

Tilburg University

Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen

Prinsen, L.L.M.

Published in:
Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

Publication date:
2008

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Prinsen, L. L. M. (2008). Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen: Gevolgen voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2008(5), 118-130.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen, gevolgen voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk

De openbare personenvennootschap zal, zoals bekend, naar keuze over rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW kunnen beschikken. Dit leidt tot de vraag welke gevolgen de invoering van deze 'optionele rechtspersoonlijkheid' heeft voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk. Hierop wordt in deze bijdrage ingegaan. Geconstateerd wordt dat het verlenen van rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW aan de openbare personenvennootschap (de 'OVR') tot bijzondere en voor de ondernemingspraktijk relevante vragen aanleiding geeft. Zeker als de OVR wordt afgezet tegen de BV of tegen de vereenvoudigde BV volgens het ontwerp. Waarom, bijvoorbeeld, leidt opzegging bij een personenvennootschap tot – eventueel partiële – ontbinding en waarom zou dat bij een BV of een vereenvoudigde BV (de 'VBV') niet ook (moeten) kunnen? Op deze vragen wordt ingegaan aan de hand van een casus waarin door twee personen in een OV(R) of (V)BV beroeps- of bedrijfsmatig wordt samengewerkt. Verhoudingen waarin meer personen betrokken zijn, worden (nog) buiten beschouwing gelaten.



Inleiding

De opbouw van dit betoog is als volgt. In paragraaf 1 wordt ingegaan op de meer voor de hand liggende gevolgen die de invoering van rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW voor de openbare vennootschap heeft. Van daaruit worden in paragraaf 2 en 3 de meer impliciete consequenties onderzocht. Zo wordt in paragraaf 2 ingegaan op de vraag of rechtspersoonlijkheid consequenties heeft voor de verhouding tussen de intern bij de organisatie van een rechtspersoon betrokken personen, en zo ja, welke, en in paragraaf 3 en 4 op de vraag of, en zo ja, waarom de OVR als rechtspersoon tevens zijnde een contract kan worden opgezegd.

De paragrafen 5 en 6 behandelen de dogmatische achtergrond van de mogelijkheden tot opzegging in het rechtspersonenrecht. In dit verband wordt onder meer ingegaan op het gebruikelijke onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht in relatie tot de problematiek van de opzegging. Paragraaf 7 behandelt de vraag in hoeverre er sprake is van convergentie in rechtsdenken als het gaat om casus die zowel vanuit het rechtspersonen- als uit het verbintenissenrecht kunnen worden benaderd.

Paragraaf 8 doet ditzelfde voor een bijzonder opzeggingsgeval aan de hand van een recente kortgedingcasus voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem. Paragraaf 9 laat aan de hand van de casus een alternatief zien voor de 'rechtspersonenrechtelijke' benadering door de voorzieningenrechter.

Paragraaf 10 gaat in op overige voor de mogelijkheid van opzegging relevante aspecten van de besloten rechtsverhouding waarvan in het geval van een OV(R) of (V)BV sprake is of kan zijn. Paragraaf 11 gaat in op de opzegging en haar beoogde gevolgen en paragraaf 12 plaatst daarbij een aantal kanttekeningen, onder andere aan de hand van de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht. Besloten wordt met een conclusie.

1. Rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW

In de uitvoeringspraktijk ligt de betekenis van de rechtspersoonlijkheid van de nieuwe openbare personenvennootschap, positiefrechtelijk beschouwd¹, primair besloten in artikel 5 van Boek 2 BW. Dat artikel geldt door de verwijzing van artikel 802 van Boek 7 BW ook voor de

* Mr. dr. L.L.M. Prinsen is advocaat op het gebied van het ondernemingsrecht bij Mannaerts & Appels advocaten en notarissen te Breda, docent aan de vakgroep Business Law van de Universiteit van Tilburg en lid van Teamwork-Maetwerk, een expertisegroep van deskundigen op het gebied van conflicten en conflictbeheersing in besloten familie-, vennootschaps- en (echt)scheidingsrelaties. Bewerking van een voordracht op 24 september 2007 gehouden voor het Center for Company Law en het Fiscaal Instituut aan de Universiteit van Tilburg.

1. 'Positiefrechtelijk' in de zin van door de wetgever toegekende rechtspersoonlijkheid, ter onderscheiding van de rechtspersoonlijkheid die wel wordt toegekend omdat de openbare vennootschap zodanig over op rechtspersoonlijkheid gelijkende trekken beschikt, dat deze als rechtspersoon moet worden beschouwd. Vgl. Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Kluwer 2006, p. 87 e.v.

OVR. Het gaat bij toekenning van deze rechtspersoonlijkheid om techniek: om het wat het vermogensrecht betreft aan een natuurlijke persoon gelijk staan. Dus om het als vennootschap eenvoudig eigenaar kunnen zijn. Om het eenvoudig partij kunnen zijn bij een levering, door een vennoot of door een derde, of bij andere rechtshandelingen.

De vraag rijst vervolgens of rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW in de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk nog een andere rol speelt dan deze zuiver technische. Ik loop de mogelijkheden na: nakoming of schadevergoeding vorderen van een vennootschap – bijvoorbeeld een VOF of OV – ook als die geen rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW bezit – is mogelijk. Het als VOF of OV kunnen optreden onder gemeenschappelijke naam is mogelijk. De VOF of OV dagvaarden of als vennootschapsschuldeiser op haar goederen beslag leggen eveneens.² Het faillissement aanvragen van een VOF of OV, met als gevolg het faillissement van de vennoten, is mogelijk.³ Hetzelfde geldt voor het bestaan van een verhaalsvolgorde tussen vennootschaps- en privéschuldeisers.⁴ Ook voor het al dan niet aansprakelijk zijn van bestuurders, vennoten, leden of aandeelhouders naast de vennootschap (of een vereniging) is rechtspersoonlijkheid niet bepalend. Doorslaggevend daarvoor is materieel BV-, coöperatie-, EESV- of personenvennootschaps- of verenigingsrecht, aangevuld met de norm van artikel 6:162 BW.⁵

Met deze constatering in extern perspectief kan in het kader van deze bijdrage niet worden volstaan. Maar ook in 'intern' opzicht geldt dat rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW beperkt relevant is. Het 'wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijke persoon gelijk staan' als bedoeld in artikel 2:5 BW heeft vanzelfsprekend met de interne relaties tussen degenen die bij haar organisatie betrokken zijn niet van doen. Anderzijds zijn bepalingen met betrekking tot het bijeenbrengen en bijhouden van een vermogen best denkbaar ook bij vennootschappen die niet over rechtspersoonlijkheid beschikken.⁶ Voor het jaarrekeningenrecht geldt hetzelfde. Besluitvorming – unaniem, bij gewone of gekwalificeerde meerderheid, al dan niet met quorumvereisten – is allemaal mogelijk ook bij vennootschappen die niet over rechtspersoonlijkheid beschikken. Wat betreft de mogelijkheid van de verdeling van bevoegdheden over organen of vennoten is het bezit van rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW ook al niet doorslaggevend.⁷ En ook niet wat

betreft de regeling van de onderlinge verhoudingen tussen aandeelhouders of leden of vennoten, althans niet principieel: stem-, aandeelhoudersovereenkomsten en andere typen van overeenkomsten kennen we ook bij rechtspersonen sinds jaar en dag.

Ook de opvolgende vraag of rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW enige normatieve betekenis heeft, moet ontkennend worden beantwoord. Het zijn de regels geldend voor de verschillende rechtsvormen zelf die voor iedere rechtsvorm afzonderlijk bepalen welke normatieve lading de betreffende rechtspersoon in de verhouding tussen, en tot de bij haar organisatie betrokkenen mee krijgt. En daar overheen liggen de bepalingen van artikel 2:8 en 2:9 BW – voor alle Boek 2-rechtsvormen gelijklopend, maar vanuit het perspectief van de rechtspersoon niet per se noodzakelijk (denk aan de eenpersoonsrechtspersoon), en ook vergelijkbaar toepasbaar en toepasselijk bij niet-rechtspersonen als de OV (zie ook artikel 7:800 lid 2 en 7:809 lid 3 BW).

2. Rechtspersoonlijkheid: andere betekenis?

De vraag of rechtspersoonlijkheid in de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk met uitzondering van de zuiver technische dan helemaal geen rol speelt, kan ondanks het voorgaande toch niet bevestigend worden beantwoord. Die rol is er wel degelijk, al was het maar omdat Boek 2-rechtspersonen vanouds beheerst worden door wet, statuten en reglement als bepalend voor hun interne deelrechtsorde, en dus door een door het rechtspersonenrecht bepaalde wijze van besluitvorming, en niet (zozeer) door een eventuele contractuele grondslag. Dit heeft betekenis in drie richtingen.

De eerste richting. Rechtspersoonlijkheid is op zichzelf – zoals hiervoor al opgemerkt – transparant wat betreft de normen die gelden tussen de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken personen.⁸ Goede voorbeelden daarvan zijn artikel 7:800 lid 2 en 2:8 BW. Rechtspersoonlijkheid staat ook niet principieel in de weg aan rechtstreekse acties tussen die personen. Dat blijkt reeds uit de regeling van het EESV (contract en rechtspersoon), en geldt ook voor de OVR (eveneens contract en rechtspersoon): rechtspersoonlijkheid staat daar bijvoorbeeld niet in de weg aan acties op contractuele grondslag tussen de vennoten onderling. Dit geldt ook voor de bij de organisatie van een BV betrokken personen.

2. Zie HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouwe/De Hamer*), HR 5 november 1976, NJ 1977, 586 (*Moret, Gudde, Brinkman*) en HR 13 december 2002, NJ 2004, 212 (*VOF Bon Appetit*).

3. Zie artikel 2 lid 3 en 4 lid 3 Fw.

4. Vgl. HR 26 november 1897, W. 7074 (*Boeschoten/Besier*), HR 17 december 1993, NJ 1994, 301 (*Van den Broeke/Van der Linde*) en artikel 3:192 en 3:193 BW.

