

Met Duitse en Belgische ogen kijken naar ons (personen)vennootschapsrecht

Ondernemingsrecht 2021/92

In Duitsland is begin dit jaar een wetsvoorstel tot modernisering van het personenvennootschapsrecht ingediend. OHG en KG worden opengesteld voor beroepsbeoefening, en er wordt een optionele regeling voor besluitvormingsgebreken ingevoerd, met erga omnes-werking en mogelijkheid van arbitrage. Verder wordt bij GbR, OHG en KG de al bestaande vennotenactie (*actio pro socio*) gecodificeerd. Deze maakt mogelijk dat een vennoot op eigen naam maar bindend voor de vennootschap rechtsvorderingen instelt, wanneer beherend vennoten geconflieerd zijn.

In België zijn de vennoten van een maatschap sinds 2018 hoofdelijk voor de maatschapsschulden verbonden. Volgens het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (2019) is de maatschap geen rechtspersoon, maar heeft zij wel een afgescheiden vermogen; sinds 1 september 2021 geldt het maatschapsvermogen tevens als 'boedelgemeenschap' (nieuw art. 3.68 lid 2 BW). De maatschap waarvan de vennoten zijn overeengekomen dat zij rechtspersoonlijkheid zal genieten, is een VOF of commanditaire vennootschap (CommV); hiervoor gelden enkele formele vereisten. Voor alle activiteiten die men in vennootschapsverband kan uitoefenen, kan men vrijelijk kiezen tussen maatschap, VOF en CommV. Alle drie worden in het handelsregister ingeschreven. Het WVV bevat regels over besluitvormingsgebreken (met erga omnes-werking en mogelijkheid van arbitrage) die voor VOF en CommV evenzeer gelden als voor kapitaalvennootschappen.

Het Belgische voorbeeld waarin men ongeacht het type activiteit vrijelijk tussen maatschap (afgescheiden vermogen) en VOF/CV (rechtssubject) kan kiezen, lijkt ook voor Nederland de beste weg vooruit. Daarnaast biedt een op het Duitse wetsvoorstel geïnspireerde variant op art. 2:14-16 BW voordelen. Een helder wettelijk kader voor besluitvormingsgebreken geeft houvast en ecarteert rechtsonzekerheid. De regeling hoeft niet (dwingend) opgelegd te worden. Verder kunnen wij de mooi uitgewerkte Duitse vennotenactie overnemen. Dat verbetert en verduidelijkt de mogelijkheden om voor de vennootschap op te treden, wanneer geconflieerde vennoten dwars liggen.

1. Inleiding

Psychologisch onderzoek uit 2016 wijst uit dat, als er naar ons gekeken wordt, we sneller zijn afgeleid, we ons meer bewust zijn van onszelf en ons geheugen beter wordt. Bovendien worden we vrijgeviger, opgeruimder en eerlijker.² Deze bevindingen sluiten mooi aan bij de ideeën van Amartya Sen over rechtvaardigheid. Om binnen een groep (zoals een jurisdictie) tot rechtvaardige regels te komen is het van belang dat de deelnemers aan de groep hun gezichtspunten in de discussie kunnen inbrengen ('membership entitlements'), maar evenzeer om ideeën van buiten in de overwegingen te betrekken, want dat kan de in de groep levende opvattingen op een hoger plan brengen ('enlightment relevance').³ Sen verwijst daarbij naar het oude idee van Adam Smith over het belang van de 'impartial spectator'. 'In solitude', schreef Smith, 'we are apt to feel too strongly whatever relates to ourselves ... The conversation of a friend brings us to a better, that of a stranger to a still better temper.' Daarom is het goed, aldus Smith, dat we onze gevoelens en beweegredenen van een afstandje proberen te bezien. 'But we can do this in no other way than by endeavouring to view them with the eyes of other people, or as other people are likely to view them.'⁴

Met deze bril op wil ik bekijken wat het recente Duitse wetsontwerp over het personenvennootschapsrecht te zeggen heeft over de vraag hoe we dit rechtsgebied in ons eigen land verder kunnen ontwikkelen. De *Werdegang* van het Duitse personenvennootschapsrecht tot 2017 kwam al uitgebreid aan bod in mijn proefschrift.⁵ Naast het recente Duitse wetsontwerp ga ik hierna in op belangrijke stappen die België de afgelopen jaren heeft gezet. Eerst geef ik van de ontwikkelingen in de buurlanden een algemene schets (par. 2 en 3). Daarna ga ik wat dieper in op een drietal specifieke onderwerpen: het onderscheid tussen maatschap en VOF (par. 4), besluitvormingsgebreken (par. 5) en de vennotenactie (*actio pro socio*) (par. 6), om te bezien wat wij op deze punten van de burens kunnen leren.

Een beetje 'enlightment value' kunnen we wel gebruiken, nu het met de modernisering van ons personenvennootschapsrecht (de beoogde titel 7.13 BW) maar niet wil vlot-

¹ Christiaan Stokkermans is oud-notaris te Amsterdam.

² Laurence Conty, Nathalie George & Jari K. Hietanen, 'Watching Eyes Effect: when others meet the self', *Consciousness and cognition* 45 (2016) 184-197.
³ Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Penguin Books 2010 (first published by Allen Lane in 2009), met name hoofdstuk 6 (Closed and Open Impartiality).
⁴ Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (first published in 1759), III.3.38 en III.1.2.
⁵ Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht* (IVOR nr. 102), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Ook het Franse en Engelse personenvennootschapsrecht wordt in dit proefschrift uitgebreid besproken.

ten. Sinds het voorontwerp waarover in 2019 een consultatieronde heeft plaatsgevonden,⁶ is van het Ministerie van Justitie en Veiligheid niets meer vernomen.

2. Het Duitse ontwerp-MoPeG in vogelvlucht

In Duitsland werd de noodzaak tot modernisering van het personenvennootschapsrecht op de agenda gezet tijdens de Duitse Juristendag 2016 in Essen. Vijf jaar later, op 20 januari 2021, kwam het Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) met een wetsontwerp: het Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – dit wordt het regeringsontwerp (RegE) genoemd.⁷ Commentaar dat is ontvangen op een ter consultatie openbaar gemaakt voorontwerp, het Referentenentwurf (RefE) van 18 november 2020, is daarin verwerkt. Dat consultatiedocument was op zijn beurt gebaseerd op het voorstel van een door het BMJV ingestelde expertcommissie – het Mauracher Entwurf van 20 april 2020.⁸ Schloss Maurach is het schilderachtig gelegen kasteeltje aan de Bodensee waar deze commissie haar afsluitende conferentie hield. Dit decor en de voortvarendheid die de Duitsers aan de dag hebben gelegd, getuigen van een *work hard, play hard*-aanpak. Men mikt op inwerkingtreding van de nieuwe regels op 1 januari 2023.

De Duitse pendanten van onze maatschap, vennootschap onder firma (VOF) en commanditaire vennootschap (CV) zijn, respectievelijk, de Gesellschaft bürgerliches Rechts (GbR), de offene Handelsgesellschaft (OHG) en de Kommanditgesellschaft (KG). Met het MoPeG wordt de Duitse personenvennootschapswetgeving integraal herschreven. Een groot deel gaat over redactionele en praktische modernisering, en over codificatie van jurisprudentiële regels. De belangrijkste inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van het geldende recht zijn beperkt. De *highlights* van het voorstel vat ik als volgt samen.

2.1 Modernisering Bürgerliches Gesetzbuch

In titel 16 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), waar de GbR is geregeld, wordt voortaan de rechtsbevoegde GbR tot uitgangspunt genomen. In het RegE wordt de uitgebreide regeling daarvan (§§ 706-739) voorafgegaan door een algemene bepaling (§ 705) en gevolgd door enkele artikelen over de niet-rechtsbevoegde GbR (§§ 740-740c). De rechtsbevoegde GbR is voortaan zelfstandig drager van rechten en verplichtingen (§ 705 lid 2; § 713). Er wordt niet langer gesproken van een 'Gesamthand' (dit is een type collectiviteit van deelgenoten in het Duitse recht, zo-

als de gemeenschap van erfgenamen). De rechtsbevoegdheid begint tegenover derden door onderlinge toestemming van alle vennoten tot deelname aan het rechtsverkeer, maar uiterlijk door inschrijving van de vennootschap in het vennootschapsregister (§ 719). De niet-rechtsbevoegde GbR, die louter is bedoeld om onderlinge verhoudingen tussen vennoten te regelen, heeft geen vermogen (§ 740).

Het vennootschapsregister (§§ 707-707d) is iets nieuws; het komt formeel naast het handelsregister te staan. De GbR hoeft van oudsher niet in het handelsregister te worden ingeschreven, want zij is geen handelsvennootschap. Inschrijving van een GbR in het vennootschapsregister is vrijwillig. De rechtsbevoegdheid van de GbR is er niet van afhankelijk. Er is geen mogelijkheid de GbR zonder meer uit het register te laten verwijderen. Een ingeschreven (*eingetragen*) GbR moet zich als 'eGbR' aanduiden (§ 707a lid 2). Er is zoals gezegd geen inschrijfplicht, maar voorafgaande inschrijving in het vennootschapsregister wordt wel een vereiste om de GbR in bepaalde andere registers te kunnen inschrijven, met name in het kadaster, als recht-hebbende op onroerende goederen.

In aanvulling op het nieuwe vennootschapsregister wordt een 'statuswissel' mogelijk (§ 707c). De GbR kan zich laten overschrijven van het vennootschapsregister naar het handelsregister en daarmee de hoedanigheid van personenhandelsvennootschap (OHG, KG) aannemen, en omgekeerd, mits aan de materiële vereisten van de doelrechtsvorm wordt voldaan. Maken de vennoten in het kader van de statuswissel geen andere afspraken, dan blijven hun onderlinge afspraken ongewijzigd. De statuswissel gebeurt buiten het Umwandlungsgesetz (UmwG) om.

2.2 Modernisering Handelsgesetzbuch

Het gedeelte van het Handelsgesetzbuch (HGB) waar de personenhandelsvennootschappen zijn geregeld, wordt eveneens aangepast, maar de hoofdingeling blijft ongewijzigd. Ook het handelsrechtelijke basisbegrip 'koopman' (de GbR is geen koopman; OHG en KG zijn dat wel) blijft behouden.⁹

Vernieuwend is de openstelling van OHG (§§ 105-160) en KG (§§ 161-177a)¹⁰ voor vrije beroepen, mits de beroepsregels het toelaten (§ 107 nieuw).¹¹ Dat bepaalde beroepen momenteel zijn uitgesloten van bijvoorbeeld de GmbH & Co. KG wordt veelal als ongerechtvaardigd gezien. De ver-gaande aansprakelijkheidsbeperking die deze rechtsvorm biedt, kan worden gecompenseerd met een verplichte ver-

⁶ Zie over dit Voorontwerp 2019 het themanummer *Ondernemingsrecht* 2019-12 met achterin (*Ondernemingsrecht* 2019/120) de tekst van het voorontwerp.

⁷ Het RegE bestaat uit een inleiding (p. 1-4), de tekst van de voorgestelde wetswijzigingen (p. 5-110) en een toelichting (Begründung) met een algemeen deel (p. 111-138) en een artikelsgewijs deel (p. 139-355).

⁸ De genoemde stukken en meer zijn te vinden op www.bmjv.de (zoekterm: 'MoPeG').

