele interpretatie van de vennootschapsovereenkomst die Van Bijkershoek toepast. Het kan immers niet anders dan dat de vennoten hebben bedoeld dat zij voor transacties tot een belang van 600 gulden elkaars toestemming niet nodig hadden, maar dat die toestemming wel was vereist voor transacties met een financieel belang boven dat bedrag.

Op dit punt volgden alle raadsheren de mening van Van Bijkershoek. De raadsheren waren het niet eens over de vraag of volgens contemporain gebruik (*moribus nostris*) vennoten die beiden bevoegd waren om namens de vennootschap te handelen hoofdelijk of naar verhouding van hun aandeel aansprakelijk waren. Volgens Van Bijkershoek gold in zijn tijd voor reders, anders dan in het Romeinse recht, dat zij niet hoofdelijk maar proportioneel (*pro rata*) aansprakelijk waren. Voor vennoten gold volgens Van Bijkershoek nog steeds dat zij hoofdelijk aansprakelijk waren:

*‘Ik weet niet of een advocaat of rechter in Holland ooit een andere mening heeft gehad’.*⁷

De overige raadsheren waren echter van mening dat de vennoten slechts proportioneel (*pro rata*) aansprakelijk waren. Zij baseerden hun oordeel op de eerdergenoemde⁸ alinea van Grotius in de *Inleiding*, waarin hij vermeldt

*‘Oversulcs worden de kooplieden alleen verbonden elck voor haer aendeel in de koophandel’.*⁹

Verder verwezen zij naar Matthaeus¹⁰ en Voet¹¹, die dienovereenkomstig oordelen. Maar Van Bijkershoek wijst erop dat Voet aan zijn passage het woord ‘*forte*’ (wellicht) toevoegt en dus niet zeker is van zijn zaak. Het overtuigt Van Bijkershoek allemaal niet.

Volgens de Hoge Raad was Fritz dus naar verhouding van zijn aandeel aansprakelijk voor de schuld van 18.000 gulden.

7. OT 1594: *Nec scio an quisquam vel advocates vel judex unquam Hollandia aliter censuerit.*

8. Zie paragraaf A 2.8.3.

9. De Groot, *Inleiding*, III.1.31.

10. Antonius Mathaeus II, *De auctionibus libri duo* (Utrecht 1653) paragraaf I.5.8.

11. Paragraaf 2 van het commentaar op D. 14.3. en paragraaf 13 van het commentaar op D. 17.2.

HOOFDSTUK 3

Het beroep door Fritz op D. 17.2.82 werd door de Hoge Raad niet gevolgd. Deze bepaling zag volgens de Hoge Raad op gevallen waarin een vennoot op eigen naam een verplichting aangaat (*de socio qui nomine proprio contraxit*), dan wel op vorderingen van de ene vennoot op de ander (*de actione socii contra socium*).¹²

Vervolgens behandelde de Hoge Raad de stelling van Fritz dat hij werd bevrijd van zijn verplichtingen indien hij zijn aandeel in de gemeenschap zou prijsgeven (het recht van ‘abandon’). Van Bijkershoek zegt ervan op de hoogte te zijn dat bepaalde rechtsgeleerden willen dat dat mogelijk is, maar zij begaan volgens hem echter een enorme vergissing.¹³ Bij reders mag dit het geval zijn, het is daarom nog niet van toepassing op andere (vennootschaps-)gevallen. De overige raadsheren waren het hiermee eens. En als het al geldend recht zou zijn geweest, dan had Fritz zijn aandeel aan de schuldeisers behoren te laten toen hij uit de vennootschap stapte. Omdat hij zijn aandeel echter aan Böhm had overgedragen, had hij zijn recht op abandon hoe dan ook verspeeld. Fritz deed dus tevergeefs een beroep op deze rechtsregel en werd veroordeeld tot betaling van de schuld naar verhouding van zijn aandeel. Omdat Fritz en Böhm voor gelijke delen vennoot waren, kwam de betalingsverplichting van Fritz neer op de helft van 18.000 gulden.

Nadat de Hoge Raad had vastgesteld dat Fritz proportioneel aansprakelijk was zonder recht van abandon, kwam hij toe aan de vraag of Levier aansprakelijk was voor beide schulden. Levier had het aandeel in de gemeenschap eerst op zich genomen, maar daarna weer van de hand gedaan (hij was immers uit de vennootschap gestapt), waarbij de schulden wederom aan Böhm werden gelaten. De schuldeisers probeerden tevergeefs te bewijzen dat Levier als vennoot de schuld aan hen had bevestigd en daardoor hoofdelijk aansprakelijk was geworden. Op basis van de vennootschapsovereenkomst was Levier niet gebonden.

De vraag kwam vervolgens nog aan de orde of Levier niet aansprakelijk was omdat de ene vennoot volgens de gewoonte op basis van de billijkheid aansprakelijk zou zijn voor de verplichtingen van de ander. Dat zou misschien zo zijn geweest tijdens het bestaan van de vennootschap omdat dan aan Böhm een (interne) vordering jegens Levier zou toekomen voor de helft van het bedrag.¹⁴ Maar nu was de vennootschap beëindigd en had Böhm de schulden

12. De laatste uitleg is volgens Van Bijkershoek de meest juiste. Hij baseert zich daarbij op Jacques Cujacius, *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum* (Parijs 1658) commentaar bij D. 17.2.82.

13. Van Bijkershoek wijst op paragraaf 16 van het commentaar van Voet op D.17.2 en de in paragraaf A 2.8.3 genoemde *Observatio* 40 van Coren. De uitspraak die door Coren wordt beschreven, betreft overigens de externe aansprakelijkheid van reders, niet die van vennoten in het algemeen.

14. Zie verderop in deze paragraaf voor de ongerechtvaardigde verrijking als grondslag voor de vordering van een derde jegens de vennoot waarmee niet is gecontracteerd.

weer op zich genomen. De *sola causa* voor veroordeling van Levier tot betaling van de hoofdsom kon volgens de Hoge Raad slechts diens aanstelling tot vennoot zijn. Maar dat was hij niet toen de schuld werd aangegaan en dus was hij niet aansprakelijk. De Hoge Raad was van oordeel dat Levier noch voor de helft, noch proportioneel aansprakelijk was.

Anders dan Van Bijkershoek wilde de Hoge Raad dus niets weten van hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten voor elkaars handelingen. Uit de eerdergenoemde OTN 362 (1750)¹⁵ kan worden afgeleid dat vennoten in de handelspraktijk wél hoofdelijk aansprakelijk waren voor elkaars handelingen. Deze zaak betreft de Amsterdamse koopman Du Peyron die voor de handel in graan een vennootschap aanging met de firma Anthoni Thiering & Zonen te Riga. De vennootschap leed verlies en Du Peyron probeerde de gehele vordering te verhalen op één van de (vermeende) vennoten. De Hoge Raad bevestigde niet met zoveel woorden dat de desbetreffende persoon inderdaad hoofdelijk aansprakelijk was maar liet de aansprakelijkheid afhangen van de vraag of hij al dan niet vennoot was ten tijde van de transactie.

Ook uit OTN 1593 (1781) lijkt te volgen dat in de handelspraktijk, anders dan het uit OT 1594 blijkende oordeel van de Hoge Raad, vennoten zich hoofdelijk aansprakelijk achtten voor elkaars handelingen. Deze zaak betreft de firma Abraham ter Borch & Zonen. De oudste zoon handelde voor eigen rekening, maar wilde de firmanaam gebruiken. Hij ontving jaarlijks een vast bedrag uit de winst, voor het overige deelde hij daarin niet. De onderneming raakte betrokken bij wissels uit Engeland waarop de zoon uit naam van de firma had aangetekend dat deze op een bepaalde dag zouden worden betaald. Op die dag werd niet betaald. Titius¹⁶, de houder van de wissel, legde vervolgens beslag op de goederen van de vennootschap Abraham ter Borch & Zonen. De vader ging failliet. Titius executeerde verder ten laste van de zoon. Die zei dat Titius diende te wachten totdat in rechte zou komen vast te staan dat hij aansprakelijk was uit hoofde van de firma. De Hoge Raad overwoog dat de aansprakelijkheid van de zoon afhankelijk was van de vraag of hij als vennoot van zijn vader moest worden beschouwd en of hij door ondertekening net als zijn vader aansprakelijk was. De Hoge Raad volgde het verweer van de zoon maar deed geen uitspraak over de aansprakelijkheid.

Hoewel de Hoge Raad in geen van deze uitspraken de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten bevestigde, kan zij daaruit wel worden afgeleid. Beide uitspraken zijn dan in strijd met het oordeel van de Hoge Raad in OT 1594.

15. Zie paragraaf A 2.1.2.

16. De *observatio* noemt wel de firmanaam maar anonimiseert de naam van de houder van de wissel.

HOOFDSTUK 3

Uit OTN 145 (1745) blijkt dat de Hoge Raad geneigd was vast te houden aan de regels van het Romeinse recht.¹⁷ Pauw vermeldt dat Maevius met Sempronius een vennootschap was aangegaan voor de handel in wijn en Maevius van Titius wijn kocht voor een bedrag van 3.875 gulden. Uit de resolutieboeken van de Hoge Raad blijkt dat Maevius de Amsterdamse koopman Otto Hansen was die met de eveneens Amsterdamse koopman Hendrik van Poelwijk ('Sempronius') voor de duur van zes jaar een 'compagnie' was aangegaan, en Titius de Rotterdamse koopman Johannes Driebeek was.¹⁸ Toen het overeengekomen bedrag niet werd betaald, dagvaardde Driebeek zowel Hansen als Van Poelwijk voor de Amsterdamse schepenen en vorderde hij dat zij hoofdelijk werden veroordeeld tot betaling van de koopprijs. Hansen, die onvermogen was, refereerde zich aan het oordeel van de schepenen en werd conform de eis veroordeeld. Van Poelwijk voerde verweer¹⁹ en werd op 3 december 1739 door de Amsterdamse schepenen in het gelijk gesteld. Het Hof bekrachtigde dit oordeel op 27 juli 1742. Vervolgens werd hoger beroep ingesteld bij de Hoge Raad. Deze bevestigde allereerst het Romeinsrechtelijke uitgangspunt dat een vennoot niet wordt gebonden door de handeling van een andere vennoot, tenzij hij als bedrijfsleider van de vennootschap (*institor societatis*) de verplichting was aangegaan. Pauw verwijst hier naar D. 14.1.4.1, waarin is bepaald dat als verschillende personen als reder optreden en één van hen als kapitein wordt aangesteld, de overigen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de handelingen van de kapitein.²⁰ Opmerkelijk is dat Pauw aansluiting zoekt bij de redersactie, terwijl deze zaak een vennootschap en geen rederij betreft. Aansluiting bij de vennootschapsactie had voor de hand gelegen en dan met name bij D. 14.3.13.2, waarin wordt bepaald dat als verschillende personen gezamenlijk in vennootschappelijk verband een bedrijfsleider aanstellen, zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor handelingen van hun bedrijfsleider.²¹ Driebeek antwoordde hierop dat

17. Zie over OTN 145 ook: Asser, *In solidum*, 134-135.

18. NA 3.03.02.674.

19. Welk verweer Sempronius in eerste aanleg aanvoerde, blijkt niet uit de *observatio*.

20. D. 14.1.4.1: 'Maar indien verscheidene personen als reder optreden en één uit hun midden als kapitein hebben aangesteld, zullen zij ieder op diens naam voor het geheel aangesproken kunnen worden' (*Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri*).

21. D. 14.3.13.2: 'Indien twee of méér personen een winkel erop nahouden en er een slaaf waarvan zij voor ongelijke delen eigenaar waren als bedrijfsleider hebben aangesteld, zijn zij dan aansprakelijk voor het deel waarvoor zij eigenaar zijn, voor gelijke delen, naar evenredigheid van hun aandeel in de handel of ieder voor het geheel? Deze vraag heeft Julianus gesteld. Zijn antwoord luidde dat het de meest juiste oplossing is dat, naar het voorbeeld van de redersactie en de actie inzake toegewezen vermogen, ieder van hen voor het geheel kan worden aangesproken. Wat degene die aangesproken is, betaald heeft, zal hij kunnen terugkrijgen met de vennootschapsactie of met de delingsactie. Met deze →

Hansen inderdaad de bedrijfsleider was van de wijnvennootschap en verwees daarvoor naar het vennootschapscontract tussen Van Poelwijk en Hansen waarin was bepaald dat de vennootschap slechts naar buiten trad ('canteerde') op naam van Hansen. Van Poelwijk was volgens Driebeek dus hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen die Hansen als bedrijfsleider van de vennootschap was aangegaan. Driebeek bleek echter niet in staat te bewijzen dat hij met Hansen in diens hoedanigheid van bedrijfsleider een overeenkomst was aangegaan. Het tegendeel bleek zelfs waar, want Driebeek had alleen Hansen als schuldenaar in zijn boekhouding opgenomen.²² Driebeek stelde nog dat hij ten tijde van de aankoop bekend was met het feit dat Van Poelwijk en Hansen een vennootschap waren overeengekomen en dat hij vertrouwde op de goede reputatie van Van Poelwijk. Pauw noteert:

'Titius bood de Hoge Raad echter aan te verklaren dat het hem bekend was dat Maevius en Sempronius een vennootschap waren aangegaan en dat hij, toen hij de wijn aan Maevius verkocht, juist was afgegaan op de goede reputatie van Sempronius.'²³

Met andere woorden: Driebeek zei dus dat hij er vanuit mocht gaan dat Van Poelwijk kon worden aangesproken op betaling van de schuld. De stelling van Driebeek moet worden gezien vanuit de mogelijkheid die het Romeinse recht bood om een derde waarmee geen contractuele relatie bestaat op basis van verrijktingsrechtelijke beginselen aan te spreken. Van Bijnkershoeck noemt deze mogelijkheid in OT 586 (1710) en verwijst daarbij naar D. 12.1.32. Het gaat daarbij om een beruchte tekst waaruit men het bestaan van een zogenoemde *condictio ex aequitate* heeft menen te mogen afleiden. De tekst daarvan luidt als volgt:

'Als u zowel van mij als van Titius geld te leen hebt gevraagd en ik mijn schuldenaar opgedragen heb dat hij u het geld bij stipulatie moet beloven en u het van hem gestipuleerd hebt, terwijl u meende dat hij de schuldenaar van Titius was, bent u dan jegens mij verbonden? Ik heb mijn twijfels, voor zover u tenminste geen overeenkomst rechtstreeks met mij hebt

zienswijze hebben wij ook hierboven reeds onze instemming betuigd' (*Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. Et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus*).

22. Dat is ook niet zo verwonderlijk omdat uit het resolutieboek blijkt dat de vennoten waren overeengekomen dat uitsluitend Hansen de directie zou voeren en dat de vennootschap uitsluitend op naam van Hansen naar buiten zou treden. Van Poelwijk was dus 'onzichtbaar' voor derden.
23. OTN 145: *Obtulit quidem Titius apud H.R. iusjurandum cognitam sibi fuisse societatem Maevium inter et Sempronium initam seque, cum vinum Maevio venderet, secutum maxime fidem Sempronii (...).*

HOOFDSTUK 3

gesloten. Maar ik ben er toch eerder toe geneigd te menen dat u wel verbonden wordt; niet omdat ik u geld geleend heb (dat is immers alleen mogelijk tussen mensen die het met elkaar eens zijn) maar omdat mijn geld bij u terecht is gekomen en het dan redelijk en billijk is dat dit door u aan mij wordt teruggegeven'.²⁴

Naar hedendaagse maatstaven legde Driebeek ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag aan zijn vordering.²⁵ Deze vordering biedt uitkomst als degene met wie de contractuele relatie bestaat geen verhaal biedt. In zo'n geval spreekt men de derde aan die is verrijkt door de rechtshandeling met de insolvente contractspartij. Het Romeinse recht kende ter verevening van ongegronde vermogensverschuivingen in beginsel slechts één rechtsmiddel, te weten de *condictio* of 'condictie'.²⁶ Condicties kenmerken zich door het feit dat zij een onmiddellijke vermogensverschuiving tussen verrijkingsschuldeiser en verrijkingsschuldenaar vooronderstellen. De vordering uit onverschuldigde betaling is hiervan het beste voorbeeld. *Derden* konden daarom niet rechtstreeks worden aangesproken met een condictie. Op deze Romeinsrechtelijke hoofdregel bestond slechts één uitzondering en dat was de eerdergenoemde tekst van D. 12.1.32, die de mogelijkheid biedt een derde aan te spreken met wie geen rechtstreekse vermogensverschuiving had plaatsgevonden.

Driebeek stelde zich kennelijk op het standpunt dat Van Poelwijk ongerechtvaardigd was verrijkt als gevolg van de koopovereenkomst met Hansen en meende dat het redelijk was dat Van Poelwijk het bedrag waarmee hij was verrijkt (de koopsom) aan Driebeek restitueerde. De Hoge Raad legde de stelling van Driebeek ter zijde omdat nergens uit bleek dat Driebeek van het bestaan van de vennootschap op de hoogte was. Kennis van het bestaan van de vennootschap bij de verkoper was volgens de Hoge Raad dus het onderscheidend criterium. Dat is overigens opmerkelijk: het lag meer voor de hand om eerst vast te stellen *dat* Van Poelwijk was verrijkt door de wijntransactie. Voor die wetenschap is niet relevant of Driebeek van het bestaan van de vennootschap wist.

-
24. D. 12.1.32: *Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium tecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*
25. Zie over ongerechtvaardigde verrijking in het Romeinse en Rooms-Hollandse recht: Zimmermann, *Obligations*, 834-901; W.J. Zwolve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 7 (1995) 157-163; D.M.A. Gerdes, *Derdenverrijking* (Groningen 2005) 17-25; F. Brandsma, 'Derdenverrijking. Quint-Te Poel of een varkensstal en art. 6:212 BW', *RM Themis* 1994, 251-271.
26. Condicties in de Digesten zijn: D. 12.4 (*condictio causa data causa non secuta*); D. 12.5 (*condictio ob turpem vel iniustam causam*); D. 12.6 (*condictio indebiti*); D. 12.7 (*condictio sine causa*); en D. 13.1 (*condictio furtiva*).

Mogelijk heeft Driebeek gepoogd om vanuit het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking de handelspraktijk, waarin beide vennoten hoofdelijk aansprakelijk waren voor elkaars handelingen, in overeenstemming te brengen met het Romeinse recht. De formele afhandeling van de Hoge Raad doet deze poging teniet. Steun voor deze aannahme kan worden gevonden in de eerder beschreven OT 1594, waaruit kan worden afgeleid (maar meer ook niet) dat de ene vennoot op basis van de redelijkheid aansprakelijk was voor handelingen van zijn medevennoot.

Pauw vraagt zich verder af hoe het oordeel van de Hoge Raad zou hebben geluid als Driebeek wél een overeenkomst met Hansen was aangegaan in diens hoedanigheid van bedrijfsleider. Hij meent dat Van Poelwijk ook dan niet aansprakelijk was voor betaling van de koopsom. Hij verwijst daarbij naar het Romeinse recht, waarin is bepaald dat de reder niet aansprakelijk is voor de kapitein en de opdrachtgever voor de bedrijfsleider, als deze zijn aanstellingsvoorwaarden te buiten gaat.²⁷ Hansen had de wijn buiten medeweten van Van Poelwijk gekocht, terwijl in de vennootschapsovereenkomst was bepaald dat voor de aankoop van wijn de instemming van beide vennoten nodig was. Hansen had dus de voorwaarden waaronder de vennootschap was aangegaan, overtreden en verbond zijn medevennoot volgens Pauw niet. Op deze gronden zouden de vorige vonnissen bekrachtigd moeten worden.

Aan het einde krijgt de zaak een onverwachte wending. Uit de processtukken bleek dat Van Poelwijk na ontbinding van de vennootschap beslag had gelegd op de opbrengst van de wijnverkoop. Onder de beslagen som bevond zich hoogstwaarschijnlijk ook de opbrengst van de partij wijn die Hansen van Driebeek had gekocht. Als dat inderdaad zo was, dan kon Van Poelwijk volgens de Hoge Raad op grond van de *actio de in rem verso* toch worden aangesproken

27. D. 14.1.1.12: ‘Kortom, het is de aanstellingsovereenkomst die de concrete rechtsverhouding tussen de contracterende partijen bepaalt. Daarom zal de reder, indien hij de kapitein uitsluitend heeft aangesteld om het vrachtgeld te innen en niet ook om het schip te verhuren (omdat hij dit bijvoorbeeld al zelf verhuurd had) niet aansprakelijk zijn, indien de kapitein het schip verhuurd heeft (...)’ (*Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet (quod forte ipse locaverat), non tenebitur exercitor, si magister locaverit (...)*).

D. 14.3.11.5: ‘De aanstellingsvoorwaarden moeten in acht worden genomen. Wat immers als de principaal gewild heeft dat men met zijn bedrijfsleider slechts onder een bepaalde voorwaarde of met inschakeling van een bepaalde persoon of onder inpandgeving een contract sluit of ten behoeve van een bepaald project. Het zal ten zeerste billijk zijn de grenzen in acht te nemen waarbinnen de aanstelling is geschied (...)’ (*Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est (...)*).

HOOFDSTUK 3

voor de betaling van de koopsom. De *actio de in rem verso* is in het Rooms-Hollands recht²⁸ onderdeel van de algemene verrijkingsactie die in het Rooms-Hollands recht voor het eerst door De Groot wordt genoemd²⁹ en door hem wordt aangeduid als ‘verbintenis uit baattrekking’³⁰. Hij omschrijft de verbintenis uit baattrekking als volgt:

‘Verbintnisse door Baet-trecking ontstaet wanneer yemant sonder vorige regt-gunninge baet trekt, ofte soude komen te trecken uyt eens anders goet.’

De *actio de in rem verso* vormde één van de mogelijkheden in het Rooms-Hollands recht om, buiten de slechts rechtstreeks tussen de verarmde en de verrijkte werkende condities, toch een derde rechtstreeks aan te spreken en terugbetaling te verlangen van het ten onrechte betaalde bedrag.³¹ Via de omweg van de *actio de in rem verso* kwam de Hoge Raad dus toch toe aan beantwoording van de vraag of Van Poelwijk aansprakelijk was. Uit de *observatio* blijkt dat Van Poelwijk kon worden aangesproken op betaling van de koopsom voor zover hij verrijkt was door de wijntransactie. Kennelijk was voor aansprakelijkheid van de niet handelende vennoot dus voldoende dat de opbrengst in de vennootschap terecht was gekomen. De Hoge Raad bood Driebeek daarom de mogelijkheid om te bewijzen of onder de beslagen som zich ook de opbrengst van de wijn bevond en zo ja voor welk bedrag.

3.2 Externe aansprakelijkheid van reders

De externe aansprakelijkheid van reders komt slechts in enkele uitspraken van de Hoge Raad aan de orde. Daarbij speelt de ‘boekhouder’ van de rederij steeds

28. De *actio de in rem verso* was in het Romeinse recht beperkt tot gevallen waarin personen die geen eigen vermogen hadden, zoals een slaaf en een aan het gezag van zijn vader onderworpen zoon, rechtshandelingen hadden verricht waardoor zijn eigenaar of vader was verrijkt. De eigenaar of vader kon in het Romeinse recht namelijk niet rechtstreeks worden aangesproken op de verplichtingen die de slaaf of de zoon met de derde was aangegaan. De *actio de in rem verso* bood deze derde de mogelijkheid om de eigenaar of vader rechtstreeks aan te spreken wanneer datgene wat de zoon of slaaf van de derde had verkregen in het vermogen van de vader of eigenaar was gevloeid. Het feit dat het *Corpus Juris* éénmaal de toepasselijkheid van de *actio de in rem verso* uitbreidt tot rechtshandelingen van iemand die geen slaaf of aan de vader onderworpen zoon is (C. 4.26.7.3), heeft ertoe geleid dat in het gemene recht is gepoogd om op grond van deze tekst een algemene verrijkingsactie te construeren. Zie over de ontwikkeling van de *actio de in rem verso*: Zimmermann, *Obligations*, 878-884; Zwolve, *Zaakwaarneming*, 160 noot 32.

29. Zimmermann, *Obligations*, 885-886.

30. De Groot, *Inleiding*, 3.30.

31. Zie over ongerechtvaardigde verrijking in het Rooms-Hollands recht: Wouter de Vos, *Verrijkingsaanspreekbaarheid in die Suid-Afrikaanse reg* (Kaapstad 1987) 61-120.

een belangrijke rol. De boekhouder was de vennoot die de feitelijke leiding van de onderneming op zich had genomen. De andere reders onthielden zich van beheershandelingen. De voorname rol van de boekhouder blijkt ook uit het feit dat in de hierna volgende uitspraken de boekhouder enerzijds de eerst aangesprokene was en anderzijds degene op wiens naam de rederij procedeerde.

OT 397 (1708) betreft een geschil tussen de boekhouder van een schip en de reders van een ander schip. Een derde (Titius) had zich op 7 november 1670 borg gesteld voor voldoening van de proceskosten. Na twintig jaar (!) procederen werd de boekhouder in 1690 in het ongelijk gesteld en veroordeeld tot betaling van de proceskosten. Omdat de boekhouder niet betaalde, spraken de reders Titius als borg aan. Nadat Titius hun had betaald, sprak hij op zijn beurt de boekhouder aan. De boekhouder zei dat hij weliswaar aan het hoofd van de vennootschap (dus de rederij) was gesteld als een soort bedrijfsleider (*quasi institorem*), maar dat de vennootschap inmiddels was ontbonden en dat hij al op 31 oktober 1672 rekening en verantwoording had afgelegd. De boekhouder verklaarde desondanks bereid te zijn om naar verhouding van zijn aandeel in de rederij (*pro sua parte*) te betalen, maar voor het overige moest de borg zich maar tot zijn voormalige medevennoten richten. Hij stelde in dit verband dat, anders dan onder het Romeinse recht, reders naar de toenmalige gewoonte niet hoofdelijk (*in solidum*) maar evenredig (*pro parte*) aansprakelijk waren. Ook stelde hij dat een boekhouder na beëindiging van zijn functie niet meer aansprakelijk was voor de handelingen die hij als boekhouder had verricht.³²

Het gerecht van Vlissingen, het Hof en de Hoge Raad stelden de boekhouder in het ongelijk en wezen de vordering van Titius toe. De boekhouder werd door de Hoge Raad dus hoofdelijk aansprakelijk geacht. De Hoge Raad overwoog dat het onbehoorlijk zou zijn als Titius zou worden gedwongen tegen verschillende gedaagden te procederen. Van belang was volgens de Hoge Raad ook dat de boekhouder bij ontbinding van de vennootschap gelden had kunnen reserveren voor de betaling van de proceskosten. De functie van boekhouder bleef volgens de Hoge Raad bovendien bestaan zolang de procedure voortduurde en de betaling van proceskosten behoorde nu eenmaal tot die functie. Alle gerechten bevestigden overigens dat de boekhouder wel een regresvordering op zijn medereders had.

In OT 1130 (1715) wordt de aard van de aansprakelijkheid van reders afhankelijk gesteld van de verwijtbaarheid. Een schipper die opdracht had om goederen naar Amsterdam te brengen, legde tegen de instructies van de rechthebbenden in, aan in Zeeland. Naar eigen zeggen omdat hij bevreesd was voor vijanden, volgens de eigenaren van de lading omdat zowel hij als de reders

32. OT 397: *Finito officio non posse conveniri eorum nomine quae institor gessit.*

HOOFDSTUK 3

Zeeuwen waren. In Zeeland aangekomen, bracht de boekhouder van de reders (*praefectus exercitoriae*) de eigenaren van de lading ervan op de hoogte dat de lading zich in Zeeland bevond en bood hun zijn diensten aan. De eigenaren van de lading waren woedend. Zij gaven een ander opdracht om de goederen te lossen en deelden de schipper mee dat de lading op zijn kosten naar Amsterdam moest worden vervoerd. Het schip werd gelost en overgeladen. Toen de lading in Rotterdam was aangekomen, werd die echter in beslag genomen en verbeurd verklaard omdat het bewijs van de betaling van convoyen en licenten ontbrak, dat in Zeeland was achtergebleven. Nadat een deel van de waarde van de goederen uiteindelijk toch aan de eigenaren was betaald, dagvaardden deze de schipper, de boekhouder en de overige reders voor het Hof en vorderden betaling van het restant van de waarde. Zij vorderden hoofdelijke veroordeling van de schipper en de boekhouder en veroordeling naar evenredigheid van de waarde van het schip van de overige reders. Het Hof wees de vordering toe.

De Hoge Raad stelde de vraag aan de orde of de schipper en de reders een verwijt kon worden gemaakt. Drie raadsheren meenden van niet. De schipper was volgens hen weliswaar van koers veranderd, maar uit stukken bleek dat de eigenaren van de lading hun goedkeuring hadden verleend aan die wijziging, onder de voorwaarde dat de schipper de kosten van transport naar Holland zou dragen. De boekhouder kon volgens deze drie raadsheren evenmin een verwijt worden gemaakt. Deze had de binnenschepen (waar de lading in was overgezet) keurig voorzien van binnenlandse paspoorten. Juist degene aan wie het overlader was opgedragen, was vergeten het betalingsbewijs van de belasting aan de binnenlandse schipper mee te geven. Van Bijkershoek roept uit: *hinc illae lachrymae!* Nalatigheid van de overlader had geleid tot de inbeslagname van de lading en de geleden schade.

Drie andere raadsheren waren het hier niet mee eens. De inbeslagname was volgens hen aan de schuld te wijten van hetzij de schipper (wiens daden aan de reders werden toegerekend), hetzij de boekhouder. De schipper omdat deze tegen de afspraak in het schip in Zeeland had aangelegd; de boekhouder omdat deze voor het bewijs van betaling van de belasting had moeten zorgen. Van Bijkershoek is het hier niet mee eens. Hij stelt dat de (doorslaggevende) mening van de president, die de kool en de geit wilde sparen³³, ‘*riekt naar boersheid en de ploeg*’.³⁴

Omdat één van de raadsheren van mening was dat de inbeslagname slechts aan de schuld van de schipper te wijten was en niet van de boekhouder, werd de uitspraak van het Hof gewijzigd: de schipper werd tot betaling van het geheel

33. Uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad (NA 3.03.02.666) blijkt dat de president heeft opgemerkt: ‘Dat dit een notoir ongeluk, en als een *casus fortuitus*, dat de schipper is de *causa remota*, maer d’Admiraliteit *causa proxima*, soude elke partijen de helft van de schade laten dragen, d’interessen van de schade ontseggen en de kosten compenseren’.

34. OT 1130: (...) *quae opinio rus et stivam olet*.

veroordeeld, de overigen (boekhouder en overige reders) naar evenredigheid van hun aandeel in de waarde van het schip. De Hoge Raad stelde de aard van de aansprakelijkheid dus afhankelijk van de verwijtbaarheid.

De prominente (en financieel risicovolle) positie van de boekhouder blijkt duidelijk uit OTN 1034 (1767).³⁵ Op 11 augustus 1752 werd in Amsterdam een rederij opgericht.³⁶ Hermanus Volkman (in de *observatio* als 'Titius' aangeduid) werd als boekhouder aan het hoofd van deze onderneming gesteld. De reders droegen hem op om hetzij een kant en klaar schip te kopen, hetzij er een te laten bouwen. Volkman liet vervolgens een nieuw schip bouwen en Dirk Smit (in de *observatio* als 'Cajus' aangeduid) verschaftte daarvoor de benodigde ijzeren werktuigen. Daarop bood hij Volkman zijn rekening aan, die Volkman accepteerde en waarop hij aantekende dat de kassier deze diende uit te betalen. Maar voordat Smit was betaald, werd Volkman op 11 september 1753 uit zijn ambt ontheven en werden H. Brinkman, S. van den Berg en Jan Kok (in de *observatio* in enkelvoud als 'Sejus' aangeduid) door de reders voor hem in de plaats gesteld. Smit dagvaardde daarop Brinkman c.s. voor de rechters die te Amsterdam kennis namen van de maritieme zaken en vorderde betaling van zijn rekening. Zijn vordering werd echter op 14 januari 1756 afgewezen. Vervolgens dagvaardde hij de overige reders voor dezelfde rechters, maar op 2 maart 1757 werd ook deze vordering afgewezen. Uiteindelijk vorderde Smit betaling van Volkman, die ten slotte op 24 mei 1757 daartoe werd veroordeeld. Dit vonnis werd op 13 augustus 1758 door de schepenen bekrachtigd, maar vervolgens op 12 april 1763 door het Hof vernietigd.³⁷

Eenmaal bij de Hoge Raad aangekomen, voerde Volkman allereerst aan dat Smit niet met hem een overeenkomst was aangegaan maar met de reders. Dit zou blijken uit de boekhouding van Smit waarin niet hij maar de reders werden aangeduid als schuldenaar. Dit verweer achtten alle raadsheren echter volkomen waardeloos. Volgens de Hoge Raad moest degene die als boekhouder aan het hoofd staat van een rederij worden beschouwd 'als de vertegenwoordiger van het geheel'.³⁸ De boekhouder verricht de rechtshandelingen voor de rederij, wordt aangesproken op alle zaken die de rederij aangaan en fungeert als procespartij. Volkman had dit volgens de Hoge Raad ook bevestigd door de rekening van Smit aan te nemen en daaronder eigenhandig een order aan de kassier tot betaling te stellen.

35. Namen van de procespartijen blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.678.

36. Uit de aanduiding van de onderneming blijkt dat de rederij volgens de Hoge Raad een vorm van vennootschap is: 'een vennootschap opgericht met als doel de exploitatie van een schip' (*societas de exercenda nave*).

37. De *observatio* vermeldt de gronden voor de afwijzing van beide vorderingen niet.

38. OTN 1034: (...) *quasi actor est universitatis*.

HOOFDSTUK 3

Het tweede verweer van Volkman was volgens de raadsheren sterker. Volkman was al in het jaar 1753 uit zijn ambt gezet en werd pas in het jaar 1757 gedagvaard. Volgens Volkman was hij na beëindiging van zijn functie niet meer aansprakelijk voor rechtshandelingen die hij had verricht gedurende zijn aanstelling. Volgens de Hoge Raad waren de rechtsgeleerden het niet eens over de vraag of hij die de zaken behartigt van een onderneming die een ander toebehoort nog aansprakelijk is nadat zijn functie is beëindigd. Pauw wijst op Cujacius, die in zijn commentaar op D. 26.9.5.1³⁹ vermeldt dat zij die tegen hun wil tot de onderneming zijn toegetreden, zoals beheerders van stedelijke zaken en voogden van minderjarigen, niet meer aansprakelijk zijn nadat hun functie is beëindigd.⁴⁰ Vrijwillige beheerders blijven volgens Cujacius⁴¹ echter ook na beëindiging van hun ambt aansprakelijk. Hij verwijst daarbij naar D. 3.3.67⁴², waarin wordt bepaald dat de beheerder (*procurator*) die voor de uitwinning van stukken grond zijn woord heeft gegeven, daaraan gebonden blijft nadat hij zijn functie heeft neergelegd. Andere rechtsgeleerden ontkenden volgens Pauw echter dat deze rechtsregel in het algemeen voor beheerders opgaat en beperkten de werking daarvan tot gevallen waarin de beheerder zich in eigen naam verplichtte ten bate van degene wiens onderneming hij dreef.⁴³ Volgens Pauw is dit oordeel juist, mede omdat het de gewoonte volgt. Op grond daarvan meenden drie raadsheren dat het vonnis van het Hof moest worden bekrachtigd. De overige raadsheren (ofschoon ook zij deze jurisprudentie aanvaardden) ontkenden echter dat Volkman daarmee in dit specifieke geval geholpen was. Hij had volgens hen immers de betalingsverplichting aanvaard door het stellen van een order tot betaling onder de rekening van Smit. Pauw was echter van

-
39. D. 26.9.5.1: 'Een voogd die de garantie gegeven heeft dat hij het bedrag zal betalen waartoe de vader van de pupil veroordeeld was, wijst na de beëindiging van de voogdij de actie terecht af (...)' (*Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat (...)*).
40. Jacques Cujacius, *Papinianus. Hoc est, in response Aemilii Papiniani, jureconsultorum coryphaei, recitationes accuratissimae a multis multum expetitae*. Opera postuma II (Frankfurt 1595), commentaar bij D. 26.9.5.1.
41. Cujacius, *Papinianus*, commentaar bij D. 3.3.67.
42. D. 3.3.67: 'De vertegenwoordiger die ter zake van de uitwinning van percelen grond die hij verkocht heeft zijn woord heeft gegeven, wordt, ook al heeft hij de zaakwaarneming gestaakt, toch niet met behulp van de praetor van de last van die verbintenis ontheven. Een vertegenwoordiger die ten bate van zijn principaal de knellende banden van een verbintenis op zich heeft genomen, wijst de last daarvan namelijk tevergeefs af' (*Procurator, qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur: nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat*).
43. Pauw verwijst naar: Antonius Faber, *Rationalia in primum et secundum partem pandectarum* (Geneve 1631) commentaar bij D. 3.3.67; Cornelis van Eck, *Principia juris civilis, secundum ordinem Digestorum* (Franeker 1689) commentaar bij D. 14.3; Huber, *Praelectiones*, commentaar bij D. 14.1 nummer 4 en verder; Van den Sande, *Decisiones*, boek 3, titel 7, definitie 1; en Voet, *Commentarius*, D. 14.3 nummer 6.

mening dat deze aantekening louter een opdracht (*mandatum*) inhield. Als deze opdracht al tot een betalingsverplichting van Volkman jegens Smit leidde, had Smit volgens Pauw geen vordering meer tegen Volkman nadat deze zijn functie had neergelegd. Pauw komt tot dit oordeel ‘op grond van de onontkoombare autoriteit’⁴⁴ van D. 50.8.3.2:

‘Tegen degene die in zijn ambtsperiode aan schuldeisers van de stad bij noverende stipulatie [terugbetaling van] een geldsom heeft toegezegd, behoort nadat hij zijn ambt heeft neergelegd de desbetreffende actie niet geweigerd te worden. Anders is de rechtsverhouding bij degene die over de betaling een nadere afspraak heeft gemaakt; zo iemand staat immers op één lijn met iemand die namens de stad iets verkocht of verpacht heeft.’⁴⁵

Maar de meerderheid wint en dus werd het vonnis van het Hof op 2 december 1767 vernietigd en werden de vonnissen van de voorgaande rechters bekrachtigd. De *observatio* vermeldt overigens niet of Volkman vennoot was of in loondienst als boekhouder werkzaamheden verrichtte. Nergens wordt hij als vennoot aangeduid, wel echter als *procurator*, degene die zaken beheert die aan een ander toebehoren. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat Volkman zelf geen vennoot was. Uit het resolutieboek blijkt echter het tegendeel.⁴⁶

3.3 Procespartij

Uit OTN 795 (1761) blijkt dat een vennootschap als zodanig als procespartij kon optreden. Deze uitspraak betreft de heren Burmannus, Kruijmel en Van der Pals (in de *observatio* aangeduid als *tres Titii* oftewel ‘de drie Titii’) die met Benjamin Joseph Trotter (in de *observatio* aangeduid als ‘Cajus’) een vennootschap overeenkwamen om een oesterkwekerij te exploiteren.⁴⁷ Trotter trad na enige tijd uit en kwam met de overige vennoten overeen dat hij nadien de oesters voor een gunstige prijs mocht inkopen. De overige vennoten verenigden zich enige tijd later met een tweetal anderen (de gebroeders Van Rijswijk), waarna de vennootschap naar buiten trad onder de naam ‘Burmannus & Compagnie’ (in de *observatio* als ‘Titius & Compagnie’ aangeduid). Trotter voldeed op zeker moment niet meer aan zijn verplichting. Zijn betalingsachterstand betrof zowel de periode waarin Burmannus, Kruijmel en Van der Pals nog

44. OTN 1034: (...) *ob expressam auctoritatem* (...).

45. D. 50.8.3.2: *In eum, qui administrationis tempore creditoribus rei publicae novatione facta pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diversa causa est eius, qui solvi constituit: similis etenim videtur ei, qui publice vendidit aut locavit.*

46. De resolutie tot de sententie van de Hoge Raad vermeldt over Volkman: ‘(...) uit deselve reders aangesteld’.

47. Namen van de procespartijen blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.677.

HOOFDSTUK 3

alleen handelden als de periode waarin zij zich met de twee nieuwe vennoten hadden verenigd en onder de naam 'Burmannus & Compagnie' aan het handelsverkeer deelnamen. Trotter werd evenwel gedagvaard door 'Burmannus & Compagnie' die betaling vorderde van het openstaande geldbedrag. Procespartij was dus uitsluitend de nieuwe vennootschap en niet de vennoten afzonderlijk.

