

Geschillenoplossing en emotiemanagement in personenvennootschappen en persoonsgebonden bv's en nv's

over duurzame ontwrichting en scheidingsmelding
over opzegging
over uittreding, uitstoting en enquêterecht
over interventietechnieken

L.L.M. Prinsen

G.P.C. Smits

190521

in samenwerking met M. Neven-Stillebroer

ISBN 9789083006321

Wij dragen dit boek op aan

Mariëtte Bongers

echtgenoot van George
moeder van Adriaan

en

Gerrit Jenniskens

echtgenoot van Anny
vader van Yvian, Elvy, Garlyn en Heyn
opa van Shaola, Shivah, Moos, Sep en Faas

INHOUDSOPGAVE

Probleemstelling en opzet van dit boek

Verantwoording – waarom dit boek?

1. Scheidingsmelding en duurzame ontwrichting in het ondernemingsrecht
2. Ondernemingsrechtelijke geschillenoplossing: onze achtergrond en die van dit boek
3. De beide voorontwerpen:
 - het voorontwerp ‘Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheids-eisen enquêteprocedure’
 - het voorontwerp ‘Wet modernisering personenvennootschappen’
4. Stellingen en gerelateerde juridische interventietechnieken

INLEIDING ZEILEN OP ZEE, ONDER- EN BOVENSTROOM

HOOFDSTUK 1 VERTROUWEN IN HET ONDERNEMINGSRECHT

Inleiding

- Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*), JIN 2016/108, nt. Kamerling

1.1 Vertrouwen

1.2 Maatschap samenwerking

1.3 Vertrouwen en materiële kenmerken

Probleemstelling en opzet van dit boek

Probleemstelling

Dit boek gaat over de oplossing van in de praktijk van het ondernemingsrecht vaak voorkomende geschillen in besloten verhoudingen en over juridische en aan de psychologie ontleende interventietechnieken daarbij.

Voorbeelden van dit soort geschillen zijn compagnons in een maatschap die elkaar de keet uitvechten, ooit bevriende aandeelhouders die het in meerdere procedures met elkaar aan de stok hebben, leden van een coöperatie die elkaar en/of het bestuur het leven zuur maken, familiebedrijven die het begrip familie niet meer herkennen en certificaathouders die elkaar niet langer verdragen. En daarbij of daardoor op de rand van faillissement kunnen verkeren.

Kortom: situaties waarin sprake is van duurzame ontwrichting van professionele relaties en het uiteengaan van partijen geïndiceerd is.

In dit boek benaderen wij deze problematiek dus vanuit juridische én vanuit psychologische invalshoek.

Ons vertrekpunt hierbij bestaat uit twee casus waarin twee of meer personen beroeps- of bedrijfsmatig samenwerken en waarin na verloop van tijd de onderlinge verhoudingen verslechteren.

Dit begint met irritaties. Vervolgens zijn er zaken die niet meer bespreekbaar worden gemaakt, resulterend in misverstanden en onbegrip, aanvankelijk van incidentele en later van blijvende aard. De verstoorde verhoudingen veranderen gaandeweg in ernstig verstoorde verhoudingen en uiteindelijk is sprake van duurzame ontwrichting, scheidingsmelding en scheiding.

Op enig moment in dit proces willen één of meerdere personen vanwege die verslechterende verhoudingen met de samenwerking stoppen.

Op basis van deze escalatie vergelijken en analyseren wij in dit boek twee gevallen:

- geval A waarin de samenwerking en de verstoringen zich afspelen in een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap;
- geval B waarin de samenwerking en verstoringen zich afspelen in een bv of nv.

Tussen beide gevallen bestaan in de gangbare opvattingen overeenkomsten en verschillen.

Zowel in geval A als in geval B kan de vennootschap bij ernstige ontwrichting worden ontbonden als daarvoor in de daartoe strekkende vergadering de vereiste meerderheid van stemmen bestaat. Lukt dat niet dan kan in beide gevallen ook de rechter om ontbinding worden gevraagd. De duurzame ontwrichting is in beide gevallen de zwaarste variant van de verstoring van verhoudingen.

Als die meerderheid niet gehaald wordt, dan is in geval A – als er verder niets geregeld is – een eenvoudiger oplossing dat degenen die met de samenwerking willen stoppen de maatschap opzeggen.

In geval B is de meest eenvoudige oplossing dat bedoelde personen hun aandelen verkopen en als dat niet lukt, zij opteren voor een gedwongen overname door de andere aandeelhouder(s), dan wel door de vennootschap, om daardoor een uittreding te bewerkstelligen.

Hiermee treedt een duidelijk verschil tussen geval A en geval B aan het licht. In geval A leidt opzegging als rechtshandeling volgens het bepaalde in artikel 7A:1683 sub c BW tot de ontbinding van de personenvennootschap. Artikel 7A:1683 sub 3 BW bepaalt voor het personenvennootschapsrecht immers als hoofdregel:

“Een maatschap wordt ontbonden:
(...)
3°. Door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten”

Waarbij kan worden opgemerkt dat de huidige wettelijke regeling een opzegging aan de andere vennoten met als oogmerk de uittreding waarbij de maatschap niet ontbonden wordt, maar blijft voortbestaan, als wettelijke hoofdregel niet kent. Dat moeten de betrokkenen dus zelf regelen, al dan niet door in de maatschapsovereenkomst een opzeggingsregeling met een voortzettings- en/of verblijvingsbeding op te nemen, wat overigens niet altijd gebeurt en bij opzegging dan gemakkelijk tot problemen leidt.

In geval B is het een beroep op het bepaalde in artikel 2:343 lid 1 BW dat zou dienen te leiden tot de beoogde uittreding. Dat artikel is een bepaling van bv-recht, specifiek geschreven voor besloten verhoudingen. Het bepaalt voor zover hier relevant:

“De aandeelhouder die door gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan tegen die mede-aandeelhouders een vordering tot uittreding instellen, inhoudende dat zijn aandelen overeenkomstig de leden 1, 2 en 3 van artikel 343a worden overgenomen. Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders of van de vennootschap zelf.”

Dit is geen opzeggingsregeling, maar een uittredingsregeling waarvan het bijzondere karakter geïndiceerd wordt door het eigendoms karakter van het aandeel en de eigenheden van het aandeelhouderschap. Het is bovendien een subsidiaire regeling die de mogelijkheid laat dat partijen het anders regelen in statuten of contract.

In de voorontwerpen van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ en van de ‘Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’ komen beide regelingen op onderdelen anders te liggen.

Volgens het voorontwerp van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ is opzegging volgens het bepaalde in artikel 7:813 lid 1 OBW in geval A een opzegging van de vennootschapsovereenkomst en leidt die als hoofdregel niet meer zonder meer tot ontbinding van de vennootschap. Gevolg van de opzegging is in het voorontwerp de uittreding uit de rechtspersoon van degene die opzegt. Hierbij geldt dat volgens het voorontwerp de maatschap of vennootschap onder firma rechtspersoon is in de zin van artikel 2:5 BW. Dus zelfstandig drager is van rechten en plichten in de zin van dat artikel. Dat geldt nu nog niet, althans niet onder de rechtstreekse toepassing van artikel 2:5 BW.

Groot verschil in benadering tussen de huidige regeling en het voorontwerp van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ is dus dat de huidige regeling aan de opzegging als hoofdregel de ontbinding van de maatschap en het ontwerp daaraan de uittreding verbindt. De uittreding als rechtsgevolg van de opzegging is een meer proportioneel rechtsgevolg dan de algehele ontbinding. De ontbinding heeft in het voorontwerp daardoor meer het karakter van een ultimum remedium zoals we dat ook kennen uit beschikkingen van de Ondernemingskamer als het gaat om de ontbinding ex artikel 2:356 BW.

In geval B kan volgens het voorontwerp van de ‘Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’ uittreding ook via het enquêterecht worden gerealiseerd, namelijk als uit onderzoek in de eerste fase van onjuist beleid of wanbeleid blijkt. Die mogelijkheid bestaat nu nog niet. De mogelijkheid van het vorderen van uittreding die het voorontwerp biedt kan ook daar als een passende want proportionele tussenstap worden beschouwd vooraleer aan ontbinding als ultimum remedium wordt toegekomen.

Het meest eenvoudige antwoord op de vraag waar deze verschillen in benadering en uitkomst door veroorzaakt worden is dat in geval A sprake is van een contractuele (personen)vennootschapsvorm en in geval B niet. Precies aan dat verschil refereert het voorontwerp van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ als de Minister voor Rechtsbescherming daarin de keuze motiveert om het personenvennootschapsrecht niet in Boek 2 BW (het rechtspersonenrecht) te regelen, maar in Boek 7 BW (de bijzondere overeenkomsten).

Een ander eenvoudig antwoord is dat opzegging door de ene aandeelhouder aan de andere aandeelhouder(s) of aan de vennootschap in een besloten verhouding misschien wel mogelijk is, en al helemaal als dat contractueel of statutair zo geregeld is. Maar dat als dat niet het geval is, een opzegging naar de huidige opvattingen geen effect sorteert omdat daar wettelijk gezien geen grondslag voor bestaat.

In deze laatste benadering – de huidige benadering – zal vanwege de bijzondere eigenheden die aan het aandeel en aan het aandeelhouderschap verbonden zijn eerst aan de vereisten van artikel 2:343 lid 1 BW moeten zijn voldaan. Die vereisten zijn dan – zie het citaat hierboven – dat de aandeelhouder die beroep doet op de uittredingsregeling door gedragingen van de medeaandeelhouder of van de vennootschap zodanig in zijn rechten en belangen moet zijn geschaad dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid van hem niet kan worden gevergd.

Schrijvers dezes leggen zich aan het begin van dit boek bij deze benaderingen en bij deze antwoorden niet zonder meer neer, hoewel ze op zichzelf naar de geldende rechtsopvattingen juist zijn, en hoewel betoogd zou kunnen worden dat als betrokkenen het anders willen de wet voldoende ruimte laat om in statuten of contract anders te regelen. Waarbij allerhande aanbiedings-, waarderings- en arbitrageregelingen mogelijk zijn.

Ten eerste leggen we ons er niet bij neer omdat het onderscheid naar contractuele personenvennootschapsvormen en niet-contractuele Boek 2 BW rechtspersonen in zijn eenvoud voorbij gaat aan de materiële kenmerken van samenwerking in associatieve of besloten verhoudingen die zich ook in rechtspersonen kunnen voordoen, wat heel vaak gebeurt. Dat die materiële kenmerken belangrijke betekenis kunnen hebben, laten de arresten van de Hoge Raad inzake de Dierenartspraktijken (HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde) en van de Hoge Raad van 15 april 2005, JAR 2005, 117 (X/Y) zien. Op deze betekenis komen wij in hoofdstuk 1 terug.

Ten tweede leggen wij ons niet zondermeer bij de bedoelde benadering en antwoorden neer omdat de aangehaalde gevallen A en B laten zien dat de criteria voor de scheiding van partners in zakelijke relaties volgens de aangehaalde wettelijke hoofdregels nogal variëren, waarbij ook geldt dat die regelingen in verschillende wetboeken, namelijk Boek 7A BW en Boek 2 BW zijn opgenomen en volgens het voorontwerp van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ in Boek 7 BW en Boek 2 BW opgenomen zullen blijven. Door onderzoek te doen naar die criteria hopen wij antwoord te krijgen op de vraag of het mogelijk is om over de hele breedte van het ondernemingsrecht tot een eenduidige(r) benadering van deze problematiek te komen en ook tot één Wetboek Ondernemingsrecht.

Ten derde vormen duurzame ontwrichting en opzegging in de aangehaalde casus ‘uitersten’. Duurzame ontwrichting is de zwaarste variant. Opzegging is in principe de simpelste variant, ofschoon ook daar meteen vragen rijzen: opzegging door wie? Aan wie? Waarvan? Met welke effect? Onder welke voorwaarden? Met inachtneming van een opzegtermijn? En zo ja, welke? Ook een lid van een vereniging, bijvoorbeeld, kan zijn lidmaatschap opzeggen, maar het lidmaatschap kan in voorkomende gevallen ook door de vereniging aan het lid worden opgezegd. Door de andere leden, maar soms ook door het bestuur. En dat terwijl het lid niet in een contractuele relatie tot de vereniging staat, maar in een door wet en statuten bepaalde lidmaatschapsverhouding. Toch is opzegging mogelijk. En er kunnen wel degelijk voorwaarden of beperkingen aan verbonden zijn.

In het volgende gaan wij vanuit de verschillende varianten van verstoorde verhoudingen op zoek naar de verschillen en overeenkomsten tussen geval A en geval B, niet alleen om de materiële kenmerken van besloten, associatieve of samenwerkingsverhoudingen scherp te krijgen, maar ook om zicht te krijgen op andere methodes dan opzegging of ontbinding die bruikbaar zijn bij het voorkomen, beheersen en oplossen van geschillen.

Dit doen wij niet alleen vanuit het recht, maar ook vanuit de psychologie. Aan de hand van casus en voorbeelden uit de jurisprudentie en de praktijk. Door gevalsvergelijking, door de voorontwerpen tegen het licht te houden en door redeneringen op te zetten. Concreet en beschouwend.

Let wel: dit boek behandelt ook de invalshoek van de psychologie omdat de aard van de in zakelijke samenwerking betrokken emoties evenzogoed een materieel kenmerk van besloten verhoudingen is. En omdat die emoties op hun beurt een belangrijke sta in de weg kunnen zijn voor het vinden van oplossingen. Het boek gaat daardoor ook over emotiemanagement en dus ook over interventietechnieken, zowel juridische als psychologische.

Opzet van dit boek

Over de betekenis van de factor emotie in het ondernemingsrecht, over verwachtingen en vertrouwen gaat hoofdstuk 1. Over de ruimte die het ondernemingsrecht laat voor interventie en emotiemanagement gaat hoofdstuk 2 en over wat emotiemanagement kan inhouden gaat hoofdstuk 3.

Vanuit de invalshoek van de psychologie geldt dat bij het aangaan van persoonsgebonden samenwerkingen, gedurende die samenwerkingen alsook bij de beëindiging ervan, emotie steeds een rol speelt en dat dus emotiemanagement in ieder fase betekenis kan hebben. Belangrijk zijn dan vragen als om welke emoties het gaat, wat emotiemanagement eigenlijk is, waar emotiemanagement voor nodig is en wat de bijbehorende interventietechnieken zijn. Dit komt dus terug in de hoofdstukken 2 en 3.

De paragrafen 1 tot en met 4 van de verantwoording hierna zijn eerder in minder uitgewerkte vorm digitaal verschenen als whitepapers en behandelen het ‘waarom’ van dit boek uit vier verschillende perspectieven.

Paragraaf 1 en 2 zijn geschreven door Bart Prinsen en George Smits.

Paragraaf 3 en 4 zijn geschreven door Bart Prinsen.

De inleiding, hoofdstuk 1 en 2 zijn geschreven door Bart Prinsen.

Hoofdstuk 1 gaat over de betekenis van emoties in juridisch perspectief en dan in het bijzonder het perspectief van het ondernemingsrecht en is geschreven door Bart Prinsen.

Hoofdstuk 2 gaat in op voor het onderwerp relevante jurisprudentie en is geschreven door Bart Prinsen.

Hoofdstuk 3 is geschreven door George Smits en gaat over emotiemanagement.

De conclusie is geschreven door Bart Prinsen en George Smits samen.

Verantwoording – waarom dit boek?

1. Scheidingsmelding en duurzame ontwrichting in het ondernemingsrecht

Centrale thema's in dit boek zijn de duurzame ontwrichting en de mogelijkheid tot scheiding op basis daarvan.

Scheiden betekent meer algemeen uit elkaar gaan. De scheidingsmelding zien wij als de mededeling of het anderszins door handelen of nalaten expliciet dan wel impliciet duidelijk maken dat de beëindiging van een relatie gegeven is. Dit boek gaat over de feitelijke, juridische en psychologische betekenis van de scheidingsmelding in het ondernemingsrecht.

De scheidingsmelding kan een expliciete boodschap zijn, waarvan de schriftelijke opzegging van een samenwerkingsrelatie een voorbeeld is, welke opzegging kwalificeert als rechtshandeling. Maar scheidingsmelding kan ook gelegen zijn in feitelijk handelen of nalaten dat als scheidingsmelding kan worden geïnterpreteerd en gekwalificeerd. De melding is dan een min of meer impliciete boodschap. Een voorbeeld van zo'n impliciete boodschap is het in strijd met samenwerkingsafspraken heimelijk om de hoek beginnen van een concurrerend eigen bedrijf.

Dat scheidingsmelding een kwalificatie is als resultaat van interpretatie, zou bij juristen niet vreemd moeten overkomen. Juristen doen vaak niet anders dan interpreteren. Ook wanbeleid in de zin van het enquêterecht is een kwalificatie op basis van interpretatie. En ook het belang van de vennootschap schaden in de zin van artikel 2:239 lid 5 BW is een kwalificatie op basis van interpretatie.

Voor het personen- en familierecht bepaalt artikel 1:151 BW dat een echtscheiding op verzoek van één der echtgenoten wordt uitgesproken indien het huwelijk duurzaam is ontwricht. Een huwelijk is duurzaam ontwricht indien de voortzetting van de samenleving ondraaglijk is geworden en geen uitzicht bestaat op herstel van enigszins behoorlijke echtelijke verhoudingen. Ook dat is een kwalificatie op basis van interpretatie. Bijzonder is dat indien een echtgenoot gemotiveerd stelt en daarbij volhardt dat hij niet meer met zijn echtgenoot kan samenleven, dit voor de rechter, maar uiteraard ook voor een bemiddelaar, vrijwel altijd een beslissende aanwijzing zal zijn dat het huwelijk duurzaam is ontwricht.¹

De begrippen duurzame ontwrichting en scheidingsmelding gebruiken wij in dit boek om door onderzoek ervan tot de essentie van geschillenoplossing in besloten verhoudingen zoals de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap en zoals de persoonsgebonden besloten en naamloze vennootschap door te dringen.

Waarbij we meteen de kanttekening maken dat ook en reeds de bij een partner verkeerd vallende scheidingsmelding de oorzaak kan zijn van de duurzame ontwrichting van de relatie.

Omdat we in dit boek de overeenkomsten en verschillen – en wat in het personenvennootschapsrecht geleerd kan worden van het rechtspersonen- en kapitaalvennootschapsrecht en andersom – tussen varianten van persoonsgebonden samenwerkingen scherp willen krijgen, gaan we in dit boek uit van de overtreffende trap op het gebied van verstoorde verhoudingen en dat is de duurzame ontwrichting. Dit is de ontwrichting waarbij geen zicht bestaat op herstel van persoonlijke verhoudingen. Waarbij we meteen de kanttekening maken dat herstel van persoonlijke verhoudingen in een vennootschap of rechtspersoon niet steeds nodig is om die rechtspersoon te doen

¹ HR 13 februari 2009, LJN: BG672, conclusie D.W.F. Verkade, die naar een aantal bronnen verwijst.

functioneren. Herstel van persoonlijke verhoudingen is dus te onderscheiden van herstel van verhoudingen om de vennootschap of rechtspersoon te doen functioneren.

Maar we kijken dus ook naar andere vormen van verstoorde verhoudingen.

Duurzame ontwrichting als fenomeen is in de onderscheiden rechtsgebieden van het personen- en familierecht, het personenvennootschapsrecht en het rechtspersonenrecht de grootste gemene deler als het om (dreigende) geschillen in persoonlijke verhoudingen gaat.

Zowel het personenvennootschapsrecht (artikel 7A:1684 lid 1 BW) als het rechtspersonenrecht (artikel 2:356 sub f BW) kent de ontbinding door de rechter als consequentie van duurzame ontwrichting. Voor het personenvennootschapsrecht geldt dat voor de situatie waarin het de duurzame ontwrichting ziet als een gewichtige reden voor ontbinding² en voor het rechtspersonenrecht geldt dat voor de situatie waarin het de ontbinding van een rechtspersoon ziet als ultimum remedium in geval dat herstel van verhoudingen ondanks daartoe gedane pogingen onmogelijk blijkt.³

Of, zoals de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam het in het enquêterecht voor het rechtspersonenrecht het in de zaak *Mulix Holding B.V./Mulix B.V.* formuleert:

“De onderlinge verstandhouding tussen de aandeelhouders door een onmogelijkheid tot samenwerking (...) zodanig ernstig verstoord (is) dat er een blijvende impasse is ontstaan in zowel de bestuurlijke verhouding als tussen de aandeelhouders. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van wanbeleid van de vennootschappen. Door deze impasse is voor de vennootschappen geen toekomst weggelegd en moet verdere samenwerking tussen partijen uitgesloten worden geacht. Nu eerdere pogingen om tot een ontvlechting te komen zijn mislukt, wordt de (moeder) vennootschap bij wijze van voorziening ontbonden.”

De centrale en te toetsen hypothese van dit boek is dat in het ondernemingsrecht in brede zin samenwerkingsrelaties bij duurzame ontwrichting principieel door opzegging te beëindigen zijn, dan wel door opzegging beëindigd zouden moeten kunnen worden. ‘Principieel’ wil hier niet zeggen dat iedere opzegging, dus bijvoorbeeld een opzegging ‘at will’, ook zonder meer leidt tot directe beëindiging van de rechtsverhouding en dus tot het met de opzegging direct (subjectief) beoogde rechtsgevolg. Nee, voor de opzegging die het effect heeft van het beoogde rechtsgevolg moet ook in deze hypothese een voldoende zwaarwegende grond bestaan. Wij verwijzen hiervoor – in een nog te onderzoeken analogie – naar HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (*Ronde Venen/Stedin*)⁴:

“Het gaat te dezen om de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo'n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien, zoals hier, wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor

² Vgl. Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (*Hoogendam/Hoogendam*).

³ OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix*). Ook OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*). Vgl. OK 5 maart 2003, ARO 2003, 51 (*Makelaardij Huis 77*), OK 7 maart 2003, ARO 2003, 52 (*Willem III Meubilering Beheer*), OK 25 september 2003, ARO 2003, 160 (*Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao en Laepersveld*). Slagter 1976, p. 122, OK 17 juni 2010, ARO 2010, 98 (*Allstar*). Vgl. Geerts 2004/1, p. 315 e.v.

⁴ Ook: HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (*Auping/Beverlaap*), HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Stichting Alcatel/Lucent Pensioenfonds*), HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*), HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019 (Twello/Liander).

de opzegging bestaat (HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000/120). Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.”

Onderdeel van de hypothese is voorts de stelling dat waar opzegging van een samenwerkingsrelatie niet direct het beoogde effect heeft omdat voldoende zwaarwegende grondslag voor het rechtsgevolg van de beëindiging ontbreekt, de opzegging van vertrouwen, of een waarschuwing voor de opzegging van vertrouwen, of mededelingen van vergelijkbare zwaarte, nog een andere juridische relevantie hebben, namelijk dat die opzegging of waarschuwing een zekere scharnierfunctie heeft.

Net zoals bijvoorbeeld een strevingsgemeenschap om de ontbinding ervan scharniert naar een verdelingsgemeenschap, scharniert een samenwerkingsrelatie door de opzegging c.q. waarschuwing naar een relatie waarin goede trouw en betamelijkheid, c.q. zorgvuldigheid een bijzondere versterkte betekenis hebben. Stelling is voorts dat voor een goed begrip van deze hypothese kennis van het fenomeen van de scheidingsmelding of -boodschap als rechtshandeling en als feitelijke handeling essentieel is.

Scheiden kennen we in het normale spraakgebruik als het uit elkaar gaan van twee huwelijks- of geregistreerde partners. Maar in het ondernemingsrecht kunnen zakelijke scheiding en duurzame ontwrichting ook spelen tussen meer partners of binnen families. Op bestuurs- en/of op aandeelhoudersniveau. Tussen leden van organen en tussen (leden van) verschillende organen van rechtspersonen. Tussen man en vrouw in zakelijk opzicht. Binnen joint ventures. In paritaire samenwerkingsverbanden of in minderheids-/meerderheidsverhoudingen waar de minderheid problemen heeft met de meerderheid en waarin het omgekeerde ook mogelijk is. Binnen en buiten rechtspersonen in de zin van Boek 2 BW. In door contract beheerste relaties. In relaties waarin niets of onvoldoende geregeld is.

Wat het personen- en familierecht en het ondernemingsrecht gemeen hebben is dat scheiding en scheidingsmelding zich in allerlei varianten en om allerlei redenen voordoen. De melding of boodschap kan gedaan worden door één persoon, door beide personen, maar in het ondernemingsrecht ook door meer personen of door alle betrokkenen. De melding kan expliciet en impliciet geschieden. De redenen voor de melding kunnen subjectief zijn en objectief. De scheiding kan geregeld worden door partijen zelf, maar ook door de rechter worden uitgesproken, bijvoorbeeld bij wijze van ontbinding.

De melding kan een rechtshandeling zijn, bijvoorbeeld als deze gebeurt in de vorm van een opzegging die naar het geldende recht het beoogde effect sorteert, maar ook een feitelijke handeling of feitelijk nalaten zijn, bijvoorbeeld als gedrag een evidente inbreuk is op het voor de continuïteit van de relatie noodzakelijke vertrouwen en dat vertrouwen niet herstelbaar is. In het laatste geval kan – zoals boven al opgemerkt – de scheidingsmelding ook neerkomen op een interpretatie door de wederpartij of door een rechter van handelen of nalaten waarvan degene die dat gedrag vertoont zich niet of minder bewust is.

De impliciete scheidingsmelding of -boodschap, zoals het weggaan om een pakje sigaretten te halen en niet meer terugkomen, kan op haar beurt voor de andere partner aanleiding zijn om te constateren dat de relatie duurzaam is ontwricht en een zwaarwegende grond vormen voor de beëindiging van de relatie. En volgens de hypothese van dit boek kan beëindiging door opzegging bij duurzame ontwrichting principieel steeds, zoals in het geval je partner in de samenwerking om de hoek heimelijk een concurrerend eigen bedrijf begint.

Om reden dat duurzame ontwrichting en scheidingsmelding centraal staan, gaat dit boek ook over vertrouwen, over teleurgesteld vertrouwen en over de vraag wanneer vertrouwen gerechtvaardigd is. En wanneer het gerechtvaardigd is – of rechtens relevant – om van teleurgesteld vertrouwen te spreken. En dit boek gaat ook over emoties. Dit laatste ook omdat in het ondernemingsrecht te weinig aandacht bestaat voor de betekenis van emoties, voor het effect van emoties, voor emotiemanagement en voor de hulp die toegepaste psychologie biedt bij het voorkomen, beheersen en oplossen van geschillen in besloten verhoudingen. Waardoor er dus te weinig aandacht bestaat voor alternatieve geschillenoplossing.

En vanwege het dwingende karakter van de wetgeving gaat dit boek ook over de ruimte die de wet voor emoties en alternatieve geschillenoplossing biedt.

Waar in het personen- en familierecht en in het ondernemingsrecht meerdere relaties te onderscheiden zijn, te weten: (1) de relatie tussen echtelieden én tussen de echtelieden en hun kind(eren), (2) de relatie tussen vennoten én de relatie tussen de vennoten en hun gezamenlijke onderneming, en (3) de relatie tussen samenwerkende aandeelhouders/bestuurders én de relatie tussen aandeelhouders/bestuurders en de onderneming, worden die relaties steeds ook gevormd en bepaald door emotie.

Ook al zouden emoties of de emotionele binding in die relaties niet één op één vergelijkbaar zijn, dan leert de praktijk dat het contraproductief is om bij pogingen tot het oplossen van geschillen emoties buiten beschouwing te laten. Sterker: emoties spelen altijd een rol, of we dat willen of niet.

Een goed begrip van het *effect* van een scheidingsmelding is dan onontbeerlijk.

Een goed begrip van de *betekenis* van de scheidingsmelding in duurrelaties binnen de dwingende systematiek van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht evenzeer.

Hetzelfde geldt voor het *effect* en de *betekenis* van duurzame ontwrichting.

En als het gaat om het voorkomen en beheersen van geschillen is het belangrijk te weten waar verstoringen van verhoudingen uit voortvloeien en kunnen voortvloeien.

De betekenis van duurzame ontwrichting en van scheidingsmelding laat tegelijk ook zien dat de wettelijke regeling van het ondernemingsrecht beter kan. Namelijk daar waar wet en rechtspraak te weinig rekening houden met de overeenkomsten tussen maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap als persoonsgebonden samenwerkingen enerzijds en door samenwerking persoonsgebonden besloten en naamloze vennootschappen anderzijds. Alsook daar waar in het ondernemingsrecht veel meer eenheid bestaat dan in de onderscheiden wetboeken en door het handhaven van die onderscheiding momenteel tot uitdrukking komt.

Voor de lezer beoogt dit boek theoretische kaders en praktische handvatten te bieden voor het maken van keuzes bij de benadering en de beoordeling van geschillen in besloten verhoudingen. Het is geschreven voor studenten, ondernemingsrechtjuristen en -advocaten, notarissen, mediators en andere bemiddelaars, coaches, tijdelijk bestuurders, commissarissen en beheerders van aandelen die de opdracht hebben een minnelijke regeling te beproeven, collaborative professionals, arbiters en rechters, en dan vooral voorzieningenrechters die zich met vragen van quasi-enquêterecht geconfronteerd zien en met geschillen in personenvennootschappen waarop het enquêterecht niet van toepassing is, maar die net zo goed quasi-enquêterechtelijk van aard kunnen zijn.

Maar het is ook geschreven voor degenen die zich bezig houden met het ontwerp van wetgeving.

Dit boek is een herschreven, geactualiseerd vervolg op en een uitbreiding van het eerdere in 2013 verschenen boek Open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen, 'Scheidingsmelding' in het ondernemingsrecht dat door Bart Prinsen geschreven werd.⁵ Het is ook een uitbreiding van het eerder in 2017 door George Smits en Monique Neven-Stillebroer geschreven boek met de titel 'Emotiemanagement'.⁶

De rol van emoties komt in dit boek nadrukkelijk naar voren. Het gaat verder in op juridische en andere mogelijkheden om in geschillen waarin emotie een rol speelt, te interveniëren.

Daarnaast is het geactualiseerd naar de huidige stand van de jurisprudentie, het voorontwerp van de 'Wet modernisering personenvennootschappen' en het voorontwerp van de 'Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure'.

En het is herschreven omdat onze inzichten zich ontwikkelden.

Het is ook een lees- en leerboek, een leerboek ten behoeve van het onderwijs en een leesboek voor de geïnteresseerde. Maar het is ook een uitnodiging tot debat. En hopelijk ook een inspiratiebron voor degenen die zich in de praktijk of anderszins met geschillenoplossing bezig houden.

'Geschillenoplossing en emotiemanagement in personenvennootschappen en persoonsgebonden bv's en nv's' verschijnt digitaal en in boekvorm. Digitaal verschijnt het vanaf 12 februari 2021 wekelijks op de website van MannaertsAppels en op www.lzAAC.nl en uiteindelijk als één geheel in boekvorm. Wie opmerkingen of suggesties heeft kan die aan ons doorgeven via b.prinsen@mannaertsappels.nl of george@resetpartner.nl.

⁵ Boom Juridische uitgevers 2013.

⁶ G.P.G. Smits, Emotiemanagement, i.s.m. Monique Neven-Stillebroer, Drukkerij Claessens-Someren, 2017.

Waarom dit boek?

2. Ondernemingsrechtelijke geschillenoplossing: onze achtergrond en die van dit boek

Wij, de auteurs van dit boek, doceren aan Tilburg University het vak Ondernemingsrechtelijke Geschillenoplossing. Bart Prinsen is daarnaast advocaat in Breda en George Smits is psycholoog, coach, mediator en trainer in 's-Hertogenbosch.

Toen George Smits in samenwerking met Monique Neven zijn boek over emotiemanagement publiceerde, vormde dat extra aanleiding om in een gezamenlijk boek de betekenis van emotie en het belang van de psychologie voor de ondernemingsrechtpraktijk te benadrukken.

In ons onderwijs is George Smits als psycholoog degene die gaat over de rol van emoties en het gebruik van aan de psychologie ontleende interventietechnieken. Bart Prinsen neemt tijdens de colleges het ondernemingsrecht voor zijn rekening. In die colleges behandelt Bart Prinsen onder meer de vraag of, en zo ja, in hoeverre het ondernemingsrecht ruimte laat voor de toepassing van juridische en psychologische interventietechnieken.

Iedere week organiseren wij in het vak rollenspellen. Daarin maken we de studenten vertrouwd met alle aspecten van geschillen in besloten verhoudingen.

De studenten spelen iedere positie na die in die geschillen mogelijk is: de rol van partij, rechter, onderzoeker, advocaat, mediator, bemiddelaar, collaborative professional, (tijdelijk) bestuurder, etc.

De casus die ze spelen komen uit de jurisprudentie en uit de praktijk. Op basis van onze praktijkervaring leren we studenten het gebruik van technieken die bijdragen aan duurzame en adequate conflictvoorkoming, conflictbeheersing en conflictoplossing. Kortweg: de methode DACCC.

De reden voor deze onderwijsopzet is voor ons eenvoudig. Tegen de handelwijze van een advocaat die in een voorkomend geschil voor een cliënt bijvoorbeeld beslag legt, omdat hij nooit anders geleerd heeft en dus niet anders kan, bestaat groot bezwaar: hij weet namelijk niet of het anders gekund en anders gemoeten had.

Tegen de handelwijze van een advocaat die het complete palet aan conflicthanterings- en oplossingsmogelijkheden overziet en dán alles overwegend beslag legt, kan geen bezwaar bestaan.

Ons vak Ondernemingsrechtelijke Geschillenoplossing onderwijst in interventietechnieken, juridisch én psychologisch van aard, over de gehele breedte van geschillen in besloten verhoudingen.

Een interventie kan bestaan uit het leggen van beslag, maar ook het voeren van een behoorlijk telefoongesprek. Een interventie kan de druk op een betrokkene verhogen en daardoor bijdragen aan de oplossing van een conflict. Een interventie kan de druk ook juist verlagen en op die wijze bijdragen aan de oplossing van een conflict.

Wat die interventies betreft geldt dat juristen meestal worden opgeleid in het beheersen van juridische technieken, maar niet in emotiemanagement. Wat juristen in geval van geschillen doen is daarom niet altijd adequaat. Het onderwijs in het vak Ondernemingsrechtelijke Geschillenoplossing laat zien dat het een en het ander wel degelijk goed te combineren is.

In dit mede voor het onderwijs bestemde leerboek kiezen wij dan ook voor een benadering die breder is dan de puur juridische. Wij willen de lezer graag bewust maken van de keuzemogelijkheden die er zijn zowel op juridisch als op emotioneel vlak.

En wij willen gedragsregel vijf die bepaalt dat de advocaat voor ogen dient te houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient boven een proces van relevante inhoud voorzien.