⁹ Brief van Bundeskanzlerin Merkel aan de Bundesrat d.d. 22 januari 2021, p. 2-3; Begründung RegE, p. 117.

¹⁰ Er is ook een regeling van de stille Gesellschaft (§ 230-236 HGB); die blijft in het wetsontwerp vrijwel ongewijzigd en blijft hier verder buiten beschouwing.

¹¹ Door de verwijzing in § 161 lid 2 HGB geldt § 107 HGB ook voor de KG.

zekering voor beroepsaansprakelijkheid.¹² Sommige beroepen zijn in Duitsland op bondsniveau geregeld (waaronder advocaten, notarissen, belastingadviseurs en accountants), andere op landsniveau (waaronder zorgberoepen, architecten en ingenieurs). Voor een deel van de eerste groep (in elk geval accountants en belastingadviseurs) heeft het Bundesgerichtshof (BGH) onder bepaalde voorwaarden al toegelaten dat deze in een personenhandelsvennootschap worden uitgeoefend.¹³ Daarentegen heeft het BGH een advocatenvennootschap in de vorm van een GmbH & Co. KG niet-toelaatbaar verklaard, aangezien het wezen van een KG aan het bedrijf van een Handelsgewerbe is gebonden en daarvan bij een advocatenvennootschap geen sprake is.¹⁴

De in het BGB te regelen statuswissel krijgt een pendant in het HGB (§§ 106 en 107 nieuw). Dit is bijvoorbeeld van belang voor een OHG met Kleingewerbe (ondernemingsactiviteiten die geen volwaardige onderneming vormen) of vermogensbeheeractiviteiten. Al sinds jaren zijn personenvennootschappen met dergelijke activiteiten bevoegd maar niet verplicht de status van OHG of KG aan te nemen (zoals gezegd wordt deze faciliteit uitgebreid naar beroepsactiviteiten). Via een statuswissel, dus overschrijving naar het nieuwe vennootschapsregister, kan een dergelijke OHG (of KG) voortaan als GbR door het leven, als zij af wil van de door inschrijving in het handelsregister verkregen 'koopman'-status.

Voor OHG en KG worden voorts nieuwe regels voor vennoten-besluiten en de mogelijkheid tot nietigverklaring en vernietiging daarvan ingevoerd (§ 110 e.v. nieuw). Gebreken in besluiten bij een personenvennootschap brengen momenteel in beginsel nietigheid mee. Een bijzondere procedure voor het geldend maken van besluitvormingsgebreken is nu niet in de wet geregeld. Het nieuwe systeem sluit aan bij de regels uit het AG-recht. Deze bepalingen zijn van regelend recht (§ 108 nieuw). De vennoten van een OHG of KG kunnen er dus van afzien (*opt-out*). Gezien de inrichtingsvrijheid bij de GbR op het vlak van de interne verhoudingen (§ 708 BGB nieuw) kunnen deze HGB-regels over besluitvormingsgebreken contractueel ook bij de GbR worden aanvaard (*opt-in*).¹⁵

Een andere modernisering van het HGB betreft de Einheits-GmbH & Co. KG. Dit betreft de opmerkelijke figuur waarbij een KG enig aandeelhouder is van de GmbH die haar eigen beherend vennoot is. De nieuwe § 170 lid 2 HGB zorgt voor duidelijkheid bij de uitoefening van aandeelhoudersrechten in die GmbH. De aandeelhouders-

rechten in de GmbH worden in een dergelijk geval door de commanditaire vennoten uitgeoefend.

2.3 Verdere veranderingen

Naast wijziging van het BGB en HGB voorziet het wetsvoorstel in een aanpassing van 132 verschillende andere wetten en regelingen. In veruit de meeste gevallen gaat het om technische wijzigingen.

Een wijziging van het Umwandlungsgesetz (UmwG) springt eruit. In deze wet zijn vormen van structuurwijziging geregeld, waaronder omzetting, juridische fusie en juridische splitsing. In het UmwG is al een vrije mogelijkheid tot omzetting, fusie en splitsing geregeld tussen kapitaalvennootschappen (waaronder AG en GmbH) en personenhandelsvennootschappen (OHG, KG). Momenteel is de mogelijkheid van structuurwijziging tussen kapitaalvennootschap en GbR ertoe beperkt dat een kapitaalvennootschap zich kan omzetten in een GbR (§ 191 lid 2 UmwG). Voorgesteld wordt dat de kapitaalvennootschap voortaan nog slechts in een *ingeschreven* GbR kan worden omgezet. Daarnaast wordt het mogelijk een ingeschreven GbR om te zetten in een kapitaalvennootschap en kan een ingeschreven GbR voortaan op dezelfde voet aan een fusie of splitsing deelnemen als een AG, GmbH, OHG en KG.¹⁶

Ten slotte noem ik de kadasterwetgeving. Zoals vermeld voorziet het wetsvoorstel erin dat een GbR zich voortaan in het nieuwe vennootschapsregister moet laten inschrijven, alvorens zij als eigenaar van onroerend goed in het kadaster kan worden ingeschreven.¹⁷ In 2008 erkende het BGH de zelfstandige 'Grundbuchfähigkeit' van de Außen-GbR: deze kon onder haar eigen naam als eigenaar van onroerend goed in het kadaster worden ingeschreven, zonder dat de namen van de vennoten erbij vermeld hoefden te worden. Snel nadien is een wettelijke verplichting ingevoerd om bij de inschrijving van een GbR in het kadaster tevens op te geven wie de vennoten zijn.¹⁸ Voor die verplichte inschrijving van de vennoten in het kadaster komt nu in de plaats dat de GbR eerst in het vennootschapsregister moet worden ingeschreven. GbR's die met hun vennoten al in het kadaster staan ingeschreven moeten alsnog in het vennootschapsregister worden ingeschreven.

12 Brief van Bundeskanzlerin Merkel aan de Bundesrat d.d. 22 januari 2021, p. 1-3.

13 BGH 18 juli 2011 – AnwZ (BrFG), 18/10 – Rn 17; BGH 15 juli 2014 – II ZB 2/13 – Rn 18 = BGHZ 202, 92-102.

14 BGH 18 juli 2011 – AnwZ (BrFG) 18/10.

15 Brief van Bundeskanzlerin Merkel aan de Bundesrat d.d. 22 januari 2021, p. 2-3; Begründung RegE, p. 124.

16 Over omzetting GbR in kapitaalvennootschap: § 191 lid 1 UmwG nieuw. Over fusie: § 3 lid 1 nr. 1 UmwG nieuw; door de verwijzing in § 124 UmwG geldt dit ook voor splitsing.

17 Wijziging van § 47 lid 2 Grundbuchordnung (GBO).

18 BGH 4 december 2008, BGHZ 179, 102; in 2009 gevolgd door invoering § 47 lid 2 GBO (inschrijfplicht) en § 899a BGB (degenen die als vennoot zijn ingeschreven worden vermoed de vennoten te zijn). Zie ook Begründung RegE, p. 113 en p. 241/242.

3. Ondertussen in België

3.1 Recente wetswijzigingen

In België heeft men kort geleden het hele vennootschapsrecht ingrijpend gemoderniseerd. In 2018 waren er al belangrijke wijzigingen met de invoering van Boek XX Wetboek van economisch recht (i.w.tr. 1 november 2018). De regeling maakte het insolventierecht van toepassing op de maatschap en onderwierp de zaakvoerders van maatschappen aan bepaalde bestuurdersaansprakelijkheden. De Wet Hervorming Ondernemingsrecht voerde in 2018 voor de maatschap een verplichting in tot inschrijving in de Kruispuntbank voor ondernemingen (KBO)¹⁹ en een boekhoudplicht. Deze wet breidde tevens de hoofdelijkheid uit tot alle maatschappen en regelde de procesbevoegdheid van de maatschap.

De Wet Hervorming Ondernemingsrecht schafte verder de 'koopman' of 'handelaar' af en introduceerde een nieuw formeel begrip 'onderneming'. Als 'onderneming' wordt aangemerkt, kort gezegd, elke natuurlijke persoon die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent, elke privaatrechtelijke rechtspersoon en elke vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Hierdoor is iedere Ondernemingsrechtbank²⁰ bevoegd in procedures tegen een maatschap, kan bewijs tegen een maatschap worden geleverd met het vrije ondernemingsbewijsrecht en geldt de bijzondere bewijswaarde van de factuur ook voor een door de maatschap aanvaarde factuur.²¹

Op 1 mei 2019 trad het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) in werking.²² Het gehele vennootschapsrecht is daarin op een gestructureerde wijze bijeengebracht. Het nieuwe wetboek bevat ook veel nieuwigheden. Voor de personenvennootschappen is van belang dat de 'tijdelijke handelsvennootschap' en de 'stille vennootschap' zijn opgegaan in de maatschap.

Maatschap, vennootschap onder firma (VOF) en commanditaire vennootschap (CommV)²³ worden geregeld in Boek 4 WVV. De maatschap is geen rechtspersoon, VOF en CommV zijn dit wel (art. 1:5).²⁴ Dit laatste wordt al sinds de 19e eeuw in de rechtspraak aanvaard.²⁵

3.2 De maatschap

De maatschap wordt in het WVV omschreven als een overeenkomst waarbij twee of meer personen zich verbinden om hun inbrengen in gemeenschap te brengen, met het oogmerk het rechtstreekse of onrechtstreekse vermogensvoordeel dat daaruit kan ontstaan, met elkaar te delen.²⁶ Zij wordt in het gemeenschappelijk belang van de partij aangegaan. De maatschap is 'stil' wanneer overeen gekomen wordt dat zij bestuurd wordt door een of meer zaakvoerders, al dan niet vennoten, handelend op eigen naam. Tenzij anders overeengekomen, wordt zij aangegaan met inachtneming van de persoon van de vennoten (art. 4:1). De aandelen van de vennoten (in de winsten en verliezen alsook in het vennootschapsvermogen) kunnen niet worden overgedragen, tenzij anders overeengekomen (art. 4:6). De maatschap wordt bestuurd door een of meer zaakvoerders, al dan niet vennoten (art. 4:8). De maatschap heeft een afgescheiden vermogen (art. 4:13, 4:14 en 4:15).²⁷ Het maatschapsvermogen wordt in de (hendaagse) Belgische doctrine ook als 'boedelgemeenschap' aangeduid, een rechtsfiguur die bij de recente hercodificatie van het Belgische burgerlijk recht een wettelijke verankering heeft gevonden in het nieuwe art. 3.68 lid 2 BW (mede-eigendom die betrekking heeft op een juridisch geheel van goederen, waarbij de rechten van de mede-eigenaars enkel dat geheel tot voorwerp hebben en niet de afzonderlijke goederen).²⁸

De schuldeisers wier vorderingen voortvloeien uit de activiteit van de vennootschap kunnen verhaal uitoefenen op het volledige vennootschapsvermogen. De vennoten zijn ten aanzien van deze schuldeisers persoonlijk en hoofdelijk gehouden met hun eigen vermogen. Echter, indien het een stille vennootschap betreft, hebben derden enkel verhaal op de vennoot of zaakvoerder die met hen in persoonlijke naam heeft gehandeld; derden hebben geen rechtstreekse vordering tegen de overige vennoten (art. 4:14).²⁹ De vermogensscheiding heeft dan nog vooral relevantie voor de maatschapperelateerde vorderingen van vennoten (zoals regresrechten).