Trotter stelde zich bij de Hoge Raad op het standpunt dat hij geen verplichtingen was aangegaan met een vennootschap maar met de drie vennoten afzonderlijk. Trotter doelde hier op het deel van de vordering dat betrekking had op de periode dat Burmannus, Kruijmel en Van der Pals nog gedrieën handelden, de twee laatste vennoten nog niet waren toegetreden en de naam van de nieuwe vennootschap nog niet bestond. De Hoge Raad oordeelde echter dat onder de naam 'Burmannus & Compagnie' ook de vennoten afzonderlijk moesten worden verstaan.

Voor het deel van de vordering dat betrekking had op de periode vanaf het moment dat de twee laatste vennoten waren toegetreden en de vennoten onder de naam 'Burmannus & Compagnie' aan het handelsverkeer deelnamen, voerde Trotter geen verweer. Kennelijk accepteerde hij voor dit deel van de vordering dat de vennootschap zelf als procespartij kon optreden en dat het niet noodzakelijk was dat de vennoten in persoon als procespartij aan de procedure deelnamen. Mogelijk is dit te verklaren uit het feit dat Trotter de onderliggende betalingsverplichting was aangegaan met de vijf vennoten die gezamenlijk de nieuwe vennootschap vormden.

Trotter merkte verder op dat hij op deze manier werd verhinderd om een tegenvordering in te stellen op grond van het contract dat hij eerder met Burmannus, Kruijmel en Van der Pals was aangegaan.⁴⁸ De tegenvordering diende hij in deze procedure immers noodzakelijkerwijs in te stellen tegen 'Burmannus & Compagnie', een toen nog niet bestaande vennootschap met twee nieuwe vennoten die geen partij waren bij de initiële overeenkomst. Deze plooi streek de Hoge Raad op een merkwaardige maar praktische wijze glad. Allereerst herhaalde de Hoge Raad dat onder de naam van de vennootschap ook de drie afzonderlijke vennoten moesten worden begrepen. De tegenvordering moest worden geacht ook tegen hen afzonderlijk te zijn gericht. Voor de twee nieuwe vennoten gold dat zij voor het deel van de vordering dat betrekking had op de periode dat zij nog geen vennoot waren ook als eisers fungeerden.⁴⁹ Daarom mochten zij samen met Burmannus, Kruijmel en Van der Pals worden betrokken bij de tegenvordering, ook al waren zij daarbij geen partij. Met andere woorden: omdat de twee nieuwe vennoten aanspraak maakten op de

48. De aard en het beloop van de tegenvordering blijkt niet uit de *observatio*.

49. Namelijk door te accepteren dat de vennootschap die met hun toetreden is ontstaan als procespartij kan optreden ter zake een vordering die zijn grondslag vindt in de periode voor het ontstaan.

EXTERNE VERHOUDINGEN

voordelen van een rechtsverhouding waarbij zij aanvankelijk geen partij waren, dienden zij ook de risico's daarvan te dragen. Het is niet waarschijnlijk dat in deze uitspraak de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap werd bevestigd, in de zin van een de vennootschap als zelfstandig draagster van rechten en plichten. De vennootschap was slechts de procesrechtelijke entiteit die de afzonderlijke vennoten vertegenwoordigde. De afzonderlijke vennoten bleven materieel de belanghebbenden bij de vordering. Het opmerkelijke en juridisch onverklaarbare gevolg van het oordeel van de Hoge Raad is evenwel dat de twee vennoten uitsluitend door toetreding in de vennootschap en zonder enige aanvullende rechtshandeling partij werden bij de rechtsverhouding tussen enerzijds Trotter en anderzijds Burmannus, Kruijmel en Van der Pals.

Hoofdstuk 4. Vennootschap op aandelen

4.1 Vennootschap op aandelen

4.1.1 Aandeel

De definitie van de Hoge Raad van een aandeel in een vennootschap treft men aan in OTN 1148 (1771). De zaak is van erfrechtelijke aard, waarin testamentair was bepaald dat effecten voor de nominale waarde moesten worden gewaardeerd, uitgezonderd *‘de actien in eenige compagnien, ’t zij binnen of buiten dezelve landen’*. Deze dienden volgens het testament te worden gewaardeerd op de werkelijke waarde op datum van overlijden. Dit leidde tot de vraag of effecten in *‘Engelse India annuïteiten, in geconsolideerde Engelse annuïtaten van 3 pc. en in promesses op de Oost-Ind. Compagnie in Frankrijk’* vielen onder de kwalificatie *‘actien in eenige compagnien’* en dus gewaardeerd moesten worden op de werkelijke waarde op datum van overlijden. De Hoge Raad ontkende dit unaniem. Daaronder konden volgens de Hoge Raad alleen worden gebracht:

‘zulke effecten die jaarlijks een onzekere uitdeling geven, al naar gelang de winst of verlies die de compagnie maakt’.¹

De genoemde effecten gaven een jaarlijkse vaste rente, evenals andere *‘obligatien tot laste van corporatien of particulieren’*.²

4.1.2 Winstuitdeling

De vraag op welk moment het recht op uitkering van een winstaandeel ontstond, kwam aan de orde in OT 575 (1709). Deze *observatio* betreft een geschil tussen de erfgenaam van stadhouder Willem III (die tevens koning van Engeland was geweest) en het College der Heren Zeventien (*Collegium XVII*

1. OTN 1148: (...) *zulke effecten die jaarlijks eene onzekere uitdeling geven, pro modo lucri aut damni quod societas fecerat* (...).

2. Uit deze overweging van Van Bijkershoek blijkt dat de Hoge Raad onderscheid maakte tussen natuurlijke personen en ‘corporatien’. In dit onderscheid kan een aanwijzing worden gevonden dat de Hoge Raad rechtspersoonlijkheid toekende aan ondernemingen als de VOC.

HOOFDSTUK 4

Societatis Indicae) van de VOC. De Heren Zeventien hadden bepaald dat Willem en zijn nakomelingen in mannelijke lijn recht hadden op 1/33^{ste} deel van alle ‘*uytgiften*’ (winstuitkeringen) die het College der Heren Zeventien ‘*sal resolveren*’ (zal besluiten) aan de ‘*gemeene participanten*’ (aandeelhouders) te doen. De waarde van dit recht werd later gelijkgesteld met een aandelenkapitaal van 200.000 gulden. De koning-stadhouder werd dus deelgerechtigd tot de winst van de Compagnie zonder dat daartegenover daadwerkelijk een aandeel of storting in het kapitaal van de Compagnie stond.

Vroeg in 1702 besliste het College der Heren Zeventien dat een winstuitkering van 20% zou worden gedaan. Het winstaandeel zou betaalbaar worden gesteld in mei van hetzelfde jaar. In maart 1702 overleed Willem kinderloos: ná de beslissing om tot uitdeling over te gaan maar vóór de betaalbaarstelling. De Raad van de Koning vorderde namens de erfgenaam uitbetaling van het winstrecht. De Compagnie weigerde daartoe over te gaan. De Raad van de Koning dagvaardde de Compagnie daarop voor het Hof van Holland. Nadat het Hof de vordering had afgewezen, ging de Raad van de Koning in beroep bij de Hoge Raad.

De erfgenaam van Willem vergeleek de Koning met een vruchtgebruiker, die zijn vruchten geniet als ze zijn ontvangen. Bij wijze van juridische fictie werd de koning hier beschouwd als de houder van een aandelenkapitaal ter waarde van 200.000 gulden. De erfgenaam stelde zich op het standpunt dat de zinsnede ‘*sal resolveren*’ ertoe leidde dat het recht op de uitdeling was ontstaan op het moment dat het besluit (de ‘*resolutie*’) tot winstuitdeling werd genomen, niet pas op het moment van de betaalbaarstelling. Hoewel de winstuitdeling op het moment van beslissen nog niet betaalbaar was gesteld, was het recht op uitbetaling volgens de erfgenaam al op de dag van het besluit ontstaan.³

De Compagnie bracht daar tegenin dat ‘*sal resolveren*’ moet worden gelezen als ‘*sal doen*’ (betaalbaar zal stellen). In het kader van de vergelijking met een vruchtgebruiker stelde de Compagnie dat de koning de vruchten van zijn fictieve kapitaal pas realiseert op het moment dat hij deze daadwerkelijk ontvangt. In dit geval had de Compagnie de vruchten weliswaar al ontvangen

3. OT 575: ‘De erfgenaam van Willem vergeleek de Koning met een vruchtgebruiker, die de ontvangen vruchten tot de zijne maakt; bij wijze van juridische fictie werd de koning hier echter beschouwd als de houder van een aandelenkapitaal ter waarde van 200.000 gulden; dat kapitaal had ten tijde van de beslissing die 20% al gewonnen, want de Compagnie zou immers niet tot een uitdeling besluiten als daarvoor niet voldoende geld in kas of voorraad in het magazijn aanwezig was. (...)’ (*Ad haec Regem comparabat usufructuario, qui utique fructus perceptos suos fecit, fictione autem iuris Regem hic haberi voor een capitalist van 200.000 guldens en dat dat kapitaal ten tijde van de resolutie de 20 per cento al had gewonnen, want dat de Compagnie niet resolveert om sekere uytdeeling te doen, tensij soo veel gelt in casse, of wel de coopmanschappen in de magasijnen sijn (...)*).

maar de koning nog niet.⁴ De koning had volgens de Compagnie dus pas recht op het dividend op het moment van daadwerkelijke betaalbaarstelling. Op het moment dat de koning overleed, was het winstaandeel niet betaalbaar gesteld. De Compagnie voegde daaraan toe dat zij het besluit ook nog had kunnen terugdraaien. De Hoge Raad bekrachtigde de uitspraak van het Hof. De Raad van de Koning verzocht vervolgens revisie van deze uitspraak, welk verzoek in 1713 met de kleinst mogelijke meerderheid werd afgewezen.⁵

De erfgenaam van Willem had volgens de Hoge Raad geen recht op uitbetaling van het dividend omdat de koning was overleden voor de datum waarop de winstuitdeling opeisbaar was geworden. De Hoge Raad maakte voor de opeisbaarheid van de winstuitdeling dus onderscheid tussen het moment waarop de vennootschap besliste tot de uitkering van de winst en de daadwerkelijke betaalbaarstelling. Het moment van betaalbaarstelling was volgens de Hoge Raad bepalend voor de opeisbaarheid. De opeisbaarheid was onder meer van belang voor de verjaring van het winstrecht. Evenals het na-klassieke Romeinse recht, dat een algemene verjaringstermijn van dertig jaar kende⁶, kende ook het Rooms-Hollandse recht een extinctieve verjaringstermijn voor rechtsvorderingen.⁷ Daardoor kon ook het recht op uitbetaling van een winstaandeel verjaren. De algemene extinctieve verjaringstermijn bedroeg in het Rooms-Hollands recht drieëndertig jaar en vier maanden.⁸

Naar hedendaags recht ontstaat het recht op dividend nadat de jaarrekening door de vergadering van aandeelhouders is vastgesteld.⁹ Het staat niet vast of een latere betaalbaarstelling gevolgen heeft voor de opeisbaarheid van de winstuitdeling. Mogelijk leidt een latere betaalbaarstelling tot uitstel van de opeisbaarheid en dus van de dag waarop de verjaringsstermijn aanvangt.¹⁰

-
4. Ibidem: 'Maar dat [de vruchtgebruiker] de vruchten niet tot de zijnde maakt, tenzij hij ze daadwerkelijk binnen krijgt; maar dat in dit geval de koning niets heeft ontvangen, ook al had de Compagnie dat wel' (*Sed hunc fructus suos non facere nisi revera perceperit, hic regem non percepisse, quamvis Societas perceperit*).
 5. OT 962.
 6. C. 7.39.3.1: 'Rechtsvorderingen die tevoren niet zijn gebruikt, kunnen na verloop van dertig jaar nadat ze zijn ontstaan niet meer worden ingesteld (...) (*Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem (...)*).
 7. De Groot, *Inleiding*, 3.46.1-8; Van Leeuwen, *Rooms-Hollands regt*, 2.8.7.
 8. De Groot, *Inleiding*, 3.46.3: 'Dese verjaringe by ons geschiet in 't algemeen met het verloop van een derdendeel van hondert jaren.'
 9. Artikel 2:105/216 lid 3 BW. In de statuten van de vennootschap kan een afwijkende regeling worden opgenomen.
 10. Aldus: B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (Groningen 2003) 131 voetnoot 367.

HOOFDSTUK 4

4.1.3 Bestuur

Van Bijckershoek kon zich in het in OT 575 (1709) vermelde oordeel van de Hoge Raad niet vinden. Zowel bij de behandeling van de zaak in hoger beroep, als in revisie, behoorde hij tot de raadsheren die ten gunste van de erfgenaam oordeelden.

In OT 962 (1713), waarin de revisieprocedure wordt behandeld, merkt Van Bijckershoek onder meer op dat de bewindhebbers hebben gewild dat de koning een *socius lucri* (vennoot van winst) van een kapitaal van 200.000 gulden. Als er eenmaal winst is gemaakt, gaat zijn aandeel daarin over op zijn erfgenamen. Toen de bewindhebbers besloten dat een uitdeling zou worden gedaan, verklaarden zij daarmee dat de Compagnie zoveel winst had gemaakt dat daaruit een uitdeling kon worden gedaan. Vanaf dat moment bestond volgens Van Bijckershoek het winstrecht; dat de feitelijke uitbetaling op zich liet wachten, werd louter veroorzaakt door de tijd die de voorbereiding tot de uitbetaling bij de verschillende kamers in beslag nam.

Met name de stelling van de Compagnie dat de koning de vruchten van zijn fictieve kapitaal (de winstuitdeling) pas tot de zijne maakt op het moment dat hij deze feitelijk ontvangt, snijdt volgens hem geen hout. In een marginale aantekening van zijn hand bij de woorden '*quamvis Societas perceperit*', merkt hij op dat de bewindhebbers van de VOC (*curatores societatis*)¹¹ slechts lasthebbers (*mandatarii*) van de participanten zijn. Al hetgeen de bewindhebbers hebben ontvangen (geld en handelswaar), wordt geacht ook reeds door de participanten te zijn ontvangen.¹² De stelling van Van Bijckershoek is opmerkelijk omdat de feitelijke relatie tussen de 'gemeene participanten' van de VOC en de bewindhebbers niet lijkt te voldoen aan de criteria die het Rooms-Hollands recht aan lastgeving stelt.

Voor een goed begrip van het hiernavolgende dient de bestuursstructuur van de VOC kort te worden beschreven. Het bestuur van de VOC bestond uit de colleges van bewindhebbers van de zes plaatselijke kamers van de VOC. De bewindhebbers werden in Zeeland gekozen door de Staten van Zeeland, in Holland door de burgemeesters van de stad waar de desbetreffende kamer zich bevond.¹³ Om tot bewindhebber te worden gekozen, diende men te behoren tot de 'hoofdparticipanten', aandeelhouders met een aanzienlijk kapitaal.¹⁴ Per kamer kozen de bewindhebbers enkele malen per jaar afgevaardigden uit hun midden, die vervolgens een

11. Ook Pauw noemt bewindhebbers van de VOC consequent *curatores*: OTN 71, 683, 805, 950, 1065 en 1429.

12. OT 575: 'Imo vero: *nam curatores Societatis non sunt nisi mandatarii* van de participanten, *atque quod curatores perceperunt, ipsos mandantes jam percepisse credendum est.*'

13. Gastra, *Geschiedenis*, 21.

14. Artikel 28 van het octrooi van de VOC. De tekst van het octrooi is onder meer te vinden in: GPB I, 530. De tekst en transcriptie is eveneens opgenomen in: Gepken-Jager, *VOC*, 1-27. Zie voorts: F.S. Gastra, *Bewind en beleid bij de VOC 1672-1702* (Zutphen 1989) 25.

aantal weken in Amsterdam of Middelburg vergaderden om het centrale beleid van de VOC te bepalen.¹⁵ De zeventien afgevaardigde bewindhebbers werden gezamenlijk ook wel het College der Heren Zeventien genoemd.¹⁶ Het College besliste bij meerderheid van stemmen.¹⁷ De beslissingen van het College werden door de plaatselijke kamers uitgevoerd.¹⁸

Lastgeving veronderstelde volgens het Rooms-Hollands recht allereerst dat de lasthebber de last aanvaardde. Voor de VOC zou dat hebben moeten betekenen dat de bewindhebbers werden benoemd door de aandeelhouders. Dat was niet het geval: zoals eerder vermeld, werden de bewindhebbers door de Staten van Zeeland respectievelijk de burgemeesters benoemd. Voor de aandeelhouders was daarbij geen enkele rol weggelegd.

Verder veronderstelde lastgeving dat de lasthebber verplicht was om aan de hem gegeven last te voldoen.¹⁹ De lasthebber diende de opdracht dus uit te voeren volgens de instructies van de lastgever. De lastgever was met andere woorden degene die bepaalde hoe de lasthebber zijn taken uitvoerde. Voor zover zij niet tot de hoofdparticipanten behoorden, hadden de aandeelhouders van de VOC niet of nauwelijks invloed op het bestuur van de VOC. Een vergadering van aandeelhouders die de bewindhebbers controleerde, bestond niet. Individuele aandeelhouders hadden geen mogelijkheid bewindhebbers op hun beleid aan te spreken. Slechts een selecte groep aandeelhouders kon beperkt controle op de bewindhebbers uitoefenen door de instelling van een drietal commissies. Deze commissies bestonden uit de hoofdparticipanten (dezelfde groep waartoe ook de bewindhebbers behoorden) en hadden voornamelijk een adviserende functie.²⁰

Een lasthebber diende ook (ten minste mede) in het belang van de lastgever te handelen.²¹ Het was de vraag of de bewindhebbers altijd het belang van de ‘gemeene participanten’ dienden. Met name in de beginperiode beklagden de aandeelhouders zich over onder meer het uitblijven van dividend, van openheid in de financiële situatie en zelfverrijking van de bewindhebbers.²² Een lasthebber mocht geen beloning ontvangen voor zijn werkzaamheden.²³ Slechts een onkostenvergoeding was toelaatbaar.²⁴ Ook aan deze eis voldeden de bewindhebbers niet: zij werden voor hun diensten meer dan kostendekkend

15. Artikel 3 van het Octrooi vermeldt: (...) *om te resolveren wanneer men sal equipperen met hoeveele schepen, waer men die sal seynden, ende andere dingen den handel betreffende.*

16. Gaastra, *Geschiedenis*, 20-21.

17. Artikel 2 van het Octrooi.

18. Artikel 3 van het Octrooi vermeldt: (...) *De resolutien van 't voorscreven Collegie sullen byde respective Cameren (...) geëffectueert ende int werck gestelde wordden.*

19. De Groot, *Inleiding*, 3.12.8.

20. Gaastra, *Geschiedenis*, 34-36.

21. De Groot, *Inleiding*, 3.12.5.

22. Gaastra, *Geschiedenis*, 34.

23. De Groot, *Inleiding*, 3.12.6.

24. Ibidem, 3.12.9.

HOOFDSTUK 4

beloond. Bewindhebbers ontvingen namelijk een flinke beloning, aanvankelijk onder meer 1% van de opbrengsten, vanaf 1647 een bedrag van (voor bewindhebbers van de Amsterdamse kamer) fl. 3.100 per jaar.²⁵ Een last kon volgens het Rooms-Hollands recht tot slot worden herroepen door de lastgever.²⁶ Voor de bestuursstructuur van de VOC zou dit betekenen dat de aandeelhouders het recht moeten hebben gehad om de bewindhebbers uit hun functie te ontslaan en hen naar huis te sturen. Dit recht kwam de aandeelhouders niet toe.

De verhouding tussen de ‘gemeene participanten’ en de bewindhebbers had al met al weinig gemeen met lastgeving. Aandeelhouders hadden nauwelijks invloed op het bestuur van de VOC, bewindhebbers konden zich in de uitvoering van hun functie onafhankelijk van de aandeelhouders bewegen. Van een directe relatie tussen de ‘gemeene aandeelhouders’ en de bewindhebbers was geen sprake.²⁷ Mogelijk was de wens van Van Bijckershoek om de aandeelhouder enige zeggenschap in het bestuur van de VOC toe te kennen de vader van zijn gedachte.

Ook het feit dat Van Bijckershoek de bewindhebbers *curatores* (voogden) noemt, is opmerkelijk. Een *curator* was volgens het Romeinse recht iemand die de zorg (*cura*) had over het vermogen van personen die niet zelfstandig in staat waren daarover te beschikken, zoals minderjarigen, geesteszieken en verkwisters.²⁸ In meer algemene zin was de aanduiding van de bewindhebbers als *curatores* wel begrijpelijk. Aan de bewindhebbers van de VOC was immers het beheer toevertrouwd van een vermogen dat niet aan hen toebehoorde maar aan de ‘gemeene aandeelhouders’ gezamenlijk.

In OT 575 werd de Compagnie gedagvaard en trad zij zelf als procespartij op. In de meeste *observationes* die de VOC betreffen, werd de procedure steeds gevoerd door of tegen de bewindhebbers van de VOC en was niet de Compagnie zélf procespartij.²⁹ Als de zaak daartoe aanleiding geeft, worden de bewindhebbers ook zélf veroordeeld.³⁰ Uit de *observationes* blijkt vervolgens niet of de tenuitvoerlegging van de uitspraak ook daadwerkelijk ten

25. Gaastra, *Geschiedenis*, 35.

26. De Groot, *Inleiding*, 3.12.12.

27. Zie over de verhouding tussen de aandeelhouders en de bewindhebbers: Gepken-Jager, *VOC*, 56-58.

28. D. 50.4.1.4: ‘Evenzeer een persoonlijke verplichting is de voogdij en de curatele over een jongvolwassen of geestesziek persoon, alsmede de curatele over een spilzieke en een stomme, en ook die over een ongeboren kind en de curatele die gericht is op de verschaffing van eten, drinken, onderdak en dergelijke (...)’ (*Aequae personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia (...)*).

29. Zie voor Van Bijckershoek bijvoorbeeld de hierna te behandelen OT 1195; voor Pauw OTN 71, 683, 950, 1065 en 1429.

30. Zie bijvoorbeeld: OTN 71.

laste van de desbetreffende bewindhebbers in persoon kon plaatsvinden, of dat slechts verhaal kon worden gehaald op zaken van de VOC.

4.1.4 Overdracht van aandelen

De overdracht van aandelen in de VOC komt uitgebreid aan de orde in OT 1195 (1715). Vader en zoon Van Hatting³¹, die beiden de naam Pieter droegen, waren aandeelhouders (*participes*) van de VOC. Hun aandelen ('actien') waren ingeschreven bij de Zeeuwse kamer van de VOC, de aandelen van de vader op *folio* 32, die van de zoon op *folio* 128. Om onderscheid te kunnen maken tussen de naamgenoten, voegden de bewindhebbers (*curatores*) aan de naam van de zoon het woord 'junior' toe.

Vader Pieter kwam te overlijden. Zijn aandeel (*actio*) ter waarde van 1.000 Vlaamse ponden werd voor de helft overgedragen aan zijn meerderjarige zoon Pieter en voor de andere helft aan zijn minderjarige zoon Ferdinand. Het aan Pieter junior toekomende deel werd in aanwezigheid van de bewindhebbers op 11 mei 1699 op diens naam overgeschreven, dat van Ferdinand bleef op de naam van de vader (op *folio* 32) geboekt staan.

Vervolgens verkocht 'Pieter' [lees: Pieter junior] een aandeel van 500 Vlaamse pond aan Abraham Coninck³² en verzocht de VOC om 'ventilatie'. Ventilatie is volgens Van Bijnkershoek de toestemming van de bewindhebbers om een aandeel over te dragen aan degene aan wie het was verkocht. De bewindhebbers controleerden daarbij of de verzoeker van ventilatie het verkochte aandeel op zijn naam had en als dat zo was, dan bevestigden zij dat.³³ In de onderhavige zaak verklaarden de bewindhebbers dat Pieter inderdaad een aandeel van 500 Vlaamse ponden op zijn naam had. Op 7 augustus 1679 droeg Pieter in aanwezigheid van de bewindhebbers het op zijn naam staande aandeel van 500 Vlaamse ponden over aan Abraham. De opperboekhouder schreef het aandeel af van de rekening van Pieter op *folio* 32 (dus: het *folio* waar een aandeel ter waarde van 500 Vlaamse ponden werd vermeld op naam van Pieter senior, welk aandeel feitelijk aan Ferdinand toebehoorde) en op de rekening van Abraham.

31. Namen van de procespartijen blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.666.

32. De *observatio* noemt slechts 'Abraham'; de achternaam blijkt uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad (NA 3.03.02.666).

33. OT 1195: 'Ventilatie, zoals zij dat noemen, is de toestemming om een aandeel van 500 pond, staande op zijn naam, te mogen overdragen aan Abraham, aan wie hij het aandeel had verkocht. De bewindhebbers zijn gewoon vervolgens te controleren of de verzoeker een dergelijk aandeel op zijn naam heeft, en als dat zo is, verklaren ze dat' (*Ventitalie, ut vocant, dat is, permissie om een actie van 500 pond, staande op zijn naam, te mogen transporteren aan Abraham, cui illam actionem vendiderat. Curatores solent tunc examinare, of den transport waarlijk soo een actie op zijn naam heeft, en sulks bevindende, verklaren se dat (...)*).

HOOFDSTUK 4

Het was aanvankelijk onzeker of Pieter junior van de fout van de opperboekhouder op de hoogte was. Particulieren waren volgens Van Bijnkershoek namelijk niet op de hoogte van het *folium* waarop hun aandeel stond vermeld. Bovendien wijzigden de *folia* van nummer als nieuwe boeken werden toegevoegd.

Later raakte Pieter op de hoogte van de fout. In 1702 droeg hij namelijk nog eens een aandeel van 500 Vlaamse pond over. Om te voorkomen dat Ferdinand iets zou merken van de onjuiste afschrijving, betaalde Pieter hem steeds de dividenden, totdat hij in 1703 failliet ging. Omdat Pieter geen verhaal meer bood, dagvaardde Ferdinand zowel de bewindhebbers van de VOC als Abraham. Hij vorderde terugboeking van de 500 Vlaamse pond op zijn naam, vermeerderd met de dividenden die de VOC sinds 1703 had uitgekeerd en 4% rente over de dividenden. De erven van Abraham riepen de bewindhebbers van de VOC in vrijwaring op. Zowel de vordering van Ferdinand als die van Abraham werden door het Hof toegewezen. De bewindhebbers gingen in beroep bij de Hoge Raad.

Volgens de Hoge Raad kon noch Ferdinand, noch Abraham nalatigheid worden verweten. Ferdinand woonde buiten Zeeland en kreeg zijn dividenden steeds keurig doorbetaald. Hij behoefde met andere woorden niet te vermoeden dat zijn aandeel aan Abraham was overgedragen. Abraham trof evenmin een verwijt. Hij had zich volgens de Hoge Raad gehouden aan de regels die gelden voor de overdracht van een aandeel. Beiden ontbeerden als particulieren bovendien de mogelijkheid om inzage te krijgen in de boeken van de VOC.

Vervolgens kwam de vraag aan de orde of de VOC een verwijt kon worden gemaakt. De VOC stelde dat zij te vergelijken was met de overheidsdienaar ten overstaan van wie onroerende zaken worden overgedragen. De gevolgen van een onjuiste overdracht kwamen in dat geval niet voor rekening van de overheidsdienaar. Die vergelijking ging volgens de Hoge Raad niet op. Anders dan bij de overdracht van een onroerende zaak, werd bij een aandeel namelijk niets feitelijk overgedragen. Nadat de ventilatie (*ventilatio*) en de feitelijke overdracht (*cessio*) hadden plaatsgevonden, bestond de wijze van overdracht (*modus transferendi*) volgens Van Bijnkershoek uitsluitend uit de overschrijving (*transcriptio*) van het aandeel. Als dat laatste niet juist geschiedde, diende degene die de overschrijving had gedaan voor de schade in te staan.

De Hoge Raad stelde allereerst vast dat de VOC geen schuld had ten aanzien van de ventilatie. Na overlijden van de vader was een aandeel van 500 Vlaamse pond op naam van Pieter (junior) gesteld. Ook ten aanzien van de feitelijke overdracht trof de VOC geen blaam. Op de dag van de overdracht had Pieter immers daadwerkelijk een aandeel van 500 Vlaamse ponden op zijn naam staan. Van Bijnkershoek voegt hieraan toe:

*‘hoewel ik bij ventilatie zie dat in gedrukte letters het folium wordt genoemd, weet ik niet of het gebruikelijk is dat bij de overdracht op dezelfde plaats het folium niet wordt vermeld. En al zou het aan beide zijden worden vermeld, voor particulieren zou dit betekenisloos zijn omdat zij de inhoud van het folium niet kennen’.*³⁴

De onzorgvuldigheid zat volgens de Hoge Raad in het feit dat de VOC na de feitelijke overdracht het aandeel niet had afgeschreven van de naam en rekening van Pieter de zoon op *folio* 128, maar van de naam en rekening van Pieter de vader op *folio* 32. De bewindhebbers voerden nog aan dat de opperboekhouder de afschrijving had gedaan. Dat mocht hun volgens de Hoge Raad niet baten: de VOC behoorde in te staan voor de daden van haar mensen, die immers werden gekozen door de bewindhebbers, niet door de particulieren die aandeelhouders (*participes*) waren. De Hoge Raad bekrachtigde de uitspraak van het Hof dus zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaringsprocedure.

Het rechtskarakter van een aandeel was volgens Van Bijnkershoeck dat van een *actio* of vorderingsrecht. Dit standpunt herhaalt Van Bijnkershoeck in onder meer OT 1564 (1719), waarin hij een aandeel in de VOC aanduidt als *actio contra Societatem Indicam* oftewel een vordering op de VOC.

In de hedendaagse aanduiding van het begrip aandeel in het Duits (‘Aktie’) en Frans (‘action’) is de Latijnse benaming nog terug te vinden. Ook in het Nederlands werd een aandeel in een aandelenvennootschap als ‘actie’ aangeduid.³⁵ Mogelijk heeft de oorspronkelijke betekenis van het woord ‘actie’ als algemeen vorderingsrecht zich geleidelijk ontwikkeld via de betekenis van schriftelijk bewijs van een vorderingsrecht en schriftelijk bewijs van een dividendvordering tot bewijs van een aandeel in het kapitaal van een vennootschap.³⁶

Ook Voet beschouwde een aandeel in de VOC kennelijk als een vorderingsrecht. Hij behandelt de overdraagbaarheid van een aandeel namelijk in hoofdstuk 8.4 van zijn commentaar op de Digesten, dat de verkoop van vorderingen betreft. Uit het feit dat Voet spreekt van een vordering op óf een aandeel in één van de Indische compagnieën blijkt dat hij enige twijfel had over de aard van een aandeel in de VOC.³⁷ Als Voet een aandeel in de VOC inderdaad als een aandeel in een gemeenschappelijke zaak (*communio*) zou hebben

34. OT 1195: ‘(...) *quamvis in ventilationibus, typis editis, video folium memorari, nescio an semper ex usu, in translationibus folium ibidem non memoratur, et quamvis utrobique memoraretur, id ad privatos nihil, qui eiusmodi folia nesciunt.*’

35. Uit de vennootschapsakten die als bijlagen VII en VIII zijn gevoegd bij Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 234-239, blijkt dat een aandeel in een aandelenvennootschap in het Nederlands als ‘actie’ werd aangeduid.

36. Walter Bayer (ed.), *Entwicklung des Aktienrechts*. Aktienrecht im Wandel I (Tübingen 2007) 8-9.

37. Voet, *Commentarius*, paragraaf 18.4.11: ‘(...) *suam actionem, seu Societatis Indiae Orientalis aut Occidentalis partem* (...)’.

HOOFDSTUK 4

beschouwd in plaats van als vorderingsrecht, zou dit volgens het Romeinse recht tot gevolg hebben gehad dat iedere aandeelhouder de *actio communi dividundo* toekwam, het recht van iedere deelgerechtigde om scheiding en deling van de gemeenschappelijke zaak (in dat geval de Compagnie zelf) te vorderen. Het behoeft geen betoog dat als iedere afzonderlijke aandeelhouder dit recht had kunnen uitoefenen, de VOC geen lang leven beschoren zou zijn geweest.

Wat de precieze aard van het vorderingsrecht was, blijkt noch uit de *observationes*, noch uit de *Commentarius ad pandectas* van Voet.³⁸ Aanvankelijk was aan de VOC een octrooi verleend voor de duur van tien jaar, waarna het de bedoeling was dat de participanten hun inleg terug zouden krijgen.³⁹ Vanuit deze verwachting was een aandeel in de VOC een schuldvordering. Van terugbetaling na tien jaar is het nooit gekomen, zodat een aandeel in de VOC slechts in theorie een schuldvordering kan zijn geweest. Het is ook mogelijk dat het vorderingsrecht werd beschouwd als het geheel van rechten dat een aandeelhouder kon uitoefenen op de VOC, waaronder voornamelijk het recht op dividend.⁴⁰ Voor dit uitgangspunt is geen enkel aanknopingspunt te vinden in de bronnen van Rooms-Hollands recht.⁴¹

Een vorderingsrecht kon volgens het Rooms-Hollandse recht door de schuldeiser aan een derde worden verkocht.⁴² Op grond van de koopovereenkomst

38. Mehr, *Societas und universitas*, 313-314, wijst erop dat Voet de *actio* voor de VOC niet behandelt in zijn commentaar op de *actio pro socio* (D. 17.2) en dus niet als een vennootschapsactie beschouwde. Volgens Mehr had Voet ervoor kunnen kiezen om de overdracht van een aandeel in de VOC en de overschrijving in de registers te beschouwen als de beëindiging van een oude en het aangaan van een nieuwe vennootschapsovereenkomst. In dat geval zou de overschrijving van een aandeel in de registers van de VOC zijn gebaseerd op D. 17.2.19-21, waarin de gevolgen van het aannemen van een vennoot door een medevenoot worden geregeld. Volgens Mehr heeft Voet waarschijnlijk aansluiting gezocht bij handelsrechtelijke beslissingen van de Rota Romana en de Genuese rechtsgeleerde Casaregis, die beiden omstreeks 1700 oordeelden dat de rechtsverhouding tussen de *particeps* (geldschietter) en de *accomandita* of *participatio* waarin deze kapitaal inbrengt, niet wordt beheerst door het begrip *societas*. De oorsprong van die gedachte is te vinden in de vrije overdraagbaarheid van het aandeel in een *accomandita*. Die sloot volgens het gemene recht het bestaan van een vennootschap uit omdat daarvoor immers de wilsovereenstemming tussen vennoten was vereist. Voor de aanneming van Mehr is in de *Commentarius* overigens geen enkel aanknopingspunt te vinden.

39. Zie eerder: Algemeen deel III.3.

40. Ten aanzien van het recht op dividend: H.T. Colenbrander, 'Über das erste Auftreten des Wortes Aktie in den Niederlanden', *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 50 (1901) 383-387.

41. Onder het huidige Nederlandse recht wordt een aandeel beschouwd als een samenvatting van alle rechten en verplichtingen tegenover de vennootschap. Het aandeel en de rechten die daaruit voor de aandeelhouder voortvloeien, is als vermogensrecht overdraagbaar: J.B. Huizink ed., *Rechtspersonen* (Kluwer losbladig) aantekening 2 bij artikel 79.

42. Voet, *Commentarius*, 18.4.9.

was de verkoper dan verplicht om de vordering aan de koper over te dragen (te ‘cederen’).⁴³

In het hedendaagse recht wordt algemeen geaccepteerd dat een vorderingsrecht kan worden overgedragen aan een derde. In het Romeinse recht lag dat anders.⁴⁴ Voor de Romeinse rechtsgeleerden was een vordering onlosmakelijk aan een persoon gebonden, of zoals de middeleeuwse rechtsgeleerden het zeiden: ‘vorderingen zitten aan de botten vast’.⁴⁵ Om te bereiken dat een schuldeiser zijn vordering door een ander kon laten incasseren (het resultaat van cessie), maakten de Romeinse en middeleeuwse rechtsgeleerden onder meer⁴⁶ gebruik van de opdracht (*mandatum*) of ‘cessiemandaat’ van de cedent aan de cessionaris om de vordering als *procurator* voor hem te incasseren. Ondanks het feit dat de cessionaris in zijn eigen naam een vordering tegen de debiteur kon instellen, bracht een dergelijke constructie diverse praktische problemen met zich mee: de schuldenaar kon nog steeds bevrijdend betalen aan de cedent; de opdracht kon door de cedent worden ingetrokken en de cedent kon zelf tot invordering overgaan. Het tijdstip van de mededeling van de cessie aan de debiteur werd daarbij essentieel: na mededeling aan de debiteur, na gedeeltelijke betaling door de debiteur aan de cessionaris en na het uitbrengen van een dagvaarding door de cessionaris, werd de debiteur geacht op de hoogte te zijn van de cessie en kon hij niet meer bevrijdend aan de cedent betalen. De ‘levering’ van de vordering vond kortom plaats door mededeling.