Dit doen wij enerzijds door de kennis van George Smits, als psycholoog, over emotiemanagement te plaatsen in de context van het ondernemingsrecht en dan in het bijzonder in de context van de geschillen in besloten verhoudingen. Anderzijds doet Bart Prinsen dat als jurist en als observator op basis van zijn ervaringen met het voorkomen, beheersen en oplossen van geschillen in die verhoudingen.

Zo ontstaat een interessante gelaagde combinatie tussen dogmatisch ondernemingsrecht en corporate litigation-ervaring enerzijds en tactische aan de psychologie ontleende interventies anderzijds.

Het is uiteraard aan de lezer zelf om een keuze te maken vanuit de verantwoordelijkheid die hij of zij als betrokkene bij een geschil heeft. En om de vraag te beantwoorden of er aanleiding is om zich in toegepaste psychologie en bemiddelingstechnieken te verdiepen.

Dit boek gaat aan de hand van de bespreking van het voorontwerp 'Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure' en van het voorontwerp 'Wet modernisering personenvennootschappen' ook over hoe tegen ondernemingsrecht aangekeken kan en moet worden en over de rol die verwachtingen daarin kunnen spelen.

Teleurstelling heeft immers alles met verwachtingen te maken en teleurgestelde verwachtingen alles met emotie. Of vervolgens adequaat in een geschil waarbij teleurgestelde verwachtingen een rol spelen kan worden geïntervenieerd heeft weer te maken met het antwoord op de vraag of wet, statuten of contract die interventie toelaten of er mogelijk zelfs in voorzien.

En met de vraag of de rol van emotie door wie dan ook die bij een geschil betrokken is, wordt herkend en op betekenis gewogen. Dit uiteraard binnen de mogelijkheden die wet, statuten en contract bieden.

En met de vraag of er binnen die mogelijkheden interventietechnieken toepasbaar zijn om emotie zodanig te managen dat een beter resultaat kan worden bereikt.

Waarbij sowieso geldt dat waar de wet ten doel heeft eigenrichting te voorkomen, de wet mede ten doel heeft emoties van ons, betrokken Nederlanders, te beheersen. In die zin zijn ook wetgeving en rechtspraak een vorm van emotiemanagement.

Waarom dit boek?

3. De beide voorontwerpen

Als het gaat om geschillen in personenvennootschappen en persoonsgebonden bv's en nv's vormen de voorontwerpen een belangrijk venster op de geldende rechtsopvattingen ter zake. Dit zowel als het gaat om de visie van de Minister voor Rechtsbescherming onder wiens verantwoordelijkheid de ontwerpen zijn opgesteld, als wanneer het gaat om rechtsopvattingen uit de literatuur, wetteksten en jurisprudentie die in de ontwerpen zijn aangehaald en becommentarieerd.

Dit boek gaat over geschillenoplossing en over emotiemanagement. Het is daarom zaak om die rechtsopvattingen helder in beeld te hebben en te bezien in hoeverre huidig recht en eventueel komend recht voor verschillende vormen van geschillenoplossing en emotiemanagement ruimte laten. Die rechtsopvattingen vormen dan ook de kaders van dit boek.

Dit weer is aanleiding geweest voor het opstellen van deze inleidende paragraaf over de beide voorontwerpen. Het is ook de reden dat deze paragraaf primair juridisch van aard is.

Duurzame ontwrichting, scheidingsmelding en ondernemingsrecht

Voordat ik inga op de twee voorontwerpen geef ik hierna eerst een voorbeeld van een huwelijk dat ontwricht raakt en stel ik daarbij een paar vragen: welke verplichtingen hebben de echtelieden/partners? Wanneer is hun relatie duurzaam ontwricht? Wat is daarbij de rol van die andere in het vermogensrecht zo belangrijke eisen, namelijk die van de redelijkheid en billijkheid? Gesteld vervolgens dat het echtpaar samen een bv heeft, welke betekenis heeft de ontwrichting dan binnen en voor de zakelijke samenwerking in die bv?

Voorbeeld

Man en vrouw zijn getrouwd of geregistreerd partner. Bij het aangaan van en tijdens de relatie speelt vertrouwen van de partners op elkaar en op de bestendigheid van hun relatie een grote zo niet essentiële rol.

Als belangrijke en bekende, maar niet rechtens afdwingbare verplichtingen tussen de gehuwden/-partners gelden de wederkerige verplichting tot het elkaar trouw te zijn, elkaar hulp en bijstand te bieden, te zorgen voor de kinderen en de verplichting tot het elkaar desgevraagd verschaffen van inlichtingen. Dit is de zorgplicht van de partners.

Ondanks de goede verwachtingen van de gehuwden/partners kan het huwelijk/het partnerschap duurzaam ontwricht raken. De relatie geldt als duurzaam ontwricht als de voortzetting van de samenleving ondraaglijk is geworden en geen uitzicht bestaat op herstel van enigszins behoorlijke echtelijke verhoudingen. De relatie is dan krachteloos geworden.

De constatering kan dan ook zijn dat het vertrouwen waarmee het huwelijk is aangaan in zijn tegendeel is komen te verkeren. Speciaal kan dat het geval zijn als trouw ontrouw geworden is.

Goede trouw houdt tijdens de relatie niet alleen in dat gehuwden/partners rekening houden met de gevoelens, rechten en belangen van de ander door bijvoorbeeld te goede trouw uitvoering te geven aan de zorgplicht, maar ook dat hij of zij zijn of haar gedrag op de ander afstemt juist omdat de ander op hem of haar vertrouwt. Vertrouwen is dan wederkerig.

Duurzame ontwrichting is de enige grond voor een verzoek tot echtscheiding of de ontbinding van een geregistreerd partnerschap in Nederland.

Voor het ondraaglijk worden van de samenleving kunnen allerlei oorzaken bestaan. Oorzaken die niet in de verwijtbaarheidssfeer hoeven te liggen. Ook kan de oorzaak van de ontwrichting liggen in varianten die met het tegendeel van getrouwheid te maken hebben.

En de ontwrichting kan voortvloeien uit een melding of boodschap dat een relatie over is.

Met de duurzame ontwrichting is de grond voor echtscheiding of de ontbinding van het geregistreerd partnerschap gegeven. Indien de man of vrouw of zij samen gemotiveerd stellen en daarbij volhouden dat hij of zij niet meer met zijn of haar echtgenoot/partner kan samenleven, zal dit voor de rechter, maar uiteraard ook voor een bemiddelaar, vrijwel altijd een beslissende aanwijzing zijn dat het huwelijk of het partnerschap duurzaam is ontwricht.

De eisen van redelijkheid en billijkheid zijn er tot hier niet aan te pas gekomen. Ze kunnen wel een grote rol spelen ten tijde van de relatie en in het bijzonder als de relatie misloopt. Bijvoorbeeld bij de uitvoering en uitleg van huwelijkse voorwaarden en verrekenbedingen, bij de vaststelling van pensioenrechten, bij de vaststelling van de alimentatie en bij het bepalen van de omgang met de kinderen.

Op het moment dat de echtscheiding is uitgesproken, zijn de partners er dus vaak dus nog niet.

Gebleken ontrouw, of de enkele melding dat de relatie over is, kan maken dat een partner de ander de omgang met de kinderen misgunt. Dat zou wellicht een begrijpelijke emotie kunnen zijn. Dat kan vanuit het perspectief van de kinderen een uitnodiging zijn om aan emotiemanagement te doen en te proberen aan de partner duidelijk te maken dat de ontrouw van de ander of diens melding niet hoeft te betekenen dat die ander ongeschikt is voor de opvoeding van de kinderen. Goed emotiemanagement kan er toe leiden dat de partner dat inziet. Dit is maar een voorbeeld.

Nu de overstap naar het ondernemingsrecht.

Gesteld dat diezelfde man en vrouw beiden bestuurder en aandeelhouder zijn in een bv. En dat hun huwelijk duurzaam ontwricht raakt. Eerst is de bv opgericht en later zijn man en vrouw gehuwd. De man houdt 70% van de aandelen, de vrouw 30%. De man en vrouw hebben, gelet op de vervelende ervaringen die anderen hebben opgedaan, steeds het ontstaan van een gemeenschap zorgvuldig vermeden.

Als de samenleving in het huwelijk ondraaglijk is geworden, mag naar algemene ervaringsregels worden aangenomen dat dat ook effect zal hebben op de samenwerking in de bv.

Bijvoorbeeld doordat de man de vrouw, die maar 30% van de aandelen houdt, als bestuurder en/of werknemer ontslaat. En/of doordat de man de vrouw niet meer informeert, en/of doordat de man de vrouw dividend onthoudt. Maar het kan ook zijn dat dit allemaal niet gebeurt. Dat ondanks dat het huwelijk duurzaam ontwricht is, misschien zelfs wel na het ontslag van de vrouw als bestuurder door de man die de meerderheid van de aandelen houdt, de vrouw door de man in haar rechten en belangen als aandeelhouder gerespecteerd wordt. Dat kan. Het kan ook een situatie zijn waar de vrouw er juist geen spijt van hoeft te krijgen dat ze zich tegen het voortduren van het aandeelhouderschap niet verzet. Bijvoorbeeld wegens de waarde van de aandelen en toekomstige dividendstromen.

Waardoor de man zich weer zou kunnen bedenken. Want hij kan die situatie ervaren als een waarin hij in belangrijke mate voor haar aan het werk is. Zich uitslooft voor haar terwijl ze dat niet verdient.

Om dit scherp in beeld te krijgen zijn juridische bijstand, een goede objectieve business valuator en emotiemanagement geïndiceerd.

Kan nu de vrouw als aandeelhouder op enig moment na de echtscheiding wegens duurzame ontwrichting, op basis van die ontwrichting met succes ook een uitredingsvordering instellen? Dus met succes ex artikel 2:343 lid 1 BW eisen dat de man haar 30% aandelen overneemt? Dit kan naar huidig recht niet zondermeer en er is – zoals we zagen – ook niet altijd aanleiding voor. Ondernemingsrechtelijk moet er meer aan de hand zijn en liggen de voorwaarden anders. Immers artikel 2:343 lid 1 BW stelt in dit geval als voorwaarde dat de vrouw door gedragingen van de medeaandeelhouder of van de vennootschap zodanig in haar rechten en belangen geschaad moet zijn dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid van haar niet kan worden geveerd.

Aan duurzame ontwrichting wordt in het artikel niet gerefereerd. Betekent dat dat duurzame ontwrichting van de verhouding tussen aandeelhouders in het kader van de uittredingsvordering geen rol kan spelen? Het antwoord is ontkennend.

Bezien we dit nader.

In artikel 2:343 lid 1 BW staat niet zoals bij de uitstotingsvordering van artikel 2:336 lid 1 BW centraal het schaden van het belang van de vennootschap. Voldoende volgens artikel 2:343 lid 1 BW is het schaden van de eigen rechten en belangen van de aandeelhouder.⁷ Door de rechter wordt in overeenstemming met de memorie van toelichting doorgaans ook niet – zoals bij artikel 2:336 lid 1 BW tot op heden wel geldt – de eis gesteld dat het schadende gedrag gepleegd wordt door de medeaandeelhouder ‘als aandeelhouder’.⁸ Concurrentie, bijvoorbeeld, door de andere aandeelhouder – zo wordt mede op basis van de memorie van toelichting⁹ aangenomen – kan daardoor als gedrag ‘van buiten’ een grond voor uittreding zijn.

Of, zoals Bulten schreef:

*“alle gedragingen kunnen tot uittreding aanleiding geven, en elk geschaad recht of belang ‘telt mee’.”*¹⁰

Ofschoon duurzame ontwrichting als grondslag niet genoemd wordt, speelt het gegeven van verhoudingen die verstoord zijn uiteraard wel een rol. Daarvan zal namelijk doorgaans sprake zijn op het moment dat rechten en belangen worden geschaad en de uittreedvordering op basis daarvan wordt ingesteld. En de uittreedvordering zal er ook aan bijdragen. Ook bij de wettelijke uittredingsregeling geldt zoals Bulten in 2011 in haar proefschrift vaststelde¹¹ en in de noot bij Rb. Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012, 246 (*Emba*) nog een keer bevestigde dat uitgangspunt is de verstoorde verhouding tussen partijen, waarbij voor het recht op uittreding volgens haar steeds minstens sprake zou dienen te zijn van *enige verwijtbaarheid* aan de andere aandeelhouder – i.e. de eis van het zodanig schaden van de rechten en belangen dat uittreding daardoor aangewezen is.

Daarop duiden ook de woorden ‘in redelijkheid niet kan worden geveerd’ die een zeker restrictief karakter veronderstellen.¹² Dat is niet onbegrijpelijk omdat de in het kader van de gevorderde uittreding de gedaagde aandeelhouder tegen zijn zin gedwongen wordt om de aandelen tegen een

⁷ Bulten 2011/1, p. 69 e.v.

⁸ OK 22 oktober 1992, NJ 1993, 411 (*Van Eyk/Van Eyk*), MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 16/17, Leijten 1999/2, p. 236, Bertrams 1999, p. 81-86, Bulten 2011/1, p. 70.

⁹ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 16/17. Vgl. ook OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*).

¹⁰ Ook Bulten 2011/1, p. 71 e.v.

¹¹ Bulten 2011/1, p. 75.

¹² Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 244, ten aanzien van artikel 2:36 lid 1 BW.

door de rechter vastgestelde waarde over te nemen¹³ en de aandeelhouder die de vordering instelt er volgens de wettelijke maatstaven en geldende inzichten niet vanuit mag gaan dat iedere aanleiding tot opzegging, bijvoorbeeld een alleen maar gestelde ontwrichting van de relatie, maar gebruikt kan worden om uit te kunnen treden.¹⁴

Ook Bertrams concludeerde in 1999 al in een bijdrage aan de bundel 'Overnemen een hele onderneming' op basis van jurisprudentieonderzoek (van ca. veertien uitspraken toen) dat in beginsel alle gedragingen die leiden tot een toestand van benardheid die in redelijkheid niet langer kan worden gevegd, dus ook als geen verwijt valt te maken, de vordering tot uittreding kunnen rechtvaardigen.¹⁵ Het gebruik door hem van de termen 'rechtvaardigen' en 'benardheid' op basis van de door hem onderzochte parlementaire geschiedenis en jurisprudentie wijzen er op dat de jurisprudentie, ook toen al, voor opzegging 'at will',¹⁶ in dit soort situaties geen ruimte bood.¹⁷ Kortom, voor toewijzing van de vordering tot uittreding moeten voldoende belang en grondslag bestaan. Er moet meer aan de hand zijn dan de enkele stellingname dat sprake is van ontwrichting.

Als we dit beschouwen dan valt op dat ook sinds het proefschrift van Bulten verscheen er maar relatief – ook ten opzichte van het aantal beschikkingen van de Ondernemingskamer in besloten verhoudingen – weinig rechterlijk uitspraken over het onderwerp zijn geweest, hetgeen verklaarbaar zou kunnen zijn uit de mogelijkheid dat er in de praktijk veel wordt geschikt, wat weer betekent dat het van rechtsontwikkeling mitsdien amper gekomen is. En als er rechterlijke uitspraken zijn dan blijkt daaruit, zoals ook het voorontwerp 'Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure' laat zien, dat rechters terughoudend en mogelijk te terughoudend met de regeling omgaan.

Ik kom op het voorontwerp op dit punt hieronder in deze paragraaf nog terug.

Volgens het voorontwerp zou de tekst van artikel 2:343 lid 1 BW dienen te veranderen. In het voorstel worden bij de uittredingsvordering de toetsingscriteria de eisen van redelijkheid en billijkheid, en wel als volgt:

“Een aandeelhouder kan een vordering tot uittreding instellen tegen één of meer medeaandeelhouders die zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd. (...)”

Inderdaad kan het in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid zijn dat de man de vrouw ontslaat. Het kan inderdaad in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid dat de man de vrouw niet informeert. Het kan inderdaad in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid dat de man de vrouw dividend onthoudt. En dat dit zodanig in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dat het voortduren van het aandeelhouderschap niet van de vrouw kan worden gevegd.

¹³ OK 20 november 1997, JOR 1998, 26A (*Hooymans/Hooymans*) en Rb. Zutphen 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas B.V./Ruitenberg*), r.o. 5.1., Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*), JIN 2016/108, nt. Kamerling.

¹⁴ Daarom besteedt de Rechtbank Zutphen in het vonnis van 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas B.V./Ruitenberg*) in het kader van de uittredingsvordering van Dijkhaas die als bestuurder was ontslagen aandacht aan het feit dat Dijkhaas niet weersproken had dat het aandeelhouderschap en het bestuurderschap binnen de vennootschap (Ruitenberg Ingredients B.V.) niet onlosmakelijk met elkaar waren verbonden en dat dit ook nooit de bedoeling van partijen was geweest. Ook Timmerman 2010.

¹⁵ Bulten 2011/1, p. 78/79 en 373 e.v. en 2011/2 p. 6/7.

¹⁶ De Kluisver 2007 en 2010, Bulten 2011/2, p. 9/10.

¹⁷ Bertrams 1999, p. 87-91, Bulten 2011/1, p. 48/49, p. 86.

Welk handelen of nalaten van de man allemaal uitvloeisel kan zijn van de duurzame ontwrichting van de relatie tussen man en vrouw. Of er juist het bewijs van is.

Punt is echter dat de redelijkheid en billijkheid weliswaar belangrijke juridische normen zijn, maar dat ze de rechtszekerheid niet in alle gevallen bevorderen. Waarbij komt dat het voorontwerp – zo blijkt hierna nog – aan het verschijnsel van de duurzame ontwrichting helaas niet de aandacht geeft die het verdient gelet op de variëteit aan verhoudingen waarin het een rol kan spelen. En – zoals hierna blijkt – er nog veel meer onduidelijkheden zijn die ook te maken hebben met de vraag wat nou eigenlijk de precieze betekenis is van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht. Die redelijkheid en billijkheid vormen daarin een soort vangnet, maar waarom aan een vangnet toekomen als het mogelijk is precieze(re) criteria te formuleren?

Waarmee ook de vraag rijst of het wel terecht is dat volgens het voorontwerp de criteria voor uittreding naar de redelijkheid en billijkheid wijzigen. Vormt het weglaten van het huidige criterium ‘het geschonden zijn van rechten en belangen’ en het daarvoor in de plaats stellen van de normen van redelijkheid en billijkheid wel echte winst?

Op deze vraag ga ik hierna bij de bespreking van de voorontwerpen verder in. Ik zal het in deze paragraaf gebruikte voorbeeld van de duurzame ontwrichting van de relatie tussen man en vrouw daarbij een paar keer aanhalen.

Het voorbeeld van de man en de vrouw is qua feiten simpel. Wat hierna in deze verantwoordende paragraaf duidelijk zal worden is dat bij het schrijven over het onderwerp van dit boek we er rekening mee moeten houden dat in het ondernemingsrecht alles met alles samenhangt. Het ondernemingsrecht is net een boom: trek je aan de ene kant aan een tak, dan begint de andere kant te bewegen zonder dat je in de gaten hebt waar precies. Dat geldt in het bijzonder voor onderwerpen als opzegging, duurzame ontwrichting en scheidingsmelding. Enig zicht op die beweging te krijgen is mede doel van deze paragraaf. De voorontwerpen bieden als venster daarvoor de mogelijkheid.

Het voorontwerp ‘Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’

In augustus 2019 werd het voorontwerp van de ‘Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’ gepubliceerd ten behoeve van een internetconsultatie. In dit voorontwerp deed de Minister voor Rechtsbescherming voorstellen voor de aanpassing van de wettelijke geschillenregeling en van het enquêterecht.

In de wettelijke geschillenregeling procedure gaat het om een dagvaardingsprocedure gericht op de uitstoting of uittreding van aandeelhouders, met varianten.

Voorbeeld

Vijf accountants zijn voor gelijke delen aandeelhouder in een accountantskantoor. Het kantoor is ondergebracht in een bv. Op een kwade dag komt aan het licht dat één van de accountants al jaren via een eigen bv klandizie onttrekt. De andere vier willen graag van hem af: als medebestuurder, als werknemer of opdrachtnemer én als aandeelhouder. Als bestuurder en als werknemer kunnen ze hem ontslaan. De opdracht kunnen ze beëindigen. Met zijn vieren kunnen ze – als hij zelf niet weg wil – ook als aandeelhouder gedwongen afscheid van hem nemen. Die mogelijkheid biedt de regeling van de gedwongen uitstoting als opgenomen in artikel 2:336 lid 1 BW. De hoedanigheidseis staat

daaraan niet in de weg staat omdat informatie als aandeelhouder over nevenwerkzaamheden eventueel met een beroep op de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW als een essentiële verplichting in dit soort besloten verhoudingen kan en mag worden beschouwd en de aandeelhouder duidelijk ook het belang van de vennootschap schaadt als hij die informatie niet geeft – en uiteraard ook als hij die nevenwerkzaamheden verricht.

Hoe dan ook, de hoedanigheidseis komt in het voorontwerp terecht te vervallen. Maar de vraag rijst meteen ook waarom het nodig is om de bocht van de schending van het belang van de vennootschap te moeten blijven nemen – een eis die artikel 2:336 lid 1 BW expliciet stelt. Want het is volstrekt duidelijk dat het jarenlang via een eigen bv klandizie onttrekken zich niet verhoudt met de kernverplichtingen van de besloten verhouding waarvan sprake is en dat de schending van het belang van de medeaandeelhouders daarom in artikel 3:336 BW ook een toets bij uitstoting kan en moet zijn.

De hierboven aangehaalde varianten zijn allemaal voorbeelden en consequenties van scheidingsmeldingen die resulteren in de beëindiging van verschillende rechtsverhoudingen. Ik schrijf scheidingsmeldingen omdat concurreren kan worden beschouwd als een impliciete scheidingsmelding, en de reactie daarop van degene die dat concurreren onacceptabel acht als een waarschijnlijk heel expliciete scheidingsmelding: de opzegging. Daarom schreef ik hierboven ook dat de impliciete scheidingsmelding van de een de zwaarwegende grond voor opzegging van de ander kan betekenen. En, eigenlijk gaat het misschien maar om één relatie: die tussen de accountant die klandizie onttrekt via een eigen bv en de overige accountants. Dat het belang van de bv geschaad wordt is evident.

In het geval er tussen de bewuste accountant en de anderen geschillen ontstaan, zou het pragmatisch en proceseconomisch verantwoord zijn indien daar maar één rechter naar behoefte te kijken, dan wel dat procedures die mogelijk voor verschillende rechters moeten worden gevoerd, goed op elkaar aansluiten. Dat is echter niet altijd het geval.

Die afstemming is ook in het voorontwerp niet optimaal, ook niet tussen de wettelijke geschillenregeling procedure en de enquêteprocedure.

Voorbeeld

In de enquêteprocedure, een verzoekschriftprocedure, gaat het om het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Indien de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam op basis van zo'n verzoek oordeelt dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid van de rechtspersoon te twijfelen, kan hij een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.

Als ik er achter kom dat een bedrag van 1,9 miljard euro op de balans van de nv waarin ik aandeelhouder ben, onvindbaar blijkt, dan kan ik, als ik alleen of samen met anderen voldoende aandelen houd, voor zo'n onderzoek naar de Ondernemingskamer. Als uit onderzoek blijkt dat sprake is van wanbeleid dan kan de Ondernemingskamer op basis daarvan voorzieningen treffen.

Sedert 1993 kan de Ondernemingskamer daarnaast en op verzoek van de indieners van het verzoekschrift of andere belanghebbenden in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen treffen en hoeft het onderzoek niet te worden afgewacht. Deze mogelijkheid heeft de laatste twintig jaar een grote vlucht genomen. Heel vaak komt het niet eens meer van een onderzoek.

Het enquêterecht is niet van toepassing op de personenvennootschappen maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap. Een reden hiervoor is dat deze vennootschappen contracten zijn. Ze zijn tot nog toe daardoor niet in Boek 2 BW geregeld, maar in Boek 7A Titel 9 BW.

De daarin opgenomen tekst stamt voor het grootste deel nog uit 1840 en is op Romeins recht herleidbaar. Vandaar dat sommige bepalingen moeilijk leesbaar zijn en ouderwets overkomen.

Een andere reden is de herkomst van het enquêterecht. In 1928 ingevoerd was het een middel voor aandeelhouders in ter beurze genoteerde ondernemingen voor het boven tafel krijgen van informatie over het beleid en de gang van zaken van een nv. De bv is pas in 1971 ingevoerd.

Maar voor het enquêterecht geldt intussen dat het grootste deel van de ongeveer 120 beschikkingen die jaarlijks verschijnen van de hand van de Ondernemingskamer betrekking heeft op geschillen in besloten verhoudingen. Let wel: in bv's én nv's.

Dat zijn dus geen geschillen in (beursgenoteerde, althans 'open') nv's zoals ABNAMRO, Stork of Ahold, maar voornamelijk persoonlijke en zakelijke conflicten in bv's. Vaak wordt juist in die bv's de besluitvorming verstoord door verziekte relaties tussen bijvoorbeeld familieleden en tussen aandeelhouders die elkaar ook los van het zakelijke heel goed kennen. Of tussen man en vrouw die net een echtscheiding achter de rug hebben. Waarbij ook hun familieleden betrokken kunnen zijn. Ook dan kan onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon nodig zijn en kunnen er door de Ondernemingskamer (onmiddellijke) voorzieningen getroffen worden, zoals het ontslag of de schorsing van één of meer van de bestuurders of de vernietiging van genomen besluiten.

Maar het gaat dan eigenlijk niet om de rechtspersoon, maar om de materiële kenmerken van de betrokken persoonsgebonden verhoudingen, in het kader waarvan handelen en nalaten aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Als personenvennootschappen rechtspersonen zijn, is er geen enkele reden waarom de materiële kenmerken daarvan niet ook in een (quasi)enquêterecht zouden kunnen worden getoetst. De rechtbank Rotterdam heeft dat al gedaan (Rechtbank Rotterdam 6 maart 2013, zaaknr. HA RK 12-2018, JOR 2013/100, in het vervolg van dit boek wordt deze uitspraak besproken).

Bijzonder is dat gedrag (handelen of nalaten) van zowel bestuurders, commissarissen als aandeelhouders in het enquêterecht aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Het gaat uiteindelijk om het beleid en de gang van zaken *van de rechtspersoon*, om een reden om aan een juist beleid *van de rechtspersoon* te twijfelen en om wanbeleid *van de rechtspersoon*. Waarom niet ook van de *personenvennootschap rechtspersoon*?

Voorbeeld

Een minderheidsaandeelhouder, in het boven aangehaalde voorbeeld de vrouw, die in die persoonsgebonden, maar helaas ontwrichte verhouding, herhaald geconfronteerd wordt met een weigering van de man om dividend uit te keren terwijl daarvoor geen bedrijfseconomische noodzaak bestaat, kan dat ter toetsing aan de Ondernemingskamer voorleggen. De herhaalde weigering *van de aandeelhouder* kan leiden tot het oordeel dat sprake is van wanbeleid *van de rechtspersoon*.

Tot op heden kunnen dergelijke aandeelhouders in een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer niet terecht voor een vordering tot gedwongen overname of gedwongen overdracht van aandelen om daarmee blijvende wijziging in de eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen af te dwingen. Wel kunnen die aandeelhouders verzoeken om een tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, zowel als onmiddellijke voorziening, als als eindvoorziening nadat het door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek is afgerond.

Als de in het voorontwerp voorgestelde wijzigingen doorgaan, dan gaat dit voor deze aandeelhouders veranderen. Vorderingen tot gedwongen overname of gedwongen overdracht van aandelen zijn

dan mogelijk, mits uit het verslag van het onderzoek dat op verzoek van de Ondernemingskamer is gedaan, blijkt dat er sprake is van onjuist beleid of wanbeleid van de rechtspersoon.

Over het verschil tussen onjuist beleid en wanbeleid zegt de toelichting bij het voorontwerp in paragraaf 3.2.1 op p. 14:

“Onder wanbeleid als bedoeld in artikel 2:355 lid 1 BW wordt een 'zeer ernstig tekortschietend beleid' verstaan, te onderscheiden van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twifelen (artikel 2:350 lid 1 BW) en onjuist beleid (artikel 2:354 BW). Onjuist beleid is een lichtere (dis)kwalificatie dan wanbeleid. Aan de constatering dat sprake is van onjuist beleid dat geen wanbeleid is, kan de Ondernemingskamer geen sancties verbinden, terwijl er van het oordeel wel een diskwalificatie van het beleid van de vennootschap uitgaat. Wanneer de Ondernemingskamer in het verslag zou vaststellen dat er onjuist beleid is bij de vennootschap, maar geen wanbeleid, dient het mogelijk te zijn voor aandeelhouders van de vennootschap om de vereenvoudigde geschillenregelingprocedure te starten. Een geval waarin het beleid van de rechtspersoon als 'onjuist' werd aangemerkt, is bijvoorbeeld het verstrekken van onvoldoende informatie aan aandeelhouders over een voor de onderneming belangrijk onderwerp. Het onthouden van informatie aan aandeelhouders zou een omstandigheid kunnen zijn die aanleiding geeft tot het instellen van een uittredingsvordering. Om die reden maakt het wetsvoorstel het mogelijk dat de vereenvoudigde procedure van artikel 2:356a BW niet alleen kan worden gestart als de Ondernemingskamer wanbeleid vaststelt maar ook als de Ondernemingskamer stelt dat er sprake is van onjuist beleid.”

Ik kom op de betekenis van de kwalificaties onjuist beleid en wanbeleid hieronder nog terug. Wel merk ik al op (1) dat de nieuwe mogelijkheid van het kunnen oordelen over uitstotings- en uittredingsvorderingen door de Ondernemingskamer betekent dat de betrokkenen een feitelijke beroepsinstantie missen. Van beschikkingen van de Ondernemingskamer kan namelijk alleen cassatie bij de Hoge Raad worden ingesteld. Van vonnissen van de rechtbank inzake een uitstotings- of uittredingsvordering kan wel op de feiten in hoger beroep worden gegaan, namelijk bij de Ondernemingskamer. Dit is bijzonder.

Kennelijk rechtvaardigt volgens de Minister het doorlopen van de enquêteprocedure en de uitvoering van het door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek het gemis van een feitelijke beroepsinstantie, ook op samenhangende vorderingen als die tot schadevergoeding. Ik vraag me af of dit voor het Hof van Justitie van de EU standhoudt, omdat het erop lijkt dat alles wat op het punt van uitstoting en uittreding in het kader van het enquêterecht rechtstreeks aan de Ondernemingskamer gevraagd kan worden, ook voor de rechtbank mogelijk is, met in dat geval wel twee feitelijke instanties en de mogelijkheid van cassatie. De wettelijke geschillenregeling procedure werd bij de invoering in 1989 juist apart van de enquêteprocedure gehouden, omdat de procedure in verband met het onteigeningskarakter van de uitstotingsvordering met voldoende waarborgen omkleed moest zijn.

Of hoger beroep op de feiten mogelijk is, wordt dan willekeurig bepaald door rechterlijke instantie waar de procedure wordt gestart: voor de rechtbank in een wettelijke geschillenregeling procedure of voor de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure. Dat lijkt zo op het eerste gezicht niet te kunnen. En dat zal zeker de mening zijn van een in de afloop van een procedure teleurgestelde aandeelhouder.

De vraag is vervolgens ook (2) welke procedure voorgaat als een enquêteprocedure door een partij bij de Ondernemingskamer aanhangig is gemaakt en de advocaat van de andere partij een geschillenregeling procedure begin bij de rechtbank, of een kort geding. Hoe sluiten die procedures dan op elkaar aan?

En er is nog iets bijzonders (3): de Ondernemingskamer gaat, als het voorontwerp doorgaat, op basis van de kwalificaties onjuist beleid en wanbeleid zeer waarschijnlijk jurisprudentie vormen op het punt van de uitstotings- en uittredingscriteria. Het zou zo maar kunnen dat de criteria die dan ontwikkeld (zouden kunnen en moeten) worden zich niet zonder meer verdragen met wat de wettelijke criteria voor gedwongen uitstoting en overname zijn zoals de rechtbank die hanteert of moet hanteren. Ook mogelijk is dat juist rechtspraak bij de Ondernemingskamer zich niet ontwikkelt omwille van de door rechtbanken op basis van de wettelijke geschillenregeling aangehouden en/of geformuleerde criteria, terwijl daar juist wel behoefte aan bestaat.

En nog iets (4): terecht schrijft Bulten in de noot onder Rb. Amsterdam 6 januari 2016, JOR 2016, 120 (STN):

“De hierboven afgedrukte uitspraak laat zien dat het gekunsteld is om eerst tot wanbeleid in een enquêteprocedure te komen en vervolgens een geschillenregelingprocedure te moeten starten om aan het aandeelhouderschap een einde te maken. De tijdelijke overdracht van aandelen van art. 2:356 sub e BW is een slecht lapmiddel. Al jaren klinkt de roep in de literatuur om een aanpassing van het enquêterecht op grond waarvan een definitieve aandelenoverdracht mogelijk is.”

Zolang echter de Ondernemingskamer, die enquêterechter is door attributie, de enige feitenrechter blijft, blijft het voorgaande heikel. Misschien moet niet geroepen worden om aanpassing van het enquêterecht, maar om aanpassing van de wettelijke geschillenregeling. En zou niet eigenlijk de rechtbank – en niet de Ondernemingskamer – op basis van uit het onderzoeksrapport gebleken onjuist beleid of wanbeleid en de bevestiging daarvan door de Ondernemingskamer, moeten oordelen over gedwongen overdracht of overname?

Dit laatste is dan weer problematisch vanwege het feit dat het hoger beroep van zo'n vonnis momenteel bij de Ondernemingskamer ligt. Of is het zo dat het gehele enquêterecht naar gespecialiseerde kamers in rechtbanken toe moet met de mogelijkheid van hoger beroep op de Ondernemingskamer, ook vanuit de gedachte dat het in het enquêterecht momenteel voornamelijk gaat om geschillen in besloten verhoudingen? De eigenlijke enquêtezaken – zoals het enquêterecht bij de invoering in 1928 bedoeld was – die betrekking hebben op het kunnen verkrijgen door aandeelhouders van informatie over het beleid en de gang van zaken in open nv's, zouden dan bij de Ondernemingskamer kunnen blijven?

En als dat zo is, is de Ondernemingskamer in de huidige opzet dan niet eigenlijk een bijzondere rechter die zich door attributie met ondernemingsrechtelijke geschillenoplossing in besloten verhoudingen bezig houdt, en als het voorontwerp ingevoerd wordt daartoe nog meer geëquipeerd is?