5. Vergelijk bijvoorbeeld de regelingen bij het EESV, de coöperatie WA, UA of BA, de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en de BV of NV.

6. Die regels zouden immers best tussen de vennoten kunnen worden overeengekomen.

7. Immers ook bij een personenvennootschap is het goed mogelijk om op contractuele basis een bevoegdheidsverdeling tussen de vennoten en een door de vennoten gekozen bestuur overeen te komen.

8. Vgl. mijn noot bij OK *Gucci*, JOR 1999, 121.

Een aantal vragen van rechtspersonenrechtelijke aard, zo leert ook de jurisprudentie⁹, dient bij conflicten rond de BV wel te worden beantwoord. Zo kan bijvoorbeeld een door een 50%- of minderheidsaandeelhouder gewenste actie tegen een individuele (ex-)bestuurder afstuiten op het feit dat zo'n actie aan de rechtspersoon is voorbehouden en dat daarvoor een meerderheidsbesluit in de aandeelhoudersvergadering vereist is. Rechtspersonenrecht kan dus aan een rechtstreeks actie in de weg staan. Maar dat hoeft niet steeds zo te zijn, met name bijvoorbeeld als een rechtstreekse norm – bijvoorbeeld een statutaire norm (i.e. overigens typisch rechtspersonenrecht) die strekt tot bescherming van een minderheidsaandeelhouder – geschonden is.¹⁰ De BV als rechtspersoon biedt dus qua doorwerking van normen 'door de rechtspersoon heen' meer mogelijkheden dan op het eerste gezicht lijkt.

Of en in hoeverre alsdan door die aandeelhouder ook 'rechtstreeks' dan wel 'afgeleid' schade is of wordt geleden en in hoeverre die schade voor vergoeding in aanmerking komt, zijn weer andere vragen. Ook dan speelt artikel 2:5 BW een rol.¹¹

De tweede richting. We kennen de 'eenpersoons-rechtspersoon', beheerst door de volledige zeggenschapshouder: de 'eenmans'-BV of de stichting, met alleen één bestuurder die ook alle aandelen houdt. Dat kan dus. En het kan ook bij de VBV.¹² Extern interessant vanwege bewijsaspecten die aan de positie van de volledige zeggenschapshouder worden verbonden.¹³ Intern minder interessant vanwege de alles overheersende positie van de zeggenschapshouder. Wel bijzonder is dat de rechtspersoon, in tegenstelling tot de personenvennootschap die dan volgens artikel 7A:1683 BW ontbonden wordt, blijft bestaan als de zeggenschapshouder overlijdt. Maar dat blijven bestaan van de rechtspersoon is niet per se noodzakelijk. Het is slechts een gevolg dat wij – via de wetgever – aan rechtspersoonlijkheid toekennen. Dit effect zou ook kunnen worden bereikt door wettelijk te bepalen dat ook de eenpersoons-rechtspersoon wordt ontbonden als de volledige zeggenschapshouder overlijdt. De vraag is of dat gewenst is. Het zou ook anders kunnen door conform ontwerpartikel 192 lid 1 en 2 voor een VBV in haar statuten op te nemen dat bij overlijden van de volledige zeggenschapshouder de erfgenaam-opvolgend eigenaar gehouden is de vennootschap te ontbinden, met verplichte benoeming van de erfgenaam of een derde tot vereffenaar.

De derde richting. Daarnaast kennen we de 'meerpersoons-rechtspersoon' of de rechtspersoon bij wiens organisatie meerdere personen betrokken zijn. Ik som een

aantal varianten op zonder uitputtend te willen zijn. We kennen de rechtspersoon als 'meerpersoonsvariant' *zonder* contract (de stichting, de NV, de vereniging, de coöperatie) of met contract (de openbare vennootschap die als zodanig bij notariële akte wordt aangeduid (dus de OVR) en het EESV)). We kennen de rechtspersoon in Boek 2 BW waarbij *soms* ook sprake is van een contract (de joint venture-BV met een ORTS of aandeelhoudersovereenkomst). *Vaak* ook zien we Boek 2-rechtspersonen (er zijn in Nederland ongeveer 640.000 BV's) met iets wat qua bijzondere rechtsverhouding op een contract *lijkt*: een besloten groep aandeelhouders of een familiebedrijf, in alle mogelijke varianten¹⁴: harmonisch of niet, wel over nagedacht of niet, wel juridische begeleiding of niet, etc., etc. Buiten Boek 2 BW altijd met een contract (de personenvennootschap). Of met een verboden contract. Of de wens daartoe. Of juist niet. Fusies, overnames, reorganisaties. Spanning, conflicten, belangen. Personeel. Etc. etc. En altijd meerdimensionaal. Dat is nou: vennootschaps- en rechtspersonenrecht in de uitvoeringspraktijk.

Met het voorgaande komt men als vanzelf op het traditionele onderscheid tussen verbintenissen- (personenvennootschappen zijn contracten) en rechtspersonenrecht. Er lijkt een onderscheid aanwezig, maar er is – zo blijkt – meer sprake van een overlap. Er zijn nu eenmaal vennootschappen die rechtspersoon zijn. Er zijn er ook die dat niet zijn, althans niet in de zin van de wet – althans in de zin van de wetgever. Er zijn ook rechtspersonen die geen vennootschap zijn. Maar kennelijk moeten de 'vennootschappen' *met* rechtspersoonlijkheid volgens de wetgever van vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid worden onderscheiden (zie ook artikel 7:800-7:802 BW). Dat is dogmatiek, althans dogmatiek in de ogen van de wetgever, want de wetgever heeft de indelingen gemaakt. Met die indelingen hoeft men het niet (in alle opzichten) eens te zijn.

3. Terug naar de betekenis van de rechtspersoonlijkheid: opzegging volgens artikel 7:13 BW

Vanuit dit onderscheid tussen verbintenissen- en rechtspersonenrecht, rijst als vanzelf de vraag naar de mogelijkheden rondom opzegging. Immers juist rondom de opzegging bestaan duidelijke verschillen tussen de verbintenissenrechtelijke en de rechtspersonenrechtelijke benadering. In de verbintenissenrechtelijke benadering is opzegging van het vennootschapscontract een van oudsher erkend fenomeen. Volgens de (wettelijke hoofd)regel van artikel 1683 sub 3 BW leidt opzegging tot ontbinding van de vennoot-

9. Vgl. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 (*Tuin Beheer/Houthoff Buruma*) en HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (*Kessock/SFT Bank*), G.J.H. van der Sangen, 'Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids-)aandeelhouders in besloten verhoudingen', *Stichting & Vereniging* 2001-2 en F. Veenstra, 'De aandeelhouder en zijn afgeleide schade', *Ondernemingsrecht* 2008-4.

10. Vgl. HR 20 juni 2008, nr. C06/187HR, LJN BC4945 (*NOM Investerings- en ontwikkelingsmaatschappij N.V.*).

11. Vgl. ook conclusie A.G.L. Timmerman bij HR 20 juni 2008, nr. C06/187HR, LJN BC4945 (*NOM Investerings- en ontwikkelingsmaatschappij N.V.*).

12. Zie ontwerpartikel 175 lid 1.

13. Zie HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*).

14. Ook nogal wat arresten van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad getuigen hiervan, zie bijvoorbeeld OK 20 mei 1999, JOR 2000, 2002 (*Cromwildd/Versatel*), HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (*Zwagerman*) en HR 21 januari 2005, NJ 2005, 126 (*Hoffmann*). Vgl. ook M.J.G.C. Raaijmakers, in Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* 2006 en ook diens annotaties in *Ars Aequi*.

schap. Bij Boek 2-rechtspersonen ligt dit duidelijk anders, omdat die rechtspersonen in de gebruikelijke benadering niet geregeerd worden door het contract, maar door hun statuten en door een afwijkende wijze van (meerderheids) besluitvorming, en dus worden rechtspersonen door opzegging in de gebruikelijke benadering niet aangetast. Maar wat gebeurt er nu als de OV tevens rechtspersoon, dus OVR is? Welke betekenis heeft rechtspersoonlijkheid dan? Op deze vraag wordt hierna ingegaan.

In het oorspronkelijke ontwerpartikel 817 lid 1 onder c had opzegging door een vennoot aan de andere vennoten in beginsel, behoudens andersluidende bepaling in de overeenkomst en onverminderd artikel 819, tot gevolg dat de vennootschap *in haar geheel* zou worden ontbonden. Dat sloot nog aan op de huidige regeling van artikel 1683 sub 3 BW. Tegen deze bepaling in het oorspronkelijke ontwerp is bezwaar gemaakt door de leden van de fracties van het CDA, de PvdA, de VVD en de SGP. Deze leden waren van oordeel dat opzegging door een vennoot aan de andere vennoten in beginsel slechts tot partiële ontbinding zou moeten leiden. Algehele ontbinding zou volgens de leden van de CDA-fractie en VVD-fractie meestal niet stroken met de bedoeling van partijen.¹⁵

Dit valt evenwel te betwijfelen voor tweepartijenverhoudingen – waarin dus door twee personen in een OV(R) of (V)BV beroeps- of bedrijfsmatig wordt samengewerkt, zie de centrale casus als bedoeld in de aanhef van dit artikel – welke verhoudingen de leden van de fracties op dat moment over het hoofd leken te zien. Voorts wezen de leden van de PvdA-fractie erop dat het uitgangspunt van partiële ontbinding de continuïteit van de *vennootschap* ten goede komt. Dat is mogelijk zo, en waarschijnlijk een goede gedachte, maar in tweepartijenverhoudingen tamelijk onzinnig, omdat na opzegging door een van beide vennoten van een *vennootschap* geen sprake meer is, zelfs al zou de *onderneming* in de fase van vereffening (en eventueel nadien) worden gecontinueerd, waartoe het huidige artikel 7:831a BW duidelijk gelegenheid biedt. Evenwel, zie de nota van wijziging, de opmerkingen van de genoemde leden en de reacties in de rechtspraak en literatuur op het wetsvoorstel hebben minister Donner er vervolgens van overtuigd dat het de voorkeur verdiende om artikel 817 te wijzigen. In de opvolgende nota van wijziging is daarom onderdeel c van artikel 817 lid 1 – in de betekenis zoals in de vorige alinea aangehaald – geschrapt.

