

# Besluiten in de personenvennootschap. Eenstemmigheid, meerderheid of dictatuur?

## Ondernemingsrecht 2020/91

In art. 804 lid 2 Voorontwerp modernisering personenvennootschappen wordt bepaald dat besluiten door alle vennoten worden genomen. Wat betekent het besluit in de zin van deze bepaling? En hoe verhoudt besluiten zich tot besturen, beheren en beschikken? De auteur geeft een nadere beschouwing van het Voorontwerp op dit punt en bespreekt ook het huidige recht. Daarnaast komen de grenzen van de contractsvrijheid aan de orde. Art. 804 lid 2 Voorontwerp is namelijk van regelend recht: de vennootschapsovereenkomst kan anders voorzien. Maar is alles mogelijk? Of zijn er dwingende regels? Aangenomen moet worden dat zulke regels er niet zijn. De ondergrens is slechts dat elke vennoot aan de besluitvorming moet kunnen deelnemen en stemrecht heeft.

### 1. Het besluit als *algemene* rechtsfiguur in het privaatrecht

Wie aan het besluit denkt, ziet een rechtspersoon voor zich. De leden van een orgaan doen aan besluitvorming om te bepalen waar het met de rechtspersoon heen moet. Uit de meerderheid van stemmen wordt een voor of tegen afgeleid, dat als besluit aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Dat besluit geldt totdat weer anders wordt besloten. Het werkt *erga omnes*, oftewel geldt voor allen op gelijke wijze, en is daarmee deel van het 'objectieve recht' binnen de rechtspersoon, net als de statuten en reglementen. Vernietiging kan slechts plaatsvinden op vordering tegen de rechtspersoon, waarbij het vonnis van de rechter zelfs kracht heeft tegenover diegenen die niet in het geding zijn betrokken (art. 2:16 lid 1 BW). De besluitendogmatiek van Boek 2 BW staat bol van institutioneel denken. Niet de belangen van de leden of aandeelhouders staan voorop, maar die van de rechtspersoon.<sup>2</sup>

Besluiten worden echter ook genomen buiten de rechtspersonen van Boek 2 BW. Denk aan de vereniging van eigenaars, ten aanzien waarvan art. 5:127 lid 1 BW bepaalt dat de vergadering van eigenaars bij meerderheid besluit. Nu mag dit geen verbazing wekken: de vereniging van eigenaars is als afgeleide van de Boek 2-vereniging

evengoed een rechtspersoon.<sup>3</sup> Maar ook in verbanden zonder rechtspersoonlijkheid wordt besloten. De leden van een rederij 'besluiten' bij meerderheid van stemmen over de zaken die de rederij aangaan, zo zegt het eerste lid van art. 8:171 BW. Het derde lid maakt een uitzondering voor enkele, naar het schijnt belangrijke onderwerpen, waarover slechts met eenstemmigheid 'besluiten' kunnen worden genomen.<sup>4</sup> Verder kunnen de deelgenoten van een gemeenschap een regeling treffen over het beheer daarvan (art. 3:168 lid 1 BW), welke regeling kan behelzen dat zij bij meerderheid over beheershandelingen beslissen. De literatuur spreekt in dit verband van 'besluiten', soms zelfs waar de deelgenoten eenstemmig zijn.<sup>5</sup> Een ander verband waarin besluiten voorkomen, ten slotte, is de personenvennootschap. Elke vennoot heeft een vetorecht, maar naar algemene opvatting kan het vennootschapscontract in meerderheidsbesluitvorming voorzien.<sup>6</sup> De wettelijke regels over beheer gelden – in de woorden van art. 7A:1676 BW – slechts 'bij gebreke van bijzondere bedingen'.

Het besluit is dus overall. Maar wat is dan een besluit? Kunnen op alle besluiten dezelfde regels en dogmatiek worden toegepast? Wat het eerste betreft: de Duitse literatuur – waarin diepgaande beschouwingen over het besluitbegrip vanzelfsprekend niet ontbreken – omschrijft het besluit wat kitscherig als het 'rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht'.<sup>7</sup> Eenvoudiger gezegd: besluitvorming is het middel waarmee in het gehele privaatrecht de wil van een groep personen wordt bepaald. De uitkomst van dat proces is het besluit. De Duitse schrijvers voegen hieraan toe dat elk besluit een rechtshandeling is die berust op een 'Grundverhältnis'. Elk besluit steunt op een fundament, bestaande uit eerder gemaakte afspraken die zijn vastgelegd in de wet, de statuten of een overeenkomst. Zonder

1 Koen van Vught is universitair docent, Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht.

2 Zie verder K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (diss. Nijmegen; Serie VHI deel 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 244 e.v.

3 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/520. Zie nader R.F.H. Mertens & C.G. van der Merwe, 'Besluitvorming in de gemeenschap van appartement-eigenaars', *WPNR* 1994/6132, p. 275-281.

4 Zie nader M.J. Kroeze, 'Minderheidsbescherming in de rederij', *RMThemis* 2013, p. 149 e.v.

5 H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 51 ('unaniem besluit'), M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Gemeenschap* (*Mon. BW nr. B9*)2015/19 ('eenstemmig besluit') en Asser/Perrick 3-V 2019/14.

6 Zie de uitwerking en vindplaatsen gegeven in par. 2 hierna.

7 J. Baltzer, *Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht* (diss. Marburg), Köln/Berlin: Grote 1965, in het bijzonder p. 17 e.v.

die afspraken geen meerderheidsbesluit.<sup>8</sup> Een besluit vult die afspraken aan en kan deze zelfs wijzigen. Zo worden besluiten in een rechtspersoon genomen krachtens de statuten, terwijl die statuten bij besluit kunnen worden gewijzigd. Het typische aan een besluit – ik volg de Duitse literatuur verder – is dat het bij meerderheid wordt genomen en dat het zelfs degenen bindt die tegenstemden of afwezig waren. Kortom: een besluit is datgene wat de meerderheid op grond van eerdere afspraken kan laten gelden voor iedereen. Besluiten is het doordrukken van de meerderheidswil.<sup>9</sup>

Wie in zulke abstracties denkt, kan inderdaad alle besluiten onder dezelfde noemer brengen. Een scherpe afbakening is daarmee echter niet gegeven. Een beter begrip van het besluit evenmin. Maar, belangrijker nog, het is nauwelijks mogelijk om voor alle besluiten dezelfde regels te geven. Zulke regels zijn er dan ook niet. Er bestaat geen 'algemeen besluitenrecht'. De artikelen 2:14, 15 en 16 BW reiken niet verder dan de rechtspersonen van Boek 2 BW. Hoe anders ligt dit voor de overeenkomst, met afstand de voornaamste rechtshandeling van het privaatrecht, die in het Burgerlijk Wetboek van 1992 een eigen titel en zelfs een eigen boek heeft gekregen (Titel 6.5 en Boek 7) en bovendien model heeft gestaan voor rechtshandeling als overkoepelende figuur.<sup>10</sup> Met de in art. 3:33 en 35 BW vervatte wilsvertrouwensleer bijvoorbeeld valt buiten de overeenkomst weinig aan te vangen. Het besluit moet zich tevredenstellen met de schakelbepaling van art. 3:59 BW, die de regels voor rechtshandelingen van Titel 3.2 BW van *overeenkomstige* toepassing verklaart, en dan nog alleen voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.