Volgens Voet was de mededeling aan de debiteur hooguit een noodzakelijkheid om te voorkomen dat de schuldenaar bevrijdend zou betalen aan de cedent. Voor de goederenrechtelijke overdracht van de vordering achtte Voet de mededeling aan de debiteur geen constitutief vereiste.⁴⁷ De Hoge Raad dacht daar heel anders over, zo blijkt uit OT 51. Daarin vermeldt Van Bijkershoek dat volgens de Hoge Raad een vordering pas door middel van de mededeling aan de schuldenaar het vermogen van de cedent verlaat.⁴⁸ De Hoge Raad baseerde zijn oordeel op C. 8.41.3:

‘Indien er geen novatie met uw debiteur is overeengekomen en de acties derhalve bij u zijn gebleven, hoewel u aan uw crediteur uw vorderingen op de debiteur bij wege van inbetalinggeving door cessiemandaat hebt overgedragen, is het u niet verboden om, voordat er een *litis contestatio* is tot stand gekomen, of hij [de cessionaris] iets uit de schuld heeft ontvangen, of hij mededeling heeft gedaan aan uw debiteur, zelf het verschuldigde bedrag van uw

43. Ibidem, 18.4.11.

44. Zie voor het hiernavolgende: Zwalve, *Hoofdstukken*, 375-396; Zimmermann, *Obligations*, 58-67 en Coing, *Europäisches Privatrecht*, 444-448.

45. ‘*Nomina ossibus inhaerent*’.

46. Schuldvernieuwing kon in de praktijk tot het gewenste resultaat leiden en behoorde dus ook tot de mogelijkheden. De medewerking van de schuldenaar was daarbij uiteraard wel noodzakelijk.

47. Voet, *Commentarius*, 18.4.15.

48. Zie nader: Zwalve, *Hoofdstukken*, 390-392.

HOOFDSTUK 4

debiteur op te vorderen en zodoende de invordering door uw crediteur tegen hem [de debiteur] te verhinderen⁴⁹

Uit de hier beschreven *observatio* blijkt dat voor de overdracht van een aandeel in de VOC een drietal formaliteiten noodzakelijk was: ventilatie door de bewindhebbers van de betrokken Kamer van de VOC; de feitelijke overdracht van het aandeel in aanwezigheid van de bewindhebbers; en de af- en bijschrijving van de transactie in de boeken van de VOC. Voor de goederenrechtelijke overdracht van het aandeel was de mededeling aan de schuldenaar (de VOC) noodzakelijk.

De wijze van overdracht van een aandeel in de VOC was in overeenstemming met de toenmalige Hollandse rechtspraak⁵⁰, waarin de mededeling aan de schuldenaar een constitutief vereiste was voor de overdracht van een vordering. Dat geldt dus niet voor Voet. Zijn stelling volgend, zou een aandeel in de VOC als een vorderingsrecht kunnen worden verkocht zonder dat mededeling van de verkoop aan de VOC, in haar hoedanigheid van crediteur, noodzakelijk was om het aandeel over te dragen. Dat Voet zich bewust was van deze ongerijmdheid blijkt uit het feit dat hij in paragraaf 18.4.11 van de *Commentarius ad pandectas* opmerkt dat, in afwijking van de door hem genoemde regel dat de mededeling van de verkoop voor de overdracht van een vordering niet noodzakelijk is, aan de overdracht van een aandeel in de VOC (en de WIC) aanvullende formaliteiten zijn verbonden, namelijk de inschrijving van de verkoop in de boeken van de vennootschap.

Een van de redenen om dergelijke formaliteiten te verbinden aan de overdracht van een aandeel was gelegen in de omstandigheid dat de VOC geen aandeelbewijzen uitgaf.⁵¹ In praktische zin had de inschrijving in de registers van de VOC dus hetzelfde effect als de mededeling van de cessie aan de debiteur. Deze diende te weten aan wie hij bevrijdend kon betalen. In het geval van de VOC diende de vennootschap te weten aan wie zij het dividend diende uit te betalen.

Ook waren enkele van de aan de overdracht van een aandeel verbonden formaliteiten in het leven geroepen om de negatieve gevolgen voor de waarde van de aandelen als gevolg van speculatie en termijnhandel in aandelen, het tegenwoordige ‘short gaan’ of ‘short selling’, tegen te gaan. Om te voorkomen dat aandelen ‘op dagh’ of ‘om gereet gelt’ werden verkocht zonder dat de

49. C. 8.41.3.pr.: *Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.*

50. Zie voor cessie naar Rooms-Fries recht: J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen en F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht. De civiele rechtspraak van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw* (Hilversum 1999) 73-86; voor cessie naar Rooms-Gelders recht: H.L.E. Verhagen en I. Haazen, ‘De cessie naar Rooms-Gelders recht. Van Lambert Goris naar nieuw BW’, *Gr.O. M.* 19 (2002) 97-114.

51. Zie eerder: Algemeen deel III.3.

verkoper ook daadwerkelijk participeerde in de VOC, hadden de Staten-Generaal op 16 september 1677 bepaald dat de inschrijving van de verkoop van aandelen in de VOC, afhankelijk van de verblijfplaats van de verkoper, diende te geschieden binnen veertien dagen of één maand na de verkoop, op straffe van een boete voor de verkoper:

*Dat diegene die van nu voortaan sullen verkopen hare Actien in de voorsz Compagnie, of eenige kameren derselver, gehouden sullen wesen die te doen aenteecken, leveren en opdragen ter Kamere van de Compagnie, daer onder de voorschreve verkochte Actien resorteren; te weten binnen veertien dagen indien de verkochte parthye werdt gheparticipeert in de kamere, ende ter Stede daer de verkopinge werdt gedaen, en binnen een maendt indien de opdracht elders anders als ter plaetse van de verkoopinge moet worden gedaen, te reekenen van den dagh van de verkoopinge af (...).*⁵²

4.1.5 Aandeelhoudersgeschillen

OTN 1284 (1774), 1308 (1775), 1607 (1782), 1650 (1783) en 1660 (1783) hebben alle betrekking op een vennootschap die in 1772 te Amsterdam was opgericht en zich bezig hield met het verzekeren van schepen en andere zaken. Uit de resoluties tot de sententies van de Hoge Raad blijkt deze vennootschap de 'Assurantie Sociëteit anno 1772 te Amsterdam opgericht' te zijn.⁵³ De statuten van de Assurantie Sociëteit zijn integraal opgenomen in '*De koop-handel van Amsterdam*'.⁵⁴ Uit de statuten blijkt dat de vennootschap die in de *observationes* met de algemene term *societas* wordt aangeduid, in werkelijkheid een vennootschap op aandelen was. Artikel VII van de statuten bepaalde namelijk:

'Iedere actie of aendeel in deze Sociëteit wordt bepaeld op vyf duizend Guldens Hoofdcapitaal, waer van egter bij den aenvang dezer [...] niet meer dan 10 pCt. en dus maer f 500 door de respective Eigenaars derzelve behoeven te worden gefourneerd.'

Over de aandeelbewijzen zei artikel VIII van de statuten het volgende:

Bij het Incasseren der 10 percent tot inlage, zullen aen de respective Eigenaars worden ter hand gesteld, behoorlijke Acten in forma, door alle drie de Heeren Commissarissen geteekend, tot bewijs van hun aendeel in deze Sociëteit, en zulks van ieder f 5000:- ingeschreven Capitaal [...].

52. GPB III (Den Haag 1683) 1307-1308; Voet was op de hoogte van deze regeling, getuige zijn verwijzing in paragraaf 18.4.11 van de *Commenarius ad pandectas*.

53. NA 3.03.02.679.

54. J. le Moine de l'Espine en I. Lelong, *De koophandel van Amsterdam en andere Nederlandsche steden naar alle gewesten der wereld II* (Amsterdam 1801) 37-48.

HOOFDSTUK 4

Artikel I van de statuten bepaalde dat het kapitaal van de vennootschap ('fonds of hoofd-capitaal') bij aanvang werd vastgesteld op 1 miljoen gulden, waarvan bij aanvang slechts 100.000 gulden behoefde te worden gestort.

Het aandelenkapitaal bestond dus uit 200 aandelen van nominaal 5.000 gulden, waarop per aandeel slechts 500 gulden was gestort. Uit artikel II van de statuten volgde dat de vennootschap werd geleid ('gedirigeerd') door drie commissarissen en twee directeurs. De directeurs waren volgens artikel V van de statuten ieder afzonderlijk bevoegd om handelingen ten behoeve van het verzekeringsbedrijf te verrichten, waaronder het afsluiten van polissen en het beoordelen van schadeformulieren. De commissarissen hielden in het algemeen toezicht op de directeurs; bewaarden voorts de kas ('ijzeren kist') van de vennootschap⁵⁵; en beslisten over eventuele uitdelingen⁵⁶.

Na de weergave van de statuten van de vennootschap geeft *De koophandel van Amsterdam* een uitgebreide beschrijving van de problemen die zijn ontstaan na de oprichting van deze vennootschap.⁵⁷ Zij was kennelijk opgericht door Gerard Swam, die volgens artikel III van de statuten ook tot eerste directeur van de vennootschap was aangesteld. De vennootschap zou op zeker moment niet meer in staat zijn geweest om aan haar betalingsverplichtingen te voldoen (de kas zou zelfs op drie gulden na leeg zijn geweest), waarna een aantal aandeelhouders enkelen van hen had aangewezen om met de commissarissen de ontstane situatie te bespreken. Dit overleg had volgens *De koophandel van Amsterdam* tot gevolg dat tussen de aangewezen aandeelhouders en de commissarissen (de heren Wittert, Chevalier en Pauce) geschillen waren gerezen die uiteindelijk in Den Haag in het voordeel van de commissarissen zijn beslist. De geschillen waarnaar *De koophandel van Amsterdam* verwijst, worden beschreven in de eerdergenoemde *observationes*.

Ook het weekblad '*De koopman*' gaat in op de problemen die ontstonden na oprichting van de Assurantie Sociëteit.⁵⁸ De aandelenvennootschap wordt hierin aangeduid als een 'verre van ene nieuwe vinding',⁵⁹ waarbij een vergelijking wordt gemaakt met de aandelenvennootschappen die in het jaar 1720 waren opgericht en kort daarna als een zeepbel uiteen gespat.⁶⁰ Volgens *De koopman* stond de vennootschap onder bewind van de commissarissen maar was de directeur bevoegd de polissen te tekenen en de schadegevallen af te handelen. Verder benadrukt het weekblad dat slechts een tiende van de nominale waarde van de aandelen behoefde te worden gestort, hetgeen het risico met zich meebracht dat de vennootschap in tijden van nood aanspraak

55. Artikel X.

56. Artikel XX.

57. Le Long, 46-48.

58. *De koopman, of bijdragen ten opbouw van Neerlands koophandel en zeevaart*, 6 nummer 28 (Amsterdam 1776) 218-224.

59. *De koopman*, 223.

60. Zie paragraaf A 3.4.3.

zou moeten maken op volstorting. Om die reden wilden de aandeelhouders, nadat zij op de hoogte waren gekomen van de financiële situatie, volgens *De koopman* zo snel mogelijk en tegen vrijwel iedere prijs (tot twee procent op de Beurs verhandeld) af van hun aandelen. Het schijnt volgens *De Koopman* zelfs te zijn voorgekomen dat aandeelhouders tot twintig procent van de waarde hebben toegelegd op hun aandelen, als zij deze maar van de hand konden doen.⁶¹ Naar aanleiding van alle perikelen merkt *De koopman* op:

*'t was zekerlijk al van 't begin af, eene Sociëteit naar de hedendaagse mode, dat is opgeslaagen, vol kunstgrepen, ontbloot van Sikuriteit, geen Fonds, arm van Geld, rijk van Geheimen, en van zulken die het daglicht niet veelen: tegen al het welk, en tegen alle zulke oogverblindingen, wij het publijk te vooren al zoo dikmaals gewaarschouwd hebben: maar wie leest ook de Koopman juist!*⁶²

In OTN 1284 (1774) wordt vermeld dat een dertigtal aandeelhouders⁶³ (door Pauw als *socii* aangeduid) van mening was dat de directeuren en de commissarissen de vennootschap slecht bestuurden. Zij hadden zich tot het Hof van Holland gewend en tegen de commissarissen (de directeur was buiten het proces gebleven) een drieledig bevel gevorderd:

- 1) ten eerste om een deurwaarder de bevoegdheid te verlenen de boeken van de vennootschap onder een nader te benoemen neutraal persoon te brengen zodat de boeken konden worden ingezien en daarvan kopieën konden worden gemaakt;
- 2) ten tweede om het de commissarissen te verbieden de boeken bij de eerdergenoemde neutrale persoon weg te halen; om in naam van de vennootschap iets nieuws te ondernemen; of om zonder medewerking van de aandeelhouders de zaken van de vennootschap af te handelen;
- 3) ten slotte om de commissarissen te verplichten rekening en verantwoording af te leggen over het door hen gevoerde beleid.

Nadat het Hof beide partijen had gehoord, had het op 4 oktober 1774 de vorderingen van de aandeelhouders afgewezen. Deze stelden beroep in bij de Hoge Raad. De Raad bekrachtigde de uitspraak van het Hof op 6 december 1774 unaniem. De vordering van de aandeelhouders (die volgens Pauw nog niet eens de helft uitmaakten van het totaal aantal aandeelhouders) was namelijk in strijd met het vennootschapscontract. Daarin was aan de bestuurders van de vennootschap immers de volledige bevoegdheid toebedeeld om zelfstandig en zonder tussenkomst van de aandeelhouders alles te doen dat behoorde tot het drijven van de onderneming. De feiten die de aandeelhouders aanvoerden om

61. *De koopman*, 219.

62. *Ibidem*, 221.

63. Het aantal aandeelhouders blijkt uit OTN 1650, waarin Pauw spreekt van *triginta*.

HOOFDSTUK 4

aan te tonen dat de commissarissen tekort schoten in de belangenbehartiging en zo schade veroorzaakten aan de vennootschap, waren niet van dusdanig belang dat de commissarissen met verlies van hun goede naam moesten worden ontslagen uit de uitoefening van de functie die zij met de aanvankelijke instemming van alle aandeelhouders bekleedden.

Kort na de uitspraak van de Hoge Raad, zo blijkt uit OTN 1308 (1775), legden de aandeelhouders in Amsterdam beslag op alle boeken en papieren van de vennootschap. De commissarissen van de vennootschap verzochten de Hoge Raad om hun toe te staan hun commissariaat ongehinderd uit te oefenen, althans ten minste om de papieren van de vennootschap te allen tijde en zonder enige vooraankondiging te mogen inzien. De aandeelhouders stelden dat de commissarissen door het beslag niet in de uitoefening van hun functie werden gestoord (en dus geen belang bij hun vordering hadden). Wat betreft het verzoek tot inzage betwistten zij dat de commissarissen daartoe gerechtigd waren. De aandeelhouders hadden namelijk, nota bene met instemming van de commissarissen, toestemming van het Hof verkregen om de papieren van de vennootschap voorlopig op een bepaalde plaats verzegeld te deponeren totdat nadere schikkingen waren getroffen. Die schikking was volgens de aandeelhouders nog niet getroffen en de commissarissen hadden dus voorsnog geen recht op inzage in de papieren. Pauw meldt zonder nadere motivering dat het verweer van de aandeelhouders door de meeste raadsheren werd gevolgd en dat de vordering van de commissarissen dus op 27 mei 1775 werd afgewezen. De kosten van het geding werden evenwel gecompenseerd.

Een groot deel van de aandeelhouders trad na de uitspraak van de Hoge Raad van 6 december 1774 uit de vennootschap. Uit OTN 1650 (1783) blijkt dat een tiental zich niet neerlegde bij de situatie. Zij legden wederom beslag op de boeken van de vennootschap totdat overeenstemming zou zijn bereikt over de wederzijdse verplichtingen op basis van het boekenonderzoek. De commissarissen bestreden de rechtmatigheid van dit beslag en vorderden dat de tien beslagleggers zouden worden veroordeeld in de kosten die het beslag met zich meebracht. De schepenen en het Hof oordeelden in het voordeel van de commissarissen. Bij de Hoge Raad bestreden de aandeelhouders de juistheid van het oordeel van het Hof. Verder verzochten zij de Hoge Raad om in de gelegenheid te worden gesteld acht ‘weekboeken’ te inspecteren en daaruit alles wat zij van belang vonden over te nemen om vervolgens pas na inspectie van alle dagen de boeken weer te verzegelen en ze aan de vennootschap te retourneren. Pauw vermeldt dat de uitspraak van het Hof op 4 april 1783 door de Hoge Raad werd bekrachtigd (het beslag diende te worden opgeheven) omdat de boeken nodig waren voor het drijven van de onderneming. De vordering die bij de Hoge Raad werd ingesteld, werd afgewezen omdat beroep te laat was ingesteld.

De inhoud van deze drie *observationes* komt overeen met het beeld dat door *De koopman* en *De koophandel van Amsterdam* wordt geschetst: langdurige en

kostbare geschillen tussen een deel van de aandeelhouders en het bestuur van de vennootschap. De aandeelhouders vorderden dat het bestuur van de vennootschap inzage zou geven in de boeken, deze boeken zouden worden gecontroleerd en het bestuur van de vennootschap zou worden beperkt in zijn bevoegdheden vanwege falend beleid en schade aan de vennootschap. Het is voor de eerste maal dat uit de *observationes* blijkt dat rechten werden toegekend aan aandeelhouders en aandeelhouders invloed konden uitoefenen op het bestuur van de vennootschap. De vordering van de aandeelhouders werd weliswaar in twee van de drie gevallen afgewezen, maar het feit dat dit gebeurde om praktische redenen (het bestuur had de boeken nodig; gebrek aan belang) en steeds slechts een minderheid van de aandeelhouders daarbij was betrokken, geeft aan dat aandeelhouders in beginsel actief controle konden uitoefenen op het beleid van de vennootschap en niet slechts de passieve verschaffers waren van het kapitaal van de vennootschap.

4.1.6 Externe aansprakelijkheid bestuurders

Uit de uitspraken over de Assurantie Sociëteit blijkt dat Pauw in terminologisch opzicht geen onderscheid maakt tussen een personenvennootschap en een vennootschap op aandelen: beide verschijningsvormen duidt hij aan als *societas*, hetgeen overeenstemt met het feit dat beide rechtsvormen in het toenmalige Nederlands als ‘sociëteit’ of ‘compagnie’ werden aangeduid. Evenmin blijkt uit deze *observationes* dat het kapitaal van de vennootschap was verdeeld in aandelen en of de vennootschap werd bestuurd door directeuren en commissarissen. Wel maakt Pauw onderscheid tussen de aandeelhouders, die hij als *socii* aanduidt, en de bestuurders van de vennootschap (letterlijk: ‘zij die aan het hoofd zijn gesteld van de vennootschap’), die hij commissarissen en directeuren noemt⁶⁴. Artikel II van de statuten bevestigt dat de commissarissen tevens aandeelhouder waren. Bovendien merkt Pauw in OTN 1660 (1783) op:

‘Aan deze vennootschap (...) waren drie afgevaardigden aan het hoofd gesteld (commissarissen) aan wie de zorg over de gehele vennootschap was opgedragen’.⁶⁵

Daarmee bevestigt Pauw dat de vennootschap werd bestuurd door enkele vennoten die uit het midden van de vennoten waren ‘gedelegeerd’ (de commissarissen), terwijl de overige ‘vennoten’ zich van het bestuur afzijdig

64. OTN 1284: ‘Toen enkele van de vennoten meenden dat de vennootschap slecht werd bestuurd door hen die daarvoor aan het hoofd waren gesteld (commissarissen en directeur), hebben zij het Hof van Holland benaderd (...)’ (*Cum nonnulli ex sociis existimarent, rem societatis male administrari ab illis qui ei erant praepositi (commissarissen en directeur), hi Curiam Hollandiae adeunt (...)*).

65. OTN 1660: ‘Huic societati (...) praepositi erant tres delegati (commissarissen) quibus universae societatis cura fuit demandata’.

HOOFDSTUK 4

hielden. Of de directeuren ook aandeelhouders van de vennootschap waren, blijkt noch uit de statuten, noch uit de *observationes*. In artikel III van de statuten staat vermeld dat de tweede directeur (de eerste directeur, Gerard Swam, was op grond van de statuten voor het leven aangesteld) door de commissarissen werd ‘toegevoegd’ en niet dat deze, zoals voor de commissarissen zelf wel gold, uit het midden van de aandeelhouders werden gekozen. In de *observationes* merkt Pauw slechts op dat de directeuren werden ‘benoemd’ (*nominati*), zonder het woord ‘gedelegeerde’ te gebruiken.⁶⁶ Kennelijk bestond dus de mogelijkheid dat de directeur een (bijvoorbeeld vanwege zijn expertise) extern aangetrokken persoon was.

Interessant in dit verband is de vraag of en zo ja in welke omvang de aandeelhouders (*socii*), de commissarissen (*delegati*) en de directeuren (*nominati*) aansprakelijk waren jegens derden voor de verplichtingen van de vennootschap. Deze vraag komt aan de orde in OTN 1607 (1782) en OTN 1660 (1783).

De eerstgenoemde *observatio* betreft een vordering van een derde (Titius) op de commissarissen van de Assurantie Sociëteit. De commissarissen werden door Titius gedagvaard om uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst een bepaald bedrag (547 gulden) te betalen. De vordering werd door de verzekeringskamer van de Amsterdamse schepenen eerst afgewezen, vervolgens door de schepenrechtbank toegewezen. De commissarissen verzochten bij het Hof vervolgens een *mandatum reformationis*, een rechtsmiddel om gevallen die door de competentiegrens van 600 gulden in beginsel niet voor appel in aanmerking kwamen, niettemin door het Hof te laten behandelen. Hangende dat geding ging Titius over tot executie door middel van gijzeling, waartegen de commissarissen zich verweerden. Zij voerden aan dat zij niets onder zich hadden dat tot de vennootschap behoorde. Zij stelden, met andere woorden, dat Titius zich slechts kon verhalen op het vermogen van de vennootschap. Titius stoorde zich hier niet aan en zette de executie door. Uiteindelijk boog de Hoge Raad zich over de zaak. De commissarissen voerden aan dat zij niet in eigen naam waren gedagvaard en veroordeeld, maar in hun hoedanigheid van commissarissen van de vennootschap, en dat Titius in strijd hiermee tot executie ten laste van hen in privé was overgegaan.⁶⁷ Pauw wordt door deze stelling bijna overtuigd, onder verwijzing naar D. 42.1.4⁶⁸, waarin wordt bepaald dat een vonnis ten laste van een lasthebber (*mandatarius*) niet kan

66. OTN 1660.

67. OTN 1607: ‘*Commissarii (...) conventos condemnatosque se non suo nomine, sed qua negotia gerentes istius societatis, executionem vero a Titio adversus se institutam in hun privé*’.

68. D. 42.1.4.pr.: ‘Als een procesvertegenwoordiger niet vrijwillig op een actie is ingegaan, zal de actie op grond van het vonnis tegen hem geweigerd worden en verleend worden tegen de principaal. Is hij wel vrijwillig op de actie ingegaan, dan zal de actie tegen hemzelf verleend worden. Iemand wordt echter niet geacht vrijwillig op een actie ingegaan te zijn, wanneer →

worden geëxecuteerd.⁶⁹ Maar daar staat volgens Pauw tegenover dat de executie was aangevangen met gijzeling, wat een erkende wijze van executie was in geval een zaak zich onder personen bevindt die niet in eigen naam zijn veroordeeld. Daarbij kwam (en dat was doorslaggevend) dat Titius volgens Pauw de commissarissen ook rechtsreeks had kunnen aanspreken:

‘Zij maken immers deel uit van de vennootschap en zij handelen zowel in belang van henzelf als van de overige vennoten.’⁷⁰

Volgens Pauw kunnen commissarissen niet worden gelijkgesteld met gemandateerden die *negotia aliena* (de onderneming van een ander) drijven. De commissarissen vertegenwoordigden volgens Pauw de vennootschap, die weliswaar de schuldenaar (*debitrix*) was maar die als *corpus morale* (zedelijk lichaam) niet kon worden aangesproken. Dus besliste de Hoge Raad op 12 maart 1782 dat de uitspraak ten laste van de commissarissen in privé kon worden geëxecuteerd, niet alleen in hun eigen hoedanigheid maar ook als vertegenwoordiger van de vennoten.⁷¹

Pauw kwalificeert de vennootschap op aandelen als een *corpus* of ‘lichaam’ dat een zelfstandige betalingsverplichting heeft jegens derden. Hij stelt immers dat de vennootschap (en niet bijvoorbeeld de vennoten) de schuldenaar jegens derden is. Hoewel Pauw dus een zekere mate van rechtspersoonlijkheid erkent (de vennootschap als een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen), ontkent hij de gevolgen daarvan. Hij merkt immers op dat het lichaam, hoewel in juridische zin schuldenaar, feitelijk niet kan worden aangesproken op betaling. De verplichtingen van het lichaam komen daarom ten laste van de

hij als procesvertegenwoordiger ten eigen bate is benoemd. Zo iemand kan immers de actie op grond van het vonnis om een andere reden niet afwijzen, aangezien hij niet ten bate van een ander, maar ten eigen bate procesvertegenwoordiger is geworden’ (*Si se non optulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur: si se optulit, in ipsum dabitur. Optulisse autem se liti videtur non is, qui in rem suam procurator datus sit: nam hic alia ratione recusare iudicati actionem non potest, quia hic non in alienam, sed in suam rem procurator factus est*).

D. 42.1.4.1: ‘Ook de voogd en de curator verkeren in de positie dat zij niet geacht mogen worden vrijwillig op een actie te zijn ingegaan; daarom moet de actie op grond van het vonnis tegen hen geweigerd worden’ (*Tutor quoque vel curator in ea condicione sunt, ut non debeant videri se liti optulisse, idcircoque debet denegari in eos iudicati actio*).

69. D. 42.1.4 geeft evenwel niet aan dat een vonnis niet ten laste van een *mandatarius* kon worden geëxecuteerd. Wel wordt dit bevestigd voor de *procurator* (procesvertegenwoordiger), de *tutor* (voogd) en de *curator*.

70. OTN 1607: ‘*Ipsi enim pars erant istius societatis et sic tam rem suam quam ceterorum sociorum gerebant.*’

71. Ibidem: ‘Zij (...) vertegenwoordigden de vennootschap en dus konden zij rechtstreeks worden onderworpen aan executie, zowel op naam van henzelf als op naam van de vennoten van wie zij de persoon ondersteunen’ (*Societatem (...) repraesentabant, atque ita tum suo tum sociorum nomine quorum personam sustinebant recta executioni poterant subijci*).

HOOFDSTUK 4

vennoten die het lichaam vertegenwoordigen en daarvan deel uitmaken. Pauw ontkent dus één van de kerngevolgen van rechtspersoonlijkheid, namelijk het bestaan van een, van de vennoten dan wel de bestuurders, afgescheiden vennootschapsvermogen, hetgeen tot gevolg heeft dat iedere schuld van de vennootschap op het privévermogen van de bestuurders kan worden verhaald.

De *observatio* geeft geen antwoord op de vraag of de aandeelhouders, die Pauw als '*socii*' (vennoten) aanduidt, aansprakelijk waren voor de verplichtingen die de bestuurders ten bate van de vennootschap waren aangegaan. Uit de eerdergenoemde *observationes* van Pauw lijkt te volgen dat de vennoten van personenvennootschappen hoofdelijk aansprakelijk waren voor de verplichtingen die medevennoten in naam van de vennootschap waren aangegaan.⁷² Deze lijn consequent doortrekkend, waren ook de aandeelhouders, *socii* immers, jegens derden aansprakelijk. Een dergelijk gevolg lijkt in strijd met de handelspraktijk waarin, voor zover bekend, aandeelhouders nimmer werden aangesproken voor verplichtingen van de vennootschap. Daarbij komt dat het voor een derde in praktische zin ook niet eenvoudig zal zijn geweest om de identiteit van de individuele aandeelhouders vast te stellen. Die handelden niet namens de vennootschap en traden dus niet naar buiten.

De externe aansprakelijkheid van zowel de commissarissen als de directeur komt nog duidelijker naar voren in OTN 1660 (1783). Eerst maakt Pauw het eerder reeds genoemde onderscheid tussen de drie commissarissen en de twee directeuren. De commissarissen werden uit de aandeelhouders gekozen en aan hen was het bestuur van de gehele vennootschap toevertrouwd. Aan ieder van de directeuren afzonderlijk was een onderdeel van de onderneming toevertrouwd, bestaande in het op eigen naam ondertekenen van de verzekeringsovereenkomsten, het ontvangen van de verzekeringspremies van de verzekerden en het treffen van een minnelijke regeling met de verzekerden met betrekking tot de schade, indien deze was geleden.

Vervolgens vermeldt Pauw dat één van de directeuren een tweetal verzekeringsovereenkomsten met zijn eigen naam had ondertekend en op basis van deze overeenkomsten door de verzekerden was aangesproken op de betaling van de door hen geleden schade. De rechters van de Amsterdamse verzekeringskamer veroordeelden de directeur op 2 juni 1775 tot betaling. De directeur bleek niet in staat tot betaling, waarop de verzekerden bij dezelfde rechters verzochten om het vonnis executabel te verklaren ten laste van de commissarissen. Deze vordering werd in eerste instantie afgewezen en vervolgens door de schepenen op 22 januari 1781 toegewezen. De commissarissen gingen in beroep bij het Hof, dat de uitspraak van de schepenen op 21 december 1781 bekrachtigde.

72. Zie paragraaf B 3.1.

Eenmaal bij de Hoge Raad rees de vraag of het vonnis dat was gewezen ten laste van de directeur van de onderneming, ook kon worden geëxecuteerd ten laste van de commissarissen van diezelfde onderneming. Volgens Pauw twijfelde niemand daaraan. De Hoge Raad bekrachtigde dus de uitspraak van het Hof op 31 mei 1783. De motivering die ten grondslag lag aan die beslissing wordt door Pauw zeer helder uiteengezet:

‘De gehele vennootschap [universa societas], of, wat op hetzelfde neerkomt, het gehele lichaam van vennoten [universum sociorum corpus], wanneer dit lichaam een overeenkomst aangaat door middel van personen die door het lichaam zijn benoemd, verplicht zichzelf om dat wat door die personen wordt verricht na te komen. Zo kan dus de gehele vennootschap [universa societas] worden aangesproken voor vergoeding van de schade die door de verzekerden is geleden. Maar omdat door de vennoten drie mannen uit de groep van vennoten zijn verkozen [namelijk de commissarissen] die zorg dragen voor de gehele vennootschap – die het hele lichaam van vennoten [totum sociorum corpus] vertegenwoordigen, zoals volgt uit de omschrijving van de overeenkomst die is aangegaan door de vennoten – staat het zo voldoende vast dat ook zij kunnen worden aangesproken tot betaling van het geld waartoe de gene is veroordeeld die de verzekeringsovereenkomsten heeft getekend in zijn hoedanigheid van directeur. Dus kan het vonnis dat ten laste van de directeur is gewezen ook ten laste van de commissarissen worden geëxecuteerd, als hij daaraan zelf niet voldaan heeft.’⁷³

Weliswaar in enigszins andere bewoordingen, herhaalt Pauw dat de vennootschap op aandelen een lichaam is, bestaande uit vennoten: het *‘universum sociorum corpus’*. Uit het vervolg van de motivering blijkt dat Pauw met vennoten de aandeelhouders bedoelt. Hij herhaalt dat het lichaam, zij het door middel van daartoe aangewezen personen, de verplichtingen met derden aangaat en dat het lichaam dus zelf verplicht is om die verplichtingen na te komen. Tot zover lijkt Pauw de rechtspersoonlijkheid te erkennen en de gevolgen daarvan volledig te aanvaarden. Hij stelt even later dat degenen die uit de groep van *socii* of aandeelhouders zijn aangewezen om de vennootschap te besturen en zo het lichaam vertegenwoordigen (*exhiberent*, letterlijk: ‘tonen’), aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van het lichaam zelf. De eerdergenoemde veronderstelling dat Pauw rechtspersoonlijkheid aan de vennootschap toekent, blijkt dus een misvatting te zijn. Het is onduidelijk hoe hij tot de conclusie komt dat bestuurders aansprakelijk zijn voor de verplichtingen

73. OTN 1660: *‘Ecce enim universa societas, seu, quod eodem redit, universum sociorum corpus, dum per homines a se constitutos contrahit, ipsum se obligat ad praestandum id quod per homines istos geritur; universa sic societas potuisset conveniri de resarciendo damno quod assecuratis datum, at cum a sociis tres viri e sociis erant delecti (commissarii scilicet) qui universae societatis curam gerent – totum sociorum corpus exhiberent, ut ex formula contractus inter socios initi – sic satis constabat et hi de praestanda pecunia in quam damnatus erat qui directoris nomine contractibus assecurationis subscripserat poterant conveniri, atque ita sententia quae adversum eum lata, cui ipse non satisfecerat, adversum illos executioni poterat mandari.’*

HOOFDSTUK 4

van de vennootschap: omdat de commissarissen als het ware de belichaming van de vennootschap zijn, zijn zij volgens Pauw aansprakelijk voor de verplichtingen die de directeur ten behoeve van de vennootschap is aangegaan.⁷⁴

Pauw bevestigt in deze *observatio* voorts dat de directeuren jegens derden rechtstreeks aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die zij op eigen naam (maar ten behoeve van de vennootschap) met derden zijn aangegaan. Uit de *observatio* blijkt bovendien dat ook de commissarissen jegens die derden aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die de directeur op eigen naam maar ten behoeve van de vennootschap is aangegaan. De bestuurders zijn dus, net als het geval was bij de personenvennootschap, aansprakelijk voor de handelingen van hun medebestuurders.

Of deze aansprakelijkheid hoofdelijk dan wel proportioneel is, laat Pauw niet weten. Proportionele aansprakelijkheid zou evenwel het praktische probleem tot gevolg hebben gehad dat de schuldeiser zijn vordering bij alle vennoten (de aandeelhouders inclusief) zou moeten verhalen, of dat het aandeel van iedere bestuurder in het vermogen diende te worden bepaald. Hoewel dit laatste met aandeelbewijzen en aandeelregisters niet onmogelijk is, zou proportionele aansprakelijkheid in dat geval betekenen dat de vordering van de schuldeiser nimmer geheel kan worden voldaan. Proportionele aansprakelijkheid, laat staan een recht van abandon, is dus zeer onwaarschijnlijk.

4.2 Overgangsvormen

Uit de eerdergenoemde *observationes* blijkt niet dat de Assurantie Sociëteit een vennootschap op aandelen was. De *observationes* spreken slechts van de *societas* en haar *socii*. Uit de resoluties tot de sententies blijkt evenmin dat het om een vennootschap op aandelen ging. Pas als men de gepubliceerde statuten raadpleegt, blijken de *socii* in werkelijkheid aandeelhouders te zijn.

Een vennootschap die wat betreft organisatie overeenkomsten vertoont met de Assurantie Sociëteit maar waarvan de statuten niet voorhanden zijn en waarin de resoluties tot de sententies geen uitkomst bieden, is te vinden in OTN 1454 (1779). De zaak die daarin wordt behandeld betreft een zekere Johannes van der Heij die in 1768 te Amsterdam een vennootschap oprichtte die een samenvoeging was van 2 of 3 eerdere vennootschappen. Het ging om een ‘generale prebenden compagnie’ die in de resolutie tot de sententie beurtelings wordt aangeduid als ‘Nederlandse Lijfrenten Compagnie’ en ‘Nederlandse Lijfrenten Sociëteit’ onder de zinspreuk *Ultimatum est*. In de vennootschapsakte was bepaald dat Van der Heij zowel de *administrator* (bestuurder) als de

74. Hieruit zou men wederom kunnen afleiden dat ook de overige, niet tot het bestuur aangewezen, aandeelhouders in beginsel jegens derden aansprakelijk waren voor de verplichtingen van de vennootschap, maar dat die aansprakelijkheid verviel omdat zij niet naar buiten traden.

secretaris van de vennootschap zou zijn; voorts dat hij in beide functies zijn opvolger mocht aanwijzen en dat hij de notariële akte (met de aanwijzing van de opvolger) moest laten zien aan het ‘college der administratie’. Tot slot was bepaald dat hij een ander in zijn plaats mocht stellen als hij dat wenste. Al het voorgaande gold ook voor de functie van secretaris.

Van der Heij vervulde beide functies enige jaren. Op zeker moment overhandigde Hermanus Volkmaar (in de *observatio* als ‘Titius’ aangeduid), die tijdens Johannes’ afwezigheid de functie van directeur vervulde, een brief van Van der Heij aan het college. In deze brief stond dat Volkmaar in zijn plaats kwam als administrateur en Mr. Benjamin Mijlius (in de *observatio* als ‘Sempronius’ aangeduid) als secretaris. Tussen Volkmaar en Mijlius enerzijds en het college (vertegenwoordigd door zijn directeur Loth Lotz) anderzijds rees een geschil. Enkele raadsheren van de Hoge Raad meenden dat aan de brief van Van der Heij geen waarde kon worden gehecht omdat Van der Heij niet zelf de kwestie aan het college had voorgelegd zoals de vennootschapsakte bepaalde. De overige raadsheren meenden dat de vordering van Volkmaar en Mijlius om een andere reden moest worden afgewezen. Het voorrecht om de functionarissen te benoemen, was namelijk niet zomaar aan Van der Heij gegeven. Hij moest daar wel iets voor doen, namelijk beide functies uitoefenen. Dat had hij echter niet gedaan, sterker nog: hij had 70.000 gulden verduisterd en was vervolgens naar Kleef gevlucht. Beide functies waren nu dus vacant; de brieven van Van der Heij waren dus niets waard. Twee raadsheren waren het hier niet mee eens: de kwade trouw was immers niet aangevoerd in de processtukken. Dit was volgens Pauw *in vulgus* (dat wil zeggen: algemeen) bekend. De vordering van Volkmaar en Mijlius werd derhalve afgewezen.

Van de Nederlandse Lijfrenten Compagnie staat niet vast dat zij aandelen uitgaf. Vast staat wel dat de organisatiestructuur duidt op een vennootschap van grotere omvang en met een relatief groot aantal financieel betrokken personen. De vennootschap kende naast een administrateur en een secretaris ook een ‘college der administratie’. Het heeft er alle schijn van dat dit college bestond uit degenen die financieel betrokken waren bij de vennootschap maar geen daden van beheer verrichtten. Anders valt niet te verklaren waarom het bestuur zijn benoemingen aan dit college moest meedelen. Het blijft evenwel in het midden of de leden van het college nu aandeelhouders of vennoten waren, of dat zij dezen vertegenwoordigden. De Nederlandse Lijfrenten Compagnie is in ieder geval een voorbeeld van een vennootschap die de overgang van de factorijvennootschap, met enerzijds beherende vennoten en anderzijds vennoten die zich met het beheer van de vennootschap niet bezig hielden, naar de vennootschap op aandelen illustreert.