De minister vervolgt dan: 'Opzegging door een vennoot leidt daardoor alleen nog tot algehele ontbinding van de vennootschap, indien zulks uit de overeenkomst volgt (artikel 817 lid 1, onder a).'

Los van het feit dat deze constatering haaks staat op wat regel was, namelijk dat opzegging tot ontbinding leidt, en los van de vraag of met deze regeling wat betreft de rechtsgevolgen van opzegging zou dienen te worden volstaan – immers vereffening volgend op ontbinding hoeft niet per se te betekenen dat de onderneming wordt geliquideerd, goed is denkbaar dat de onderneming door een van beide vennoten wordt voortgezet nadat de ander (al dan niet gedwongen) is uitgekocht¹⁶ – is zij onjuist wat betreft de *tweepersons-samenwerking*. Artikel 818 lid 1 bepaalt immers dat de vennootschap wordt ontbonden ten aanzien van de vennoot die uittreedt indien het uittreden het gevolg is van zijn opzegging aan de andere vennoten (tenzij in de overeenkomst van vennootschap anders is bepaald). Er blijft in dat geval één vennoot over, namelijk de andere. Er *kan* dan – zoals opgemerkt – *niet* langer sprake zijn van een personenvennootschap en in dat geval moet opzegging dus leiden tot ontbinding van de vennootschap.

Dit laatste hoeft intussen geen consequenties meer te hebben voor het voortbestaan van de onderneming. Het bij de Invoeringswet 7.13 Burgerlijk Wetboek ingevoerde artikel 831a bepaalt dat geen vereffening volgens afdeling 6 van titel 7:13 BW plaatsvindt indien het door de vennootschap uitgeoefende beroep of bedrijf wordt voortgezet door één der gewezen vennoten. Voor het geval de OV rechtspersoon is, verdwijnt alsdan met haar ontbinding haar rechtspersoonlijkheid en moeten alle goederen waartoe de rechtspersoon gerechtigd is aan de voortzettende gewezen vennoot worden geleverd. Dit vormt een uitwerking van de hiervoor aangehaalde continuïteitsgedachte¹⁷ en daarvoor is niet nodig dat een daartoe strekkend beding in de vennootschapsovereenkomst is opgenomen.¹⁸

Wat is er nou bijzonder aan het uitgangspunt dat opzegging tot ontbinding van de vennootschap, al dan niet direct (zie artikel 7:831a BW) of na de vereffening (zie artikel 7A:828 BW) kan of moet leiden? Let wel: we hebben het over een 'intern' aspect – opzegging speelt in de interne verhoudingen. Het bijzondere is dat deze bepalingen zonder uitzondering zoals we zien *ook* gelden voor de openbare personenvennootschap *met* rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 5 van Boek 2 BW.

4. Opzegging en ontbinding

Waarom is dat bijzonder en wat is nu de relatie met het onderwerp? De bijzonderheid en de relatie met het onderwerp is dat rechtspersoonlijkheid kennelijk niet principieel in de weg staat aan de opzegging van de relatie die tot haar bestaan (het bestaan van de rechtspersoonlijkheid) aanleiding heeft gegeven en dus ook niet aan het dientengevolge intredende rechtsgevolg van de ontbinding van de vennootschap en het verdwijnen van de rechtsper-

15. Zie pagina 15 e.v. memorie van toelichting bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Kamerstukken II* 2006/07, 31.058, nr. 3.

16. Zie ook het in de volgende alinea te behandelen later aan titel 7:13 BW toegevoegde artikel 831a.

17. Zie ook Advies inzake het wetsvoorstel voor de Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken* 31.065), aangeboden door de gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht op 20 september 2007.

18. Zie Nota van Wijziging Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek.

soon, zelfs onverlet de mogelijkheid dat de onderneming voortbestaat.

Interessant in dit verband is dat artikel 27 van de 'EESV verordening' bepaalt dat een lid van het EESV – het EESV is ook rechtspersoon en contract – kan worden uitgesloten in ieder geval wanneer hij ernstig tekortschiet in zijn verplichtingen of de werking van het samenwerkingsverband ernstig verstoort of dreigt te verstoren. Dat is dus de opzegging aan een ander lid. Maar dan: deze uitsluiting kan slechts geschieden bij rechterlijke beslissing op gezamenlijk verzoek van de meerderheid der overige leden, tenzij de oprichtingsovereenkomst anders bepaalt. Dat ligt dus dicht tegen meerderheidsbesluitvorming aan. Ook ontbinding kan volgens artikel 31 en 32 alleen plaatsvinden bij besluit. Dit is een typisch rechtspersonenrechtelijke benadering. Zo had de wetgever ook bij de OVR kunnen regelen, maar dat heeft hij niet gedaan. Daar is opzegging van de ene vennoot aan de andere met als gevolg ontbinding van de vennootschap, zoals gezien, wel mogelijk.¹⁹

Het voorgaande leidt tot de vraag om welke redenen opzegging van de vennootschapsovereenkomst bij de OVR zou kunnen of moeten leiden tot het verdwijnen van de rechtspersoon. Op het eerste gezicht is het antwoord dat in de vennootschapsovereenkomst, die bij notariële akte is verleden, staat dat de vennootschap rechtspersoon is. Met de opzegging van het vennootschapscontract vervalt dus de bestaansgrond van de rechtspersoon. De (V)BV is geen contract, dus behoeft overlijden van de volledige zeggenschapshouder, of de opzegging van de ene 50%-aandeelhouder aan de andere daar niet tot ontbinding te leiden, althans in de gebruikelijke rechtspersonenrechtelijke benadering.

Maar er is meer: we hechten er kennelijk van oudsher belang aan dat het vennootschapscontract kan worden opgezegd, ook als dat niet uitdrukkelijk is overeengekomen. Zoals we weten behoeft een contract helemaal niet opzegbaar te zijn. Sommige contracten zijn opzegbaar, zoals de overeenkomst van vennootschap. Dat is al zo onder het huidige recht.²⁰ Sommige contracten zijn ook partieel opzeg- c.q. ontbindbaar, zoals de OV(R). Waarom?

Traditioneel wordt gesteld dat het vennootschapscontract persoonsgebonden is. Dus afhankelijk van de persoonlijke lotgevallen als faillissement, overlijden, etc. Dit laatste is evenwel steeds minder betekenis gaan hebben vanwege de meestentijds bestaande voortzettings- en verblijvingsbedingen. In een moderne benadering zou het mijns inziens veel meer moeten gaan om een belangenafweging en een benadering die vergelijkbaar zou kunnen zijn met

de benadering van de opzegging bij duurcontracten: welke belangen zijn betrokken, welke belangen worden door voortzetting van de onderneming gediend, welke investeringen zijn gedaan, hoe zit het met de werkgelegenheid, hoe voorzienbaar (of bedreigd) is de continuïteit, hoe zit het met de schuldeisers, hoe zit het met de goodwill, welke compensatie wordt geboden, welke houding hebben de vennoten door en na opzegging jegens de vennootschap en elkaar in acht te nemen, etc.²¹

Het voorgaande past in de gedachte die achter de ontwerp-regeling van de partiële ontbinding en de regeling van artikel 7:831a BW zit, namelijk dat die regelingen de continuïteit van de onderneming ten goede kunnen komen. Sterker nog: zowel in twee- als in meerpartijenverhoudingen rijst de vraag of het belang en de continuïteit van de onderneming – vanuit het perspectief van de onderneming zelf – niet gediend zouden zijn met verdergaande (wettelijke) regelingen houdende voorwaarden voor voortzetting van de onderneming als de vennootschap door opzegging tot een einde komt. Men regelt dit natuurlijk al vaak in het vennootschapscontract, maar niet altijd of niet altijd goed. Dat is ook het moment waarop in de praktijk vanwege de betrokken grote financiële belangen, de beperkte mogelijkheden van de bestaande wettelijke regelingen en de niet steeds met even grote effectiviteit toegankelijke rechters – waarover nog hierna paragraaf 12 – grote problemen ontstaan.

Deze constatering zou mijns inziens verdergaande gevolgen moeten hebben voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk. Want dat opzegging van de vennootschapsovereenkomst in het geval van de OVR kan leiden tot ontbinding van de vennootschap en het verdwijnen van de rechtspersoon – eventueel met gehele of gedeeltelijke voortzetting van de onderneming door een van beide ex-vennoten – betekent dat rechtspersoonlijkheid ook al in geen relatie staat tot het al dan niet bestaan van de mogelijkheid om door opzegging tot beëindiging van de rechtspersoon te komen. Rechtspersoonlijkheid sluit de mogelijkheid van opzegging die tot haar beëindiging leidt dus niet principieel uit. Ook niet principieel onmogelijk is de voortzetting van de onderneming nadat door opzegging de vennootschap is ontbonden. Artikel 7:831a BW laat dit duidelijk zien.

Mijns inziens is hiermee een gelijke aanpak mogelijk van de problemen die in de praktijk optreden bij opzegging van verhoudingen in vennootschappen zijnde wel en zijnde niet tevens rechtspersoon.