Kortom: het ene besluit is het andere niet. De besluitendogmatiek van Boek 2 BW is sterk institutioneel gekleurd en is daarom elders niet toepasbaar. Analogieën zijn alleen met grote voorzichtigheid mogelijk. Met dit in

gedachten wil ik de blik richten op besluiten in de personenvennootschappen. Hiervoor is alle reden. Het Voorontwerp modernisering personenvennootschappen, dat uiting is van de departementale ambitie om de antieke wetgeving betreffende de personenvennootschappen bij de tijd te brengen, schenkt aandacht aan het besluit.<sup>11</sup> Art. 804 lid 2 BW van dit voorontwerp bepaalt dat besluiten worden genomen met instemming van alle vennoten. Maar wat is besluit in de zin van deze bepaling? En welke regels gelden hier? Mogen de vennoten alles afspreken of zijn er grenzen?

Hoewel vennootschapscontracten vaak clausules bevatten over besluitvorming, heeft dit onderwerp in de literatuur nauwelijks aandacht gekregen. Wel heeft Klein Wassink er recentelijk over geschreven.<sup>12</sup> Eerst komt aan de orde hoe het besluit in het Voorontwerp is geregeld (par. 2). Vervolgens beperk ik mij korthedshalve tot één onderwerp: de mogelijkheden van meerderheidsbesluitvorming in de personenvennootschap en de daaraan te stellen grenzen (par. 3 e.v.). Klein Wassink bespreekt nog andere onderwerpen, zoals de toetsing van genomen besluiten aan de redelijkheid en billijkheid. Deze bijdrage mag worden gelezen als aanvulling op mijn proefschrift *Het besluit van de rechtspersoon*, dat onlangs verscheen als deel 162 van de Nijmeegse serie.

## 2. Het besluit in het Voorontwerp

### 2.1 Besluiten van de vennoten (art. 804 lid 2 Voorontwerp)

Anders dan de huidige wet ruimt het Voorontwerp een plaats in voor het besluit. Volgens art. 804 lid 2 kunnen de vennoten slechts unaniem besluiten nemen. De nieuwe bepaling wordt niet genoemd in het lijstje van art. 801 en is dus van regelend recht. Het vennootschapscontract kan anders bepalen, bijvoorbeeld voorzien in besluitvorming bij volstreekte of gekwalificeerde meerderheid.<sup>13</sup> De voorontwerper beoogt hiermee te codificeren wat thans in de praktijk en in de literatuur reeds wordt aangenomen.<sup>14</sup> Zijn ontwerp komt overeen met art. 14 in het voorstel van de werkgroep-Van Olffen.<sup>15</sup> Overigens besluiten volgens art. 804 lid 2 alle vennoten, waaronder zelfs de commandieten moeten worden begrepen, die dus meebesluiten als waren zij gewone vennoten. Art. 821 lid 5 verklaart namelijk art. 804 lid 2 van toepassing op de commanditaire vennoot. Het is echter zeer de vraag of

8 Zie vooral A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Erster Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft*, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1914, p. 232 en M. Rudloff, *Die Rechtsnatur der Vereinsbeschlüsse* (diss. Göttingen), Perleberg: Grunick 1932, p. 25. Vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/290: 'Wel kan men zeggen dat de rechtskracht van het besluit berust op het eigen objectieve recht van de rechtspersoon; dit objectieve recht wordt mede door de statuten van de rechtspersoon gevormd.'

9 Tuhr 1914, p. 235. Zie de discussie in de moderne literatuur bij W. Ernst, 'Der Beschluss als Organakt', in: M. Häublein & S. Utz (red.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012*, Berlin: De Gruyter 2012, p. 1-5.

10 Zie over het laatste J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling. Een kwestie van definitie', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000 (XVII), p. 17 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/4. Treffend ook J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 9: 'Van de buitenkant gezien is in ons rechtssysteem de overeenkomst ondergeschikt aan de rechtshandeling. Inwendig liggen de zaken omgekeerd. Het leerstuk van de rechtshandeling is in hart en nieren contractenrecht. Een bloedeloze theoretische constructie blijft over als uit de rechtshandelingsleer de obligatoire overeenkomst wordt weggehaald.'

11 Het Voorontwerp is te vinden op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/02/21/wetsvoorstel-modernisering-personenvennootschappen> en is opgenomen in *Ondernemingsrecht* 2019/120.

12 A.J.M. Klein Wassink, 'Het nemen van besluiten bij personenvennootschappen', in: W.J.M. van Veen & A.F. Verdam, *JB* (Huizink-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 263-276.

13 MvT-Voorontwerp, p. 29.

14 MvT-Voorontwerp, p. 28.

15 M. Van Olffen e.a., *Modernisering personenvennootschappen* (Serie VHI deel 137), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. V-44.

de voorontwerper dit wel zo bedoelt, want in de toelichting merkt hij op dat art. 821 lid 5 'er niet aan in de weg [staat] om de commanditaire vennoot op basis van de overeenkomst invloed of inspraak op de besluitvorming te geven'.<sup>16</sup> Dat lijkt er juist van uit te gaan dat de commandieten *niet* meebesluiten, overeenkomstig de huidige praktijk. Wat hiervan ook zij, in de toelichting wordt de CV 'de nodige ruimte' gelaten om 'zelf haar eigen structuur te bepalen'.<sup>17</sup>

Besluiten in een personenvennootschap zijn geen besluiten in de zin van Boek 2 BW. In art. 804 lid 2 BW heeft de term besluit een 'eigen betekenis'. In navolging van Asser definieert de voorontwerper het besluit als 'een meerzijdige rechtshandeling op grond van de overeenkomst van vennootschap, die strekt tot uitvoering of aanpassing van deze overeenkomst'.<sup>18</sup> Dat doet denken aan de oude jurisprudentie over de naamloze vennootschap, waarin de Hoge Raad besluiten zag als de uitvoering van de statuten, die toen nog als overeenkomst werden gezien.<sup>19</sup> Voor het overige bevat het Voorontwerp geen regels. Zo blijft ongeregeld hoe besluiten tot stand komen en wie mag stemmen. Ook zegt het Voorontwerp niets over de toetsing van besluiten door de rechter.