En tot slot hier, maar niet het minste (5): stel nu dat in het voorbeeld van de man en de vrouw de vrouw een verzoekschrift richt aan de Ondernemingskamer stellende dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen en op basis daarvan om onmiddellijke voorzieningen vraagt, welke ook. Is het dan niet vreemd dat dan ergens aan het einde van het onderzoek door haar om toewijzing van haar vordering tot uittreding wordt gevraagd, terwijl bij eerste lezing van het verzoekschrift alles er op wijst dat al haar bewaren tegen het beleid en de gang van zaken die ze daarin formuleert (en moet formuleren) om überhaupt ontvankelijk te zijn, kwalificeren als het doen van een scheidingsmelding? En dat we dan blijven volhouden dat opzegging in het bv-recht van de ene aandeelhouder aan de andere aandeelhouder geen rechtsgevolg sorteert? Moeten we het bestje in besloten samenwerkingsverhoudingen niet eens gewoon bij de naam gaan noemen?

Waarbij het waarschijnlijk zo is dat niet zozeer opzegging als fenomeen juridisch spannend is, als wel, in het perspectief van het functioneren van de rechtspersoon, haar rechtsgevolg, alsook, wederom in het perspectief van het functioneren van de rechtspersoon, de reactie op de opzegging, en dus de al dan niet naar aanleiding van de opzegging al dan niet gezamenlijk getroffen maatregelen. En of, en zo ja, onder welke voorwaarden uittreding geïndiceerd is, dan wel andere maatregelen volstaan. En of het maken van bezwaar dan niet een soort melding of waarschuwing met een scharnierfunctie is.

Wat opvalt is dat bv- recht en personenvennootschapsrecht in deze benadering naar elkaar toe schuiven. Er lijkt meer eenheid te kunne bestaan dan wellicht gedacht. Vergelijk de situatie van een maatschap met zeven personen waarvan er drie opzeggen, er nog een huurtermijn van drie jaar uit te zingen is, met vijftig personeelsleden in dienst, etc., etc. qua gecompliceerdheid en rechtsvragen eens met die van de man en de vrouw: er is toch eigenlijk geen essentieel verschil dat een verschil in geschillenbenadering nog rechtvaardigt?

Wat de wijzigingen van de wettelijke geschillenregeling betreft, beperk ik me hierna in deze inleiding tot de simpelste variant van het uit elkaar gaan van aandeelhouders, althans die waar dat, net als in het voorbeeld van de man en de vrouw die een scheiding doormaken, op vrijwillige basis niet lukt, namelijk tot de uittredingsvordering als opgenomen in artikel 2:343 lid 1 BW. Die luidt nu, voor zover relevant:

“De aandeelhouder die door gedragingen van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd, kan tegen die medeaandeelhouders een vordering tot uittreding instellen, inhoudende dat zijn aandelen overeenkomstig de leden 1, 2 en 3 van artikel 343a worden overgenomen. Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer medeaandeelhouders of van de vennootschap zelf.”

De regeling komt volgens het voorontwerp in een verlichte variant te luiden:

“Een aandeelhouder kan een vordering tot uittreding instellen tegen één of meer medeaandeelhouders die zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd. (...)”

Voorbeeld

Aan een 30% minderheidsaandeelhouder, hier: de vrouw, wordt door de man stelselmatig informatie onthouden en zij heeft aanwijzingen dat vrije reserves niet gebruikt worden ten behoeve van een dividenduitkering, maar om de managementfee's van de zittende bestuurder, de man, op te pompen. De vrouw kan gaan voor een gedwongen overname van haar aandelen door de man en tegelijkertijd voor een actie om haar schade vergoed te krijgen. Zij zou bovendien een enquête-procedure kunnen beginnen.

Onder de huidige regeling is goed verdedigbaar dat de vrouw als minderheidsaandeelhouder dan in haar rechten of belangen wordt geschaad. Die rechten en belangen vloeien voort uit de wet, uit de statuten, uit contract en uit zorgvuldigheids- en redelijkheid- en billijkheidsnormen. Of sprake is van het schaden van rechten en belangen is daaraan toetsbaar.

In het voorstel gaat het om het door de meerderheidsaandeelhouder ‘zodanig in strijd gedragen met hetgeen *door redelijkheid en billijkheid* wordt gevorderd dat ...’. De eisen van redelijkheid en billijkheid worden dan dus de criteria. Ik heb daar moeite mee. Want reeds de schending van de wet, maar ook die van statutaire of contractuele bepalingen, kan met zich meebrengen dat het voortduren van het aandeelhouderschap van de minderheidsaandeelhouder omwille van het schaden van daaruit voortvloeiende rechten en belangen, niet kan worden gevegd. De redelijkheid en billijkheid zijn dan

als criterium niet relevant. Ik zou menen dat dit in de wettekst, net als in de huidige tot uitdrukking zou moeten komen.

Ter toelichting: artikel 2:8 BW bestaat uit twee leden. In het eerste lid staat:

“de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken dienen zich als zodanig naar redelijkheid en billijkheid jegens elkaar te gedragen.”

In de literatuur wordt dit wel geduid als de aanvullende betekenis van artikel 2:8 BW. Dat is terecht, omdat artikel 2:25 BW bepaalt dat Boek 2 van dwingende aard is. Artikel 2:8 lid 1 kan dus in principe alleen maar betekenis hebben als de wet en de statuten daar ruimte voor laten.

Lid 2 van artikel 2:8 BW bepaalt vervolgens:

“Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Dit heet ook wel de derogerende betekenis van de redelijkheid en billijkheid. Deze betekenis lijkt in het kader van een uittredingsvordering minder relevant. Het kan hooguit gaan om uitzonderingsgevallen en ik kan me daar moeilijk een voorstelling van maken.

De keuze voor de redelijkheid en billijkheid als criteria is dus om deze redenen niet gelukkig. Overigens geldt dat ook als het voorstel tot wijziging van artikel 2:343 lid 1 BW niet zou doorgaan, de redelijkheid nog een andere rol speelt. Er staat immers in de huidige tekst:

“De aandeelhouder die door gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap *in redelijkheid* niet meer van hem kan worden gevegd, kan tegen die mede-aandeelhouders een vordering tot uittreding instellen, inhoudende dat zijn aandelen overeenkomstig de leden 1, 2 en 3 van artikel 343a worden overgenomen. Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders of van de vennootschap zelf.”

Ook op dit redelijkheids criterium is wel wat af te dingen. Dat zit hem in de woorden ‘zodanig’ en ‘schaden’. Immers, zo lijkt mij, een minderheidsaandeelhouder wordt zodanig in zijn rechten of belangen geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap niet van hem kan worden gevegd, of niet. Daar is de redelijkheid als criterium niet voor nodig. Hoewel die wel een rol zou kunnen spelen. Op wel meer plaatsen in de wet, ook buiten het ondernemingsrecht, geven regelingen een grondslag om in voorkomende gevallen te concluderen dat rechten of belangen geschaad zijn *zonder* dat daarbij een redelijkheids criterium nodig is.

Waar de geschillenregelingsprocedure en de enquêteprocedure volgens de Minister al geruime tijd aan herziening toe zijn, zijn er dus zeker nog kanttekeningen mogelijk.

Waarmee ik ook constateer dat het sinds de invoering van de wettelijke geschillenregeling in 1989 nog steeds niet gelukt is om de regeling echt ‘af’ te maken. Want het geval is dat de wettelijke geschillenregeling in 2012 al een keer gewijzigd werd, voornamelijk omwille van de lange duur van de uitstotingsprocedure – die wel tien jaren kon duren –, de gecompliceerdheid van het debat over zowel feitelijke als juridische vragen, de bedreigingen daarmee voor de continuïteit van de onderneming en de complicaties voor de waardebeoordeling.

Door de Minister werd in 2012 ook toegezegd dat de geschillenregeling met de herziening in breder verband zou worden getrokken. Ook daar lijkt het niet helemaal van te zijn gekomen.

De Minister voert voor de huidige herziening aan dat de uittredings- en uitstotingscriteria in de weinige zaken die er zijn, door rechters te strak worden toegepast en er behoefte bestaat aan de boven al kort besproken mogelijkheid van gedwongen overdracht en overname in de enquête-procedure voor de Ondernemingskamer.

De toelichting op het voorontwerp merkt in paragraaf 3.1.2 over het huidige geringe gebruik dat van de vordering tot uittreding wordt gemaakt het volgende op:

“Bij de herziening van de geschillenregeling in het kader van de flexibilisering van het BV-recht werd de uittreding aangeduid als een middel waardoor de minderheidsaandeelhouder een mogelijkheid zou kunnen krijgen om door uittreding aan een beknelde positie een einde te maken (Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 20). In de praktijk blijkt dat de uittredingsgrond beperkt wordt uitgelegd in de jurisprudentie.”

Voorbeeld

Er is een zaak – in het vervolg van dit boek wordt deze kwestie uitgebreider besproken¹⁸ – van vijf broers, voor gelijke delen aandeelhouder in het familiebedrijf, met een volstrekt verpeste onderlinge relatie, waarvan er zich één de dupe voelt. Toch slaagt zijn vordering tot uittreding niet, omdat volgens de rechtbank geen sprake was van *het schaden in rechten of belangen als aandeelhouder*. Noch het stemrecht noch het winstrecht van de broer werd namelijk aangetast. De betreffende aandeelhouder kon er dus niet op basis van de door hem ex artikel 2:343 lid 1 BW ingestelde vordering uit.

Er zijn mijns inziens twee hoofdredenen dat de uittredingsgrond van artikel 2:343 lid 1 BW, zoals in deze zaak, door de rechter (te) beperkt wordt uitgelegd. Ten eerste de restrictieve tekst van de wet zelf met de bijbehorende toelichting in de Kamerstukken. Ten tweede het beperkte aantal zaken in de praktijk,¹⁹ wat een van de redenen is dat een goed referentiekader ontbreekt. En omdat een goed referentiekader ontbreekt worden procedures ook niet altijd goed opgezet.

Verder valt op dat vonnissen, wellicht mede om deze redenen, niet altijd aansluiten op de beschikkingen van de Ondernemingskamer. In onder meer de Zwagerman-zaak²⁰ heeft de Ondernemingskamer het over de bijzondere in acht te nemen zorgvuldigheid in familieverhoudingen. Over de achtergrond van die norm en eventuele toepasselijkheid van die norm blijkt in de zaak van de vijf broers niks. Onduidelijk is waarom niet. Dit is daarmee nu al zo'n voorbeeld van een niet op elkaar aansluiten van visies van de Ondernemingskamer en van de rechtbank.

Onduidelijk is ook of, en zo ja, welke rol die norm in de verhouding tussen de man en de vrouw in het gegeven voorbeeld zou kunnen spelen.

Ik vervolg de toelichting:

“Hierdoor komt de toewijzing van een vordering tot uittreding weinig voor (in de periode 2013-2016 werd de vordering tot uittreding in een ruime meerderheid van de gevallen afgewezen). Door deelnemers bij de expertbijeenkomst en in de literatuur is opgemerkt dat er vooral onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de uittredingsvordering, met als gevolg dat rechtbanken te hoge of andere eisen stellen aan de uittredingsvordering.”

¹⁸ Rb. Midden-Nederland 26 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3812 (*vijf broers*).

¹⁹ MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 17, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, p. 891.

²⁰ OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh (*Zwagerman/Zwagerman Beheer*).

De onduidelijkheid over de reikwijdte van de uittredingsvordering, en de vraag welke reikwijdte die vordering zou moeten hebben, is alleen maar op te lossen met een goed referentiekader. Door alle argumenten en criteria, ook uit zaken die niet direct betrekking hebben op uitstotings- en uittredingsvorderingen, op een rij te zetten. En door zich een voorstelling te maken van wat het betekent als familieverhoudingen of verhoudingen tussen echtelieden totaal verziekt of ‘duurzaam ontwricht’ zijn en welke argumenten daaraan ontleend kunnen worden.

Simpel ‘at will’ uittreden is er, zoal al opgemerkt, voor een aandeelhouder namelijk niet bij. Ik vervolg de toelichting:

“Enerzijds wordt de huidige grond voor uittreding in de jurisprudentie beperkt uitgelegd door onder meer ‘bijkomende zwaarwegende omstandigheden’ te eisen of ‘serieuze eisen aan het gewicht van de bijzondere bijkomende omstandigheden’ te stellen. Deze zwaardere toetsen zijn terug te vinden in een aantal uitspraken.”

Ik volsta met naar die uitspraken te verwijzen. Ik vervolg de toelichting:

“Anderzijds zijn er uitspraken waar zwaarwegende omstandigheden niet worden vereist door de rechter (vgl. Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, JOR 2014/193 (*Muis Beheer*) en Rb. Overijssel 27 september 2017, JOR 2018/35). Zo wordt in het oordeel van de Rechtbank Noord-Holland in *Muis Beheer* niet gerefereerd aan zwaarwegende omstandigheden, maar vormen het onthouden van informatie en de ‘uithongering’ (het niet uitkeren van dividend) van de aandeelhouder voldoende grond voor uittreding.”

Dan vervolgt de toelichting:

“Onder het huidige recht bepaalt artikel 2:343 lid 1 BW dat er sprake moet zijn van een situatie waarbij de aandeelhouder ‘zodanig’ in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd (vgl. paragraaf 2.1). Dit is een minder zware toets dan de afweging of ‘zwaarwegende omstandigheden’ aanwezig zijn. Deze hogere lat die in de jurisprudentie voor uittreding bestaat is onwenselijk. De uittreding is bedoeld als een adequate exit voor een beknelde minderheidsaandeelhouder. Om deze reden wordt in het wetsvoorstel het criterium voor uittreding aangepast.”

De hogere lat voor uittreden – de zwaarwegende omstandigheden – acht het voorontwerp dus onwenselijk.

“Het wetsvoorstel regelt dat een aandeelhouder een vordering tot uittreding kan instellen tegen één of meer medeaandeelhouders, die zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd dat het voortduren van het aandeelhouderschap van de aandeelhouder in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd. Met het criterium van redelijkheid en billijkheid wordt de maatstaf van uittreding vereenvoudigd. Zo wordt verduidelijkt dat een minderheidsaandeelhouder die onredelijk in zijn belangen wordt geschaad door medeaandeelhouders of de vennootschap, kan uittreden, zodat aandeelhouders niet tot elkaar veroordeeld hoeven te zijn.”

Belangrijk is de laatste zin uit het citaat waar staat: ‘zodat aandeelhouders niet tot elkaar veroordeeld hoeven te zijn’. Denk even aan de man en de vrouw uit het aangehaalde voorbeeld. Hoewel minder juridisch geformuleerd, is het betreffende citaat in dit boek in het kader van het te behandelen onderwerp emotiemanagement een interessante zinsnede.²¹ Uit dat tot elkaar

²¹ Het is een frase die ook voorkomt in Vzr. Rechtbank Rotterdam 16 januari 20013, JOR 2013, 98 (*Next Level Systems*), waarover nog hoofdstuk (...), paragraaf (...).

veroordeeld zijn blijkt in de praktijk namelijk veel emotie voort te komen, terwijl daar door rechters juridisch beschouwd bepaald niet altijd rekening mee wordt gehouden of niet kan worden gehouden.

Goed verdedigbaar is uiteraard dat een minderheidsaandeelhouder die in zijn belangen wordt geschaad door medeaandeelhouders of de vennootschap, moet kunnen uittreden. Dat lijkt toch het minste. Maar welke belangen zijn dat dan, denkend aan de zaak van man en de vrouw en die van de vijf broers? Wat is er nog meer nodig dan een ernstig verpeste familieverhouding?

Dit zijn precies de vragen die rechtvaardigen onderzoek te doen naar het referentiekader rond de redelijkheid en billijkheid en andere eventueel toepasselijke normen in deze en andere zaken.

Want, zoals ik aan het begin van de inleiding al opmerkte: scheiding in het ondernemingsrecht heeft duidelijk op meer betrekking dan alleen de scheiding tussen twee partners. Zakelijke scheiding speelt ook binnen families of tussen vijf partners. Op bestuurs-en/of op aandeelhoudersniveau. Tussen leden. Tussen man en vrouw zakelijk. Binnen joint ventures. In paritaire samenwerkingsverbanden of in minderheids-/meerderheidsverhoudingen waar de minderheid problemen heeft met de meerderheid, maar waarin het omgekeerde ook mogelijk is. Binnen en buiten rechtspersonen in de zin van Boek 2 BW. In door contract beheerste relaties. In relaties waarin helemaal niets geregeld is.

Misschien schuilt sinds 1989 het grootste probleem rond de wettelijke geschillenregeling wel in het bestaan van deze grote variëteit aan feitelijke en rechtsverhoudingen, en het feit dat de wetgever die in het geval van uitstotings- en uittredingsvorderingen maar in twee sleutels plaatste. Voor de uitstotingsregeling die van het schaden van het belang van de vennootschap zodanig dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. En voor de uittreding die van het zodanig schaden van de rechten en belangen van de aandeelhouder dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd. De vraag is of deze twee sleutels recht doen aan de gevarieerde feitelijke en rechtsverhoudingen tussen aandeelhouders in de praktijk. De vraag is of de sleutels passen en het voorgaande laat al zien dat daar grote vraagtekens bij te plaatsen zijn.

Neem het schaden van het belang van de vennootschap. Zeker, het is zinvol daarop een uitstotingsvordering te baseren. Die mogelijkheid moet ook gehandhaafd blijven.

Maar ‘het’ belang van ‘de’ vennootschap zal genuanceerd geïnterpreteerd en betekenis gegeven moeten worden.²² Dat laat het gegeven voorbeeld van de vijf accountants al zien. Er zijn beroeps- en bedrijfsmatige samenwerkingen in bv’s en zelfs in besloten nv’s waar het belang van de vennootschap toch vooral en eerst samenvalt met het belang van de aandeelhouders. Dat geldt voor nogal wat advocaten-, notarissen- en accountantskantoren. Daarin is voornamelijk het verdien- en het formele zeggenschapsmodel op het traditionele bestuurs-/aandeelhoudersonderscheid gebaseerd. Er bestaat verder amper belemmering – juist niet – in de toegang van de aandeelhouder(s) tot de klanten, wat traditioneel een taak van het bestuur als vertegenwoordiger van de vennootschap is. Maar dat bestuur houdt zich in deze voorbeelden juist niet of veel minder met de rechtstreekse klantcontacten bezig.

Dit is een typisch kenmerk van door volmacht en beroepsregels bepaalde beroepsmatige samenwerking, die vaak in bv’s en soms zelfs in nv-vorm is gegeven.

Het gaat in die kantoren met als rechtsvorm bv of nv om het behalen van persoonlijke targets, een daarvan afgeleid winstaandeel en de opname van dito maandelijkse voorschotten. Aan actief hoeft er niks op de balans te staan; de know how – het belangrijkste actief – zit tussen de oren van de

²² Vgl. Rechtbank Amsterdam 4 mei 2016, JOR 2016, 327 (*Maud/RBS*).

aandeelhouders. Het aandeel is de basis van een reken- en verdienmodel, althans zolang het goed gaat. Het kan er ook in de aandeelhoudersvergadering zwaar om spannen als het minder gaat. Maar het schaden van de belangen of rechten van de aandeelhouder grijpt in deze voorbeelden – genuanceerd – *bij een uittredings- of uitstotingsvordering* anders aan dan in een geheel volgens de opzet van de wet ingerichte bv of nv.

Het is ook in zulke bv's of nv's de aandeelhoudersmacht die de zeggenschap van de aandeelhouder(s) legitimeert, uiteraard formeel, in de vergadering van aandeelhouders, maar ook materieel, in het kader van de lopende beroeps- en bedrijfsuitoefening. In dit laatste liggen met name de betrokken belangen. Het schaden van de belangen of rechten van de aandeelhouder kan dus ook de materiële uitoefening van zeggenschap(srechten) in die dagelijkse gang van zaken in de uitoefening van het beroep of bedrijf betreffen, of die werkzaamheid zelf.

Het gaat dan dus niet alleen om het schaden van formele aandeelhoudersrechten – stemrecht, winstrecht, informatierecht – en -belangen, maar ook om materiële onderliggende rechten en belangen. Dat opent de deur naar acties bij duurzame ontwrichting die daarop scherper aanhaken. En zeker: de uittredingsregeling biedt daar al de mogelijkheid voor. Maar niet de uitstotingsregeling in haar in artikel 2:336 lid 1 BW gestelde eisen.

Ook voor het criterium van het schaden van het belang van de vennootschap geldt dat genuanceerde benadering nodig is. Het belang van de vennootschap is namelijk net zo goed dat de materiële zeggenschapsrechten en werkzaamheid geborgd zijn en blijven. Dat is de basis van het verdienmodel. Daar hoort ook bij het kunnen uitoefenen van directe klantcontacten en een in principe vrije toegang tot de markt.

Waarom dan alleen een uitstotingsvordering in geval dat sprake is van het schaden van het belang van de vennootschap en niet als het belang van de vorderende aandeelhouder even ernstig geschaad wordt? Waarom is die aandeelhouder alleen op de uittredingsvordering aangewezen?

Natuurlijk hebben de betreffende bv's en nv's een eigen belang. Ze zijn en blijven als rechtspersonen zelfstandig drager van rechten en plichten ex artikel 2:5 BW. De continuïteit ervan is een eigen belang. Een belang dat door de wet ook expliciet wordt erkend en waar hele reeksen uitspraken over bestaan. Maar de continuïteit is ook duidelijk een eigen belang van de aandeelhouders dat verder gaat dan waar het een belegger op afstand om zou gaan. Er zijn nuancerings die daaruit kunnen en zouden moeten voortvloeien. Bijvoorbeeld in geval van duurzame ontwrichting als gevolg van verstoorde verhoudingen. Het ondernemingsrecht stikt overigens van situaties waarin genuanceerd geoordeeld moeten worden. Van grijstone.

Uiteraard speelt dit vaak ook en juist in familievennootschappen.

Voorbeeld

Dit voorbeeld is afgeleid van de Hooymans-zaak²³ en legio andere conflicten binnen familiebedrijven zoals die uit de jurisprudentie blijken. Vader en moeder zien hun drie zoons als uitiem geschikt om de zaak over te nemen. Ze gaan er bij voorbaat vanuit – zo blijkt al uit de aanstelling van alle drie tot bestuurders in verschillende vennootschappen – dat de karakters en vaardigheden van de broers een optimale voortzetting van het familiebedrijf garanderen. En dat de broers elkaar bij uiteenlopende geschiktheid toch het bestuurs- en aandeelhouderslicht in de ogen blijven gunnen.

²³ Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 10 mei 1996, JOR 1998, 26 (*Hooymans*).

Thuis, aan tafel, zelfs aan het Kerstdiner, gaat het over niet veel anders dan de zaak. Gedeelde klantcontacten en vrije toegang tot de klanten – überhaupt zich als directeur naar klanten te kunnen profileren – wordt door ieder van de zoons als het hoogste goed beschouwd. Dat een van hen zou moeten terugtreden als bestuurder vanwege mindere geschiktheid is dan ook niet bespreekbaar. Niet met de minder geschikte broer en ook niet met vader en moeder, al was het maar vanwege de betrokken emoties en de directe inbreuk op het gevoel van eigenwaarde. Om de precieze bestuurs- en aandeelhoudersbevoegdheden en verantwoordelijkheden – inclusief de verantwoordelijkheid om geschikt te zijn – bekommert geen van hen zich. Totdat het om de een of andere reden misgaat, en dan kan het – zoals in de Hooymans-zaak – snel gaan.

Als het mis gaat – richting duurzame ontwrichting – wordt ook pijnlijk duidelijk hoe alle posities en relaties met elkaar samenhangen. Te zien is dan dan hoe onlosmakelijk aandeelhouderschap en bestuurderschap met elkaar verbonden kunnen zijn én hoe familie, aandeelhouderschap en bestuurderschap met elkaar verweven kunnen zijn. Dan wordt het de minder geschikte broer ook pijnlijk duidelijk hoe handig het is voor de twee andere broers dat zij de meerderheid van de stemrechten hebben. Toevallig.

Omdat de betrokken emoties nooit bespreekbaar zijn gemaakt – het hoeft in families en in besloten verhoudingen in het algemeen alleen maar te gaan om *denken* dat iets niet bespreekbaar gemaakt kan worden – wordt er in een aandeelhoudersvergadering afscheid genomen van de derde broer, zonder dat zijn belangen als familielid en aandeelhouder geborgd zijn. Het bespreekbaar maken van wensen en belangen zal na het ontslag zeker niet meer gebeuren.

Het maakt bij elkaar aan duidelijk waarom de Ondernemingskamer in de Zwagerman-zaak spreekt over de in familieverhoudingen in het bijzonder in acht te nemen zorgvuldigheid. Familieleden kiezen elkaar nou eenmaal niet zelf op ieders kwaliteiten uit. Het maakt ook duidelijk dat als die bijzondere zorgvuldigheid niet vanaf het begin in acht genomen wordt, op het punt van herstel van relaties nauwelijks nog ergens te komen is.

Het geeft ook aan dat niet alleen de hoedanigheidseis zeer genuanceerd gesteld zou moeten worden, maar dat ook de uitleg van het begrip ‘belang’ bijzondere aandacht verdient. De hoedanigheidseis is de eis, die stelt dat het in de uitstotingsvordering om gedrag moet gaan van de aandeelhouder in die hoedanigheid. Het voorontwerp wil deze eis terecht laten vallen.

De maatstaf van de redelijkheid en billijkheid

Soms namelijk gaat het er in die relaties – als ze nog niet onherstelbaar zijn verpest – niet eens zozeer om te kunnen scheiden. Want scheiden is iets, wat de familie dan eigenlijk niet wil. Het gaat er soms eigenlijk om, dat er aan de zeggenschaps- en winstverhoudingen iets moet veranderen als die als door wet, statuten of contract gegeven, muurvast zitten. Bijvoorbeeld om aan veranderende verhoudingen vorm en inhoud te geven: de een staat stil, de ander groeit. Of de betrokkenen groeien iedere een nader kant uit. Welke rol spelen de redelijkheid en billijkheid dan? En welke rol *kunnen* ze spelen? Hoe zwaar moeten de betrokken belangen dan wegen en welke kunnen dat zijn?

Met de maatstaf van redelijkheid en billijkheid, hoe aantrekkelijk misschien ook – juist als ze als vereenvoudigde maatstaf worden voorgesteld – is het dan enorm oppassen geblazen. In de praktijk worden wij als advocaten door rechters al meewarig aangekeken als we het alleen maar over redelijkheid en billijkheid durven hebben. Dus aan referentiekader bestaat wel behoefte.

Want wat betekenen de redelijkheid en billijkheid precies in het kader van de scheidingsvarianten die de uitstoting en uittreding zijn? Welke criteria bepalen daarvan de inhoud? Hoe verhouden de

redelijkheid en billijkheid zich tot zorgvuldigheidsnormen? Tot wettelijke, statutaire en contactuele normen? Welke normen zijn relevant?

Kan een aandeelhouder – zie de toelichting in het voorontwerp – die *onredelijk in zijn belangen wordt geschaad* ook redelijk in zijn belangen worden geschaad? Wanneer wordt redelijk onredelijk? Zijn ‘redelijk’ en ‘geschaad’ wel bij elkaar horende begrippen? Zijn redelijkheid en billijkheid als normen niet te begrijpen in de context van het contract of de rechtspersoon of de relatie tussen schuldenaar en schuldeiser? Hoort ‘geschaad zijn in belangen’ niet (deels of helemaal) thuis in de onrechtmatige daad-setting? Hoe zit dit precies? Wanneer is het voldoende om belang te hebben en wanneer is dat belang geschonden?

Voorbeeld

Als in de ledenvergadering van een vereniging een meerderheid een besluit neemt, dan is dat iets waar de minderheid zich bij neer heeft te leggen. Dat geldt ook als het besluit niet in het belang van de minderheid *is*, of als de minderheid *vindt* dat het niet in haar belang is. Een meerderheidsbesluit kan zelfs het belang van de minderheid, of van een deel van die minderheid, feitelijk en objectief schaden.

In het verenigingsrecht is er dan een escape. Artikel 2:36 lid 3 BW bepaalt dat een lid zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang kan opzeggen binnen een maand nadat een besluit waarbij zijn rechten zijn beperkt of zijn verplichtingen zijn verzwaaard, hem is bekend geworden of medegedeeld. Het besluit is dan niet op hem van toepassing.

Ook in een bv of nv kan een meerderheidsbesluit het belang van de minderheid, of van een deel van die minderheid, of zelfs van slechts één aandeelhouder, feitelijk en objectief schaden. Wanneer is het schaden van de rechten of belangen zodanig, dat het leidt tot toewijzing van een uittredingsvoordeel van de minderheidsaandeelhouder?

En wat is de rol van emotie daarbij? En van vertrouwen?²⁴ En van aan vertrouwen ontleende verwachtingen? En van het doel en de aard van de samenwerking? Van het feit dat verhoudingen duurzaam ontwricht zijn? De verhoudingen in, bijvoorbeeld, een notariskantoor waar vijf partners werkzaam zijn? Of het nu om een maatschap of om een nv gaat?

Het voorontwerp kiest als uittredingscriterium voor de redelijkheid en billijkheid. Wordt het er daarmee gemakkelijker op? Waarom is eigenlijk in het ontwerp niet voor de omgekeerde benadering gekozen? Denk aan een minderheidsaandeelhouder die tevens bestuurder is en als bestuurder ontslagen wordt door de meerderheidsaandeelhouder. Is het niet zonder meer redelijk dat die meerderheidsaandeelhouder dan ook aanbiedt de minderheidsaandelen over te nemen? Sterker: moet die dat niet aanbieden? Waarom niet? Waarom wel? En heeft – weer anders – een ontslagen bestuurder/minderheidsaandeelhouder die zijn minderheidsaandelen niet wil overdragen niet iets uit te leggen? Zijn alle gevallen vergelijkbaar?

Ik volg de tekst van de toelichting:

“Net als bij de uittredingsbepaling onder het huidige recht is het woord ‘zodanig’ gehandhaafd in de bepaling van artikel 2:343 lid 1 BW. Het gedrag van de mede-aandeelhouders moet zodanig in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn, dat toewijzing van de vordering gerechtvaardigd is. Het gaat hier net als onder het huidige recht om een belangenafweging door de rechter.”

²⁴ Vgl. Van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (Wolters Kluwer, 2016), p. 47 rechtsonder.

Hier zien we de koppeling van de woorden ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘rechtvaardiging’. Horen die wel bij elkaar? Waarom is het vanuit de minderheidsaandeelhouder bij diens ontslag als bestuurder niet zonder meer gerechtvaardigd dat zijn aandelen worden overgenomen? Wanneer gaat ‘gerechtvaardigd zijn’ over in ‘moeten’? Waarom gaat het om een belangenafweging door de rechter? Welke belangen? Waarom?

“Een ontslag als bestuurder kan zo afhankelijk van de omstandigheden van het geval kwalificeren als een schending van de redelijkheid en billijkheid, waardoor tevens uittreding van deze bestuurder als aandeelhouder mogelijk wordt. Deze bestuurder tevens aandeelhouder hoeft geen bijkomende zwaarwegende omstandigheden aan te voeren zoals vereist in de uitspraak *Manyana/HRM*. Hoewel zwaarwegende omstandigheden niet vereist zijn, betekent dit niet dat de enkele vrees van een aandeelhouder dat zijn ontslag als bestuurder in de toekomst eveneens zal leiden tot een beknelde positie als aandeelhouder, voldoende grond is voor uittreding.”

Waarom niet? Wat kan/mag hij daar zelf van vinden? Waar kan/mag hij vanuit gaan?

“De aandeelhouder moet daadwerkelijk schade ondervinden bijvoorbeeld doordat hem informatie wordt onthouden of doordat hij geen dividend meer uitgekeerd krijgt. Enkel ontslag als bestuurder (al dan niet onverwacht of tegen zijn zin) is onvoldoende. Bijkomende omstandigheden zijn nodig. ‘Zwaarwegend’ hoeven die omstandigheden echter niet te zijn.”

Waarom moet de aandeelhouder daadwerkelijk schade ondervinden? Waar zit hem die schade in? Waarom zijn ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘schade’ gekoppeld? Waarom het woord ‘bekneld’? Of ‘benard’? Wat is dat? In een huwelijk? In een samenwerkingsrelatie? Van welk stadium van ontwrichting is dan sprake? Zijn die begrippen nog nuttig? Wat is wel en niet zwaarwegend? En waarom is de in het citaat bedoelde zwaarwegendheid niet nodig? Is duurzame ontwrichting op zich voldoende? Of dreigende duurzame ontwrichting? Is (dreigende) ontwrichting nou wel of niet zwaarwegend?

Een referentiekader voor het gebruik van de normen van redelijkheid en billijkheid is dus onmisbaar. In dit verband haalt de Minister van Rechtsbescherming een paar rechterlijke uitspraken onder de oude criteria wel aan – er zijn er überhaupt maar een paar en dat is ook reden voor het gemis van een referentiekader – maar de verwijzingen zijn niet echt verhelderend. En dat blijken ze ook niet zondermeer te zijn als de uitspraken nader worden beschouwd.

Vanuit de praktijk gezien is het voorstel daardoor niet toereikend. Dat kan eigenlijk niet. Want geschillen in besloten of persoonsgebonden verhoudingen zijn in de praktijk spannend. Ze gaan ergens over. Dat komt door de grote belangen die betrokken zijn, zoals inkomen, vermogen, pensioen en werkgelegenheid. Daarnaast maakt het ondernemingsrecht vaak gebruik van open normen en begrippen, zoals redelijkheid en billijkheid, behoorlijke taakvervulling en wanbeleid. Die normen en begrippen geven het vakgebied enerzijds spankracht, maar anderzijds zorgen ze voor rechtsonzekerheid.

Er bestaat behoefte aan rechtszekerheid. Aan voorspelbaarheid.²⁵ Vooral als aandeelhouders met de koppen tegen elkaar dreigen te komen te staan. En het gaat daarbij niet alleen om gevallen van ‘had je het maar beter moeten regelen’. Waarbij geldt dat notarissen in de praktijk nogal eens de standaardstatuten uit de kast halen en nalaten partijen goed te adviseren en op de verbonden risico’s te wijzen.

²⁵ Vgl. Van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (Wolters Kluwer, 2016), p. 70.

Het is dus echt zaak om met de redelijkheid en billijkheid de juiste criteria te pakken te hebben én er de juiste invulling aan te geven. En ook als de redelijkheid en billijkheid de juiste criteria zijn, kan er alleen met succes gebruik van worden gemaakt als het referentiekader helder is.

Relatief gezien – vanuit de belangen van de betrokken partijen – maakt het ook niet uit of het gaat om een geschil tussen Philips en Grundig over de ontvlechting van een joint venture of om een geschil tussen twee samenwerkende bakkers. Waarbij een rol speelt dat het aantal voor samenwerking beschikbare rechtsvormen beperkt is en in de praktijk daardoor een enorme variëteit aan rechtsverhoudingen in een bv wordt ondergebracht. In al die varianten moeten de juiste keuzes gemaakt worden. Zowel qua juridische aanpak, als qua aanpak via alternatieven. Goed ondernemingsrecht behoort ook ‘bakkerij bv-proof’ te zijn.