19. In aanmerking genomen de bijzondere regeling van artikel 7:831a BW, zie hiervoor.

20. Zie artikel 7A:1683 sub 3 BW.

21. Zie HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (*Mattel/Borka*), HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*), Pres. Rb. Utrecht 28 april 2000, KG 2000, 125 (*B&G Suspension B.V./Technische Verenfabriek De Merweede B.V.*), HR 30 maart 2001, JOL 2001, 213 (*Phoenix en Domus/Makelaar X*), HR 7 december 2001, JOL 2001, 739 (*X/IBG*), Pres. Rb. Leeuwarden 21 december 2001, KG 2001, 60 (*Vriend's Tweewielercentrum/Batavus*), Rb. Rotterdam 30 juli 2003, NJF 2003, 7 (*Coopra B.V./Dresser U.K.*), HR 12 november 2004, JOI 2004, 585, Rb. Rotterdam 12 oktober 2005, NJF 2006, 62 (*Pam/NRC Handelsblad B.V.*), Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2006, NJF 2006, 309 (*Dumeco/Runderploeg*).

5. Opzegging van de rechtsverhouding in een (V)BV – dogma

Met het voorgaande stuiten we op een fenomeen dat zowel dogmatisch, als praktisch heel interessant en uitdagend is. Want de vraag rijst of opzegging niet ook in andere gevallen dan bij de OVR zou kunnen of moeten leiden tot ontbinding van de vennootschap, het verdwijnen van de rechtspersoon met eventuele voortzetting van de onderneming. En dus de vraag – waar het hier om gaat – of opzegging van de samenwerking, of zelfs: de opzegging van de bijzondere rechtsverhouding in een BV of VBV (want niet iedere BV-relatie kwalificeert, zoals gezien, als samenwerking), niet zou kunnen of moeten leiden tot beëindiging van die relatie en tot beëindiging van de rechtspersoon en/of tot bepaalde andere rechtsgevolgen, waarvan niet de minste is dat partijen zich bij en na een opzegging op een bepaalde manier tegenover elkaar of tegenover de vennootschap dienen op te stellen, en wellicht dus ook dat één van beiden de onderneming voortzet en de ander dat moet toelaten. En dus of de dogmatiek – die van de wetgever of die van anderen – daaraan in de weg staat. Bezien we dit nader door eerst de dogmatische kanten van de rechtspersoonlijkheid van de OVR en (V)BV onder de loep te nemen en daarna in paragraaf 8 in te gaan op een concrete casus.

Rechtspersoonlijkheid is niet alleen techniek, zoals al eerder in deze bijdrage bleek. Rechtspersoonlijkheid is ook dogma. Soms beperkt, soms ruim. Beperkt, bijvoorbeeld in de benadering dat een rechtspersoon alleen maar datgene is waar de stempel 'rechtspersoon' op staat²² en dat dan alleen maar indien de wetgever dat stempel gezet heeft. Soms ruim: door te stellen dat alle rechtsvormen die op rechtspersoonlijkheid gelijkende trekken hebben (bijvoorbeeld de vennootschap onder firma) rechtspersoon zijn.²³ Maar rechtspersonen en vennootschappen zijn ook praktijk. Reële en grote praktijk.

Hebben we het over (optionele) rechtspersoonlijkheid en de gevolgen van de invoering daarvan voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk, het onderwerp van deze bijdrage, dan is het dus goed om te zien dat we het ook hebben over dogma en praktijk en de verhouding daartussen.

Dogma en praktijk lijken op het eerste gezicht tegenstellingen, maar behoeven het niet te zijn. Tenminste niet bij een bepaalde kijk op de dogmatiek – ik citeer Löwensteyn:

'de dogmatiek vindt zijn doel niet in zichzelf, maar heeft op zijn minst ten doel te bewerkstelligen dat in wezen gelijksoortige rechtsverhoudingen ondanks verschillende benaderingen en origine aan gelijksoortige normen zijn onderworpen. Aldus legitimeert zij tot analoge toepassing van normen, die gelden voor de ene rechtsfiguur, op andere figuren, die daaraan in wezen gelijk of verwant zijn. En dusdoende dient zij de essentiële regel van rechtvaardigheid, dat gelijk behandeld dient te worden.'

22. De positiefrechtelijke benadering.

23. Vgl. Pitlo/Raaijmakers, t.a.p.

In deze benadering is het dus gelegitimeerd om na te gaan of de eisen van de praktijk niet een veranderende kijk op rechtspersoonlijkheid met zich mee zouden kunnen brengen. De vraag naar aanleiding van het citaat is dan natuurlijk welke gevallen gelijk zijn. En hoe je dat bepaalt: is het de dogmatiek zelf die bepaalt dat gevallen gelijk zijn? Of is het de praktijk en de behoefte van de praktijk? Of, meer precies, de behoefte van de rechtzoekende, waarop de dogmatiek moet zorgen aan te sluiten?

Bijvoorbeeld: als ik een samenwerking in een personenvennootschap – een verbintenissenrechtelijke context – opzeg, omdat het vertrouwen in het succes daarvan volledig is komen te ontbreken, dan heeft dat traditioneel dogmatisch gezien gevolg, namelijk de ontbinding van de vennootschap. Maar in een BV besloten samenwerking – een rechtspersonenrechtelijke context – heeft de opzegging dat gevolg niet, althans niet op dezelfde directe wijze als in een personenvennootschap. Tegelijk leert de praktijk dat dit verschil, ofschoon dogmatisch gezien vanuit het onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht wellicht begrijpelijk, aan een rechtzoekende die in een gedetailleerde samenwerking geconfronteerd wordt met zeer uiteenlopende consequenties van dit verschil, niet uit te leggen is. Dogma en de behoeften in de praktijk lopen dan uiteen. Daar kunnen dogmatisch gezien redenen en misschien goede redenen voor zijn, maar die dogmatisch verantwoorde redenen doen aan één ding dan geen recht: en dat is de praktijk. In het onderhavige geval: de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk.

Mijn conclusie in de voorgaande paragrafen dat rechtspersoonlijkheid niet principieel aan opzegging van de rechtsverhouding die tot haar bestaan aanleiding heeft gegeven, in de weg staat, in combinatie met de ook vanuit dogmatisch perspectief te verantwoorden wens gelijke gevallen gelijk te behandelen, nodigt uit tot verdere uitwerking. Ik zal dit doen aan de hand van de convergentie tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht waarvan op dit moment al sprake is.

6. Dogma – het onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht

Bezien we de mogelijkheden binnen een VBV dan moet worden geconstateerd dat het onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht door de wetsontwerper vooralsnog wordt volgehouden. Ik citeer:

'om vorm te geven aan de verhoudingen binnen een BV wordt in de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt van aandeelhoudersovereenkomsten. Dergelijke overeenkomsten tussen aandeelhouders worden gesloten naast de regelingen die in de statuten van de vennootschap zijn opgenomen, waarbij de statuten worden beheerst door het *vennootschapsrecht* (i.e. eigenlijk: *rechtspersonenrecht*, LLMP) en de *aandeelhoudersovereenkomsten* door het *verbintenissenrecht*.'

Dus een duidelijk onderscheid tussen verbintenissenrecht en rechtspersonenrecht. Tegelijk biedt het ontwerp in verbintenissenrechtelijk opzicht wel degelijk mogelijkheden aan samenwerkenden in een VBV. Bijvoorbeeld door enerzijds conform artikel 192 en 337 lid 2 aan hen toe te staan in de statuten allerlei expliciete verbintenissen (ook bij geschillen en mogelijk ook bij opzegging) op te nemen en anderzijds door de mogelijkheid van artikel 343c van het gezamenlijk benaderen van een rechter. In deze zin is sprake van convergentie tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht.

Het ontwerp gaat met deze regeling impliciet uit van een rationele benadering door de bij de oprichting van een VBV betrokken personen, die door de wetgever verondersteld worden op afgewogen wijze vorm en inhoud te geven aan hun onderlinge relatie en die tot de vennootschap. Tegelijk houdt het ontwerp (nog) onvoldoende rekening met geschilsituaties die juist niet gedekt worden door de regelingen van de interne deelrechtsorde (als bepaald door wet, statuten, reglement en contract): daar blijft het probleem bestaan van frictie tussen de rechtspersonenrechtelijke en de verbintenissenrechtelijke benadering.²⁴ In de praktijk is dit alleen al een probleem, omdat dit leidt tot rechtsonzekerheid, en voorts, omdat procedures gevoerd vanuit beide invalshoeken, zeer verschillend verlopen en tot uiteenlopende resultaten leiden. Niet eens zelfs is altijd een rechter met toegesneden instrumentarium beschikbaar. Zelfs de voorgestelde wijzigingen in de wettelijke geschillenregeling overtuigen niet. Ik ga hierop in paragraaf 12 verder in.

De vraag rijst dan ook of handhaving van het onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht niet het zicht ontnemt op wat de eigenlijke benadering van de verhouding tussen betrokkenen in een besloten samenwerking zou dienen te zijn, of het nu een personen- of een kapitaalvennootschap betreft. Gaat het in concreto niet *altijd* om verbintenissen? Om individuele relaties tussen personen? Om concrete geïndividualiseerde rechtsverhoudingen? Met soms een beetje meer van het een – het contractuele, en soms een beetje meer van het ander – het rechtspersonenrechtelijke of institutionele? Volgen we de visie van Löwensteyn dan gaat het niet om het onderscheid tussen rechtspersonen-, personenvennootschaps- en verbintenissenrecht, maar iedere keer weer om een analyse van de individuele bijzondere relaties en

de problemen zoals die zich in de praktijk in de in elk geval meer dan 640.000 gevallen voordoen.