Wanneer nemen de vennoten besluiten? In ieder geval wanneer zij wensen over te gaan tot wijziging van de vennootschapsovereenkomst, ontbinding van de vennootschap (art. 814 lid 1 onder a) of toetreding van een nieuwe vennoot (art. 812 lid 1).<sup>20</sup> Ook het vaststellen van het winstdeel dat elke vennoot toekomt geschiedt bij besluit (art. 807 lid 2). Hetzelfde geldt voor het vaststellen van de jaarrekening en de omvang van de winst, want dit moet volgens art. 806 lid 3 door de vennoten worden vastgesteld.<sup>21</sup> De toelichting vermeldt verder expliciet dat de vennoten 'gezamenlijk besluiten' over zaken buiten de normale bedrijfsvoering of die geen uitstel kunnen lijden. Naast ontbinding en toetreding denkt de voorontwerper hierbij aan 'besluiten over het aannemen van personeel'.<sup>22</sup> Hierbij past de waarschuwing dat dit niet *steeds* buiten de normale bedrijfsvoering zal vallen, laat staan dat *steeds*

een besluit van de vennoten nodig zal zijn.<sup>23</sup> De aard van de vennootschap is immers bepalend.

## 2.2 *Het verband met besturen, beschikken en beheren (art. 804 leden 1 en 3 Voorontwerp)*

De bepaling over besluitvorming in het Voorontwerp laat zich eerst begrijpen wanneer ze wordt gezien tegen de achtergrond van de bepalingen over besturen, beschikken en beheren. Art. 804 lid 1 bepaalt dat de vennoten gezamenlijk besturen, al kan ook één vennoot of een derde als 'bestuurder' worden aangewezen.<sup>24</sup> Art. 804 lid 3, eerste volzin regelt dat rechtshandelingen die voor rekening van de vennootschap worden verricht, de instemming van alle vennoten behoeven. Bedoeld zullen zijn de handelingen die naar huidig recht onder beschikken vallen. Verder is volgens art. 804 lid 3, tweede volzin iedere vennoot bevoegd de rechtshandelingen te verrichten die tot de normale werkzaamheden behoren of die geen uitstel dulden – ik zou zeggen dat dit de handelingen zijn die naar huidig recht tot het beheer worden gerekend.

Art. 804 verdeelt de interne bevoegdheden dus aan de hand van vier begrippen: besturen (lid 1), besluiten (lid 2), beschikken (lid 3, eerste volzin) en beheren (lid 3, tweede volzin). Is dit op zichzelf al lastig genoeg, de toelichting bevat twee opmerkingen die de verwarring nog vergroten. Ten eerste zou besturen volgens de voorontwerper hetzelfde zijn als wat naar huidig recht beheren is. Ten tweede zou de regeling van beheren en beschikken in het derde lid een 'uitzondering' vormen op de bestuursregeling van het eerste lid.<sup>25</sup>

Vooraf de eerste opmerking bevreemdt. Als besturen hetzelfde is als beheren, waarom is een afzonderlijke bepaling dan nog nodig over beheren (het verrichten van rechtshandelingen die voor rekening komen van de vennootschap)? Wellicht is bedoeld te regelen dat als een deel van de vennoten volgens de vennootschapsovereenkomst besturend vennoot is, dat niet afdoet aan de bevoegdheid van een individuele, niet-besturend vennoot om rechtshandelingen te verrichten die intern worden verrekend. Dit alles tenzij de overeenkomst anders voorziet. In deze lezing is besturen echter wat anders dan beheren. De besturend vennoten zullen immers ook handelingen hebben te verrichten die buiten de normale bedrijfsvoering vallen, oftewel de beschikkingshandelingen. Weliswaar hebben ze daarvoor toestemming nodig van de andere vennoten (naar huidig recht maar ook volgens art. 804 lid 3, tweede zin), maar ontegenzeggelijk is het verrichten van zulke buitengewone handelingen een daad

<sup>16</sup> MvT-Voorontwerp, p. 78.

<sup>17</sup> MvT-Voorontwerp, p. 78.

<sup>18</sup> MvT-Voorontwerp, p. 30, onder verwijzing naar Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII 2017/47a.

<sup>19</sup> Zie P.J. Verdam, *Nietigheid van besluiten* (diss. VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 20, A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (diss. VU Amsterdam; Serie IvO deel 89), Deventer: Kluwer 2013, p. 44-45 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/290.

<sup>20</sup> Maar ontbinding kan ook op andere gronden (art. 814 lid 1). Voorts is een toetredingsbesluit niet nodig, als de vennootschapsovereenkomst een uitredend vennoot reeds toestaat zijn rechtsverhouding aan een derde over te dragen, aldus MvT-Voorontwerp, p. 55.

<sup>21</sup> Zie MvT-Voorontwerp, p. 36.

<sup>22</sup> MvT-Voorontwerp, p. 8.

<sup>23</sup> Het tegendeel is evenmin waar: het aannemen van personeel valt niet steeds onder beheer; vgl. HR 28 maart 1947, NJ 1947/395, m.nt. Meijers (*Montijn/Montijn*), alsook B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 2)*, Deventer: Kluwer 2013, § 99, p. 1938 en Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII 2017/75.

<sup>24</sup> MvT-Voorontwerp, p. 29.

<sup>25</sup> MvT-Voorontwerp, p. 28 resp. 29.

van bestuur. Wie moet het anders doen? Daarbij komt nog dat bestuur zoveel meer omvat dan alleen het stellen van rechtshandelingen.<sup>26</sup> De besturend vennoten zullen besluiten moeten nemen over allerhande zaken.

Vermoedelijk heeft de voorontwerper zich laten verwarren door de terminologie van Maeijer, die besturen eveneens tot beheren verenigt.<sup>27</sup> Alleen wie besturen ruimer opvat, kan namelijk de tweede opmerking van de voorontwerper verklaren: inderdaad zou dan het derde lid over beheren en beschikken gelezen kunnen worden als uitzondering op de algemene bestuursregeling. Als het gaat om het intern verrichten van rechtshandelingen – als onderdeel van besturen – gelden bijzondere regels. Overigens kan worden betwijfeld of dat nog nodig is. Dat ook een niet-besturend vennoot mag beheren, kan desgewenst in de overeenkomst worden geregeld. Dat handelingen buiten de normale bestuurstaak de instemming van alle vennoten behoeven, hoeft misschien evenmin in de wet te worden opgenomen. Maar als het dan toch moet, dan verdient het aanbeveling te verduidelijken dat het verrichten van die buitengewone handelingen tot de bestuurstaak behoort. Hoe dan ook is het zaak weg te blijven van die oude begrippen die al veel te lang voor tweespalt hebben gezorgd. Beheren en beschikken horen op de afdeling rechtsgeschiedenis.