19 De KBO is de Belgische pendant van het Nederlandse handelsregister.

20 Voorheen: Rechtbank van Koophandel.

21 Art. 8.11 § 4 BW; voorheen art. 25 WvK.

22 Voor fraaie overzichten van de belangrijkste wijzigingen die het WVV voor het Belgische vennootschapsrecht als geheel heeft gebracht: Diederik Bruloot e.a., 'Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: overzicht en enkele punten', *Notarieel en Fiscaal Maandblad* (België) 2019/7, p. 221-238; en K. Maresceau en C. van der Elst, 'Het Belgische Wetboek van vennootschappen en verenigingen; een verkenning', *TvOB* 2020-2, p. 37-60.

23 De afkorting 'CV' staat in België voor 'coöperatieve vennootschap'.

24 Voor VOF en CommV gelden voorts de algemene bepalingen voor rechtspersonen uit Boek 2 WVV (aldus art. 4:23 WVV).

25 D. van Gerven, *Handboek Vennootschappen, algemeen deel*, Brussel: Larcier 2020, nr. 9.

26 Er geldt geen beperking tot beroepsactiviteiten; voor de maatschap gold al vóór de wetswijziging van 1 november 2018 dat deze een 'burgerlijk of handelsdoel' kon hebben. Art. 46 van het toenmalige Wetboek van vennootschappen.

27 Over dit afgescheiden vermogen: Van Gerven 2020, nr. 99-101 (en over optreden in rechte: nr. 167-171). Zie ook: Herman Braeckmans & Robby Houben, *Handboek vennootschapsrecht* (2e uitgave), Antwerpen: Intersentia 2020, nr. 81 en 82.

28 Deze bepaling is onderdeel van het nieuwe Boek 3 BW (Wet van 4 februari 2020, *Belgisch Staatsblad* 17 maart 2020), dat op 1 september 2021 in werking treedt. Over het nieuwe art. 3:68 lid 2 BW (beknopt): V. Sagaert, 'Hervorming van het goederenrecht', *TPR* 2020 (389), p. 527, nr. 180. Het maatschapsvermogen lijkt hierdoor meer op de Duitse Gesamthand dan op een Nederlands afgescheiden vermogen; vgl. par. 4.1 hierna.

29 Volgens mij volgt deze laatste regel niet zozeer uit het gegeven dat de vennootschap 'stil' is, als wel uit het feit dat niet namens de maatschap is gehandeld.

Voor de oprichting van een maatschap gelden geen vormvoorschriften. Een maatschap moet wel steeds worden ingeschreven in de KBO.³⁰

3.3 VOF en CommV

De maatschap waarvan de vennoten zijn overeengekomen dat zij rechtspersoonlijkheid zal genieten, neemt de vorm aan van een VOF of een CommV.³¹ Zij is VOF, indien alle vennoten onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de vennootschap. Zij is CommV, wanneer zij wordt aangegaan door een of meer vennoten met onbeperkte en hoofdelijke aansprakelijkheid voor de vennootschapsschulden, en een of meer vennoten die zich beperken tot inbreng in geld of in natura en die niet deelnemen aan het beheer. In VOF en CommV vormen de zaakvoerders het bestuursorgaan (art. 4:22). Voor commanditaire vennoten geldt een bestuursverbod; overtreding wordt gesanctioneerd met aansprakelijkheid voor alle verbintenissen waaraan de commanditaire vennoot in overtreding van het bestuursverbod heeft meegewerkt (art. 4:25). Vennoten in een VOF of CommV kunnen niet persoonlijk worden veroordeeld op grond van verbintenissen van de vennootschap zolang die niet zelf is veroordeeld (art. 4:26).

VOF en CommV worden bij authentieke of onderhandse akte opgericht (art. 2:5).³² Zoals elke rechtspersoon moeten zij een naam en een zetel hebben (art. 2:3 en 2:4). De rechtspersoonlijkheid wordt verkregen met ingang van de dag van nederlegging van een afschrift van de oprichtingsakte bij de griffie van de Ondernemingsrechtbank van de zetel van de rechtspersoon (art. 2:6 en 2:8). Daarnaast wordt de rechtspersoon ingeschreven in het rechtspersonenregister, onderdeel van het KBO (art. 2:7 § 1).³³

4. Het onderscheid tussen maatschap en VOF

Tot zover de algemene introductie op de recente ontwikkelingen in het Duitse en Belgische personenvennootschapsrecht. Nu kom ik toe aan enkele bijzondere thema's. Om te beginnen stel ik het onderscheid tussen maatschap en VOF aan de orde. Eerst ga ik wat dieper in op de situatie in Duitsland en België om een idee te krijgen van de blik waarmee dit onderwerp daar wordt beschouwd, vervolgens komt de 'enlightment relevance' voor Nederland aan bod.

4.1 Duitsland en België als 'independent spectators' (onderscheid maatschap/VOF)

Opvallend in Duitsland is dat men vasthoudt aan het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht. De GbR is en blijft een civiele vennootschap. OHG en KG zijn en blijven handelsvennootschap. De verschillen tussen handelsrecht en burgerlijk recht zijn klein geworden, maar het onderscheid is diep in de opbouw van het Duitse recht verankerd. De organisatie van de rechterlijke macht is eveneens op het onderscheid gegrondvest. Om niet teveel overhoop te halen, houdt men in Duitsland aan het onderscheid vast, al brokkelt het met de nieuwe beroeps-handelsvennootschap verder af. Ook binnen de GbR is er continuïteit. De Innen-GbR – de niet extern handelende vennootschap waarvan men al aannam dat die geen Gesamthand-vermogen kende – leeft voort onder de aanduiding 'niet-rechtsbevoegde GbR'. Bij de außen-GbR is er ook niet veel nieuws onder de zon. Deze ontwikkelde zich in de jurisprudentie al van Gesamthand naar rechtsbevoegde entiteit.³⁴ Conceptueel was dit vernieuwend, maar inhoudelijk was het geen grote stap. De rechtsgevolgen van een Duitse Gesamthand liggen namelijk zeer dicht tegen rechtspersoonlijkheid aan; dichter dan het Nederlandse afgescheiden vermogen. In het geval van een Gesamthand hoeven bij een deelgenotenwissel namelijk geen aandelen in de bestanddelen van het vermogen te worden geleverd;³⁵ in het geval van een Nederlands maatschapsvermogen moet dat juist wel.³⁶

Het Duitse wetsvoorstel maakt een einde aan de opvatting dat bij de rechtsbevoegde GbR naast rechtsbevoegdheid tegelijkertijd sprake is van een gemeenschap, maar materieel maakt dit geen groot verschil. De in 2001 al erkende rechtsbevoegdheid van de Außen-GbR bracht bijvoorbeeld al mee dat de vennotenaansprakelijkheid als een wettelijke aansprakelijkheid werd opgevat.³⁷ In rechtstheoretische zin kan men voortaan stellen dat de rechtsbevoegde GbR (en OHG en KG) rechtspersoon is, maar in de terminologie van de Duitse wetgeving is dit onjuist. De belangrijkste inhoudelijke vernieuwing rond de GbR die in Duitsland wordt voorgesteld is de mogelijkheid om een GbR te laten inschrijven in het nieuwe vennootschapsregister.

In België heeft het recht zich anders ontwikkeld. Daar heeft de maatschap zich ontwikkeld tot de vennootschap waaraan de vennoten geen rechtspersoonlijkheid hebben willen geven, maar die wel een afgescheiden vermogen kent. VOF en CommV zijn rechtspersonen. Het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht is in 2018 opgeheven; voor alle activiteiten die men in vennootschapsverband kan uitoefenen, kan men vrijelijk kiezen

30 Art. III.49 § 1 jo. art. I.1 WER.

31 Er geldt geen beperking tot handelsactiviteiten. Voor de VOF gold al vóór 1 november 2018 dat daarin 'een burgerlijke activiteit of een handelsactiviteit' mocht worden uitgeoefend. Art. 201 van het toenmalige Wetboek van vennootschappen.

32 Alleen de notaris kan authentieke akten opmaken: art. 1317 Burgerlijk Wetboek (België).

33 Zie ook art. III.16 WER. VOF en CommV worden tevens als onderneming ingeschreven in de KBO; art. III.49 § 1 jo. art. I.1 WER.

34 BGH 29 januari 2001, BGHZ 146, 341 (*ARGE Weißes Ross*).

35 Uitgebreid hierover: Stokkermans 2017, p. 42-50.

36 Stokkermans 2017, p. 153-164.

37 Dit ter vervanging van de tot dan (ook) in Duitsland geldende tweevorderingenleer; zie Stokkermans 2017, p. 39 (Duitsland); vgl. p. 150-153 (Nederland).

tussen maatschap, VOF en CommV. Alle drie moeten in het handelsregister worden ingeschreven. Wat opvalt is dat men in België, net als in Duitsland, heeft gekozen voor een traject met zo min mogelijk disruptie en tegelijkertijd (wat) meer vrijheid. Het Belgische resultaat biedt een formeel en daardoor helder onderscheid tussen maatschap en VOF/CV. België biedt ook meer vrijheid dan Duitsland: de optie voor een niet-rechtsbevoegde vennootschap mét afgescheiden vermogen die zich desgewenst extern kan manifesteren (de maatschap).

Welk advies kan vanuit deze ervaringen aan de Nederlandse wetgever worden gegeven? Een constante in het Nederlandse denken, al sinds enkele decennia, is dat we het verschil tussen beroep en bedrijf willen opheffen. En dat we (bepaalde) personenvennootschappen rechtssubjectiviteit willen verlenen. Een Duitse of Belgische 'independent spectator' zal dat wel begrijpen. De voorstellen die in Nederland zijn gedaan om maatschap en VOF als onderscheiden rechtsvormen op de heffen, zal de independent spectator wellicht onnodig rigoureuus vinden.³⁸ In Duitsland en België is iets dergelijks in elk geval niet aan de orde.

4.2 *Enlightment value voor Nederland (rechtssubjectiviteit en vermogensscheiding)*

In Nederland hebben de personenvennootschappen een afgescheiden vermogen. Eigen rechtssubjectiviteit voor enige personenvennootschap is nimmer erkend. Er waren wel aanknopingspunten voor een dergelijke ontwikkeling, maar er waren ook andere argumenten. De Hoge Raad heeft de stap niet willen zetten. Sterker nog, het *UWV*-arrest uit 2019 bevestigt de klassieke visie.³⁹ In deze leer wordt een handelen namens maatschap of VOF opgevat als een handelen namens de gezamenlijke vennoten en vormt het gemeenschappelijke vennootschapsvermogen een (afgescheiden) verhaalsvermogen.⁴⁰ Het biedt verhaal voor vennootschapsschulden en niet voor de privé-schulden van de vennoten.⁴¹ In Nederland zal toekenning van rechtssubjectiviteit bij personenvennootschappen nogal ingrijpend zijn, maar we moeten een keer door de zure appel heen. Met slim overgangsrecht zal dat wel lukken. De impact kan worden beperkt door alleen VOF en CV tot de rechtssubjectiviteit te verheffen, zoals in België.

38 In het Voorontwerp 2019 worden maatschap en VOF nog slechts als facultatieve aanduidingen van het wettelijke begrip 'vennootschap' gehandhaafd (art. 800 leden 2 en 3): 'maatschap' voor een beroepsvennootschap, 'VOF' voor een bedrijfsvennootschap, met onduidelijkheid over de betekenis van 'beroep' en 'bedrijf'.