De organisatie van de Nederlandse Assurantie Compagnie vertoont mogelijk gelijkenis met de ‘tontine’ in OT 1564 (1719). Een ‘tontine’ is een fonds waarin de deelnemers een bepaalde som inlegden waarmee aandelen werden gekocht. In de tontine van OT 1564 werden aandelen

HOOFDSTUK 4

in de VOC gekocht. De deelnemer die na overlijden van de overige deelnemers resteerde, had recht op de aandelen. Van Bijnkershoeck noemt de deelnemers *socii*, maar het samenwerkingsverband duurde decennia voort, had wisselende samenstelling, ten tijde van de *observatio* ongeveer drieduizend deelnemers en een bestuur dat het fonds beheerde terwijl de overige deelnemers passief waren.

4.3 Negotiaties

4.3.1 Inleidende opmerkingen

Een in de OTN diverse malen voorkomende ondernemingsvorm is de negotiatie.⁷⁵ Pauw omschrijft de negotiatie in OTN 1423 (1778) als volgt:

‘Het is bijna een kwart eeuw geleden dat een nieuw soort onderneming (...) in onze handelsplaatsen en in het bijzonder in Amsterdam is ontstaan. Bezitters van grond in de Amerikaanse koloniën (zowel de onze als die van andere landen) benaderen, als zij kapitaal nodig hebben om hun bezittingen te verbeteren of uit te breiden, een koopman met het verzoek om voor gereed geld te zorgen. Deze koopman komt als directeur aan het hoofd te staan van de gehele onderneming. Hij geeft aan de geldschietters obligaties uit van 1.000 gulden per stuk, met hypotheek op de plantages. De geldschietters ontvangen jaarlijks rente, gewoonlijk 6%, te voldoen uit de oogst die de grondbezitters verplicht zijn naar hier aan de directeur te zenden. Om ervoor te zorgen dat degenen die sommen geld inleggen deze veilig kunnen beleggen, is het de gewoonte dat in de reglementen voor de desbetreffende onderneming wordt bepaald dat twee geldschietters zullen worden afgevaardigd (commissarissen). Aan hen dient de directeur jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen. Verder bewaken zij in het algemeen de gemeenschappelijke belangen van de geldschietters.’⁷⁶

De ter beschikking gestelde hoofdsom diende binnen een bepaalde tevoren vastgestelde termijn te worden terugbetaald.⁷⁷ Uit OTN 1332 (1775) volgt verder dat (bij een rentepercentage van 5%) aan de geldschietters voor elke obligatie van 1.000 gulden een aantal coupons ter hand werd gesteld van ieder

75. OTN 1275, 1332, 1402, 1423, 1425, 1444, 1520, 1614, 1653, 1663, 1751 en 1752.

76. OTN 1423: ‘*Quadrans fere seculi est, ex quo novum negotiationis genus, cujus jam saepius supra memini, in emporiis nostris, Amstelodami praecipue, subortum est. Scilicet possessores agrorum in coloniis Americanis, tum nostris, tum aliarum nationum, si pecunia indigeant quo melius possessiones istas instruant aut latius extendant, adeunt mercatorem ut is sibi paratam pecuniam procuret. Mercator ille praeest toti illi negotio onder den naam van directeur, en geeft aan de geldschietters uit obligatien, ieder van 1.000 gls onder hypotheecq der plantagien, iis quotannis usuras, semisses plerumque, praestat ex redditu fructuum quos possessores has in oras ad ipsum tenentur transmittere. Quo vero qui pecunias erogant tutius eas ipsi credant, legibus quae de iis negotiationibus proponuntur inseri solet, duos ex iis qui pecunias erogant delegatum iri, quibus administrator ille (de directeur) quotannis rationes reddat, quique in universum pro communi creditorum commodo vigilant.*’

77. OTN 1653.

50 gulden, welk bedrag jaarlijks tegen inname van de coupon als rente aan de geldschietters werd uitbetaald.

In OTN 1614 (1782) wordt melding gemaakt van een ‘fonds van negotiatie op plantagien in Suriname’ waarin afzonderlijke negotiaties waren opgegaan. Een dergelijk fonds wordt door Pauw als vennootschap (*societas*) beschouwd. Opmerkelijk is dat de vennootschap werd gevormd door de commissarissen van de voormalige negotiaties en dus niet door de directeuren. Een soortgelijke vennootschap wordt overigens ook genoemd in OTN 1751 (1785), alwaar Pauw spreekt van ‘een negotiatie die was opgericht in, als ik het goed heb, 1767 te Amsterdam ten behoeve van de planters op de Deense Amerikaanse eilanden. Deze negotiatie onderging verschillende wijzigingen en andere vergelijkbare (ondernemingen) kwamen hieruit voort die uiteindelijk in één, zo te zeggen, vennootschap opgingen’.⁷⁸

De geschillen in de *observationes tumultuariae novae* die betrekking hebben op negotiaties zijn hoofdzakelijk het gevolg van stortings- en terugbetalingsproblemen en van conflicten tussen de bestuursfunctionarissen onderling of tussen het bestuur en de obligatiehouders. De negotiaties die aanleiding hebben gegeven tot een geschil zijn (voor zover dit uit de desbetreffende *observatio* blijkt) opgericht tussen 1767 en 1772. De procedures zelf vingen, op enkele uitzonderingen na⁷⁹, in eerste gerechtelijke instantie aan in de jaren '70 van de achttiende eeuw. Voor zover dit op basis van de desbetreffende *observatio* kan worden vastgesteld, betreft de meerderheid van de negotiaties (vijfmaal) plantages in Suriname⁸⁰. Tweemaal was de negotiatie opgericht ten behoeve van de Deense West-Indische eilanden⁸¹, eenmaal ten behoeve van plantages in Essequibo en Demarary⁸² en eveneens eenmaal ten behoeve van landgoederen in Gelderland⁸³. In lijn met de opmerking van Pauw was de vestigingsplaats van de negotiaties nagenoeg altijd Amsterdam.⁸⁴ Het rentepercentage waar tegen de obligaties werden uitgegeven wordt niet steeds genoemd. Waar dat wel het geval is⁸⁵, betreft het een afwijking van de volgens Pauw gangbare 6%. De kapitaalinelg varieert tot slot van het relatief bescheiden bedrag van Fl. 95.000⁸⁶ tot de enorme som van Fl. 6.647.000.⁸⁷

78. OTN 1751: ‘*De negotiatione quae anno ni fallor 1767 Amstelodami instituta fuit ten behoeven van de planters in de Deensche Americaansche eilanden (...); varias ea dein subiit mutationes aliaeque similes ex ea propullarunt, quae tandem in unam, ut ita didicam, societatem coaluerunt*’.

79. OTN 1614 werd vóór 1782 aangevangen en OTN 1751 vóór 1785.

80. OTN 1332, 1402, 1425 en 1444, 1614, 1653.

81. OTN 1275, 1751 en 1752.

82. OTN 1520.

83. OTN 1663.

84. Uitzondering vormt OTN 1653, waarin een negotiatie voorkomt die was opgericht in Rotterdam.

85. OTN 1332 en 1653 noemen beide 5%; OTN 1663 noemt 4%.

86. OTN 1663.

87. OTN 1751 en 1752.

4.3.2 *Oprichtingshandelingen*

De wijze van oprichting van een negotiatie komt aan de orde in OTN 1663 (1783). Daarin worden de feitelijke handelingen opgesomd die nodig waren om een negotiatie op te richten. De *observatio* verhaalt van een zekere Titius die in het jaar 1772 te Amsterdam een negotiatie oprichtte. Daartoe gaf hij een prospectus uit waarin diverse aspecten van de onderneming werden vermeld. Hij maakte daarin allereerst publiekelijk bekend dat de desbetreffende onderneming zou worden gedreven ten kantore van hemzelf en op zijn naam ten behoeve van de geïnteresseerden zodra dat mogelijk was een recht van hypotheek zou worden gevestigd voor een bedrag van 95.000 gulden op onroerende zaken in Gelderland waarvan de waarde was getaxeerd op 126.000 gulden. Hij vermeldde daarin tevens dat hij daarvoor op zijn naam obligaties of aandelen zou uitgeven ter waarde van 1.000 gulden per stuk en de hypotheek vervolgens zou worden gevestigd nadat de betalingen op zijn kantoor waren gedaan tegen een door hem te tekenen bewijs van ontvangst. Zodra dat mogelijk was, kon het bewijs van ontvangst worden ingewisseld tegen aandelen of obligaties waarin het recht van hypotheek werd genoemd.⁸⁸ Vervolgens staken velen geld in deze onderneming. Aan ieder van de geldschietters gaf Titius een bewijs van ontvangst van het geld af waarop hij aantekende dat deze ontvangstbewijzen op korte termijn konden worden omgewisseld voor daadwerkelijke schuldbekentenissen (obligaties) en dat de looptijd van de rentebetalingen zou aanvangen vanaf de dag dat het geld was gestort. Het recht van hypotheek op (in dit geval) de onroerende zaken in Gelderland werd dus niet eerder gevestigd dan nadat de storting door de geïnteresseerden aan de directeur waren gedaan. Eerst incasseerde de directeur de gelden tegen afgifte van een ontvangstbewijs, vervolgens werd het recht van hypotheek gevestigd en uiteindelijk werden de obligaties uitgegeven.

4.3.3 *Bevoegdheden en opvolging directeur*

Uit de *observationes* die de negotiatie betreffen, volgt dat de directeur de centrale figuur in de negotiatie was. Hij richtte de negotiatie op, de negotiatie hield bij hem kantoor en hij was degene die feitelijk leiding gaf aan de onderneming. De directeur sloot de hypotheek af, gaf obligaties uit en inde de gelden van de obligatiehouders. Tot zijn bevoegdheden behoorde volgens OTN 1332 (1775) bovendien het recht om, ingeval plantagehouders

88. Van der Heijden, *Ontwikkeling*, 215, merkt op dat de obligatiebewijzen niet als aandelen op naam maar als aandelen aan toonder moeten worden beschouwd omdat geen transportakte voor een geldige overdracht werd vereist. Het rechtskarakter van de obligatiebewijzen blijkt echter niet uit de OTN. Of de bewijzen vrij overdraagbaar waren, blijkt daaruit evenmin.

in gebreke bleven aan de voorwaarden van de negotiatie te voldoen, de verstrekte kapitalen op te eisen en deze op de plantages te verhalen.

Uit de eerder gegeven omschrijving die Pauw geeft van de negotiatie volgt dat gewoonlijk de koopman die de negotiatie oprichtte tot directeur werd benoemd of als zodanig optrad. De directeur kon voor het leven worden benoemd⁸⁹ of voor bepaalde tijd⁹⁰. De opvolging van de directeur werd gewoonlijk geregeld in de statuten van de negotiatie. Daarin kon worden bepaald dat de directeur na diens overlijden door familieleden zou worden opgevolgd.⁹¹

Uit OTN 1275 (1774) blijkt dat dit tot problemen kon leiden. Deze *observatio* maakt melding van de Amsterdamse koopman Abraham ter Borch (in de *observatio* als ‘Sempronius’ aangeduid) die de Deense koloniën in West-Indië in de vorm van een negotiatie had gefinancierd.⁹² Hij werd vervolgens aangewezen als directeur van de negotiatie. In de statuten van de negotiatie was bepaald dat, wanneer de directeur gedurende het bestaan van de negotiatie overleed, zijn zoons of zijn weduwe hem zou opvolgen. Verder was daarin bepaald dat, wanneer zij hun functie neerlegden, de commissarissen van de onderneming een derde als directeur konden aanwijzen. Abraham ter Borch trad tijdens het bestaan van de negotiatie terug. De commissarissen benoemden vervolgens zijn zoon Abraham ter Borch junior tot directeur (in de *observatio* als ‘Titius’ aangeduid). Ter Borch senior benoemde echter, hoewel hij later van het directeurschap afzag, naast Abraham junior ook zijn zoon Johannes tot mededirecteur. Abraham ter Borch junior op zijn beurt benoemde een zekere G. Bourcourt tot directeur. De commissarissen verzetten zich onder leiding van Mr. Jan Bakker hiertegen en vorderden bij het Hof en vervolgens bij de Hoge Raad dat het Johannes en Abraham junior werd verboden zich als directeur te gedragen en zich die titel aan te matigen. De Hoge Raad volgde hun verweer: de initiële overeenkomst voorzag niet in de mogelijkheid een mededirecteur te kiezen en de tussen de vader en de broers opgestelde benoemingsovereenkomsten hadden geen gelding.

Als de opvolging niet in de statuten van de negotiatie was geregeld of zich omstandigheden voordeden waarin de statuten niet hadden voorzien, kwam de commissarissen het recht toe om de directeur te benoemen.⁹³ Dat was zelfs zo, zo blijkt uit OTN 1402 (1777), als de keus van de commissarissen inging tegen de wens van de plantagehouders.

4.3.4 Commissarissen

Uit de door Pauw gegeven omschrijving van de negotiatie blijkt dat uit de geldschietters een tweetal personen werd gekozen dat de belangen van de

89. OTN 1275.

90. OTN 1332.

91. OTN 1275.

92. Namen van de procespartijen in deze *observatio* blijken uit de resolutie tot de sententie van de Hoge Raad: NA 3.03.02.679.

93. OTN 1275.

HOOFDSTUK 4

obligatiehouders diende te behartigen en aan wie de directeur rekening en verantwoording moest afleggen. In de statuten van de negotiatie kon worden bepaald dat in geval van een vacature van één van de bij aanvang van de negotiatie benoemde commissarissen, de overblijvende commissaris bevoegd was om een andere obligatiehouder in diens plaats te kiezen, en zo successievelijk tot het einde van de onderneming.⁹⁴

Dit systeem van coöptatie kon in de praktijk leiden tot problemen. Commissaris Lambertus had in OTN 1423 (1778)⁹⁵ een zekere Hermanus als tweede commissaris aangenomen. Noch directeur Titius, noch het overgrote deel van de obligatiehouders kon zich in die keus vinden. Zij lieten Lambertus en Hermanus dan ook weten dat zij hun bevoegdheid om de obligatiehouders te vertegenwoordigen, introkken. Lambertus en Hermanus lieten het daar niet bij zitten en vorderden bij de Hoge Raad dat zij in staat zouden worden gesteld als commissarissen van de onderneming te blijven fungeren. Volgens Pauw draait het in deze zaak om de vraag of de opdracht aan de commissarissen moet worden beschouwd als een *mandatum simplex*, dat wil zeggen een last in het belang van de lastgever. De meningen van de raadsheren liepen uiteen. Van de zeven raadsheren die bij dit proces betrokken waren, waren er drie van mening dat opdracht aan een commissaris gelijk moest worden gesteld met lastgeving in het belang van de lastgever. De commissarissen verrichtten hun taak immers in opdracht van alle obligatiehouders: de obligatiehouders dienden als lastgevers en de commissarissen als lasthebbers te worden beschouwd. Aan de lastgevers kwam vervolgens de bevoegdheid toe om de last in te trekken. Daaraan stond niet in de weg dat aan de commissarissen aanvankelijk de bevoegdheid was toegekend om een ander in plaats van degene die wegviel aan te nemen. Maar de overige vier raadsheren⁹⁶ betoogden dat het hier niet ging om lastgeving; als het al om lastgeving zou gaan, zo betoogden zij, diende de benoeming van de commissaris te worden beschouwd als lastgeving in het belang van zowel de lastgever als van de lasthebber. Pauw ziet het belang van deze stelling echter niet in: ook een dergelijke last kon worden herroepen door de lastgever. De raadsheren meenden daarentegen 'dat de commissarissen als pleitbezorgers of vertegenwoordigers moesten worden beschouwd die door hun collega's werden aangesteld om zorg te dragen voor de belangen van de gehele groep'.⁹⁷ Ook hiermee is Pauw het niet eens: pleitbezorgers of vertegenwoordigers werden uit hoofde van een decreet als het ware met openbaar gezag aangesteld om het belang van de gehele groep te behartigen. Het is in dat geval niet juist dat het de crediteuren niet vrij zou staan om een pleitbezorger of vertegenwoordiger te vervangen, indien zij dit in hun belang vonden. Pauw vermeldt daarbij dat de klassieke jurist Paulus zijn standpunt lijkt te bevestigen in D. 3.4.6.3. Daarin is onder meer bepaald dat men bevoegd is om een vertegenwoordiger te vervangen, net zo goed als men bevoegd is om een procesvertegenwoordiger te vervangen.⁹⁸ Het oordeel van de

94. OTN 1423.

95. Zie paragraaf B 4.3.1.

96. Volgens Pauw waren deze raadsheren, onder wie de voorzitter, aanhangers van Hermanus. De voorzitter was nota bene de broer van directeur Titius.

97. OTN 1423: '(...) *Quin contra equiparandos syndicis aut actoribus qui a collegiis constituuntur ad res universitates procurandas*'.

98. D. 3.4.6.3: 'Om dezelfde redenen waarom men een procesvertegenwoordiger kan vervangen, kan men dat bij de vertegenwoordiger van een corporatie doen' (*(...) ex isdem causis mutandi actoris potestas erit, ex quibus etiam procuratoris (...)*).

meerderheid van de raadsheren gaf zoals altijd de doorslag, zodat de vordering van de commissarissen werd toegewezen: zij werden in hun functie hersteld.

Het was dus de taak van de commissarissen om in het belang van de gezamenlijke obligatiehouders het beleid van de directeur van de negotiatie te controleren. Uit OTN 1520 (1780) blijkt dat de commissarissen niet geheel tandeloos waren in hun controlebevoegdheid. Deze *observatio* heeft betrekking op een negotiatie ten behoeve van verschillende planters in de kolonie Essequibo en Demarary, waarin in totaal 1 miljoen gulden was bijeengebracht. Een derde deel van de obligatiehouders vreesde dat hun belangen niet goed werden behartigd, noch door directeur Sempronius, noch door degenen die zij als commissarissen hadden benoemd. Daarom stelden de obligatiehouders drie personen uit hun midden aan om orde op zaken te stellen. Deze drie personen dienden het volgende te doen:

*'om van dezelve commissarissen volleedige ouverture van den staat der voors. negotiatie [te verzoeken], voorts om de hypothecken, boeken en reekeningen te examineren en om te vorderen behoorlijke reekening en verantwoording van de directie bij den directeur gehouden, en om, zo zij daartoe niet konden geraken, den directeur daartoe te constringeren, daartoe de nodige middelen van regten te employeren, ook arrest op personen, penningen en goederen te doen, mitsgaders ook, desnoods, tegen gem. commissarissen te ageren.'*⁹⁹

De obligatiehouders dwongen de commissarissen dus hun werk goed te doen. Dat hield in dat de commissarissen de hypothecken en de boeken moesten controleren, rekening en verantwoording van de directeur moesten vorderen en, zo hij daartoe niet overging, hem daartoe desnoods met alle mogelijke rechtsmiddelen, zoals gijzeling en beslaglegging op gelden en goederen, te dwingen. Daarmee was dan tegelijkertijd de functieomschrijving van de commissarissen en de machtsmiddelen die hun daarbij ten dienste stonden, genoemd.

Bij sommige zwaarwegende beslissingen diende de directeur overigens al vooraf te overleggen met de commissarissen en behoefde hij hun toestemming daarvoor. Dat was bijvoorbeeld het geval als de directeur het voornemen had om een bij aanvang van de negotiatie met de geldschieters overeengekomen rentepercentage eenzijdig te verlagen.¹⁰⁰

4.3.5 *Verhouding tussen bestuur en obligatiehouders*

Uit OTN 1653 (1783) en OTN 1663 (1783) blijkt dat de directeur aansprakelijk was voor de nakoming van de verplichtingen jegens de geldschieters. Als hij verzuimde om de obligaties af te geven nadat de geldschieters aan hun

99. Oorspronkelijke tekst in het Nederlands.

100. OTN 1332.

HOOFDSTUK 4

stortingsplicht hadden voldaan, of als hij niet voldeed aan zijn verplichting om rente te betalen over de hoofdsom, was hij daarvoor aansprakelijk.

Het rechtskarakter van de verhouding tussen de geldschieder en de directeur blijkt niet zonneklaar uit de *observationes*. Het schriftelijk bewijs dat de geldschieder geld aan de directeur had uitgeleend, wordt door Pauw in het Latijn gewoonlijk een schuldbekentenis (*cautio*), in enkele gevallen een vordering (*actio*) genoemd¹⁰¹. In het Nederlands duidt Pauw deze bewijzen in één adem aan als aandelen en als obligaties. Obligatiehouders worden geldschieders en crediteuren (*creditores*) genoemd.¹⁰²

Dat betekent niet dat iedere individuele obligatiehouder onder alle omstandigheden zelfstandig een vordering kon instellen tegen de directeur. In de procedure die in OTN 1332 (1775)¹⁰³ wordt beschreven, kon dat wel. Het onderliggende geschil betrof een negotiatie waarbij aan de geldschieders 5% renderende obligaties met coupons waren afgegeven. De directeur besloot in overleg met en na goedkeuring van de commissarissen dat tegen afgifte van de coupons in een bepaald jaar slechts 2% rente zou worden uitgekeerd en maakte deze beslissing in de krant bekend. Een klein deel van de geldschieders kwam hiertegen in het geweer bij het Hof. Zij vorderden dat de directeur en de commissarissen zich niet meer aldus publiekelijk uit zouden laten (omdat dergelijke mededelingen volgens de eisers de waarde van de obligatie negatief beïnvloedden); dat de leiding van de onderneming geen handelingen meer zou verrichten in strijd met de overeengekomen voorwaarden, behalve na goedkeuring door de meerderheid van de obligatiehouders; en dat de coupons niet behoefden te worden afgegeven na incassering van de 2%, maar dat de rente op rekening zou worden afgegeven (zodat het recht op de overige 3% niet zou verlopen).

Pauw was van mening dat de vordering moest worden afgewezen. Over de publicatie merkt hij op dat de waarde van de obligaties hoofdzakelijk was gedaald vanwege de zeer lage prijs van Surinaamse producten; de tweede vordering vond Pauw te vaag en te algemeen; en over het derde onderdeel merkt hij op dat met intrekking van de coupons het recht op betaling van het restant niet verloren ging (de coupons waren er alleen maar om verwarring bij de directie te voorkomen), terwijl in de advertentie stond vermeld dat het recht op het restant van de rente niet teniet zou gaan. Een andere raadsheer voegde daaraan toe dat in deze zaak de vordering slechts door een zeer klein deel van de obligatiehouders werd ingesteld; dat de directeur en commissarissen daarentegen het gehele *corps der geïnteresseerden* vertegenwoordigen; dat het slechts verantwoording verschuldigd was aan dat geheel van obligatiehouders en niet aan ieder van de obligatiehouders afzonderlijk; dat de directeur en de

101. OTN 1653.

102. Zie onder meer: OTN 1751.

103. Zie ook paragraaf B 4.3.1 en B 4.3.2.

commissarissen niet bevoegd waren om afspraken te maken met een minderheid van de obligatiehouders wier belangen mogelijk tegengesteld waren aan de wens van de meerderheid. Volgens deze raadsheer was het gevorderde dwangbevel dus niet de juiste methode om het gewenste effect te verkrijgen: de eisers hadden eerst een samenkomst van de gezamenlijk obligatiehouders moeten organiseren, hetzij door tussenkomst van de commissarissen, hetzij door henzelf, waarop bij meerderheid had kunnen worden beslist.

De meerderheid van de raadsheren was het hier echter niet mee eens. Ten eerste was de beslissing van de directeur en de commissarissen om slechts 2% rente te betalen zonder twijfel in strijd met de voorwaarden van de negotiatie op basis waarvan 5% rente moest worden betaald. Degene die aan het hoofd van de onderneming stond, kon die voorwaarden niet eigenmachtig en zonder instemming van de geldschietters wijzigen. Daarbij kwam dat wie zijn coupon kwijt was zijn bewijs verloor dat hij recht had op het restant. De vordering van de minderheid van de obligatiehouders werd dus toegewezen.

Het zojuist verwoorde minderheidsoordeel dat geen vorderingen van een minderheid van de obligatiehouders konden worden toegewezen als deze in strijd konden zijn met de belangen van de meerderheid, vond in een latere uitspraak wel weerklank. OTN 1653 (1783) beschrijft het geval waarin een directeur als gevolg van de oorlog met Engeland en de dientengevolge teruggelopen inkomsten niet meer in staat was om de verplichte aflossingen op de hoofdsom te voldoen. Zij werd daarop aangesproken door één enkele obligatiehouder. Zij wierp op dat als de vordering werd toegewezen dit als precedent kon werken en dat alle obligatiehouders dan ineens de aflossing zouden vorderen. Zij betoogde kennelijk dat de onderneming dit niet zou kunnen dragen. De vordering werd door de Hoge Raad afgewezen omdat de meerderheid van de obligatiehouders met haar was overeengekomen dat zij niet tot invordering zouden overgaan. De afzonderlijke obligatiehouder diende zich dus te conformeren aan de wensen van de meerderheid.

4.3.6 *Aandeelhoudersgeschillen*

Uit OTN 1751 (1785)¹⁰⁴ blijkt dat ook geschillen tussen obligatiehouders onderling voor de Hoge Raad werden gebracht. Deze zaak betrof een negotiatie ten behoeve van de planters op de Deense Amerikaanse eilanden. De hoofdsom die hierin was samengebracht beliep 6.647.000 gulden. In het jaar 1777 waren op verzoek van degenen die deze onderneming leidden twee raadsheren van het Hof van Holland benoemd in wier aanwezigheid jaarlijks rekening en verantwoording over de administratie van de onderneming moest worden afgelegd.

104. Zie ook paragraaf B 4.3.1.

HOOFDSTUK 4

De *observatio* spreekt slechts van *praefecti isti negotiationi* (zij die aan het hoofd van de negotiatie waren gesteld). Het wordt daardoor niet duidelijk onder welke naam deze leidinggevendenden hun functie uitoefenden en om hoeveel leidinggevendenden het ging en of naast de directie ook de commissarissen daaronder werden begrepen. Evenmin blijkt uit de *observatio* om welke reden de raadsheren als een soort externe commissarissen werden aangesteld.

Toen de waarde van de verhypothekerde grond om uiteenlopende redenen aanzienlijk afnam en de kolonisten daardoor mogelijk tot executie zouden worden gedwongen, had de koning van Denemarken, die vreesde voor het voortbestaan van zijn kolonie, zich bereid verklaard om de gehele onderneming over te nemen. Hij bood de obligatiehouders aan om hun obligaties van nominaal 1.000 gulden per stuk (die overigens al in koers waren gedaald waren tot 50%) in te ruilen tegen obligaties ter waarde van 800 gulden ten laste van de Deense Kroon tegen een rente van 4%. De leidinggevendenden waren van mening dat dit voorstel in het belang was van de onderneming. Zij riepen de obligatiehouders dan ook op om op een bepaalde datum samen te komen bij het Hof van Holland om hetzij zelf, hetzij door middel van een gemachtigde, aan te geven of zij zich in de door de Deense koning voorgestelde voorwaarden konden vinden. Zij voegden daaraan toe dat zij die hun mening niet uitten, geacht werden in te stemmen met het voorstel.

De openbare oproeping geschiedde door middel van een mededeling in kranten (*per ephemerides publicos*). Ook in andere *observationes* die een negotiatie betreffen, komt men deze wijze van informatievoorziening aan de obligatiehouders tegen. OTN 1332 (1775) meldt dat de directie een renteverlaging aankondigde door middel van een mededeling in de krant (*ephemeridibus publicis*) en dat de directie deze toelichtte door 'bij de couranten' te 'adverteren'; OTN 1663 (1783) vermeldt dat de initiatiefnemer van de negotiatie een prospectus uitgaf (*edito programme*) waarin de voorwaarden van de negotiatie publiekelijk bekend werden gemaakt (*proscriptum publice*).

Op de aangezegde dag keurde een zeer groot aantal obligatiehouders, die bij elkaar voor meer dan 3 miljoen gulden hadden geïnvesteerd, de voorgestelde voorwaarde goed. De niet verschenen obligatiehouders, die daarmee met het voorstel werden geacht te hebben ingestemd, vormden een ongeveer even grote groep. Een aantal crediteuren, dat bij elkaar niet meer dan 254.000 gulden en dus een te verwaarlozen gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigde, wees het voorstel echter af.

De leidinggevendenden wendden zich vervolgens tot het Hof en verzochten daar om hun de bevoegdheid te verlenen om onder oppertoezicht van de commissarissen van het Hof met de koning van Denemarken te mogen onderhandelen en eventueel een overeenkomst te sluiten. Het Hof verleende hun op 11 november 1785 die bevoegdheid. De minderheid van de obligatiehouders stelde daarop beroep in bij de Hoge Raad. Zij stelde dat ieder die een aandeel in

de onderneming had de baas was over zijn aandeel; dat iedere obligatiehouder daarover vrijelijk moest kunnen beschikken; en dat zijn eigendom hem door niemand kon worden ontnomen. Zij betoogden voorts dat de wisseling schadelijk zou zijn voor de gehele onderneming omdat de obligaties daardoor direct een vijfde deel van hun waarde zouden verliezen¹⁰⁵ en zij bovendien de achterstallige rentebetalingen zouden mislopen. Ook zou men door de wisseling de hypotheken kwijtraken en in plaats daarvan slechts een persoonlijke vordering verkrijgen op de Kroon van Denemarken.

Hierop antwoordde de andere partij dat de negotiatie moest worden beschouwd als een soort gemeenschap (*communio*), aangezien niet voor ieder van de obligatiehouders afzonderlijk een hypotheek voor zijn aandeel was gevestigd, maar voor allen gezamenlijk. Zij betoogden verder¹⁰⁶:

In de gemeenschap dient datgene te worden gedaan wat in het voordeel is van allen of in het voordeel van het gemeenschappelijk eigendom (D. 10.3.21)¹⁰⁷. Als partijen van mening verschillen komt de praetor tussenbeiden die met een decreet de wens van de meerderheid volgt (D. 2.14.7.19)¹⁰⁸ (...).

In dit geval had een dermate groot aantal obligatiehouders ingestemd met de omwisseling, dat het aantal tegenstemmers te verwaarlozen was. Hieruit kon worden opgemaakt wat voordelig was voor de gemeenschap. Men mocht er volgens Pauw namelijk vanuit gaan dat niemand verlies wenste te lijden. Daarbij kwam dat de stelling dat door de omruil een verlies zou worden geleden van 1/5 deel van de nominale waarde geen hout sneed: de waarde van de verhypothekerde grond was immers al gedaald tot onder de 50% van de nominale waarde, terwijl alleen al de melding van een mogelijke omwisseling ertoe had geleid dat de nominale waarde van de obligatie weer was gestegen tot 70%. De Hoge Raad volgde het verweer van de meerderheid en bekrachtigde dus de uitspraak van het Hof van Holland. De leidinggevendenden mochten

105. Door de verlaging van de nominale waarde van de obligatie van 1.000 tot 800 gulden.

106. OTN 1751: '*in communione autem sequendum quod omnibus aut in commune utile est l. 21 D. com. divid., et si partes dissentiant, praetorem intervenire, qui decreto suo sequitur majoris partis voluntatem, l. 7 § ult. D. de pact. (...).*'

107. D. 10.3.21: 'Men is het er over eens dat een rechter zich bij de verdeling van gronderven behoort te richten naar wat voor allen het gunstigst is, dan wel waaraan de procespartijen de voorkeur geven' (*Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit*).

108. D. 2.14.7.19: 'Tegenwoordig is een dergelijke afspraak voor de schuldeisers pas dan nadelig, als zij het unaniem eens zijn geweest en met algemene instemming verklaard hebben met welk deel van de schuld zij tevreden zijn. Verschillen zij daarover echter van mening, dan is de tussenkomst van de praetor noodzakelijk; deze zal in zijn beslissing de wil van de meerderheid volgen' (*Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem*).

HOOFDSTUK 4

daarom namens alle obligatiehouders onderhandelen over de omruil en in dat kader overeenkomsten sluiten die dan voor alle obligatiehouders bindend zouden zijn.

Een opmerkelijk aspect van deze procedure was dat de Hoge Raad de gebruikelijke procesregels ter zijde schoof vanwege het spoedeisend belang van de zaak. De leidinggevendenden van de negotiatie hadden aangedrongen op een snelle behandeling. Pauw verwoordt de noodzaak als volgt:

*‘het gerucht fluisterde immers van de angst dat, als de vertraging langer zou duren, de koning de door hem aangeboden voorwaarden niet meer gestand zou doen.’*¹⁰⁹

Dus werd op zeer korte termijn een procedure geëntameerd die niet overeenkwam met een normale procedure. Enkele dagen voor de wintervakantie werd de zaak al bepleit. De minderheidsobligatiehouders probeerden de zaak nog te rekken door erop te wijzen dat de kwestie moest worden onderzocht in een bodemprocedure waarin het volledige verweer naar voren kon worden gebracht en waarin de leidinggevendenden rekening en verantwoording moesten afleggen en moesten bewijzen dat de omwisseling in het voordeel was van alle obligatiehouders. De meerderheid bracht hiertegen in dat een bodemprocedure veel te veel tijd zou kosten en bovendien niet meer noodzakelijk was nu het Hof (dat toestemming aan de leidinggevendenden had verleend om met de koning te onderhandelen) al bekend moest worden geacht met de administratie van de onderneming. De gedelegeerden hadden immers al jaarlijks aan het Hof gerapporteerd over deze zaak. De Hoge Raad bekrachtigde het besluit van het Hof van Holland maar erkende dat formeel gezien het recht daartoe ontbrak. Pauw verwijst daarbij naar D. 39.3.2.5, waarin wordt opgemerkt:

*‘De redelijkheid maakt het wenselijk, ook al worden we door het recht in de steek gelaten’.*¹¹⁰

109. OTN 1751: *‘Fama enim susurrabat metui, si longior mora fieret, ut Rex conditioni a se oblatae stare vellet’.*

110. D. 39.3.2.5: *‘(...) Haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus’.*

Samenvattende conclusie

Verschijningsvormen

In deze studie staan de *observationes tumultuariae* van Cornelis van Bijnkershoek en de *observationes tumultuariae novae* van zijn schoonzoon Willem Pauw centraal. Tussen 1704 en 1787, dus gedurende nagenoeg de gehele achttiende eeuw, hebben beide raadsheren en presidenten van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland hun beschouwingen over de uitspraken van de Hoge Raad voor persoonlijk gebruik op papier gezet.

De *observationes* geven een ruim geschakeerd beeld van ondernemingen die gedurende de achttiende eeuw in de Republiek voorkwamen. Meer dan de helft van de in de *observationes* voorkomende vennootschappen dreven een handelsonderneming. Dienstverlenende ondernemingen in vennootschappelijke vorm komen slechts een enkele maal voor. De rederij komt slechts zeven maal voor; een opmerkelijk klein aantal gezien het zeevarende karakter van de gewesten Holland en Zeeland. Nagenoeg alle vennootschappen waren beperkt van omvang. Zij bestonden meestal uit twee vennoten, slechts in enkele gevallen uit drie tot zes vennoten. Vennootschappen met méér dan zes vennoten worden in de *observationes* niet genoemd. Dat betekent overigens niet dat grotere vennootschappen niet voorkwamen: éénmaal wordt een sociëteit van provedory genoemd met 'een zeer groot aantal vennoten'. Bovendien treft men naast de personenvennootschappen ook private vennootschappen op aandelen aan waarvan de opzet doet vermoeden dat het aantal betrokken aandeelhouders (aanzienlijk) groter was dan zes. Kleine vennootschappen waren overigens vaak familiäre samenwerkingsverbanden.

In de *observationes* worden vennootschappen aangeduid als *societates*, sociëteiten of compagnieën. Een nader onderscheid wordt niet gemaakt, waardoor de aard van de vennootschap moet worden vastgesteld aan de hand van de inhoud van de *observatio*. Als men de *observationes* in onderlinge samenhang beziet, blijkt dat er een vijftal verschillende hoofdvormen kan worden onderscheiden. Allereerst treft men de vennootschap aan die onder een gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelnam. Vennootschappen in familieverband droegen de naam van het hoofd van de familie of de oprichter, met de toevoeging '& Zonen' (*Anthoni Thiering & Zonen*) of '& Zoon' (*Cajus & Zoon*). Na het overlijden van de naamgever werd de vennootschap aangeduid met het voorvoegsel 'Erven van' (zoals *Erven van E. Harreveld*). Ook het woord 'firma' wordt als aanduiding voor de gezamenlijke onderneming gebruikt (*Firma*

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

Abraham ter Borch & Zonen). De naam waarmee de vennootschap naar buiten trad, kon alle namen van de vennoten bevatten, maar kon ook worden afgekort door de toevoeging ‘& Compagnie’ aan de eerste naam (*Titius & Compagnie*). Het was volgens de Hoge Raad niet toegestaan om andermans achternaam te gebruiken of deze aan de eigen naam toe te voegen met het doel een ander daarmee te benadelen of winst afhandig te maken. Hoewel de *observationes* dit niet expliciet bevestigen, lijkt het erop dat alle vennoten bij deze vennootschapsvorm daden van beheer verrichtten of daartoe ten minste bevoegd waren. Zij konden de hun opgedragen taken ook laten uitvoeren door een derde, maar moesten dan wel voor deze instaan. Afgezien van de *observationes* die uitdrukkelijk vermelden dat de vennoten onder een gemeenschappelijke naam naar buiten traden, blijkt uit de *observationes* niet of de vennoten dat op eigen of onder gemeenschappelijke naam deden.

De tweede vennootschapsvorm is de stille vennootschap. Uit de beschrijving van de samenwerkingsverbanden blijkt dat vennoten veelal slechts intern een vennootschap waren aangegaan en niet onder een gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelnamen. De vennootschap was in dergelijke gevallen voor derden dus niet zichtbaar. Met name de vele kortstondige samenwerkingsverbanden die in de *observationes* voorkomen, soms zelfs beperkt tot één enkele transactie, zullen niet onder gemeenschappelijke naam hun voorgenomen transactie hebben uitgevoerd. Hoewel dergelijke samenwerkingsverbanden dermate kortstondig waren dat nauwelijks van een vennootschap naar hedendaagse maatstaven kan worden gesproken, worden ook deze in de *observationes* consequent als *societates* aangemerkt. Dat stille vennootschappen niet steeds gericht hoefden te zijn op het drijven van een onderneming van beperkte omvang of duur, blijkt uit het feit dat ook de verschillende sociëteiten van provedory niet onder gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelnamen maar wel van grote omvang waren, zowel wat betreft het aantal vennoten als de aard van de activiteiten. Bij de sociëteit van provedory sloot één persoon een overeenkomst met de Staat. Voor de uitvoering daarvan ging hij een (stille) vennootschap aan met verschillende personen. De leiding van de onderneming berustte bij de hoofdcontractant. Zijn medevennoten voerden ieder een bepaald gedeelte van de proviandering uit. Daarvoor deden zij eerst zelf de noodzakelijke investeringen. Pas na afloop werd een eindafrekening gemaakt waarin de individuele kostenposten werden meegenomen. Van een gemeenschappelijk kapitaal was dus geen sprake. Dit kan ook het relatief grote aantal procedures verklaren dat uit dit soort vennootschappen is voortgekomen. De medevennoten konden er niet zeker van zijn dat de betalingen die de Staat aan de hoofdcontractant uitbetaalde de investeringen van de individuele vennoten dekten.