De hier verrichte exegese maakt duidelijk dat art. 804 lid 2 over besluiten op de verkeerde plaats staat. De voorontwerper doelt daar op besluiten genomen door de vennoten als geheel, als ‘vennotenvergadering’. De vennoten nemen besluiten over de belangrijke zaken. In de woorden van de voorontwerper: zij nemen besluiten ‘op basis van de vennootschapsovereenkomst of die de overeenkomst raken’.<sup>28</sup> Met de rest van art. 804 heeft dit weinig te maken. Het is wat anders dan het besturen in de zin van het eerste lid, zeker als tot dat bestuur slechts enkele besturend vennoten of derden zijn geroepen. In dat geval behouden de andere, niet-besturend vennoten zeggenschap over bijvoorbeeld de kernstrategie, waarover zij dan met alle vennoten samen besluiten. Besluiten is bovendien te onderscheiden van het beheren en beschikken als bedoeld in het derde lid, dat ziet op het verrichten van rechtshandelingen die intern worden verrekend. Beheren vergt geen voorafgaand besluit. Beschikken vergt de instemming van alle vennoten. Die kan bij besluit worden gegeven, maar dat hoeft niet. Denkbaar is dat de vennoten elk afzonderlijk instemmen met de beschikkingshandeling, oftewel niet bij besluit. De plaatsing van besluiten in art. 804 sug-

gereert kortom een verband dat er niet (steeds) is. Met Klein Wassink zou ik menen dat het opnemen van een afzonderlijke bepaling over besluitvorming duidelijker zou zijn.<sup>29</sup>

### 3. Unanimititeit als uitgangspunt

Zoals reeds bleek, stelt het Voorontwerp unanimititeit voorop. Art. 804 lid 2 kent elke vennoot een vetorecht toe bij de besluitvorming. Verrassen mag dit niet: naar huidig recht wordt hetzelfde aangenomen.<sup>30</sup> Slechts voor de VOF en CV werd vroeger weleens geleerd dat de vennoten in ieder geval over sommige zaken bij meerderheid konden besluiten, zelfs al biedt de overeenkomst daarvoor geen grondslag. Gewezen werd op het nog altijd geldende art. 32 lid 1 K, dat de vennoten (uitgezonderd eventuele commandieten) bevoegd maakt om bij meerderheidsbesluit een vereffenaar aan te wijzen.<sup>31</sup> Deze opvatting lijkt thans geen aanhang meer te vinden. Heel logisch is ze ook niet: waarom zou art. 32 lid 1 K nodig zijn, als besluiten bij meerderheid toch al regel is?

Eenstemmigheid als standaard strookt met de tussen de vennoten bestaande gelijkwaardigheid, zoals art. 7A:1655 BW die voor alle personenvennootschappen vooropstelt, en lijkt te verklaren door het persoonlijke karakter van de vennootschappelijke samenwerking.<sup>32</sup> Bij die *affectio societatis* past niet dat een vennoot als minderheid wordt weggestemd, althans niet zonder dat hij ooit zelf ermee heeft ingestemd – door het opnemen van meerderheidsbesluitvorming in de overeenkomst te accorderen – dat die mogelijkheid bestond. Onder het Voorontwerp geldt hetzelfde: de gelijkwaardigheid en het persoonlijke kenmerken ook de personenvennootschap naar komend recht, al wordt het eerste element uit de wettelijke definitie van de vennootschap gehaald – maar wel genoemd in de toelichting op het Voorontwerp – en is het tweede slechts impliciet aanwezig.<sup>33</sup> Een andere verklaring voor het unanimiteitsprincipe bestaat eruit dat het samenwerkingsverband tussen de vennoten geen zelfstandig, van de vennoten losstaand bestaan leidt, anders dan een institutionalistische rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW. De persoon van de vennoten doet ertoe. De toekenning van rechtspersoonlijkheid onder het Voorontwerp brengt hierin geen verandering, omdat die rechtspersoonlijkheid ‘gemankeerd’ is

<sup>29</sup> Klein Wassink 2019, p. 274.

<sup>30</sup> Assink/Slagter 2013, § 99, p. 1936, A.S.J.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/5.10, J.B. Huizink, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/17, Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/47a en 83, Mohr/Meijers 2018/2.4.2 en 2.4.3, en Klein Wassink 2019, p. 265-266.

<sup>31</sup> F.J.F.M. Duynstee, *Vennootschapsrecht. Deel I*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1942, p. 63-64 en W.L.P.A. Molengraaff/C.W. Star Busmann & Chr. Zevenbergen, *Leidraad. Eerste deel*, Haarlem: Bohn 1953, p. 218.

<sup>32</sup> In deze zin ook Duynstee 1942, p. 62, Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/29 en 47a, alsook M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 126.

<sup>33</sup> MvT-Voorontwerp, p. 19. Met art. 800 is geen inhoudelijke wijziging beoogd van art. 7A:1655 BW en art. 16 K.

<sup>26</sup> In deze zin ook B.F. Assink, ‘Het bestuur van de vennootschap, enige kanttekeningen’, *Ondernemingsrecht* 2019/108, p. 608, noot 25 en A.S.J.M. Tervoort, ‘Het consultatievoorstel modernisering personenvennootschappen’, *O&F* 2019, afl. 4, p. 9.

<sup>27</sup> Asser/Maeijer 5-V 1995/74-75 (en idem Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/74-75). Ik deel de kritiek hierop van A.L. Mohr/V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/2.4.3.

<sup>28</sup> MvT-Voorontwerp, p. 28.

en in de visie van de voorontwerper slechts betrekking heeft op de goederenrechtelijke verhoudingen. De vennootschap blijft een contractueel verbond.<sup>34</sup> De instemming aller vennoten past hierbij.

#### 4. Meerderheidsbesluitvorming (en dictatuur?)

Unanieme besluitvorming is dus het vertrekpunt, maar de vennoten zullen dikwijls een andere regeling wensen. Unanimiteit plaatst het lot van de vennootschap in handen van de meest eigenzinnige vennoot. Zeker in de wat grotere personenvennootschap kan unanimiteit al snel tot stilstand leiden, waarbij het belang van de gezamenlijke vennoten niet is gediend. Denkbaar is daarom dat de vennoten voor alle of bepaalde, in de vennootschapsovereenkomst genoemde onderwerpen willen besluiten bij gewone of versterkte meerderheid. Ook kan de behoefte bestaan om het stemrecht van een vennoot te koppelen aan zijn inbreng. Niet uit te sluiten valt zelfs het verlangen naar een volmaakte dictatuur, naar de bepaling dat één enkele vennoot de besluiten kan nemen zonder invloed van de andere vennoten. In ieder geval zal worden gedifferentieerd ten aanzien van de commandieten, die nu eens wel, dan weer geen invloed op de besluitvorming zal worden toegekend. Is dit alles mogelijk? Of zijn er grenzen, althans zou de wet dwingendrechtelijke beperkingen moeten opleggen? Wordt of zou de minderheid moeten worden beschermd? Ik wil hier stilstaan bij drie mogelijke beperkingen: de *Bestimmtheitsgrundsatz* (par. 5), de essentiedoctrine (par. 6) en de *Kernbereichlehre* (par. 7). Alle drie zijn in de literatuur weleens als geldend recht verdedigd. Twee ervan zijn bovendien – hun naam verraadt het al een beetje – Duitse fenomenen.