39 HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649 (*UWV*). Eerder in gelijke zin: HR 8 april 1937, NJ 1937/640 (*Kersten/Mantel*).

40 Hoe handelen namens een CV moet worden opgevat is niet helemaal duidelijk; dat ook de CV een afgescheiden vermogen kent, is wel duidelijk. Zie Stokkermans 2017, p. 300-306.

41 Deze klassieke leer wordt in mijn proefschrift besproken in het kader van de maatschap, zie met name p. 143-153.

Qua type rechtssubjectiviteit ligt een keuze tussen rechtsbevoegdheid en rechtspersoonlijkheid voor. Langs de grote lijnen bezien, lijkt dit vooral een semantisch vraagstuk. De wetsontwerper stuurt tot op heden aan op rechtspersoonlijkheid voor alle of sommige personenvennootschappen. Daarbij wordt als regel voorgesteld dat waar 'rechtspersoon' buiten titel 7.13 BW wordt gebruikt, niet de personenvennootschap-rechtspersoon wordt bedoeld. Naar ik heb begrepen wordt in ongeveer 900 wetten en regelingen buiten het BW de term 'rechtspersoon' gebruikt.⁴² Om verwarring bij het toepassen van die regels te voorkomen, is het wellicht het meest praktisch om bij de als rechtssubject op te vatten personenvennootschappen niet te kiezen voor de term 'rechtspersoon', maar voor 'rechtsbevoegdheid', zoals in Duitsland.

Voor de maatschap zou het minst disruptief zijn om rechtssubjectiviteit te blijven afwijzen en een afgescheiden vermogen te blijven toekennen, zoals in België. Voor maatschappen is dan geen overgangsrecht nodig. Aantrekkelijk aan het Belgische model is ook de vrije keuzemogelijkheid tussen maatschap (afgescheiden vermogen) en VOF/CV (rechtssubject). De constructie van het afgescheiden vermogen bij de Nederlandse personenvennootschappen komt sterk overeen met die van de Engelse trust,⁴³ een rechtsfiguur die niet voor niets wereldwijd zo populair is. Handhaving en cultivering van deze constructie bij de maatschap kunnen naar het mij toeschijnt aan de aantrekkelijkheid van het Nederlandse recht bijdragen.

4.3 *Enlightment value voor Nederland (typen activiteiten)*

In België zijn er al geen vennootschapsrechtelijke belemmeringen meer voor de uitoefening van beroepsactiviteiten in een VOF of commanditaire vennootschap. In Duitsland worden de gedeeltelijke beperkingen die er nog zijn op dat vlak, weggenomen. Wij kunnen die stap voor VOF en CV eveneens zetten. Opheffing van het onderscheid tussen beroep en bedrijf is voor Nederland betrekkelijk eenvoudig. Handelsrechtelijke begrippen als 'koopman' hebben wij in 1934 al achter ons gelaten.⁴⁴ En er is consensus over het plan om VOF en CV uit het Wetboek van Koophandel te halen en alle personenvennootschappen voortaan in het BW te regelen (vergelijkbaar met wat België heeft gedaan). De praktische overwegingen die de Duitsers er momenteel toe brengen nog aan het onderscheid tussen civiel- en handelsrechtelijke vennootschappen vast te houden, zijn voor ons niet relevant. Wij hoeven

42 Zoals aangegeven in mijn bijdrage 'Eenvoudig personenvennootschapsrecht', *MvO* 2019, nummer 3 & 4, p. 103 zou het mooi zijn, indien het Ministerie van J&V een lijst beschikbaar stelt. Daarmee kunnen wetenschap en praktijk dan alvast helpen meedenken over de vraag welke van die bepalingen mede op (bepaalde) personenvennootschappen zouden moeten gaan zien.

43 Zie Stokkermans 2017, p. 180-187. Zie over de trust vanuit een Europees privaatrechtelijk perspectief ook de fraaie dissertatie van W. Loof, *Of Trustees and Beneficial Owners*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2016.

44 Wet van 2 juni 1934, *Stb.* 1934/347.

ook geen apart vennootschapsregister; elke personenvennootschap (behalve de stille maatschap zonder onderneming) wordt bij ons in het handelsregister ingeschreven.⁴⁵

Het Belgische voorbeeld waarin men ongeacht het type activiteit vrijelijk tussen maatschap (afgescheiden vermogen) en VOF/CV (rechtssubject) kan kiezen, lijkt ook voor Nederland de beste weg vooruit. De vennootschap is dan een maatschap, tenzij men de voor VOF en CV geldende constitutieve formaliteiten vervult. Deze formaliteiten kunnen beperkt zijn: inschrijving als VOF of CV in het handelsregister; aanduiding 'VOF/CV' als onderdeel van de naam van de vennootschap; en zetelvereiste.⁴⁶ Deze oplossing biedt meer rechtszekerheid én meer keuzevrijheid dan in de Duitse situatie waarin het onderscheid tussen wel en geen rechtssubjectiviteit ervan afhangt of de vennootschap 'stil' is, een beperkend en onscherp materieel kenmerk.⁴⁷ Het vereiste van inschrijving in het handelsregister (of notariële akte) voor rechtssubjectiviteit vormt ook een zekere bijdrage aan het voorkomen van misbruik.

Bij de maatschap is het gewenst de hoofdregel voor externe vennotenaansprakelijkheid (gelijke delen) te wijzigen in hoofdelijkheid. Dit sluit goed aan bij het Duitse en Belgische recht. Voorstellen daartoe in Nederland worden reeds lang en breed gedragen. Hoofdelijkheid vergemakkelijkt verhaal door vennootschapscrediteuren. De vennoot die de vennootschapscrediteur meer betaalt dan waartoe hij intern is gehouden, kan regres nemen op het vennootschapsvermogen en op zijn medevennoten. Zijn interne verhaalsrisico is beperkt, indien de maatschap voldoende eigen vermogen (en adequate verzekeringen) heeft. Ook bij de maatschap is hoofdelijkheid zodoende een evenwichtige oplossing. Mogelijkheden om risico's op beroepsaansprakelijkheid maximaal te beperken – zoals via een individuele disculpatiemogelijkheid bij de maatschap voor 'onschuldige' vennoten,⁴⁸ of een verhoogde drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid bij gebruik van bepaalde rechtsvormen in combinatie met adequate

beroepsaansprakelijkheidsverzekering⁴⁹ – laat ik hier onbesproken.

Daarnaast verdient de situatie dat zowel de personenvennootschap als haar hoofdelijk aansprakelijke vennoten failleren misschien nog aandacht. In dat geval kunnen vennootschapscrediteuren in alle faillissementen voor het gehele bedrag van hun vorderingen opkomen, totdat hun vorderingen ten volle zijn gekweten (art. 136 lid 1 Fw). België kent eenzelfde regel (art. XX.177 WER). Wat vennootschapscrediteuren nog uit een boedel ontvangen, komt dus niet in mindering op het bedrag waarvoor zij in de andere boedels kunnen opkomen (zolang zij niet volledig zijn voldaan).⁵⁰ Het uitkeringspercentage van de vennootschapscrediteuren is op deze manier kunstmatig hoog, ten nadele van de privéschuldeisers van de vennoten. Een aanpassing ter verzachting van dit effect valt te overwegen.⁵¹

Om de overgang van het oude naar het nieuwe recht zo eenvoudig en flexibel mogelijk te maken, kan, voor of bij de toekenning van rechtssubjectiviteit aan VOF en CV, een omzetting van 'openbare maatschap' in VOF of CV, en omgekeerd, worden gefaciliteerd. De oude personenhandelsvennootschap die geen rechtssubject wil worden, kan zich dan omzetten in een maatschap. De bestaande maatschap die juist wel rechtssubject wil worden, kan zich omzetten in een VOF of CV. Een dergelijke faciliteit komt tegemoet aan de gedachte dat – gezien vanuit de huidige Nederlandse situatie – de 'openbare maatschap' net zo veel of weinig aanspraak toekomt als de VOF om rechtssubject te worden. Voor de situatie na invoering van de nieuwe wetgeving kan de mogelijkheid van omzetting van maatschap in VOF/CV juist worden uitgesloten vanuit de gedachte dat omzetting aan rechtsvormen met rechtssubjectiviteit is voorbehouden.

5. Besluitvormingsgebreken

Het volgende thema dat bespreking verdient, betreft gebreken bij besluitvorming binnen de vennootschap. Eerst ga ik weer wat dieper in op het Duitse en Belgische recht, vervolgens onderzoek ik ook bij dit thema de lering die we er in Nederland uit kunnen trekken.

45 Art. 23 WvK (VOF en CV); art. 5 aanhef en sub a en f Hrgw (maatschap, VOF en CV met onderneming in binnen- of buitenland); Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008, nr. WJZ 8074645 (zoals gewijzigd bij Beleidsregel van de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 3 mei 2011, nr. WJZ/11060014, *Stcrt.* 2011, 8401) inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister (aan openbare maatschap, VOF en CV wordt steeds geacht een onderneming toe te behoren).

46 Deze opzet stemt overeen met de aanbevelingen in mijn proefschrift, zie Stokkermans 2017, met name aanbevelingen 3, 11, 12 en 16 (op p. 490-493). Deze opzet is ook bepleit in de consultatiereactie d.d. 29 mei 2019 van de Nederlandse Vereniging van Banken op het Voorontwerp 2019 (te vinden op www.internetconsultatie.nl).

47 Stokkermans 2017, p. 133-143.

48 Vgl. Voorontwerp 2019, art. 809 lid 2, waarover (terecht kritisch): I.S. Wuismann, 'Het Voorontwerp modernisering personenvennootschappen en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2019/111, p. 625-627.

49 Hierover: Chr.M. Stokkermans, *Hoe versterkt het notariaat zijn maatschappelijke bijdrage?* (discussienota), Den Haag: KNB 2018, par. 2.3.2 (Duitsland), par. 2.3.3 (België) en par. 3.3.6 en 3.3.7 (analyse en voorstel voor Nederland).

50 Dit wijkt af van de regel bij hoofdelijkheid, dat wat de ene schuldenaar betaalt in mindering komt op hetgeen van de andere schuldenaren nog gevorderd kan worden (art. 6:7 lid 2 BW).

51 Stokkermans 2017, p. 108. Voor een sterk onderbouwd pleidooi in deze richting, toegespitst op gevallen van concernfinanciering: A.L. Jonkers, 'Persoonlijke zekerheden bij concernfinanciering: ongerechtvaardigde vermenigvuldiging van vorderingen', *Maandblad voor Vermogensrecht*, afl. 5, 2018, p. 164-171.

5.1 Duitsland als 'independent spectator' (besluitvormingsgebreken)

Naar geldend Duits recht zijn besluiten van de vennoten die in strijd met de wet of het vennootschapscontract worden genomen al snel nietig. Een vennoot kan die nietigheid te allen tijde tegen de medevennoten inroepen, zonder aan een termijn te zijn gebonden.⁵² Om een verklaring voor recht over de nietigheid jegens alle medevennoten te laten werken, moeten die allemaal in rechte worden betrokken. In de praktijk worden deze regels vaak als onpraktisch ervaren, zeker bij vennootschappen met veel vennoten (zoals bij KG's geregeld voorkomt).