Een derde vennootschapsvorm is die waarbij één of meer vennoten de onderneming dreven en één of meer vennoten zich daarvan afzijdig hielden. Van de vennoten die zich afzijdig hielden, waren de verplichtingen intern (maar

niet ten aanzien van derden) beperkt tot het ter beschikking stellen van kapitaal. Een verschillende keren voorkomende wijze van uitvoering bestond erin dat een aantal kooplieden gezamenlijk handelswaar aanschafte en deze naar elders zond om er handel mee te drijven. Ook meer duurzame associatieverbanden kwamen voor. De feitelijke handelsactiviteiten werden in beide gevallen steeds uitgevoerd door één van de vennoten die was aangewezen om het beheer te voeren, de overige vennoten zorgden louter voor het benodigde kapitaal. De bevoegdheden van de beherend vennoot konden niet zó ver gaan dat overige vennoten de mogelijkheid werd ontnomen diens beleid door de rechter te laten toetsen. Hoewel deze vennootschapsvorm in de praktische uitvoering gelijkennissen vertoont met de hedendaagse commanditaire vennootschap, verschilt zij daarvan wezenlijk omdat nergens in de *observationes* blijkt dat de externe aansprakelijkheid van de geldschietende vennoten was beperkt tot de waarde van hun inbreng.

Een vierde categorie samenwerkingsverbanden die in de *observationes* als vennootschap wordt aangeduid, is die waarbij reders of vennoten van verschillende schepen (kapers en walvisvaarders) overeenkwamen dat zij de tijdens een zeereis behaalde opbrengst zouden verdelen. Dergelijke samenwerkingsverbanden werden door de Hoge Raad *societas lucri* (vennootschap van winst) genoemd. Iedere partij droeg haar eigen kosten en verliezen; alleen de opbrengst (de buit of de walvissen) werd gedeeld.

Naast deze vennootschappen treft men in de *observationes* ook de rederij aan. De rederij werd door de Hoge Raad als een vorm van *societas* beschouwd. De termen rederij en vennootschap waren, net als die van reders en vennoten, onderling inwisselbaar. In de *observationes* wordt verschillende malen aangegeven dat reders één van hen aanwezen om de onderneming te leiden; de overige vennoten hielden zich daarvan afzijdig. De beherende vennoot werd 'boekhouder' genoemd.

De vraag onder welke omstandigheden kon worden gesproken van een vennootschap is door de Hoge Raad verschillende malen beantwoord. Het ging daarbij volgens de Hoge Raad om de bedoeling van partijen en niet om de formulering. Het feit dat partijen hun samenwerkingsverband als een vennootschap of zij elkaar als vennoten aanduiden, was dus niet voldoende om een vennootschap aan te nemen. Het kon wel een indicatie zijn. Het ontbreken van zeggenschap kon erop duiden dat iemand geen vennoot was. Datzelfde gold voor de omstandigheid dat iemand een vaste beloning ontving voor zijn werkzaamheden, alsmede voor de omstandigheid dat iemand weliswaar een winstafhankelijke beloning ontving maar niet deelde in de verliezen. Het enkele feit dat een kapitaalverschaffende vennoot rente bedong en een arbeidverrichtende vennoot een vaste beloning ontving, was niet voldoende om het bestaan van een vennootschap af te wijzen. Als in een dergelijk geval de inbreng gemeenschappelijk was gemaakt, of de winsten en verliezen gemeenschappelijk waren, kon desondanks het bestaan van een vennootschap worden aangenomen.

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

De Hoge Raad kende aan het begrip *societas* of compagnie een ruimer bereik toe dan thans het geval is bij de hedendaagse vennootschap. Ook zeer kortstondige, weinig omvattende samenwerkingsverbanden en die zonder gemeenschappelijke inbreng of risico (zoals de *societas lucri*) werden als zodanig aangeduid. Het begrip *societas* was daardoor meer een aanduiding voor samenwerkingsverbanden in het algemeen. Anderzijds heeft de Hoge Raad verschillende malen uitgesproken dat, wil men het bestaan van een vennootschap aannemen, de vennoten wel enige mate van risico op verlies moesten lopen.

Interne verhoudingen

Een aanzienlijk deel van de *observationes* betreft de verhoudingen tussen vennoten. Het gaat daarbij in de eerste plaats om bedingen in een vennootschapsovereenkomst waarvoor de vennoten bij aanvang van de vennootschap willige condemnatie van de Hoge Raad vroegen. Dit was een veelgebruikt instrument om vooraf zekerheid te verkrijgen omtrent de juridische haalbaarheid van een door partijen gesloten overeenkomst. De Hoge Raad verleende al dan niet goedkeuring aan het voorgelegde beding. De overige zaken die de interne verhoudingen betreffen, waren het gevolg van geschillen tussen de vennoten tijdens het bestaan van de vennootschap of van onenigheid over de ontbinding en vereffening.

Uit de *observationes* blijkt dat vennootschappen voor onbepaalde tijd werden aangegaan, voor bepaalde tijd (in de *observationes* variërend van drie tot twaalf jaar), vanaf een bepaald moment (dus onder opschortende termijn) en onder een bepaalde voorwaarde. Alle vragen die de duur van de vennootschap betreffen, werden door de Hoge Raad beantwoord op basis van het Romeinse recht. Uit verschillende *observationes* blijkt dat binnen de Hoge Raad onenigheid bestond over de vraag of volgens het Romeinse recht een vennootschap voor bepaalde tijd kon worden aangegaan. Uiteindelijk beantwoordde de Hoge Raad deze vraag steeds positief, daarmee de rechtspraak op basis van Romeins-rechtelijke regels in overeenstemming brengend met de handelspraktijk waarin vennootschappen voor bepaalde tijd, zo blijkt uit de *observationes*, geregeld voorkwamen. Volgens het Romeinse recht bleef een vennootschap bestaan zolang de vennoten deze in eensgezindheid voortzetten. Het instellen van een rechtsvordering tegen een medevennoot leidde daarom tot ontbinding van de vennootschap. Ook het overlijden van één van de vennoten, het intreden van faillissement en opzegging door één van de vennoten deden de vennootschap eindigen. Al deze oorzaken van ontbinding van de vennootschap komen in de *observationes* voor. De Hoge Raad hield daarbij strikt de hand aan de Romeins-rechtelijke regels voor ontbinding van de vennootschap. Hij bevestigde dat het overlijden van één van de vennoten leidde tot ontbinding van de vennootschap, ook als deze uit meer dan twee vennoten bestond. Het feit dat de onderneming door de overgebleven vennoten werd voortgezet, veranderde hieraan niets. Het

voortzettende associatieverband diende volgens de Hoge Raad als een nieuwe vennootschap te worden beschouwd. Uit het verweer van één van de procespartijen lijkt te volgen dat de handelspraktijk anders was: de vennootschap werd daarin geacht te blijven voortbestaan zolang aan derden niet bekend was gemaakt dat zij was ontbonden. Daarbij zal hebben meegespeeld dat het gebruik van de firmanaam in de handelspraktijk kon worden voortgezet, ondanks het toe- en uitreden van vennoten. Verschillende *observationes* bevestigen de praktijk dat de onderneming na ontbinding van de vennootschap tegen betaling van een overnamesom werd voortgezet door één van de vennoten. Het kwam blijkens de *observationes* voor dat vennoten overeenkwamen dat een vennootschap die voor bepaalde tijd was aangegaan niet tussentijds door één van de vennoten kon worden opgezegd. De Hoge Raad oordeelde op grond van het Romeinse recht dat een dergelijk verbod toelaatbaar, maar betekenisloos was: zonder verbod kon een voortijdige opzegging onder omstandigheden niettemin onrechtmatig zijn, terwijl een verbod op tussentijdse opzegging deze niet verhinderde als daar maar een deugdelijke reden voor bestond.

De gevolgen van toetreding van een vennoot tot een bestaande vennootschap blijken niet eenduidig uit de *observationes*. Uit een enkele *observatio* kan worden afgeleid dat bij toetreding van een nieuwe vennoot de oude vennootschap eindigde en een nieuwe tot stand kwam. De *observationes* maken verschillende malen melding van vennootschapsovereenkomsten waarin werd bepaald dat een vennoot bij overlijden zou worden opgevolgd door één van zijn erfgenamen. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijk beding in strijd was met het Romeinse recht. Dit bepaalde immers dat een vennootschap eindigde met de dood van één van de vennoten. Bovendien moest volgens de Hoge Raad de situatie worden voorkomen dat de overgebleven vennoten werden opgezadeld met een onwelgevallige vennoot waarvan zij de identiteit ten tijde van het aangaan van de vennootschap niet kenden. De Hoge Raad verleende voor een dergelijke bepaling dus geen willige condemnatie. Toch bestond in de handelspraktijk kennelijk behoefte aan een voorziening op basis waarvan een erfgenaam in de vennootschap kon opvolgen. Anders valt niet te verklaren waarom een dergelijke bepaling verschillende malen aan de Hoge Raad is voorgelegd. De Raad verleende wel willige condemnatie voor een vennootschapsovereenkomst waarin was bepaald dat een vennoot na zijn overlijden zou worden opgevolgd door zijn echtgenote. In dit geval, zo overwoog de Raad, was de identiteit van de opvolger vooraf bekend. Dit oordeel is merkwaardig omdat het in strijd is met de Romeinsrechtelijke hoofdregel dat een vennootschap eindigt door het overlijden van één van de vennoten. Misschien liet de Hoge Raad zich in dit specifieke geval overtuigen door praktische argumenten die de opvolging vergemakkelijkten. Het is waarschijnlijker dat hij deze bepaling heeft beschouwd als een vennootschap op opschortende termijn. De desbetreffende *observationes* vermelden hierover niets. Een andere uitzondering op de hoofdregel dat erfgenamen niet in de vennootschap konden opvolgen, betreft de

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

situatie dat er na overlijden slechts één vennoot resteerde en de erven zich niet bezig zouden houden met het beheer van de vennootschap. Aan dit oordeel lag de gedachte ten grondslag dat de langstlevende vennoot niet zou worden gehinderd door de erven. Ook als de erfgenaam aan de goedkeuring door de resterende vennoten was onderworpen, of de desbetreffende bepaling juist ten behoeve van de langstlevende vennoten was bedongen, was de Hoge Raad bereid van de Romeinsrechtelijke hoofdregel af te wijken en verleende hij willige condemnatie aan deze bepaling. Uit de beslissingen van de Hoge Raad over opvolging door erven blijkt dat hij niet altijd ongevoelig was voor de praktische aspecten van een door de vennoten gekozen beding en dat hij onder omstandigheden bereid was buiten de kaders van het Romeinse recht te treden. Een rederij, bijvoorbeeld, werd als ontbonden beschouwd na het overlijden van de boekhouder. Dit leidde ertoe dat het schip dat de rederij exploiteerde diende te worden verkocht, zelfs als slechts een minderheid van de reders dit wenste. De Hoge Raad kwam op basis van de aldus luidende koopmansgewoonte en niet volgens het Romeinse recht tot dit oordeel.

Uit de *observationes* volgt dat de inbreng in de vennootschap naast geld kon bestaan uit die van arbeid, handelswaar, gereedschap en specifieke kennis. Voor het geval een vennoot niet zou voldoen aan zijn inbrengverplichting konden de vennoten overeenkomen dat de vennootschap voor de nalatige vennoot werd ontbonden en door de overige vennoten werd voortgezet. Voor een dergelijk beding verleende de Hoge Raad willige condemnatie, waarbij hij de proportionaliteit van de sanctie in acht nam. Op grond van het Romeinse recht diende een vennoot die niet voldeed aan zijn stortingsverplichting de andere vennoot rente te vergoeden over het niet ingebrachte deel van het kapitaal. Voor de winstverdeling blijkt uit een enkele *observatio* dat de Hoge Raad het Romeinsrechtelijke uitgangspunt volgde dat, als er over de verdeling van winst en verlies vooraf niets was overeengekomen, deze gelijkelijk werd verdeeld; maar dat, als er afwijkende afspraken over de verdeling waren gemaakt, deze moesten worden nagekomen. Het feit dat niet alle vennoten rekening en verantwoording hadden afgelegd en de boekhouding dientengevolge nog niet was vastgesteld, ontsloeg een vennoot niet van de verplichting om aan zijn interne bijdrageplicht te voldoen. Een door één vennoot in het kader van de vennootschap gerealiseerd voordeel kwam volgens de Hoge Raad, behoudens tegenbewijs, in beginsel aan de vennootschap toe.

Over het beheer werd door middel van stemming door de vennoten beslist. Daarbij gold dat, als de vennootschapsovereenkomst niets over stemrechten bepaalde, iedere vennoot één stem had. De boeken van de vennootschap dienden zich te bevinden bij degene die de boekhouding voerde. De kas van de vennootschap bevond zich gewoonlijk bij één van de vennoten. Het kon voorkomen dat deze bij een derde werd ondergebracht, die dan niet bevoegd was om bedragen aan een vennoot te overhandigen zonder toestemming van de

overige vennoten. Iedere vennoot die in het kader van de vennootschap had gehandeld, was gehouden om na ontbinding van de vennootschap rekening en verantwoording af te leggen, en de boekhouding over te leggen. Hij kon deze verplichting niet opschorten totdat zijn medevennoten hetzelfde hadden gedaan. Als een vennoot in gebreke bleef rekening en verantwoording af te leggen, was hij jegens zijn medevennoten aansprakelijk voor de als gevolg daarvan geleden schade. Ook het tussentijds afleggen van rekening en verantwoording kwam blijkens de *observationes* voor. Over de termijn waarop na ontbinding van de vennootschap rekening en verantwoording moest worden afgelegd, heeft de Hoge Raad niet geoordeeld. In de *observationes* wordt éénmaal melding gemaakt van een vennootschapsovereenkomst waarin die termijn was bepaald op twee tot drie maanden. Of dit een gangbare termijn was, kan op basis van een enkele *observatio* niet worden vastgesteld. Nadat een vennootschap was geëindigd als gevolg van het overlijden van één van de vennoten, was het ter bescherming van de belangen van de erfgenamen niet toegestaan dat de resterende vennoten rekening en verantwoording aflegden aan een door henzelf aangewezen persoon. Het afleggen van rekening en verantwoording kon door middel van gijzeling worden afgedwongen. Voor de rederij gold dat na iedere afzonderlijke reis rekening en verantwoording moest worden afgelegd; de eventuele uitbetaling aan de vennoten kon worden opgeschort tot het einde van de vennootschap.

Een aanzienlijk deel van de *observationes* heeft betrekking op de vereffening na ontbinding van de vennootschap. Dit behoeft geen verbazing te wekken omdat dan de belangen van de vennoten niet meer gelijklopen: de kas moest worden verdeeld, vorderingen geïnd en schulden betaald. Met de mogelijkheid van geschillen bij de vereffening werd in de vennootschapsovereenkomst al rekening gehouden. Uit de *observationes* blijkt namelijk dat vennoten vooraf konden overeenkomen dat in geval van onenigheid over de vereffening één of meer derden (bijvoorbeeld kooplieden) werden aangewezen om een eindafrekening te maken. Het arbitraal oordeel kon vervolgens door middel van willige condemnatie worden bekrachtigd, waardoor het eenvoudig kon worden geëxecuteerd. Ook na ontbinding konden de vennoten nog een derde aanwijzen om de vennootschap te vereffenen. Verder blijkt dat het herhaaldelijk voorkwam dat vennoten hun geschillen over de vereffening trachtten te voorkomen of beslechten door middel van een beëindigingsovereenkomst. In een dergelijke overeenkomst werden dan de uitgangspunten voor of de wijze van de vereffening opgenomen. De Hoge Raad verleende doorgaans willige condemnatie van een dergelijke overeenkomst. Vennoten konden overeenkomen dat de boeken van de vennootschap gedurende een bepaalde periode bij één van hen werden gedeponereerd om te worden onderzocht; zij konden ook ter inzage worden gelegd op het stadhuis. Afgifte van de boeken in het kader van de vereffening behoefde niet vooraf te worden overeengekomen; de verplichting daartoe volgde volgens de Hoge Raad uit de aard van de vennootschap. Gewoonlijk lag het initiatief voor

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

de vereffening bij de vennoten. Het kwam ook voor dat deze werd gevorderd door een erfgenaam van de overleden vennoot. Voor de rederij heeft de Hoge Raad bepaald dat van de boekhouder mocht worden verwacht dat hij bij ontbinding van de vennootschap gelden reserveerde voor eventuele juridische procedures die na de ontbinding zouden opkomen. Vooruitlopend op de eindafrekening kon alvast een voorlopige verdeling van de winst plaatsvinden, zeker als het er maar om uitging dat de vereffening lang op zich zou laten wachten. In de eindafrekening kon een onderlinge privévordering worden betrokken, als deze maar voldoende vaststond. Bij de beoordeling van geschillen over het afleggen van rekening en verantwoording maakte de Hoge Raad geen gebruik van het Romeinse recht. Hoewel de *observationes* hierover zwijgen, lijkt het dat de Hoge Raad oordeelde op basis van de koopmansgewoonte en volgens algemene beginselen van redelijkheid.

Volgens de Hoge Raad was de gemeenschap tussen vennoten, anders dan volgens het Romeinse recht, geen vrije maar een gebonden gemeenschap. Dat hield in dat het de vennoten gedurende de vennootschap niet was toegestaan om vrijelijk over hun aandeel in de tot die gemeenschap behorende goederen te beschikken. Een vennoot kon zijn aandeel dus niet verpanden, noch konden privécrediteuren van de afzonderlijke vennoten zich tijdens het bestaan van de vennootschap verhalen op de tot de gemeenschap behorende goederen. De Hoge Raad kwam tot dit oordeel op basis van het gewoonterecht (*Costumen van Antwerpen*) en de doctrine van Johannes Voet. Hij oordeelde voorts dat een privéschuldeiser van één van de vennoten zijn vordering op die vennoot niet kon verrekenen met een schuld aan de vennootschap waarvan de desbetreffende vennoot deel uitmaakte. De Raad leek aanvankelijk al tot dit oordeel te komen op basis van het Romeinse recht, maar concludeerde uiteindelijk dat de desbetreffende verrekening volgens het vennootschapsrecht niet was toegestaan. Op welke vennootschapsrechtelijke regel de Hoge Raad doelde, wordt niet duidelijk. Mogelijk duidde de Raad op het gebonden karakter van de goederengemeenschap. Waarschijnlijker is het dat de Hoge Raad tot dit oordeel kwam omdat het Rooms-Hollands recht alleen verrekening tussen dezelfde partijen toestond; de vennoot en de vennootschap zouden dan niet aan elkaar kunnen worden gelijkgesteld.

De Hoge Raad oordeelde op grond van het Romeinse recht dat na ontbinding van de vennootschap de scheiding en deling van de gemeenschap tussen vennoten kon worden gevorderd, ook als slechts een minderheid dit wenste. Ook de wijze van verdeling werd vastgesteld op basis van het Romeinse recht. Dat bepaalde dat, als een onroerende zaak niet op eenvoudige wijze in afzonderlijke delen kon worden verdeeld, deze in zijn geheel aan één van de vennoten moest worden toebedeeld of anderszins worden verkocht. Deze Romeinse rechtelijke regel kwam volgens de desbetreffende *observatio* bovendien overeen met de gewoonte. Bij de scheiding en deling van een suikerraffinaderij betekende dit dat de daartoe behorende onroerende zaak aan de hoogstbiedende

vennoot moest worden toegewezen of openbaar dan wel onderhands moest worden verkocht. Voor de roerende zaken (voorraad en bedrijfsmiddelen) die tot de raffinaderij behoorden, gold volgens de Hoge Raad dat deze op zichzelf wel eenvoudig konden worden verdeeld maar dat de verdeling moest geschieden op de wijze die voor alle betrokken partijen het gunstigst was. Omdat de roerende zaken hoofdzakelijk nut hadden in het kader van de raffinaderij, volgden zij de wijze van vervreemding van het pand. Ook dit oordeel baseerde de Raad op het Romeinse recht.

Enkele *observationes* maken melding van de ‘overdracht van een aandeel’. Deze woorden wekken in eerste opzicht verbazing: het persoonsgebonden karakter van de vennootschap is hiermee in strijd. Bij nadere beschouwing van de desbetreffende *observationes* blijkt dat eenmaal inderdaad contractsoverneming wordt bedoeld: een vennoot wenste dat een derde zijn rechten en plichten ten opzichte van zijn medevennoot zou overnemen. De Hoge Raad meende, juist vanwege het persoonsgebonden karakter van de vennootschap, dat contractsoverneming zonder instemming van de medevennoot niet mogelijk was. In een ander geval had de overdracht betrekking op een aandeel in de winst en dus op de cessie van een vordering. Tot slot kon de overdracht ook betrekking hebben op het aandeel in de mede-eigendom dat een vennoot na ontbinding van de vennootschap aan zijn voormalige medevennoot overdroeg. De laatste twee wijzen van overdracht achtte de Hoge Raad toegestaan. Dat is ook begrijpelijk omdat zij geen inbreuk vormen op het persoonsgebonden karakter van de vennootschap.

Uit de *observationes* blijkt dat in vennootschapsovereenkomsten verschillende bijzondere bedingen werden opgenomen. Vennoten konden bij aanvang van de vennootschap overeenkomen dat geschillen zouden worden beslecht door twee kooplieden die tot arbiters werden benoemd. In de *observationes* wordt verschillende malen melding gemaakt van de verplichting van een vennoot om de ander te onderrichten in een ambacht of beroep. Een geheimhoudingsbeding kon betrekking hebben op een in Holland nog niet bekende productiewijze en diende ertoe te voorkomen dat anderen daarvan kennis zouden nemen. Concurrentiebedingen treft men in verschillende varianten aan. Het kon een uittredende vennoot worden verboden om op welke wijze dan ook een onderneming te drijven waarvan de aard overeenkwam met die van de vennootschap; ook kon het een uittredend vennoot worden verboden met anderen een nieuwe vennootschap aan te gaan. Uit de *observationes* blijkt dat het gebruikelijk was om aan een opvolgings-, concurrentie- of geheimhoudingsbeding een boete te verbinden. De boete bestond uit een vast bedrag per overtreding of was winstafhankelijk. De boete was verschuldigd aan de medevennoten of aan de armen van de stad. Verschillende malen stelde de Hoge Raad zichzelf de vraag of een boetebeding wel toelaatbaar was. Hij beantwoordde deze vraag op grond van het Romeinse recht bevestigend, tenzij

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

de hoogte van de boete niet in verhouding stond tot het te dienen belang. Ook een tweeledige sanctie kon buitenproportioneel zijn, zoals in het geval dat een vennoot niet alleen een boete kon worden opgelegd, maar dat het hem tevens werd verboden rechtsvorderingen in te stellen tegen zijn vennoten. Eveneens op grond van het Romeinse recht, was het volgens de Raad niet toegestaan om zowel een boete te bedingen als tegelijkertijd schadevergoeding te vorderen. Tot slot konden vennoten bij aanvang van de vennootschap overeenkomen dat één van hen borg zou stellen voor de waarde van de inbreng van de andere vennoot.

Externe verhoudingen

Ten tijde van de Republiek werd in de handelspraktijk, in afwijking van het Romeinse recht, algemeen aanvaard dat vennoten jegens derden aansprakelijk waren voor elkaars handelingen. Bovendien stond vast dat de aard van die aansprakelijkheid hoofdelijk (*in solidum*) en niet proportioneel (*pro rata parte*) was. Dat blijkt in de eerste plaats uit de juridische adviezen die gedurende de zeventiende en achttiende eeuw over dit onderwerp zijn afgegeven. Hoofdelijke aansprakelijkheid was volgens één advies overeenkomstig de ‘*stijle onder den Koopluyden*’. Ter onderbouwing wordt in de adviezen onder meer verwezen naar hoofdstuk 52.1 van de *Costumen van Antwerpen*, waarin wordt bepaald dat vennoten die in compagnie handelen hoofdelijk aansprakelijk zijn. In de handelspraktijk gold dat men erop mocht vertrouwen dat iedere vennoot bevoegd was om rechtshandelingen namens de vennootschap te verrichten. Een vennoot behoefde daartoe dus niet uitdrukkelijk door zijn medevennoten te zijn gemachtigd. Van belang was volgens de adviezen verder of de desbetreffende handeling was verricht in het kader en ten bate van de vennootschap en of de aankoop in de boeken van de vennootschap was opgenomen. Als dit niet het geval was, kon dat duiden op een handeling die buiten de doelstelling van de vennootschap was verricht en kon de aansprakelijkheid van de medevennoot worden afgewezen. De hoofdelijke aansprakelijkheid blijkt voorts uit een turbe van Amsterdamse advocaten uit 1710 en een turbe van Amsterdamse kooplieden uit 1707. Beide bevestigen dat vennoten hoofdelijk aansprakelijk waren. Hoofdelijke aansprakelijkheid was ‘*costumier en van eene vaste en bekende praktyke*’. Een voorwaarde voor aansprakelijkheid was dat de verplichting was aangegaan tijdens het bestaan van de vennootschap. De hoofdelijke aansprakelijkheid duurde volgens één advies voort totdat ‘*aan Koopluyden ende Maeckelaers ter Beurse*’ publiekelijk bekend was gemaakt dat de vennootschap was beëindigd en de ene vennoot niet meer in naam van de ander mocht tekenen. De vraag of vennoten ook hoofdelijk aansprakelijk waren als de desbetreffende handeling niet in naam van de vennootschap (*nomine societatis*) was aangegaan, wordt in de juridische adviezen éénmaal expliciet bevestigd. Deze regel zou volgens het advies een alom geaccepteerde handelspraktijk zijn.

Een algemene regel van hoofdelijke aansprakelijkheid, ook zonder dat het handelen in naam van de vennootschap geschiedt, kan ook worden gelezen uit hoofdstuk 52.1 van de *Costumen van Antwerpen*. Of een vennoot al dan niet in naam van de vennootschap had gehandeld zal met name van belang zijn geweest voor de bekendheid van de wederpartij met het bestaan van de vennootschap. Als de vennoot in eigen naam handelde, zal die kennis namelijk doorgaans hebben ontbroken en zal de aansprakelijkheid van de overige vennoten geen rol hebben gespeeld.

De hoofdelijke aansprakelijkheid mag in de handelspraktijk een gegeven zijn geweest, de rechtsgeleerde werken geven een heel ander oordeel over de externe aansprakelijkheid van vennoten. De Rooms-Hollandse rechtsgeleerden bezagen de tijdens de Republiek bestaande vennootschappen vanuit het perspectief van de Romeinsrechtelijke *societas*. De Romeinsrechtelijke regels over de *societas* betroffen uitsluitend de interne verhouding tussen de vennoten. Vennoten konden elkaar volgens het Romeinse recht niet jegens derden verbinden. In de handelspraktijk konden vennoten dat wél en was de ene vennoot extern aansprakelijk voor de handelingen van de andere vennoot. Om deze in het Romeinse vennootschapsrecht onbekende mogelijkheid in juridische zin te rechtvaardigen, maakten de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden gebruik van de Romeinsrechtelijke *actio institoria* en de *actio exercitoria*. De *actio institoria* was de vordering die het Romeinse recht aan een derde toekende op een principaal voor handelingen die hij met de *institor* (bedrijfsleider) van de principaal was aangegaan. Hadden verschillende personen gezamenlijk in vennootschappelijk verband een bedrijfsleider aangesteld, dan waren zij ieder voor het geheel (dus hoofdelijk) aansprakelijk jegens de derde voor handelingen van hun gezamenlijke bedrijfsleider. De *actio exercitoria* bood derden de mogelijkheid om de reder van een schip rechtstreeks aan te spreken voor verplichtingen die de kapitein van het schip was aangegaan. Indien verschillende reders gezamenlijk één kapitein op een schip hadden aangesteld, dan waren zij analoog aan de *actio institoria* ieder voor het geheel (dus hoofdelijk) aansprakelijk voor handelingen van de kapitein. Ook als de reders één van hen aanwezen als kapitein van het schip, waren zij hoofdelijk aansprakelijk. Alleen als verschillende reders zelf tegelijkertijd als kapitein van het schip optraden, waren zij jegens derden aansprakelijk al naar gelang hun aandeel in het schip (dus: proportioneel). De *actio institoria* en *actio exercitoria* zien dus op vennootschappen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds een bewindhebber of kapitein en anderzijds niet-beherende vennoten of reders.

Hugo de Groot heeft deze vennootschapsvorm op het oog als hij stelt dat kooplieden en reders in zijn tijd, anders dan volgens het Romeinse recht, '*elck voor haer aendeel in de koophandel*' aansprakelijk zijn voor de handelingen van hun bewindhebber of kapitein. Bovendien stelt De Groot dat reders-vennoten het recht van abandon toekomt, dat is het recht om afstand te doen van het aandeel in de gemeenschap tussen vennoten door het aan de schuldeiser

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

af te staan, waarna de vennoot gevrijwaard is voor het eventuele restant van de schuld. Hoewel hij dat niet met zoveel woorden bevestigt, lijkt De Groot het recht van abandon ook toe te kennen aan kooplieden-vennoten. De stelling van De Groot is door nagenoeg alle Rooms-Hollandse rechtsgeleerden (soms zelfs letterlijk) gevolgd, daarmee de kiem leggend voor de discrepantie tussen de handelspraktijk waarin vennoten hoofdelijk aansprakelijk waren en de rechtsgeleerde literatuur. Onder de rechtsgeleerden gaat alleen Johannes Voet in op de vraag op welke wijze beherende vennoten aansprakelijk zijn voor elkaars handelingen. Hij onderscheidt drie associatievormen: de vennootschap waarbij alle vennoten gezamenlijk en onverdeeld (dat wil zeggen: niet vanuit verschillende locaties of verdeeld in verschillende activiteiten) handel drijven; de vennootschap waarvan de onderneming is onderverdeeld in verschillende activiteiten of vanaf diverse locaties wordt gedreven; en de vennootschap waarbij het beheer is uitbesteed aan één van de vennoten of aan een derde. De twee laatstgenoemde associatievormen zijn dezelfde als die De Groot voor ogen heeft; de eerste ziet daarentegen op vennootschappen waarbij alle vennoten zich met het drijven van de onderneming bezig houden. Volgens Voet zijn de beherende vennoten in dat geval eveneens proportioneel aansprakelijk voor elkaars handelingen. Hij past de regel die voor reders geldt – namelijk dat, als verscheidene reders zelf tegelijkertijd als kapitein van het schip optraden, zij proportioneel aansprakelijk zijn – analoog toe op de handelsvennootschap. Anders dan in de eerste twee gevallen, waarin de vennoten het recht van abandon toekomt, onzegt Voet dit recht aan de gezamenlijk handelende vennoten. Uit het voorgaande blijkt dat de wijze waarop de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden omgaan met de externe aansprakelijkheid van vennoten, niet overeenkomt met de handelspraktijk waarin de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten telkens wordt bevestigd en nimmer van een recht op abandon wordt gesproken. Die discrepantie is alleen dan te verklaren als men aanneemt dat de rechtsgeleerden onbekend waren met, of hun ogen sloten voor, de handelspraktijk. Opvallend is verder dat de autoriteit van De Groot kennelijk zo groot was dat tot diep in de achttiende eeuw zijn van de handelspraktijk afwijkende oordeel uit de *Inleiding* werd herhaald, totdat Van der Keessel er aan het einde van die eeuw op wees dat hij er toch echt naast zat en vennoten hoofdelijk aansprakelijk waren.

Nu duidelijk is hoe enerzijds in de handelspraktijk en anderzijds in rechtsgeleerde literatuur tegen de aansprakelijkheid van vennoten werd aangekeken, rijst de vraag op welke wijze de Hoge Raad daarmee omging. Het is allereerst opvallend dat slechts een betrekkelijk gering aantal *observationes* de externe aansprakelijkheid van vennoten betreft. Voor dit feit is geen duidelijke verklaring te geven. Er kan slechts worden vastgesteld dat geschillen over externe aansprakelijkheid van vennoten kennelijk relatief minder frequent aan de Hoge Raad werden voorgelegd dan geschillen die over de verhouding tussen vennoten onderling handelden. Uit de *observationes* die de externe aansprakelijkheid

betreffen, blijkt dat de Hoge Raad eerst beoordeelde of de vennoten elkaar wederzijds de bevoegdheid hadden verleend om namens de vennootschap te handelen. Hij stelde de externe aansprakelijkheid van vennoten dus afhankelijk van de interne bevoegdheidsafspraken. Hoewel de Raad dit niet expliciet bevestigde, kan uit de *observationes* worden afgeleid dat zonder een uitdrukkelijke wederzijdse volmacht de vennoten elkaar niet jegens derden konden verbinden. Dit is in strijd met de toenmalige handelspraktijk, waarin een vennoot ook zonder een nadrukkelijk daartoe strekkende volmacht, bevoegd was om namens de vennootschap te handelen. Voorts was het voor het aannemen van aansprakelijkheid noodzakelijk dat de desbetreffende vennoot ten tijde van de handeling waarvoor hij aangesproken werd vennoot was. Als de Raad eenmaal had vastgesteld dat de vennoten elkaar wederzijds de bevoegdheid hadden verleend om namens de vennootschap op te treden en de vennoten dus aansprakelijk waren voor elkaars handelen, kwam de vraag aan de orde of vennoten naar de contemporaine gebruiken (*moribus nostris*) hoofdelijk of naar verhouding van hun aandeel aansprakelijk waren. De Hoge Raad was van mening dat vennoten slechts proportioneel (*pro rata*) aansprakelijk waren. Hij baseerde dit oordeel onder meer op Grotius en Voet. Van Bijndershoek was het met dat oordeel niet eens. Volgens hem zijn alleen reders in afwijking van het Romeinse recht proportioneel aansprakelijk; vennoten zijn steeds hoofdelijk aansprakelijk. Volgens de Hoge Raad konden vennoten zich niet bevrijden van hun verplichtingen door hun aandeel in de gemeenschap tussen vennoten prijs te geven (het recht van abandon). Dit mag volgens Van Bijndershoek het geval zijn bij reders, het is daarom nog niet van toepassing op andere vennootschapsgevallen. Het van de handelspraktijk afwijkende oordeel van de Hoge Raad dat vennoten proportioneel aansprakelijk zijn, dateert uit 1720. Uit latere uitspraken van de Hoge Raad uit 1750 en 1781 kan worden afgeleid dat hij de hoofdelijke aansprakelijkheid toen wel accepteerde. Het is zeer wel mogelijk dat Van Bijndershoek in 1720 nog een roepende in de woestijn was, maar dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten in de tweede helft van de achttiende ook door de Hoge Raad, wellicht zelfs onder invloed van Van Bijndershoek, werd geaccepteerd.

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad bij de beoordeling van geschillen die de externe aansprakelijkheid van gezamenlijk handelende vennoten betroffen zwaar leunde op het Romeinse recht. Die gehechtheid komt ook tot uitdrukking in de wijze waarop de Hoge Raad oordeelde over de aansprakelijkheid van de stille vennoot (dat wil zeggen: de vennoot die zich niet bezig hield met het beheer van de vennootschap) voor handelingen van zijn bewindhebber. Het gaat hier dus om vennootschappen waarbij de bewindhebber op eigen naam handelde. Voor dergelijke gevallen hanteerde de Hoge Raad de Romeinsrechtelijke regel dat een vennoot niet wordt verbonden door de handelingen van zijn medevennoot, tenzij hij deze als zijn *institor* (bewindhebber of factor) had aangesteld. In dit geval, zo oordeelde de Hoge Raad op basis van het Romeinse

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

recht, was de vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor de handelingen van de bewindhebber. Dit oordeel is om verschillende redenen opmerkelijk. In de eerste plaats negeerde de Hoge Raad de handelspraktijk waarin vennoten elkaar wél wederzijds aan derden konden verplichtten, ook zonder een uitdrukkelijke volmacht. In de tweede plaats bevestigde de Hoge Raad hier nu juist wél de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten, daar waar hij dit voor gezamenlijk handelende vennoten onder verwijzing naar onder meer Grotius ontkende. Op basis van de stelling van Grotius zou de Hoge Raad juist hebben moeten concluderen dat de stille vennoot proportioneel aansprakelijk was en bovendien het recht van abandon toekwam.

Voor de Hoge Raad was van doorslaggevend belang of de derde ten tijde van de transactie wist dat zijn wederpartij beherend vennoot was en dus op de hoogte was van het bestaan van een vennootschap. Die wetenschap kon onder meer blijken uit de wijze waarop de transactie was vermeld in de boeken. Wist de derde pas achteraf dat hij met een beherend vennoot had gehandeld, dan stelde hij de stille vennoot tevergeefs aansprakelijk. Verder was voor de Hoge Raad van belang of de beherend vennoot binnen het kader van zijn bevoegdheden had gehandeld. Was dit niet het geval, dan was de stille vennoot niet aansprakelijk, ook al had de derde met de beherende vennoot als *institor* gehandeld. De Hoge Raad baseerde zijn oordeel op de Romeinsrechtelijke regel dat een reder niet aansprakelijk was voor handelingen van zijn kapitein die deze buiten de hem opgedragen bevoegdheden had verricht.

De strikte toepassing van het Romeinse recht (geen vennootschappelijke vertegenwoordiging en dus geen externe aansprakelijkheid, tenzij men met de wederpartij in diens hoedanigheid als *institor* had gehandeld) kon in deze gevallen tot het onredelijke resultaat leiden dat de vennootschap en dus de medevennoot was bevoordeeld als gevolg van de transactie, maar dat een eventueel onbetaalde geldsom desondanks niet op de medevennoot kon worden verhaald. Het wekt dan ook geen verbazing dat men heeft getracht dit onwenselijke resultaat met gebruikmaking van datzelfde Romeinse recht tegen te gaan. Men deed in zo'n geval een beroep op de mogelijkheid die het Romeinse recht bood om een derde waarmee geen contractuele relatie bestond op basis van verrijkingsrechtelijke beginselen toch aan te spreken. Onder het huidige recht zou men zeggen dat de medevennoot ongerechtvaardigd is verrijkt als gevolg van de onbetaald gebleven verkooptransactie. De Hoge Raad bevestigde éénmaal dat een schuldeiser zich op grond van de *actio de in rem verso* kon verhalen op de medevennoot van degene met wie hij een overeenkomst was aangegaan. De *actio de in rem verso*, Grotius' baattrekingsactie, was een rechtsmiddel dat een contractspartij de mogelijkheid bood om een derde, die voordeel had genoten van de uitvoering van de overeenkomst, aan te spreken. Die aansprakelijkheid was dus niet gebaseerd op de overeenkomst, maar op verrijkingsrechtelijke beginselen. Hieruit vloeit, onder meer, voort dat de aansprakelijkheid van de derde was beperkt tot het

daadwerkelijk door hem genoten voordeel. Dit resultaat, hoewel uitsluitend met behulp van het Romeinse recht geconstrueerd, benaderde de handelspraktijk waarin alle (en dus ook stille) vennoten jegens derden hoofdelijk aansprakelijk waren. Dat de Hoge Raad het verrijksprincipe aan zijn beslissing ten grondslag legde, behoeft niet te verbazen. Ook in de handelspraktijk werd immers als een redengevende omstandigheid voor de hoofdelijke aansprakelijkheid aangevoerd dat de vennootschap profijt had gehad van de transactie.