#### 5. Bestimmtheitsgrundsatz

Een eerste beperking zou eruit bestaan dat alleen een uitdrukkelijk, specifiek beding in de vennootschapsovereenkomst kan bewerkstelligen dat besluitvorming bij meerderheid kan geschieden. Het volstaat dan niet om een algemene clausele op te nemen, in de zin dat ‘alle besluiten bij volstreekte meerderheid worden genomen’. De overeenkomst moet een lijstje bevatten van onderwerpen. Ook deze opvatting valt in de literatuur aan te treffen. Verscheidene auteurs merken haar aan als geldend recht. Meijers bijvoorbeeld stelt dat de vennootschapsovereenkomst slechts bij meerderheidsbesluit kan worden gewijzigd, indien in die overeenkomst een ‘daartoe strekkend uitdrukkelijk en gespecificeerd’ beding is opgenomen. In dat geval kan worden volgehouden dat:

“een bij meerderheidsbesluit tot stand gebrachte wijziging van het contract, gezien het gegeven dat alle vennoten bij het aangaan van de vennootschap (of bij een latere gelegenheid) met bedoeld beding hebben ingestemd, toch weer berust op unanimiteit.”<sup>35</sup>

De voorontwerper suggereert iets soortgelijks, al is dat waarschijnlijk onbedoeld. ‘Zo kan de overeenkomst voorzien in een (gekwalficeerde) meerderheid voor *bepaalde* besluiten’, merkt hij in de toelichting op,<sup>36</sup> wat de vraag oproept of het ook voor alle besluiten kan. Naar het lijkt echter wil de voorontwerper hier geen beperking geven, maar alleen een voorbeeld.

In Duitsland gold lange tijd de *Bestimmtheitsgrundsatz*. Dit door het Bundesgerichtshof ontwikkelde leerstuk hield – kort gezegd – in dat een generieke meerderheidsclausele in de vennootschapsovereenkomst slechts betrekking kon hebben op ‘gewone’ onderwerpen. ‘Ganz ungewöhnliche’ zaken konden wel bij meerderheid worden beslist, maar alleen als de vennootschapsovereenkomst daarin eenduidig, voldoende specifiek en afgebakend in voorzag. Aan deze eis moest in het bijzonder zijn voldaan wanneer het ging om een wijziging van de vennootschapsovereenkomst die de positie van de vennoten raakte. Denk aan het aanpassen van de winstverdeling of van de wijze waarop besluiten worden genomen, alsook het beperken van de aansprakelijkheid en het nemen van een ontbindingsbesluit.<sup>37</sup> Maar vanaf 2007 heeft het Bundesgerichtshof de *Bestimmtheitsgrundsatz* wat afgezwakt, om hem uiteindelijk in 2014 te verlaten.<sup>38</sup> Sindsdien komt het aan op de uitleg van de clausele in kwestie. Een bijzondere duidelijkheid of specifieke aanduiding van de onderwerpen waarover bij meerderheid kan worden besloten, is niet langer nodig. Voldoende is als uit de vennootschapsovereenkomst kan worden afgeleid dat ook voor bijzondere, ingrijpende besluiten een meerderheid volstaat. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de vennootschapsovereenkomst een versterkte meerderheid eist of wanneer bepaalde, ingrijpende onderwerpen als voorbeeld worden genoemd.<sup>39</sup> Volgens het Bundesgerichtshof volstaat zelfs

34 MvT-Voorontwerp, p. 6-7 en 25. In deze zin ook Asser/Kamphuisen 3-III 1960, p. 502 en 505. Anders, nog over het ontwerp-Van der Grinten: P. van Schilfgaarde, *De vennootschap volgens het ontwerp B.W.* (preadv. Vereniging Handelsrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 33, maar die ziet de vennootschap als instituut.

35 Mohr/Meijers 2018/2.4.3. In dezelfde zin (maar zonder deze motivering) Asser/Maeijer 5-V 1995/47a en Assink/Slagter 2013, § 99, p. 1936, noot 189. In HR 13 juni 1969, NJ 1969/384, m.nt. Scholten (*Wanderink/Vinke*) wordt overwogen dat de bevoegdheid van een der vennoten om een ander uit te stoten moet berusten op een ‘uitdrukkelijk beding’ – maar dat is wat anders.

36 MvT-Voorontwerp, p. 29. Curs. van auteur dezes.

37 Zie N. Heinrichs, *Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften* (diss. Münster), Berlin: Duncker & Humblot 2006, p. 73-77, Enzinger, *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Beck 2016, § 119 HGB, Rn. 78-79, Schäfer, *Münchener Kommentar zum BGB*, München: Beck 2017, § 709 BGB, Rn. 84-85 en Schöne, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München: Beck 2019, § 709 BGB, Rn. 33-34.

38 BGH 15 januari 2007, NJW 2007, 1685 (Otto) en BGH 21 oktober 2014, NJW 2015, 859, waarover MüKoHGB/Enzinger 2016, § 119 HGB, Rn. 79a-80a en MüKoBGB/Schäfer 2017, § 709 BGB, Rn. 86 e.v.

39 Zie MüKoBGB/Schäfer 2017, § 709 BGB, Rn. 90 en Klimke, *Beck'scher Online-Kommentar HGB*, München: Beck 2019, § 119 HGB, Rn. 39-44. Kritisch over deze ‘Judikaturwende’: BeckOK-BGB/Schöne 2019, § 709 BGB, Rn. 37-39.

een clause die wijziging van de vennootschapsovereenkomst met een driekwartmeerderheid toestaat, om een clause af te schaffen die voor sommige onderwerpen unanimité vereist.<sup>40</sup>

Vanwaar de Duitse ommekeer? De *Bestimmtheitsgrundsatz* is uiteindelijk bezweken omdat hij zowel praktisch als dogmatisch niet voldeed. Praktisch ontwikkelde zich de praktijk van lange lijsten in de vennootschapsovereenkomsten, waarin minutieus zoveel mogelijk onderwerpen werden opgesomd waarover met meerderheid kon worden besloten. Bescherming van de minderheid werd daarmee niet bereikt. En als dan toevallig een onderwerp ontbrak, gaf de *Grundsatz* aanleiding tot geschillen.<sup>41</sup> Ook de dogmatische grondslag van het leerstuk werd uiteindelijk te licht bevonden. De *Theorie der antizipierten Zustimmung* eiste dat aan elk meerderheidsbesluit de eerdere toestemming ten grondslag lag van de overstemde vennoten; bij het aangaan van de vennootschapsovereenkomst worden concrete aanpassingen van die overeenkomst als het ware ingecalculéerd. Dit overtuigt niet: ze construeert een eenstemmig besluit dat er in werkelijkheid niet is en plaatst de wil van de vennoot ten tijde van het aangaan van de vennootschap boven de actuele wil ten tijde van de besluitvorming. Sowieso valt niet in te zien waarom de toestemming om *over een bepaald onderwerp* met meerderheid te besluiten, de toestemming in zou sluiten om een besluit te nemen *met een bepaalde inhoud*. Dat een vennoot ermee instemt besluiten te nemen over de winstverdeling, houdt niet in dat hij ermee instemt dat hem later de winst wordt ontnomen.<sup>42</sup>