Ik vervolg de toelichting:

“Onder het huidige recht geldt al dat aandeelhouders zich op grond van artikel 2:8 BW in algemene zin in hun onderlinge verhoudingen moeten laten leiden door de redelijkheid en billijkheid (Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 4). De norm van redelijkheid en billijkheid speelt ook een rol bij de vernietigbaarheid van besluiten (zie artikel 2:15 BW). Daarnaast kan het handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid binnen het vennootschappelijk verband als wanbeleid worden aangemerkt (Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 18). Dit maakt dat het voor de hand ligt dat de schending van de norm van redelijkheid en billijkheid ook tot gevolg kan hebben dat een aandeelhouder moet uittreden. De norm van redelijkheid en billijkheid sluit daarmee aan bij de norm waar aandeelhouders thans al mee bekend zijn onder het huidige ondernemingsrecht. Het criterium van redelijkheid en billijkheid biedt ten slotte ook flexibiliteit. De rechter kan gewicht toekennen aan de omstandigheden van het geval, zoals de aandelenverhouding.”

Zonder referentiekader is deze verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid als maatstaf onvoldoende voor ons als praktijkjuristen om op basis van deze wetgeving in de praktijk tientallen jaren vooruit te kunnen.

Duurzame ontwrichting

Vervolgens staat er in de volgende paragraaf 3.1.3, waarin het gaat over de overige voorstellen tot aanpassing van de materieelrechtelijke aspecten van de geschillenregeling:

“Tijdens de expertbijeenkomst hebben enkele deelnemers het voorstel gedaan om uit te gaan van de maatstaf dat aandeelhouders kunnen worden uitgestoten of kunnen uittreden wanneer er sprake is van een 'duurzame ontwrichting' van de samenwerking tussen de aandeelhouders. Ook werd voorgesteld om uitstoting of uittreding mogelijk te maken wanneer er 'gewichtige redenen' bestaan om uit te stoten of uit te treden. Het nadeel van de criteria 'duurzame ontwrichting' en 'gewichtige redenen' is dat uitstoting en uittreding dan ook mogelijk is in conflictsituaties waarbij de schuldvraag in het midden kan blijven. Bij uittreding kan geen sprake zijn van een zogenaamde 'no fault divorce', louter duurzame ontwrichting van de verhoudingen tussen aandeelhouders is onvoldoende. Een 'no fault divorce' is niet goed af te baken van het onvoorwaardelijke uittredingsrecht. Met name indien uitstotings- of uittredingsvorderingen over en weer worden ingesteld dient de rechter te kunnen motiveren waarom de ene vordering wel voor toewijzing vatbaar is en de andere vordering niet. Dergelijke normen zullen in de praktijk gepaard gaan met discussies over de vraag welk van de partijen tot uitstoting dan wel uittreding over kan gaan. Om die reden is bij de vordering tot uittreding gekozen voor het criterium 'redelijkheid en billijkheid', aangezien dit criterium een normatief element heeft. Wanneer de rechter vaststelt dat een van de aandeelhouders zozeer in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid, dan is de uittredingsvordering van de andere aandeelhouder toewijsbaar. Wanneer beide aandeelhouders in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelen, dan is de uittredingsvordering toewijsbaar van de aandeelhouder die het minst in strijd met redelijkheid en billijkheid handelt.”

Ten onrechte worden hier duurzame ontwrichting en gewichtige redenen gemakkelijk op één lijn gezet. Ten onrechte worden ze met een beperkte motivering afgeserveerd als grondslag voor de uittreding. Ten onrechte wordt de schuldvraag als argument aangevoerd. Ten onrechte, omdat de Minister als auteur van het voorontwerp klaarblijkelijk geen idee heeft wat duurzame ontwrichting in de praktijk inhoudt. En de Minister is zich er ook niet van bewust dat er geen schuld aan duurzame ontwrichting hoeft te bestaan om een relatie toch duurzaam ontwricht te doen zijn.

Duurzame ontwrichting is een drama voor alles wat ertoe zou moeten leiden dat een vennootschap stuurbaar is en functioneert. En duurzame ontwrichting is ook emotie. Die ook alles met verwachtingen te maken heeft. En met mogen verwachten. En met onder welke omstandigheden daarvan gerechtvaardigd sprake is.

Maar hier laat de toelichting zich niet over uit.

Ik gebruik hier met nadruk niet het woord *bestuurbaar*, omdat duurzame ontwrichting een ontwrichting op alle niveaus is: ook de familieverhoudingen zijn dan duurzaam ontwricht. Duurzame ontwrichting houdt niet op bij rationele grenzen, in de zin dat of alleen de familieverhoudingen of alleen de vennootschaps- en ondernemingsverhoudingen verstoord zijn.²⁶

Het is een illusie te denken dat in geval de samenleving tussen man en vrouw ondraaglijk geworden is, de bijdrage van de vrouw in de aandeelhoudersvergadering toch zinvol kan zijn. Dat zij zich gehoord weet

Het is een illusie te denken dat vier broers nummer vijf privé het leven zuur maken en dat de bijdrage van nummer vijf in de aandeelhoudersvergadering toch zinvol kan zijn. Dat hij zich gehoord weet.

Let wel: als (minderheids)aandeelhouder een zinvolle bijdrage kunnen leveren aan de besluitvorming – inclusief voorbereiding – is een fundamenteel wettelijk en jurisprudentieel uitgangspunt.

Maar het andere belangrijke uitgangspunt is dat de meerderheid de minderheid bindt. En de (minderheids)aandeelhouder verondersteld wordt zich bij toetreding daarbij te hebben neergelegd.

Voorts: ook zonder beantwoording van de schuldvraag kan de constatering dat van duurzame ontwrichting sprake is, leiden tot de aanname dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Of wanbeleid vast te stellen. Of dat van gewichtige redenen sprake is. De schuldvraag is daarvoor niet doorslaggevend.

Wat de in de toelichting gestelde vorderingen over en weer betreft: als argument zijn deze ondeugdelijk. De rechter zal vorderingen altijd heel precies moeten beoordelen. Of het nou gaat om personenvennootschappen of om kapitaalvennootschappen. Of ze nou wel of niet over en weer worden ingesteld. Het komt niet voor dat vorderingen over en weer precies dezelfde zijn. Het is in elk geval geen leidend argument.

Het voorontwerp ‘Wet modernisering personenvennootschappen’

Het grootste gemis bij de invoering van het criterium van de redelijkheid en billijkheid en het ontbreken van een referentiekader, is wat mij betreft dat de slag naar het ambtelijk voorontwerp ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ niet wordt gemaakt. Terwijl juist dat ontwerp de ultieme

²⁶ Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 10 mei 1996, JOR 1998, 26 (*Hooymans*).

kans biedt naar herziening in breder verband. Dat voorontwerp werd in februari 2019 in het kader van een internetconsultatie bekendgemaakt.

In de toelichting op het ambtelijk voorontwerp van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ wordt naar mijn mening een benadering gekozen die aan de problematiek van geschillen in besloten ledenverhoudingen geen recht doet. Er staat:

“Het gaat bij de overeenkomst van vennootschap om een bijzondere overeenkomst. Daarom is gekozen voor aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, door middel van een nieuwe titel 13.”

Het criterium ‘overeenkomst’ geeft namelijk bij de indeling van de wetboeken die hierover gaan (Boeken 2 en 7A) mijns inziens niet de doorslag.

Om goede, passende (geschillen)regelingen te ontwerpen moet namelijk rekening worden gehouden met de aard en kenmerken van de onderliggende specifieke rechtsverhoudingen en met de feiten en omstandigheden van het geval die die rechtsverhoudingen kleuren. Te zien aan de beschikkingen van de Ondernemingskamer in de praktijk van het ondernemingsrecht wemelt het van die gekleurde verhoudingen. Ze lopen ook door het hele ondernemingsrecht heen. Ik doel in het bijzonder op de boven al aangehaalde persoonsgebonden beroeps- en bedrijfsmatige samenwerkingen. Waarbij geldt dat volgens het CBS 70% van de bedrijven in Nederland familiebedrijf is.

Gelijke gevallen – dié gevallen – moeten gelijk worden behandeld. Het mag voor geschillenregelingen, voor de toegang tot gespecialiseerde rechters en voor de uitkomsten niet uitmaken of het gaat om een besloten bakkerssamenwerking in een maatschap of in een bv. De aard van de geschillen en de betrokken belangen en emoties zijn dezelfde.

Het is daarnaast drama genoeg dat voor één en dezelfde scheiding – wat ook nog eens privé en zakelijk een scheiding zou kunnen zijn als man en vrouw in een bv of vof samenwerken – vier rechters benaderd zouden moeten of kunnen worden.

Het is ook contraproductief dat bemiddelaars die in de praktijk om tot de oplossing van een geschil te komen, moeten interveniëren – juridisch of op het vlak van de betrokken emoties –, geconfronteerd worden met criteria in de wettelijke geschillenregeling of in Titel 9 van Boek 7A die met die interventies niet sporen. Het gaat bij geschillenoplossing niet alleen maar om het belang van de vennootschap en het gedrag van een aandeelhouder in hoedanigheid van een aandeelhouder of om de vraag of nou wel of niet sprake is van contract.

Deze tekortschietende benaderingswijzen in beide voorontwerpen hadden voorkomen kunnen en moeten worden met een beter besef van wat beroeps- en bedrijfsmatige samenwerkingen in de kern zijn. Er zit namelijk veel meer inhoudelijke samenhang tussen het personenvennootschapsrecht en de uittredings- en uitstotingsvoorwaarden in het bv-recht dan op basis van de huidige voorstellen en de toelichting aan te nemen. Vertrouwen en goede trouw spelen een veel grotere rol in de te maken keuzes dan nu uit de voorontwerpen blijkt.

Dit is precies ook de reden waarom ik vind dat met de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992 ter vervanging van het oude uit 1838, waarmee grof gezegd de norm van de goede trouw²⁷ werd vervangen door de normen van redelijkheid en billijkheid, een bepaalde betekenis van het begrip goede trouw ten onrechte aan inhoud heeft ingeboet. En dat dit hier blijkt. Ik doel dan op de subjectieve goede trouw als bedoeld in artikel 3:11 BW – waaruit wel een onderzoeksplicht wordt

²⁷ Rijken, 1994, p. 1 e.v., Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 394. Ook Snijders 2012, p. 773.

afgeleid –, op de zorgvuldigheid uit het arrest Lindenbaum Cohen²⁸ – nu staat er in artikel 6:162 BW: ‘hetgeen’ in het maatschappelijk²⁹ verkeer betaamt –, op de zorgvuldigheid in het vennootschappelijk verkeer en op de betamelijkheid.

Voorbeeld

Na de echtscheiding gaat de vrouw met een nieuwe partner op vakantie. De man weet dat. Hij roept haar op haar thuisadres op voor een aandeelhoudersvergadering waarin het ontslag van de vrouw aan de orde is. Bij haar afwezigheid ontslaat hij haar stellende dat hij netjes alle wettelijke en statutaire voorschriften heeft nageleefd. Zeker, conform vaste jurisprudentie onder het oude BW³⁰ is het ontslagbesluit in strijd met de goede trouw. Zeker volgens de jurisprudentie onder het huidige BW is het ontslagbesluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW en daarom vernietigbaar ex artikel 2:15 lid 1 sub b BW.

Maar waarom is dat zo? Er is een aantal redenen voor, waarvan de belangrijkste is de betekenis van artikel 3:11 BW:

“Goede trouw van een persoon, vereist voor enig rechtsgevolg, ontbreekt niet alleen, indien hij de feiten of het recht, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende, maar ook indien hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.”

Geconstateerd kan worden dat de man te kwader trouw is als het gaat om zijn geheel subjectieve opportunistische voorbijgaan aan de fundamentele wettelijke strekking en betekenis van oproepings- en vergadervoorschriften en in het bijzonder aan de betekenis van stemrecht en wat het betekent – in een huwelijk en daarbuiten – om gehoord te (kunnen) worden.³¹

Het is omwille van dit soort voorbeelden – waarvan zich in de praktijk verschillende varianten voordoen – van het grootste belang, voor de praktijk en voor degenen die er over oordelen, om de betekenis en rol van de goede trouw in persoonsgebonden beroeps- en bedrijfsmatige samenwerkingen scherp te hebben. Zelfs al zouden de begrippen van redelijkheid en billijkheid als uitdrukking van de goede trouw worden gebruikt. Besef van de betekenis van de goede trouw in die verhoudingen dient er precies toe die bijzondere betekenis van de normen van redelijkheid en billijkheid helder te hebben.³²

Het gaat immers in het beschreven soort van geschilsituaties niet om een beetje redelijkheid en billijkheid en een hoop meewarigheid ten aanzien van het gebruik en de toepassing ervan.

Hier komt nog iets bij, namelijk de belangrijke rol van alternatieve geschillenoplossing of ADR. Alternatieve geschillenoplossing kan in de praktijk een wezenlijke bijdrage leveren, op juridisch en psychologisch vlak.

²⁸ HR 31 januari 1919, W 10 365, NJ 1919, p. 161.

²⁹ Vgl. hierover Van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (Wolters Kluwer, 2016), p. 59 en 60.

³⁰ Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*). Vgl. P. Abas, Redelijkheid en billijkheid, in: MAB december 1991, M. Kekenbosch, Is de goede trouw van openbare orde of niet, Universiteit van Gent, p. 71 e.v.

³¹ Vgl. Rb. Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6844.

³² P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm (Recht en Praktijk, 2012) en P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (Wolters Kluwer, 2016).

Voor alle bij de voorkoming, beheersing en/of oplossing van conflicten betrokken personen is het zeer waardevol zich bewust te zijn van de invloed van emotie. En dus van het feit dat emotie-management belangrijk is.

De bij geschillen in besloten samenwerkingen betrokken emoties zijn zoals boven al opgemerkt vergelijkbaar met die in een huwelijk. Daarom zouden ook vergelijkbare conflictoplossings- en conflicthanteringsmethodes gebruikt kunnen en moeten worden.

Dat een besloten samenwerking in de kern sterke gelijkenis vertoont met een huwelijk betekent ook dat bij ontwrichting van maatschaps-samenwerkingen (en vergelijkbare relaties) veel vaker methoden gebruikt moeten worden die bij echtscheidingen al usance zijn, namelijk mediation, mediation-technieken en collaborative practice.

Het opnieuw kunstmatig – want niet gebaseerd op de materiële kenmerken van associatieve of besloten verhoudingen – gescheiden houden van persoonsgebonden samenwerkingen door een grens tussen een Boek 7A BW Titel 9-contract en een Boek 2 BW-rechtspersoon beperkt alternatieve geschillenoplossing in de positieve bijdrage die ze kan hebben. Dat komt doordat in personenvenootschapsrelaties op het gebied van alternatieve geschillenoplossing tot op heden meer kan dan in het rechtspersonenrecht. En die beperkte mogelijkheden in het rechtspersonenrecht zijn, vergeleken met de ervaringen in het personen- en familierecht, vanuit de praktijk niet langer wenselijk. Een bemiddelende coach of arbiter moet dezelfde positie hebben en dezelfde argumenten kunnen gebruiken.

In ons boek stellen wij ons het ontwerp van een referentiekader ten doel, uitgaande van de duurzame ontwrichting en de scheidingsmelding. Fenomenen die vanuit de invalshoek van de psychologie én vanuit de invalshoek van het ondernemingsrecht buitengewoon interessant zijn, en in het ondernemingsrecht zwaar onderschat worden en te weinig aandacht krijgen. Ten onrechte.

In de volgende, vierde en tevens laatste inleidende paragraaf zal ik een zevental stellingen formuleren om het referentiekader en de te beantwoorden vragen scherp te krijgen.

Waarom dit boek?

4. Stellingen en gerelateerde juridische interventietechnieken

Over juridische interventietechnieken ten behoeve van geschillenoplossing in personenvennootschappen en persoonsgebonden bv's en nv's, puur afgeleid van de betekenis van duurzame ontwrichting in het personen- en familierecht, is bij mijn weten nog niet geschreven. Hieronder doe ik een poging waarbij ik van een zevental stellingen uitga.

Let wel: het betreft nog losjes geformuleerde stellingen die ik in het vervolg van het boek ga toetsen aan wet en jurisprudentie, aan de voorontwerpen en aan de kaders van de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht.

De stellingen ontleen ik aan de materiële kenmerken van huwelijk en maatschap: persoons- en doelgebondenheid, trouw, gelijkwaardigheid, inbreng en besluitvorming.³³ Voor een maatschap komt hier dan nog de beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking bij. Mijn doel is zo te komen tot een eerste ontwerp van een referentiekader rond duurzame ontwrichting en scheidingsmelding in het ondernemingsrecht, puur en alleen ontleend aan die kenmerken, en de bevindingen in het vervolg te toetsen.

Ik zou natuurlijk kunnen stellen dat iedere samenwerkingsrelatie een contract is, uitdrukkelijk of stilzwijgend, en dat dit ook geldt voor samenwerkingen in rechtspersonen. En dat alleen daarom al iedere beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, ook die binnen Boek 2 BW rechtspersonen, over die kenmerken beschikt. Dit zou dan weer aanleiding kunnen zijn om het feit dat iedere samenwerking kwalificeert als een duurovereenkomst te gebruiken om de principiële opzegbaarheid ervan te verdedigen. Tegengeworpen zal tenminste worden dat met de 'omzetting' van een personenvennootschap naar een kapitaalvennootschap of met de enkele oprichting van de laatste de betrokkenen het maatschaps-samenwerkingsmodel hebben prijsgegeven en hebben gekozen voor een lidmaatschapsrechtelijk model in een van de rechtspersonen van Boek 2 BW.

Ik ga daarom een stapje verder. Ik veronderstel namelijk dat niet het feit dat beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking als contract kwalificeert leidt tot de opzegbaarheid er van, maar de materiële kenmerken ervan, of het nu gaat om een maatschapssamenwerking of om een lidmaatschapsrechtelijk model waar Boek 2 BW vanuit gaat. Waarbij ik steun vind in de grote hoeveelheid beschikkingen van de Ondernemingskamer waarin de Ondernemingskamer juist aan de materiële kenmerken belangrijke rechtsgevolgen verbindt. Zo refereert de Ondernemingskamer in beschikkingen aan de voorfase van de oprichting van een bv en aan voorafspraken, aan het joint venture karakter, aan de familieverhouding, aan het quasi-vof karakter, aan de aandeelhoudersovereenkomst, aan de persoonsgebonden samenwerking, aan de (quasi) coöperatieve grondslag, etc.

Door de formulering van de zeven stellingen probeer ik ook na te gaan of, en zo ja, in hoeverre alleen al die materiële kenmerken aanknopingspunt kunnen zijn voor het vinden en beschrijven van juridische interventietechnieken. Immers, de wetenschap dat een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking opzegbaar is, is in het kader van een boek dat gaat over geschillenoplossing en dus over interventietechnieken buitengewoon relevant.

³³ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*). Van Duuren 2002, p. 3.

Onder juridische interventietechnieken versta ik dan manieren om voorafgaand aan of in een zich ontwikkelend geschil in een persoonsgebonden samenwerking buiten de rechter om juridisch te interveniëren. Met als doel het voorkomen, beheersen of oplossen van geschillen.

Op iedere stelling laat ik hierna een korte toelichting volgen, zodat meteen duidelijk is wat ik met de stelling bedoel en waar ik die aan ontleen. Ik zal maar een enkele keer refereren aan de wettelijke geschillenregeling of het enquêterecht en de daarin gehanteerde criteria. Dat komt verderop in dit boek. Ik probeer me zoveel mogelijk te beperken tot de bedoelde materiële kenmerken.

Daarna loop ik nog een keer alle stellingen langs en betrek ik de stellingen op de samenwerking in een persoonsgebonden bv of nv. Vervolgens probeer ik een eerste duiding te geven van de daaraan te ontleen juridische interventietechnieken. In het vervolg van het boek ga ik een en ander dan toetsen.

Stellingen

1. Principieel kan niemand gedwongen worden om tot in lengte van dagen in een door intrinsiek willen en vertrouwen gekenmerkte samenwerkingsrelatie aan een ander verbonden te blijven als die relatie duurzaam is ontworcht.

Deze stelling ontleen ik losjes aan de wettelijke regeling van de grond voor echtscheiding in het personen- en familierecht. De scheiding zal doorgaans door de rechter worden uitgesproken als het huwelijk duurzaam is ontworcht. De vraag is of de stelling ook in het ondernemingsrecht in brede zin standhoudt. Het “nee, ik wil niet meer want mijn huwelijk is duurzaam ontworcht”, zoals dat in het verzoek tot echtscheiding aan de rechter tot uitdrukking komt, is dan de pendant van het “ja, ik wil” bij de aanvang van het huwelijk of het partnerschap.

2. Als stelling 1 op het ondernemingsrecht wordt toegepast, dan heeft scheidingsmelding een aan die stelling gerelateerde betekenis, maar bestaat de noodzaak die betekenis binnen de dwingende systematiek van het ondernemingsrecht nader te duiden.

Volgens Hoefnagels en Van Leuven is de scheidingsmelding de boodschap van de ene aan de andere echtgenoot dat hij of zij wil scheiden. Deze interpretatie lijkt naar het ondernemingsrecht vertaalbaar, waarbij ik, zoals hierboven al bleek, onderscheid maak naar de expliciete melding en de impliciete boodschap. De vraag is of in het ondernemingsrecht aan de melding of boodschap rechtsgevolg verbonden is of kan worden, en zo ja, welk.

In het geval van de opzegging aan een maatschap, als de opzegging geduid kan worden als een scheidingsmelding, is dat rechtsgevolg er. De opzegging als scheidingsmelding leidt als hoofregel tot ontbinding van de maatschap. Volgens het voorontwerp leidt de melding tot de uittreding van degene die de melding doet. Afhankelijk van de ernst van de boodschap – bijvoorbeeld het om de hoek beginnen van een concurrerend kantoor en het zich aan de belangen van de maatschap weinig meer gelegen laten liggen – zou deze impliciete scheidingsmelding ook kunnen leiden tot ontbinding van de maatschap wegens gewichtige redenen door de rechter.

3. Uit die duiding vloeit voort dat scheidingsmelding in het ondernemingsrecht conditioneel is.

De maatschap kan worden opgezegd. Die opzegging is toetsbaar. Vroeger – voor 1992 – was de opzegging toetsbaar aan de goede trouw, tegenwoordig aan de redelijkheid en billijkheid. Opzegging is in die zin dus conditioneel: ze moet om rechtsgevolg te hebben in elk geval aan de eisen van

redelijkheid en billijkheid voldoen. Acceptatie van de opzegging kan leiden tot een besluit om te ontbinden en gezamenlijk te vereffenen. Afwijzing kan leiden tot grote problemen.

Ook de afwijzing van de opzegging van een samenwerking, of van de er aan verbonden voorwaarden, is toetsbaar aan de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals die voortvloeien uit het maatschapscontract.

Als een opzegging van een samenwerking beschouwd kan worden als een vorm van scheidingsmelding, dan zou ook de scheidingsmelding meer algemeen dus conditioneel zijn, dus primair hebben te voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. En uiteraard is dat zo waar alle handelen en nalaten in een rechtspersonenrechtelijke context bestreken wordt door de normen van artikel 2:8 BW. Hetgeen dan ook geldt voor de manier waarop op de boodschap wordt gereageerd.

Zijn de redelijkheid en billijkheid van toepassing dan gelden die in aanvullende en derogerende zin, en is ook alles wat er over te zeggen valt vanuit proportionaliteit, noodzakelijkheid of subsidiariteit en evenredigheid er op van toepassing.³⁴

4. Vanwege het conditionele karakter van de scheidingsmelding is het voor een beoordeling van haar betekenis in de omstandigheden van het geval nodig om het moment, de aanleiding en de consequenties van de boodschap te bepalen.

Het moment van de opzegging als rechtshandeling is het begin van de opzegtermijn. Het wettelijke of contractuele kader, de grond voor de opzegging, de lengte van de opzegtermijn en de met de opzegging verbonden aangeboden compenserende maatregelen bepalen of door opzegging in de omstandigheden van het geval een persoonsgebonden samenwerking voor onbepaalde tijd eenzijdig kan worden beëindigd en wat daarvan verder de consequenties zijn, bijvoorbeeld of geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst.³⁵ Acceptatie van de opzegging is dan niet relevant. Genoemde elementen kunnen ook maken dat door de opzegging juist wel sprake is van wanprestatie die niet geaccepteerd behoeft te worden. Door de opzegging 'scheidingsmelding' te noemen lijkt dit niet anders te worden. Hoe dit verder uitwerkt zullen we in het vervolg zien.

5. Stelling 3 doet niet af aan stelling 1.

Als (de samenwerking in) een maatschap verstoord is, kan desondanks een opzegging aan de maatschap niet te goede trouw zijn. Bijvoorbeeld als de opzegger met de opzegging oneigenlijke motieven heeft, zoals bijvoorbeeld de bedoeling om zich bepaalde voordelen toe te eigenen die eigenlijk aan de maatschap toekomen. Ook de opzegging door de maatschap kan niet te goeder trouw zijn. De vernietiging van de opzegging om die reden zou er dan echter wegens zeer waarschijnlijk intussen optredende duurzame ontwrichting moeilijk of nagenoeg onmogelijk toe kunnen leiden dat de maatschap met de opzegger of met degene waaraan is opgezegd moet worden voortgezet. Volgens stelling 1 staat de duurzame ontwrichting aan die voortzetting in de weg.

³⁴ Timmerman 2009, p. 13, Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603. Zie ook De Jongh 2011, p. 608 e.v. Vgl. concl. A-G Bakels onder 2.4 bij HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*), OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (*Costa Rica Project Management*), OK 2 september 2004, ARO 2004, 107 (*Getronics*), OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.9 en r.o. 3.16. Ook Van Schilfgaarde 1983, p. 73, Maeijer 2000/1, p. 375, Eikelboom 2009, p. 606 e.v., Bulten 2011/2, p. 7, Eikelboom 2011/1, p. 295/296, Willems 2011/2, p. 172 onder 8.

³⁵ De Hoon 2010, p. 139.

Dit voorbeeld is wat betreft de opzegging aan de maatschap uitzonderlijk. Wat betreft de opzegging door de maatschap zal er vaak stevig onderhandeld worden over de condities. Het aantal rechterlijke uitspraken is daardoor beperkt, maar de relevantie van de onderliggende problematiek niet.

De voorbeelden laten mijns inziens meer algemeen zien dat gelet op stelling 1 de mogelijkheden tot herstel van verhoudingen beperkt zijn, denk bijvoorbeeld in het bv-recht aan de vernietiging van een uittredingsvonnis in hoger beroep. Dat is ook een situatie die in de praktijk gemakkelijk grote problemen oplevert. De kanttekening die dan te maken valt, is dat als het gaat om het functioneren van een vennootschap (en volgens het voorontwerp zijn maatschap, vof en cv straks rechtspersoon in de zin van artikel 2:5 BW) mede in aanmerking genomen de aan die vennootschap toevertrouwde belangen onderscheid gemaakt moet worden naar herstel van de eigenlijke persoonlijke verhoudingen (het weer vriendjes worden) wat eigenlijk kansloos is en herstel van gezonde verhoudingen die het functioneren van de rechtspersoon wel mogelijk maakt, bijvoorbeeld door één extra bestuurder te benoemen die een impasse kan doorbreken.

Is herstel van de eigenlijke persoonlijke verhoudingen niet mogelijk dan zal als daarbij voldoende recht en belang bestaat dus op een andere manier tot een borging van de belangen van degene die niet terugkeert moeten worden gekomen, of van de rechtspersoon zelf. En zullen betrokkenen in een procedure naar aanleiding van een opzegging daarvoor ruimte moeten creëren.

Ook hiervan zullen we nog gaan zien hoe dit in het ondernemingsrecht in brede zin uitwerkt.

6. Het is mogelijk de betekenis en het effect van duurzame ontwrichting alsook de betekenis, functie en/of consequenties van scheidingsmelding op gelijke wijze te duiden over de gehele breedte van het ondernemingsrecht, dus zowel in relaties in personenvennootschappen als in Boek 2 BW rechtspersonen.

Let wel – nogmaals: dit is een stelling. Scheidingsmelding – dus de mededeling of boodschap van de een aan de ander dat hij of zij met een relatie (kennelijk) wil stoppen – is in het ondernemingsrecht geen algemeen bekend of geaccepteerd begrip. Toch kan zij als begrip zeker toegevoegde waarde hebben zodra onderkend wordt dat opzegging als rechtshandeling slechts een variant is van de scheidingsmelding in bredere betekenis.

Immers de expliciete of impliciete boodschap dat beëindiging van een relatie gegeven is, kan een partner ook afgeven in andere vorm dan die van de woordelijke opzegging als rechtshandeling. Een greep uit de maatschapskas of het om de hoek stiekem een concurrerend bedrijf beginnen kan worden geïnterpreteerd als de impliciete kennelijke boodschap dat de betreffende persoon zich aan de essentialia van de samenwerkingsrelatie niet meer wenst te houden. Of liever: dat de betreffende persoon zich kennelijk niet meer laat leiden door het vertrouwen dat de andere partner hem of haar ooit schonk. Zonder dat “zich laten leiden door” is de samenwerking krachteloos of duurzaam ontwricht.

De toegevoegde waarde van de erkenning van het begrip scheidingsmelding is dat daaruit kan volgen dat er veel meer eenheid is in het ondernemingsrecht in brede zin dan wellicht op het eerste gezicht gedacht en dat zou weer tot nieuwe inzichten en andere benaderingswijzen kunnen leiden die voor de dogmatiek en de praktijk relevant zijn.

7. De regel uit het huidige personenvennootschapsrecht dat opzegging tot ontbinding van de maatschap leidt, is minder contract-gerelateerd dan juristen op het eerste gezicht wellicht denken. De regel dat opzegging leidt tot ontbinding van de maatschap vloeit namelijk meer voort uit realisme en uit de bijzondere kenmerken van maatschaps-samenwerking.

Als stelling 6 klopt dan biedt stelling 7 daarvoor de routing. De toegevoegde waarde van het begrip scheidingsmelding is dan dat zij de grens weghaalt tussen samenwerkingen op basis van een contract en samenwerkingen in rechtsvormen die traditioneel als ‘niet-contract’ worden beschouwd of benaderd. Dit zou betekenen dat de boodschap te willen scheiden – dus de relatie of rechtsverhouding te willen beëindigen – ook zonder expliciet schriftelijk contract niet alleen mogelijk is maar ook rechtsgevolg heeft, beoogd of niet, direct gelegen in beëindiging of niet.

De scheidingsmelding of boodschap zou in deze benadering dan tenminste werken als een scharnier (zie de hypothese in paragraaf 1): naar iets van voor de melding of boodschap of waarschuwing naar iets erna. Dit laatste kan zijn de algehele ontbinding als ultimum remedium, dan wel kan zijn de uittreding of uitstoting, maar het kan mogelijk ook zijn het zodanig aanpassen van voorwaarden dat het functioneren van de rechtspersoon, zelfs met behoud van persoonlijke verhoudingen wel mogelijk is.

Vervolg

Deze zeven stellingen, hoewel juridisch van aard, hebben allemaal, omdat het om scheiding in persoonsgebonden samenwerkingsrelaties gaat, te maken met de factor vertrouwen. En dus ook met emotie en aan de psychologie ontleende interventietechnieken. Hierover gaan de volgende hoofdstukken, in het bijzonder hoofdstuk 3.

Uitwerking van het voorgaande als het gaat om samenwerking in persoonsgebonden bv's en nv's

Stelling 1

In de toelichting op het voorontwerp ‘Wetsvoorstel aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’ staat de zin ‘*zodat aandeelhouders niet tot elkaar veroordeeld hoeven te zijn*’. Hier haak ik in deze eerste stelling op aan.

Stelling is – en dus in het boek nog te toetsen – dat niemand gedwongen kan worden om tot in lengte van dagen in een door intrinsiek willen en vertrouwen gekenmerkte samenwerkingsrelatie aan een ander verbonden te blijven als die relatie duurzaam ontwricht is en ieder vertrouwen dat uitzicht biedt op voortzetting van de relatie is komen te ontbreken.

Het ondernemingsrecht kent geen organisatiedwang en wel beschouwd is die dwang er ook voor aandeelhouders niet omdat artikel 2:343 BW – bij een zodanig geschaad worden in rechten en belangen dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden gevegd – de mogelijkheid van een afgedwongen uittreding kent en sowieso een aandeel als hoofdregel na het doorlopen van de statutaire blokkeringsregeling aan een derde kan worden aangeboden.

De vraag is dan hoe deze stelling aansluit op artikel 2:343 lid 1 BW. Brengt stelling 1 dan met zich dat artikel 2:343 BW lid 1 gewijzigd moet worden? Of zou de stelling kunnen leiden tot een iets andere lezing van de toepasselijke criteria in het artikel, wat per slot van rekening allemaal open normen en begrippen zijn? Waar het bij de beantwoording van deze vragen dan eerst om gaat is te bepalen wat de eis van het schenden van rechten en belangen precies inhoudt.

In het kader van de beantwoording valt natuurlijk op dat ‘vertrouwen’, ‘duurzaam intrinsiek willen’ (‘ja, ik wil’) en ‘persoons- en doelgebondenheid’ enerzijds en ‘dwingen’ (nee, ik wil niet meer’) anderzijds contradicties zijn en in samenwerkingsrelaties onverenigbaar. Als het eenmaal op dwingen aankomt is de samenwerkingsrelatie krachteloos.³⁶ Duurzaam ontwricht. Het lijkt daarom principieel niet zo te kunnen zijn dat voorzetting van een samenwerkingsrelatie die duurzaam ontwricht is in redelijkheid nog van iemand kan worden gevegd. Dit uitgangspunt zou in deze stelling betekenen dat met de duurzame ontwrichting principieel sprake is van de schending van belangen als bedoeld in artikel 2:343 lid 1 BW. Dus van schending van het belang om in geval van duurzame ontwrichting niet gedwongen te kunnen worden een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking voort te zetten.