Over de aansprakelijkheid van reders valt in de *observationes* weinig terug te vinden. Daar waar deze wel wordt behandeld, wordt zij steeds gezien vanuit de positie van de boekhouder. Hij was één van de reders maar vervulde een prominente positie: hij verrichtte alle rechtshandelingen ten behoeve van de rederij, werd aangesproken op alle zaken die de rederij aangingen en trad op als de procespartij. Ondanks dat een boekhouder in een procedure betreffende de aansprakelijkheid van reders te kennen gaf dat reders, in afwijking van het Romeinse recht, naar de toenmalige gewoonte niet hoofdelijk maar evenredig aansprakelijk waren, achtte de Hoge Raad de boekhouder toch hoofdelijk aansprakelijk. Hij overwoog daarbij dat het onbehoorlijk zou zijn als de schuldeiser van de rederij zou worden gedwongen tegen meer dan één gedaagde te procederen. Hoewel hij dat niet uitdrukkelijk vermeldde, volgde de Hoge Raad de regels van het Romeinse recht waarin reders hoofdelijk aansprakelijk waren. Ten overvloede bevestigde de Hoge Raad dat de boekhouder een regresvordering toekwam op de overige reders. In een andere procedure liet de Hoge Raad de aard van de aansprakelijkheid (hoofdelijk dan wel proportioneel) afhangen van de mate van verwijtbaarheid aan het tot aansprakelijkheid leidende voorval. Daarbij schroomde hij niet distincties aan te brengen tussen de verschillende functies: in het desbetreffende geval werd de schipper (van wie uit de *observatio* niet blijkt of hij ook reder was) hoofdelijk aansprakelijk geacht, de boekhouder en de overige reders naar rato van hun aandeel in het schip. Uit de *observatio* blijkt evenwel dat dit oordeel, ook voor de reders en de boekhouder, anders had kunnen luiden als hun meer te verwijten was geweest. Voor de aansprakelijkheid van de boekhouder maakte het niet uit dat de rederij al was ontbonden en hij rekening en verantwoording had afgelegd. Een vergelijkbaar oordeel gaf de Hoge Raad in een procedure waarin een boekhouder goederen had afgenomen van een leverancier en op diens factuur een betaalbaarstelling aan de kassier van de rederij had geschreven. Ondanks het gegeven dat hij vervolgens in zijn functie was opgevolgd, kon hij velen jaren later nog worden aangesproken voor de gehele betaling van de factuur. Uiteindelijk baseerde de Hoge Raad dit oordeel op de omstandigheid dat de boekhouder de betalingsverplichting had aanvaard. Daaraan ging evenwel een lange discussie van Romeinsrechtelijke aard vooraf, die zich toespitste op de vraag of een beheerder van andermans zaken na de beëindiging van zijn functie nog tot betaling van een tijdens zijn functie aangegane schuld verplicht was. Deze discussie, theoretisch en verafstaand van de praktijk van alledag, is

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

exemplarisch voor de wijze waarop de Hoge Raad omging met vraagstukken van externe aansprakelijkheid. In plaats van de handelspraktijk te volgen, bleef hij strak vasthouden aan de regels van Romeins recht. Als hij al van die regels afweek, deed hij dit ten gunste van het oordeel van de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden, die in hun werken de *mores hodierni* van die tijd beschreven. Zoals wij zagen, weken deze *mores* nogal af van de werkelijke handelspraktijk. Het oordeel van de Hoge Raad was bovendien weinig consistent; nu eens volgde hij het Romeinse recht, dan weer sloot hij aan bij hetgeen de Rooms-Hollandse rechtsgeleerden als de *mores hodierni* hadden beschreven.

In de *observationes* zijn geen aanwijzingen te vinden dat de Hoge Raad rechtspersoonlijkheid toekende aan de personenvennootschap in de zin van de vennootschap als zelfstandig draagster van rechten en plichten. Wel kwam het voor dat de vennootschap als procesrechtelijke entiteit optrad die de afzonderlijke vennoten vertegenwoordigde. De afzonderlijke vennoten bleven materieel de belanghebbenden bij de vordering, maar het toe- en uittreden van vennoten werd daarbij buiten beschouwing gelaten. Het juridisch onverklaarbare gevolg daarvan was dat vennoten uitsluitend door toetreding in de vennootschap en zonder enige aanvullende rechtshandeling partij werden bij de rechtsverhouding tussen de eerder toegetreden vennoten en hun wederpartij.

Vennootschap op aandelen

In de *observationes* worden aandelen in een vennootschap alleen genoemd in verband met door de Staat geëtrooide vennootschappen als de VOC. Aandelen zijn volgens de Hoge Raad effecten die jaarlijks een onzekere uitdeling geven, al naar gelang de winst of verlies die een compagnie maakt. Een aandeel wordt in de *observationes* overigens consequent als ‘actie’ aangeduid. Het rechtskarakter van een aandeel was volgens de Hoge Raad dat van een vorderingsrecht en dus niet dat van een aandeel in een gemeenschap. De aard van het vorderingsrecht wordt in de *observationes* niet nader omschreven. Het is dus niet duidelijk of de Hoge Raad een aandeel beschouwde als een schuldvordering vanwege het ingelegde kapitaal of vanwege het recht op dividend. De Hoge Raad oordeelde aan de hand van het destijds vigerende gemene recht dat voor de goederenrechtelijke overdracht van een vordering de mededeling aan de schuldenaar een constitutief vereiste was. Zonder mededeling kon de schuldenaar nog steeds bevrijdend betalen aan de schuldeiser. Omdat een aandeel in de VOC volgens de Hoge Raad een vorderingsrecht was, zou ook voor de overdracht daarvan mededeling aan de schuldenaar (dat wil zeggen: de VOC) noodzakelijk zijn. Uit de *observationes* blijkt dat voor de overdracht van een aandeel in de VOC een drietal formaliteiten noodzakelijk was: toestemming door de bewindhebbers van de betrokken Kamer van de VOC (‘ventilatie’); de feitelijke overdracht van het aandeel in aanwezigheid van de bewindhebbers; en de af- en bijschrijving van de transactie in de boeken

van de VOC. Hoewel de noodzakelijkheid van de inschrijving van de overdracht van een aandeel in de registers van de VOC waarschijnlijk was ingegeven door het feit dat geen aandeelhoudersbewijzen werden uitgegeven en dus zonder inschrijving niet bekend was aan wie het dividend moest worden uitgekeerd, had zij het bijkomende effect dat de overdracht in overeenstemming was met de leer van de Hoge Raad voor de cessie van vorderingen.

De Hoge Raad noemde de bewindhebbers van de VOC *curatores societatis*. Een *curator* was volgens het Romeinse recht iemand die de zorg had over het vermogen van personen die niet zelfstandig in staat waren daarover te beschikken. In de Romeinsrechtelijke kwalificatie van de bewindhebbers kan de bevestiging worden gelezen dat de Hoge Raad zich ervan bewust was dat de VOC een eigen vermogen had. Dat de bewindhebber als *curator* werd aangeduid, impliceerde dat hem slechts het beheer was toevertrouwd van een vermogen dat niet aan hem toebehoorde. Daarin verschilde de positie van de bewindhebber wezenlijk van die van de beherend vennoot bij de personenvennootschap die door de Hoge Raad steeds als vennoot (*socius*) werd aangeduid. Mogelijk kan hierin een ontluikend besef van rechtspersoonlijkheid worden gezien. De verhouding tussen bewindhebbers en aandeelhouders ('participanten') kwalificeert Van Bijnkershoek op Romeinsrechtelijke basis als lastgeving. Dat is opmerkelijk omdat de Romeinsrechtelijke consequenties van lastgeving tot een theoretische verhouding tussen bewindhebbers en aandeelhouders leidden die volstrekt niet overeenkwam met de praktijk. In tegenspraak met de gedachte dat de VOC rechtspersoonlijkheid bezat, is het feit dat de VOC gewoonlijk niet zelf als procespartij optrad. Procedures werden namelijk meestal gevoerd op naam van de bewindhebbers en vonnissen werden ten laste van hen gewezen. Uit de *observationes* blijkt niet dat de tenuitvoerlegging ook daadwerkelijk ten laste van de bewindhebbers in persoon plaatsvond, of slechts verhaal kon worden gehaald op zaken van de VOC. Het laatste lijkt aannemelijker omdat het een enkele keer ook voorkwam dat de VOC zélf werd gedagvaard en als procespartij optrad.

In *observationes* uit de tweede helft van de achttiende eeuw worden ook associatievormen vermeld die op het eerste gezicht niet herkenbaar zijn als vennootschap op aandelen maar die wel het vermoeden wekken dat te zijn. De desbetreffende vennootschappen worden als *societates* aangeduid maar de beschreven organisatiestructuur duidt op een vennootschap van grotere omvang met een relatief groot aantal financieel betrokken personen. Naast degenen die zich bezig hielden met het bestuur van de vennootschap, vermelden de *observationes* ook een daarvan in organisatorische zin afgescheiden groep personen die gezamenlijk het 'college der administratie' of 'commissarissen' worden genoemd. Zij lijken financieel betrokken bij de vennootschap maar geen bestuurshandelingen te verrichten. Het blijft onduidelijk of zij nu aandeelhouders dan wel vennoten waren, of dat zij dezen vertegenwoordigden. In ieder geval kan men in deze vennootschapsvormen de overgang zien van een

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

vennootschap met enerzijds beherende vennoten en anderzijds vennoten die zich daarvan afzijdig hielden, naar de vennootschap op aandelen, waarbij de aandeelhouders in het geheel geen vennoten meer zijn. Het is interessant dat van één van dergelijke *societates* bekend is dat zij in werkelijkheid wel degelijk een vennootschap op aandelen was. Uit de statuten van de desbetreffende vennootschap blijkt namelijk dat zij een vooraf vastgesteld kapitaal had dat in gelijke aandelen was verdeeld. Op die aandelen behoefde slechts een tiende te worden volgestort. Verder blijkt daaruit dat de vennootschap werd geleid door een tweetal directeuren en een drietal uit de aandeelhouders gekozen commissarissen toezicht hield op de directie. Uit de *observationes* blijkt dat in het laatste kwart van de achttiende eeuw talrijke geschillen zijn ontstaan tussen de aandeelhouders en de bestuurders van deze specifieke vennootschap. De desbetreffende *observationes* bevestigen in de eerste plaats dat aandeelhouders, ook als zij een minderheid vormden, in rechte konden opkomen voor hun belangen als zij van mening waren dat de vennootschap slecht werd geleid. Zij konden inzage in en zelfs afgifte van de administratie van de vennootschap vorderen, alsmede beperking van de bevoegdheden van het bestuur. Aandeelhouders konden daardoor actief controle uitoefenen op het beleid van de vennootschap en waren niet meer slechts de passieve verschafters van kapitaal. De Hoge Raad bevestigde impliciet zelfs dat een belangenafweging ertoe kon leiden dat een bestuurder op vordering van aandeelhouders werd ontheven van zijn functie.

De *observationes* kennen geen onderscheidende benaming toe aan deze private vennootschap op aandelen. Dat hoeft ook geen bevreemding te wekken omdat ook de geotrooieerde VOC in het toenmalige Nederlands als 'sociëteit' of 'compagnie' werd aangeduid. Wel maakte de Hoge Raad bij de private vennootschap op aandelen onderscheid tussen aandeelhouders ('vennoten'), commissarissen ('zij die afgevaardigd zijn') en directeuren ('zij die benoemd zijn'). De Hoge Raad kwalificeerde de private vennootschap op aandelen als een lichaam (*corpus*) bestaande uit vennoten. De Raad bevestigde dat dit lichaam een zelfstandige betalingsverplichting jegens derden had, erkende daarmee een zekere mate van rechtspersoonlijkheid, maar negeerde tegelijkertijd de gevolgen daarvan. Het *corpus* kon volgens de Raad namelijk als 'zedelijk lichaam' (*corpus morale*) feitelijk niet worden aangesproken op betaling. De verplichtingen van het *corpus* kwamen daarom ten laste van de vennoten die het *corpus* vertegenwoordigden (de bestuurders en commissarissen). De Hoge Raad ontkenne dus het bestaan van een eigen vennootschapsvermogen dat was afgescheiden van het vermogen van haar bestuurders. Dit had tot gevolg dat iedere schuld van de vennootschap op het privévermogen van een bestuurder kon worden verhaald. De Raad bevestigde voorts dat de bestuurders en commissarissen aansprakelijk waren voor elkaars handelingen. Over de aard daarvan (hoofdelijk of proportioneel, al dan niet met het recht van abandon) laat hij zich niet uit. Over de aansprakelijkheid van de aandeelhouders

tegenover derden laat de Hoge Raad zich evenmin uit. In het uitgangspunt dat het lichaam een zelfstandige betalingsverplichting heeft, ligt echter de opvatting besloten dat de vennoten die gezamenlijk het lichaam vormen zelf niet aansprakelijk behoren te zijn. De ontwikkeling van beherende en volledig aansprakelijke vennoten naar aandeelhouders die tot niet meer verplicht zijn dan hun inbreng en bestuurders die niet in persoon aansprakelijk zijn, is aan het eind van de achttiende eeuw echter nog niet voltooid. De Hoge Raad stelde de private aandelenvennootschap niet gelijk aan de VOC. Hij duidde dezelfde functies immers met andere termen aan: bestuurders bij de VOC werden beheerders (*curatores*) genoemd, bij de aandelenvennootschap commissarissen en directeurs (*delegati* en *nominati*); aandeelhouders van de VOC werden participanten (*participes*) genoemd, aandeelhouders in de aandelenvennootschap vennoten (*socii*). Kennelijk meende de Hoge Raad met twee verschillende loten van doen te hebben die afkomstig waren van dezelfde *societas*-tak.

Een in de *observationes* uit het laatste kwart van de achttiende eeuw diverse malen genoemde ondernemingsvorm is de negotiatie. Daarbij werd aan plantagehouders in de Amerikaanse koloniën kapitaal ter beschikking gesteld, terwijl als zekerheid een hypotheekrecht werd gevestigd op de plantage. Het kapitaal was afkomstig van grote aantallen geldschietters. Die geldschietters werden aange trokken door middel van een prospectus die vooraf werd uitgegeven. Aan de geldschietters werden obligaties uitgegeven die alle dezelfde vooraf vastgestelde nominale waarde vertegenwoordigden; zij ontvingen jaarlijks een vaste rente die moest worden voldaan uit de opbrengst van de plantage. De leiding van de negotiatie lag in handen van een directeur. De belangen van de obligatiehouders werden vertegenwoordigd door commissarissen. Aan hen diende de directeur jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen. De interne verhoudingen werden vastgelegd in statuten. Uit de *observationes* blijkt dat de obligatiehouders invloed konden uitoefenen op – en zelfs enige zeggenschap hadden over – het bestuur en beleid van de onderneming. Daartoe werden commissarissen benoemd. Deze commissarissen waren in beginsel obligatiehouders, maar konden ook van buiten worden aangetrokken. De commissarissen vertegenwoordigden de belangen van de obligatiehouders. De directie was verplicht jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen. Deed zij dat niet, of niet naar tevredenheid van de obligatiehouders, dan konden de commissarissen machtsmiddelen aanwenden om de directie tot het gewenste beleid te dwingen. Verder ziet men dat geschillen tussen de obligatiehouders en de directie, en zelfs geschillen tussen obligatiehouders onderling, in een gerechtelijke procedure werden beslecht. Het Hof en de Hoge Raad speelden op deze kennelijk in de handelspraktijk levende wens in door de geschillenbeslechting zo in te richten dat deze effectief werkte. De Hoge Raad schuwde zelfs het geven van een voorlopige voorziening niet als de meerderheid van de obligatiehouders daarbij gebaat was. Een laatste opvallend aspect van de *observationes* is dat de Hoge Raad het geheel van obligatiehouders als een

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

abstract lichaam ging zien en niet als een optelsom van individuele obligatiehouders. Gesproken wordt van een gemeenschap (*communio*), *corps der geïnteresseerden* en het belang van het geheel der crediteuren (*res universitatis*). Niet het individuele belang van de obligatiehouder stond voorop, maar dat van de obligatiehouders gezamenlijk. Daarmee was natuurlijk nog niet gezegd dat aan de onderneming zelf rechtspersoonlijkheid werd toegekend. Het feit dat men het geheel van obligatiehouders als een abstract geheel ging zien, was echter ten minste een eerste stap in de ontwikkeling van het begrip rechtspersoonlijkheid. Uit de omschrijving van de negotiatie blijkt dat deze geen vennootschap was. De geldschietters brachten immers geen risicodragend kapitaal in maar leenden voor bepaalde tijd sommen geld uit tegen een vastgesteld rentepercentage met behoud van het recht op terugbetaling van de hoofdsom. In de *observationes* wordt de negotiatie, althans de verhouding van de obligatiehouders onderling of tussen hen en de directeur, ook nergens als vennootschap aangeduid.

Uit de *observationes* blijkt dat de interne structuur van de negotiatie en de private aandelenvennootschap sterk op elkaar leken: een klein aantal kooplieden betrof kapitaal van een groot aantal passieve investeerders; de grootte van dat kapitaal werd vooraf vastgesteld en onderverdeeld in aandelen (of obligaties) met een vaste nominale waarde; de aandelen behoefden niet volledig te worden volgestort; de kooplieden vormden de directie en dreven de onderneming; in ruil voor hun kapitaalbijdrage werd aan de investeerders de bevoegdheid verleend toezicht te houden op het bestuur. Hieruit blijkt dat aan het einde van de achttiende eeuw al associatievormen voorkwamen waarvan de structuur overeenkomsten vertoonde met de huidige zeggenschapsstructuur van de naamloze vennootschap. Aan beide associatievormen leek de Hoge Raad bovendien bepaalde eigenschappen toe te dichten die thans tot de karakteristieken van de rechtspersoonlijkheid worden gerekend. Dit geldt dan met name voor de aandeelhouders, die de Hoge Raad niet meer als verzameling individuele vennoten maar als een geabstraheerd lichaam beschouwde. Die abstractie gold nog niet voor de bestuurders, die volgens de Raad immers nog steeds in persoon aansprakelijk waren, waardoor nog niet van volledige rechtspersoonlijkheid kan worden gesproken.

In enkele gevallen werd een geschil dat de vennootschap op aandelen of de negotiatie betrof, mede beoordeeld op basis van het Romeinse recht. Dat was lang niet zo vaak het geval als (bijvoorbeeld) bij geschillen over de verhoudingen tussen vennoten. De onderliggende rechtsregels werden niet met name genoemd, maar aan de hand van de inhoud van de *observationes* kan worden gesteld dat de Hoge Raad was geneigd op basis van de bestaande handelspraktijk te oordelen of, als deze geen oplossing bood, op basis van de beginselen van redelijkheid.

Slotopmerkingen

Van de in totaal ruim vijfduizend *observationes* hebben er slechts 186 geheel of gedeeltelijk betrekking op de commerciële vennootschap. Dat is een opvallend aantal als men bedenkt dat de Republiek was doortrokken van handelsactiviteiten en men zich veelvuldig voor commerciële doeleinden zal hebben geassocieerd. Het overgrote deel van de vennootschapsrechtelijke geschillen moet dus buiten de conventionele rechtsgang om zijn beslecht. Dit verklaart ook waarom in verschillende van de in de *observationes* genoemde vennootschapsovereenkomsten een beding was opgenomen dat partijen verplichtte om hun eventuele geschillen door middel van arbitrage te beslechten. De toenmalige praktijk verschilde op dit punt niet van de huidige: vennootschapsrechtelijke geschillen vragen naar hun aard om een beslissing op korte termijn of om een minnelijke regeling. De langdurige procesgang die leidde tot een uitspraak van de Hoge Raad bood daarom geen praktische oplossing. Aan de hand van de *observationes* valt niet vast te stellen waarom bepaalde vennootschapsrechtelijke geschillen dan toch ter beslechting aan de rechter, en daarmee uiteindelijk aan de Hoge Raad, werden voorgelegd. De geschillen die in de *observationes* worden behandeld, zijn naar hun aard dusdanig verschillend, dat men niet kan zeggen dat alleen een bepaald soort geschil aan de rechter werd voorgelegd. Mogelijk gaat het dus om geschillen waarbij alternatieve geschillenbeslechting niet was overeengekomen, of waarbij partijen het niet eens konden worden over de te benoemen arbiters.

Men mag er op grond van de uitvoerigheid van de *observationes* vanuit gaan dat deze een goed beeld geven van het vennootschapsrecht dat gedurende de achttiende eeuw door de Hoge Raad werd toegepast. Dit vennootschapsrecht stemde niet noodzakelijkerwijs overeen met wat in de handelspraktijk gebruikelijk was. Dit was het gevolg van de sterke neiging van de Raad om alle rechtsvragen die hem werden voorgelegd op basis van het Romeinse recht en met gebruikmaking van een Romeinsrechtelijk begrippenkader te beantwoorden. Deze gehechtheid aan het Romeinse recht duurde voort tot aan het einde van de achttiende eeuw: zelfs associatievormen die in het Romeinse recht geheel onbekend waren, zoals de private aandelenvennootschap en de negotiatie, werden door Romeinsrechtelijke bril gezien en tot zekere hoogte op basis van het Romeinsrechtelijke regels beoordeeld. De Raad was daarin niet consequent: er zijn verschillende gevallen aan te wijzen waarin de Raad oordeelde op basis van de geschreven of ongeschreven koopmansgewoonte, terwijl deze afweek van het Romeinse recht. Om tot een redelijk oordeel te komen, bediende de Raad zich afwisselend van het Romeinse recht en (in mindere mate) van de koopmansgewoonte. Maar als dat niet tot een bevredigende oplossing leidde, schroomde hij niet om een eigen redelijkheidsoordeel te geven dat van beide afweek.

Er wordt in de *observationes* verder opvallend weinig verwezen naar rechtsgeleerde literatuur en als dat wel gebeurt, zijn de aangehaalde werken meestal oud. Dat behoeft geen verbazing te wekken: recente rechtsgeleerde

SAMENVATTENDE CONCLUSIE

literatuur, met opvattingen die afweken van oudere schrijvers als Grotius en Voet, was namelijk niet voorhanden. Rechtsgeleerde auteurs borduurden gedurende het grootste deel van de achttiende eeuw voort op de werken van hun zeventiende-eeuwse voorgangers. De noodzaak om naar recente literatuur te verwijzen, was er voor de Hoge Raad dus niet. Soms lijkt het er op dat een verwijzing naar rechtsgeleerde literatuur louter een bevestiging beoogde van de redelijkheid van de oplossing die de Hoge Raad voor ogen stond in plaats van dat zij de grondslag vormde van het oordeel.

Opvallend is ook dat het herhaaldelijk is voorgekomen dat de Hoge Raad, veelal op grond van het Romeinse recht, weigerde om willige condemnatie te verlenen aan bepalingen in vennootschapsovereenkomsten die in de commerciële praktijk kennelijk noodzakelijk werden geacht en ook daadwerkelijk in contracten werden opgenomen. De Raad ging in deze gevallen welbewust voorbij aan de handelspraktijk, wat niet zal hebben bijgedragen aan de bereidheid van vennoten om hun overeenkomsten en eventuele geschillen aan de Hoge Raad voor te leggen.

De vennootschapsrechtelijke uitspraken van de Hoge Raad geven al met al een verdeeld beeld. Enerzijds valt het op dat de Raad, als gevolg van zijn overmatige gehechtheid aan het Romeinse recht, in veel gevallen, soms zelfs welbewust, voorbij gaat aan de in de handelspraktijk voorkomende wensen en gewoonten. De rechtspraak vertoont daarmee hetzelfde euvel als de academische literatuur. Anderzijds openbaart zich meermaals de bereidheid van de Raad om zich op tamelijk revolutionaire wijze, met uiterste toepassing van de mogelijkheden die het Romeinse recht daartoe bood, te conformeren aan wat de commerciële praktijk verlangde. Ontwikkelingen in de handelspraktijk drongen zeer langzaam door tot de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo heeft het lang geduurd voordat de Raad de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten accepteerde en weigerde hij nog aan het eind van de achttiende eeuw de juridische consequenties van de private aandelenvennootschap in volle omvang te aanvaarden. De rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de vennootschap stemde dus niet noodzakelijkerwijs overeen met wat in de handelspraktijk van de achttiende eeuw de gewoonte was.

In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de contouren van de huidige personenvennootschappen duidelijk te ontwaren. De moderne kapitaalvennootschap heeft weliswaar zijn oorsprong in de zeventiende eeuw, maar wijkt toch duidelijk af van het beeld van diezelfde kapitaalvennootschap zoals dat naar voren komt uit de in dit onderzoek behandelde uitspraken. Dat geeft een veel diffuser beeld te zien waarin slechts enkele contouren van de huidige kapitaalvennootschap naar voren komen, doch geenszins de vaste structuur die de huidige kapitaalvennootschap heeft. Uit de hier behandelde uitspraken blijkt bovendien dat de Hoge Raad zocht naar die structuur maar daarbij nog geen heldere voorstelling had.

Lijst van aangehaalde werken I

- Ahsmann**, Margreet, *Collegia en colleges* (Groningen 1990).
- Ashburner**, Walter, *The Rhodian Sea-Law* (Oxford 1909).
- Asser**, W.D.H., *In solidum of pro parte. Een onderzoek naar de ontwikkelings-geschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden* (Leiden 1983).
- Bailly/Verhas**: M.-Ch. Le Bailly en Chr.M.O. Verhas, *Procesgids Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland 1582-1795* (Hilversum 2006).
- Bayer**, Walter (ed.), *Entwicklung des Aktienrechts. Aktienrecht im Wandel I* (Tübingen 2007).
- Becker**, Christoph, 'Das Problem der Austauschgerechtigkeit' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 201-223.
- Beekhuis**, J.H., *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht 3-1* (Zwolle 1975).
- Bergh**, G.C.J.J. van den, 'Der Präsident. Cornelis van Bijnkershoeck, seine Bedeutung und seine Ruhm', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3 (1995) 423-437.
- Bergh**, G.C.J.J. van den, *Die holländische elegante Schule, Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500–1800* (Frankfurt am Main 2002).
- Bier**, B., *Uitkeringen aan aandeelhouders* (Groningen 2003).
- Blécourt**, A.S. de, 'De geboorte van den Hoogen Raad van Holland en Zeeland', *TvR* 2 (1920-21) 428-459.
- Blécourt**, A.S. de, *Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht* (Groningen 1967).
- Blécourt/Japikse**: A.S. de Blécourt en N. Japikse, *Klein Plakkaatboek van Nederland* (Groningen 1919).
- Blom**, J.C.H. (ed.), *Geschiedenis van de Joden in Nederland* (Amsterdam 1995).
- Brakel**, S. van, 'Bijdrage tot de geschiedenis der naamloze vennootschap', *RM* 31 (1912) 261-306.
- Brakel**, S. van, 'De eerste moderne naamloze vennootschap' in: *Feestuitgave behorende bij het WPNR 2947* (Den Haag 1926) 27-32.
- Brakel**, S. van, 'De Nederlandse commanditaire vennootschap', *WPNR* 3040 (Den Haag 1928) 249-252.

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

- Brakel**, S. van, 'Ontbrekende schakels in de ontwikkeling van ons vennootschapsrecht' in: *Rechtshistorische Opstellen* (Haarlem 1914) 153-194.
- Brakel**, S. van, 'Vennootschapsvormen in Holland gedurende de gouden eeuw', *RM* 36 (1917) 1-30 en 145-189.
- Brakel**, S. van, *De Hollandsche handelscompagnieën der zeventiende eeuw: hun ontstaan, hunne inrichting* (Amsterdam 1908).
- Brandsma**, F., 'Derdenverrijking. Quint-Te Poel of een varkensstal en art. 6:212 BW', *RM Themis* 1994, 251-271.
- Brandsma**, F., 'Het leeuwendeel. De 'gekke koeien'-ziekte en de vennootschap', *Gr.O.M.* 20 (2003) 13-28.
- Brandsma**, F., *Gemeen recht in Groningen: enige opmerkingen over de matiging van bedongen boetes door de rechter* (Groningen 2000).
- Brom**, Christian, *Urteilsbegründungen im 'Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland' am Beispieldes Kaufrechts im Zeitraum 1704-1787* (Frankfurt 2008).
- Carasso-Kok**, M. (ed.), *Geschiedenis van Amsterdam I* (Amsterdam 2004).
- Chijs**, J.A. van der, *Geschiedenis van de stichting der Vereenigde O.-I. Compagnie* (Leiden 1857).
- Coing**, H., *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800* (München 1985).
- Coing**, H. *Handbuch der Quellen und Litteratur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte II,1: neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter der gemeines Recht* (München 1977).
- Colenbrander**, H.T., 'Über das erste Auftreten des Wortes Aktie in den Niederlanden', *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 50 (1901) 383-387.
- Cordes**, A., *Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum* (Keulen 1998).
- Dauchy/Demars**: S. Dauchy en V. Demars-Sion, 'La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage', *Revue historique de droit français et étranger* 89 (2004) 223-239.
- Degryse**, K.M., 'Zuid-Nederlands kapitaal in de VOC en de voorcompagnieën' in: *Noord-Zuid in Oost-Indisch perspectief* (Vlissingen 2005).
- Dillen**, J.G. van, *Het oudste aandeelhoudersregister van de kamer Amsterdam der Oost-Indische Compagnie* (Den Haag 1958).
- Dolezalek**, G.R., 'Das Zivilprozeßrecht' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 59-104.
- Duker**, M.J.A. (ed.), *WelBeraden. Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden* (Nijmegen 2009).
- Duynstee**, F.J.F.M., *Commanditaire vraagstukken* (Zwolle 1940).

Eilers, W., *Gesellschaftsformen im altbabylonischen Recht* (Lepzig 1931).

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

Feenstra, R., 'Römisch-holländisches Recht' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 9-58.

Feenstra, R., *Verkenningen op het gebied der receptie van het Romeinse recht* (Zwolle 1950).

Ferrarini, Guido A., 'Origins of limited liability companies and company law modernisation in Italy: a historical outline' in: Ella Gepken-Jager ed., *VOC 1602-2002, 400 years of company law* (Deventer 2005) 189-215.

Frijhoff/Spies: Willem Frijhoff en Marijke Spies ed., *1650 Bevochten een-dracht*, Nederlandse cultuur in Europese context 1 (Den Haag 1999).

Gaastra, F.S., *Bewind en beleid bij de VOC 1672-1702* (Zutphen 1989).

Gaastra, F.S., *De geschiedenis van den VOC* (Zutphen 2002).

Gall, H.C., *Regtsgeleerde beslissen. Aan de raadsheer Ockers toegeschreven aantekeningen betreffende uitspraken van het Hof (1656-1669) en de Hoge Raad (1669-1678) van Holland, Zeeland en West-Friesland* (Amsterdam 2002).

Geldersblom, Oscar, *Zuid-Nederlandse kooplieden en de opkomst van de Amsterdamse stapelmarkt (1578-1630)* (Hilversum 2000).

Geldersblom/Jonker: O. Geldersblom en J. Jonker, 'Completing a financial revolution: the finance of the Dutch East India trade and the rise of the Amsterdam capital market, 1595-1612', *The journal of economic history* 64-3 (2004) 645-650.

Gepken-Jager, Ella (ed.), *VOC 1602-2002, 400 years of company law* (Deventer 2005).

Gerdes, D.M.A., *Derdenverrijking* (Groningen 2005) 17-25.

Gilissen, J., 'De Grote Raad van Mechelen. Historisch overzicht' in: *Miscellanea Consilii Magni* (Amsterdam 1980) 13-43.

Goff, Jacques Le, *De woekeraar en de hel: economie en religie in de Middeleeuwen* (Amsterdam 1987).

Goldschmidt, L., *Universalgeschichte des Handelsrechts*. Handbuch des Handelsrechts I (Stuttgart 1891).

Goor, J. van, *De Nederlandse koloniën* (Bilthoven 1997).

Gotzen, Marcel, 'De costumiere bronnen voor de studie van het oud-Antwerpse burgerlijk recht', *Rechtskundig tijdschrift voor België* 39 (1949) 3-16; 105-124; 191-208.

Harris, R., 'The institutional dynamics of early modern Eurasian trade: The commenda and the corporation', *Journal of Economic Behavior & Organization* 71-3 (2009) 609-622.

Hart, S., 'Rederij' in: G. Asaert ed., *Maritieme geschiedenis der Nederlanden II* (Bussum 1978) 106-125.

Heijden, E.J.J. van der, 'De feestuitgave der broederschap III', *De naamloze vennootschap* 5 (1927) 260-262.

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

- Heijden**, E.J.J. van der, 'Over den juridischen oorsprong der naamloze vennootschap' in: *Rechtshistorische Opstellen* (Haarlem 1914) 132-152.
- Heijden**, E.J.J. van der, *De ontwikkeling van de naamloze vennootschap in Nederland voor de codificatie* (Amsterdam 1908).
- Heijden**, E.J.J. van der, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap* (Zwolle 1989).
- Heijer**, H.J. den, *De geotrooieerde compagnie*. Ars Notariatus 128 (Deventer 2005).
- Hilaire**, Jean, *Introduction historique au droit commercial* (Parijs 1986).
- Holk**, L.E. van, 'Mr. Willem Pauw, raadsheer en president van de Hooge Raad van Holland en Zeeland. Enkele biografische aantekeningen', *TvR* 30 (1962) 358-362.
- Hunt/Murrey**: Edwin S. Hunt en James M. Murrey, *A history of business in medieval Europe 1200-1550* (Cambridge 1999).
- Ides Peeters**, B.J.G.M., Korte inleiding op het verschijnsel willige condemnatie bij de Hoge Raad van Holland en Zeeland in de 18^e eeuw (scriptie UvA, Amsterdam 1975).
- Israel**, Jonathan I., *De Republiek 1477-1806 I* (Franeker 1996).
- Israel**, Jonathan I., *Nederland als centrum van de wereldhandel 1585-1740* (Franeker 1991).
- Jongh**, J.M. de, 'Aandeelhoudersactivisten avant la lettre. De dolerende participanten van de VOC' in:
- Kan**, J. van, *Uit de rechtsgeschiedenis der compagnie* (Batavia 1930).
- Kaser/Wubbe**: M. Kaser en F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht* (Zwolle 1971).
- Lastig**, G., *Die Accomendatio* (Halle 1907).
- Lehmann**, Karl, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce* (Berlijn 1895).
- Lichtenauer**, W.F., *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809*. Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap V-1 (Amsterdam 1956).
- Lokin/Jansen/Brandsma**: J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen en F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht. De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw* (Hilversum 1999).
- Lopez/Raymond**: Robert S. Lopez en Irving W. Raymond, *Medieval trade in the mediterranean world* (New York 1955).
- Luzzato**, Gino, *An economic history of Italy* (Londen 1961)

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

- Maeijer**, J.M.M., *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten 5-V. Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap* (Zwolle 1995).
- Malmendier**, U., 'Law and finance "at the origin"', *Journal of economic literature* 47-4 (2009) 1076-1108.
- Malmendier**, U., 'Roman shares' in: W. Goetzmann and G. Rouwenhorst (eds.), *The origins of value. The financial innovations that created modern capital markets* (New York 2005) 31-42, 361-365.
- Mansvelt**, W.M.F., *Rechtsvorm en geldelijk beheer bij de Oost-Indische Compagnie* (Amsterdam 1922).
- Mehr**, R., *Societas und universitas. Römischrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800* (Keulen 2008).
- Meijers**, E.M. (e.a.), *Nederlandsch Compendium van de Observationes Tumultuariæ van Cornelis van Bijkershoek*, I-II (Haarlem 1935).
- Meijers**, E.M., 'Uitgegeven en onuitgegeven rechtspraak van den Hoogen Raad en het Hof van Holland, Zeeland en Westfriesland', *TvR* 2 (1918-1919), 400-421.
- Meulen**, W.W. van der, 'Beschrijving van eenige Westindische plantageleningen. Bijdrage tot de kennis der geldbelegging in de achttiende eeuw', *Bijdragen en mededelingen van het historisch genootschap* 25 (Utrecht 1904) 490-580.
- Mickwitz**, Gunnar, *Aus Revaler Handelsbüchern. Zur technik des Ostseehandels in der ersten hälfte des 16. Jahrhunderts*. *Commentationes humanarum litterarum* IX (Helsinki 1938).
- Mohr**, A.L., *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap* (Deventer 1998).
- Molengraaff**, W.L.P.A., recensie van Mansvelt, *Rechtsvorm*, *RM* 41 (1922) 550-556.
- Niekerk**, J.P. van, 'Sources of insurance law' in: R. Feenstra en R. Zimmermann ed., *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (Berlijn 1992) 305-327.
- Oosten**, M.S. van, *Systematisch compendium der Observationes tumultuariæ van Cornelis van Bijkershoek* (Haarlem 1962).
- Oostindie**, G.J., *Roosenburg en Mon Bijou. Twee Surinaamse plantages, 1720-1870* (Dordrecht 1989).
- Otterspeer**, Willem, *Groepsportret met dame II. De vesting van de macht. De Leidse universiteit 1673-1775* (Amsterdam 2002).
- Oven**, J.C. van, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* (Leiden 1948).
- Pikkemaat**, J.G.B., *The old library of the Supreme Court of the Netherlands* (Hilversum 2008).
- Poelgeest**, L. van, 'Mr. Johan van Bleiswijk en zijn Observationes Tumultuariæ', *TvR* 55 (1987) 117-122.