Mij overtuigen vooral de praktische argumenten tégen de *Bestimmtheitsgrundsatz*. De eis dat een meerderheidsbeding voldoende specifiek de onderwerpen moet aanduiden, voert tot een praktijk van lange vennootschapsovereenkomsten die door de toetredend vennoten bij helder weer lichtvoetig worden gelezen of zelfs helemaal niet worden gelezen. Wie aan minderheidsbescherming wil doen, moet andere eisen stellen. Intussen volstaat het om de vennootschapsovereenkomst uit te leggen als elke andere overeenkomst. Daarbij kan betekenis toekomen aan het gezichtspunt dat hoe ingrijpender een beding is, hoe duidelijker het moet zijn. Maar alle omstandigheden – waaronder de woorden van de overeenkomst – spelen een rol. En de vennoot die instemt met de frase dat alle besluiten bij meerderheid worden genomen, moet zich bedenken dat dit zich tegen hem kan keren. De *Bestimmtheitsgrundsatz* moet dus naar wenselijk recht

worden verworpen. Naar geldend recht evenzo: uit het leerstuk van uitleg volgt hij niet.

## 6. Essentiedoctrine

Ten tweede is een beperking naar onderwerp denkbaar. De gedachte is dan dat besluitvorming bij meerderheid slechts kan worden afgesproken ten aanzien van niet-essentiële onderwerpen. Over de ‘kernpunten’ van hun samenwerking zouden de vennoten alleen unaniem kunnen besluiten. Als zodanig wordt meestal het wijzigen van de vennootschapsovereenkomst beschouwd, maar ook tot ontbinding, toetreding van een nieuwe vennoot en het verdelen van de winst zou slechts eenstemmig kunnen worden besloten. In de literatuur verdedigt een kleine minderheid van de schrijvers deze gedachte voor het huidige recht, in verschillende varianten.<sup>43</sup> Bij Duynstee lezen we dat ‘wanneer men in de vennootschapsakte het stemmen bij meerderheidsbesluit in eenigerlei vorm als regel aanvaardt, hiervan o.i. zijn uitgezonderd alle besluiten tot wijziging van de vennootschapsakte op essentiële punten (winst- en verliesverdeling, vennootschapsdoel etc.)’.<sup>44</sup> Wat het verdelen van de winst betreft springt art. 7A:1671 BW in het oog, volgens welke bepaling de vennoten niet kunnen overeenkomen de vaststelling van hun winstaandeel – dus niet: het vaststellen van de hoeveelheid winst<sup>45</sup> – over te laten aan ‘een hunner of aan eenen derde’. Volgens sommigen moet dit ‘een hunner’ ruim worden begrepen, zodat ook een meerderheid niet over de winst zou kunnen besluiten.<sup>46</sup>

Het Voorontwerp lijkt partij te kiezen voor de heersende leer. Uit art. 804 lid 2 noch de toelichting daarop blijkt van een beperking in voornoemde trant. Wat de winstverdeling betreft bepaalt art. 807 lid 2 dat deze bij besluit wordt vastgesteld. In principe is dat een eenstemmig besluit, zo staat in de toelichting, maar de vennootschapsovereenkomst kan voor meerderheidsbesluitvorming kiezen.<sup>47</sup> De eis is wel dat de vennoten ‘op enige wijze’ betrokken zijn; het Voorontwerp behoudt art. 7A:1671 BW voor zover het verbiedt dat derden de winstverdeling vaststellen (art. 807 lid 3). Ratio hiervoor is dat dit een ‘belangrijk onderdeel’ is van het bestuur van de vennootschap.<sup>48</sup> Enige twijfel kan er wel zijn ten aanzien van de jaarrekening en de omvang van de winst. Art. 806 lid 3 bepaalt dat de vennoten deze vaststellen; deze bevoegdheid kan niet aan derden worden toegekend. Anders dan art. 807 lid 2 is deze bepaling

40 BGH 16 oktober 2012, NZG 2013, 57, waarover kritisch BeckOK-HGB/Klimke 2019, § 119 HGB, Rn. 44.

41 Zie naast al aangehaalde literatuur C. Schäfer, ‘Vom Einstimmigkeitsprinzip zum treupflichtgetragenen Mehrheitsentscheid im Personengesellschaftsrecht’, ZGR 2013, p. 240.

42 Zie van de aangehaalde literatuur m.n. Heinrichs 2006, p. 79-83, die op p. 83 e.v. nog andere dan de hier besproken grondslagen noemt en verwerpt.

43 Slagter, aangehaald in Heyman 1988, p. 15 (‘wezenlijke punten’), Mohr/Meijers 2018/2.4.3 en 2.8 (‘winstverdeling’) en – naar wenselijk recht? – Klein Wassink 2019, p. 266 (‘belangrijke beslissingen’).

44 Duynstee 1942, p. 79.

45 Duynstee 1942, p. 46 en Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII 2017/69.

46 Duynstee 1942, p. 46 en Mohr/Meijers 2018/2.8. Zo ook de toelichting op het ontwerp-Van der Grinten: *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting. Vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1099.

47 MvT-Voorontwerp, p. 39.

48 MvT-Voorontwerp, p. 39.

van dwingend recht (art. 801). Kan dan worden afgeweken, in de zin dat vaststelling door de meerderheid van de vennoten plaatsvindt? Ik denk het wel. Volgens de toelichting namelijk is de strekking van de bepaling geen andere dan bij art. 807 lid 2, namelijk dat de vennoten 'op enige wijze' betrokken zijn.<sup>49</sup>

Dat het Voorontwerp art. 7A:1671 BW goeddeels uitkleedt, valt toe te juichen. In het algemeen wordt de bepaling toch al teleologisch gereduceerd, in de zin dat ze slechts verbiedt dat één vennoot over de winst besluit.<sup>50</sup> Een essentiedoctrine herintroduceren ligt niet voor de hand. Ze miskent de realiteit van de grote personenvennootschap, die welhaast gestructureerd is als een kapitaalvennootschap.<sup>51</sup> Ze miskent ook dat vennoten op andere wijze invloed kunnen uitoefenen dan door een veto.<sup>52</sup> Zij kunnen beraadslagen en stemmen – en dat volstaat. Daarbij is het geen doen uit te maken wat de essentie is, nog daargelaten dat die essentie zal afhangen van de aard van de vennootschap in kwestie.<sup>53</sup> Toegegeven, de wetgever zou in een lijstje kunnen voorzien – zoals ook Pitlo/Raaijmakers een opsomming van kernbesluiten geeft<sup>54</sup> – maar dat zou wat arbitrairs hebben en losstaan van het karakter van de vennootschap. Dat over het toetreden van een nieuwe vennoot *dwingendrechtelijk* unaniem zou moeten worden besloten, lijkt in een vennootschap met honderd vennoten ongehoord. Hoezo verandert per definitie het wezen van de vennootschappelijke samenwerking door de toetreding van een enkeling? Maar, belangrijker nog: meerderheidsbesluitvorming over essentiële onderwerpen doet geen afbreuk aan de gelijkwaardige, persoonlijke samenwerking tussen de vennoten, in ieder geval niet als ze hebben ingestemd met de mogelijkheid dat zulke besluiten kunnen worden genomen. Het unanimitieitsprincipe is het logische vertrekpunt, maar de contractsvrijheid – die het personenvennootschapsrecht zo typeert<sup>55</sup> – legitimeert afwijkingen van dit principe. Mijns inziens moet de essentiedoctrine worden verworpen.

