



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).

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 Bijkershoek 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 Bijkershoek 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 Bijkershoek 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 Bijkershoek 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 Bijkershoek 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 Bijkershoek 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 Bijkershoek 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 expediti 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 medevenoot (*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. Maeвиus 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 Maeвиus dat Titius rekening en verantwoording aan hen zou afleggen over de handel die Maeвиus 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 toekende 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 geldschietster. 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 geldschietster, 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 interceptiendi, 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 gedeponereerd 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 Bijckershoek 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 Maevis die op 1 april 1751 een loodgieters-vennootschap waren aangegaan. Op 15 april 1751 bracht Cajus 5.000 gulden in en Maevis 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 Maevis 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*).