Veel Duitse vennootschapscontracten bevatten daarom een regeling voor besluitvormingsgebreken die maakt dat een besluit eerder vernietigbaar is dan nietig, met een korte termijn voor vernietigingsacties en de mogelijkheid om deze tegen de vennootschap in te stellen.⁵³ Het principe van meerderheidsbesluitvorming binnen personenvennootschappen kan in de toekomst nog populairder worden, vermoedt men, waardoor vraagstukken rond besluitvormingsgebreken vaker kunnen gaan spelen. Daarom wil men hiervoor een geëigende regeling treffen die behoudens contractuele afwijking voor OHG en KG zal gelden.⁵⁴ De bestaande wettelijke regeling voor de AG, die op grond van rechtspraak analogisch op de GmbH wordt toegepast,⁵⁵ ziet men als de beste basis hiervoor. De AG-regeling ziet uitsluitend op besluiten van de aandeelhouders,⁵⁶ de voorgestelde regeling voor OHG en KG betreft besluiten van de vennoten. Enkele punten waarop het geplande OHG/KG-stelsel afwijkt van de AG-variant worden hieronder in voetnoten vermeld.

De wettelijke regeling (waarvan dus contractueel kan worden afgeweken) gaat er voor OHG en KG als volgt uit- zien.⁵⁷ De vennoten hebben stemrecht naar rato van hun inbreng.⁵⁸ Zij nemen besluiten bij meerderheid van stemmen.⁵⁹ Om duidelijkheid over de wijze van besluitvorming te geven, moeten besluiten volgens het ontwerp in een vergadering worden genomen.⁶⁰

Gebreken kunnen zowel de procedure als de inhoud van het besluit betreffen. Een besluit is in de nieuwe opzet nietig indien het is genomen in strijd met rechten waarvan vennoten geen afstand konden doen. Ook een (door de rechter) vernietigd besluit geldt als nietig.⁶¹ Een vernietigingsactie kan worden ingesteld door ieder die ten tijde van het besluit vennoot was.⁶² Dat alleen vennoten de actie kunnen instellen, berust op het principe van de *Selbstorganschaft*.⁶³ De vernietigingsactie wordt ingesteld tegen de vennootschap. Is alleen de klagende vennoot vertegenwoordigingsbevoegd, dan wordt de vennootschap door de andere vennoten vertegenwoordigd. De vennootschap dient de andere vennoten van de rechtszaak op de hoogte te stellen om hen gelegenheid te geven zich te voegen.⁶⁴ Wordt het besluit vernietigd, dan werkt dat oordeel voor en tegen alle vennoten, ook indien zij geen partij in het geding waren.⁶⁵ Deze vernietigingsregels zijn van overeenkomstige toepassing wanneer een vennoot tegenover de vennootschap een verklaring voor recht vordert dat een besluit nietig is (nietigheidsactie).⁶⁶ Een vernietigingsactie moet worden ingesteld binnen drie maanden nadat het besluit aan de vennoot bekend is gemaakt; voor de duur van schikkingsonderhandelingen wordt de termijn gestuit.⁶⁷ Nietigheid kan ook later als verweer worden ingeroepen. De in deze alinea genoemde regels zien op formele besluiten; dit zijn besluiten waarvan vaststaat dat ze zijn genomen (in het typische geval: doordat de voorzitter van de vergadering dit heeft vastgesteld).⁶⁸

De vennoot die een besluit aanvecht waarbij een voorstel van hem werd afgewezen, kan volgens het voorstel aan zijn eis de vordering verbinden dat door de rechter het besluit wordt vastgesteld dat volgens deze vennoot genomen had moeten worden. Op deze besluitvaststellingsactie zijn de regels voor de vernietigingsactie van overeenkomstige toepassing.⁶⁹ Deze weg staat ook open in het geval onduidelijk is of een formeel besluit is genomen.

52 § 256 lid 1 Zivilprozessordnung (ZPO).

53 Brief van Bundeskanzlerin Merkel aan de Bundesrat d.d. 22 januari 2021, p. 1-2; Begründung RegE, p. 114. Ingo Drescher in: Martin Henssler & Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht* (2. Auflage; Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 62), Verlag C.H. Beck 2014, HGB § 241, Rdnr. 5.

54 Het voorstel uit het Mauracher Entwurf om deze regeling ook voor de GbR geven, is in het RegE niet overgenomen.

55 §§ 241 e.v. AktG; Begründung RegE, p. 114. Drescher in: Henssler/Strohn 2014, HGB § 241, Rdnr. 3.

56 Dit betreft besluiten van de algemene vergadering of een bijzondere groep aandeelhouders (§§ 241 en 138 lid 2 AktG) en dus niet van andere organen, zoals bestuur en RvC. Drescher in: Henssler/Strohn 2014, HGB § 241, Rdnr. 7 en 13.

57 Zie ook Begründung RegE, p. 124-126.

58 Voor de GbR: § 709 lid 3 BGB nieuw. Dit gaat ook gelden voor OHG en KG: § 105 lid 2 en § 161 lid 2 HGB.

59 Voor de GbR: § 714 BGB nieuw; voor OHG en KG: § 109 lid 3 HGB nieuw.

60 § 109 lid 1 HGB nieuw.

61 § 110 HGB nieuw.

62 § 111 HGB nieuw. Bij de AG kan de actie ook worden ingesteld door het bestuur (en door leden van bestuur en RvC, indien het besluit hen dwingt tot strafbaar, onwettig of tot schadevergoeding verplichtend handelen (§ 245 AktG)). De benoeming van leden van de RvC door de aandeelhouders kan ook worden aangevochten door de ondernemingsraad (§ 250 en 251 AktG).

63 *Mauracher Thesenpapiere*, Themenblock 5, sub 2(b).

64 Bij de AG kunnen ook bestuurders en leden van de RvC zich voegen; aangezien een verklaring van nietigheid of vernietiging voor alle organen geldt (§ 248 AktG), hebben ook zij belang bij de uitspraak. Drescher in: Henssler/Strohn 2014, AktG § 246, Rdnr. 18 en AktG § 248, Rdnr. 6.

65 § 113 HGB nieuw.

66 § 114 HGB nieuw.

67 § 112 HGB nieuw. De driemaandstermijn kan contractueel niet tot korter dan één maand worden verkort. Bij de AG is de termijn steeds één maand (§ 245 AktG).

68 Begründung RegE, p. 126; Voor AG en GmbH: Drescher in: Henssler/Strohn 2014, AktG § 241, Rdnr. 3 en 9.

69 § 115 HGB nieuw. Deze mogelijkheid bestaat op basis van jurisprudentie eveneens bij de AG, zie Drescher in: Henssler/Strohn 2014, AktG § 246, Rdnr. 50 e.v.

Aan bepalingen over arbitrage bestaat in het wetsvoorstel geen behoefte, gezien de al bestaande arbitrageregels in Boek 10 Zivilprozessordnung (ZPO). Dat besluiten aan arbitrage onderworpen kunnen worden (in de zin van § 1030 ZPO), staat buiten twijfel.⁷⁰ Het BGH heeft op grond van algemene rechtsregels minimumeisen aan een arbitrageclausule gesteld. Eerst voor de GmbH (in 1996, 2009), later ook voor de KG (in 2017).⁷¹ Er is discussie in de literatuur over de vraag of de vereisten die het BGH aan arbitrageclausules voor GmbH-besluiten stelt, ook in volle omvang bij de personenvennootschappen gelden. Die discussie wordt ondervangen doordat de regeling bij de personenvennootschappen op het AG-recht wordt afgestemd. Verdere rechtspraak moet worden afgewacht.⁷²

5.2 *België als 'independent spectator'* (*besluitvormingsgebreken*)

In België zijn regels over besluitvormingsgebreken opgenomen in Boek 2 (algemene bepalingen voor rechtspersonen) WVV. Deze regels (art. 2:42 e.v. WVV) zijn op VOF en CommV evenzeer van toepassing als op kapitaalvennootschappen.⁷³ Ze zien op besluiten van alle vennootschapsorganen en zijn van dwingend recht.⁷⁴ De gevallen waarin een besluit nietig is, zijn in de wet opgesomd (art. 42). Het bij ons bekende onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten wordt in België niet gemaakt.

De nietigheid van een besluit kan worden uitgesproken door de ondernemingsrechtbank op verzoek van de rechtspersoon of een persoon die belang heeft bij de naleving van de rechtsregel die niet is nagekomen (art. 44). Dit belanghebbendenbegrip is mogelijk ruimer dan de formele leden van vennootschapsorganen. Zo is aangenomen dat de vennoten van een moedervennootschap een belang kunnen hebben om de nietigverklaring te vorderen van de besluiten van de dochter.⁷⁵ Er is (ook) literatuur waarin wordt betwist of derden bevoegd zijn een dergelijke actie in te stellen.⁷⁶ De vordering tot nietigverklaring wordt tegen de vennootschap ingesteld (art. 45). Voor het instellen van een dergelijke vordering geldt een vervaltermijn van zes maanden vanaf tegenwerpbaarheid of kennisname van het besluit.⁷⁷

In spoedeisende gevallen kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank op vordering van de vennootschap of een belanghebbende in kort geding de opschorting van een besluit bevelen indien de aangevoerde middelen de nietigverklaring van het bestreden besluit *prima facie* kunnen verantwoorden (art. 46).⁷⁸

Het vonnis tot nietigverklaring en de beschikking tot opschorting hebben gevolg ten aanzien van allen; jegens partijen die geen partij zijn bij het geding geldt dit pas vanaf de bekendmaking van de uitspraak (art. 47). De uitspraak waarin de vordering wordt verworpen, verhindert niet dat de vordering opnieuw wordt ingeleid, maar op andere gronden, of dat anderen een gelijkaardige vordering instellen.⁷⁹

In België wordt algemeen aangenomen dat een in de statuten van een vennootschap opgenomen arbitrageclausule mede op de nietigverklaring van besluiten van vennootschapsorganen kan zien.⁸⁰

5.3 *Enlightment value voor Nederland* (*besluitvormingsgebreken*)

Ook bij dit onderwerp rijst de vraag welke buitenlandse ideeën we bij de modernisering van het Nederlandse personenvennootschapsrecht kunnen meenemen. De Duitse en Belgische regels vinden hun pendant in onze art. 2:14-16 BW, welke regels wel voor kapitaalvennootschappen en niet voor personenvennootschappen gelden. Interessant genoeg wordt de laatste tijd in Nederland heel wat gediscussieerd over de reikwijdte van deze wetsbepalingen. Daarnaast valt op dat in de voorstellen voor titel 7.13 BW tot op heden geen plaats voor een dergelijke regeling is ingeruimd. Reden genoeg voor een korte analyse. In de praktijk wordt procederen onder art. 2:14-16 BW soms gebruikt ter voorbereiding van een vervolprocedure, zoals een aansprakelijkheidsactie.⁸¹ Dat is geen probleem, maar het bestaansrecht van deze wetsbepalingen schuilt er niet in. Bij Nederlandse personenvennootschappen zijn besluiten van de vennoten die in strijd met de wet of het vennootschapscontract worden genomen al snel nietig.⁸²

70 Dit geldt ook voor AG en GmbH, zie Drescher in: Henssler/Strohn 2014, AktG § 246, Rdnr. 33.

71 BGH 29 maart 1996, NJW 1996, 1753 (*Schiedsfähigkeit I*); BGH 6 april 2009, NJW 2009, 1692 (*Schiedsfähigkeit II*); en BGH 6 april 2017, NZG 2017, 657 (*Schiedsfähigkeit III*).