## 7. Kernbereichlehre

Ten derde kunnen afwijkingen van het unanimitieitsprincipe worden begrensd door de eis te stellen dat elke vennoot een zeker minimum aan rechten moet behouden. Wordt een 'vennoot' van elke invloed gestript, dan is geen sprake van een samenwerken op voet van gelijkheid. Het meest essentiële kenmerk van een personenvennootschap – de *affectio societatis* – ontbreekt in zo'n geval, zodat de

onderlinge verhoudingen in andere zin moeten worden gekwalificeerd (bijvoorbeeld als arbeidsovereenkomst). De gelijkwaardigheid tussen de vennoten brengt mee dat zij gezamenlijk het beleid bepalen teneinde een bepaald vennootschappelijk doel te verwezenlijken. Daarom moeten alle vennoten – met uitzondering van de commandieten<sup>56</sup> – bij de besluitvorming zijn betrokken.<sup>57</sup> Een volmaakte dictatuur is niet als personenvennootschap te beschouwen, zoveel is duidelijk. En ook meerderheidsbesluitvorming komt met het samenwerkingskarakter van de personenvennootschap niet in strijd. De vennoten zijn gelijkwaardig in de zin dat wie nu tot de meerderheid behoort, zich een andere keer tot de minderheid moet rekenen. Uit de *affectio societatis* vloeit dus geen minderheidsbescherming voort; ze beschermt enkel de individuele vennoot.

Volstaat het dat een vennoot kan *deelnemen* aan de beraadslagingen, zonder te mogen stemmen? En kunnen aan een vennoot meer stemmen worden toegekend dan aan de andere vennoten tezamen? Besluitvorming als geheel aan derden uitbesteden kan niet, maar kunnen derden wel een minderheid of zelfs een meerderheid uitmaken tussen de vennoten? De literatuur en rechtspraak werken de *affectio societatis* niet zó concreet uit. Vaststaat dat enkele elementen van ongelijkheid niet afdoen aan de kwalificatie als personenvennootschap; het gaat om de onderlinge verhoudingen als geheel. Volstrekte gelijkheid is niet nodig.<sup>58</sup> Zo kan een vennoot de bevoegdheid toekomen om een ander uit de vennootschap te stoten, althans volgens de Hoge Raad, kennelijk zonder dat dit de *affectio societatis* doorklieft.<sup>59</sup> Aan de andere kant leggen de meeste schrijvers de nadruk juist op het element van gezamenlijke besluitvorming, het samen bepalen van het beleid en het delen van verantwoordelijkheid. Elke vennoot moet 'op enige wijze' bij de besluitvorming betrokken zijn, zo klinkt het,<sup>60</sup> een frase die is overgenomen door de belastingkamer van de Hoge Raad.<sup>61</sup> In het *Union II*-arrest ziet de Hoge Raad het gegeven dat de participanten van een beleggingsfonds in vergadering besluiten over de benoeming en het ontslag van een bestuurder als een van de omstandigheden die het fonds een maatschap maken.<sup>62</sup> En, zoals boven bleek, stelt ook de voorontwerper op som-

49 MvT-Voorontwerp, p. 36.

50 Zie m.n. Tervoort 2015/5.2.1.8 en Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/69, alsook de daar aangehaalde schrijvers.

51 Vgl. wat art. 7A:1671 BW betreft F.K. Buijn, 'Winstverdeling en de grote maatschap', *TVVS* 1991, p. 152-153.

52 Idem.

53 Vgl. in deze zin Heyman 1988, p. 15.

54 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 126.

55 Ook onder het Voorontwerp; zie MvT-Voorontwerp, p. 5.

56 Gezien art. 821 lid 5 jo. 804 lid 2 besluiten de commandieten mee, maar hiervan kan naar het lijkt worden afgeweken. Zie hierboven par. 2.1.

57 Tervoort 2015/2.4, Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/29 en 47a, en Mohr/Meijers 2018/2.4.1.

58 Assink/Slagter 2013, § 99, p. 1883-1884, Tervoort 2015/2.4, A.S.J.M. Tervoort, 'Grondslagen van geldend en toekomstig personenvennootschapsrecht', in: B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht* (Serie IvO deel 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015a/31.1 ('beginsel 3') en Mohr/Meijers 2018/2.4.1.

59 HR 13 juni 1969, *NJ* 1969/384, m.nt. Scholten (*Warnderink/Vinke*). Dit gaat m.i. wel erg ver; zo'n uitstootmogelijkheid kan alleen als overigens een volkomen *affectio societatis* aanwezig is.

60 Zie de literatuur aangehaald in noot 57.

61 HR 15 oktober 2004, *BNB* 2005/73, m.nt. Van Kesteren (*X/Staatssecretaris*), r.o. 3.5. Vgl. ook HR 8 maart 1989, *NJ* 1989/817, r.o. 4.4 (*maatschapsvisserij*) en HR 15 december 2006, *NJ* 2007/448 (*Van Houdts/BBO*), r.o. 3.3.

62 HR 10 januari 1968, *NJ* 1968/134, m.nt. Scholten (*Union II*).

mige plaatsen de eis dat de vennoten op enige wijze bij de besluitvorming zijn betrokken (par. 4.2.2).