Het verschil tussen contract (personenvennootschap) en/of rechtsbetrekking (besloten verhouding in de BV 'quasi VOF'²⁵) en instituut (de rechtspersoon) is voor de aard en ernst van die problemen dan amper relevant. Relevant is alleen de efficiënte en snelle oplossing van de problemen waar de rechtzoekende(n) mee wordt geconfronteerd. Bij het zoeken naar welke oplossing de vennootschap/rechtspersoon zich overigens in de praktijk maar wat graag aansluit en blijkt aan te sluiten.²⁶

7. Convergentie

De ontwerp-wetgever zet met artikel 192, 137 lid 2 en 343c dus al wel een stap richting het onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht. Door de rechter wordt dat al langer gedaan en ook uit de jurisprudentie blijkt daardoor van convergentie tussen rechtspersonenrechtelijk opgezette BV²⁷ en personenvennootschap. Consequenties worden bijvoorbeeld verbonden aan het bijzondere karakter van de achterliggende besloten (personen- of familie- of joint venture-) verhouding in de betreffende BV, die door de wetgever naar het model van de institutionele NV, waar in het bijzonder sprake is van een rechtspersonenrechtelijke benadering, werd opgezet.²⁸ Vaak in sterke mate mede in aanmerking genomen het belang (de continuïteit) van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.²⁹

Onder 'rechtspersonenrechtelijk' versta ik intussen dat de wilsrechten van de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokkenen zich via de uitoefening van binnen de rechtspersoon uit te oefenen zeggenschapsrechten – mits conform de regels van de interne deelrechtsorde (als bepaald door wet, statuten en reglement) – zich via een meerderheidsprincipe vertalen naar de wil (het besluit) en de vertegenwoordiging (de verklaring) van de rechtspersoon.³⁰ In 'besloten rechtsverhoudingen' wordt dit alles gecorrigeerd en aangevuld door de norm van artikel 2:8 BW.³¹ In het enquêterecht doordat ook de gedragingen van een aandeelhouder de kwalificatie 'wanbeleid van de rechtspersoon' kunnen opleveren.³²

Artikel 2:8 BW vormt hierbij een laagdrempelige mogelijkheid voor de rechtspersoon zelf en degenen die bij

24. Vgl. C.D.J. Bulten, 'De gewijzigde geschillenregeling', *Ondernemingsrecht* 2007-9, p. 109 e.v.

25. Zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'De rechtsbetrekkingen tussen aandeelhouders in een "quasi VOF"', in: *In het nu, wat worden zal*, Kluwer 1991.

26. Zie ook de overvloedige OK-jurisprudentie.

27. Vergelijk ook J.A.M. ten Berg, 'Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten', in: *Statuten zonder bezwaar, preadvies KNB* 2002, p. 161 e.v.

28. Zie HR 30 oktober 1964, *NJ* 1965, 107 (*Mante*), Hof Den Haag 17 maart 1983, *NJ* 1984, 81 (*Reynders/McKinney*), HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 (*Sluis BV*), HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 (*Van den Berge/Bootlieden*), HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 694 (*Lampe/Videoworks*), HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 345 (*Chipshol*), OK 27 oktober 1994, *NJ* 1996, 167 (*Muller/Muts*), OK 27 mei 1999, *JOR* 1999, 121 (*Gucci*) en HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 126 (*Hoffman*).

29. Zie bijv. OK 19 oktober 2001, *JOR* 2002, 5 (*SkyGate*), OK 15 november 2001, *JOR* 2002, 6 (*Decidewise*), OK 29 november 2002, *JOR* 2003, 8 (*Alcas*), OK 11 april 2007, *JOR* 2007, 180 (*Spoelstra c.s./Prins Holding*).

30. Zie artikel 3:33 BW.

31. Zie ook Pitlo/Löwensteyn, *Het rechtspersonenrecht*, Gouda Quint 1978.

32. Vgl. HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 (*Sluis BV*) en hierna.

haar organisatie betrokken zijn, elkaar in positieve (vordering tot nakoming³³), dan wel negatieve zin (vernietiging van besluiten, zie artikel 2:15 BW), op de ongeschreven uitgangspunten van hun 'doelverbondenheid' aan te spreken. Bovendien is het een aanknopingspunt voor de rechter tot correctie in gevallen dat de rechtspersonenrechtelijke benadering tekortschiet. Artikel 2:8 BW kan dus ook bij opzegging een rol spelen en een corrigerende factor zijn. Op het enquêterecht en de geschillenregeling kom ik aan het slot in paragraaf 12 nog terug.

Artikel 2:8 BW geeft open normen. Vanzelfsprekend zeer belangrijk bij de toepassing van die open normen is dat zowel door partijen zelf als door de door hen benaderde rechter wordt gemotiveerd waarom die normen in een voorliggende casus een bepaalde correctie tot gevolg hebben. Bij die motivering kan de visie die betrokkenen hebben op wat rechtspersonenrecht inhoudt, betekenis hebben, en dan met name in tweepartijenaandeelhouders verhoudingen waar sprake is van een impasse en de normale door de wet en de statuten bepaalde besluitvorming geblokkeerd is en dus ook de weg naar de ontbinding en mogelijk ook de continuering van de onderneming geblokkeerd is. Immers zou een rechter van oordeel zijn dat het idee van rechtspersoonlijkheid alsdan aan de opzegging door een van partijen van de rechtsverhouding die aan de betreffende rechtspersoon ten grondslag ligt, zonder meer in de weg staat, dan past hij artikel 2:8 BW, als onderdeel van het rechtspersonenrecht, ook anders toe. Mijns inziens geldt daarom dat hoe een rechter artikel 2:8 BW in een concrete casus uitlegt en toepast alles te maken heeft met diens visie op rechtspersoonlijkheid en de consequenties die hij in die visie aan het bezit van rechtspersoonlijkheid verbindt en kan verbinden.

Een illustratief voorbeeld in dit verband van de 'rechtspersonenrechtelijke' benadering zonder correctie via artikel 2:8 BW is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem in het kort geding tussen Sabespoort Holding BV en Hermes Beheer BV enerzijds en Laudij Beheer BV anderzijds.³⁴ De benadering van de voorzieningenrechter laat precies zien waar het in de rechtspersonenrechtelijke benadering, althans in de visie van de eisende partij, 'fout' gaat, namelijk als de interne deelrechtsorde, als bepaald door wet, statuten, reglement en eventueel contract, juist niet voldoende rekening houdt met de bedoelingen of verwachtingen van de bij de rechtspersoon betrokken partijen. Daar ook precies bestaat – ook wat betreft de (V)BV – behoefte aan verdere doordenking op het onderwerp van deze bijdrage. Bezien we dit nader.

8. Sabespoort Holding BV en Hermes Beheer BV vs. Laudij Beheer BV

In de casus houdt Laudij Beheer BV 10% van de aandelen in GRMIC BV. Laudij is krachtens managementovereenkomst werkzaam als bestuurder voor GRMIC BV. Laudij

zegt de managementovereenkomst op met inachtneming van de contractuele opzegtermijn. Als er een einde is gekomen aan het bestuurderschap van Laudij, willen Sabespoort Holding BV c.s., houder van de andere 90% van de aandelen, dat Laudij Beheer BV haar 10%-belang aan Sabespoort c.s. overdraagt. In de statuten van GRMIC ontbreekt een bepaling die een aandeelhouder/tevens bestuurder van GRMIC verplicht om na beëindiging van zijn bestuurderschap zijn aandelen aan de overige aandeelhouders aan te bieden. Sabespoort c.s. doen in kort geding beroep op de geschillenregeling en op artikel 2:8 BW.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af. Een beroep van Sabespoort c.s. op de waarderingsregeling in de statutaire blokkeringsregeling van GRMIC BV staat haar volgens de voorzieningenrechter niet vrij. Ook het beroep op de geschillenregeling gaat niet op. Volgens de voorzieningenrechter is:

'blijkens de wetsgeschiedenis en de bestaande jurisprudentie een gedwongen overdracht van aandelen/uitstoting van een aandeelhouder een ver strekkende maatregel die alleen in zeer bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld wanneer door de (min of meer voortdurende) gedragingen van een aandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder het functioneren en het voortbestaan van de vennootschap in gevaar wordt gebracht, de werkgelegenheid van werknemers dreigt weg te vallen of een impasse moet worden doorbroken. Geen van deze omstandigheden doet zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter ten deze voor. De (enkele) opzegging van de managementovereenkomst door Laudij, hoe hard en onverwacht deze bij de overige aandeelhouders/bestuurders van GRMIC (kennelijk) ook is aangekomen, is daarvoor onvoldoende, temeer nu die opzegging met inachtneming van de geldende opzegtermijn is geschied. Evenmin kunnen het (enkel) in bezit hebben/houden van 10% van de aandelen van GRMIC door Laudij en haar weigering tot nu toe om die aandelen vrijwillig tegen de door Sabespoort c.s. gewenste prijs aan de overige aandeelhouders van GRMIC over te dragen, als handelingen/gedragingen worden aangemerkt die het belang van de vennootschap schaden in de zin van meergenoemd wetsartikel en kunnen dus (ook) niet als grondslag dienen voor een gedwongen aandelenoverdracht op de voet van genoemde bepaling.'

Ook het beroep van Sabespoort c.s. op artikel 2:8 BW wordt verworpen. Volgens de voorzieningenrechter kan, omdat voor het onderhavige geval een specifieke bepaling in de wet is opgenomen, slechts in uitzonderlijke omstandigheden een beroep op artikel 2:8 BW worden gedaan.³⁵ Die omstandigheden zijn naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter:

'hier niet aanwezig. Anders dan Sabespoort c.s. menen valt bijvoorbeeld niet in te zien waarom Sabespoort c.s.

33. Vgl. Hof Arnhem, 26 mei 1992, NJ 1993, 182 (*Uniwest*).

34. Vgl. V.zr. Rb. Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabespoort Holding BV en Hermes Beheer BV/Laudij Beheer BV*).

35. Er zijn meer uitspraken die laten zien dat overdracht van aandelen in kort geding in bijzondere omstandigheden mogelijk is, zie de noot van C.D.J. Bulten onder Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus BV*) en de daar aangehaalde jurisprudentie.

geen nieuwe partners zouden kunnen aantrekken zolang Laudij haar aandelen in GRMIC vasthoudt; zij kunnen immers nieuwe aandelen uitgeven of een nieuwe bestuurder benoemen. Evenmin valt een zodanige omstandigheid af te leiden uit het (enkele) feit dat Laudij recht heeft op dividenduitkering zonder dat zij nog werkzaamheden voor GRMIC verricht, hetgeen volgens Sabelspoort c.s. demotiverend werkt voor de overige aandeelhouders/bestuurders van GRMIC. Dat recht volgt nu eenmaal uit het aandeelhouderschap en staat los van het feit dat Laudij haar werkzaamheden voor GRMIC heeft beëindigd.'