72 Begründung RegE, p. 126, onder verwijzing naar genoemde uitspraken van het BGH uit 1996, 2009 en 2017.

73 Art. 2:1 en 4:23 WVV. Zij gelden niet voor de maatschap; Braeckmans & Houben 2020, nr. 80.

74 Braeckmans & Houben 2020, nr. 886.

75 Van Gerven 2020, nr. 431, met verwijzing naar Hof van beroep te Brussel 12 november 2007, T.R.V. 2012, 753.

76 Braeckmans & Houben 2020, nr. 902.

77 Art. 2:143 § 4 lid 2 jo. art. 2:44 WVV.

78 Hierover: Braeckmans & Houben 2020, nr. 909.

79 Van Gerven 2020, nr. 420.

80 Zie Hof van beroep te Gent 19 oktober 2015, R.P.S.-T.R.V. 2016, 434 m.nt. Anne-Sophie Houtmeyers. Deze uitspraak is uitvoerig en met (literatuur-)verwijzingen gemotiveerd, en noemt het *Groenselect*-arrest van de Nederlandse Hoge Raad in de Belgische context niet overtuigend. Zie ook Van Gerven 2020, nr. 415, 567 en 568.

81 Vgl. de tuchtzaak of enquêteprocedure als voorbode van een vordering wegens beroeps- respectievelijk bestuurdersaansprakelijkheid. Onder omstandigheden kan de vernietiging of nietigverklaring van een bestuursbesluit aanleiding geven tot een omkering bewijslast in een nadien te voeren bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure; vgl. HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer Papier*).

82 In deze richting ook: Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII 2017/47a, waar evenwel het woord 'nietigheid' wordt vermeden, omdat dit te zeer aan art. 2:14 BW zou herinneren. Die vermindering is onnodig, want het fenomeen 'nietigheid van rechtshandelingen' (besluiten zijn rechtshandelingen) doet ook buiten Boek 2 BW opgeld.

De crux van de Duitse en Belgische regelingen en art. 2:14-16 BW zit in de erga omnes-werking van de nietigverklaring of vernietiging. Besluiten zijn interne rechtshandelingen, al dan niet met enig extern effect. Het is vaak gewenst dat een nietigverklaring of vernietiging jegens alle (intern) betrokkenen geldt, terwijl het lastig kan zijn al deze betrokkenen in rechte te betrekken. Daarom geven de genoemde regelingen een oplossing met rechterlijke tussenkomst, waarbij de actie tegen de vennootschap kan worden ingesteld.⁸³ Omdat een nietigverklaring of vernietiging behalve tussen eiser en gedaagde ook jegens de andere (intern) betrokkenen moet gelden, worden die in de gelegenheid gesteld zich te voegen. Een belangenafweging heeft de wetgever ertoe gebracht te bepalen dat de rechterlijke uitspraak ook rechtskracht heeft tegen de (intern) betrokkenen die geen partij zijn in het geding.

'Erga omnes-werking' betekent niet dat de nietigverklaring of vernietiging ook kracht van gewijsde jegens anderen dan (intern) betrokkenen heeft. De Duitse doctrine onderscheidt daartoe naast de *Rechtskraftwirkung* (kracht van gewijsde) een effect dat *Gestaltungswirkung* wordt genoemd. Deze werking vloeit voort uit het gegeven dat het besluit een (m.i. ongerichte) eenzijdige rechtshandeling is.⁸⁴ Het bestaan ervan is een (interne) aangelegenheid van de vennootschap. Door de *Gestaltungswirkung* werkt de nietigheid (ook bij vernietiging is het besluit met terugwerkende kracht nietig) materieel dus ook tegenover derden: is er intern geen besluit, dan is er automatisch ook extern geen besluit. Omdat derden niet over het bestaan van het besluit gaan, komt hen geen plaats toe in de procedure waarin de nietigheid of vernietiging erga omnes wordt uitgesproken. Iets anders is dat derden in veel gevallen beschermd zijn tegen de gevolgen van de nietigheid.⁸⁵

Dat het onderscheid tussen kracht van gewijsde (intern) en *Gestaltungswirkung* (extern) ook in Nederland opgeld doet, bij besluiten van organen van rechtspersonen, heeft Oost onlangs fraai uiteengezet.⁸⁶ Maar volgens Oost is de *Gestaltungswirkung* (hij gebruikt deze term overigens niet) beperkt tot rechterlijke vernietiging, omdat alleen deze constitutief zou werken (vernietiging beëindigt het

bestaan van het besluit met terugwerkende kracht), en geldt zij niet bij nietigverklaring.⁸⁷ Hij ziet over het hoofd dat ook een rechterlijke nietigverklaring wel degelijk een bepaalde constitutieve werking heeft: er wordt rechtszekerheid over het niet-bestaan van het besluit gecreëerd. Intern berust deze rechtszekerheid op de kracht van gewijsde, extern op de *Gestaltungswirkung*.

Zojuist gebruikte ik enkele malen de term '(intern) betrokkenen'. Over het antwoord op de vraag wie precies bevoegd is aan een actie tot nietigverklaring of vernietiging met erga omnes-werking (art. 2:16 lid 1 BW) deel te nemen, wordt verschillend gedacht. Veelal wordt aangenomen dat het zich niet snel zal voordoen, maar dat het soms dus wel mogelijk is, dat anderen dan de 'institutioneel betrokkenen' van art. 2:8 BW tot die groep behoren.⁸⁸ In Duitsland is de omvang van de groep scherper getrokken, doordat alleen leden van de organen van de vennootschap tot de groep worden gerekend. Dit maakt het makkelijker om toe te laten dat in statuten of vennootschapscontract een voor hen allen geldende clause over besluitenarbitrage wordt opgenomen, zoals in Duitsland ook is gebeurd.⁸⁹ Indien voor de Nederlandse personenvennootschappen een op art. 2:14-16 BW geïnspireerde regeling wordt ingevoerd, kan de interne kring naar Duits voorbeeld beperkt worden gehouden. Dat ligt het dichtst tegen de vigerende contractuele leer aan en respecteert de autonomie van de vennootschap ('soevereiniteit in eigen kring').⁹⁰ Derden (extern betrokkenen) worden daarmee niet buitenspel gezet; voor hen staan nog alle acties tegen de vennootschap (en individuele vennoten) open die het commune recht aan wederpartijen (van de vennootschap) en derden te bieden heeft, waaronder de actie uit onrechtmatige daad.

5.4 Welk probleem kan dit oplossen?

Zou een aldus vormgegeven regeling over besluitvormingsgebreken een probleem in het Nederlandse personenvennootschapsrecht kunnen oplossen? Het belangrijke *Erven Hoelas*-arrest uit 2017 over de verdeling van een nalatenschap, waarin de Hoge Raad richtlijnen gaf voor de omgang met processueel ondeelbare vorderingen, is m.i.

83 Een vordering tot vernietiging of nietigverklaring ex art. 2:14/15 BW kan slechts bij de rechter van de statutaire zetel van de rechtspersoon worden ingesteld, zie HR 30 november 2007, NJ 2008/81 (*Audilux*). Buiten het geval van een vordering daartoe kan, ingevolge art. 2:16 lid 1 BW, ook een andere rechter dan die van de statutaire zetel nietigheid onherroepelijk erga omnes vaststellen. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2021/320 noemt dat m.i. terecht ongelukkig. Voor erga omnes-werking is steeds vereist dat de rechtspersoon partij in het geding was (art. 2:16 lid 1 BW).

84 Deze kwalificatie verdedigde ik eerder in 'Vernietiging van besluiten', *V&O* 2010-10, p. 177-182. De gelding van het besluit als aan de rechtspersoon toegerekende (interne) rechtshandeling hangt niet af van de verklaring aan één of meer specifieke personen.

85 Drescher in: Henssler/Strohn 2014, AktG § 248, Rdnr. 6, 7 en 8.

86 O. Oost, 'De toetsing van (bestuurs)besluiten in arbitrage', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (IVOR nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2020, § 16.2, met verdere verwijzingen.

87 Oost 2020, § 16.2 en 16.4.2. Bij rechterlijke nietigverklaring berust de externe erga omnes-werking volgens hem op een uitbreiding van de kracht van gewijsde.

88 Asser/Kroeze 2-I 2021/316. Over de hier bedoelde discussie ook: K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (VDHI nr. 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk IV en § VI.7.

89 Besluiten van organen van Boek 2-rechtspersonen zijn niet arbitabel. HR 10 november 2006, NJ 2007/561 (*Groenselect*); en HR 26 november 2010, NJ 2011/55 (*Silver Lining/Perstorp*). Vgl. Van Vught 2020, hoofdstuk VIII, die, met anderen, voorstelt dergelijke besluiten wel arbitabel te maken.

90 Vgl. het door Abraham Kuijper (1837-1920) ontwikkelde idee van de 'soevereiniteit in eigen kring', die de autonomie van de groep beschermt en daarmee ook een waarborg biedt voor een pluriforme samenleving. Een iets breder begrip 'belanghebbende' kan goed zijn, wanneer bredere maatschappelijke belangen of prestaties aan de orde zijn, zoals wanneer het idee van de BvM naar de personenvennootschappen wordt uitgebreid. Vgl. mijn bijdrage 'Naar een wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming', *MvO* 2021 afl. 3-4, par. 7.2.

ook in vennootschapsverhoudingen relevant.⁹¹ Bij een processueel ondeelbare vordering kan iedere partij jegens de andere partijen een beslissing vorderen, ongeacht tegen wie de dagvaarding zich richt, en ieder kan verweer voeren.⁹² De Hoge Raad gaf in het arrest ook een regeling voor betrokkenen die (nog) geen procespartij zijn.

Stel, in een beleggings-CV waarin niet alle vennoten elkaar kennen, wordt naar huidig recht een vennotenbesluit genomen. Alle vennoten zijn dan m.i. aan het besluit (als rechtshandeling) gebonden, ook de tegenstemmers en degenen die niet aan de besluitvorming hebben deelgenomen. Een van de vennoten die zich tegen het besluit heeft verzet, vordert een verklaring voor recht tegen de CV waarin de nietigheid van het besluit wordt uitgesproken. De rechter die in de situatie een processueel ondeelbare rechtsverhouding tussen alle vennoten herkent, behoort m.i., desverzocht of zo nodig ambtshalve, gelegenheid te bieden om de individuele medevennoten alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv, binnen een door de rechter te bepalen termijn.⁹³ Wordt van deze mogelijkheid tot hersteloproeping gebruikgemaakt,⁹⁴ dan krijgt de uitspraak kracht van gewijsde tegen alle vennoten;⁹⁵ gebeurt dat niet, dan wordt de eiser niet-ontvankelijk verklaard. Deze kwestie van processueel ondeelbare rechtsverhoudingen verandert niet wezenlijk voor personenvennootschappen die onder titel 7.13 BW rechtssubject worden. Hooguit neemt de vennootschap dan duidelijker dan nu naast de vennoten een eigen materiële positie binnen die rechtsverhoudingen in.