Dit lijkt op hetgeen het Gerechtshof te Den Haag overweegt in een arrest uit 1969:³⁷

“dat toch art. 1684 BW beoogt ontbinding van een vennootschap voor een der vennoten mogelijk te maken, niet alleen wegens wanprestatie aan de zijde van de andere vennoot, doch ook in geval van overmacht aan die zijde, zoals het onbekwaam zijn van die andere vennoot de zaken der vennootschap waar te nemen wegens aanhoudende ongesteldheid, of andere soortgelijke gevallen;

dat naar het oordeel van het Hof onder soortgelijke wettige gevallen van zodanig gewicht dat een vordering tot ontbinding kan worden toegewezen, behoort het geval dat wegens incompatibilité d’humeurs samenwerking tussen pp. in vennootschapsverband onmogelijk is geworden; dat immers, indien die samenwerking onmogelijk is geworden, deze moet kunnen worden beëindigd;

O. voorts dat art. 1684 BW niet inhoudt dat alleen de vennoot, tegenover wie een andere vennoot niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan of wiens mede-vennoot wegens een aanhoudende ongesteldheid onbekwaam is om de zaken der vennootschap waar te nemen, een vordering tot ontbinding der vennootschap kan instellen dat, zoals appellanten met hun beroep op de door hen vermelde literatuur kennelijk bedoeld hebben, volgens hen de vennoot, die door zijn schuld een wettige reden tot ontbinding van de vennootschap doet ontstaan, b.v. wanprestatie, niet bevoegd behoort te zijn met een beroep op zijn eigen wanprestatie zelf de vordering tot ontbinding in te stellen; dat, wat hiervan zij, in het onderhavige geval, waar sprake is van het niet kunnen samenwerken wegens incompatibilite d’humeurs niet valt vast te stellen zoals ook, gelijk hierboven overwogen, app.en zelf hebben betoogd - aan wiens schuld de onmogelijkheid van samenwerking valt te wijten, terwijl evenmin is komen vast te staan dat alleen geint. oorzaak van die onmogelijkheid is; zodat aan geint. het recht om op die grond ontbinding van de vennootschap te vorderen niet kan worden onzegd; dat derhalve de eerste twee grieven geen doel treffen;”

Waarbij ‘schending’ van belang, hierboven net voor het citaat gebruikt, een vervelend woord is, omdat het actieve negatieve inzet en/of schuld veronderstelt. In het geval nog niet sprake is van de schending van rechten, kan het zo zijn dat het ondanks de duurzame ontwrichting in een relatie verbonden moeten blijven noch in iemands belang is, noch in dat van de rechtspersoon zelf. Het laatste niet omdat rechtspersoonlijkheid principieel ook het functioneren er van veronderstelt. En het functioneren ook in gevaar kan worden gebracht terwijl dat niemands schuld in juridische zin is.

Van duurzame ontwrichting kan in deze benadering dus ook sprake zijn zonder dat de schuldvraag wordt beantwoord. Met de duurzame ontwrichting, zo luidt dan de stelling, is dus ook zonder schuld het principiële recht op uittreding gegeven. Maar let op: er beroep op doen blijft conditioneel want toetsbaar aan de redelijkheid en billijkheid. Net zoals de reactie er op toetsbaar is. En dus moeten de

³⁶ Lenters 1993, p. 58, MvA bij Wetsvoorstel 10 213, p. 3/4. ‘Een ontwricht huwelijk is een samenleving die uit haar verband is gerukt, krachteloos is gemaakt.’

³⁷ Vgl. Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (Hoogendam/Hoogendam).

feiten en omstandigheden voldoende zwaarwegend zijn – in proportionele relatie staan – tot het uiteindelijke effect. En omgekeerd.

Zetten we dit af tegen de situatie in een huwelijk dan gaat het bij de aangehaalde niet-afdwingbaarheid om de in paragraaf 3 aangehaalde huwelijksverplichting tot het elkaar trouw zijn – trouw in de zin van intrinsiek de relatie met de ander willen en je mede laten leiden door de trouw van de ander. De nakoming van deze plicht, zo wordt algemeen wel aangenomen, is niet positief afdwingbaar. Komen echtelieden op het punt dat ze handelen of nalaten in rechte moeten gaan afdwingen dan is het over.

Tegelijk zijn uiteraard zijn bij de schending van concrete nauw met de getrouwheid samenhangende verplichtingen wel degelijk acties voor de partner mogelijk. Zoals acties gericht op de nakoming van concrete verplichtingen als het verschaffen van levensonderhoud of van gebruik van de inboedel, of het leveren van een bijdrage in externe aflossingen aan de bank of om de betaling van huur. Dat zijn dan in de kern geen zuivere getrouwheidsplichten, maar nauw daarmee samenhangende (financiële) en misschien wel daaruit voortvloeiende bijdrageplichten die te maken hebben met de onderlinge (contractuele) draagplicht en met financiële afspraken en verantwoordelijkheden ter zake. Waarvan kan worden betoogd dat het van goede trouw getuigt dat die plichten worden nageleefd en dat ze te goeder trouw worden uitgevoerd.

De eerste stelling zou dan inhouden in dat deze niet-afdwingbaarheid ook geldt voor ‘trouw’ in beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, en dus voor de samenwerking zelf, in een persoonsgebonden bv of nv of andere rechtspersoon. Tegelijk geldt dat het te goeder trouw uitvoeren van met de getrouwheid samenhangende verplichtingen noodzakelijk kan zijn voor het functioneren van de rechtspersoon – voor én na de ontbinding.

Bij het onderzoek naar de vraag of deze stelling in het rechtspersonenrecht houdt moeten we dan uiteraard wel rekening houden met de dwingende systematiek van Boek 2 BW en de met het aandeel en het aandeelhouderschap verbonden eigenheden. En met het feit dat het vervallen van bedoelde trouw nog niet betekent dat de rechtspersoon dan zonder meer niet kan functioneren. Wat ook geldt voor het huwelijk, als bijvoorbeeld de ouders zien dat het functioneren van de rechtspersoon ‘huwelijk’ in het belang van de kinderen is of gericht op een goed verloop van de verdeling en vereffening van de huwelijksgemeenschap.

Interventietechniek 1

Als stelling 1 juist is, dan is het mogelijk om aan een partij die zich in een samenwerkingsrelatie in een bv of nv ongepast gedraagt niet alleen voor te houden dat dat niet te goeder trouw of in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, maar ook dat hij of zij er niet vanuit kan gaan dat de relatie eindeloos is. Dit omdat de wederpartij gelet op de aard van de relatie in de hier gekozen benadering beschikt over een principiële opzeggings- of beëindigingsrecht dat kan worden uitgeoefend als de relatie door ongepast gedrag duurzaam ontwricht raakt en daarmee een voldoende zwaarwegende grondslag bestaat voor de opzegging ervan.

Aan de betreffende partij kan voorts worden voorgehouden dat, zou opzegging niet al direct rechtsgevolg hebben, de opzegging of de opzegging aankondigende waarschuwingen door de wederpartij tenminste een scharnierfunctie hebben in de zin dat ieder handelen of nalaten nadien in versterkte mate onder het vergrootglas van de eisen van redelijkheid en billijkheid, betamelijkheid en zorgvuldigheid komt te liggen. En dat dat zelfs kan betekenen dat van wet, statuten en contract kan en moet worden afgeweken.

Als dit zo is, dan zou dat betekenen dat niet alleen wet, statuten en contract bepalend zijn voor hetgeen in een door vertrouwen gekenmerkte samenwerkingsrelatie gepast is, maar ook en vooral de aard – de kenmerken – van die relatie zelf. Dit betekent weer dat het bij rechtsvragen in dit soort verhoudingen en dus bij juridische interventie altijd eerst zou moeten gaan om een analyse van de aard van de relatie. En dus om analyse van materiële kenmerken.

De persoon die het aangaat zal dus in zo'n geval zijn of haar gedrag in een samenwerkingsrelatie op de ander hebben aan te passen. Dit is in de kern niet een door goede trouw bepaald gegeven, hoewel goede trouw wel zeer belangrijk is, maar een gegeven dat uit de aard – beroeps- en bedrijfsmatige samenwerking met het oog op de persoon van de ander – en de principiële beëindigbaarheid van de relatie voortvloeit. “Nee, ik wil niet meer” staat door de duurzame ontwrichting principieel tegenover “ja, ik wil”.

Voor de praktijk is deze benadering belangrijk omdat het voorkomt dat een in een (dreigend) (escalierend) geschil betrokken persoon zich geen enkele rekenschap geeft van de juridische setting waarin hij zijn opportunistische gedrag ten toon spreidt. En in het bijzonder bestaat daarvoor ruimte als wet, statuten of contract voor correctie geen ruimte lijken te bieden, wat vooral speelt in 50/50 verhoudingen.

Deze techniek is daarmee een hefboom om een dreigende ontwrichting de goede kant – de richting van een geschil voorkomen, beheersen of oplossen – op te bewegen. In het belang van de betrokken personen en/of in het belang van de vennootschap. Daarmee is het een juridische interventie-techniek.

Het is een techniek die vereist dat de beoordelaar, of die nu advocaat, bemiddelaar, bindend adviseur, arbiter of rechter is, handelen of nalaten van de betrokkene tegen de juiste achtergrond – de aard van de relatie beoordeeld aan de hand van haar kenmerken – plaatst, de betekenis ervan herkent en bereid is de techniek eventueel toe te passen of er consequenties aan te verbinden.

Bijvoorbeeld doordat hij een partij die in een samenwerkingsrelatie de ander zonder reden verrot scheldt (of ander ongepast gedrag vertoont³⁸) voorhoudt dat hij twee mogelijkheden heeft: ofwel zijn of haar gedrag aan te passen, ofwel vanaf dat moment er serieus rekening mee te houden dat de relatie tot een einde komt. Niet adequaat reageren draagt bij aan de conclusie dat de grondslag voor opzegging voldoende zwaarwegend is of wordt. Gebrek aan reflectie op de consequentie van het eigen ongepaste gedrag – terwijl dat bijvoorbeeld in een normale koop/verkoop situatie niet of nauwelijks een rol zou spelen – heeft in deze redenering langs de kortste lijn juridische consequenties. Onverlet de belangrijke betekenis van de goede trouw.

Het laat alles bij elkaar zien dat van duurzame ontwrichting als grond voor beëindiging van een relatie een sterke aan wet, statuten en contract derogerende werking zou kunnen uitgaan en dat de schending van contractuele, statutaire en wettelijke verplichtingen daarnaast nog steeds wel het instellen van allerlei acties onverlet laat.

Ik gebruik hierboven opzettelijk het woord ‘ongepast’. Niet aanpassen van gedrag is de laagste trede op de trap naar de wat uiteindelijk leidt tot de vaststelling dat sprake is van duurzame ontwrichting, de zwaarste variant. Bij dit ‘niet aanpassen’ hoeft het niet om zware verwijten te gaan. Het is bij dit niet aanpassen ook niet direct nodig om in termen van de schending van plichten of vertrouwen

³⁸ Vgl. ook Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*), in hoofdstuk 2, paragraaf (...) besproken.

te denken of spreken. Die lading heeft de stelling niet. Wat gepast en ongepast is volgt proportioneel uit de aard van de relatie zelf afgezet tegen de omstandigheden van het geval.

De beschreven techniek is niet alleen juridisch, maar ook psychologisch van aard. Het is een techniek ter bescherming van degene die ongepast bejegend wordt of zich ongepast bejegend voelt. En van de vennootschap. En kan dienen tot het behoud van een relatie, namelijk als degene die zich ongepast gedraagt zich aanpast. En dat kan zomaar in het belang van de betrokken vennootschap zijn.

De techniek is dus voor de praktijk relevant, niet alleen als het gaat om de beëindiging van de relatie – wat eigenlijk een laatste middel is – maar omdat de techniek wijziging van gedrag kan bewerkstelligen. Eventueel in combinatie met wijziging van de juridische voorwaarden, zoals wijziging van zeggenschapsverhoudingen. Liefst op vrijwillige basis omdat partijen dat inzien, desnoods afgedwongen.

De techniek is verder relevant, omdat waarschuwingen in geval van het toch doorzetten van onbetamelijk gedrag mede de norm zetten. Dossiervorming is dan uiterst belangrijk. Ook omdat het vanwege de derogerende werking die de opzegging kan hebben gaat om objectieve redelijkheid en billijkheid en van daaruit om zwaarwegende gronden. En dus om scherp stellen en goed onderbouwen beschouwd vanuit de aard van de relatie.

Dit beklemtoont hoe belangrijk het vastleggen van doelstellingen en afspraken is, hoe belangrijk het houden van vergaderingen en het goed notuleren ervan, hoe belangrijk het is op gezette tijden te evalueren, hoe belangrijk het maken van besluitenlijsten, begrotingen, businessplannen en mandaatbeschrijvingen. En ook hoe belangrijk een familiestatuuut en een familieraad kunnen zijn. En hoe belangrijk het vroegtijdig bespreekbaar maken van zaken. Ook in simpele twee partijenverhoudingen. Ook al ben je familie van elkaar of partners. Of juist als je familie van elkaar bent.

Het vormt bij elkaar een rem op opportunistisch gedrag. Wat ook het doel van goede geschillenregeling is en wat het doel van de wettelijke geschillenregeling zou moeten zijn.

Dit element nu ontbreekt in de uitstotingsvariant van de huidige wettelijke geschillenregeling. Zij ontbeert dat element omdat zij té zware niet realistische eisen stelt en geen rekening houdt met de mogelijkheid van duurzame ontwrichting als gevolg van ongepast gedrag. En omdat artikel 2:336 lid 1 BW alleen refereert aan het schaden van het belang van de vennootschap, en niet aan het belang van aandeelhouder die de uitstoting vordert.

Het feit dat de wettelijke geschillenregeling een subsidiaire regeling is doet aan het uitgangspunt dat zij adequaat moet zijn niet af.

Stelling 2

Als stelling 1 geldt is dan bestaat de noodzaak de betekenis van de scheidingsmelding voor het ondernemingsrecht in brede zin nader te duiden.

Voor het huwelijk kwalificeren Hoefnagels en Van Leuven zoals al opgemerkt de scheidingsmelding als de boodschap van de ene aan de andere echtgenoot dat hij of zij wil scheiden. Zij voegen daaraan toe dat de scheidingsmelding is voltooid als zij door de ander is gehoord, en hij/zij heeft laten blijken dat deze begrepen heeft dat de ander wil scheiden en deze daarop, ook emotioneel, heeft gereageerd.³⁹

³⁹ Hoefnagels & Van Leuven 2009, p. 46 e.v. De kwaliteit van de scheidingsmelding is mede bepalend voor de acceptatie van de scheiding. Ook: Van Leuven 2010.

Anders geformuleerd zou ook gezegd kunnen worden dat de kwaliteit van de scheidingsmelding mede bepalend is voor de acceptatie van de scheiding. Waarbij acceptatie ook kan bijdragen aan gedragsverandering die de scheiding en in het geval van rechtspersonen wijziging van condities mogelijk maakt. En dus kan bijdragen aan het functioneren van de rechtspersoon. Wellicht wordt hierbij de juridische kwaliteit van de scheidingsmelding mede bepaald door de accepteerbaarheid van de melding en dus door de manier waarop die wordt gebracht.

Voor het ondernemingsrecht zou ik de scheidingsmelding als volgt willen omschrijven. Scheidingsmelding in het ondernemingsrecht is de mededeling of de uit gedrag of nalaten blijkende uitdrukking van de kennelijk wil – de expliciete dan wel impliciete boodschap – te komen tot beëindiging van de samenwerkingsrelatie in bestaande vorm, met welk bijzonder rechtsgevolg dan ook: de aanpassing van de voorwaarden voor samenwerking, uittreding, uitstoting of ontbinding. Waarbij ik onder aanpassing van voorwaarden ook versta de tijdelijke wijziging van statuten, de overdracht van aandelen ten titel van beheer, de aanstelling van een tijdelijk bestuurder of commissaris of het ontslag of de schorsing van een bestuurder, etc. De melding of boodschap veronderstelt dat het van gemeenschappelijke besluiten onder de bestaande voorwaarden niet meer kan komen of komt, althans niet meer op basis van de originele wil en het originele vertrouwen onder de originele condities.

Het begrip ‘wil’ is hierbij in die zin misleidend dat net zoals de partijbedoeling bij de vaststelling van het antwoord op de vraag of een overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst is, dan wel of een overeenkomst kwalificeert als maatschapsovereenkomst, niet primair relevant is, maar wel de kenmerken van de relatie, zo ook de partijbedoeling of de ‘wil’ in de situatie dat van impliciet handelen sprake is niet relevant zou kunnen zijn, maar de aard van het gedrag, handelen of nalaten.⁴⁰

De scheidingsmelding kan dus een expliciete boodschap zijn, maar ook gelegen zijn in handelen of nalaten dat als scheidingsmelding door een betrokkene zo wordt en mag worden geïnterpreteerd. Dat – zoals in paragraaf 2 van de inleiding al opgemerkt – de scheidingsmelding een kwalificatie als resultaat van subjectieve of objectieve interpretatie kan zijn, zou bij juristen niet vreemd moeten overkomen. Juristen doen vaak niet anders dan interpreteren. Ook wanbeleid is een kwalificatie op basis van interpretatie. En ook het belang van de vennootschap schaden is een kwalificatie op basis van interpretatie. En daar kan heel verschillend over worden gedacht. Dat doet er alleen niet af dat het als begrippen waardevolle begrippen zijn.

Voorbeeld

In een mislopend huwelijk – het klassieke voorbeeld – zou het halen van een pakje sigaretten door de man en het vervolgens niet meer terugkomen kunnen worden geïnterpreteerd als een impliciete scheidingsmelding. De kennelijke boodschap lijkt niet mis te verstaan. Gesteld zou ook kunnen worden dat de kwaliteit van de scheidingsmelding door de man nihil is. Feitelijk niet, psychologisch niet, juridisch niet.

Voorbeeld

Een scheidingsmelding zou in een bv door een aandeelhouder kunnen worden gedaan door een aankondiging met toelichting van het voornemen om de door hem gehouden aandelen te verkopen, inclusief voorstellen tot waarde- en prijsbepaling, en door de opvolgende formele aanbieding aan de medeaandeelhouder en de verkoop ervan aan die aandeelhouder of aan een derde. De aanbieding

⁴⁰ Hoge Raad 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020, 287 (X/Y).

zou ook rauwelijks – zonder enige vooraankondiging – kunnen plaatsvinden. De rauwelijkse aanbieding, of de simpele mededeling door de aandeelhouder dat hij een gegadigde koper gevonden heeft, is dan een meer impliciete scheidingsmelding.

Andere voorbeelden van een impliciete boodschap zijn de overdracht van het belangrijkste actief van de vennootschap buiten de medeaandeelhouder om of het beginnen van een nieuw bedrijf dat concurrerend is ten opzichte van de vennootschap. De scheidingsmelding wordt niet expliciet gedaan, maar uit alles volgt wel dat de relatie over is. Als dat zo is, is de kwaliteit van de melding nihil. Of, anders gezegd: op de schaal van de kwaliteit van de scheidingsmelding schiet de wijzer door deze acties in het rood.

Interventietechniek 2

De interventie begint met de duiding van de kenmerken van de relatie waarin de melding wordt gedaan, gevolgd door de kwalificatie van het handelen of nalaten én van de reactie er op, die vervolgens geplaatst binnen het wettelijke, statutaire en/of contractuele kader.

In het geval van de echtgenoot die een pakje sigaretten gaat halen en niet meer terugkomt bestaat (gelet op de definitie van Hoefnagels en Van Leuven) de mogelijkheid dat gedrag psychologisch en juridisch te duiden als een impliciete scheidingsmelding. Maar met het vellen van een oordeel, dus met de kwalificatie, moet worden opgepast, omdat het ook zo kan zijn dat de vrouw de man in de relatie voortdurend psychisch en lichamelijk mishandelt heeft. En de man dus geen andere weg zag dan een pakje sigaretten gaan halen en niet meer terug te keren.

Dit betekent dat de interventie vergezeld moet gaan van het falsifiëren van aannames – in de simpelste vorm door bijvoorbeeld eerst een (telefoon)gesprek met een partij of diens advocaat te voeren – en pas daarna het vervolg te bepalen.

En door aan conflictanalyse en -diagnose te doen.

Bij de duiding van de staat waarin de relatie zich bevindt – irritaties, zaken minder of niet meer bespreekbaar, misverstanden, onbegrip, verstoorde verhoudingen, ernstig verstoorde verhoudingen, duurzame ontwrichting – speelt ook een inschatting van de betrokken emoties een rol. Juridisch zal het er dan om kunnen gaan het betreffende handelen of nalaten te duiden als pré- of post het moment dat herstel van gezonde verhoudingen en het functioneren van de rechtspersoon nog mogelijk is.

In dat perspectief kan het dan gaan – zie stelling 2 – om het duiden van gepast en ongepast gedrag. En om het kader helder te krijgen – wet, statuten, contract – waarbinnen gedrag of nalaten kan worden geïdentificeerd. En waar dat gedrag in dat kader mogelijk of waarschijnlijk op uitdraait.

Tussen meer partners of binnen families. Op bestuurs- en/of op aandeelhoudersniveau. Tussen leden van organen en van verschillende organen van rechtspersonen. Tussen partners in zakelijk opzicht. Binnen joint ventures. In paritaire samenwerkingsverbanden of in minderheids-/meerderheidsverhoudingen waar de minderheid problemen heeft met de meerderheid en waarin het omgekeerde ook mogelijk is. Binnen en buiten rechtspersonen in de zin van Boek 2 BW. In door contract beheerste relaties. In relaties waarin helemaal niets geregeld is.

Stelling 3

Stelling 3 hierboven kan hier zonder meer worden herhaald. De scheidingsmelding of -boodschap is als tot uitdrukking komend in de relatie tussen degenen die bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn, alleen al door de toepasselijkheid van artikel 2:8 BW altijd conditioneel.

De melding of boodschap en de reactie er op zijn ook overigens uiteraard toetsbaar aan wet, statuten en contract. Waarbij ik er dan aan het begin van dit boek niet zonder meer vanuit ga dat redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid en goede trouw dezelfde begrippen zijn om de kans van het vinden van een nuance die voor het boek betekenis heeft, niet bij voorbaat mis te lopen.

En voor de uitkomst van de toetsing geldt dat geboden compensatie of getroffen compenserende maatregelen de onrechtmatigheid, onredelijkheid, etc. kunnen wegnemen.

Waarbij het in het kader van de toetsing ook gaat ook om vragen als: laten wet, statuten en contract de impliciete of expliciete melding toe, was er (voldoende) grond voor, is er (voldoende) gewaarschuwd, is er eerder aandacht in vergaderingen aan gewijd, is er bezwaar gemaakt tegen bepaald gedrag, zijn zaken bespreekbaar gemaakt, gold er een in acht te nemen termijn, hadden er formele voorschriften in acht genomen moeten worden, zat de samenwerking nog in een strevingsfase of was die fase al voorbij, was de relatie voor bepaalde tijd aangegaan of niet, waren er bijzondere redenen vereist, golden er voor of na de melding na te komen verplichtingen?

Kortom allemaal vragen naar en rond een zorgvuldige dossieropbouw en daarop gebaseerd proportioneel gedrag.

Interventietechniek 3

Deze techniek is een voor de hand liggende, maar in de uitvoering behoorlijk gecompliceerde.

Als stelling 1 geldt en als het daarom nodig is tot compensatie of compenserende maatregelen voor nadelige effecten te komen – op welke grondslag ook – dan ligt er de taak om grondslag, aard en inhoud van die compensatie bepalen. Dat hangt samen met de aard en inhoud van de betrokken rechten en belangen en de mate waarin die zijn geschaad of dreigen te worden geschaad.

De techniek komt du neer op het bepalen van nadeelcompensatie of van maatregelen die impasses in de besluitvorming en/of het schaden van het belang van de vennootschap voorkomen.

Voorbeeld

Het heeft weinig zin – let wel: het gaat om interventie buiten de rechter om – in het kader van een compensatie voor dreigende concurrentie te praten over concurrentiebedingen langer dan de door de rechtspraak normaal gesproken aangehouden termijn van twee jaar. Of in het kader van een bemiddeling of arbitrage oplossingen te kiezen die – als een van de betrokkenen desondanks toch naar de Ondernemingskamer gaat – daar voorspelbaar niet standhouden. Voor degenen die in de materie ingevoerd zijn is dit een open deur, maar het geeft wel aan dat ondernemingsrecht en geschillenoplossing een combinatie zijn van dogmatische kennis en pragmatische en ander benaderingswijzen die het vak zo interessant maken.

De juridische interventie houdt voor de betrokken advocaat, mediator, coach, arbiter of rechter ook in dat zij de betrokkene uitleggen wat het juridisch/dogmatische kader is waarbinnen hun geschil zich afspeelt en waarbinnen ofwel partijen akkoord gaan, ofwel een beslissing uitlokken, direct of op termijn. De consequenties worden zo op voorhand geschetst.

Zonder deze uitleg zal het weinig zin hebben om over compensatie te praten.

Zowel de beheersing van deze techniek als het managen van betrokken emoties kan bijdragen aan c.q. leiden tot door alle partijen gedragen beslissingen.

Dit vormt aanleiding om te betogen dat ook een mediator of coach in een collaborative aanpak moet weten van juridisch dogmatische ondernemingsrechtaspecten omdat er anders ofwel aantastbare

uitkomsten uit het minnelijk overleg voortvloeien ofwel belangrijke argumenten om een zaak in beweging en richting de oplossing van het geschil te krijgen, worden gemist.

Juridische interventie – ook door een coach of mediator – kan dus niet anders geschieden dan door iemand die goed juridisch-dogmatisch beslagen ten ijs is.

Voorbeeld

Toepassing van deze techniek kan inhouden aan partijen duidelijk te maken dat het inderdaad mogelijk is elkaar in twintig verschillende procedures de keet uit te vechten (UVO Lopik⁴¹), de nagel aan de doodskist van de voorzitter van de Ondernemingskamer te worden (Zwagerman⁴²) of, zoals Bulten in een noot bij JOR 2010, 96, een van de uitspraken in de Hooymans-kwestie schrijft:

“De roman-fleuve met de gebroeders Hooymans in de hoofdrol telt inmiddels twaalf vonnissen en arresten. Al op 8 november 1993 dagvaardde Geert zijn broers en medeaandeelhouders Wim en Hennie en vorderde hij de overname van zijn aandelen in het kapitaal van de Hooymansvennootschappen. Geert startte de uittredingsprocedure van art. 2:343 BW omdat hij door zijn broers Wim en Hennie – zij vormden tezamen een meerderheid in de aandeelhoudersvergadering – was ontslagen als bestuurder. Omdat met dit ontslag Geert als minderheidsaandeelhouder in een benarde positie dreigde te geraken, was uittreding gerechtvaardigd, aldus de OK in 1997 (zie ro. 5.2 van OK 20 november 1997, «JOR» 1998/26 m.nt. I). Bijna dertien jaar procedeerden de drie broers vervolgens over de waarde van Geerts aandelen.”⁴³

De techniek houdt dus in duidelijk te maken dat er alternatieven zijn en welke. En daarin creatief te zijn en emoties te managen. Ik hoef immers niet naar de Ondernemingskamer om er daar na wat druk op partijen met hen achter te komen wat een methode kan zijn om waarde en prijs van aandelen vast te stellen. Ook de door Schreurs gesuggereerde weg van de consensuele geschillenregeling kan een goede variant zijn.⁴⁴

Dit zijn simpele voorbeelden. De interventietechniek is voor advocaten om meerdere redenen relevant, waaronder ook dat de techniek mee inhoud geeft aan het volgens gedragsregels voor ogen moeten houden dat een regeling in der minne veelal de voorkeur verdient.⁴⁵

Stelling 4

Stelling 4 houdt in dat het vanwege het conditionele karakter van de scheidingsmelding en haar eventuele gevolgen voor een ondernemingsrechtelijk beoordeling ervan nodig is om naast de betekenis, functie en/of consequenties van scheidingsmelding ook het moment en de oorzaak van of grond voor de scheidingsmelding te bepalen.

Voorbeeld

De oorzaken kunnen van velerlei aard zijn. Laten we er daarom bij wijze van voorbeeld vanuit gaan dat het krachteloos worden van de relatie of het geen uitzicht meer hebben op herstel van enigszins behoorlijke echtelijke verhoudingen zich in het bijzonder voordoet als een partner in die relatie zich

⁴¹ HR 13 december 1991, NJ 1992, 279, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers AA 1993, 54 (*gebr. Van den Berg/Van den Berg en UVO-Lopik*).

⁴² Vgl. voor bespreking casus ook Van Olfen 2012, p. 367-370, OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 en HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 (*Zwagerman*). Zie voor overzicht feiten concl. A-G Wesseling-Van Gent in ARO 2002, 160.

⁴³ Vgl. M.J. van de Graaf, Een nieuw hoofdstuk in de geschillenregelingssaga, TvOB 2020-4, p. 131.

⁴⁴ Ph.W. Schreurs, De geschillenregeling op consensuele basis, Ondernemingsrecht 2020, 111.

⁴⁵ Gedragsregel 5.

structureel niet meer gehoord voelt. Geen invloed meer kan uitoefenen. Voor het huwelijk geldt dat het dan krachteloos is. Het functioneert niet meer.

Vertaald naar het ondernemingsrecht zou dat binnen vennootschappen de situatie kunnen zijn waarin niet meer sprake is van een zinvolle uitoefening van het aan de aandeelhouder toekomende stemrecht (waarbij zinvol ook staat voor de voorbereiding van de uitoefening van dat stemrecht). Bedacht moet dan worden dat al het uitbrengen van één stem in de aandeelhoudersvergadering van Philips Electronics N.V. zinvol is – en overigens ook één van de weinige individuele aandeelhoudersrechten door de wet expliciet geborgd.

‘Zinvol’ koppelt dan aan op het gegeven dat het uitoefenen van stemrecht, in welk orgaan ook, de basis is van het functioneren van de rechtspersoon. Als zodanig is het een fundamenteel wettelijk en in de jurisprudentie erkend recht. Het is als het ware de fundering onder het gebouw van het ondernemingsrecht. De belangrijkste, maar vanuit de meerderheid het minst op waarde geschatte en dus het meest veronachtzaamde recht. Maar zonder fundering geen gebouw. En zonder kan het gebouw ook niet functioneren als gebouw. Kan het ook zijn doel niet vervullen: in het ene geval te dienen als woonhuis, in het andere als hotel of als kantoorpand. Of als bedrijfspand in alle varianten.

Zinvol kunnen uitbrengen van een stem is een fundamenteel recht, ook in een minderheidspositie. Bij het zinvol uit kunnen brengen van een stem heeft de stemgerechtigde belang, ook in een minderheidspositie.

Wet, statuten, contract, inbegrepen zorgvuldigheidsnormen borgen dat sprake is c.q. kan zijn van zinvol stemrecht.

Dat stemrecht een fundamenteel recht is, heeft als voortvloeiend uit de wet op zichzelf niet te maken met de redelijkheid en billijkheid. Wat wel met de redelijkheid en billijkheid, goede trouw of zorgvuldigheid te maken heeft, is al het handelen of nalaten dat de uitoefening van stemrecht als fundamenteel door de wet, statuten en contract bepaald recht beperkt, qua voorbereiding op de uitoefening van het recht, qua uitoefening van het recht zelf en qua het door de uitoefening van het recht te bewerken rechtsgevolg. Dan kan de corrigerende kracht van die open normen tot volle uitdrukking komen.

Interventietechniek 4

De van stelling 4 afgeleide interventietechniek is een lastige, omdat het begrip ‘zinvol’ een juridische en een subjectieve mogelijk zelfs emotionele component heeft. Wat iemand subjectief of vanuit emotie beschouwd al dan niet zinvol vindt, behoeft uiteraard niet te sporen met wat rechtens is. De scheidingsmelding doen betekent dus ook niet altijd dat die het gewenste effect kan of moet hebben, alleen al omdat voor bepaald gevolgen de melding in die specifieke relatie op voldoende zwaarwegende grond moet berusten.

Interventietechniek 4 komt er hierdoor op neer te bepalen vanaf welk moment kennelijk van zinvolle in principe door wet, statuten en contract geborgde uitoefening van stemrecht in een samenwerkingsrelatie geen sprake meer is of kan zijn. Dat is waarschijnlijk ook het moment waarop sprake is van duurzame ontwrichting. Het moment ook waarop de relatie krachteloos is. Een mooi voorbeeld is de Reijnders/Mc Kinney casus waarin een aandeelhouder voor een aandeelhoudersvergadering wordt opgeroepen op zijn thuisadres terwijl hij op vakantie is en de oproepende medeaandeelhouder daarvan op de hoogte is, maar hij zo een belangrijke beslissing doordrukt.

Stelling 5

Stelling 5 is dat stelling 3 niet afdoet aan stelling 1. Ik bedoel hiermee dat het conditionele karakter van de scheidingsmelding in het ondernemingsrecht niet afdoet aan het uitgangspunt van stelling 1 dat niemand gedwongen kan worden om tot in lengte van dagen in een door intrinsiek willen en vertrouwen gekenmerkte persoonlijke relatie aan een ander verbonden te blijven als dat vertrouwen in zijn tegendeel komt te verkeren.

Voorbeeld

Naar huidig recht (artikel 7A:1686 lid 1 BW) en naar het huidige wetsvoorstel (artikel 7:813 lid 2 BW) geldt dat een opzegging van een maatschap vernietigbaar is als zij in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Gesteld dat een opzegging op deze grondslag door de rechter vernietigd wordt.

De vernietigbaarheid van de opzegging of de toets ervan aan de goede trouw suggereert dat herstel van persoonlijke verhoudingen in de maatschap tot de mogelijkheden behoort. Immers de scheidingsmelding valt weg en de partners gaan vrolijk door. Dit zou strijdig zijn met stelling 1 en met het karakter van de maatschap.

Stelling 1 zou dan inhouden dat opnieuw zal moeten worden onderhandeld over de condities waaronder beëindiging van de relatie plaatsvindt. En dat daar zo nodig een bemiddelaar, arbiter of rechter aan te pas moet komen. Uiteraard tenzij partijen anders overeenkomen en tenzij het contract anders bepaalt.

Voor het geval opnieuw onderhandeld moet worden is het goed te weten dat de wet (artikel 7A:1684 lid 1 en 2) en het voorontwerp (7:814 lid 3 BW) de mogelijkheid laten dat de rechter de maatschap wegens gewichtige redenen ontbindt en dat hij daarbij de voorwaarden kan vaststellen.

Herstel van gezonde verhoudingen, als een van de doelstellingen van het enquêterecht zoals bedoeld in het OGEM-arrest,⁴⁶ zie ik niet als hiermee in strijd, omdat het daarbij niet gaat om herstel van de persoonlijke verhouding tussen Jan en Piet als bestuurders, maar om het functioneren van de rechtspersoon. En het bestuur kan ook best door anderen dan Jan en Piet worden gedaan,⁴⁷ met de variant daarop dat slechts één van beiden vertrekt en de ander, bij onjuist beleid of wanbeleid, de aandelen overneemt.

Interessant is dat maatschap en vof volgens het voorontwerp rechtspersoon en contract zijn. Het denken over of en hoe gezonde verhoudingen hersteld kunnen worden zou hier wellicht niet anders hoeven zijn. En het kan ook gaan om herstel van verhoudingen voor zover voor een vereffening van een samenwerking noodzakelijk.