De uitspraak is hiermee een voorbeeld van een redenering volgens de rechtspersonenrechtelijke benadering. Het besloten karakter van de onderlinge rechtsverhouding wordt door de voorzieningenrechter (nog) niet doorslaggevend geacht. Let wel: het gaat er mij hier niet om te beoordelen of het oordeel van de rechter 'goed' of 'fout' is. Het had mogelijk anders kunnen lopen als Sabelspoort c.s. de door hen in die verhouding gestelde bedoelingen voldoende hadden aangetoond. Voor Sabelspoort c.s. gaat het, althans in subjectieve zin, 'fout' omdat de interne deelrechtsorde van GRMIC BV, als bepaald door wet, statuten, reglement en het contract, in positieve zin onvoldoende rekening hield met de bedoelingen of verwachtingen van Sabelspoort c.s., of: de bijzondere besloten rechtsverhouding zoals GRMIC BV zich die voorstelde op het punt van het afscheid van Laudij, het aantrekken van nieuwe partners, kapitaalstortingen, etc.

9. Alternatieve benadering

Daarmee is de kous voor deze bijdrage evenwel niet af. Waarom? In de praktijk gebeurt het in dit soort gederailde gevallen vaak dat door partijen die in een positie met die van Sabelspoort c.s. vergelijkbaar verkeren, door de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder gekozen wordt voor de opvolgende inbreng van de onderneming in een dochtermaatschappij waarna de aandelen worden verkocht, niet toevallig aan een door de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder gecontroleerde derde vennootschap, of voor de directe verkoop van de onderneming aan zo'n derde of zelfs voor ontbinding.³⁶ Met het 90%-pakket van Sabelspoort c.s. zou het realiseren van zo'n scenario in een zuivere rechtspersonenrechtelijke benadering niet al te moeilijk moeten zijn. Zelfs statutenwijziging behoort met die meerderheid (indien niet door de statuten zelf anders bepaald, zie artikel 2:231 BW) tot de mogelijkheden.

Op dat moment zal Laudij Beheer BV er alles aan gelegen zijn om in rechte vol te houden dat de bijzondere besloten rechtsverhouding – die eerder door Laudij Beheer BV in de kortgedingprocedure natuurlijk nadrukkelijk betwist werd (zie boven) – toch vooral in de weg moet staan aan

acties die kennelijk geen ander doel hebben dan om hem te schaden. 'Rechtspersonenrechtelijk redenerend' evenwel bestaat er voor de argumentatie van Laudij alsdan weinig ruimte, omdat het tot de bevoegdheden van bestuur en aandeelhoudersvergadering (90%-meerderheid) behoort om dit soort besluiten te nemen. Al helemaal niet als in het kader van de verkoop van de onderneming aan de derde vennootschap door deze een door een objectieve deskundige bepaalde redelijke prijs conform de waarde in het economisch verkeer wordt betaald.³⁷ Rechtspersonenrechtelijk gezien is Laudij Beheer BV dan naar alle waarschijnlijkheid 'kalt gestelt'.

De rechtspersonenrechtelijke (of institutionele) benadering bijt hier in zekere zin in haar eigen staart, omdat aan haar ontleende argumenten in dit traject niet consequent zijn en verhullen waar het in de bijzondere besloten rechtsverhouding eigenlijk om zou moeten gaan: namelijk dat in een gederailde besloten rechtsverhouding met als kenmerk beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, of met daarop gelijkende trekken, de formeel juridische relaties door opzegging zouden moeten kunnen worden beëindigd. De vraag is daarmee ook of we in de rechtspersonenrechtelijke benadering en kennelijk ook in de opzet van de geschillenregeling – zie de uitleg van de voorzieningenrechter – niet te krampachtig omgaan met de aandeelhoudersbelangen van personen die in de positie van Laudij verkeren. Kunnen die niet ook op andere meer voor de hand liggende wijze worden gecompenseerd?

Dan de andere benadering met oog voor de materiële aspecten van de bijzondere rechtsverhouding. Waarom zou Sabelspoort c.s. – nadat Laudij haar managementovereenkomst opzegde – de rechtsverhouding met Laudij Beheer BV niet kunnen opzeggen met als rechtsgevolg dat zij haar aandelen in GRMIC BV aan Sabelspoort c.s. zou dienen aan te bieden, tegen een door een objectieve deskundige bepaalde redelijke prijs conform de waarde in het economisch verkeer?³⁸ Ook als dit niet letterlijk contractueel of statutair bepaald is? Ook als nog niet aan de vereisten van de wettelijke geschillenregeling zou zijn voldaan? Heeft het dan echt zin om twee partijen die in die verhouding met de koppen tegen elkaar staan – nog verergerd doordat zij intussen ook in een procedure verwickeld zijn – aandeelhouder te laten zijn in GRMIC BV?³⁹ Het aandeelhouderschap te laten voortduren? Het steeds oneens te zijn?

Wordt met de afwijzing van deze gedachte onder toepassing van de rechtspersonenrechtelijke benadering niet te krampachtig omgegaan met wat een aandeel ook is, namelijk niet alleen 'zeggenschapsrecht' of 'winstrecht' of 'onlosbare schuldvordering', maar ook een keuze waarmee in een besloten verhouding in een beroeps- of bedrijfsmatige context vorm en inhoud gegeven wordt aan

36. Zie HR 13 december 1991, NJ 1992, 279 (UVO Lopik), Rb. Den Haag 12 juli 2000 en 14 februari 2001, JOR 2001, 90 (Van der Hout/Van Geest en Van Geest Beheer), Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (Cab Truck Trading BV/Sfida Logistica BV c.s.) en G.J.H. van der Sangen, 'Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids)aandeelhouders in besloten verhoudingen', *Stichting & Vereniging* 2001-2.

37. Zie ook artikel 2:195 lid 6 BW en ontwerpartikel 339 lid 1 voor de VBV, vgl. HR 21 januari 2005, JOR 2005, 57 (Hoffmann).

38. Vgl. Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (Cab Truck Trading BV/Sfida Logistica BV c.s.).

39. Vgl. Rb. Breda 6 september 1994, NJ 1996, 11.

een relatie waarin de persoon van de ander er wel degelijk toe doet?⁴⁰ Dat het geen zin heeft *die* verhouding in *die* context te laten voortduren als partijen met de koppen tegen elkaar staan, als de vergoeding voor uittreden objectief bepaald kan worden? (Ervan uitgaande dat de vastgestelde prijs aan de uittreder op enigerlei wijze ook betaald kan worden). Dat zelfs verwijtbaarheid niet vereist is, indien wat in vertrouwen begonnen is uitloopt op incomptabilite d'humeurs?⁴¹ Nogmaals: ook als nog niet aan de vereisten van de wettelijke geschillenregeling zou zijn voldaan?

10. De bijzondere besloten rechtsverhouding

Deze argumentatie wordt versterkt doordat aan het feit dat sprake is van een besloten rechtsverhouding, in een andere setting, namelijk bij zowel de onbenoemde als de benoemde gemeenschappen, zelfs ook in goederenrechtelijk en verhaalsopzicht, 'zware' consequenties worden verbonden. Waarom dan ook niet 'zware' consequenties verbinden bij het derailleren van besloten verhoudingen aan hoe partijen zich in die verhoudingen moeten opstellen? Het is in dit verband bepaald interessant om even een zijstap te maken naar de vergelijkbare wettelijke regeling van de onbenoemde gemeenschap.

Artikel 3:175 lid 1 BW van die regeling bepaalt dat deelgenoten in een onbenoemde gemeenschap vrij zijn om over het aandeel in het gemeenschappelijke goed te beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding anders voortvloeit. Volgens Pitlo⁴² zal meestal uit de rechtsverhouding anders voortvloeien, omdat meestal de persoon met wie het gemeenschappelijke goed (de auto, fiets, zeilboot, het vakantiehuis) in bezit is, mede doorslaggevend zal zijn om die rechtsverhouding überhaupt aan te gaan. Immers van den beginne zullen ook afspraken gemaakt moeten worden over het gebruik, onderhoud beheer, kosten, etc. Over de enkele goederenrechtelijke relatie ligt dus meestal en heel snel ook een verbintenisrechtelijke. Of zoals Pitlo het uitdrukt: de hoofdregel van artikel 3:175 lid 1 BW wordt overwoekerd door de uitzonderingen.

Schuldeisers van de deelgenoten regardeert de regeling van artikel 3:175 lid 1 BW intussen niet. Zij kunnen volgens lid 3 het aandeel van de deelgenoot in het gemeenschappelijke goed uitwinnen. Een schuldeiser kan zelfs verdeling vorderen, hetgeen kan leiden tot verkoop van het geheel, indien te vrezen is dat verkoop van het aandeel te weinig oplevert (zie artikel 3:180 BW).

Dit laatste keert 180° als we te maken hebben met een maatschap of vennootschap onder firma, – zoals bekend – benoemde gemeenschappen. En overigens ook bij een stille of openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Daar geldt al een aantal eeuwen dat de onderlinge

rechtsverhouding (het intuitu personae karakter, de affectio societatis, het doelgebonden karakter in combinatie met het feit dat sprake is van *gezamenlijke* beroeps- of bedrijfsuitoefening – partijen zitten er met hun hele hebben en houden in) ertoe leidt dat sprake is van een gebonden gemeenschap – waaruit, let wel: zonder dat de wet dat uitdrukkelijk bepaalt – voortvloeit dat privéschuld-eisers van de deelgenoten (de maten of vennoten) het aandeel in de gemeenschap *niet* kunnen uitwinnen. Die verhouding wordt ook in versterkte mate beheerst door de goede trouw.