De *affectio societatis* biedt weinig richting. Dat verbaast niet: ze is een grofmazig leerstuk dat beoogt de rechtsfiguur personenvennootschap af te bakenen van andere overeenkomsten, zoals de arbeid, huur en opdracht.<sup>63</sup> De bescherming van een individuele vennoot tegen de meerderheid of tegen zichzelf is een ander doel, een streven op zich. Daarbij is wel de vraag in hoeverre de contractsvrijheid van de vennoten moet wijken voor dwingende regels. Verdient een vennoot bescherming die er zelf voor gekozen heeft te delen in de aansprakelijkheid zonder dat hem – bijvoorbeeld – stemrecht toekomt? Interessant is de Duitse visie, waar men erkent dat de contractsvrijheid zijn grens vindt in het zogeheten *Kernbereich* van rechten dat elke vennoot heeft. Sommige rechten kunnen niet worden weggecontracteerd, om misbruik van macht en al te grote afhankelijkheid te voorkomen. Het ‘onontvreembare’ *Kernbereich* omvat elementaire rechten zonder welke de vennoot geen controle of invloed zou hebben in de vennootschap – en daarmee geen invloed op de beslissingen die leiden tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid.<sup>64</sup> Aldus kan geen afstand worden gedaan van het recht om de vergaderingen van de vennoten bij te wonen, daar vragen te stellen en evenmin van het recht om besluiten aan te tasten. Ook het recht op informatie en op uitreden staan vast. Besluiten die ertoe strekken het *Kernbereich* aan te tasten zijn nietig.<sup>65</sup>

Of ook het stemrecht dwingendrechtelijk aan elke vennoot moet toekomen, is omstrede. Meestal wordt het stemrecht aangemerkt als een recht waarvan wél afstand kan worden gedaan, zij het slechts ter zake van besluiten die de vennoot niet rechtstreeks raken in zijn vermogens- of vennootschapsrechtelijke positie. Zo lijkt het stemrecht alleen te kunnen worden uitgesloten als het gaat om een aanpassing van de vennootschapsovereenkomst die bestaande rechten – bijvoorbeeld het recht op winst – onaangetast laat.<sup>66</sup> Andere schrijvers hanteren in lijn met een recente uitspraak van het Bundesgerichtshof een ruimer, meer casuïstisch criterium, waarin het aankomt op een afweging tussen het belang van de vennootschap en het redelijke belang van de vennoot in kwestie. Al naar gelang de uitkomst van deze afweging kunnen besluiten in strijd komen met de zorgvuldigheid die vennoten jegens elkaar

en de vennootschap in acht moeten nemen.<sup>67</sup> Een kleine minderheid acht een uitsluiting van stemrecht ontoelaatbaar – de mogelijkheid van meerderheidsbesluitvorming voorziet reeds in de praktijkbehoefte van efficiënte, slagvaardige besluitvorming.<sup>68</sup>

De gedachte van een *Kernbereich* spreekt aan. De Duitse rechtspraak en literatuur laat wel zien dat het moeilijk is om de omvang daarvan met precisie vast te leggen. Een heel duidelijk criterium is in de Duitse doctrine niet aan te treffen; de grenzen van het *Kernbereich* kunnen dogmatisch nauwelijks worden onderbouwd.<sup>69</sup> Weinig twijfelt dat deelnemen aan de vergadering een vennoot niet kan worden ontzegd, net zomin als het recht om besluiten aan te tasten. Het uitsluiten van stemrecht ligt moeilijker. In afwijking van de Duitse meerderheidsopinie zou ik menen dat dit in het algemeen te ver gaat en te zeer indruist tegen de gelijkwaardige samenwerking die tussen de vennoten hoort te bestaan. Er kunnen verschillen zijn tussen de vennoten, maar de gezamenlijke verantwoordelijkheid en dus besluitvorming maakt de kern uit van de vennootschappelijke samenwerking. Een vennoot kan ontheven zijn van het dagelijkse besturen doordat een ander tot besturend vennoot is aangewezen, maar het strategisch beleidsbepalen op de essentieelste punten kan aan hem niet worden onttrokken. Dat de ‘samenwerkingsgedachte’ overeind zou blijven als een vennoot van de beleidsbepaling wordt uitgesloten maar wel arbeid of goederen inbrengt, zoals Van Mourik betoogt, kan niet overtuigen.<sup>70</sup> Het beleidsbepalen laat zich niet – zoals Van Mourik doet – reduceren tot zomaar een middel tot een doel, maar het is een onlosmakelijk onderdeel van dat doel. Hoe anders moet het samenwerken op voet van gelijkwaardigheid conceptueel tot uiting komen dan door het gezamenlijke bepalen van het beleid en het gezamenlijk nemen van de belangrijkste besluiten?

Dat er dan minder mogelijk is dan in het BV-recht, strookt ermee dat de vennoten persoonlijke aansprakelijkheid dragen, gezien de redelijkheid en billijkheid *verplicht* hun verantwoordelijkheid te nemen voor vennootschapsaangelegenheden<sup>71</sup> en dat de vennootschap niet als institutie wordt gezien. De vennoten zijn de vennootschap. Een beperking tot vergaderrecht volstaat dus niet. Wel acht ik denkbaar dat een vennoot per concreet besluit afstand kan doen van zijn stemrecht of bijvoorbeeld een stemovereenkomst kan sluiten, maar dan kan hij daarvan de gevolgen overzien. Een stemrechtloze vennoot is niet mogelijk, net zomin als het toekennen van meervoudig stemrecht,

63 Zie Huizink 2017/7, Asser/Maeijer & Van Offfen 7-VII 2017/29 en Mohr/Meijers 2018/2.4.1.

64 Heinrichs 2006, p. 156 en MüKoHGB/Enzinger 2016, § 119 HGB, Rn. 68.

65 MüKoHGB/Enzinger 2016, § 119 HGB, Rn. 68, MüKoBGB/Schäfer 2017, § 709 BGB, Rn. 93, BeckOK-HGB/Klimke 2019, § 119 HGB, Rn. 49 en BeckOK-BGB/Schöne 2019, § 709 BGB, Rn. 42.

66 Zie MüKoHGB/Enzinger 2016, § 119 HGB, Rn. 68 en BeckOK-HGB/Klimke 2019, § 119 HGB, Rn. 50, onder verwijzing naar BGH 14 mei 1956, NJW 1956, 1198.

67 BeckOK-BGB/Schöne 2019, § 709 BGB, Rn. 40, die onder verwijzing naar BGH 21 oktober 2014, NJW 2015, 859 zelfs de *Kernbereichlehre* verlaten acht. Hiertegen BeckOK-HGB/Klimke 2019, § 119 HGB, Rn. 47.

68 Zie onder enkelen H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht. Band I. Grundlagen*, München: Beck 1980, p. 368.

69 Zie Heinrichs 2006, p. 154.

70 M.J.A. van Mourik, *De personenvennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 8.

71 Asser/Maeijer & Van Offfen 7-VII 2017/46-47.



instructierechten of besluitvorming geheel of overwegend door derden. Hierbij zij aangetekend dat besluitvorming toch al kan worden beperkt tot enkele kernaangelegenheden,<sup>72</sup> dat het bestuur in handen van een of enkele bestuurend vennoten kan worden gelegd en dat bij meerderheid kan worden besloten.

## 8. Conclusie

Ook in de personenvennootschap heeft het besluit zijn plaats. Het nieuw voorgestelde art. 804 lid 2 BW bevestigt wat we al wisten. De vennoten besluiten allen tezamen. Maar de vennootschapsovereenkomst kan kiezen voor meerderheidsbesluitvorming. Dwingende eisen zijn hieraan niet te stellen, met één uitzondering: aan elke vennoot – die geen commandiet is – moet het stemrecht toekomen. Het verdient aanbeveling dit in de wet op te nemen.

---

<sup>72</sup> Zie par. 2.1 hierboven.