Een hiermee samenhangende andere tegenstrijdigheid is dat het een idee zou kunnen zijn om wijzigingen aan te brengen in de voorwaarden van de persoonlijke relatie – in casu dus beroeps- of bedrijfsmatig van aard – om de problemen die geleid hebben tot de opzegging op te lossen. Dat zou afbreuk kunnen doen aan het principiële recht als bedoeld in stelling 1 en zou dan gelet op stelling 1 alleen met instemming van alle betrokkenen kunnen. Daartoe veroordelen zal waarschijnlijk niet werken en verdraagt zich ook niet met het karakter van de maatschap.

Het aanbrengen van wijzigingen in een persoonlijke relatie is interessant vanwege haar mogelijke uitwerking in paritaire of 50/50 aandeelhoudersverhoudingen. Gesteld dat het gaat om de man en de vrouw in een 50/50 verhouding en dat ze beiden ook bestuurder zijn. In de kort geding zaak

⁴⁶ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*).

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld OK 19 november 2015, JOR 2016, 94, nt. Scholten (*STN*).

Baremans/Muijs⁴⁸ koos de man voor uitstoting van de vrouw als aandeelhouder. De vordering van de man werd toegewezen en getoonzet in een voor de vrouw nadelig uitwijzende analyse – althans zo zal zij het vonnis ervaren hebben – van de feiten en de daaruit voortvloeiende belangenafweging, alsook de vestiging van een pandrecht ten behoeve van de vrouw op de aan de man voor één euro te leveren aandelen met een prijsbepaling volgens een regeling in de statuten.

De man koos dus voor uitstoting van de vrouw als aandeelhouder. Daarna was hij in staat om haar als bestuurder te ontslaan. Gesteld dat de man om haar ontslag als bestuurder had gevraagd. En om voorzieningen die haar positie als aandeelhouder op afstand geborgd hadden zonder dat zij nog langer over een 'blocking vote' in de aandeelhoudersvergadering beschikte. De persoonlijke relatie zou daarmee op bestuursniveau zijn beëindigd en de condities van hun relatie op aandeelhoudersniveau. De vrouw zou dan van een aandeelhouder in een 'besloten' verhouding terecht zijn gekomen in een die als 'open' gekarakteriseerd kan worden. En noch de man, noch de vrouw zou van zo'n regeling per se spijt hoeven te krijgen.

Het is onder omstandigheden zelfs denkbaar dat de vrouw bestuurder blijft. En dat de man daar ook belang bij heeft, terwijl er ook afspraken zijn die aan hun gewijzigde relatie inhoud geven.

Dit vereist echter creativiteit. Juridisch en psychologisch beschouwd.

Interventietechniek 5

Aanbrengen van wijzigingen – proportioneel – in een persoonlijke relatie is om deze redenen interessant. Het kan dan gaan om het vinden van evenwicht tussen het belang bij beëindiging en het belang bij wijziging van condities, zowel vanuit het perspectief van partijen als dat van de vennootschap.

Maar het aanbrengen van wijzigingen is ook interessant vanwege de eisen die de wet stelt aan de ontvankelijkheid in een enquêteprocedure, waarin bij gebleken onjuist of wanbeleid straks de gedwongen overdracht in de uitstotings- en uittredingsvariant mogelijk is. Immers artikel 2:349 lid 1 BW bepaalt dat om in een enquêteprocedure ontvankelijk te zijn eerst schriftelijk bezwaar moet worden gemaakt tegen het beleid en de gang van zaken én een redelijke termijn zal moeten zijn verlopen waarbinnen bestuur en raad van commissarissen gelegenheid hadden de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te treffen⁴⁹ (tenzij, mogelijk, het om een zogenoemde echte 'zelf-enquête' gaat (artikel 2:346 lid 1 sub d jo. artikel 2:349 lid 1 BW)).

Dit, zowel het bezwaar maken als gelegenheid nemen om bezwaren te onderzoeken en maatregelen te treffen, is een uitdrukking van dezelfde proportionaliteit die ook op andere plaatsen in Boek 2 BW terug te vinden is en die begint met het bespreekbaar maken van zaken. Het bespreekbaar maken van zaken is ook een interventietechniek en in geval van (beginnende) geschillen vaak ook juridisch van aard. Dat wordt nogal eens vergeten.

Het zou vanwege de vereiste proportionaliteit – maar ook om andere zorgvuldigheidsredenen – van goed beleid kunnen getuigen als in voorkomende gevallen de hier besproken varianten in een vroegtijdig stadium bespreekbaar worden gemaakt. Anders bepaalt de Ondernemingskamer wel wat goed beleid is en welke consequenties daaraan verbonden worden.

⁴⁸ V.zr. Rb. Breda 23 november 2011, JOR 2012, 37, nt. Bulten (*Baremans/Muijs*).

⁴⁹ HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68, concl. A-G Timmerman (*ATR*), OK 5 april 2007, ARO 2007, 69 (*Heerseweg*), OK 14 januari 2010, ARO 2010, 21 (*De Boer Flevoland*), OK 26 maart 2010, ARO 2010, 53 (*Rickley*), OK 16 augustus 2010, ARO 2010, 127 (*Lelykopters Beheer*), OK 25 november 2010, ARO 2010, 172 (*ATG*), OK 4 mei 2012, ARO 2012, 67 (*Casino's*), OK 12 oktober 2012, ARO 2012, 150 (*Unifleet*).

Stelling 6

Stelling 6 houdt in dat het mogelijk is de betekenis en het effect van duurzame ontwrichting alsook de betekenis en de functie van scheidingsmelding op gelijke wijze te duiden over de gehele breedte van het ondernemingsrecht, dus zowel in relaties in personenvennootschappen als in rechtspersonen.

En dat het dus mogelijk is gelijke gevallen – van scheidingsmelding, etc. – gelijk te behandelen over de gehele breedte van het ondernemingsrecht, dus zowel in relaties in personenvennootschappen als in rechtspersonen.

Vraag is dan wat gelijk behandelen is. Is gelijk behandelen ‘gelijk’ omdat alle contracten als contract behandeld worden? Of is ‘gelijk’ uitgaan van de materiële kenmerken en de aard van de betrokken belangen en er dan vrede mee hebben dat in het ene geval sprake is van wanprestatie en in het andere geval van onrechtmatige daad?

Als ik van het laatste uitga, dan zou de vraag of ik kan uittreden in het rechtspersonenrecht enerzijds en in het personenvennootschapsrecht anderzijds op de inhoud niet principieel anders beantwoord moeten hoeven worden. Maar de wet zou daar dan niet aan in de weg moeten staan. Of misschien moet de wet daar eindelijk eens aan bijdragen.

Interventietechniek 6

Zou stelling 6 houdbaar zijn, dan zouden juridische interventietechnieken op verschillende grondslagen tot vergelijkbare inhoudelijke resultaten moeten leiden, behalve als daarvoor wegens de eigenheden van die grondslagen reden bestaat. Een contract blijft een contract. Een door wet en statuten bepaalde deelrechtsorde moet voor vergelijkbare uitkomsten wel ruimte laten.

De juridische interventietechniek is dan gebruik te maken van argumenten ontleend aan het enquêterecht in personenvennootschappen, en omgekeerd te zien dat romeins-rechtelijke maatschapsuitgangspunten zinvol kunnen zijn bij de benadering van een geschil tussen twee aandeelhouders.

Stelling 7

Stelling 7 is dat opzegging van een maatschapscontract niet voortvloeit uit het feit dat contracten nou eenmaal soms opzegbaar zijn, maar omdat opzegging van een maatschap of door een maatschap mogelijk moet zijn als de essentie ontbreekt van waar in het persoonlijke beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking om gaat, namelijk een voldoende mate van vertrouwen.

Ik licht deze stelling, voor zover nog nodig, iets nader toe met een paar kleine uitstapjes.

Sinds 1 januari 1992 staat in artikel 7A:1683 sub 3 BW, zoals boven al aangehaald:

“Een maatschap wordt ontbonden:

(...)

3° Door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten;”

Hierbij kunnen de nodige kanttekeningen worden geplaatst, zoals dat wanneer een maatschap uit tweehonderd vennoten bestaat, het onwaarschijnlijk is dat opzegging van één vennoot tot algehele ontbinding van de maatschap leidt. Het is niet alleen onwaarschijnlijk, het is eigenlijk gewoon juridische larie. Een correctie hierop is dan ook precies waar het ambtelijk voorontwerp van de ‘Wet modernisering personenvennootschappen’ in artikel 813 e.v. voor kiest:

- “1. Een vennoot treedt uit door:
- a. zijn opzegging aan de ander vennoten;
- (...)

De uittreding van een vennoot leidt slechts tot ontbinding van de overeenkomst ten aanzien van het gedeelte dat de uittredende vennoot betreft.”

En uiteraard geldt dat in veel vennootschapscontracten sprake is van voortzettings- en verblijvingsbedingen en dus eigen afspraken worden gemaakt.

Waar het mij om gaat is dat juristen op goede grond geneigd zullen zijn artikel 7A:1683 sub 3 BW te plaatsen in de sleutel van het contract dat de maatschap is. Dat gebeurt ook in artikel 800 van ontwerp Titel 7:13 BW. De maatschap is een contract en daarom is het logisch dat het maatschapscontract opzegbaar is. Dat is de gangbare benadering. En zij was ook zo verwoord in artikel 1686 van de oorspronkelijke tekst uit 1840.

Maar misschien speelt er nog iets anders, en het kan geen kwaad daarvoor open te staan. Een citaat uit de dissertatie van Punt:

“Een vennootschap blijft bestaan zolang de vennoten in dezelfde eensgezindheid volharden’ (...) ‘(Manet autem societas eo usque, donec in eodem [con] sensu persuerant (...)).’ (...) ‘Het instellen van een rechtsvordering tegen de medevennoot (actio pro socio) leidde om die reden tot ontbinding van de vennootschap. Uit de kennelijke noodzaak een rechtsvordering in te stellen, bleek dat de vennoten niet meer in staat waren om op minnelijke wijze tot een oplossing te komen en dat tussen hen dus geen consensus meer bestond.”⁵⁰

Onder Romeins recht leidde al het instellen van een rechtsvordering – Romeins recht was actierecht – tot ontbinding van de societas.

Zoiets is ook terug te vinden in de consequentie van een verzoek tot echtscheiding wegens duurzame ontwrichting.

Het is alsof ik naar de Ondernemingskamer moet om de nakoming van de relatie met mijn partner af te dwingen – is dat in een huwelijk voorstelbaar? Heb ik dan niet al door het enkel instellen van de actie ten aanzien van het in stand houden van de relatie verloren? Een retorische vraag, waarvan ik me kan voorstellen dat de Romeinen zo dachten. Het is in het personen- en familierecht herkenbaar:

“De verzoekende partij moet de duurzame ontwrichting stellen en bij ontkenning door de andere echtgenoot bewijzen. Indien een echtgenoot gemotiveerd stelt en daarbij volhardt dat hij niet meer met zijn echtgenoot kan samenleven, zal dit voor de rechter vrijwel altijd een beslissende aanwijzing zijn dat het huwelijk duurzaam is ontwricht, waardoor aan (verdere) bewijslevering niet meer wordt toegekomen.”

In het ondernemingsrecht is men hier niet aan toe, althans niet met de directe consequentie van scheiding. Wel wat betreft de conclusie dat een relatie duurzaam ontwricht is.

Zo schreef Willems over de eis die de wettelijke geschillenregeling voor gedwongen uitstoting stelt (*‘het zodanig schaden van het belang van de vennootschap dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’*) als de procedure eenmaal begonnen is:

⁵⁰ Zoals zowel Kaser & Wubbe als Punt laten zien, zijn al in het Romeinse recht naast acties bedoeld om aan de vennootschap een einde te maken, ook acties tot ontwikkeling zijn gekomen die gedurende het bestaan van de ‘societas’ konden worden ingesteld. Raaijmakers 2000, p. 102 e.v.

“Het is alsof echtgenoten wier huwelijk duurzaam is ontwricht, gedwongen worden onder één dak te leven totdat het vonnis houdende de echtscheiding en dat houdende de boedelverdeling onherroepelijk zijn.”

Je zou ook kunnen zeggen dat de huidige zware criteria van de uitstotingsregeling erop neerkomen dat van man en vrouw wordt verlangd dat eerst de kinderen worden verwaarloosd of mishandeld voordat serieus een echtscheiding kan worden overwogen.⁵¹ De uitstoting als maatregel is dus, geïsoleerd beschouwd, per definitie te laat.

Dit denken – als het ook voor het ondernemingsrecht bruikbaar is – spreekt me aan om dat het getuigt van realisme. Naar realisme zou ik, indien mogelijk, toe willen, maar wel op de huidige grondslagen en binnen het huidige kader.

Let wel, ik betoog niet dat we ons anno 2020 naar Romeins recht moeten richten. Of dat personen- en familierecht één op één toepasselijk is. Ik betoog ook niet dat de maatschap geen contract is. En beoog niet er alleen maar op te wijzen dat elke samenwerkingsrelatie op zichzelf een contract is. Wel vind ik dat we ons moeten realiseren dat de regel dat opzegging tot ontbinding van de maatschap leidt, mogelijk minder contract gerelateerd is dan we op het eerste gezicht zouden denken. En dat de regel dat opzegging leidt tot ontbinding van de maatschap, of niet, meer te maken kan hebben met realisme en met de bijzondere kenmerken van de maatschap.

Hierbij moeten we niet vergeten dat een lid van een vereniging – als meeste basale rechtspersoon – zijn lidmaatschap kan opzeggen. Dat onder omstandigheden de vereniging aan hem kan opzeggen. Dat het ontslag van een bestuurder voor een deel een opzegging van diens functionele door de wet en statuten gegeven betrekking is. Dat opzegging dus ook buiten een contractuele context betekenis kan hebben. Dat de oorzaak van de ontbinding van de maatschap als gevolg van opzegging dus ook een andere zou kunnen zijn. Dat te maken kan hebben met iets anders dan de vorm (contract of niet), namelijk met de aard en inhoud van de relatie.

En dat wij, advocaten, juristen, bemiddelaars, arbiters, rechters, een scheidingsmelding van een aandeelhouder naar aanleiding van diens stelling dat de relatie met de andere aandeelhouder(s) duurzaam ontwricht is of dreigt te geraken, uitermate serieus zouden moeten nemen. Als die stelling tenminste voldoende onderbouwd is en er een voldoende zwaarwegende grond is. En anders moet de melding of boodschap ook uitermate serieus genomen worden.

Interventietechniek 7

Deze techniek is in feite de meest spannende, ook in relatie tot wat het gaat betekenen als de Ondernemingskamer zich na zijn oordeel dat sprake is van onjuist beleid of wanbeleid gaat buigen over uittredings- en uitstotingsvorderingen. Waarbij de vraag gaat spelen wat de rol van proportionaliteit is. De aandeelhouder/bestuurder heeft tijdig zaken bespreekbaar gemaakt. De aandeelhouder/bestuurder heeft er tijdig op gewezen dat zaken moeten veranderen. De aandeelhouder/bestuurder heeft zakelijke voorstellen gedaan op het punt van het komen tot wijzigingen, bijvoorbeeld in de zeggenschapsverhoudingen. De aandeelhouder/bestuurder heeft zelfs compensatie toegezegd. En tóch komt de aandeelhouder/bestuurder geen meter vooruit. Is dat uitblijven van een adequate reactie op enig moment te kwalificeren als onjuist beleid of zelfs wanbeleid?

Tot slot

⁵¹ Willems 2011/2, p. 153.

De in de parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie wel voorkomende term ‘onteigening’, als het gaat om de gedwongen overdracht van aandelen om gezond functioneren van de rechtspersoon mogelijk te maken, is uitermate ongelukkig⁵²: uiteindelijk is gedwongen overdracht van aandelen, in welke richting ook, een naar effectiviteit en proportionaliteit te verantwoorden maatregel, en moet dat ook zijn, die *reactie is én aansluit* op het gedrag of nalaten ter zake waarvan aan de betreffende aandeelhouder in het kader van het functioneren van de rechtspersoon een punt wordt gemaakt.⁵³ Ik zeg niet ‘verwijt’, omdat ook niet passend gedrag kan leiden tot de conclusie dat sprake is van onjuist beleid.

Een oud lid van de Hoge Raad merkte in een cursus ondernemingsrecht op dat de voorzieningenrechter in kort geding zich net zo goed leent voor het vragen van voorlopige voorzieningen in geval van geschillen in besloten verhoudingen als de Ondernemingskamer. Laat dat het geval zijn – en ik zou niet weten waarom niet – dan heeft die voorzieningenrechter baat bij de vergelijkingen die in het boek worden gemaakt. Want ook een voorzieningenrechter krijgt te maken met vragen rondom quasi-enquêterecht, met bv/quasi vof’s en quasi nv’s, met uitstotings- en uittredingsvorderingen en – in tegenstelling tot de Ondernemingskamer – ook met geschillen in personenvennootschappen.

De aanleiding voor het boek is vooral de wens om zo eenvoudig mogelijk – wat niet meeviel en misschien ook niet steeds gelukt is – schriftelijk te realiseren wat in het gezamenlijke onderwijs met George Smits een succesvolle methode is gebleken, namelijk het verenigen van juridische, psychologische, dogmatische en praktijkinzichten. Dit laatste is precies ook de opzet van IZAAC (Intermediair voor Zakelijke Alternatieve Arbitrage en Conflictoplossing), op 1 oktober 2020 opgericht door professionals op het gebied van geschillenoplossing, waarin we samen, ieder met een bijdrage vanuit de eigen invalshoek, de methode DACCC in de praktijk brengen.

De lancering van IZAAC op 1 oktober 2020 was mede aanleiding voor de eerdere whitepapers en nu voor de voorpublicaties van het boek.

Bart Prinsen en George Smits, maart 2021

⁵² Ook Bulten 2011/1, p. 37-40.

⁵³ Ook Eikelboom 2009, p. 606 e.v., Bulten 2011/2, p. 7, Eikelboom 2011/1, p. 295/296, Willems 2011/2, p. 172 onder 8.

INLEIDING

ZEILEN OP ZEE, ONDER- EN BOVENSTROOM

George Smits gebruikt in zijn boek uit 2017 over emotiemanagement de metafoor van het zeilen op zee voor het omgaan met feiten en emoties in het dagelijks leven.⁵⁴ De wind is dan als de feiten, de bovenstroom. De stroming van het water, de onderstroom, geeft de invloed van emoties weer. Als de onderstroom in de verkeerde richting beweegt ontstaat de situatie dat de zeiler geen meter vooruit komt zonder dat hij in de gaten heeft waarom dat zo is – althans zolang hij zich beperkt tot de kracht en de richting van de wind.

De zeiler die vooruit wil moet rekening houden met de onderstroom. De metafoor geldt ook voor de ondernemer, aandeelhouder of bestuurder die met geschillen te maken krijgt. En voor degene die een bijdrage wil leveren aan de beheersing of oplossing van die geschillen, in welke hoedanigheid ook. Voorbijgaan aan de betrokken emoties kan het vinden van een oplossing voor een geschil ondank alle inzet kansloos maken.

Emotiemanagement en interventies vanuit de psychologie gericht op het inschatten en beheersen van de onderstroom vinden hun basis in de emotieleer. De emotieleer leert dat emotie een functie heeft. Een emotie geeft een signaal over hoe het met iemand is. De functie van een emotie is, zoals George schrijft, 'overleven in welbevinden'. Als we ons niet prettig voelen, dan zijn we aan het overleven zonder welbevinden. Emotie zorgt er dan voor dat we actie ondernemen om ons weer goed te voelen.

Actie gericht op welbevinden vanuit emotie heeft zoals we weten niet altijd het gewenste effect. Het welbevinden kan kortdurend zijn. En op de langere termijn niet adequaat blijken of zelfs averechts werken. En juridisch niet standhouden. En heel veel kosten. Vooral in aandeelhoudersgeschillen, in zowel gezins-, familie als zakelijk verband.

Wat degene die aan conflictoplossing doet dus moet beseffen is dat een door een partij of door hemzelf gevoeld niet vooruit te komen kan voortvloeien uit feiten en omstandigheden (financiën, juridische aspecten, gedrag en nalaten, en soms zelfs uit inadequate wetgeving) in de bovenstroom, maar ook uit emoties in de onderstroom bij de ander waarmee hij te maken heeft of bij hem zelf.

Lastig is dat soms sprake is van nauwelijks te ontwarren invloed van boven- en onderstroom. Vaak ook hebben mensen zelf nauwelijks in de gaten hoezeer ze zich in hun gedrag door de onderstroom laten leiden. Dat speelt tijdens en bij de beëindiging van samenwerking, maar ook al bij het aangaan ervan.

Neem de factor vertrouwen – vaak emotioneel bepaald, niet steeds objectief te rechtvaardigen en heel vaak niet rechtens relevant – waarmee we in relatie tot samenwerking als vanzelf ook de bovenstroom van het contracten- en ondernemingsrecht betreden. Vertrouwen is nou eenmaal de basis van heel wat samenwerkingen tussen ondernemers, in welke rechtsvorm ook. En schending van

⁵⁴ G.P.G. Smits, Emotiemanagement, i.s.m. Monique Neven-Stillebroer, Drukkerij Claessens-Someren, 2017.

vertrouwen leidt nogal eens tot emotie die niet helpt bij het voorkomen, beheersen of oplossen van geschillen.

Maar wat is nou precies de juridische betekenis van vertrouwen?

Naast dat de mate waarin vertrouwen geschonden is en de emotie die daarbij een rol speelt op de mogelijkheid van het oplossen van een geschil van invloed kunnen zijn, zijn uiteraard ook de van elkaar verschillende karakters van mensen van invloed. Ik refereer aan de desastreuze invloed van narcisme in met name de toxische variant. Die invloed, zo leert althans mijn ervaring, wordt nogal eens onvoldoende herkend, ook door rechters niet. Of liever gezegd: vaak krijgen rechters vanwege hun lijdelijke en door het (proces)recht gegeven positie onvoldoende ruimte om die te herkennen of daar iets mee te doen. Soms ook besteden advocaten er te weinig serieuze aandacht aan.

Hoofdstuk 1 hierna gaat over de juridische betekenis van vertrouwen en van (teleurgestelde) verwachtingen in (de praktijk van) het ondernemingsrecht. Belangrijk voor de lezer is te weten dat hoofdstuk 1 nog niet geschreven is vanuit het perspectief van de psychologie. Het gaat wel uit van het bestaan van een zeker 'normaal' intermenselijk gedrag en van het perspectief van wet en jurisprudentie daarop, zodat enige voorspelbaarheid gegeven is. Ook op het punt van de invloed van emotie.

Maar ook binnen dit voor juristen vertrouwde perspectief kan zich al heel veel afspelen. Zeker rondom scheiding en scheidingsmelding.

Hoofdstuk 2 toetst de uitkomsten van hoofdstuk 1 samen met mijn eerder kanttekeningen in paragraaf 3 van de verantwoording bij de voorontwerpen aan de jurisprudentie.

Over de invloed van emotie en over emotiemanagement gaat hoofdstuk 3, geschreven door George Smits. Voor mij, ik ben geen psycholoog, komt mijn bijdrage aan hoofdstuk 3 voort uit waarnemingen als observator in een praktijk van 25 jaar advocaat zijn.

We gaan zien of er, ondanks alle verschillende open begrippen en normen – zie de hierna cursief gedrukte woorden – toch niet meer eenheid is dan gedacht, zie:

1. artikel 7:805 lid 1 BW dat voor personenvennootschappen dwingend bepaalt: 'De vennoten *gedragen* zich jegens elkaar zoals een *goed* vennoot *betaamt*';
2. artikel 2:336 lid 1 BW (volgens het ontwerp) dat bepaalt dat een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, van een aandeelhouder die door zijn *gedragingen* al dan niet *in hoedanigheid van aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig schaadt* of heeft *geschaad*, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in *redelijkheid* niet *kan worden geduld*;
3. artikel 2:343 lid 1 BW (volgens het ontwerp) dat bepaalt dat een aandeelhouder een vordering tot uittreding instellen tegen één of meer medeaandeelhouders die zich *zodanig* in strijd *gedragen* met hetgeen door *redelijkheid en billijkheid* wordt gevorderd dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in *redelijkheid* niet meer van hem *kan worden gevergd*;
4. artikel 2:356a lid 1 BW dat bepaalt dat indien een verzoek als bedoeld in artikel 345 lid 1 (i.e. een verzoekschrift tot enquête bij de Ondernemingskamer) een vennootschap als bedoeld in artikel 335 betreft (i.e. een bv dan wel een nv die aan de criteria voldoet) en uit het verslag van *onjuist beleid* of *wanbeleid* is gebleken, houders van aandelen als bedoeld in artikel 346 lid 1, onder b, c en d (i.e. daar genoemde aandeelhouders), of de overige houders van aandelen van de vennootschap een vordering als bedoeld in de artikelen 336 lid 1 (i.e. de

vordering tot overdracht), 342 lid 1 en 343 lid 1 (i.e. de vordering tot uittreding) en een verzoek als bedoeld in artikel 343c lid 1 instellen bij de ondernemingskamer.

Als die eenheid er is, maar het toch van één benadering in één Wetboek Ondernemingsrecht niet komt, kan het voor de praktijk en de theorie desalniettemin nuttig zijn om kennis te nemen van de hierna te schetsen denklijnen en patronen.

HOOFDSTUK 1

VERTROUWEN IN HET ONDERNEMINGSRECHT

Inleiding

Vertrouwen, geschonden vertrouwen en emoties, ja, ze spelen niet alleen bij echtscheidingen, maar ook in de ondernemingsrechtpraktijk een grote rol. In het vonnis van de rechtbank Overijssel van 17 februari 2016 waren eiseres en gedaagde – hun namen blijken niet uit het vonnis – ieder voor 45% houder van de aandelen in Atlas Chemie. De vennootschap zelf hield de resterende 10% van de aandelen. Atlas Chemie B.V. exploiteerde een groothandel in chemische grondstoffen en chemicaliën voor industriële toepassing en hield zich bezig met de productie van en de handel in reinigings-, onderhouds- en chemische producten.

Eiseres en gedaagde werkten al sinds 1996 samen, althans volgens gedaagde.

Eiseres is op enig moment gehuwd met X, die vanaf 1 januari 2014 voor ook Atlas Chemie is gaan werken en er zelfs met hun zoon Y bestuurder van werd. Eveneens bestuurder van Atlas Chemie waren gedaagde en diens zoon Z. Eiseres functioneerde vanaf enig moment als procuratiehouder met betalingsvolmacht. Sprake was aldus, zo oordeelt de rechtbank, van een verhouding tussen twee families waarin na 1 januari 2014 verschillen van inzicht ontstonden. Die verschillen van inzicht hebben, zo laat de hierna te bespreken casus zien, ongetwijfeld bij alle betrokkenen tot de nodige emoties aanleiding gegeven.

Op enig moment in 2015 had eiseres vanwege de gerezen verschillen van inzicht kennelijk genoeg van de aandeelhoudersrelatie met gedaagde. Haar echtgenoot X en zoon Y waren als bestuurders na iets minder dan twee jaar vanwege die verschillen van inzicht en nadat X eerst een non-actief melding had gedaan alweer teruggetreden en aannemelijk is dat eiseres op enig moment aan gedaagde een scheidingsmelding deed. Hoe dat precies ging weten we uit het vonnis niet, maar op enig moment stond er wel een deurwaarder met een dagvaarding bij gedaagde op de stoep.

In de door haar uitgebrachte dagvaarding legde eiseres aan haar uittredingsvordering ten grondslag, zo blijkt uit het vonnis⁵⁵:

“dat er sedert enkele jaren een onoverbrugbaar verschil van inzicht bestaat tussen haar en [X] enerzijds en [gedaagde] anderzijds. [eiseres] stelt dat [gedaagde] ernstige beschuldigingen heeft geuit in de richting van haar en haar echtgenoot, regelmatig jegens hen is uitgevallen en daarbij met stemverheffing heeft gesproken en uiteindelijk op 8 september 2015 zich dusdanig intimiderend jegens haar heeft gedragen dat ze zich uiteindelijk ziek heeft moeten melden. [gedaagde] heeft naar haar oordeel de verhoudingen tussen de aandeelhouders dusdanig op scherp gesteld, dat daardoor in feite Atlas Chemie onbestuurbaar is geworden. Er is sprake van een patstelling. Besluitvorming op de Algemene Vergadering van Aandeelhouders is niet meer mogelijk, omdat de stemmen staken. Er is een situatie gecreëerd waarin aandeelhouders niet meer met elkaar kunnen samenwerken en de bestuurders niet meer met elkaar willen besturen, hetgeen aan [gedaagde] te verwijten valt. De belangen van de vennootschap worden hierdoor ernstig geschaad. Uiteindelijk hebben [Y] op 23 oktober 2015 en [X] op 27 oktober 2015 met onmiddellijke ingang ontslag genomen als bestuurder. Als gesteld heeft [eiseres] zich ziek gemeld.”

⁵⁵ Zie Rb. Overijssel van 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:874 (*Atlas Chemie*), JIN 2016/108, nt. Kamerling.

Ik merk op dat uit deze weergave blijkt dat eiseres aan gedaagde verwijten maakt, maar welke rol de zoon van gedaagde als bestuurder en potentiële opvolger van gedaagde speelde en wat diens standpunten waren blijft in het vonnis onduidelijk.

Gedaagde was hier tegenover van oordeel, volgens de rechtbank gemotiveerd:

“dat zich geenszins de situatie voordoet als bedoeld in de artikelen 2:336 of 2:343 BW. [eiseres] en hij werken al sedert 1996 probleemloos samen. Pas na de komst van de heer [X] zijn er wrijvingen ontstaan. Ten onrechte stelt [eiseres] zich op het standpunt dat Atlas Chemie een sterke groei heeft doorgemaakt sedert en door de komst van [X]. Ten onrechte suggereert zij dat een vertrek van [X] desastreus voor de toekomst van Atlas Chemie zou zijn. Nadat [gedaagde] enige kritiek op [X] had geuit, trok laatstgenoemde zich verongelikt terug door zichzelf per 1 februari 2015 non-actief te verklaren. Hoewel [X] niet meer op het werk verscheen, bleef [eiseres] als procuratiehouder aan hem zijn salaris betalen hetgeen tot reacties van [gedaagde] heeft geleid. Wat daar echter van zijn moge, tot een patstelling binnen de onderneming of een onmogelijkheid tot besluitvorming heeft dit alles niet geleid. [gedaagde] heeft op de gehouden aandeelhoudersvergaderingen besluitvorming zeker niet geblokkeerd. [eiseres] miskent volgens hem dat de vorderingen die zij instelt meer onderbouwing vragen dan een mogelijke incompatibilité des humeurs. [gedaagde] is 71 jaar oud en is van oordeel dat hij niet gedwongen kan worden zijn aandelen te verkopen of die van [eiseres] te kopen, omdat er enige woordenwisselingen tussen de aandeelhouders hebben plaatsgevonden. Hij concludeert dan ook tot afwijzing van de vorderingen.”

Wat opvalt is de korte periode van 13 maanden (1 januari 2014 tot 1 februari 2015, datum waarop X zich non-actief verklaarde) waarin de verschillen van inzicht, althans volgens gedaagde, manifest werden. Zouden er al voor 1 januari 2014 problemen tussen de families zijn geweest dan is niet goed te begrijpen dat X en zijn zoon Y op 1 januari 2014 tot medebestuurders werden benoemd.

Het zou kunnen dat X en vooral Y tot bestuurder werden benoemd vanuit de gedachte dat (X en) Y samen met Z de zeventig jaar oude gedaagde zouden gaan opvolgen. Daar kwam het vervolgens niet of niet snel genoeg van, of het boterde niet, of iemand had spijt, wat allemaal oorzaken van de verstoringen in de verhoudingen kunnen zijn geweest. Dat deze en andere aspecten – waarover hierna – niet uit het vonnis blijken, is te betreuren omdat bij gebreke van zicht op de oorzaken van de verschillen van inzicht het beeld niet volledig is.

De rechtbank oordeelde als volgt:

“Anders dan bij de uitstotingsvordering van artikel 2:336 BW (de subsidiaire vordering van [eiseres]) wordt voor de uittredingsvordering niet de eis gesteld dat het belang van de vennootschap is geschaad. Zelfs is, naar de rechtbank overweegt, niet vereist dat de gedragingen van de andere aandeelhouder als misdragingen kunnen worden bestempeld.

3.2

Dit laat echter onverlet dat de rechtbank zal moeten beoordelen of [eiseres] door de gedragingen van [gedaagde] zodanig in haar rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd. De rechtbank stelt vast dat Atlas Chemie in feite een familiebedrijf was van de families [eiseres] en [gedaagde]. Na de komst binnen de onderneming van de echtgenoot van [eiseres] werd het beleid de facto bepaald door 3 leden van de familie [eiseres] en 2 leden van de familie [gedaagde]. Uit hetgeen partijen in de processtukken hebben aangevoerd en ter comparitie hebben benadrukt, lijkt het erop dat de verhoudingen tussen de beide families in onbalans zijn geraakt, hetgeen zich in toenemende spanningen heeft gemanifesteerd. Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat de relatie tussen de aandeelhouders [eiseres] en [gedaagde] ernstig is verstoord. Dat die verstoring zich ook uitstrekt tot de andere leden van de familie, blijkt uit het feit dat inmiddels [X en Y] ontslag hebben

genomen uit hun functie als bestuurder en mitsdien ook de arbeidsrechtelijke band met Atlas Chemie hebben verbroken.

3.3

Niettemin is aan de rechtbank niet gebleken dat de gespannen relatie tussen de beide aandeelhouders heeft geleid tot onjuiste besluiten binnen de vennootschap, tot de onmogelijkheid om besluiten te nemen of tot gedrag dat er op is gericht om de andere aandeelhouder dwars te zitten. Niet is gebleken dat aandeelhouders noodzakelijke informatie aan elkaar hebben onthouden. Het wettelijke uitgangspunt als bepaald in artikel 2:8 BW dat (ook) aandeelhouders zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, lijkt in casu niet geschonden. Van benardheid van [eiseres] (geen informatie, geen dividend et cetera) blijkt geen sprake, althans is dat door [eiseres] niet of onvoldoende gesteld dan wel onderbouwd. In feite komt het standpunt van [eiseres] erop neer dat [gedaagde] zich verbaal enkele malen onheus heeft uitgelaten en het belang van haar echtgenoot [X] voor de verdere ontwikkeling van Atlas Chemie miskent alsmede op dusdanige wijze de confrontatie zoekt dat dit tot een gevaar voor de toekomst van Atlas Chemie leidt. [gedaagde] erkent dat er spanningen zijn ontstaan, maar hij betwist nadrukkelijk dat hij niet meer als aandeelhouder zou kunnen samenwerken met [eiseres] of dat spanningen leiden tot belemmering van besluitvorming binnen Atlas Chemie.