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

- Poelgeest**, L. van, 'Raadsheren van de Hoge Raad', *Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden* 103 (1988) 20-51.
- Postan**, M.M., *Economic organization and policies in the middle ages*. The Cambridge Economic History of Europe III (Cambridge 1963).
- Postan/Rich**: M. Postan en E.E. Rich, *Trade and Industry in the Middle Ages*. The Cambridge Economic History of Europe II (Cambridge 1952).
- Posthumus**, N.W., *De Oosterse handel te Amsterdam* (Leiden 1953).
- Pryor**, J.H., 'Mediterranean commerce in the Middle Ages: a voyage under contract of commenda', *Viator* 14 (1984) 133-194.
- Pryor**, J.H., 'The origins of the commenda contract', *Speculum: a journal of mediaeval studies* 52-1 (1977) 5-37.
- Quintus Bosz**, A.J.A., *Geld, credietbehoefte en negotiaties in Suriname voor 1865*, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar in de Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit van Suriname op woensdag 1 december 1971.
- Rehme**, P., 'Geschichte des Handelsrechts' in: V. Ehrenberg ed., *Handbuch des gesamten Handelsrechts* I (Leipzig 1913) 28-259.
- Riemersma**, J.C., 'Trading and shipping associations in 16th century Holland', *Tijdschrift voor Geschiedenis* 65 (1952) 330-338
- Roeper**, V. (ed.), *Om de Wereld. De eerste Nederlandse omzeiling van de wereld onder leiding van Olivier van Noort, 1598-1601* (Nijmegen 1999).
- Rota Genua**: [Z.n.] *Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad rem* (Genua 1582).
- Ruyscher**, D. De, 'Antwerp commercial legislation in Amsterdam in the 17th century: Legal transplant or jumping board?', *TvR* 77 (2009) 459-479.
- Schmidt**, P.P., *Catalogus oude drukken in de bibliotheek van de Hoge Raad der Nederlanden* (Zwolle 1988).
- Seifert**, D., *Kompagnons und Konkurrenten. Holland und die Hanse im späten Mittelalter* (Keulen 1997).
- Sicard**, Germain, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Age* (Toulouse 1952).
- Silberschmidt**, W., 'Das Sendegeschäft im Hansagebiet', *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* 68 en 69 (1910/1911) 408-438; 1-46.
- Silberschmidt**, W., 'Kumpanie und Sendeve. Ein Beitrag zur Geschichte der Handelsgesellschaften in Deutschland', *Archiv für Bürgerliches Recht* 23 (1904) 1-68.
- Silberschmidt**, W., *Die commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII Jahrhundert* (Würzburg 1884).
- Sirks**, A.J.B. (ed.), *Van Bijkershoeks Observationes 2018-2913. Index in Observationes tumultuarias* (Den Haag 2005).

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

- Sirks, A.J.B.**, 'De Decisiën van Pieter Ockers (1628-1678)', *TvR* 71 (2003) 197-210.
- Sirks, A.J.B.**, 'Late Roman law: the case of dotis nomen and the praedia pistoria', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanische Abteilung* 108 (1991) 187-212.
- Sirks, A.J.B.**, 'Sed verum est, sententias numerari, non ponderari', in: Rena van den Bergh ed., *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric H. Pool* (Pretoria 2005) 285-303.
- Slagter, W.J.** (ed.), *Personenassociaties* (Kluwer losbladig).
- Smidt, J.Th. de**, 'Ons hoogste rechtscollege in het verleden' in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988. Een portret* (Zwolle 1988) 17-31.
- Soest, H.W. van**, 'De Hoge Raad van Holland en Zeeland', *Spiegel Historiae* 9 (1974) 12-18.
- Soest, H.W. van**, 'Hoe vervaardigde raadsheer Willem Pauw zijn Observationes tumultuariarum novae?' in: J.A. Ankum ed., *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata* (Freiburg 1985) 585-607.
- Star Numan, O.W.**, *Cornelis van Bynkershoek, zijn leven en zijne geschriften* (Leiden 1869).
- Steensgaard, N.**, 'The Dutch East India Company as an institutional innovation' in: *Dutch capitalism and world capitalism* (Cambridge 1982) 235-259.
- Steins Bisschop/Wiersma: B.T.M.** Steins Bisschop en T. Wiersma, 'De compagnie als moderne NV' in: *Kennis en Compagnie* (Leiden 2002).
- Stipriaan, A. van**, *Surinaams contrast. Roofbouw en overleven in een Caribische plantage economie, 1750-1863* (Amsterdam 1991).
- Udovitch, Abraham L.**, 'At the origins of the Western commenda: Islam, Israel, Byzantium?', *Speculum: a journal of mediaeval studies* 37-2 (1962) 198-207.
- Vaz Dias, A.M.**, 'De deelname der Marranen in het oprichtingskapitaal der Oost-Indische Compagnie' in: *Jaarboek Amstellodamum* 33 (1936) 42-58.
- Verhagen/Haazen: H.L.E.** Verhagen en I. Haazen, 'De cessie naar Rooms-Gelders recht. Van Lambert Goris naar nieuw BW', *Gr.O.M.* 19 (2002) 97-114.
- Verhas, Chr.M.O.**, *De beginjaren van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland* (Den Haag 1997).
- Versteeg, Jan**, *Het recht van mede-eigendom* (Den Haag 1912) 39-63.
- Voort, J.P. van de**, *De Westindische plantages van 1720 tot 1795. Financiën en handel* (Eindhoven 1973).
- Vos, Wouter de**, *Verrykingsaanspreekelijkheid in die Suid-Afrikaanse reg* (Kaapstad 1987).
- Vreede, G.W.**, 'Hooge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland' in: *Jaarboekje van de regterlijke magt* (1841) 1-48.

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN I

Vries/Wouden: Jan de Vries en Ad van der Wouden, *Nederland 1500-1815, de eerste ronde van moderne economische groei* (Amsterdam 2005).

Warmelo, P. van, *Registers op die Observationes tumultuariae van Cornelis van Bijkershoek en van Willem Pauw* (Pretoria 1982).

Wessels, J.W., *History of the Roman-Dutch law* (Grahamstown 1908).

Zeylemaker, J.B., *Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap* (Zwolle 1947).

Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian traditions* (New York 1996).

Zwalve, W.J., 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking', *NTBR* 7 (1995) 157-163.

Zwalve, W.J., *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europees privaatrecht I* (Den Haag 2006).

Lijst van aangehaalde werken II: Ius commune

Aller, Karel van, *Generaale regulen en definitien* (Dordrecht 1761).

Barels, J.M., *Advysen over den koophandel en zeevaart mitsgaders verscheidene turbes, memorien, resolutien missives enz. enz daer toe behoorende II* (Amsterdam 1781).

Berg, Isaac van den, *Nederlands advysboek inhoudende verscheide consultatien en advysen van voorname regtsgeleerden in Nederland* (Amsterdam 1694).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Ad L. Aziōsis IX de lege Rhodia de jactu liber singularis et De dominio maris dissertatio* (Den Haag 1703).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Ad L. lecta XL. dig. de reb. cred. si cert. pet. liber singularis & Dissertatio de pactis juris stricti contractibus incontinenti adjectis* (Leiden 1699).

Bijnkershoek, Cornelis van, *De dominio maris* (Den Haag 1703).

Bijnkershoek, Cornelis van, *De foro legatorum tam in causa civili quam criminali, liber singularis* (Leiden 1721).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Nieuwe oprechte Haegse Mercur, compleet: Behelsende satyrique, politique en academische reflexien 1-30* (Utrecht 1745).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Observationes tumultuariæ I-IV*, ed. E.M. Meijers e.a. (Haarlem 1926-1962).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Observationum juris romani libri quator: in quibus plurima juris civilis aliorumque auctorum loca explicantur et emendantur* (Leiden 1710).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Opera minora, olim separatim, nunc conjunctim edita* (Leiden 1730).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Opuscula varii argumenti his inscriptionibus: I. Praetermissa ad L.2.D. de orig. juris. II. De rebus Mancipi et nec Mancipi. III. De jure occidendi, vendendi, et exponendi liberos apud veteres Romanos. IV. De cultu religionis peregrinae apud veteres Romanos. V. De captatoriis institutionibus. VI. De legatis poenae nomine* (Leiden 1719).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Quaestiones iuris privati* (Den Haag 1744), ad lectorem; Star Numan, *Van Bynkershoek*.

Bijnkershoek, Cornelis van, *Quaestionum juris privati libri quatuor quarum plerisque insertae sunt utriusque in Hollandia curiae res de his ipsis quaestionibus judicatae* (Leiden 1744).

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN II: IUS COMMUNE

Bijnkershoek, Cornelis van, *Quaestionum juris publici libri duo, quorum primus est de rebus bellicis, secundus de rebus varii argumenti* (Leiden 1737).

Bijnkershoek, Cornelis van, *Verhandelingen over burgerlyke rechtszaaken* (Amsterdam 1747).

Casaregis, Joseph, *Discursus legales de commercio* (Florence 1719).

Christinaeus, Paulus, *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* (Antwerpen 1636).

Coren, Jacob, *In supremo senatu Hollandia, Zeland & Frisia, dum viveret assessoris, observationes rerum in eodem senatu judicatarum, item consilia quaedam* (Den Haag 1633).

Costumen van Antwerpen: [Z.n.] *Rechten ende Costumen van Antwerpen* (Amsterdam 1613).

Cujacius, Jacques, *Papinianus. Hoc est, in response Aemilii Papiniani, jureconsultorum coryphaei, recitationes accuratissimae a multis multum expetitae. Opera postuma II* (Frankfurt 1595).

Cujacius, Jacques, *Paratitla in libros L Digestorum* (Parijs 1658).

Dronsberg, Pieter Hendrik (ed.), *Verzameling van casus positien, voorstellingen en declaratien betrekkelyk tot voorvallende omstandigheden in den koophandel, van tyd tot tyd binnen deeze stad beoordeeld en ondertekend* (Amsterdam 1793).

Eck, Cornelis van, *Principia juris civilis secundum ordinem Digestorum* (Franeker 1689).

Faber, Antonius, *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in Sacro Sabaudiae senatu tractatorum* (Frankfurt 1612).

Faber, Antonius, *Rationalia in primum et secundum partem pandectarum* (Geneve 1631).

Felicius, Hector, *Tractatus desideratissimus de communione seu societate* (Gorinchem 1666) voorzien van aantekeningen door H. Boxelius.

Felicius, Hector, *Tractatus desideratissimus de communione seu societate, deque lucro item ac quaestu, damno itidem ac expensis* (Frankfurt 1606).

GPB: [Z.n.] *Groot Placaet-boeck, vervattende de placaten, ordonnantien ende edicten van de Hoogh-Mog. Heeren Staten Generael der Vereenighde Nederlanden, ende van de Ed. Groot Mog. Heeren Staten van Hollandt en West-Vrieslant, mitsgaders vande Ed. Mog. Heeren Staten van Zeelandt I-X* (Den Haag 1658-1797).

Groenewegen van der Made, Simon, *De legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Leiden 1649).

Groot, Hugo de, *De iure belli ac pacis* (Parijs 1625).

Groot, Hugo de, *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleertheyd* (Den Haag 1631)

Handvesten Amsterdam: [Z.n.] *Handtvesten, ofte privilegien, handelingen, costumen ende willekeuren der Stadt Aemstelredam* (Amsterdam 1639).

Hollandsche consultatien: [Z.n.], *Consultatien, advysen en advertenties, gegeven ende geschreven bij verscheijden treffelijke rechtsgeleerden in Hollandt I-VI* (Rotterdam 1645-1685).

Hogerbeets, R., *Van het aenleggen ende volvoeren der processen voor de respective Hoven van Justitie in Holland* (1631).

Huber, Ulrik, *Heedendaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* (Leeuwarden 1686).

Huber, Ulrik, *Praelectionum iuris romani et hodierni tomus tres* (Franeker 1689)

Keessel, D.G. van der, *Praelectiones juris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam*, ed. P. van Warmelo, L.I. Coertze, en H.L. Gonin (Amsterdam 1961-1975).

Keessel, D.G., *Theses selectae juris Hollandici en Zelandici* (Leiden 1800).

Kersteman, Franciscus Lievens, *Hollandsch rechtsgeleert woordenboek* (Amsterdam 1768).

Koopman: [Z.n.] *De koopman, of bijdragen ten opbouw van Neerlands koophandel en zeevaart*, 6 nummer 28 (Amsterdam 1776).

Leeuwen, Simon van, *Bellum juridicum: ofte den oorlogh der advocaten. Bestaande in consultatien, advysen, deductien, advertenties, (...) en welckers (...) bekrachtigt zyn met resolutien, placaten, sententiën en gewijsdens (etc.)* (Amsterdam 1683).

Leeuwen, Simon van, *Censura forensis theoretico-practica* (Leiden 1662).

Leeuwen, Simon van, *Paratitula juris novissimi, dat is: een kort begrip van het Rooms-Hollands regt* (1652).

Leeuwen, Simon van, *Het Rooms-Hollands regt, waar in de Roomse wetten met het huydendaegse Neerlands regt, in alles dat tot de dagelykse onderhouding kan dienen, met een bysondre korthet, so wel in de vaste regts-stoffen, als in de manier van regts-vordering over een gebragt werden: met allerhande ordonnantien, placaten, hand-vesten, keuren, gewoonten en gewijsden deser en omleggende landen bevestigt* (1664; Amsterdam 1744).

Linden, Joannes van der, *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek* (Amsterdam 1806).

Loenius, Joannes, *Decisien en observatien, door wylen den heer en Mr. Joannes Loenius (...) beschreeven, en by een versameld; met byvoeginge van eenige aantekeningen. Midsgaders Resolutien, placaten, hand-vesten, privilegien (...) het Roomse, Oude, en Heeden-dagse regt, en de practyk betreffende door Tobias Boel* (Amsterdam 1712).

LIJST VAN AANGEHAALDE WERKEN II: IUS COMMUNE

Mathhaeus II, Antonius, *De auctionibus libri duo* (Utrecht 1653).

Merula, Paullus, *Synopsis praxeos civilis, Maniere van procederen in dese provincien Hollandt, Zeelandt ende West-Vrieslandt, belanghende civile saken* (1592; Delft 1705).

Moine de l'Espine/Lelong: J. le Moine de l'Espine en I. Lelong, *De koop-handel van Amsterdam en andere Nederlandsche steden naar alle gewesten der waereld I-II* (1704; Amsterdam 1801).

Mornacius, Antonius, *Observationes in XXIV priores libros digestorum, ad usum fori gallici* (Parijs 1721).

Munniks, J., *Handleiding tot de hedendaagsche rechtsgeleerdheid* (Amsterdam 1776).

Naeranus, Joannes, *Sententien en gewezen zaken, van den Hoogen en Provincialen Raad in Holland, Zeeland en West-Vriesland* (Rotterdam 1662).

Nieustad, Cornelis van, *Curiae Hollandiae, Selandiae, et West-Frisiae decisiones, tam supremas, quam provinciales* (1617; Leiden 1627).

Nieustad, Cornelis van, *De pactis antenvptialibvs rerum iudicatarum observationes* (1604; Leiden 1620).

Ortwijn, Cornelis, *Standhoudend Roomsche recht* (Amsterdam 1734).

Pauw, Willem, *Observationes tumultuariae novae I-III*, ed. H.F.W.D. Fischer e.a. (Haarlem 1964-1972).

Pauw, Willem, *Observationum juris civilis Romani liber singularis* (Den Haag 1743).

Pauw, Willem, *Varia juris civilis capita* (Halle 1737).

Sande, Johan van den, *Decisiones Frisicae sive rerum in suprema Frisiorum curia iudicatarum libri V* (Leeuwarden 1635).

Verwer, Adriaen, *Nederlants see-rechten, avaryen en bodemeryen etc.* (Amsterdam 1711).

Vinnius, Arnoldus, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis* (Amsterdam 1655).

Voet, Johannes, *Commentarius ad pandectas in quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et praecipuae fori quaestiones excutiuntur* (Den Haag 1698-1704).

BRONNENREGISTER I: ROMEINS RECHT

(Cijfers verwijzen naar paragraafnummers; A en B verwijzen naar resp. Algemeen en Bijzonder deel.)

Vóór-Justiniaanse bronnen

Gaius

Gai. 3.90	/ A 2.3.4
Gai. 3.135	/ A 2.2.1
Gai. 3.148	/ A 2.2.1
Gai. 3.149	/ A 2.2.1
Gai. 3.150	/ A 2.2.1
Gai. 3.151	/ B 2.1.2
Gai. 3.152	/ B 2.1.2
Gai. 3.153	/ B 2.1.2
Gai. 3.154	/ B 2.1.2

Corpus Iuris Civilis

Instituten

Inst. 3.14	/ A 2.3.3
Inst. 3.15.7	/ B 2.8.5
Inst. 3.25.1	/ B 2.3
Inst. 3.25.2	/ A 2.3.4
Inst. 3.25.4	/ A 2.1.1, B 2.1.2
Inst. 3.25.5	/ B 2.1.2
Inst. 3.25.7	/ B 2.1.2
Inst. 3.25.8	/ B 2.1.2

Codex

C. 3.37.1.pr.	/ B 2.7
C. 3.37.4.2	/ B 2.7
C. 4.26.7.3	/ A 2.8.3
C. 4.33.5.4	/ A 2.3.4
C. 4.35.21	/ B 2.7
C. 4.37.1	/ A 2.3.4

C. 4.44.2	/ B 2.6.2
C. 7.39.3.1	/ B 4.1.2
C. 8.41.3.pr.	/ B 4.1.4

Digesten

D. 2.8.10.1	/ B 2.8.6
D. 2.14.7.19	/ B 4.3.6
D. 3.3.67	/ B 3.2
D. 3.4.6.3	/ B 4.3.4
D. 10.3.21	/ B 2.7, B 4.3.6
D. 10.3.28	/ B 2.7
D. 10.3.29.1	/ B 2.7
D. 12.1.32	/ B 3.1
D. 12.4	/ B 3.1
D. 12.5	/ B 3.1
D. 12.6	/ B 3.1
D. 12.7	/ B 3.1
D. 13.1	/ B 3.1
D. 13.6.5.15	/ B 2.4.2
D. 14.1.1.12	/ B 3.1
D. 14.1.1.18	/ B 2.2.4
D. 14.1.1.25	/ A 2.8.3
D. 14.1.4.pr.	/ A 2.8.3
D. 14.1.4.1	/ A 2.8.3, B 3.1
D. 14.3.1	/ A 2.8.3
D. 14.3.3	/ A 2.8.3
D. 14.3.11.5	/ B 3.1
D. 14.3.13.2	/ A 2.8.3, B 3.1
D. 15.1.4.pr.	/ B 2.4.2
D. 16.2	/ B 2.4.2
D. 16.3.26	/ A 2.3.4
D. 16.3.28	/ A 2.3.4

BRONNENREGISTER I: ROMEINS RECHT

D. 17.2.1.pr.	/ B 2.1.1, B 2.1.3	D. 17.2.67	/ A 2.8.1
D. 17.2.4.1	/ A 2.2.1, B 2.1.4	D. 17.2.67.pr.	/ B 2.6.5
D. 17.2.5 pr.	/ A 2.2.1	D. 17.2.67.2	/ B 2.3, B 2.4.1
D. 17.2.5.1	/ A 2.2.1, A 2.3.4	D. 17.2.68.pr.	/ B 2.7
D. 17.2.6	/ A 2.2.1	D. 17.2.82	/ B 3.1
D. 17.2.14	/ B 2.1.1, B 2.1.3	D. 19.5.24	/ A 2.3.4
D. 17.2.19-21	/ B 4.1.4	D. 22.2.1	/ A 2.3.4
D. 17.2.23	/ A 2.8.1	D. 22.2.3	/ A 2.3.4
D. 17.2.29	/ A 2.2.1	D. 26.9.5.1	/ B 3.2
D. 17.2.29.1	/ A 2.3.4	D. 36.4.4	/ B 2.8.6
D. 17.2.29.2	/ A 2.2.1	D. 39.3.2.5	/ B 4.3.6
D. 17.2.31	/ A 2.1.1	D. 42.1.4.pr.	/ B 4.1.6
D. 17.2.41	/ B 2.8.5	D. 42.1.4.1	/ B 4.1.6
D. 17.2.42	/ B 2.8.5	D. 44.7.1-6	/ A 2.3.3
D. 17.2.52.3	/ A 2.3.4	D. 46.3.56	/ B 2.4.2
D. 17.2.52.4	/ A 2.3.4	D. 46.3.64	/ B 2.4.2
D. 17.2.58.1	/ A 2.3.4	D. 46.5.4	/ B 2.8.6
D. 17.2.59.pr.	/ B 2.1.6	D. 50.4.1.4	/ B 4.1.3
D. 17.2.63	/ A 2.8.1	D. 50.8.3.2	/ B 3.2
D. 17.2.65.	/ A 2.2.1	D. 50.16.186	/ A 2.3.4
D. 17.2.65.6	/ B 2.1.1, B 2.1.3	D. 50.17.180	/ B 2.4.2
D. 17.2.65.9	/ B 2.1.2		

BRONNENREGISTER II: OBSERVATIONES

(Cijfers verwijzen naar paragraafnummers in het Bijzonder deel, tenzij anders aangegeven. **Vet** gedrukte cijfers verwijzen naar een citaat of een ruimere bespreking.)

Observationes tumultuariae

OT 51	/ 4.1.4
OT 66	/ 1.1
OT 69	/ 1.1
OT 319	/ 1.2; 2.2.4
OT 326	/ 1.2; 2.6.5
OT 369	/ 1.3.2
OT 397	/ 1.1; 2.6.1; 3.2
OT 438	/ 2.2.2
OT 571	/ 1.2; 2.8.1
OT 575	/ 4.1.2 ; 4.1.3
OT 586	/ 3.1
OT 590	/ 1.2; 2.6.2
OT 671	/ 1.2; 2.6.2; 2.6.4
OT 674	/ 1.1; 1.2
OT 688	/ 1.2; 2.8.1
OT 877	/ 1.1; 1.2
OT 945	/ 1.2; 2.6.1
OT 962	/ 4.1.2 ; 4.1.3
OT 1042	/ 1.1; 1.3.5
OT 1129	/ 1.1; 1.2; 1.3.2; 2.1.1; 2.6.1
OT 1130	/ 1.1; 3.2
OT 1137	/ 2.1.1 ; 2.1.6
OT 1163	/ 2.2.1; 2.8.1; 2.8.5
OT 1165	/ 1.1; 1.3.2 ; 2.1.1; 2.3
OT 1179	/ 1.2
OT 1180	/ 1.2; 2.2.4 ; 2.3
OT 1195	/ 4.1.3; 4.1.4
OT 1370	/ 2.2.1
OT 1430	/ 1.2; 1.3.5; 2.3

BRONNENREGISTER II: OBSERVATIONES

OT 1432	/ 1.2; 2.1.1; 2.3; 2.8.2
OT 1435	/ 2.6.2; 2.6.6
OT 1530	/ 1.1; 1.2; 2.1.1; 2.2.4; 2.3; 2.8.1
OT 1564	/ 4.1.4; 4.2
OT 1594	/ 1.1; 1.2; 2.1.5; 3.1
OT 1662	/ 1.1; 1.2; 1.3.2; 2.1.1
OT 1756	/ 2.4.2
OT 1769	/ 2.6.5
OT 1770	/ 1.1
OT 1823	/ 1.1; 1.2; 2.1.5 ; 2.6; 2.8.5
OT 1866	/ 1.1; 1.4 ; 2.1.4
OT 1907	/ 1.1; 1.3.4; 2.2.4; 2.5
OT 1964	/ 2.1.5 ; 2.5
OT 1972	/ 1.1; 1.3.4; 1.4 ; 2.2.4; 2.3
OT 2029	/ 1.1; 1.2; 1.3.4
OT 2044	/ 1.1; 1.2; 2.8.2; 2.8.5
OT 2059	/ 1.1; 1.3.2; 2.1.1
OT 2060	/ 2.2.4
OT 2111	/ 1.1; 1.2; 1.3.2; 2.2.4
OT 2192	/ 2.2.3
OT 2271	/ 1.1; 1.2; 2.1.1; 2.1.3 ; 2.1.6 ; 2.8.5
OT 2315	/ 1.1; 1.2; 1.3.2; 2.3
OT 2319	/ 1.1; 1.2; 1.4
OT 2399	/ 1.1; 1.2; 2.3; 2.8.6
OT 2557	/ 1.2; 2.1.1; 2.1.6; 2.8.2; 2.8.4; 2.8.5
OT 2616	/ 1.1; 1.2
OT 2757	/ 1.2; 2.1.6 ; 2.2.4
OT 2786	/ 2.2.1
OT 2907	/ 1.1; 1.2; 1.3.2; 2.1.1; 2.2.3; 2.6.2; 2.6.5
OT 2921	/ 1.1; 1.2; 1.3.3
OT 3057	/ 1.1; 1.2; 1.3.2; 2.1.1; 2.2.4; 2.6.2
OT 3060	/ 1.1; 1.2; 2.1.5; 2.6.2
OT 3097	/ 1.1; 1.2
OT 3103	/ 1.2
OT 3144	/ 1.2; 2.1.5
OT 3154	/ 2.1.6 ; 2.2.4
OT 3204	/ 1.2; 2.6.4
OT 3231	/ 1.2; 2.1.5; 2.6.2; 2.8.5
OT 3259	/ 1.2

BRONNENREGISTER II: OBSERVATIONES

Observationes tumultuariarum novarum

OTN 11	/ 1.1; 1.2; 2.6.2
OTN 35	/ 1.1
OTN 37	/ 1.2; 2.8.1
OTN 71	/ 4.1.3
OTN 77	/ 1.1; 1.2; 2.1.1; 2.7
OTN 124	/ 1.1; 1.2; 1.3.1; 2.1.6; 2.8.5
OTN 128	/ A 1.3.3; 1.1; 2.1.6; 2.8.4; 2.8.5
OTN 145	/ 1.1; 1.2; 2.2.1; 3.1
OTN 173	/ 1.1; 1.2; 2.1.5; 2.6.2
OTN 213	/ 1.1; 1.2; 1.4 ; 2.1.5; 2.6.2; 2.8.1; 2.8.4
OTN 215	/ 1.2; 2.6.2; 2.6.6
OTN 263	/ 2.1.5
OTN 295	/ 1.1; 2.1.1 ; 2.1.6; 2.8.1
OTN 362	/ 1.1; 1.3.1; 2.1.2
OTN 381	/ 1.1; 1.2; 2.1.1; 2.2.4; 2.7
OTN 432	/ 1.1; 1.2; 2.8.5
OTN 436	/ 1.1; 1.2; 1.3.1; 1.4
OTN 445	/ 1.1; 1.2; 2.1.6
OTN 522	/ 1.1; 1.2; 1.3.1; 1.3.2; 2.6.2; 2.6.6
OTN 536	/ 1.1; 2.1.7 ; 2.2.1
OTN 552	/ 1.3.1; 1.3.3
OTN 629	/ 1.1; 1.2; 2.6.1
OTN 683	/ 4.1.3
OTN 795	/ 1.1; 1.2; 1.3.1; 3.3
OTN 805	/ 4.1.3
OTN 861	/ 1.1; 1.2; 2.6.1
OTN 876	/ 1.1; 1.2; 2.8.5
OTN 901	/ 1.2; 2.8.1
OTN 935	/ 2.8.1
OTN 950	/ 4.1.3
OTN 1034	/ 1.1; 1.3.4; 3.2
OTN 1047	/ 2.2.1; 2.2.4
OTN 1064	/ 2.1.2
OTN 1065	/ 4.1.3
OTN 1067	/ 1.1; 1.2; 1.4 ; 2.8.2
OTN 1138	/ 1.1; 1.2; 2.1.1; 2.1.6; 2.8.2; 2.8.3 ; 2.8.5
OTN 1147	/ 1.1; 1.2; 1.3.1; 1.4 ; 2.3
OTN 1148	/ 4.1.1
OTN 1242	/ 1.2; 2.2.4
OTN 1242	/ 1.1
OTN 1247	/ 1.3.1

BRONNENREGISTER II: OBSERVATIONES

OTN 1275	/ 4.3.1; 4.3.3
OTN 1284	/ 1.1; 1.3.3; 4.1.5 ; 4.1.6
OTN 1308	/ 1.3.3; 4.1.5
OTN 1332	/ 4.3.1; 4.3.3; 4.3.4; 4.3.5 ; 4.3.6
OTN 1402	/ 4.3.1; 4.3.3
OTN 1420	/ 1.2; 2.1.2; 2.1.6 ; 2.6.1
OTN 1423	/ 4.3.1 ; 4.3.4
OTN 1425	/ 4.3.1
OTN 1429	/ 4.1.3
OTN 1444	/ 4.3.1
OTN 1454	/ 1.3.3; 4.2
OTN 1520	/ 4.3.1; 4.3.4
OTN 1559	/ 1.3.2; 1.3.3
OTN 1593	/ 1.3.1
OTN 1594	/ 1.1; 1.2; 2.6.4
OTN 1599	/ 1.1; 1.2; 2.1.2; 2.2.1; 2.5
OTN 1607	/ 1.3.3; 4.1.5 ; 4.1.6
OTN 1614	/ 4.3.1
OTN 1633	/ A 1.7.3; 1.1; 1.3.4 ; 2.4.2
OTN 1640	/ 1.1; 1.2; 2.1.1; 2.3
OTN 1650	/ 1.3.3; 4.1.5
OTN 1653	/ 4.3.1; 4.3.5
OTN 1655	/ 1.3.1
OTN 1660	/ 1.3.3; 4.1.5 ; 4.1.6
OTN 1663	/ 4.3.1; 4.3.2 ; 4.3.5
OTN 1680	/ 1.2
OTN 1719	/ 1.3.2
OTN 1743	/ 1.1, 1.2
OTN 1748bis	/ A 1.5.4
OTN 1751	/ 4.3.1 ; 4.3.5; 4.3.6
OTN 1752	/ 4.3.1
OTN 1757	/ 1.1; 1.3.1; 2.1.2; 2.6.3
OTN 1795	/ 1.1; 1.2; 2.7

Summarising conclusion

Trading forms

This book focuses on the *observationes tumultuariae* of Cornelis van Bijnkershoek and the *observationes tumultuariae novae* of his son-in-law Willem Pauw. Between 1704 and 1787, therefore during virtually the entire eighteenth century, both these judges and presidents of the Supreme Court of Holland, Zeeland and West Friesland recorded their opinions about the judgements of the Supreme Court on paper for their own personal use.

The *observationes* provide a wide and varied picture of the companies which existed in the Republic during the eighteenth century. More than half the partnerships mentioned in the *observationes* ran a trading company. There are only a few examples of service companies in the form of a partnership. Only seven shipping companies are mentioned; a remarkably low number in view of the seafaring nature of the provinces of Holland and Zeeland. Nearly all the partnerships were limited in size. They generally consisted of two partners, and only in a few cases of three to six partners. There is no mention of partnerships with more than six partners in the *observationes*. However, this does not mean that larger partnerships did not exist: on one occasion, a *sociëteit van provedory* (provisioning company) is mentioned with ‘a very large number of partners’. In addition, as well as regular partnerships, there are also private partnerships limited by shares, the structure of which leads one to surmise that the number of shareholders involved was (considerably) greater than six. Small partnerships were often family alliances.

In the *observationes*, partnerships are referred to as *societates*, *societeiten* or *compagnieën*. No further distinctions are made, which means that the nature of the partnership must be established according to the content of the *observatio*. If we examine the *observationes* in relation to one another, it becomes apparent that it is possible to distinguish between five main forms. First of all, we find partnerships which traded under a joint name. Family-based partnerships bore the name of the head of the family or the founder, with the suffix ‘& Zonen’ (‘& Sons’) (*Anthoni Thiering & Zonen*) or ‘& Zoon’ (‘& Son’) (*Cajus & Zoon*). After the death of the name-giver, the partnership was given the prefix ‘Erven van’ (‘Heirs of’) (for example *Erven van E. Harreveld*). The word ‘firma’ (‘firm’) was also used to refer to a joint venture (*Firma Abraham ter Borch & Zonen*). The name under which the partnership traded could contain the names of all the partners, but could also be abbreviated by adding ‘& Compagnie’ (‘& Company’)

SUMMARISING CONCLUSION

to the first name (*Titius & Compagnie*). According to the Supreme Court, it was not permissible to use another person's surname or to add it to one's own name with the intention of prejudicing another party as a result or swindling one's way to a profit. Although not explicitly confirmed by the *observationes*, it appears that in this form of partnership, all the partners carried out administrative tasks or at least were authorised to do so. They could also have the tasks which were assigned to them carried out by a third party, but they were still ultimately responsible for their implementation. Apart from the *observationes* which expressly state that the partners traded under a joint name, it is not evident from the *observationes* whether the partners did so under their own name or a joint name.

The second form of partnership is a silent partnership. From the description of the alliances, it appears that partners generally only entered into a partnership for internal purposes and did not actually trade under a joint name. In such cases, the partnership was therefore not visible to third parties. In particular, the many short-lived alliances which feature in the *observationes*, sometimes even limited to a single transaction, will not have carried out their proposed transaction under a joint name. Although such alliances were so short-lived that they could hardly be referred to as a partnership according to modern standards, these are also consistently referred to in the *observationes* as *societates*. However, silent partnerships did not always have to involve a company of a limited size or term, as is evident from the fact that the various provisioning companies did not trade under a joint name either although they were large in size, both in terms of the number of partners and the nature of the activities. In the case of a provisioning company, one person would conclude an agreement with the State. To run it, he would enter into a (silent) partnership with various different people. The main contracting party would be responsible for the management of the company. His co-partners were each responsible for providing a certain portion of the provisions. To do so, they first needed to make the necessary investments themselves. Only at the end was a final statement drawn up showing the individual cost items. No joint capital was therefore involved. This may also explain the relatively high number of lawsuits arising from these types of partnerships. After all, the co-partners could not be sure that the payments made by the State to the main contracting party would cover the investments of the individual partners.

A third form of partnership was that in which one or more partners ran the company and one or more partners took no part in doing so. Of the partners who were not involved in the actual running of the company, the obligations were limited internally (but not in respect of third parties) to the provision of capital. A form of implementation which is encountered several times involved a number of traders jointly purchasing goods and sending them elsewhere to be traded. More sustainable associations also existed. In both cases, the actual trading activities were always carried out by one of the partners who was appointed to manage the

SUMMARISING CONCLUSION

company, with the remaining partners being responsible only for providing the necessary capital. The powers of the managing partner could not prevent the remaining partners from taking him to court in respect of his management of the company. Although in practical terms this form of partnership exhibits similarities with the limited partnership of today, it actually differs considerably as nowhere in the *observationes* is it apparent that the external liability of the financing partners was limited to the value of their contribution.

A fourth category of alliances which is referred to in the *observationes* as a partnership is one in which shipowners or the partners of various ships (privateers and whalers) agreed that they would divide the proceeds of a sea voyage. Alliances of this kind were referred to as *societas lucri* (profit partnerships) by the Supreme Court. Each party bore its own costs and losses; only the proceeds (the loot or the whales) were shared.

Alongside these partnerships, the *observationes* also refer to shipping companies. A shipping company was regarded by the Supreme Court as a form of *societas*. The terms shipping company and partnership, like the terms shipowners and partners, were interchangeable. The *observationes* state on several occasions that shipowners would appoint one of their own to manage the company; the remaining partners took no part in doing so. The managing partner was called the 'bookkeeper'.

The question as to the circumstances which constituted a partnership was answered several times by the Supreme Court. According to the Supreme Court, what mattered was the intention of the parties rather than the wording. The fact that the parties referred to their alliance as a partnership or to each other as partners was therefore not sufficient for the existence of a partnership to be assumed. It could however be an indication. The lack of the power of control could indicate that a person was not a partner. The same applied if someone received a fixed payment for his activities, and also if someone received a profit-dependent reward but did not share in any losses. The mere fact that a financing partner demanded interest and a working partner received a fixed payment was not sufficient to deny the existence of a partnership. In such cases, if a joint contribution was made or if the profits and losses were on a joint basis, the existence of a partnership could nonetheless be assumed.

The Supreme Court assigned a broader scope to the term *societas* or *compagnie* than is currently the case with modern partnerships. Very short-lived, rather limited alliances and those with no joint contributions or risk (like the *societas lucri*) were also referred to as such. The term *societas* was therefore more a designation for alliances in general. On the other hand, the Supreme Court ruled on several occasions that, if the existence of a partnership were to be assumed, the partners would have to run some risk of loss.

SUMMARISING CONCLUSION

Internal relationships

Many of the *observationes* deal with the relationships between partners. This mainly involved stipulations in a partnership agreement for which the partners, when entering into the partnership, would request the voluntary judgement ('*willige condemnatio*') of the Supreme Court. This was a frequently-used instrument for gaining certainty in advance with regard to the legal feasibility of an agreement concluded by the parties. The Supreme Court would then approve or reject the stipulation in question. The remaining cases which relate to internal relationships were the result of disputes between the partners during the existence of the partnership or disagreements about its dissolution and any final settlements.

The *observationes* reveal that partnerships were entered into for an indefinite period, for a definite period (in the *observationes* this period varies from three to twelve years), from a specific moment in time (therefore subject to a suspensory period) and subject to a specific condition. Any questions regarding the duration of the partnership were answered by the Supreme Court on the basis of Roman law. Various *observationes* reveal that within the Supreme Court, there was some disagreement as to whether a partnership actually could be entered into for a definite period under Roman law. Ultimately, the Supreme Court always answered this question in the affirmative, thus bringing the administration of justice based on the rules of Roman law into accordance with commercial practice in which partnerships for a definite period, as is evident from the *observationes*, occurred on a regular basis. According to Roman law, a partnership would continue to exist for as long as the partners continued it in unanimity. The instigation of legal proceedings against a co-partner would therefore lead to the dissolution of the partnership. The death of one of the partners, bankruptcy or the resignation of one of the partners would also bring the partnership to an end. All these grounds for dissolving the partnership occur in the *observationes*. Here, the Supreme Court adhered rigidly to the rules of Roman law with regard to the dissolution of the partnership. It confirmed that the death of one of the partners would lead to the dissolution of the partnership, even if it consisted of more than two partners. The fact that the company was being continued by the remaining partners did not change this in the slightest. According to the Supreme Court, the continuing association ought to be regarded as a new partnership. From the defence of a participant of proceedings, it seems that the situation was different in commercial practice: there, the partnership was considered to continue to exist for as long as it had not been made known to third parties that it had been dissolved. A contributing factor here will have been the fact that the use of the company name could continue in the commercial practice, despite the arrival and departure of partners. Various *observationes* confirm the practice of a company being continued after the dissolution of the partnership by one of the partners in return for the payment of

SUMMARISING CONCLUSION

a takeover sum. As is evident from the *observationes*, partners sometimes agreed that a partnership which had been entered into for a definite period could not be terminated prematurely by one of the partners. On the basis of Roman law, the Supreme Court ruled that whilst a ban of this kind was admissible, it was meaningless: without a ban, under certain circumstances premature termination could nonetheless be unlawful, whilst a ban on premature termination would not prevent this happening if there were proper grounds for doing so.