Deze *Erven Hoelas*-route gaat een stapje verder dan het gelegenheid bieden aan de medevennoten om zich te voegen: zij worden formeel partij bij het geding gemaakt, maar zonder hen a priori tot tegenstander in het geding te bestempelen. Het verschil tussen deze bestaande oplossing en een op het Duitse wetsvoorstel geïnspireerde variant op art. 2:14-16 BW is dus niet groot. Toch zijn er voordelen om de kant van een wettelijke regeling op te gaan. Het is goed denkbaar dat, na invoering van titel 7.13 BW, personenvennootschappen met veel vennoten vaker zullen voorkomen (zoals in de vorm van beleggings-CV's) en vaker met meerderheidsbesluiten zullen gaan werken. Geschillen over besluiten kunnen zo veelvuldiger gaan spelen. Een helder wettelijk kader geeft dan houvast. Het ecarteert ook rechtsonzekerheid rond de vraag of bij elk

vennotenbesluit daadwerkelijk een processueel ondeelbare rechtsverhouding tussen alle vennoten (en de vennootschap) aan de orde is. De regeling hoeft niet (dwingend) opgelegd te worden; bij vennootschappen waarvoor de regeling niet geldt, zal men op het commune procesrecht terugvallen.

Bij het formuleren van de wettelijke regeling bepleit ik overname van de Duitse regels dat de actie tegen de vennootschap moet worden ingesteld en medevennoten tijdig moeten worden opgeroepen om daadwerkelijk te kunnen deelnemen aan de rechtsstrijd waarin de erga omnes-beslissing wordt gevraagd. Verder kan plaats worden ingeruimd voor de besproken besluitvaststellingsactie (Duitsland),⁹⁶ opschortingsactie (België)⁹⁷ en arbitrageregels (Duitsland en België). Dit biedt de nodige ruimte voor uitspraken met een erga omnes-effect onder adequate processuele waarborgen voor alle (intern) betrokkenen.

Bij de vraag wat precies een besluit is, biedt het Duitse recht eveneens een bruikbaar aanknopingspunt. Zoals aangegeven, gaat het in Duitsland om besluiten waarvan vaststaat dat ze zijn genomen (in het typische geval: doordat de voorzitter van de vergadering dit heeft vastgesteld). Ik noemde dit (korthedshalve) formele besluiten. Met dergelijke besluiten wordt m.i. steeds enig intern rechtsgevolg beoogd, bijvoorbeeld in de vorm van een autorisatie of opdracht tot extern optreden (zoals het voeren van onderhandelingen of het verrichten van rechtshandelingen namens de vennootschap). Van het besluit gaat een bindende werking binnen de vennootschap uit,⁹⁸ het besluit heeft intern legitimerende kracht. In bepaalde gevallen wordt met het interne besluit ook (direct of indirect) extern rechtsgevolg beoogd, zoals bij het besluit tot toelating van een nieuwe vennoot. De omstandigheid dat intern en/of extern een besluit vereist was, of dat binnen de vennootschap enig overleg over de kwestie heeft plaatsgevonden, is onvoldoende om te concluderen dat een besluit is genomen. Ook de wil die een bestuurder in zijn hoofd vormt voordat hij namens de vennootschap een rechtshandeling verricht, kwalificeert m.i. niet als rechtshandeling (al was het maar omdat er geen 'verklaring' was),⁹⁹ en dus niet als besluit. Het formele besluit van een raad van bestuur om een intern onderzoek stop te zetten of een divisie in de etalage te zetten, vormt in deze visie wel een

91 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411 (*Erven Hoelas*). Over de implicaties van *Erven Hoelas*: F.J.P. Lock, 'Samen thuis, samen uit. Nieuwe regels voor de processueel ondeelbare rechtsverhouding', *TvPP* 2017/4; en A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 8.4. Zie ook HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649.

92 *Erven Hoelas*-arrest, r.o. 3.5.2.

93 Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 (*Biek Holdings*), r.o. 3.4.3; *Erven Hoelas*-arrest, r.o. 3.6.1.

94 Zo nodig zal de vennootschap de benodigde gegevens over de medevennoten moeten verschaffen.

95 Vgl. *Erven Hoelas*-arrest, r.o. 3.5.4.

96 Hoe ver de mogelijkheden van art. 3:300 BW (reële executie) strekken voor een rechterlijke uitspraak ter vervanging van een besluit, is niet geheel duidelijk. Vgl. voor Boek 2-rechtspersonen: Van Vught 2020, § VII.7.

97 In een kort geding kan de nietigheid of vernietiging niet worden uitgesproken, zo wordt terecht opgemerkt door J.M. de Jongh & L. Timmerman, 'Reactie', *WPNR* 2021/7328, p. 457. Aldus ook A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (IVOR nr. 89), Deventer: Wolters Kluwer 2012, par. 9.6 en 9.7, met een voorstel om de rechter die een besluit nietig verklaart of vernietigt de bevoegdheid te geven voorlopige voorzieningen te treffen.

98 Aldus ook Van Vught 2020, § II.4.2 en II.4.3, met een beroep op de Duitse doctrine.

99 'Rechtshandeling' vereist een verklaring waarin de wil tot uiting komt, art. 3:33 BW.

besluit.¹⁰⁰ Hetzelfde geldt voor een statutair of wettelijk vereist goedkeuringsbesluit van de raad van commissarissen.¹⁰¹ Dergelijke besluiten scheppen een formele, interne juridische basis voor verder intern of extern handelen. Een beroep op een besluitvormingsgebrek ondergraaft deze (interne) legitimatie en daarmee de uitvoering of andere gevolgen van het besluit; dat kan van groot belang zijn. Ik deel dan ook niet de opvatting¹⁰² dat een bestuursbesluit tot aanschaf van een machine en een statutair voorgeschreven bestuursbesluit met zuiver interne werking geen besluiten in de zin van art. 2:14-16 BW kunnen zijn.

Aandacht verdient nog dat onder de Duitse AG-regeling alleen aandeelhoudersbesluiten voor nietigverklaring en vernietiging in aanmerking komen. Bij art. 2:14-16 BW kan het ook om besluiten van andere organen gaan. Gezien de eigen verantwoordelijkheid van andere organen (zoals bestuur en RvC) binnen de rechtspersoon en de legitimerende werking die ook hun besluiten binnen de rechtspersoon hebben, vind ik dit een mooi aspect van de bestaande Nederlandse regeling. Bij de personenvennootschap is daar m.i. geen behoefte aan, mits de vennoten wettelijk het enige (althans hoogste) orgaan van de vennootschap vormen (vgl. de Duitse leer van de *Selbstorganschaft*).

6. Vennotenactie

Dit brengt mij bij het derde bijzondere thema dat ik wil bespreken, de mogelijke invoering van een vennotenactie (*actio pro socio*) bij de personenvennootschappen. Over dit onderwerp kan ik vrij kort zijn. Na een exposé van het Duitse en Belgische recht volgt wederom mijn visie op de 'enlightment relevance' voor Nederland.

6.1 Duitsland en België als 'independent spectators' (vennotenactie)

Al sinds 100 jaar wordt in de Duitse rechtspraak en literatuur aangenomen dat bij de personenvennootschappen een *actio pro socio* (*Gesellschafterklage*) kan worden ingesteld. Dit fenomeen houdt in dat iedere vennoot bevoegd is om op eigen naam te vorderen dat aan de vennootschap een bepaalde prestatie wordt geleverd. Het gaat om een vorm van procesvertegenwoordiging: de vennoot is formeel procespartij; de vennootschap is materieel procespartij. De actie is gegeven voor het geval de normale vertegenwoordigers van de vennootschap verzuimen bepaalde

rechten van de vennootschap geldend te maken. Over het algemeen beschouwt men deze mogelijkheid als onmisbaar. De actie kan worden ingesteld tegen medevennoten die hun vennootschappelijke verplichtingen niet nakomen. Zij kan ook worden gericht tegen derden, wanneer (1) de vennoot die de actie instelt daarbij voldoende belang heeft; (2) het passeren van de vertegenwoordigingsbevoegde vennoten niet tegen het vennootschapsbelang indruist; en (3) de gedaagde op een of andere manier aan het handelen in strijd met het vennootschapsbelang heeft meegewerkt.¹⁰³ Het voorstel van de Duitse expertcommissie om deze in de rechtspraak ontwikkelde regels te codificeren, heeft geleid tot opname in het wetsvoorstel MoPeG van een nieuwe § 715b BGB, met de volgende inhoud:¹⁰⁴

- “(1) Elke vennoot is bevoegd een op de vennootschapsverhouding berustende aanspraak van de vennootschap tegen een andere vennoot op eigen naam in rechte geldend te maken, wanneer de daartoe geroepen beheerbevoegde vennoot dat in strijd met zijn plicht nalaat. Deze bevoegdheid strekt zich mede uit over een aanspraak van de vennoot jegens een derde, wanneer die aan de nalatigheid meewerkte of deze kende.
- (2) Een afspraak in het vennootschapcontract die deze bevoegdheid uitsluit of beperkt, is ongeldig.
- (3) De klagende vennoot dient de vennootschap onverwijld over het instellen van de klacht en de stand van de rechtsstrijd te informeren. Verder dient hij het gerecht over deze informatieverstrekking in kennis te stellen. Het gerecht dient op een onverwijld informatieverstrekking aan de vennootschap aan te sturen.
- (4) Voor zover over de aanspraak door in kracht van gewijsde gegaan oordeel is beslist, werkt de uitspraak voor en tegen de vennootschap.”

Als voorbeelden van gevallen waarin deze actie kan worden ingesteld, worden genoemd: de beherend vennoot die niet aan zijn inbrengverplichting voldoet of bij het beheer zodanige fouten heeft gemaakt dat hij jegens de vennootschap schadeplichtig is.¹⁰⁵ In deze en andere gevallen spelen bij de gewone vertegenwoordigers van de vennootschap vaak tegenstrijdige belangen. De genoemde criteria brengen mee dat bij een dergelijke vennotenactie de ontvankelijkheidskwestie de nodige aandacht kan vragen. Vanwege de doorbreking van de normale vertegenwoordigingsregels van de vennootschap, is dit redelijk.¹⁰⁶

100 Ook A.F. Verdam, Terug naar het begrip 'besluit' zoals het bedoeld is, *WPNR* 2021/7322, p. 337-346 ziet hierin 'besluiten' als bedoeld in art. 2:14-16 BW; Kritisch hierover: J.M. de Jongh en L. Timmerman, in hun reactie in *WPNR* 2021/7328, p. 455-457, met (m.i. overtuigend) naschrift van Verdam in *WPNR* 2021/7328, p. 458-459. Zie ook de reactie van A.J.M. Klein Wassink en het nawoord daarop van Verdam in *WPNR* 2021/7333, p. 551-554.

101 Aldus ook: J.M. de Jongh, 'De reikwijdte van art. 2:14-16 BW', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (IVOR nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2020, § 3.3 sub 12.

102 Zie Asser/Kroeze 2-I 2021/292 en 293 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/211.

103 *Mauracher Thesepapiere*, Themenblock 5, sub 4; Begründung RegE, p. 177-180. Zie ook Arndt Stengel in: *Bech'sches Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht Steuerrecht* (4. Auflage), München: Verlag C.H. Beck 2014, § 3, Rdnr. 95 e.v. en 100 e.v. In Stokkermans 2017, p. 130 wees ik al op deze actie en op soortgelijke acties in Frankrijk en Engeland.