3.4

De rechtbank acht het hiervoor gestelde onvoldoende om tot toewijzing van de vordering uit hoofde van artikel 2:343 BW te komen. Toewijzing van de vordering heeft ingrijpende consequenties voor [gedaagde], die op 71-jarige leeftijd gedwongen zou worden het volledige aandelenpakket van [eiseres] te kopen tegen een koopsom die thans nog niet bij benadering vaststaat.”

Wat opvalt is dat de rechtbank ‘geen andere’ conclusie trekt dan dat de relatie tussen de aandeelhouders, dus tussen eiseres en gedaagde, ernstig was verstoord en dat die verstoring zich ook uitstrekte tot de andere leden van de familie, maar dat de rechtbank daar eigenlijk nauwelijks een toelichtende motivering bij geeft. De rechtbank stelt onder verwijzing naar de processtukken en de comparitie feitelijk vast dat de verhoudingen tussen de beide families in onbalans waren geraakt, dat dat zich in toenemende spanningen had gemanifesteerd en geeft twee voorbeelden. De rechtbank gebruikt de term duurzame ontwrichting niet.

Vervolgens concludeert de rechtbank dat de gespannen relatie tussen de beide aandeelhouders niet had geleid had tot onjuiste besluiten binnen de vennootschap, of tot de onmogelijkheid om besluiten te nemen of tot gedrag dat er op was gericht om de andere aandeelhouder dwars te zitten, ook niet op het punt van het elkaar onthouden van noodzakelijke informatie.

En de rechtbank oordeelt vervolgens ook dat het wettelijke uitgangspunt als bepaald in artikel 2:8 BW dat (ook) aandeelhouders zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, in casu niet leek te zijn geschonden en dat niet sprake was van benardheid.

En dus – in mijn woorden – de verstoorde verhouding niet had geleid tot een niet functioneren van de rechtspersoon.

Bijzonder aan deze overwegingen is dat de rechtbank concludeert dat sprake is van een ernstig verstoorde verhouding zonder inzichtelijke analyse van de bedoelingen van partijen, zonder analyse van de aard en inhoud van hun onderlinge verhouding, zonder analyse van wat partijen ter zake over en weer van elkaar mochten verwachten en zonder analyse van de betekenis van dit alles als het gaat om een verhouding die in een bv was geïncorporeerd. Het lijkt er daardoor op dat de constatering van de rechtbank op basis van de processtukken en de comparitie meer een feitelijke constatering is.

Een constatering die niet onaannemelijk is, maar tegelijk niet toetsbaar, feitelijk niet en op haar juridische betekenis niet.

Vervolgens wordt zonder deze analyses door de rechtbank geconstateerd dat de redelijkheid en billijkheid niet waren geschonden en dat niet sprake was van benardheid. Waarschijnlijk hebben deze analyses door de rechtbank – zo volgt uit de aangehaalde overwegingen – niet plaats gevonden omdat eiseres daartoe onvoldoende had aangevoerd. Maar omdat de conclusie dat sprake is van een ernstig verstoorde verhouding niet door de rechtbank inzichtelijk is gemaakt, blijft hier op de juridische betekenis van het feit dat sprake was van verstoorde verhoudingen iets open liggen dat ruimte biedt voor nadere bespiegelingen.

De rechtbank oordeelt dus dat niet sprake was van benardheid. Dat zou – lijkt mij – in de benadering van de rechtbank een benardheid moeten zijn die niet psychologisch van aard is, maar een die juridisch beschouwd op het functioneren van de rechtspersoon in de door de rechtbank gestelde zin van invloed zou moeten zijn geweest, maar dat niet was.

De rechtbank geeft tegelijk aan te beseffen dat voor een succesvol beroep op de uittredingsregeling niet vereist is dat de gedragingen van de andere aandeelhouder als misdragingen kunnen worden bestempeld.

Deze benadering van de rechtbank komt hiermee neer op de standaard benadering zoals die ook uit het al in de verantwoordende inleiding aangehaalde Voorontwerp blijkt.

De rechtbank oordeelt in r.o. 3.6 in het kader van de ook door eiseres ingestelde uitstotingsvordering:

“Duidelijk is dat [gedaagde] een andere visie op het belang van de aanwezigheid van [X en Y] voor Atlas Chemie heeft. Wat daar ook van zijn moge, in de procedure is op geen enkele wijze onderbouwd dat de onderneming zou worden benadeeld door vertrek van of [X], of [gedaagde], in die zin dat dit de resultaten of zelfs het voortbestaan van Atlas Chemie fundamenteel zou bedreigen. Niet is gebleken dat [gedaagde] als aandeelhouder het initiatief heeft genomen tot het vertrek van [X en Y]. Het enkele feit van het vertrek van [X en Y] kan dan ook naar het oordeel van de rechtbank niet leiden tot de conclusie dat [gedaagde] daardoor het belang van de vennootschap heeft geschaad.”

De conclusie van het vonnis in het deel dat gaat over de uittredingsvordering is dus: wel een ernstig verstoorde verhouding, waar kennelijk – maar niet te checken – voldoende van aan de rechtbank is gebleken uit de stukken of uit de comparitie, maar eiseres heeft niet voldoende onderbouwd aangetoond dat zij zodanig in haar rechten of belangen werd geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kon worden geveerd. Wat vergelijkbaar ook geldt voor haar uitstotingsvordering.

Naar aanleiding van dit alles rijst in de lijn van dit boek de vraag wat eiseres op het punt van de verstoorde verhouding met gedaagde wél of anders had moeten en kunnen aanvoeren of onderbouwen om gedaan te krijgen dat haar vorderingen op basis van een verstoorde verhouding zouden zijn toegewezen. Let op: wat de uittredingsvordering betreft gaat het mij in deze vraag niet om een ‘aanvoeren’ van feiten en omstandigheden in de door de rechtbank aangehaalde standaard benadering en categorie van gevallen: onjuiste besluiten binnen de vennootschap, of de onmogelijkheid om besluiten te nemen, etc. Want dan zou de vraag voor de uittredingsvordering gemakkelijk te beantwoorden zijn.

Het gaat me wel om de vraag of er een redenering mogelijk is waarin ernstig verstoorde verhoudingen, ook al zijn de gebruikelijke door de rechtbank toegepaste categorieën niet aan de orde, toch tot een geslaagd beroep op de uittredings- of uitstotingsregeling kunnen leiden. In die redenering

lijken een rol te kunnen spelen de bedoelingen van partijen, de aard en inhoud van de onderlinge verhouding, wat partijen ter zake over en weer van elkaar mochten verwachten en de betekenis van dit alles als het gaat om een relatie tussen families die in een bv was geïncorporeerd. En omdat in casu kennelijk juist niet sprake was van uitgebreide in statuten of contract vastliggende exit-regelingen komt met deze elementen als vanzelf de nadruk te liggen op de betekenis van de factor vertrouwen.

In de volgende paragrafen van dit hoofdstuk en het volgende hoofdstuk zal ik op deze elementen uitgebreid ingaan. Om te beginnen richt ik me daarbij op de betekenis van de factor vertrouwen.

Reden hiervoor is dat de verstoorde verhouding tussen de families waarvan in Atlas Chemie uiteindelijk aan het einde van 2015 sprake was, en voor duurzame ontwrichting waar dit boek over gaat geldt dat nog meer, het tegendeel is van waar de relatie tussen eiser en gedaagde ooit mee begon, namelijk (1) een zeker aan haar bedoelingen en verwachtingen gerelateerd vertrouwen van eiseres in de persoon van gedaagde en omgekeerd, en (2) de verwachting dat hun samenwerking en die tussen de families succesvol zou zijn, althans enige zin of toegevoegde waarde zou hebben.

In de casus van Atlas Chemie zullen bedoelingen, verwachtingen en vertrouwen waarschijnlijk gespeeld hebben bij de start van hun samenwerking – gedaagde duidt hun relatie als samenwerking en eiseres doet dat, de rechtbank gebruikt het woord samenwerking niet – en vervolgens gedurende die samenwerking althans een daarop gelijkende relatie. Bijzondere en gewijzigde inhoud zullen die verwachtingen hebben gekregen op het moment waarop aan de zijde van eiseres de echtgenoot (X) en zoon (Y) van eiseres en aan de andere kant de zoon (Z) van gedaagde in de samenwerking tussen eiseres en gedaagde werden betrokken. Waarbij ook de aanstelling van X, Y en Z tot medebestuurders van gedaagde als een voor de inhoud van die verwachtingen relevant moment kan worden beschouwd. Vertrouwen en verwachtingen hebben dus op meerdere momenten in verschillende opzichten een rol gespeeld.

Wat aanvankelijk essentieel was om de relaties aan te gaan en ook werkbaar te houden, namelijk vertrouwen – eiseres functioneerde vanaf enig moment zelfs als procuratiehouder met betalingsvolmacht – was bij het vervallen ervan dus niet voldoende grond voor de rechtbank – althans ter zake werd door eiseres onvoldoende aangevoerd – om de uittredings- of uitstotingsvordering toe te wijzen, althans als daarvoor volgens artikel 2:343 en 2:336 BW ruimte bestaat.

Precies op dit punt ligt ruimte voor de hypothese van dit boek. Het vormt reden om de juridische betekenis van het fenomeen vertrouwen in het algemeen en in het bijzonder voor het ondernemingsrecht te onderzoeken. Dat doe ik niet omdat ik op voorhand meen dat de uitkomst van de Atlas Chemie-zaak a priori een andere zou moeten zijn. Immers, ook als de hypothese juist is, zou de rechtbank onder toepassing van een toets conform de hypothese kunnen oordelen dat de vereiste zwaarwegende grond voor opzegging en dus ook voor beëindiging van het aandeelhouderschap via een gedwongen overname op basis van een uittredings- of uitstotingsvordering ontbrak.

Dat doe ik wel omdat ik mede op basis van het vonnis van de rechtbank meen dat er ruimte is voor een ander en vollediger referentiekader, maar dan moet er ook anders worden geprocedeerd, althans voor zover van de wijze van procederen uit het vonnis blijkt.

Voor ik op de genoemde elementen verder inga maak ik naar aanleiding van het vonnis nog een paar kanttekeningen die voortvloeien uit de hypothese en de stellingen in paragraaf 4 van de verantwoording van dit boek:

- a. de vraag of een principiële recht van opzegging bestaat, zou conform de stellingen onderscheiden moeten worden van de consequenties van de opzegging, in de zin dat als het bezwaarlijk zou zijn dat gedaagde op 71-jarige leeftijd gedwongen zou worden het volledige aandelenpakket van eiseres als gevolg van de opzegging te kopen tegen een koopsom die nog niet bij benadering vaststaat, dáár dan een oplossing voor gevonden zou moeten worden, althans als leeftijds- en met de bepaling van de koopsom samenhangende bezwaren en materieel recht niet aan principiële opzegging met rechtsgevolg in de weg staan;
- b. de benadering onder a. is niet zo'n heel vreemde benadering. Denk aan de eerder gememoreerde situatie van een maatschap met zeven personen waarvan er drie opzeggen, er nog een huurtermijn van drie jaar uit te zingen is, met vijftig personeelsleden in dienst, etc. Artikel 7:813 lid 1 van het voorontwerp bepaalt als hoofdregel dat opzegging van de vennootschapsovereenkomst leidt tot de uittreding uit de rechtspersoon van degene die opzegt. Dit is volgens mij een principiële opzeggingsrecht dat los staat van zijn consequenties. Voor problemen als gevolg van de opzegging moeten – net als in het voorbeeld – oplossingen worden gezocht. Net zoals de consequenties – conform de stellingen – maken dat het opzeggingsrecht conditioneel is;
- c. vervallen van vertrouwen – in de vorm van de door de rechtbank geconstateerde ernstige verstoring –, welk vertrouwen in aanvang van de samenwerking en op meerdere momenten daarna nodig was om de samenwerking tot een succes te maken, zou volgens de stellingen in geval sprake is van duurzame ontwrichting principiële leiden tot het kunnen uitoefenen van een uittreedrecht, maar altijd op voldoende zwaarwegende grondslag en met gevolgen die proportioneel zijn en rekening houdend met alle berokken belangen. De analyse van feiten en omstandigheden volgens deze invalshoek ontbreken in het vonnis, met uitzondering van de leeftijd van gedaagde en het feit dat de koopsom niet vast stond;
- d. als dit laatste – het ontbreken van die analyse – niet terecht is, dan is het referentiekader dat hoort bij de hypothese dus mogelijk een ander, genuanceerd ander, dan het huidige zoals dat door de rechtbank op basis van de stellingen van eisers wordt gehanteerd. En naar dat referentiekader ben ik op zoek. Dat dat referentiekader op enigerlei wijze gerelateerd is aan het functioneren van de rechtspersoon en ook pas gedefinieerd kan worden als duidelijk is wat de essentialia zijn van beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, is met het voorgaande ook duidelijk.

Aan de orde zijn dus de vraag wat vertrouwen inhoudt, de vraag hoe sterk zijn juridische betekenis is, in het bijzonder in het kader van het ondernemingsrecht en wat een partij daarmee als eiser in een procedure kan.

Ik kies ervoor deze vragen hierna te beantwoorden vanuit de basis omdat duidelijk wil krijgen wat de normen zijn die rond het fenomeen vertrouwen en geschonden vertrouwen betekenis kunnen hebben in het bijzonder binnen het ondernemingsrecht. En in welke benaderingen en bewoordingen het fenomeen tot uitdrukking komt.

1.1 Vertrouwen

Vertrouwen van een burger in een rechtsorde geïnterpreteerd als de bereidheid om er afhankelijk van te zijn, het bij die burger noodzakelijke besef zich bij die rechtsorde ook te *moeten* neerleggen en de samenhang tussen rechtsorde, rechtszekerheid, rechtsstaat en maatschappelijke orde, het zijn belangrijke onderwerpen die hun actualiteit bij de discussie over versoepeling van en de protesten

tegen de Covid-19 maatregelen tonen. Een zich *moeten* neerleggen bij de rechtsorde zonder vertrouwen erin is in een rechtsstaat als algemeen beginsel niet wel denkbaar.

Rechtszekerheid is dan de balans tussen *willen* en *moeten*. Rechtszekerheid is dat het rechtssubject zich beschermd weet in zijn rechten en belangen. In wat hij denkt, wil en doet. En dat dat voor iedereen geldt en dat iedereen elkaar daarin respecteert. En dat er een mechanisme is dat corrigeert als dat niet gebeurt. Het functioneren van de rechtstaat en dus van een rechtsstaat met een door de burgers gedragen rechtsorde en dus de hele maatschappelijke orde hangen er van af.

Die staat is volgens artikel 1 lid 1 van Boek 2 BW publiekrechtelijke rechtspersoon. Die rechtspersoon, ook een rechtssubject, heeft in elk geval één groot belang: als rechtsstaat te functioneren.

Bezien we wet, statuten en contract als bepalend voor de interne deelrechtsorde van een privaatrechtelijke rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:3 BW dan is het voor de hand liggend ook daar de combinatie van bereidheid en verplichting om zich in handelen en nalaten te laten leiden door de deelrechtsorde te zien als een voorwaarde voor het functioneren van de rechtspersoon. Ook daar geldt dat rechtszekerheid voor de bij de organisatie van een rechtspersoon betrokkene is dat hij zich beschermd weet in zijn rechten en belangen. En dat dat voor alle bij de organisatie van de rechtspersoon betrokkenen geldt en voor de rechtspersoon zelf. En ook daar geldt dat de rechtspersoon in elk geval één groot belang heeft: te functioneren.

Van de bereidheid om afhankelijk te zijn van, om zich te onderwerpen aan de deelrechtsorde van een rechtspersoon, *kan* uiteraard ook sprake zijn bij een minderheid of bij een individueel lid van die rechtspersoon in welke positie ook. En heeft dat lid die positie, dan zal het zich bij de deelrechtsorde ook *moeten* neerleggen en ontstaat zo opnieuw een evenwicht tussen *willen* en *moeten*. En soms – de gevallen van niet willen maar wel moeten, of wel willen maar niet mogen – is dat evenwicht wankel of gaat het verloren.

Dit zich beschermd weten in rechten en belangen, wat een notie van passiviteit in zich draagt, gaat mijns inziens dieper dan het zich hebben te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals artikel 2:8 BW dat als eis voor de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn stelt. En welke eisen activiteit in plaats van passiviteit veronderstellen.

Zich beschermd te weten is essentieel voor het functioneren van de *rechtspersoon*. De eisen van redelijkheid en billijkheid als norm voor handelen en nalaten staan daaraan in actieve zin ten dienste. De eisen van redelijkheid en billijkheid zijn in die zin correctienormen in aanvullende en derogerende zin, voor de rechtspersoon én degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn, in alle gevallen dat wet, statuten en contract als bepalende de interne deelrechtsorde overigens onvoldoende bereik hebben.

Bij iedere verplichting in een rechtsorde, althans in een rechtsstaat, althans in een rechtspersoon, speelt vertrouwen op die orde en daarmee op rechtszekerheid een rol.⁵⁶ In zoverre is de vraag naar de juridische betekenis van het fenomeen vertrouwen nauwelijks te overschatten, maar ook een enorme doodoener omdat de concrete betekenis voor het subject – tot uitdrukking komende in de vraag ‘wat kan ik daar nou mee?’ – nog maar moet blijken. Dat geldt ook voor het lid van een rechtspersoon. In welke positie binnen die rechtspersoon dan ook. Een bijdrage leverend aan de uitoefening van welke bevoegdheid dan ook.

⁵⁶ Vgl. J.B.M. Vranken, Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht. Preadvis voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, in J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu (editors), Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland (blz. 1-37). W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.

Het gaat mij in het navolgende daarom niet om algemeen theoretische beschouwingen over de samenhang tussen vertrouwen, rechtszekerheid, rechtsorde en rechtspersoon, maar om voor de probleemstelling van dit boek relevante invalshoeken waarin de betekenis van het fenomeen vertrouwen voor een belanghebbende concreet tot uitdrukking komt en kan komen. Juridisch gaat het dan om de vraag naar welke actie(s) bij inbreuk op dat fenomeen – de inbreuk op bescherming die gerechtvaardigd vertrouwen zou moeten bieden – aan een belanghebbende ten dienste staan om voor zijn rechten en belangen op te komen.

Waarbij geldt: zonder belang geen actie.⁵⁷

De concrete betekenis van het fenomeen vertrouwen in de *praktijk* van het ondernemingsrecht is in elk geval onmiskenbaar.

Om te beginnen is het succes van maatschaps- en daarmee vergelijkbare samenwerkingen ervan afhankelijk. Enerzijds zit hem dat in het in het Romeinse recht bekende intuitu personae-karakter – het met het oog op de persoon en diens kwaliteiten en hoedanigheden aangaan van een samenwerking – en in de wederzijdse afhankelijkheid die uit een samenwerking van beroeps- of bedrijfsmatige aard voor de betrokkenen qua inkomen en vermogen (bijvoorbeeld pensioenopbouw) voortvloeit, anderzijds zit hem dat in de onmogelijkheid om (een) partner(s) in die samenwerking op dagdagelijkse basis te controleren, hetgeen de wederzijdse afhankelijkheid versterkt.

Dit op zichzelf reeds vormt een eerste indicatie voor de betekenis van de goede trouw voor het welslagen van maatschap samenwerking. Dat welslagen is het doel van het functioneren van de maatschap. De wederzijdse afhankelijkheid waarvan sprake is kan een positieve prikkel zijn, maar ook uitlopen op een drama bij opportunistisch gedrag van de een, gekenmerkt door een tekort aan goede trouw jegens de ander, tot uitdrukking komend in een zich aan de rechten en belangen van die ander (te) weinig gelegen laten liggen.⁵⁸

Vertrouwen is een precair gegeven. Het komt te voet en gaat te paard, en het vervalt bij inbreuken nooit maar een beetje. Dat we de maatschap al meer dan twintig eeuwen kennen laat in elk geval zien dat de breekbaarheid van het fenomeen vertrouwen en de wederzijdse afhankelijkheid die met maatschap samenwerking gepaard gaat, aan het succes van de maatschap als juridisch fenomeen niet in de weg hebben gestaan.

Dat geldt trouwens ook voor het huwelijk.

De concrete betekenis van het fenomeen vertrouwen in *juridisch* opzicht is lastiger te duiden. Noch in Titel 9 van boek 7A BW, noch in Boek 2 BW komt het begrip als zodanig voor. Duidelijk is wel dat de bedoelingen en verwachtingen van partijen – zoals in elke rechtsverhouding waarin partijen voor interpretatie van hetgeen hen beweegt en van hetgeen waartoe zij zich verbinden bewust of onbewust ruimte laten – ook bij vragen van uitleg in een maatschap een rol spelen. En dat dus vertrouwen beschouwd als de bereidheid om afhankelijk te zijn van handelen en nalaten van een andere persoon

⁵⁷ Zie mijn boek Open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen, 'Scheidingsmelding' in het ondernemingsrecht, Boom Juridische uitgevers 2013, 517 blz., ISBN 978-90-8974-773-0.

⁵⁸ Vgl. J.B.M. Vranken, Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Tjeenk Willink 1989, p. 8-13, die o.m. HR 15 november 1957, NJ 1968, 67 (*Baris/Riezenkamp*), HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (*Booy/Wisman*), HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Van Dartel*), HR 13 maart 1981, NJ 1981, 442 (*Hilders/De Galan*) en HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (*Keizer/Van Andel*) bespreekt. Timmerman 2011, p. 258. Over *Baris/Riezenkamp* en over de norm dat partijen bij een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 392.

of personen, alles met de verwachtingen aangaande die personen, hun kwaliteiten en hoedanigheden te maken heeft.

Duidelijk is ook dat de aard en inhoud van wat in de praktijk als samenwerking geduid wordt erg kan verschillen – het kan gaan om samenwerkingen als in een maatschap tussen twee of meer personen op voet van gelijkheid, maar ook om een samenstel van overeenkomsten van opdracht of lastgeving, van geldlening, van andere benoemde overeenkomsten zoals de arbeidsovereenkomst, in allerlei varianten. Ook de duiding ervan varieert in de praktijk, van samenwerkingsovereenkomst, onderlinge regeling tot samenwerking, joint venture tot aandeelhoudersovereenkomst, associatie, besloten verhouding en tot simpelweg ‘vennootschap’. Hetgeen laat zien dat samenwerking in allerlei varianten van afstemming van gedrag voorkomt.

Het betekent dat de materiële kenmerken van maatschap samenwerking ook in allerlei varianten en combinaties kunnen voorkomen. En zelfs in varianten die met eigenlijke maatschap samenwerking nog maar weinig te maken hebben. Waarmee die kenmerken ook in toekomstige vormen van afstemming tussen rechtssubjecten – denk aan digitale relaties – betekenis zouden kunnen hebben.

Duidelijk is voorts dat zodra een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, of varianten daarop, wordt geïncorporeerd in een Boek 2 BW rechtspersoon de dwingende systematiek van dat wetboek daarvan daarvoor ruimte moet laten alsook voor daaraan te ontleen concrete acties. Dat die ruimte er wel degelijk is laat de grote hoeveelheid beschikkingen van de Ondernemingskamer in besloten verhoudingen zien waarin hij juist aan die materiële kenmerken belangrijke rechtsgevolgen verbindt.

Dat die ruimte er is vloeit ook voort uit het gebruik van open normen en begrippen door de Boek 2 BW wetgever, uit het feit dat het nou eenmaal zo is dat ook statutaire bepalingen af en toe uitleg behoeven, voor de bv versterkt door de invoering in 2012 van de mogelijkheid van het opnemen van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard in de statuten van een bv (zie artikel 2:192 BW).

Niet zozeer staat in je navolgende ter discussie dat ook eventuele rechtsgevolgen vastgesteld op basis van een analyse van wat partijen in hun onderlinge relatie over en weer *mogen* verwachten door het wettelijke dwingende kader moet worden toegelaten en dat dat kader dar ruimte voor beidt, als wel wat het kunnen functioneren van een rechtspersoon in dit verband eigenlijk inhoudt en betekent. En of het met name in besloten verhoudingen niet veel meer dan over het beleid en de gang van zaken in een rechtspersoon gaat over het functioneren van de rechtspersoon in het perspectief van die gerechtvaardigde verwachtingen. En of herstel van gezonde verhoudingen als door de Ondernemingskamer opgelegde (tijdelijke) voorziening als noodzaak voor dat functioneren niet ook a priori een opzeggingsrecht veronderstelt.

Een rechtspersoon die niet functioneert komt überhaupt niet toe aan de formulering van juist beleid.

Maar met deze gedachten loop ik al teveel op de troepen vooruit.

Als het er om gaat de juridische betekenis van het fenomeen vertrouwen voor het ondernemingsrecht te duiden dan zou ik er zelf geen moeite mee hebben – waarover hierna uiteraard meer – de bekende omschrijving van artikel 7A:1655 BW die de maatschap als overeenkomst definieert, te wijzigen in:

“De maatschap is een ‘bestendige vertrouwensrelatie’, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen.”

Het maakt de potentiële betekenis van het fenomeen vertrouwen in de maatschaps-deelrechtsorde tussen de betrokkenen meteen duidelijk, maar de vraag rijst wat de concrete waarde van de gesuggereerde wijziging is. Als deze aanpassing van de maatschaps-definitie juist is – wat nog moet blijken – dan laat het meteen de bijzondere betekenis van het fenomeen vertrouwen zien. Dan is het namelijk een belangrijk juridisch fenomeen, zitten we er bij lezing van het artikel steeds met onze neuzen bovenop en toch is tegelijk duidelijk dat de wetgever er niet voor gekozen heeft het fenomeen vertrouwen woordelijk in de definitie tot uitdrukking te brengen, wat ook geldt voor de opsteller van het voorontwerp.

Hoeveel waarde kan de gesuggereerde wijziging dan hebben? En als ze inderdaad waarde heeft – al was het maar omdat ze een andere kijk op het fenomeen maatschap biedt – wat levert dat concreet dan op? En waar komt het fenomeen vertrouwen binnen het ondernemingsrecht nog meer concreet tot uitdrukking en is zijn betekenis daarmee voor de beantwoording van de vragen in dit boek te duiden?

1.2 Maatschap samenwerking

Over de maatschap wordt traditioneel geleerd – en het begrip samenwerking is nu ook letterlijk in artikel 7:800 lid 1 Vo terug te vinden – dat de missende link tussen inbreng en voordeel (i.e. het doel) als bedoeld in artikel 7A:1655 BW samenwerking is, meer precies beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking. Samenwerking die zich onderscheidt doordat zij geschiedt op basis van gelijkwaardigheid en waarin zij verschilt van bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst.

Samenwerking in een maatschap wordt voorts in versterkte mate, zo wordt van oudsher geleerd, beheerst door de goede trouw (*‘uberrimae fidei’*⁵⁹).

Om de samenwerking vervolgens tot een succes te maken zal het nodig zijn frequent gezamenlijk besluiten te nemen, als hoofdregel bij unanimiteit, maar de partners kunnen hierover van alles afspreken. De maatschap is in de huidige wettelijke opzet een benoemde strevingsgemeenschap en zo die gemeenschap op zichzelf al niet als rechtspersoon kwalificeert, verbindt het voorontwerp er rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW aan.

Van der Grinten ging in 1972 in de toelichting op het eerste ontwerp van Titel 7.13⁶⁰ niet diep in op het *uberrimae fidei*-karakter van de maatschap. Hij schreef in de toelichting bij artikel 7.13.1.5, dat ging over de taak van de beherende vennoten, dat óf en in hoeverre beherende vennoten verplichtingen hebben niet in het algemeen te zeggen is. Dit hing af van de inhoud van de vennootschaps-overeenkomst. Daarop vervolgde hij:

“De verplichtingen van de vennoten worden door de overeenkomst bepaald. De overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar haar aard, uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (artikel 6.5.3.1 (i.e. het huidige artikel 6:248 BW, BP)). Het lijkt niet nodig hieromtrent in de wet nadere voorzieningen te geven.”

Van der Grinten wees dus in dit citaat naast wet en overeenkomst op de betekenis van de aard van het contract, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid. Ook Maeijer ging in Asser-Maeijer 5-V (1995), p. 82 niet in op wat naar de oude terminologie, zoals hij scheef, de objectieve goede trouw

⁵⁹ Vgl. ook Kaser & Wubbe 1971, p. 217: *‘De rechtshandeling, een legis actio, (...) maakte de deelgenoten tot elkaanders ‘broeders, juist alsof zij erfgenamen van een gemeenschappelijke pater familias waren.’* en p. 218. Maeijer 1964/1965, p. 167, Raaijmakers 2000, p. 87/88.

⁶⁰ P. 1084 tot 1093

heette. Hij wees er wel op dat de oude schrijvers het een contract ‘uberrimae fidei’ noemden en schreef vervolgens:

“Hier ter plaatse kan niet veel verder worden gegaan dan de opmerking, dat de overeenkomst zal moeten worden uitgevoerd zoals van een goed, fatsoenlijk vennoot kan worden verwacht. Iedere vennoot zal de nodige zorg in het belang der vennootschap dienen aan te wenden.”

Desondanks gaf Maeijer in opvolgende bladzijden een groot aantal aan de jurisprudentie ontleende voorbeelden waarmee hij de betekenis van de redelijkheid en billijkheid duidde – let wel: dus drie jaar na de invoering van het toen nieuwe BW ter gelegenheid waarvan afscheid was genomen van de objectieve goede trouw ten gunste van de redelijkheid en billijkheid:

“Uit de redelijkheid en billijkheid vloeit de verplichting voort voor de vennoot om bij zijn handelen niet alleen rekening te houden met zijn eigen belang doch dit belang af te wegen tegen het belang van zijn mede-vennoten of het belang van het samenwerkingsverband als geheel. En deze laatste belangen zonodig te doen overwegen.”

Deze redenering is ook terug te vinden in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII* 2010, p. 71 e.v.

In het tweede ontwerp van Titel 7.13 uit 2002 bepaalde artikel 7:800 lid 2 net als artikel 7:805 lid 1 uit het huidige voorontwerp dat de vennoten zich tegenover elkaar moeten gedragen zoals een goed vennoot betaamt. In de toelichting bij het artikel stond:

“Niet voor niets wordt vennootschap vanouds beschouwd als een contract ‘uberrimae fidei’.”

Het huidige derde voorstel inzake artikel 7:805 lid 1 BW in het voorontwerp bepaalt:

“De vennoten gedragen zich jegens elkaar zoals een goed vennoot betaamt”⁶¹

maar de verwijzing naar het maatschapscontract als ‘uberrimae fidei’ is verdwenen. De toelichting zegt alleen over het gebruik van het woord ‘betamelijk’:

“Dit is een uitwerking van het algemene beginsel van redelijkheid en billijkheid (zie ook artikelen 2:8 en 6:2 BW).”

De vraag rijst of dit laatste niet een te beperkte invalshoek is en of niet ook de aard van het maatschapscontract, mogelijk zelfs eerder nog dan de redelijkheid en billijkheid, richting gevend is voor wat in voorkomende gevallen betamelijk of passend is. Ik wijs op artikel 3:175 lid 1 BW dat, terwijl dat de redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:166 lid 3 BW op de rechtsbetrekking tussen deelgenoten in een onbenoemde gemeenschap van toepassing zijn, bepaalt dat de deelgenoten vrij zijn over het aandeel te beschikken, *“tenzij uit de rechtsverhouding anders voortvloeit”*.

Naar aanleiding van dit door mij gecursiveerde zinsdeel merken Pitlo & Cahen fraai op dat de hoofdregel overwoekerd wordt door de toegelaten uitzonderingen.⁶² Meestal namelijk zal het zo zijn dat de persoonlijke hoedanigheden en kwaliteiten van de andere deelgenoot doorslaggevend zijn om de goederengemeenschap aan te gaan en zal dus meestal uit de rechtsverhouding anders voortvloeien. Er staat niet: *“tenzij uit de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit”* welke redelijkheid en billijkheid best grondslag zouden kunnen vormen voor de afwijking van de hoofdregel. Het onderstreept dat we te niet snel voorbij moeten gaan aan hetgeen uit de aard van een contract of uit (de aard van) een rechtsverhouding voortvloeit.

⁶¹ Ook Mohr 2003, p. 19, Van der Sangen 2008, p. 5. Hierover Mohr 2003, p. 19.

⁶² Pitlo & Cahen 1988, p. 69 e.v.

Op basis van deze eerste schets van de relevante begrippen ga ik hierna variëren om daarmee de *concrete* betekenis van het fenomeen vertrouwen in relatie tot maatschaps- en vergelijkbare samenwerking helder te krijgen. Het gaat dan vanwege het ontbreken van een aanduiding van de betekenis van het begrip vertrouwen in het huidige artikel 7A:1655 BW (e.v.) alsook vanwege het ontbreken van een aanduiding in de voorontwerpen, in het bijzonder om de vraag naar wat uit de aard van de maatschapsovereenkomst voortvloeit, wat in aansluiting daarop de betekenis en inhoud is van de aangehaalde open normen – betamelijkheid, redelijkheid en billijkheid, etc. – , hoe de aard van het contract en de toepasselijke normen zich tot elkaar verhouden en wat daaruit over de betekenis van het fenomeen vertrouwen kan worden geleerd .

Dit doe ik in eerste instantie veralgemeniserend en dus simplificerend – niet iedere maatschap of daarop gelijkende samenwerking is hetzelfde en iedere keer opnieuw zal sprake moeten zijn van analyse vooraleer concrete conclusies gerelateerd aan de vraagstelling van dit boek kunnen worden getrokken.

Gesteld dat een maatschap tussen twee of meer gelijkwaardige beroepsbeoefenaars kwalificeert als een vertrouwensrelatie. Bij aanvang van de samenwerking komt dat tot uitdrukking in tenminste drie vragen van de ene aanstaande vennoot aan de andere: wie ben je?, wat kun je? wat maak je daarvan in onze samenwerking waar?

Uit de onzekerheid over de beantwoording van de laatste vraag zal de wens tot juridische verankering voortvloeien. Die verankering heeft in geval van een maatschap de vorm van een contract. Als bij de wederpartij later sprake is – of hij stelt dat sprake is – van verwachtingen die niet uitkomen over wie je was, wat je kon en wat je daarvan hebt waargemaakt, zal het contract de grondslag moeten bieden voor de gewenste corrigerende acties: nakoming, schadevergoeding, opzegging, ontbinding.

Het is vervolgens de jurist die de vertaalslag maakt via de analyse van grondslag, belang en actie naar de corrigerende juridische rechtsmaatregel.