The consequences of a partner joining an existing partnership are not clearly evident from the *observationes*. From one *observatio*, we can deduce that when a new partner joined, the old partnership came to an end and a new one was created. On several occasions, the *observationes* refer to partnership agreements which specified that a partner would be succeeded by one of his heirs upon his death. The Supreme Court ruled that a stipulation of this kind was contrary to Roman law. After all, this stipulated that a partnership would end upon the death of one of the partners. In addition, according to the Supreme Court it was necessary to avoid a situation in which the remaining partners were saddled with an unwelcome partner whose identity they did not know when they entered into the partnership. The Supreme Court would therefore not confer an voluntary judgement for a stipulation of this kind. Nonetheless, in commercial practice there was evidently a need for a provision on the basis of which an heir could succeed to the partnership. It is otherwise hard to explain why a stipulation of this kind was brought before the Supreme Court on several occasions. The Court did however confer a voluntary judgement for a partnership agreement which stipulated that a partner would be succeeded after his death by his spouse. In this case, the Court felt that the identity of the successor was known in advance. This judgement is noteworthy as it contravenes the basic rule of Roman law that a partnership would end upon the death of one of the partners. In this specific case, the Supreme Court perhaps let itself be convinced by practical arguments which simplified the succession. It is more probable that it regarded this stipulation as a partnership which was subject to a suspensory period. The relevant *observationes* do not say anything about this. Another exception to the basic rule that heirs could not succeed to the partnership regards a situation in which only one partner remained after the death and the heirs did not want to be involved in the management of the partnership. This judgement was based on the view that the longest-surviving partner should not be impeded by the heirs. If the heir was subject to the approval of the remaining partners, or the relevant stipulation was required precisely for the benefit of the longest-surviving partners, the Supreme Court was also prepared to deviate from the basic rule of Roman law and confer a voluntary judgement upon this stipulation. The decisions of the Supreme Court about succession reveal that it was not always insensitive to the practical aspects of a stipulation chosen by the partners and that under certain circumstances it was prepared to step outside the framework of Roman law. A

SUMMARISING CONCLUSION

shipping company, for example, was regarded as having been dissolved after the death of the bookkeeper. This meant that the ship operated by the shipping company would have to be sold, even if this was only considered desirable by a minority of the shipowners. The Supreme Court reached this judgement on the basis of the commercial practice of the time, rather than Roman law.

The *observationes* show that the contribution to the partnership could consist of labour, goods, equipment and specific knowledge as well as money. If a partner should fail to meet his contribution obligations, the partners could agree that the partnership would be dissolved in respect of the defaulting partner and continued by the remaining partners. The Supreme Court did confer voluntary judgement for a stipulation of this kind, taking the proportionality of the sanction into account. On the basis of Roman law, a partner who failed to meet his payment obligations was obliged to pay the other partner interest in respect of the portion of the capital which he had failed to pay. As regards the division of profits, it is apparent from a single *observatio* that the Supreme Court adhered to the starting point under Roman law that, if nothing had been agreed in advance about the division of profits and losses, these would be divided equally; but that if different agreements had been reached about the division, these were to be followed. The fact that not all the partners had submitted their accounts and the bookkeeping had therefore not yet been completed did not release a partner from the obligation to meet his internal obligation to contribute. In principle, the Supreme Court ruled that a profit made by one partner in the context of the partnership, in the absence of proof to the contrary, would be due to the partnership.

The partners reached decisions about management issues by means of voting. If the partnership agreement did not determine otherwise with regard to voting rights, each partner would have one vote. The accounts of the partnership were to be kept by the person who was responsible for the bookkeeping. The funds of the partnership were usually held by one of the partners. These funds could also be placed with a third party, who was not authorised to hand over any sums to a partner without the permission of the remaining partners. After the dissolution of the partnership, each partner who had traded in the context of the partnership was obliged to provide accountability and to submit his bookkeeping records. He could not suspend this obligation until his co-partners had done the same. If a partner continuously failed to provide accountability, he would be liable to his co-partners for the losses suffered as a result. According to the *observationes*, the interim submission of accounts also occurred. The Supreme Court did not pass judgement with regard to the period within which it was necessary to submit the accounts after the dissolution of the partnership. Only once do the *observationes* refer to a partnership agreement in which this period was set at two to three months. Based on a single *observatio*, it is not possible to establish whether this was a customary period. After a partnership came to an end as a

SUMMARISING CONCLUSION

result of the death of one of the partners, in order to protect the interests of the heirs it was not permitted for the remaining partners to submit the accounts to a person they had appointed themselves. The submission of accounts could also be enforced by means of imprisonment. In the case of a shipping company, accounts needed to be submitted after each individual voyage; any payments to the partners could be deferred until the end of the partnership.

A considerable proportion of the *observationes* relate to the final settlements after the dissolution of a partnership. This should not come as a surprise, as at this point the interests of the partners are no longer the same: funds have to be divided, claims settled and debts paid. The possibility of disputes about the settlements was already taken into account in the partnership agreement. It is namely evident from the *observationes* that partners could agree in advance that in the event of a dispute about the final settlement, one or more third parties (such as traders) would be appointed to draw up a final statement. The arbitral decision could then be endorsed by means of a voluntary judgement, which meant that it could easily be enforced. After the dissolution, the partners could still appoint a third party to settle the accounts for the partnership. It also appears that partners would often try to avoid or sort out any disputes about the final settlements by means of a termination agreement. The starting points or method with regard to the final settlement would then be included in an agreement of this kind. The Supreme Court would usually confer a voluntary judgement upon an agreement of this kind. The partners could agree that for a certain period, the books of the partnership would be deposited with one of them for inspection; they could also be made available for inspection at the town hall. The submission of the accounts in the context of the final settlement did not need to be agreed upon in advance; according to the Supreme Court, the obligation to do so arose from the nature of the partnership. The initiative for the final settlement usually came from the partners. On occasion, this was also demanded by the heir of a deceased partner. In the case of shipping companies, the Supreme Court ruled that upon the dissolution of the partnership, the bookkeeper was expected to keep funds aside for any lawsuits which might arise after the dissolution. Prior to the final statement, a provisional division of the profits could already take place, certainly if it appeared that the final settlement would take a long time to sort out. The final statement could include mutual personal claims, if these were sufficiently indisputable. When judging disputes about the submission of accounts, the Supreme Court did not fall back upon Roman law. Although the *observationes* do not say anything concrete about this, it appears that the Supreme Court ruled on the basis of commercial practice and according to the general principles of reasonableness.

According to the Supreme Court, the community of property between partners was not a free community but a bound community, which is not the case under Roman law. This implied that for the duration of the partnership, the partners

SUMMARISING CONCLUSION

were not permitted to have the free disposal of their share in the goods belonging to the community in question. A partner could therefore not pledge his share, nor could private creditors of the individual partners recoup any debts from the goods belonging to the community during the existence of the partnership. The Supreme Court reached this judgement based on customary law (*Costumen van Antwerpen*) and the doctrine of Johannes Voet. It also ruled that a private creditor of one of the partners could not offset his claim against that partner against a debt to the partnership to which the relevant partner belonged. The Court initially appeared to have reached this judgement on the basis of Roman law, but in the end concluded that this kind of offsetting was not permissible in accordance with company law. It is not clear to which rule under company law the Supreme Court was referring. The Court may possibly have alluded to the bound nature of the community property. It is more probable that the Supreme Court passed this judgement as Roman-Dutch law only permitted offsetting between the same parties; the partner and the partnership could therefore not be equated with one another.

On the basis of Roman law, the Supreme Court ruled that after the dissolution of the partnership the separation and division of community property between the partners could be requested, even if this was only considered desirable by a minority. The division method was also established on the basis of Roman law. This law specified that, if an immovable property could not easily be divided into separate portions, it should be assigned in full to one of the partners or otherwise sold. According to the relevant *observatio*, this rule under Roman law also corresponded with usual practice. In the case of the separation and division of a sugar refinery, this meant that the immovable property owned would either have to be assigned to the highest-bidding partner or sold on a public or private basis. With regard to the movable property (stock and equipment) which belonged to the refinery, the Supreme Court felt that whilst this could in fact easily be divided, the division had to take place in the manner which was most beneficial to all the parties concerned. As the movable property was mainly of benefit in the context of the refinery, they took the route of disposing of the premises. The Court also based this judgement on Roman law.

A few *observationes* refer to the 'transfer of a share'. At first glance, these words are surprising: this appears contrary to the personal nature of the partnership. Closer examination of the relevant *observationes* reveals that on one occasion, contract takeover is indeed intended: a partner wished a third party to take over his rights and obligations towards his co-partner. The Supreme Court ruled that, precisely because of the personal nature of the partnership, contract takeover without the consent of the co-partner was not possible. In a different case, the transfer related to a share in the profits and therefore to the assignment of a claim. Finally, a transfer could also relate to a share in the joint property which a partner transferred to his former co-partner after the dissolution of the partnership. The Supreme Court considered these

latter two transfer methods permissible. This is also understandable, as they do not infringe upon the personal nature of the partnership.

The *observationes* show that partnership agreements also included various special provisions. Partners could agree upon the commencement of the partnership that disputes would be settled by two traders appointed as arbiters. On several occasions, the *observationes* refer to the obligation of a partner to teach the other partner a particular trade or profession. A non-disclosure provision could relate, for example, to a production method which was as yet unknown in Holland and served to prevent other people becoming aware of it. Non-competition clauses were also found in various forms. A departing partner could be forbidden from running, in any manner whatsoever, a company whose nature corresponded with that of the partnership; a departing partner could also be forbidden from entering into a new partnership with other people. The *observationes* reveal that it was customary to attach a penalty to a succession, non-competition or non-disclosure clause. The penalty either consisted of a fixed amount per breach or was profit-dependent. The penalty would either be owed to the co-partners or to the poor of the town or city. On various occasions, the Supreme Court asked itself whether a penalty stipulation was in fact admissible. On the basis of Roman law, it answered this question in the affirmative, unless the level of the penalty was out of proportion to the interests served. A dual sanction could also be disproportionate, as in the case where a partner could not only be fined but was also forbidden from taking legal action against his partners. Likewise on the basis of Roman law, the Court did not consider it permissible to insist upon a penalty as well as compensation. Finally, upon the commencement of a partnership, partners could agree that one of them would stand security for the value of the contribution by the other partner.

External relationships

At the time of the Republic and contrary to Roman law, it was generally accepted in commercial practice that partners were liable to third parties for each other's actions. In addition, it was established that the nature of this liability was joint and several (*in solidum*) and not proportional (*pro rata parte*). This is primarily apparent from the legal recommendations issued during the seventeenth and eighteenth centuries on this subject. According to one recommendation, joint and several liability corresponded with the method customary amongst traders, the '*stijle onder den Koopluyden*'. By way of substantiation, the recommendations refer *inter alia* to chapter 52.1 of the *Costumen van Antwerpen*, which stipulates that partners acting in partnership with one another are jointly and severally liable. In commercial practice, each partner was implicitly authorised to perform legal transactions on behalf of the partnership. A partner therefore did not require the express authorisation of his

SUMMARISING CONCLUSION

co-partners to do so. According to the recommendations, it was also important whether the transaction in question had been carried out in the context and for the benefit of the partnership and whether the purchase was included in the partnership's accounts. If this was not the case, this could indicate a transaction performed outside the scope of the partnership and the liability of the co-partner could be refused. This joint and several liability is also apparent from a *turbe* or commission of Amsterdam lawyers in 1710 and a commission of Amsterdam traders in 1707. Both confirm that partners were jointly and severally liable. Joint and several liability was customary and a known practice, '*costumier en van eene vaste en bekende praktyke*'. One condition with regard to this liability was that the obligation must have been entered into during the existence of the partnership. According to one recommendation, this joint and several liability continued until it had been publicly made known to the traders and brokers of the exchange, '*aan Koophuyden ende Maeckelaers ter Beurse*', that the partnership had been terminated and that one partner was no longer entitled to sign on behalf of the other. The question as to whether partners were also jointly and severally liable if the transaction in question was not entered into in the name of the partnership (*nomine societatis*) is explicitly confirmed once in the legal recommendations. According to the recommendations, this rule was a generally accepted commercial practice. A general rule of joint and several liability, also without the transaction taking place in the name of the partnership, can also be found in chapter 52.1 of the *Costumen van Antwerpen*. Whether or not a partner had acted in the name of the partnership would primarily have been important with regard to whether or not the existence of the partnership was known to the other party. If the partner was acting in his own name, this knowledge would generally have been lacking and the remaining partners would not have been liable.

Although joint and several liability may have been an established fact in commercial practice, legal documents provide a completely different opinion about the external liability of partners. The Roman-Dutch scholars viewed the partnerships which existed during the Republic from the perspective of a *societas* under Roman law. The rules under Roman law about a *societas* related exclusively to the internal relationship between the partners. According to Roman law, partners could not commit each other towards third parties. In commercial practice, however, partners could do so and one partner was externally liable for the actions of another partner. In order to legally justify this possibility which was unknown under Roman company law, the Roman-Dutch scholars made use of the Roman instruments of law known as the *actio institoria* and the *actio exercitoria*. The *actio institoria* was the claim which Roman law assigned to a third party against a principal for actions which he had entered into with the *institor* (manager) of this principal. If several different people had jointly appointed a manager in the context of the partnership, they were each liable for the whole (therefore jointly and severally) towards the third

party for the actions of their joint manager. The *actio exercitoria* offered third parties the possibility of instigating legal proceedings directly against the owner of a ship for obligations entered into by the captain of the ship. If various different shipowners had jointly appointed one captain on a ship, then similarly to the *actio institoria* they were each liable for the whole (therefore jointly and severally) for the actions of the captain. Even if the shipowners had appointed one of their own as the captain of the ship, they were still jointly and severally liable. Only if various different shipowners simultaneously acted as the captain of the ship were they liable to third parties depending on their share in the ship (therefore on a proportional basis). The *actio institoria* and *actio exercitoria* therefore relate to partnerships in which a distinction is made between an asset administrator (*bewindhebber*) or captain on the one hand and non-managing partners or shipowners on the other.

Hugo de Groot had this form of partnership in mind when he stated that traders and shipowners in his day, contrary to Roman law, were proportionally liable (*‘elck voor haer aendeel in de koophandel’*) for the actions of their asset administrator or captain. In addition, he also states that shipowner partners have the right of abandon, which is the right to renounce a share in the community between the partners by relinquishing it to a creditor, after which the partner is released from the remainder of the debt (where applicable). Although he does not confirm this in as many words, De Groot also seems to assign the right of abandon to trader partners. The proposition of De Groot was followed by virtually all Roman-Dutch scholars (sometimes even literally), thereby sowing the seeds of the discrepancy between commercial practice, in which partners were jointly and severally liable, and the legal literature. Amongst the legal scholars, only Johannes Voet examines the question as to how managing partners are liable for each other's actions. He distinguishes between three forms of association: a partnership in which all the partners trade on a joint and undivided basis (i.e. not from different locations or divided into different activities); a partnership in which the company is subdivided into various different activities or run from various different locations and a partnership in which the management is contracted out to one of the partners or to a third party. The two latter forms of association are the same as those which De Groot had in mind; the first, on the other hand, refers to partnerships in which all the partners are involved in the running of the company. According to Voet, in this case the managing partners are also proportionally liable for each other's actions. He takes the rule which applies to shipowners – namely that, if various different shipowners also simultaneously acted as the ship's captain, they were proportionally liable – and applies it analogously to trading companies. As opposed to the first two cases, in which the partners have the right of abandon, Voet rejects this right in the case of jointly acting partners. From the above, it is clear that the manner in which the Roman-Dutch scholars deal with the external liability of partners does not correspond with commercial practice, in which the

SUMMARISING CONCLUSION

joint and several liability of partners is repeatedly confirmed and there is no mention of a right of abandon. This discrepancy can only be explained if we assume that the legal scholars were unfamiliar with commercial practice or chose to ignore it. It is also striking that the authority of De Groot was evidently so great that until well into the eighteenth century his opinion from the *Introduction*, which differed from commercial practice, was repeated until at the end of the century Van der Keessel pointed out that he was in fact mistaken and that partners were jointly and severally liable.

Now that it is clear how the commercial practice on the one hand and the legal literature on the other viewed the liability of partners, the question arises as to how the Supreme Court dealt with this. First of all, it is striking that only a relatively small number of *observationes* concern themselves with the external liability of partners. No clear explanation can be provided for this fact. It is only possible to establish that disputes about the external liability of partners were obviously brought before the Supreme Court less frequently than disputes about the internal relationships between partners. The *observationes* relating to external liability show that the Supreme Court first judged whether the partners had given each other the authority to act on behalf of the partnership. It therefore made the external liability of partners dependent upon the internal agreements they had made with regard to their authorities. Although this was not explicitly confirmed by the Court, it is possible to deduce from the *observationes* that without express mutual authorisation, the partners could not commit each other towards third parties. This contravenes the commercial practice of the time, in which a partner was also authorised to act on behalf of the partnership without having express authorisation to do so. In order for liability to be accepted, it was also necessary for the relevant partner to have been a partner at the time of the transaction which was the subject of the proceedings. Once the Court had established that the partners had given each other the authority to act on behalf of the partnership and the partners were therefore liable for each other's actions, it was necessary to establish whether, in accordance with the custom of the day (*moribus nostris*), the partners were jointly and severally or proportionally liable. The Supreme Court felt that partners were only proportionally (*pro rata*) liable. It based this judgement on Grotius and Voet, amongst others. Van Bijkershoek did not agree with this judgement. In his view, only shipowners were proportionally liable, contrary to Roman law; partners were always jointly and severally liable. According to the Supreme Court, partners could not be released from their obligations by relinquishing their share in the community between partners (the right of abandon). According to Van Bijkershoek, this may have been the case with shipowners, but it did not yet apply to other trading forms. The judgement of the Supreme Court stating that partners are proportionally liable (contrary to commercial practice) dates from 1720. From later judgements by the Supreme Court dating from 1750 and 1781, it is possible to deduce that by this point the

SUMMARISING CONCLUSION

court does accept joint and several liability. It is highly possible that in 1720 Van Bijckershoek was still just a voice in the wilderness, but that joint and several liability by partners was also accepted by the Supreme Court in the second half of the eighteenth century, perhaps even under the influence of Van Bijckershoek.

From the above, it appears that the Supreme Court leaned heavily on Roman law when settling disputes regarding the external liability of partners acting on a joint basis. This attachment is also expressed in the manner in which the Supreme Court judged the liability of a limited partner (i.e. a partner who was not actively involved in managing the partnership) for the actions of his asset administrator. These are therefore partnerships in which the asset administrator was acting in his own name. In such cases, the Supreme Court applied the rule under Roman law that a partner could not be bound by the actions of his co-partner unless he had appointed him as his *institor* (asset administrator or agent). If this was the case, as the Supreme Court ruled on the basis of Roman law, the partner was jointly and severally liable for the actions of the asset administrator. This judgement is striking for several reasons. Firstly, the Supreme Court was disregarding commercial practice in which partners could commit one another towards third parties, even without express authorisation. Secondly, here the Supreme Court seemed to confirm the joint and several liability of partners, where previously it had rejected this for partners acting on a joint basis, amongst other things with reference to Grotius. Based on the proposition by Grotius, the Supreme Court should in fact have concluded that the limited partner was proportionally liable and also had the right of abandon.

For the Supreme Court, it was of decisive importance whether the third party, at the time of the transaction, knew that the other party was a managing partner and was therefore aware of the existence of a partnership. This knowledge was evident, amongst other things, from the way in which the transaction was recorded in the accounts. If the third party only became aware after the event that he had been dealing with a managing partner, his attempts to hold the limited partner liable would be in vain. For the Supreme Court, it was also important whether or not the managing partner had acted within his powers. If this was not the case, the limited partner would not be liable, even if the third party had acted with the managing partner in his capacity as *institor*. The Supreme Court based its judgement on the rule under Roman law that a shipowner was not liable for actions by his captain which fell outside the scope of the powers assigned to the said captain.

The strict application of Roman law (no company representation and therefore no external liability, unless one had dealt with the other party in his capacity as *institor*) could in these cases lead to the unreasonable result of the partnership and therefore the co-partner benefiting as a result of the transaction, but it nevertheless not being possible to recover any unpaid sums from the co-partner. It is therefore not surprising that attempts were made to combat this

SUMMARISING CONCLUSION

undesirable result through the application of the very same Roman law. Such cases called upon the possibility offered by Roman law to instigate legal proceedings against a third party with whom no contractual relationship existed, based on the principles of enrichment law. Under current law, one would say that the co-partner had been unjustly enriched as a result of the unpaid sales transaction. On one occasion, the Supreme Court confirmed that on the basis of the *actio de in rem verso*, a creditor could recover a debt from the co-partner of the person with whom he had entered into an agreement. The *actio de in rem verso*, Grotius' action for unjust enrichment, was a legal remedy which offered a party to a contract the possibility of instigating legal proceedings against a third party who had benefited from the implementation of the agreement. This liability was therefore not based on the agreement, but on the principles of enrichment law. From this it follows, amongst other things, that the liability of the third party was limited to the benefit he had actually enjoyed. This result, although exclusively reached with the aid of Roman law, came close to commercial practice in which all the partners (and therefore also limited partners) were jointly and severally liable towards third parties. The fact that the Supreme Court based its decision on the enrichment principle should not come as a surprise. After all, in commercial practice it was also argued as grounds for joint and several liability that the partnership had benefited from the transaction.

Little is stated in the *observationes* about the liability of shipowners. Where this is indeed discussed, it is always considered from the viewpoint of the bookkeeper. He was one of the shipowners but occupied a prominent position: he carried out all the legal transactions on behalf of the shipping company, was called to account in all cases which concerned the shipping company and acted as the participant of proceedings. Despite a bookkeeper stating in legal proceedings regarding the liability of shipowners that shipowners, contrary to Roman law, were not jointly and severally liable in accordance with the customs of the day but were instead proportionally liable, the Supreme Court nonetheless considered the bookkeeper jointly and severally liable. The consideration here was that it would be improper for the creditor of the shipping company to be forced to take legal action against more than one defendant. Although it did not expressly state that this was the case, here the Supreme Court was following the rules of Roman law under which shipowners were jointly and severally liable. Needless to say, the Supreme Court confirmed that the bookkeeper was entitled to recourse against the remaining shipowners. In different legal proceedings, the Supreme Court made the nature of the liability (joint and several or proportional) dependent on the degree of responsibility for the incident which led to the liability in the first place. Here, the court did not hesitate to make distinctions between the various different positions: in the case in question, the captain (it is not clear from the *observatio* if he was also a shipowner) was considered jointly and severally liable, the bookkeeper and the

SUMMARISING CONCLUSION

remaining shipowners being liable in proportion to their share in the ship. The *observatio* however makes it clear that this judgement could have turned out differently, also for the shipowners and the bookkeeper, had they been more to blame. In respect of the liability of the bookkeeper, it made no difference that the shipping company had already been dissolved and he had submitted the accounts. The Supreme Court reached a similar judgement in a case in which a bookkeeper had purchased goods from a supplier and on the corresponding invoice had written a payment authorisation to the shipping company's cashier. Despite the fact that he was then succeeded in his role as bookkeeper, many years later he could still be held liable for the payment of the invoice in full. In the end, the Supreme Court based this judgement on the fact that it was the bookkeeper who had accepted the commitment of expenditure. This was however preceded by a long discussion about Roman law, which concentrated on the question as to whether after his position came to an end, a person who had managed other people's affairs was still obliged to pay a debt which had been entered into while he still occupied his position. This discussion, theoretical and far removed from everyday practice, illustrates the way in which the Supreme Court dealt with issues of external liability. Instead of following commercial practice, the Court clung firmly to the rules of Roman law. When it did deviate from these rules, it did so in favour of the opinion of the Roman-Dutch scholars, who in their works describe the *mores hodierni* of the time. As we have seen, these *mores* tended to deviate somewhat from actual commercial practice. The judgements of the Supreme Court were also rather inconsistent; sometimes it would adhere to Roman law, and on other occasions it would fall in line with what the Roman-Dutch scholars had described as the *mores hodierni*.

The *observationes* do not contain any references to the Supreme Court assigning a legal personality to a partnership, in the sense of a partnership being an independent bearer of rights and obligations. On occasion, however, the partnership did act as an entity under procedural law which represented the separate partners. Whilst the separate partners substantively remained the interested parties to the claim, the arrival and departure of partners was not taken into account. The legally inexplicable result was that, exclusively by virtue of joining the partnership and without any additional legal transactions being required, the partners became party to the legal relationship between partners who had joined previously and their opposing party or parties.

Partnerships limited by shares

The *observationes* only mention shares in a partnership in connection with partnerships chartered by the State, such as the Dutch East India Company. According to the Supreme Court, shares are securities which issue an uncertain dividend each year, depending on the profit or loss made by a company. A share

SUMMARISING CONCLUSION

is consistently referred to in the *observationes* as an '*actie*'. According to the Supreme Court, the legal nature of a share was that of a personal right and therefore not that of a share in a community. The nature of the personal right is not described in more detail in the *observationes*. It is therefore not clear whether the Supreme Court regarded a share as a personal right because of the capital invested or because of the right to a dividend. On the basis of the prevailing common law, the Supreme Court ruled that for the assignment of a debt under property law, the notification of the debtor was a constitutive requirement. Without notification, the debtor could still make a payment to the creditor and be discharged of any obligations. As a share in the Dutch East India Company was a personal right according to the Supreme Court, notification to the debtor (i.e. the Dutch East India Company) would also be required for the transfer thereof. The *observationes* reveal that in order to transfer a share in the Dutch East India Company, three formalities were required: permission by the asset administrators of the relevant Chamber of the Dutch East India Company (known as '*ventilatie*'), the actual transfer of the share in the presence of the asset administrators and the recording of the transaction in the accounts of the Dutch East India Company. Although the need to record the transfer of a share in the registers of the Dutch East India Company was probably dictated by the fact that no shareholder's certificates were issued and without a record in the register it was therefore not known to whom the dividend should be paid out, it had the additional effect of bringing the transfer into line with the doctrine of the Supreme Court with regard to the assignment of debts.

The Supreme Court called the administrators (*bewindhebbers*) of the Dutch East India Company *curatores societatis*. According to Roman law, a *curator* was someone who took care of the assets of people who were not independently able to dispose of these assets themselves. The Roman-law description of the administrators also implies confirmation that the Supreme Court was aware that the Dutch East India Company had its own assets. The fact that the administrator was referred to as a *curator* implied that he was entrusted only with the management of an asset which did not belong to him. The position of the administrator therefore differed significantly from that of the managing partner of the partnership, who was always referred to by the Supreme Court as a partner (*socius*). A growing awareness of legal personality can possibly be identified here. The relationship between administrators and shareholders ('participants') was described by Van Bijkershoek on the basis of Roman law as a mandate. This is striking, as the consequences of a mandate under Roman law led to a theoretical relationship between administrators and shareholders which was completely at odds with the practice of the day. The concept of the Dutch East India Company possessing legal personality is contradicted by the fact that the Dutch East India Company did not usually act as a participant of proceedings itself. Legal proceedings usually took place in the name of the administrators and judgement was also passed upon them. From

the *observationes* it is not clear whether enforcement actually took place with regard to the administrators in person, or whether recourse was only possible in respect of the assets of the Dutch East India Company. The latter seems more probable, as on one occasion the Dutch East India Company itself was summoned to appear in court and acted as the participant of proceedings.

Some of the *observationes* from the second half of the eighteenth century also mention forms of association which at first glance are not recognisable as partnerships limited by shares but which lead one to suspect that they may well be. The relevant partnerships were referred to as *societates* but the organisational structure described indicates a relatively sizeable partnership with a relatively large number of people involved financially. As well as the people involved in managing the partnership, the *observationes* also mention a group of people who were separate from an organisational point of view and who were jointly referred to as the board of administrators (*'college der administratie'*) or commissioners (*'commissarissen'*). They appeared to be financially involved in the partnership without actually performing any administrative transactions. It remains unclear whether they were shareholders or partners, or whether they represented the latter. In any case, in these forms of partnership we can see the transition from a partnership with managing partners on the one hand and non-managing partners on the other into a partnership limited by shares, in which the shareholders as a whole are no longer partners. It is interesting that one such *societates* genuinely was known to be a partnership limited by shares. This is because it is apparent from the statutes of the partnership in question that it had a predetermined capital which was divided into equal shares. These shares were only partly paid up, to the value of one tenth. It is also apparent that the partnership was managed by two directors and that three commissioners were selected from amongst the shareholders to supervise the management. The *observationes* reveal that in the last quarter of the eighteenth century, numerous disputes arose between the shareholders and directors of this specific partnership. The relevant *observationes* confirm that shareholders, even if they formed a minority, could stand up for their interests in a court of law if they felt that the partnership was being poorly managed. They could demand the inspection and even the submission of the partnership's accounts, as well as limiting the powers of the management. Shareholders could therefore exercise active supervision over the policies of the partnership and were no longer merely the passive providers of capital. The Supreme Court even implicitly confirmed that a balancing of interests could lead to a director being removed from office on the requisition of the shareholders.

The *observationes* did not confer any kind of distinctive name upon a private partnership limited by shares. This should come as no surprise, as even the chartered Dutch East India Company was referred to in the Dutch language of the time as a *'sociëteit'* or *'compagnie'*. However, in the case of a private

SUMMARISING CONCLUSION

partnership limited by shares, the Supreme Court did make a distinction between shareholders ('partners'), commissioners ('they who are delegated') and directors ('they who are appointed'). The Supreme Court described a private partnership limited by shares as a body (*corpus*) consisting of partners. The Court confirmed that this body had an independent payment obligation towards third parties, thus recognising a certain degree of legal personality but at the same time ignoring the consequences thereof, as according to the Court, the *corpus* as a 'corporate body' (*corpus morale*) could in fact not be held liable for payment. The obligations of the *corpus* were therefore at the expense of the partners who represented the *corpus* (the directors and commissioners). The Supreme Court therefore denied the existence of a company's own assets which were separate from the assets of its directors. The result of this was that any debt owed by the partnership could be recovered from the personal assets of a director. The Court furthermore confirmed that the directors and commissioners were liable for each other's actions. It did not give its opinion on the nature of this liability (joint and several or proportional, with or without the right of abandon). Nor did the Supreme Court comment on the liability of shareholders with regard to third parties. However, inherent in the starting point of the body having an independent payment obligation is the notion that the partners who jointly form the body ought not to be liable on their own account. However, the development of managing and fully liable partners into shareholders who are not liable for more than their contribution and directors who are not personally liable was not yet complete at the end of the eighteenth century. The Supreme Court did not put a private company limited by shares on a par with the Dutch East India Company. After all, it referred to the same functions in different terms: directors at the Dutch East India Company were called administrators (*curatores*) whilst a company limited by shares had commissioners and directors (*delegati* and *nominati*); shareholders of the Dutch East India Company were called participants (*participes*) whilst shareholders of a company limited by shares were known as partners (*socii*). The Supreme Court evidently felt that it was dealing with two different offshoots which originated from the same *societas* branch.

One form of enterprise which was mentioned several times in the *observationes* from the last quarter of the eighteenth century is the so-called *negotiatie*. Under this system, capital was made available to plantation owners in the American colonies, with a mortgage right being attached to the plantation as security. The capital came from large numbers of lenders. These lenders were attracted by means of a prospectus issued previously. The lenders were issued with bonds which all represented the same predetermined nominal value; they received a fixed rate of interest each year which had to be paid out of the profits of the plantation. The *negotiatie* was managed by a director. The interests of the bond holders were represented by commissioners. The director had to provide

accountability to these commissioners every year. The internal relationships were laid down in statutes. The *observationes* show that the bond holders could exert influence on – and even had some control over – the management and policies of the company. Commissioners were appointed for this purpose. In principle, these commissioners were bond holders, but they could also be recruited from outside. The commissioners represented the interests of the bond holders. The management were obliged to provide accountability on an annual basis. If they failed to do so, or failed to do so to the satisfaction of the bond holders, the commissioners could use various means to force the management to follow the desired policy. It is also evident that disputes between the bond holders and the management, and even disputes between the bond holders themselves, were settled by means of judicial proceedings. The Court and the Supreme Court responded to this desire which evidently existed in commercial practice by organising the settlement of disputes in an effective way. The Supreme Court did not even avoid transitional provisions if these benefited the majority of the bond holders. One last striking aspect of the *observationes* is that the Supreme Court started to view a body of bond holders as an abstract body and not as a collection of individual bond holders. Mention was made of a community (*communio*), *corps der geïnteresseerden* and the interests of the creditors as a whole (*res universitatis*). It was not the individual interests of the bond holders which took centre stage, but those of the bond holders as a whole. This of course did not yet mean to say that the company itself was assigned a legal personality. However, the fact that the body of bond holders began to be viewed as an abstract whole was at least a first step towards the development of the concept of legal personality. The description of the *negotiatie* shows that this was not a partnership. After all, the lenders did not contribute any venture capital but lent sums of money for a definite period at a fixed rate of interest, whilst retaining the right to the repayment of the principal. In addition, nowhere in the *observationes* is a *negotiatie*, or at least the relationship between the actual bond holders or between them and the director, referred to as a partnership.

From the *observationes*, it is apparent that the internal structures of a *negotiatie* and a private company limited by shares seem very similar: a small number of traders obtained capital from a large number of passive investors; the size of that capital was determined in advance and subdivided into shares (or bonds) with a fixed nominal value; the shares did not need to be fully paid up; the traders constituted the management and ran the company; in exchange for their capital contribution, the investors had the power to supervise the management of the company. This goes to show that at the end of the eighteenth century, there were already forms of association whose structure exhibited similarities with the current control structure of the public limited company of today. In addition, the Supreme Court appeared to ascribe to both forms of association certain qualities which are now counted amongst the characteristics of a legal personality. This applies in particular to the shareholders, who the

SUMMARISING CONCLUSION

Supreme Court no longer regarded as a collection of individual partners but as an abstract body. This abstraction did not yet apply to the directors, who in the view of the Court were still personally liable, meaning that full legal personality was not yet the case.

In some cases, a dispute relating to a partnership limited by shares or a *negotiatie* was partly judged on the basis of Roman law. This was not nearly so often the case as in disputes about the relationships between partners, for example. The underlying rules of law were not mentioned by name, but based on the content of the *observationes* it can be argued that the Supreme Court tended to judge cases on the basis of the existing commercial practice or, if this did not offer a solution, on the basis of the principles of reasonableness.

Concluding remarks

There are a total of more than five thousand *observationes*, of which only 186 relate in full or in part to commercial partnerships. This is a remarkable number when we take into account the fact that the Republic was steeped in trading activities and that people will often have joined forces for commercial purposes. The vast majority of disputes involving company law must therefore have been settled outside the conventional legal procedures. This also explains why some of the partnership agreements mentioned in the *observationes* included a stipulation which obliged the parties to settle any disputes by means of arbitration. In this respect, the practice of the time did not differ from that of today: by their very nature, disputes under company law require a decision in the short term or an amicable settlement. The lengthy process which led to a judgement by the Supreme Court therefore failed to offer a practical solution. It is not possible to establish on the basis of the *observationes* why certain disputes under company law were nonetheless still brought before the court, and therefore ultimately the Supreme Court, to be resolved. The disputes discussed in the *observationes* are so varied in nature that it is not possible to say that only certain types of disputes were brought before the court. These may therefore be disputes for which an alternative dispute settlement had not been agreed, or in the case of which the parties could not agree about the arbitrators to be appointed.

The comprehensiveness of the *observationes* leads one to the assumption that these provide an accurate picture of the company law which was applied by the Supreme Court during the eighteenth century. This company law did not necessarily correspond with what was customary in commercial practice. This resulted from the Court's pronounced tendency to settle all the points of law which were brought before it on the basis of Roman law and using the conceptual framework of Roman law. This attachment to Roman law continued until the end of the eighteenth century: even forms of association which were entirely unknown under Roman law, such as a private company limited by shares and a *negotiatie*, were seen from the point of view of Roman law and, to

SUMMARISING CONCLUSION

a certain extent, were judged on the basis of the rules of Roman law. The Court was not consistent in doing so: there are various cases in which the Court ruled on the basis of written or unwritten commercial practice, even though this deviated from Roman law. In order to reach a rational judgement, the Court alternated between Roman law and (to a lesser extent) commercial practice. However, if this did not lead to a satisfactory solution, the court did not hesitate to give its own fair and reasonable judgement which deviated from both systems.

The *observationes* also make strikingly little reference to legal literature and where this does occur, the quoted works are generally old. This should not come as a surprise: after all, recent legal literature, with views which differed from older writers such as Grotius and Voet, was not available. During most of the eighteenth century, legal authors continued to build on the foundations of their seventeenth-century predecessors. For the Supreme Court, there was therefore no need to refer to recent literature. Sometimes it seems that a reference to legal literature was merely intended to confirm the fairness and reasonableness of the solution which the Supreme Court had in mind, instead of forming the basis of the judgement.

It is also striking that the Supreme Court, often on the basis of Roman law, repeatedly refused to confer voluntary judgement upon stipulations in partnership agreements which were clearly considered necessary in commercial practice and which were actually included in contracts. In these cases, the Court deliberately ignored commercial practice, which will not have contributed to the willingness of partners to bring their agreements and any disputes before the Supreme Court.

All in all, the judgements of the Supreme Court which relate to company law paint a mixed picture. On the one hand, it is striking that in many cases – sometimes even deliberately – the Court, as a result of its excessive attachment to Roman law, ignores the requirements and customs of commercial practice. The administration of justice therefore exhibits the same defects as the academic literature. On the other hand, on several occasions the willingness of the Court to conform to the desires of commercial practice in a fairly revolutionary manner is revealed, through the extreme application of the possibilities offered by Roman law to that end. It took a very long time for developments in commercial practice to penetrate through to the justice administered by the Supreme Court. For example, it took a long time for the Court to accept the joint and several liability of partners and even at the end of the eighteenth century it still refused to fully accept the legal consequences of a private company limited by shares. The justice administered by the Supreme Court with regard to partnerships therefore did not necessarily correspond with the customs of commercial practice in the eighteenth century.

The contours of the partnerships of today can nonetheless be clearly identified in the justice administered by the Supreme Court. Whilst the modern corporation may indeed have its origins in the seventeenth century, it nonetheless differs clearly from the image of this same corporation as revealed by

SUMMARISING CONCLUSION

the judgements covered in this book. This provides a much more diffused picture which reveals only a few contours of the modern corporation, but by no means the fixed structure exhibited by the corporations of today. From the judgements discussed here, it is also apparent that the Supreme Court was seeking such a structure but did not yet have a clear idea exactly what it was looking for.

Curriculum Vitae

H.M. (Martijn) Punt werd op 10 augustus 1974 geboren te Hilversum. Hij behaalde zijn eindexamen in 1992 aan het Sint Ignatius Gymnasium te Amsterdam en begon in hetzelfde jaar met de studie Nederlands recht aan de Universiteit Leiden, alwaar hij in 1999 afstudeerde in de differentiatie fiscaal recht, afstudeerrichtingen kostprijsverhogende belastingen en fiscale advocatuur. Zijn scriptie schreef hij aan de University of California, Hastings College of the Law te San Francisco (Verenigde Staten). In 1999 werd hij als advocaat beëdigd in het arrondissement Amsterdam. In 2001 voltooide hij de beroepsopleiding van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, in 2001 de beroepsopleiding van de Nederlandse Orde van Advocaten. Na als (fiscaal) advocaat onder andere werkzaam te zijn geweest bij Baker&McKenzie, Arthur Andersen en Moszkowicz Advocaten, is hij thans partner en mede-oprichter van Punt & van Hapert Advocaten te Amsterdam, alwaar hij een ondernemingsrechtelijke (proces)praktijk beoefent.