104 § 715b BGB nieuw (voor de GbR) is via schakelbepalingen mede van toepassing op de OHG (§ 105 lid 2 HGB) en de KG (§ 161 HGB).

105 Begründung RegE, p. 178.

106 Er is een analogie met het *Klagezulassungsverfahren* van § 148 AktG, waarin de rechter beoordeelt of een aandeelhouder namens de AG bepaalde schadevergoedingsrechten geldend mag maken.

In België kent men de vennootschapsactie (ook wel *actio mandati* genoemd). Indien bestuursfouten worden vastgesteld waardoor de vennootschap schade heeft geleden, kan de vennootschap de handelende bestuurder aanspreken (behoudens geldig verleende kwijting). Bij de kapitaalvennootschappen is dit wettelijk geregeld en komt de bevoegdheid om namens de vennootschap op te treden doorgaans aan de algemene vergadering toe (met de bevoegdheid een lasthebber aan te wijzen om de actie in te stellen).¹⁰⁷ Bij de personenvennootschappen is dit niet wettelijk geregeld, maar wordt aangenomen dat de actie eveneens bestaat.¹⁰⁸ Aangenomen mag worden dat het Belgische recht wel wegen heeft om te verhinderen dat geconflicteerde vennoten hun stemrecht in de vennotenvergadering misbruiken teneinde het instellen van een dergelijke actie te blokkeren. In het geval een vennoot van een VOF of CommV meent dat een vennoot-zaakvoerder wanbeleid pleegt, bijvoorbeeld door te verzuimen aan de vennootschap toekomende rechten jegens een aan die zaakvoerder gelieerde persoon geldend te maken, bestaat voorts onder meer de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een tijdelijk bewindvoerder voor de vennootschap te benoemen.¹⁰⁹ Een dergelijke tijdelijk bewindvoerder is niet (slechts) belast met het instellen van een bepaalde vordering, maar met het algehele tijdelijke bestuur van de vennootschap.

6.2 *Enlightment value voor Nederland (vennotenactie)*

De Nederlandse wetgeving kent de vennotenactie (*actio pro socio*) niet,¹¹⁰ en de Hoge Raad heeft zich over het eventuele bestaan van een dergelijke actie nimmer uitgelaten. Het bestaan ervan in ons recht is daardoor onzeker.¹¹¹ Uitgangspunt is dat de vennootschap zelf haar rechten geldend kan maken en dat bij het geven van een procesopdracht de gewone vertegenwoordigingsregels gelden.¹¹² Op een louter intern werkend vereiste dat zijn medewerking is vereist, komt aan de geconflicteerde vennoot geen beroep toe (op grond van de redelijkheid en billijkheid).¹¹³ In lagere rechtspraak wordt met een beroep op de redelijkheid en billijkheid ook wel aangenomen dat, indien voor externe vertegenwoordiging van de vennootschap normaal gesproken de medewerking van een bepaalde vennoot is vereist, hierop geen beroep kan worden gedaan in een procedure waarin de vennootschap verhaal

zoekt voor hetgeen die vennoot haar schuldig is.¹¹⁴ Anders dan bij de vennotenactie treedt dan niet de agerende vennoot, maar de vennootschap zelf (dus: de gezamenlijke vennoten) als formeel eisende procespartij op. Met de genoemde oplossingen is ook nog geen individuele bevoegdheid van medevennoten gegeven om namens de vennootschap op te treden. Van een gestructureerde aanpak is geen sprake. Het is onduidelijk hoe een vennoot die schade voor de vennootschap constateert, de kwestie procedureel moet aanpakken. In de jurisprudentie zijn verschillende voorbeelden van deze moeilijkheid te vinden.¹¹⁵ In de zaak *LBW/Recreatie* speelde dat een vennoot wiens medewerking vereist was voor vertegenwoordiging van de VOF, dwars lag voor een vordering waarin de VOF schadevergoeding – wegens een of andere wanprestatie – zou eisen van een groepsmaatschappij van die vennoot. De andere vennoot die in zijn eentje de vordering namens de VOF instelde, werd wegens gebrek aan vertegenwoordigingsbevoegdheid niet-ontvankelijk verklaard.¹¹⁶

In een ander, vrij recent, geval (waarin de vennootschap overigens een BV was) waren twee van de drie aandeelhouders tevens de bestuurders van de vennootschap en hadden zij zichzelf in die hoedanigheid bepaalde beloningen toegekend.¹¹⁷ De derde aandeelhouder wilde die betaling laten terugdraaien en koos de weg van een vordering tot nietigverklaring van het besluit tot toekenning van de beloningen. Hij trok aan het kortste eind, omdat geoordeeld werd dat geen besluit in de zin van art. 2:14 BW was genomen. Aangenomen dat aan de beloningen geen formeel besluit ten grondslag lag (zie par. 5.4 hierboven), is dat oordeel, denk ik, juist. Belangrijker om hier te constateren is evenwel dat de nietigheidsactie, ook mét een formeel besluit, de eiser nog niet zou hebben gebracht waar hij wezen wilde: een executoriale titel waarmee hij terugbetaling van de beloningen kon afdwingen. Zou hij de beschikking hebben gehad over een vennotenactie, dan was dat een doelmatiger rechtsingang geweest. Bij een formeel besluit had die actie eventueel gelijktijdig met een eis tot nietigverklaring van het besluit ingesteld kunnen worden, om erga omnes vast te stellen dat inderdaad van een nietig besluit sprake was.¹¹⁸

107 Zie onder meer art. 5:103 WvV (voor de BV) en art. 7:156 WvV (voor de NV).

108 Van Gerven 2020, nr. 429 en nr. 598.

109 Braeckmans & Houben 2020, nr. 1572 e.v. Vermelding verdient voorts de mogelijkheid om de rechter te verzoeken de zaakvoerder die door een bijzondere beding in de vennootschapsovereenkomst met het bestuur is belast, te herroepen, indien daartoe wettige redenen bestaan (art. 4:9 WvV).

110 Voor de ontbonden personenvennootschap geldt wel de deelgenotenactie van art. 3:171 BW, waarover Stokkermans 2017, p. 131.

111 Zie ook Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII 2017/48 en 55.

112 HR 8 juni 1990, NJ 1990/607 (*Gebr. Kruithof*).

113 HR 6 april 1936, NJ 1936/425 (*Simplexite*).

114 Bijv. Hof Den Bosch 24 februari 1993, NJ 1994/645 (*Gebr. Kruithof*) – het vervolg op HR 8 juni 1990, NJ 1990/607 (*Gebr. Kruithof*) – (beslag onder ex-echtgenoot van vennoot ontbonden VOF tot verhaal van rekening-courant schuld); en recentelijk Rb. Limburg 3 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9517 (onrechtmatige onttrekking gelden door een vennoot).

115 Stokkermans 2017, p. 130, met verwijzingen. Een vennotenactie had bijvoorbeeld ook uitkomst kunnen bieden in het conflict dat ten grondslag lag aan Hof Den Bosch 2 april 2013, JOR 2013/298, met mijn noot (*Snackbar De Toerist*).

116 Hof Amsterdam 7 december 2010, JOR 2011/249, met mijn noot (*LBW/Recreatie*).

117 Hof Amsterdam 25 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:578 (*Divino/Denim*), besproken in T. Salemink, 'Beslissen en besluiten met tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2021/7.

118 In deze zin ook voor het Duitse recht: Begründung RegE, p. 178, met verwijzing naar rechtspraak en literatuur.

Het Duitse wetsvoorstel reikt ons de waardevolle suggestie aan om in titel 7.13 BW een vennotenactie op te nemen. In mijn proefschrift pleitte ik hier ook voor.¹¹⁹ In het Nederlandse voorontwerp voor titel 7.13 BW uit 2019 is aan deze oproep nog geen gehoor gegeven. Dit voorontwerp voorziet wel in een vennotenactie, maar deze is beperkt tot het afdwingen van inbrengverplichtingen.¹²⁰ Mijn voorstel is om dit uit te breiden naar andere aanspraken van de vennootschap jegens vennoten en in bepaalde gevallen naar aanspraken van de vennootschap op derden, zoals in Duitsland.

7. Slot

Op het vlak van modernisering van de personenvennootschappen liggen België, en intussen ook Duitsland, voor op Nederland. In dit (vertraagde) olympische jaar kunnen we dat hopelijk als een sportieve uitdaging zien om een beetje bij te trekken. Het wordt echt tijd. De belangen van burgers die bij een modern en aantrekkelijk (personen)vennootschapsrecht in het geding zijn, vragen erom. Zowel in België als in Duitsland heeft men de echt inhoudelijke wijzigingen betrekkelijk 'klein' en waar mogelijk faciliterend gehouden. Hun wetgevingsoperaties zijn daardoor behapbaar en voor gebruikers van personenvennootschappen aantrekkelijk gebleven, ondanks de vele redactionele wijzigingen waarmee vooral de overzichtelijkheid en toegankelijkheid worden bevorderd. Voor de modernisering in Nederland is deze aanpak volgens mij ook een goed idee. Wel zal de introductie van rechtssubjectiviteit bij de personenvennootschappen hoe dan ook ingrijpend zijn.

Inhoudelijk bieden het Belgische recht en het Duitse wetsvoorstel op tal van punten stof tot nadenken. Er zitten ideeën in die ons eigen inzicht kunnen verdiepen. In navolging van Amartya Sen heb ik dat 'enlightment value' genoemd. Verschillende van die ideeën zijn in deze bijdrage aangestipt, maar niet uitgewerkt. Een daarvan betreft de Duitse figuur van de Einheits-GmbH & Co. KG. Voor Nederland denkt men dan aan het CV-rechtssubject dat zelf enig aandeelhouder van zijn beherend vennoot (een BV) is en waarvan de commanditaire vennoten de CV extern *niet rechtstreeks* vertegenwoordigen, maar als vertegenwoordigers van de BV die op haar beurt de CV vertegenwoordigt.¹²¹ Mijn voorkeur voor komend recht blijft uitgaan naar een volwaardige equivalent van de LLP,¹²² maar indien Nederland daar niet voor kiest, zou dit een alternatief kunnen zijn dat er enigszins bij in de buurt komt.

Uitgebreid belicht in deze bijdrage is het idee om maatschap en VOF/CV als separate rechtsvormen te behouden, waarbij VOF en CV met rechtssubjectiviteit worden bekleed en worden opgesteld voor beroepsactiviteiten, de maatschap een afgescheiden vermogen behoudt en niet 'stil' hoeft te zijn, en vrijelijk tussen maatschap en VOF/CV kan worden gekozen. De ontwikkeling in België strekt hier tot voorbeeld.

Geïnspireerd door de ontwikkelingen in Duitsland en België zijn daarnaast suggesties gedaan om in de beoogde titel 7.13 BW bijzondere regelingen op te nemen over besluitvormingsgebreken en het instellen van een vennotenactie.

119 Stokkermans 2017, p. 129-133.

120 Voorontwerp 2019, art. 802 lid 2.

121 Hierin schuilt geen overtreding van het beheer- en vertegenwoordigingsverbod van (thans) art. 21 WvK; zie HR 4 november 2016, NJ 2017/61 (*Distriport Noord-Holland*), door mij besproken in *Ondernemingsrecht* 2017/8.

122 Chr.M. Stokkermans, 'Een toekomstgerichte personenvennootschap', *WPNR* 2019/7240, p. 415-418.