Dit zijn welbeschouwd 'zware' consequenties, traditioneel verbonden aan precies die verhoudingen, die we nu in een OV(R) of (V)BV als besloten rechtsverhoudingen karakteriseren. In combinatie met de versterkte eis van de goede trouw en de vaststelling dat het voor partijen niet zo moeilijk zal zijn om die goede trouw gestand te doen in de periode dat hun samenwerking loopt, maar juist wel als hun verhouding deraillert of dreigt te derailleren, leidt dit precies tot de kern van waar het hier om gaat: namelijk enerzijds dat het onmogelijk is om 'samenwerking' in zijn intrinsieke betekenis evenmin als in een huwelijk af te dwingen⁴³, en anderzijds dat dit dus bijzondere eisen stelt aan de wijze waarop partijen zich jegens elkaar hebben te gedragen als hun onderlinge verhouding, bepaald door beroeps- of bedrijfsmatige afhankelijkheid, deraillert. Met andere woorden: versterkte goede trouw is niet nodig als het goed gaat, maar als het fout gaat, juist ook vanwege de belangen die meestentijds betrokken zijn.

En *juist deze verhouding* kon traditioneel steeds worden opgezegd: opzegging leidt tot ontbinding, zo bepaalt artikel 7A:1683 sub 3 BW. En die opzegging is vernietigbaar indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied, bepaalt artikel 7A:1686 lid 1 BW.

Uit de jurisprudentie blijkt intussen dat van vernietigbaarheid niet zozeer sprake is omwille van de opzegging zelf, maar meer omwille van de condities (de termijn, onverwacht, snel na aanvang, het belastende karakter) waaronder wordt opgezegd.⁴⁴ En het zijn juist die condities – in de individuele gevallen – die in de praktijk razend belangrijk zijn en niet het aangehaalde dogmatische onderscheid.

11. Terug naar de casus: gevolgen van opzegging

Terug naar de opzegging en naar de casus. Stel, twee personen vormen in het kader van hun gezamenlijke beroeps- of bedrijfsuitoefening een OVR. Dit betekent dat zij van het welslagen van de samenwerking qua inkomsten vermogen sterk afhankelijk zijn. Na verloop van tijd lopen de persoonlijke verhoudingen minder. De een is in zakelijk opzicht gegroeid, de ander niet. Volgens titel

40. Vgl. anders F.D. Stibbe, 'Squeeze outs, vanuit de positie van de aandeelhouders', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, 2006-2007, p. 269 e.v.

41. Vgl. Hof Den Haag 24 mei 1968, *NJ* 1969, 439.

42. A. Pitlo/J.L.P. Cahen, *Korte uitleg*, elfde druk, 1988, p. 69 e.v.

43. Vgl. HR 20 november 1970, *NJ* 1971, 64, Rb. Rotterdam 14 oktober 1999, *JOR* 2000, 50.

44. Zie Hof Den Bosch 4 maart 1958, *NJ* 1958, 624, Hof Den Bosch 6 januari 1997, *Prg.* 1997, nr. 4758, Rb. Zwolle 4 juni 2003, zaaknr. 61167/HA ZA 00-1210.

7.13 kan de OVR worden ontbonden door de samenwerking en dus het vennootschapscontract op te zeggen. Bijvoorbeeld om de reden dat degene die zakelijk 'gegroeid' is geen vertrouwen meer heeft in de persoon en de persoonlijke inzet van degene met wie hij tot dan toe aan die samenwerking vorm heeft *willen én moeten* geven. Hij zegt daarom de samenwerking op, stelt een redelijke termijn en rekent af. Volgens titel 7.13 BW is een opzegging aldus mogelijk. Vereffening behoeft intussen niet plaats te vinden volgens artikel 7:831a BW indien het door de vennootschap uitgeoefende beroep of bedrijf wordt voortgezet door één der gewezen vennoten. Voortzetting van de onderneming en door wie en onder welke voorwaarden dat gebeurt blijkt in de praktijk evenwel een belangrijk strijdpunt te zijn.

Het bijzondere is – het is al opgemerkt – dat de partner aan wie wordt opgezegd weinig kans heeft als hij de inzet van de ander voor de samenwerking binnen de vennootschap zou willen afdwingen. Die inzet, of: de samenwerking, is als intrinsiek fenomeen niet afdwingbaar. Wel afdwingbaar is het spiegelbeeld: een redelijke termijn en redelijke, objectieve afrekening als samenwerking niet meer mogelijk is. En daarnaast vanuit de versterkte norm van de goede trouw dat voldoende rekening gehouden wordt met de overige betrokken belangen, waaronder het belang van voortzetting van de onderneming als zodanig. De opzegging zal aldus leiden tot de beëindiging van de vennootschappelijke relatie, in dit geval een contract en soms dus ook tot het einde van de rechtspersoon, maar met een sterke postcontractuele redelijkheid- en billijkheidsstoets.

Artikel 819 bepaalt intussen voor de OVR alleen dat een opzegging vernietigbaar is, indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied. Voor het overige wordt in de wettelijke benadering met uitzondering van een enkele verwijzing naar een eventuele regeling in het vennootschapscontract geabstraheerd van de voorwaarden waaronder kan worden opgezegd, van de ernst van de gevolgen die een opzegging ook wel kan hebben, voor betrokkenen of voor de onderneming en van de houding die betrokkenen na de opzegging jegens elkaar en tegenover de vennootschap dienen in te nemen. Ook artikel 7:831a BW abstraheert daarvan. Het bepaalt slechts dat vereffening volgens afdeling 6 niet plaatsvindt indien het door de vennootschap uitgeoefende beroep of bedrijf wordt voortgezet door één der gewezen vennoten. Dat is op zich raar: alsof de bedoelde belangen niet net als zoveel andere belangen – bijvoorbeeld de betrokken werkgelegenheid – beschermenswaardig zouden zijn en alsof daarover ook door de wetgever niet iets zinnigs te melden zou zijn. En wat de belangen betreft die betrokken kunnen zijn is er geen verschil tussen OV(R) en (V)BV.

Een betere benadering zou zijn opzegging mogelijk te maken, gevolgd door ontbinding, en het vervolg te conditioneren: met name daardoor dat partijen zich moeten laten leiden door de betrokken belangen en door de ernst van de gevolgen die een opzegging kan hebben, voor be-

trokkenen of voor de onderneming zelf. Dit tot uitdrukking komend in drie factoren: termijn, vereffening (dus afrekening met eventueel compensatie inclusief de mogelijkheid van gehele of gedeeltelijke voortzetting van de onderneming zoals bedoeld in artikel 7:831a BW), en houding (de wijze waarop partijen zich al dan niet door de rechter verplicht dienen op te stellen). Dit betekent dus dat vereffening meer inhoudt dan alleen algehele vereffening, maar in voorkomende gevallen ook financiële ontvlechting van de gemeenschap of de rechtspersoon. Het betekent ook dat behoefte bestaat aan een rechter of andere instantie of deskundige die dit voortvarend kan oppakken en/of vlottrekken en kan voorzien van eisen, te stellen aan de wijze waarop partijen zich dienen op te stellen.

Nu dezelfde relatie in een BV. Ik heb evenzoveel reden om op te zeggen. Maar het kan niet. Dogmatisch gezien is het 'opzeggen van de BV' vloeken in de kerk. Ik kan *de BV of de samenwerking of de besloten rechtsverhouding* feitelijk wel opzeggen, maar het baat niet. Het heeft, althans naar dogmatisch verantwoorde zienswijze, geen effect, geen zelfde *direct* rechtsgevolg als bij samenwerking in een personenvennootschap. Dat wil niet zeggen dat in de praktijk geen behoefte aan dat effect bestaat.

12. Vier kanttekeningen

Eerste kanttekening. Ik wijs op de heel verschillende procedures die aan de rechtzoekende in vergelijkbare situaties ter beschikking staan. Ik noem: de mogelijkheid van ontbinding van de (V)BV ex artikel 2:19 BW (als de rechtzoekende over de vereiste meerderheid beschikt met de daardoor intredende rechtsgevolgen), de gang naar de gewone civiele rechter in een bodemprocedure, de voorzieningenrechter in kort geding (met alle beperkingen van die procedure), overigens met de mogelijkheid dat die rechter verwijst naar de enquêterechter in kort geding⁴⁵, de enquêterechter in kort geding die voorlopige voorzieningen kan treffen in de zin van artikel 349a lid 2 Boek 2 BW, de enquêterechter die de voorzieningen kan treffen in de zin van artikel 356 Boek 2 BW, de civiele rechter die bevoegd is in het kader van de geschillenregeling. En over dit alles heen de mogelijkheid dat de rechtzoekende geconfronteerd wordt met de benoeming en inzet van deskundigen waaraan hij geen behoefte heeft of waarvan hij het (financieel) belastende effect en de gevolgen tevoren om een groot aantal redenen niet kan inschatten.

Tweede kanttekening. Het effect van opzegging zou bij de BV wel kunnen worden bereikt via de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht. De huidige wettelijke geschillenregeling werkt evenwel niet. Erger is dat het van rechtsontwikkeling dus ook niet is gekomen. Het ontwerp dat voorligt biedt wel mogelijkheden, maar vooral – zoals ik al constateerde – op basis van rationele vrijwilligheid. Het enquêterecht kan werken, maar alleen als aan bepaalde voorwaarden is voldaan en kan vervolgens zoveel geld kosten aan zowel de aandeelhouders als de vennootschap dat het kind (de vennootschap) met het

45. Vgl. Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*).

badwater wordt weggegooid. Dat dit laatste zich mogelijk voordoet is mijns inziens *niet* alleen de verantwoordelijkheid van de ruziënde aandeelhouders. Verder zijn de voorzieningen van artikel 2:356 BW nog altijd limitatief, typisch rechtspersonenrechtelijk van aard en niet altijd bruikbaar of zonder meer toepasselijk – waarbij ontbinding van de vennootschap wordt gezien als een ultimum remedium. De voorlopige voorzieningen van artikel 2:349a lid 2 BW zijn uit hun aard voorlopig, ofschoon soms ook onomkeerbare effecten bereikbaar zijn.⁴⁶

Waar het mij hier evenwel om gaat is hoe het nu aan de praktijk – aan de rechtzoekende – valt uit te leggen dat bij geschillen in gelijke gevallen van intensiteit van samenwerking in een OVR en een (V)BV zo'n verschillende uitwerking hebben, tot zo'n verschillend resultaat – zowel qua benadering als qua rechtsgang – kunnen leiden, en dat je als rechtzoekende in vergelijkbare situaties met zo verschillende rechters kennis mag gaan maken. Waarbij mogelijk – proefondervindelijk vastgesteld – de ene rechter, verbintenissenrechtelijk geschoold, het probleem op verbintenissenrechtelijk verantwoorde wijze, voorbij gaande aan vennootschapsrechtelijke elementen, aanpakt, en de andere, rechtspersonenrechtelijk geschoold, voorbij gaat aan de verbintenissenrechtelijke elementen die er ongetwijfeld ook inzitten.

Derde kanttekening. 'Nee', zullen dogmatisch geschoolde juristen aanvoeren. 'Een rechtspersoon kun je niet opzeggen.' Maar rechtspersoonlijkheid en opzegging, zo zagen we al, sluiten elkaar principieel niet uit. Bovendien wordt de rechtspersoon niet opgezegd, maar de rechtsverhouding die tot haar bestaan aanleiding heeft gegeven. 'Nee', zal worden aangevoerd, 'een BV kun je niet opzeggen. Je bent toch aandeelhouder?' 'De statuten zijn toch bepalend en die bepalen toch niet dat het wel kan?' 'Je staat toch in een lidmaatschapsverhouding tot de ander?' 'Je maakt toch deel uit van een orgaan en van een rechtspersoon. Dat is toch geen contract?' 'Je vormt toch een aandeelhoudersvergadering, je moet toch stemmen, besluiten nemen?'

Allemaal deugdelijke en dogmatisch verantwoorde argumenten. Maar hoe gaat het in de praktijk? Twee personen zijn beiden aandeelhouder en tevens bestuurder. De een zegt 'ja' en de ander zegt 'nee'. De een zegt 'ja' omdat de ander 'nee' zegt. Sprake is van een impasse. Mogelijk zelfs: van een gekwalificeerde impasse, die zich leent voor toepassing van het enquêterecht. Het personeel en de betrokken financier en accountant kiezen duidelijk voor een van beiden. Een plan voor de redding van het bedrijf wordt afgewezen. De accountant zegt intussen dat als er geen maatregelen worden getroffen, het bedrijf failliet gaat. Maar er kan niet worden opgezegd, althans niet zoals bij een personenvennootschap. Het kan wel: maar

met andere effecten die langs andere weg moeten worden gerealiseerd. En langs die andere weg kan ook worden gegaan voor voorlopige voorzieningen, overigens mogelijk doeltreffend, afhankelijk van het dossier, maar daar gaat het mij hier niet om.

Het gaat mij erom dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld en dat met name rondom de opzegging door de wetgever en de rechter nog een slag te maken valt. Daar ligt ruimte voor rechtsontwikkeling. Daar ook zou de dogmatiek zich voorbij het onderscheid tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht kunnen en moeten ontwikkelen.

Vierde kanttekening. Maatregelen als de voorlopige voorzieningen in het enquêterecht, die mogelijk uiterst efficiënt in een BV-context zijn, blijken in de praktijk in een VOF uiterst moeilijk of onmogelijk te bewerkstelligen – vanwege het karakter dat een kort geding nu eenmaal eigen is en de lange duur van een bodemprocedure. Eigenaardig is dan dat waar in een contractuele context partijen jaren kunnen procederen (en het kalf van de vennootschap met al haar kansen en mogelijkheden allang verdronken is) over over en weer gestelde schade – hetgeen op zichzelf al een te voorkomen belang zou zijn –, in een BV-setting beroep kan worden gedaan op het enquêterecht, dat daarvoor in het bijzonder toegerust wordt geacht.⁴⁷ Maar geldt dat dan niet in de contractuele setting waar het enquêterecht niet van toepassing is? Waar de belangen en het belang van de vennootschap niet minder groot behoeven te zijn?

Interessant is het overigens om in dit verband kennis te nemen van de bijdragen van Van Leuven, Hoefnagels, Kooger, Labohm en Van Teeffelen⁴⁸ en in de plaats van ruziënde echtelieden steeds te lezen 'ruziënde partners' in een (V)BV en voor het kind 'de vennootschap'. Haarfijn duidelijk wordt dan voor de verstaander dat ook in (personen)vennootschapsland behoefte kan bestaan aan de mogelijkheid van snelle forensische mediation.

13. Besluit

Punt is dat de aangehaalde dogmatische en rechtspersonenrechtelijk gezien verantwoorde argumenten verhullen dat de BV zelf in deze situatie failliet is. Niet in de zin van de faillissementswet, al gaat het in dit soort impasses daar in de praktijk rap naartoe. Nee, het systeem van de BV als rechtspersoon is failliet. Niet altijd, maar in het geval van impasses. Dit ook omdat de wettelijke geschillenregeling dan niet blijkt te werken. Maar niet alleen daardoor. Het komt *ook* door het onderscheid tussen verbintenissen- en rechtspersonenrecht waar ook in het ontwerp van de VBV nog te veel aan vast wordt gehouden. Dat een vennoot/aandeelhouder in de beschreven

46. Zie OK, JOR 2004, 271 (*Getronics*), nt. Brink en HR 14 december 2007, JOR 2008, 11 (*DSM*) en Van der Sangen, *TvOB* 2008, p. 1-8.

47. Zie Hof Amsterdam 7 november 1996, *KG* 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*) – mogelijkheid kort geding naast voorlopige voorzieningen, artikel 2:349a lid 2 BW.

48. G.P. Hoefnagels & C.A.R.M. van Leuven, 'Forensische mediation', *Echtscheidingsbulletin* 2003-2, R. Kooger, 'Forensische bemiddeling: eerste ervaringen', *TMD* 2004-2, A.N. Labohm & C.A.R.M. van Leuven, *TMD* 2005-1, P.A.J.Th. van Teeffelen, 'Forensische conflictbemiddeling in gezags- en omgangszaken bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch', *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2005-10, *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2005-11/12.

situaties de impasse niet kan doorbreken door op te zeggen, is onbegrijpelijk en niet uit te leggen. Maar het is nog vreemder te moeten constateren dat *juist* in deze situatie, waar de BV verondersteld wordt geen contract te zijn, de vraag of tot ontbinding of tot ontvlechting op verantwoorde wijze kan worden gekomen, zo afhankelijk is van waar het in een contract nu juist om gaat, namelijk wilsovereenstemming tussen partijen. Om goede trouw. En je conform die goede trouw gedragen, ook *nadat* is opgezegd, en ook en juist als de aflopende verhoudingen onder spanning staan.

De lakmoesproef in dit geval is niet het faillissement, zoals wij ook in Tilburg vaker plegen te zeggen, maar de lakmoesproef is de vraag wat rechtens mogelijk is als het voor gezamenlijke beroeps- en bedrijfsuitoefening of vergelijkbare context zo broodnodige vertrouwen in een persoonsgebonden OV(R) of (V)BV die intuïtu personae (met oog op de persoon) werd aangegaan, is komen te ontbreken. En daar schort het aan verder doordenken. En juist daar ben ik het niet eens als gezegd wordt dat een goede geschillenregeling het sluitstuk is op de regeling van de vereenvoudigde BV. Het denken over vereenvoudiging begint met goed begrip van de praktijk en de behoeften van de praktijk en dus in belangrijke mate ook van de geschillenpraktijk.

Ook de ontwerper heeft onderzoek naar die praktijk, ondanks suggesties daartoe, niet gedaan. Niet voorafgaand aan de invoering van de huidige geschillenregeling in 1989 en *nu* niet. Ik citeer Minister van Justitie Korthals Altes in 1987: 'wij moeten de toepassing van de regeling in de praktijk maar eens afwachten'.

Met alle gevolgen van dien, in het bijzonder dat het van rechtsontwikkeling door de rechter die daarvoor bedoeld was helemaal niet gekomen is. Mijn overtuiging is dat de wetsontwerper zich in zijn drang tot vereenvoudiging heeft laten leiden door vrijwillige en overwogen rationaliteit, maar daarbij nog steeds geen zicht heeft op de impasse- en conflictscenario's die zich in de praktijk voordoen. Om twee redenen, een dogmatische – ik verwijs naar mijn eerdere betoog – en een praktische. Ik weet dat gesuggereerd is om een aantal corporate-litigationadvocaten met ervaring eens een dag samen te laten brainstormen over de problemen waar zij in de praktijk tegen aanlopen en om vanuit een aantal typen van gevallen – gewoon zoals deze aan het bureau van de advocaat worden uiteengezet – een vanuit *alle invalshoeken* (dus niet alleen die van de cliënt) gewogen geschillenregeling te ontwerpen, evenals ik weet dat er suggesties zijn gedaan om personenvennootschapsrecht en kapitaalvennootschapsrecht in het kader van de huidige aanpassingen geïntegreerd te benaderen. Ik zie daar, ook weer in de nota van wijziging, te weinig van terug. En als mr. Bulten in de aflevering van *Ondernemingsrecht 2007-9* zijn kritische bijdrage over de herziene geschillenregeling⁴⁹ afsluit met de vraag: 'misschien moet de toepassing van de regeling in de praktijk maar eens afgewacht worden?' dan baart me dat grote zorgen.

49. C.D.J. Bulten, De gewijzigde geschillenregeling, *Ondernemingsrecht 2007-9*, p. 109 e.v.