Omdat het bij maatschap samenwerking gaat om beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, is met de samenwerking ook het hebben van verwachtingen aangaande de persoon, zijn kwaliteiten en hoedanigheden verbonden, of liever de bereidheid om in zekere mate afhankelijk te zijn van wat hij of zij op enig moment nog zal doen of nalaten binnen die beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking. Op niet doen of niet nalaten haken de corrigerende acties aan, tenminste als het contract, de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid daarvoor de grondslag bieden.

Bijzonder is dat het hebben van verwachtingen over doen en nalaten deels gebaseerd is op de persoon, diens hoedanigheden en kwaliteiten, maar dat als het er juridisch op aan komt toch tenminste het contract voor gerechtvaardigde verwachtingen en de daaraan te verbinden rechtsgevolgen de grondslag zal moeten bieden. Let wel: het gaat bij het aangaan van de relatie om verwachtingen in het heden ten aanzien van toekomstig handelen of nalaten van die persoon, zeer waarschijnlijk ook in toekomstige omstandigheden die bij het aangaan van het contract niet of minder voorzienbaar zijn, en mede daarom niet of minder, bewust of onbewust, in het contract te regelen of geregeld zijn.

Juist in die niet of minder geregelde want niet of minder voorziene omstandigheden zal de neiging tot opportunistisch gedrag van een of meerdere betrokkenen het grootste zijn en dus het vaakst tot uitdrukking komen. Dat laat de praktijk ook zien. Dat gedrag zit dan in een niet willen en dus niet doen, maar wel moeten. Of en in een wel willen en dus doen, maar niet mogen, terwijl de grenzen die daarbij gelden niet of niet helemaal duidelijk zijn. Op dat moment zijn de goede trouw of de redelijkheid en billijkheid als correctie daarop het hardste nodig, maar de geneigdheid om daarvan

uit te gaan doorgaans het minst. Komt het er in die omstandigheden op aan de nakoming van het contract af te dwingen dan is de vertrouwensrelatie kapot. En meestal niet zo'n beetje. Ook dat laat de praktijk zien.

Vertrouwen is hierbij niet iets dat alleen uit vrijwilligheid voortvloeit, er bestaat zoals hierboven al opgemerkt ook een zekere noodzaak toe. Die noodzaak vloeit voort uit het gegeven feit dat samenwerkingscontracten nou eenmaal niet alles kunnen regelen. Hoe meer vooruit te willen kijken des te minder dat bij beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking zal lukken. Aan beroeps- en bedrijfsmatige samenwerking – en dus aan deelname aan het economisch verkeer – is nou eenmaal intrinsiek het nemen van risico's verbonden. Juist die risico's – denk aan ondernemerschap in tijden van Covid-19 – zijn op de langere termijn niet voorzienbaar. Het gaat daarom bij beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in zekere zin steeds ook om samenwerking 'for better and for worse' – het delen van alle voordeel, maar zeker ook van onvoorzien nadeel. Dat idee is eigenlijk intrinsiek met maatschap samenwerking verbonden.

Als die risico's zich voltrekken is het nemen en kunnen nemen van besluiten essentieel. Vertrouwen bij het aangaan van de samenwerking houdt dus ook in – mag ook inhouden – de verwachting dat als die onvoorziene risico's zich voltrekken, het doel door het gezamenlijk nemen van besluiten in aanmerking nemend de betrokken belangen en in aanmerking nemend de vereiste zorgvuldigheid, nog steeds te bereiken is, dan wel het nadeel beperkt kan worden gehouden. Of, tenminste, dat het dan lukt in aanmerking nemend de betrokken belangen en in aanmerking nemend de vereiste zorgvuldigheid met de samenwerking te stoppen, of, juridisch beschouwd, de maatschap van een strevingsgemeenschap door de ontbinding ervan om te bouwen naar een verdelingsgemeenschap, of daaruit door opzegging uit te treden.

Vertrouwen houdt ook in de verwachting de rekening voor de risico's die gezamenlijk gedragen zouden worden niet alleen gepresenteerd te krijgen.

Dit vloeit allemaal reeds voort uit de aard van het maatschapscontract.

Hoofdregel is tijdens de samenwerking is besluitvorming bij unanimiteit. Afwijkingen zijn mogelijk, voortvloeiend uit de bereidheid daartoe, die met zich brengen dat de individuele of minderheidszeggenschapshouder zich moet neerleggen bij meerderheidsbesluitvorming. Afspraken ter zake bepalen de deelrechtsorde belangrijk mede. Ook hier blijkt de bijzondere combinatie van vrijwillig vertrouwen en moeten vertrouwen en dus ook de betekenis van de aanvullende of derogerende werking van de goede trouw of de redelijkheid en billijkheid.

De maatschap als deelrechtsorde moet (dus) met het oog op het bereiken van haar doel (kunnen) functioneren. Dat doel is belangrijk richting gevend, maar even zo goed zijn dat, zoals Maeijer ook schreef, de belangen van de vennoten en van het samenwerkingsverband. Dit functioneren komt tot uitdrukking in het verrichten en nalaten van feitelijke en rechtshandelingen van allerlei aard en inhoud en in het voorkomen van niet gewenste aansprakelijkheden in situaties die lang niet altijd allemaal op voorhand voorzienbaar zijn. En vaak gebeurt dat bij meerderheidsbesluit of door organen waarvan de betreffende partner nu net even niet deel uit maakt.

Dit functioneren van de maatschap is maar één van de aspecten waarin de maatschap op een rechtspersoon lijkt. Sterker: waardoor de maatschap nu al rechtspersoon is. Het functioneren van een rechtspersoon is *conditio sine qua non* voor het uiteindelijk kunnen verrichten van rechtshandelingen, het vermijden van onvrijwillige aansprakelijkheden en het bereiken van het doel ervan. Kunnen functioneren is de essentie van rechtspersoonlijkheid. Het wat het vermogensrecht betreft aan een natuurlijk persoon gelijk staan is daar een uitdrukking van. Drager van rechten en plichten

zijn is zinloos zonder dat kunnen functioneren. Het omgekeerde geldt niet. Dat laat al de stille maatschap naar huidig recht zien.

Het is om reden van dat functioneren mijns inziens terecht als we de maatschap, ook de stille, als rechtspersoon zouden kwalificeren. Het voorontwerp, als het doorgaat, gaat daar met een wat kale verwijzing naar artikel 2:5 BW vanuit. Kaal, omdat er naast het zelfstandig drager zijn van rechten en plichten in de zin van artikel 2:5 BW duidelijk meer is dat een associatie rechtspersoon doet zijn. Artikel 2:5 BW is een eigenlijk alleen maar een etiket dat doorzicht biedt op allerlei onderliggende mogelijke varianten van besluitvorming, lidmaatschap, aansprakelijkheid en rechtsverhoudingen, van allerlei wettelijke, statutaire en contractuele aard en combinaties daarvan. Het is het doelgebonden functioneren dat een rechtspersoon tot rechtspersoon maakt, tot een rechtssubject dat wat het vermogensrecht aan een natuurlijk persoon kan en mag staan.

De rechtspersonen die we binnen en buiten Boek 2 BW kennen zijn hierdoor in essentie allemaal wat ik doelgebonden besluitvormingsmodellen zou willen noemen, met een inhoud, zo niet in alle varianten bestaand – de aandeelhouders bestuurde bv? – dan toch modellen die in een grote verscheidenheid aan varianten bestaan.

Het laat bij alles bij elkaar zien dat en waarom het fenomeen vertrouwen naast het contract binnen de zelfstandige constellatie – het doelgebonden besluitvormingsmodel – die ontstaat ook als de maatschap niet onder gemeenschappelijk naam optreedt, een blijvende rol speelt. Het aangaan van de relatie met het oog op de persoon en diens hoedanigheden en kwaliteiten (dat ‘intuitu personae’ karakter van de maatschap) is ook niet alleen een onderscheidend element bij het aangaan van de samenwerking, maar ook nadien. Het maakt het besluitvormingsmodel niet alleen doel- maar ook persoonsgebonden.

Het voorgaande laat voorts zien dat de duiding van een maatschap als vertrouwensrelatie niet alleen maar een doodoener is waarvan moet worden weggebleven, maar essentieel is voor een goed begrip van de aard van maatschap samenwerking en van de betekenis en inhoud van ermee verbonden open normen en begrippen. Het zegt allereerst veel over de *aard* van de maatschap als contract nog voor aan de duiding van de *inhoud* van open normen als de redelijkheid en billijkheid wordt toegekomen. Die *inhoud* zal in het perspectief van de *aard* moeten worden geduïd.

Blijft de vraag te beantwoorden wat de concrete juridische betekenis van vertrouwen is als het gaat om de hierboven al aangegeven vertaalslag van grondslag, belang en actie naar de uiteindelijke corrigerende actie. En wel: concrete actie, nogal eens voortvloeiend uit open normen. Met andere woorden in een net weer iets andere invalshoek: wat kunnen we met de betekenis van het voorgaande als het gaat om acties als nakoming, schadevergoeding, opzegging, ontbinding? Waaraan op basis van het voorgaande nog de toetsing van besluiten is toe te voegen.

1.3 Vertrouwen en materiële kenmerken

Vertrouwen op een persoon, althans de bereidheid om zich in zekere mate van diens handelen of nalaten afhankelijk te maken, kan geheel of gedeeltelijk door ratio worden bepaald en geheel of gedeeltelijk door emotie. Wat de betekenis van emotie in relatie tot het fenomeen vertrouwen betreft volsta ik met hier te verwijzen naar hoofdstuk 3. Wat de betekenis van de rationele overwegingen betreft geldt dat het ook buiten een juridische context kan voorkomen dat na verloop van tijd objectieve factoren de conclusie rechtvaardigen dat aan iemands handelen of nalaten een zeker vertrouwen wordt ontleend.

Iemand doet steeds wat hij zegt of wat van hem wordt verwacht, ook als dat voor hemzelf lastig is en ook als het hem geen direct voordeel oplevert. Dat kan leiden niet alleen tot het gevoel, maar ook tot een zekere geobjectiveerde aanleiding om te veronderstellen dat vertrouwen in die persoon en op zijn gedrag grond heeft. Een buurman houdt consequent een oogje in het zeil als je afwezig bent, hij vindt je verloren portemonnee en brengt hem terug, hij vangt je kinderen goed op als je een keer onverwacht niet thuis komt.

Dit soort van vertrouwen noem ik ondanks dat er objectieve aanwijzingen zijn voor een zekere rechtvaardiging van vertrouwen subjectief vertrouwen. De genoemde aanwijzingen bieden op zichzelf geen garantie voor de toekomst. Ook is (nog) niet sprake van rechtens relevant vertrouwen, zoals vertrouwen op de persoon binnen een maatschap door de maatschaps-context wel rechtens relevant is. Welk vertrouwen immers een bijdrage levert aan en zelfs noodzakelijk is voor het functioneren van de rechtspersoon. Hierna zal ik nog verduidelijken waarom ik het woord context gebruik.

In algemene zin geldt dat gebruik maken van subjectief vertrouwen door de omstandigheden van het geval kan omslaan van ‘gebruik’ zonder naar ‘gebruik’ met juridische lading. Dit wordt duidelijk door wijziging van de term gebruik in de term misbruik en door de veronderstelling dat daarmee hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk wordt geacht overschreden wordt. Dit vormt dan een soort ondergrens waarop uiteraard allerlei juridische nuanceringsmogelijkheden zijn.

Subjectief vertrouwen in een persoon, in het gedrag van personen of van een groep en in volgens religie belangrijke personen of entiteiten speelt in het maatschappelijk verkeer een nauwelijks te overschatten rol. Je zou ook kunnen zeggen dat er een zeker, en misschien wel groot maatschappelijk belang bestaat – of een aan de noodzaak van het in standhouden van het handelsverkeer ontleend maatschappelijk belang⁶³ – dat wij anderen kunnen en moeten kunnen vertrouwen. Tegelijk geldt dat we voor uitwassen van het fenomeen bepaald niet blind moeten zijn. Dit om uiteraard aan het belang van het individu, maar ook om aan het belang van het collectief te ontleenen redenen.

Voorts geldt, en dat geldt ook in het recht, dat ieder de risico's van onnozelheid, naïviteit, emotionaliteit, het volgen van instinct, vermeende ervaring en het onvoldoende doen van onderzoek toch vooral zelf dient te dragen, ook in een maatschaps-context of relatie. Het is ook precies hier waar in de communicatie tussen individuen veel mis kan gaan en ook gaat.⁶⁴ En het is precies hier dat mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten als factoren die kunnen leiden tot een andere verdeling van risico dan volgens het uitgangspunt dat ieder zijn eigen risico te dragen heeft een belangrijke rol spelen.⁶⁵ En het is hier ook dat de boven gememoreerde rechtszekerheid een belangrijke rol speelt, ook binnen de context van het rechtspersonenrecht.

Dit is terug te zien in de betekenis van de artikelen 3:33 en 35 BW waarmee ik verder opschuif naar de juridische betekenis van het fenomeen vertrouwen en dus naar hetgeen B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers in 2002 in deel A22, Derdenbescherming, van de Monografieën Nieuw BW daarover schreven.

⁶³ Zie hierover B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, Derdenbescherming, Mon. Nieuw BW A22, 2002, hoofdstuk 1, i.h.b. de conclusie op p. 15.

⁶⁴ Zie: Verkenners - uit de communicatie bocht gevlogen?, drs H.J. Blikslager, blogbericht website IZAAC, 9 april 2021.

⁶⁵ Vgl. J.B.M. Vranken, Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Tjeenk Willink 1989 en Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht. Preadvis voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, in J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu (editors), Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland (blz. 1-37). W.E.J. Tjeenk Willink, 1997. Zie ook HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:226, conclusie AG mr. Valk, ECLI:NL:PHR:2018:1458, JOR 2019/150 met nt. prof. mr. A. G. Castermans (Meulenberg q.q./Alsi Beheer B.V.).

Zij begonnen die monografie met in te gaan op artikel 3:33 BW dat zoals bekend bepaalt dat een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil vereist die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Voor het *gevolg*, schrijven ze dan, “de rechtshandeling, is als feit een wilsverklaring vereist.” Vervolgens gaan ze in op die bekende gevallen waarin de geopenbaarde wil juist niet de werkelijke wil blijkt weer te geven. Artikel 3:35, zo schrijven ze dan, brengt onder de daarin gestelde voorwaarden met zich mee dat degene die de schijn-van-wil aanzag voor werkelijk wil, beschermd wordt. Belangrijkste voorwaarde is dat vertrouwen gerechtvaardigd moet zijn.

Artikel 3:35 BW is dan nog maar één van de wettelijke bepalingen waarin de bescherming van een wederpartij of zelfs van een derde op basis van vertrouwen tot uitdrukking komt.

Ik citeer Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers vervolgens op p. 3 :

“In het BW is bescherming als rechtsbeginsel aanvaard en systematisch uitgewerkt.

Onder oud recht was dat anders. Het oud BW kent geen afgerond systeem van (derden)bescherming. Met als bouwstenen enige verspreide beschermingsregels die als toepassing van een algemener beginsel werden herkend (zoals art. 2014, art. 1910, art. 1377, lid 3 oud BW), is in de doctrine en in de jurisprudentie slechts geleidelijk een systeem van bescherming ontwikkeld.”

Dan verwijzen zij naar literatuur. Ik vervolg:

“In deze belangrijks publicaties is steeds de goede trouw van de te beschermen personen centraal gesteld. Bescherming wordt in de doctrine geconstrueerd als voortvloeiend uit, als honorering van, de goede trouw van degene die een rechtsgevolg inroept terwijl het daarvoor noodzakelijke rechtsfeit ontbreekt. Bescherming houdt aldus in: bescherming *van* goede trouw.”

En op p. 7:

“Traditioneel wordt het (opgewekte) vertrouwen als de spil van de bescherming beschouwd.

Hoewel schijn en vertrouwen elkaars tegenpool vormen, wordt het belang van de schijn wel ondergeschikt geacht aan de daarop volgende reactie van het vertrouwen. Vgl. Eggens, Een man een man, een woord een woord, VPO deel 2 blz. 204: ‘Er moet (...) iets *meer* verwerkt zijn dan de schijn wil er van (werkelijke) verbintenis sprake zijn. En inderdaad is er meer en beters verwerkt dan schijn, nl. *vertrouwen* bij de wederpartij’.

Dit vertrouwen neemt in de rechtsorde een belangrijke plaats in. Zelfs kan worden gesteld dat de figuur van de bescherming zoals deze in het BW is neergelegd, grotendeels is voortgekomen uit de vertrouwensleer, die sinds het einde van de vorige eeuw met name op het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten in de Duitse en Nederlandse literatuur tot ontwikkeling is gebracht.”

Dan volgen er weer verwijzingen naar literatuur. Ik vervolg:

“Het ligt dan ook in de rede dat vertrouwen als element van de bescherming steeds grote nadruk heeft gekregen. Nu de beschermingsregels in de nieuwe codificatie een plaats hebben gevonden, kan de rol die het vertrouwen hier speelt, geanalyseerd worden.”

Hun verwijzing naar en het gebruik door Eggens van de titel “Een man een man, een woord een woord” is raak. Het citaat geeft de essentie aan van waar het in het handelsverkeer om gaat. Voor zover dat niet helemaal duidelijk zou zijn, laat de essentie zich eenvoudig illustreren door zich een voorstelling te maken van de situatie die ontstaat als een woord niet langer een woord zou zijn, maar ieder zich zou kunnen onttrekken door zich op de afwijkende wil te beroepen. Een man een man, een woord een woord heeft dus – en dat is meer dan een open deur – alles met rechtszekerheid te maken en alles met de bereidheid om zich van handelen of nalaten van die man afhankelijk te maken. En dus ook alles met vertrouwen, zelfs al zou het gaan om de aankoop van een appel en een ei op de markt.

Maar – en dat is minder een open deur – de aard en intensiteit en dus de feitelijke en juridische betekenis van vertrouwen in al die verhoudingen waar dit boek over gaat, kan enorm verschillen. En dat is iets – maar dan loop ik weer vooruit – waar wij ondernemingsrechtjuristen veel te weinig aandacht voor hebben.

Waar Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers op de betekenis van derdenbescherming *binnen Boek 2 BW* in hun monografie niet verder ingingen, ligt het voor de hand om in aansluiting op hun betoog er ook voor het ondernemingsrecht vanuit te gaan (1) dat bescherming van vertrouwen in het recht een belangrijk achterliggend beginsel is en (2) dat de concrete juridische betekenis van vertrouwen in expliciete direct door de wet geregelde gevallen (zie artikel 3:35 BW) tot uitdrukking komt en in mindere expliciete maar desalniettemin op de wet, het contract, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid gebaseerde gevallen tot uitdrukking *kan* komen.

Een directe wettelijke grondslag is dan uiteraard artikel 3:35 BW dat ook binnen het ondernemingsrecht rechtsgevolg verbindt aan gerechtvaardigd vertrouwen op een verklaring of gedraging van een wederpartij, i.e. een natuurlijke of, via artikel 2:5 BW, een rechtspersoon. Indirect *kan* die grondslag gelegen zijn in artikel 6:248 lid 1 BW waar de wet voor overeenkomsten, en dus ook voor maatschapscontracten, bepaalt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. En wel in die volgorde, zo lijkt althans bij maatschapscontracten verdedigbaar.

Hierbij zijn voor het ondernemingsrecht in brede zin, dus voor besloten verhoudingen, dus voor persoon- en doelgebonden besluitvormingsmodellen, alvast tenminste drie kanttekeningen te maken.

Allereerst dient het dwingende kader van Boek 2 BW (zie artikel 2:25 BW) voor deze benadering ruimte te laten. Dat kan, zo constateerde ik al, en gebeurt op drie manieren. Ten eerste geldt dat dat waar artikel 6:248 BW ruimte biedt, ook artikel 2:8 BW die ruimte biedt, net als – in principe overigens – alle overige open normen en begrippen in Boek 2 BW. Ten tweede zit die ruimte in het kunnen en moeten functioneren van de rechtspersoon, waarbij voor dat functioneren richting gevend zijn het doel, de aard van de betrokken rechtsverhouding, de betrokken belangen en de toepasselijke normen. Ten derde zit ruimte een quasi *Quint/Te Poel*-benadering: bij niet of niet expliciet geregelde gevallen aan te sluiten op het stelsel van de wet⁶⁶ en de wel in de wet geregelde gevallen.

Ten tweede spelen naast wet en overeenkomst uiteraard ook de statuten. In de betekenis daarvan is in de afgelopen dertig jaar een ontwikkeling gaande van een meer institutionele benadering naar een waarin ook voor het besloten verhoudingen en de bijbehorende uitleg naar de bedoelingen en verwachtingen van partijen ruimte is. Dit wordt sinds 2012 versterkt door de hierboven al gememo-reerde in artikel 2:192 lid 1 BW opgenomen mogelijkheid van het in de statuten opnemen van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard in de verhouding tussen aandeelhouders, tussen aandeelhouders en de vennootschap en tussen aandeelhouders en derden. Te verdedigen is dat artikel 6:248 lid 1 BW ook betekenis heeft voor statutaire bepalingen.

Ten derde – niet het minst belangrijk – ligt onder de verwijzing naar het (maatschaps)contract als bron van eruit voortvloeiende verbintenissen en de in voorkomende gevallen noodzaak van interpretatie en uitleg van hetgeen waartoe partijen gehouden zijn nog een ander fenomeen verscholen.

⁶⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 406.

Er zijn namelijk gevallen, waarvan de casus in het Dierenartspraktijk-arrest⁶⁷ een mooi voorbeeld is, waarin partijen – een aantal in een constellatie van bv's verbonden dierenartspraktijken – het er niet eens over eens zijn dat tussen hen überhaupt van een maatschapsovereenkomst sprake is.

De nagenoeg gelijklopende beoordelingen van Rechtbank, Hof en Hoge Raad in deze zaak laten voor zulke gevallen zien dat het de materiële kenmerken van de relatie zijn die doorslaggevend zijn voor de kwalificatie van een rechtsverhouding als maatschap en niet of partijen zich daarvan bewust zijn. Mijns inziens laat dit principieel ook zien dat die materiële kenmerken *ook* als een samenwerking niet als maatschap kwalificeert, dus in een maatschap-achtige of vergelijkbare samenwerking, betekenis zouden kunnen hebben als het gaat om en duiding en weging van de consequenties van gesteld en geschonden vertrouwen.

Dit zit al in de betekenis van de artikelen 3:35 en 3:36 (gerechtvaardigd vertrouwen) en 3:69 BW (schijn van volmachtverlening) in hun *algemeen* verbintenisrechtelijke betekenis, die ook binnen het ondernemingsrecht gelding heeft. Maar het zit hem ook in de aanwezigheid van een of meer van die materiële kenmerken in maatschap-achtige relaties *buiten deze artikelen om*. Hetgeen enerzijds aansluit op de idee van bescherming van vertrouwen als achterliggend beginsel en anderzijds laat zien hoe belangrijk de analyse van de aard van de rechtsverhouding aan de hand van materiële kenmerken kan zijn. Van het ontbreken van welke analyse de zaak Atlas Chemie een goed voorbeeld is.

Die maatschapskenmerken zijn volgens de Rechtbank, het Gerechtshof en de Hoge Raad:

1. beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking;
2. gelijkheid/gelijkwaardigheid;
3. verdeling van voordeel of beperking van verlies;
4. inbreng (geld, goederen, genot van goederen, arbeid) en
5. gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers.

Ik heb hieraan in de vorige paragraaf de elementen 6. besluitvorming en 7. het gezamenlijk nemen en dragen van risico toegevoegd.

Een ander element (8.) dat nog ontbreekt, ofschoon het wellicht uit het derde element voortvloeit, en dat gelet op paragraaf 3 van de verantwoording niet onbelangrijk is, is het kenmerk van het gedeelde klantcontact. Ik doel dan niet zozeer op het feitelijke klantcontact waarvan in gedeeld opzicht vaak sprake zal zijn (het is ook mogelijk dat partners elkaar van dat contact min of meer uitsluiten en ieder alleen de eigen klanten bedient of een partner juist helemaal niet), maar meer op de betekenis van klantcontact in juridische zin. Daarmee doel ik op het feit dat uit het gebruik van een gemeenschappelijke naam gezamenlijke goodwill voortvloeit, los – als hoofdregel – van de vraag aan wie die goodwill precies toebehoort, en los – als hoofdregel – van de vraag wie daar de grootste bijdrage aan geleverd heeft. Het klantcontact, het door gebruik van een gemeenschappelijke naam gerealiseerde klantcontact, kwalificeert dan als een vorm van voordeel.

Uiteraard is bij een stille maatschap of in geval van stille geldschieters van die goodwill geen sprake, maar dat is dan een door partijen bewust gemaakte keuze voor een uitzondering op de hoofdregel. Dat is een hoofdregel die ook toelaat dat over wie wat doet voor welke klanten in de praktijk afspraken gemaakt worden en dat daarop allerlei regels van toepassing kunnen zijn zoals gedragsregels van een beroepsorganisatie.

⁶⁷ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*). Van Duuren 2002, p. 3.

Dan is er nog een aspect dat eigenlijk uit de andere kenmerken en vooral uit het eerste voortvloeit. De relatie tussen partners in een maatschap is zoals wordt geleerd (element 2) niet hiërarchisch. Dit tegen de achtergrond van het feit dat een maatschap meestal voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. Het niet hiërarchisch zijn van een maatschap samenwerking wordt dan wel gebruikt om de maatschap van een arbeidsovereenkomst te onderscheiden. Maar niet hiërarchisch zijn betekent mijns inziens ook, gelet op de onzekerheden die met beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking gepaard gaan, dat het toekomstige succes van samenwerking belangrijk bepaald wordt door het samen op voet van gelijkheid kunnen (blijven) nemen van besluiten (het al genoemde element 6.) Dit zelfs *ondanks dat – uiteraard – in besloten verhoudingen niet altijd sprake is van 50/50 verhoudingen.* Je als minderheidsaandeelhouder (moeten) neerleggen bij een meerderheidsbesluit – of: je als een van de tien vennoten in een vennotenvergadering (moeten) neerleggen bij een meerderheidsbesluit – betekent niet dat de onderlinge verhouding daarmee hiërarchisch is. Niet hiërarchisch zijn ecarteert nog niet de bereidheid en plicht zich in de deelrechtsorde neer te leggen bij uitgangspunten van lidmaatschapsrecht en zo een bijdrage te leveren aan het functioneren van de rechtspersoon.

Minstens zo belangrijk als besluitvorming is de afstemming van gedrag. Een afstemming die voortvloeit en soms zelfs moet voortvloeien uit besluiten, maar soms ook van wezenlijke betekenis is voor het functioneren van de rechtspersoon zonder dat daaraan expliciete besluitvorming of zelfs statutaire bepalingen ten grondslag liggen. Dit klinkt vreemd want samenwerking is afstemming. Maar ik gebruik de term afstemming toch om er een nuance mee tot uitdrukking te brengen. Afstemming kan ook uitvloeisel van gegroeide praktijk zijn. Ik licht dit toe aan de hand van een voorbeeld dat ik opnieuw ontleen aan de casus van de kwestie Atlas Chemie.

Voorbeeld

Zoals in paragraaf 1 van dit hoofdstuk opgemerkt werkten eiseres en gedaagde volgens gedaagde vanaf 1996 samen. Eiseres gebruikte het woord samenwerking ook, maar de rechtbank gebruikt het in het vonnis niet en heeft het over een verhouding tussen twee families. Op enige moment is de 45/45% aandelenverhouding ontstaan en op enig moment is eiseres gaan functioneren als procuratiehouder met betalingsvolmacht. In 2014 is haar echtgenoot X voor Atlas Chemie gaan werken en er ook bestuurder van geworden en op enig moment gold dat ook voor zoon Y. Wat ik aan deze aan de lezer intussen bekende feiten toevoeg is dat zolang het goed ging in de verhouding tussen eiseres en gedaagde, en zolang het vanaf 1 januari 2014, of waarschijnlijk al eerder ook tussen de families goed ging, kennelijk en in voldoende mate sprake is geweest van op elkaar afgestemd gedrag.

Afgestemd gedrag dat te kwalificeren kan zijn geweest als eigenlijke beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking maar ook een andere inhoud kan hebben gehad. Is eiseres bijvoorbeeld op enig moment of in een bepaalde periode toch meer belegger geweest? En vervolgens meer de kant van de samenwerking opgegaan?

Zoals al opgemerkt, het feit dat in het vonnis zo weinig blijkt over de eerdere onderlinge contacten en hoe die verlopen zijn kan/zal te maken hebben met het feit dat er door eiseres te weinig over is aangevoerd. Waarschijnlijk heeft dat ook te maken gehad met wat in de praktijk zo vaak gebeurt, namelijk dat er tussen eiseres en gedaagde nauwelijks onderlinge afspraken waren vastgelegd anders dan in de standaardregelingen in de statuten – ze waren allebei aandeelhouder, in aandeelhoudersvergaderingen kwamen waarschijnlijk alleen de jaarlijkse standaard financiële zaken aan de orde en daarbuiten was mogelijk nauwelijks sprake van formeel en in notulen vastgelegd overleg. Bestuursvergaderingen waren er niet tussen eiseres en gedaagde omdat alleen gedaagde bestuurder was.

Toch is het niet onwaarschijnlijk dat in de jaren tussen 1996 en 2014 van niet door de formele kaders bepaalde informele afstemming tussen eiseres en gedaagde sprake is geweest en wel in voldoende

mate om het zo lang zakelijk met elkaar uit te houden. Misschien zelfs is die afstemming intensief geweest. Nogmaals: gedaagde noemde het samenwerking, eiseres deed dat terloops, maar de rechtbank gebruikte het woord samenwerking niet.

Die afstemming in handelen én nalaten kan er tussen eiseres en gedaagde in verschillende intensiteit zijn geweest wat sterk zal afhangen van de aard van de ondernemingsactiviteit en hoe die zich ontwikkeld heeft, van ieders bijdrage daaraan en van ieders deskundigheid ter zake, etc. In de loop der jaren kan ook sprake zijn geweest van een zich in positieve zin versterkende relatie op basis van impliciete besluitvorming, impliciet mandaat en impliciete bevestiging, uiteindelijk uitlopend op een kwalitatief redelijk niveau van contact zodanig dat daarin ook familieleden werden betrokken uitlopend op een bestuurderschap van de echtgenoot en zoon van eiseres. En van de zoon van gedaagde.

De rechtbank constateert achteraf dat de verhoudingen tussen de beide families in onbalans zijn geraakt, nota bene 18 jaar nadat volgens gedaagde de samenwerking begonnen was, en dat dat zich in toenemende spanningen heeft gemanifesteerd. Vanaf enig moment is dus kennelijk niet meer van (voldoende) afgestemd gedrag sprake geweest. Onduidelijk is wat de aanleiding was. Wel dat er een kanteling of kentering is geweest die aansluit op mijn eerder aangehaalde overtuiging – verklaarbaar vanuit de betrokken emoties waarover hoofdstuk 3 – dat van inbreuk op gesteld vertrouwen nooit maar een beetje sprake is. Die kanteling of kentering is naar mijn mening in het perspectief van de lange voorgeschiedenis dan ook niet zomaar iets. Dat lang van een verhouding sprake is geweest die zowel door eiseres als gedaagde als samenwerking werd geduid, is relevant. En is, los even van de vraag hoever de lijdelijkheid van de rechter zich uitstrekt, niet iets waarop zonder analyse van de aard en inhoud van de relatie de kwalificatie ‘verstoord’ kan worden geplakt, waarna kan worden overgaan tot de orde van de dag.

Het verstoord zijn van een samenwerking betekent in het perspectief van het functioneren van de rechtspersoon namelijk iets. Als die samenwerking in een rechtspersoon geïncorporeerd is, functioneert die rechtspersoon niet, of niet meer, en dat is geen definitiekwestie. De aan de verwachtingen van i.c. eiseres omtrent het functioneren van de rechtspersoon beantwoordende afstemming is er dan niet meer. Aan de conclusie dat een in een rechtspersoon betrokken verhouding verstoord is behoort daarom een deugdelijke volledige analyse van de aard en inhoud van de rechtsverhouding vooraf te gaan, nodig voor de beoordeling van de gegrondheid van acties en de gerechtvaardigheid van daarmee verbonden consequenties.

Het bijzondere is dat dat het in deze benadering principieel niet uitmaakt of het gaat over een binnen of buiten Boek 2 BW rechtspersoon.

Vertrouwen komt alsdan tot uitdrukking in de bereidheid om zich binnen een rechtspersonenrechtelijk context van handelen en nalaten van de ander – inclusief – de rechtspersoon – afhankelijk te maken, waarbij die bereidheid niet alleen gebaseerd is op de persoon maar ook op de (rechts)zekerheid die wet, statuten en contract met zich meebrengen in het perspectief van de verwachtingen die de betrokkene omtrent de aard en inhoud van de rechtsverhouding mocht hebben. Of die rechtsverhouding door wet, statuten of contract beheerst wordt doet er *in deze benadering* niet toe. Ze geldt dus voor alle rechtspersonen waarin analyse van materiële kenmerken daarvoor grond geeft.

Het is mijns inziens hier dat stelling 1 aanknoopt. Die stelling – zie paragraaf vier van de verantwoording – is dat niemand gedwongen kan worden om tot in lengte van dagen in een door intrinsiek willen en vertrouwen gekenmerkte persoonlijke relatie aan een ander verbonden te blijven als dat vertrouwen komt te vervallen. Als de relatie in die zin verstoord of duurzaam ontwricht raakt.

Als het na de vertrouwensbreuk van afgestemd gedrag niet meer komt en niet meer kan komen, althans niet in de aanvankelijk door partijen beoogde betekenis, gebeurt daarmee iets wezenlijks in de onderlinge verhouding tussen partijen: het *persoons-* en doelgebonden besluitvormingsmodel waarvan aanvankelijk sprake was, verwordt door de vertrouwensbreuk tot enkel een *doelgebonden* besluitvormingsmodel. En inderdaad, zoals de rechtbank impliciet lijkt te oordelen, de bv als *doelgebonden* besluitvormingsmodel kan nog steeds functioneren.

Maar dit geldt ook in een maatschap met twaalf vennoten waarvan er één opzegt in een met Atlas Chemie vergelijkbare casus. Ook die maatschap kan functioneren. Het laat wat mij betreft zien dat het feit dat de maatschap – de rechtspersoon – als besluitvormingsmodel functioneert geen eigenlijk argument is om de opzegging of de uittredingsvordering niet te honoreren.

In die situatie – dus die van oorspronkelijk persoons gebonden besluitvormingsmodellen – niet met rechtsgevolg aan elkaar te kunnen opzeggen is een juridische anomalie: het verdraagt zich niet met waar het in het functioneren van die rechtspersoon conform de bedoelingen en verwachtingen van partijen in de kern om gaat. Voor iemand tegen deze redenering principiële bezwaren heeft is het goed om zich te realiseren dat veel belangrijker dan het met rechtsgevolg kunnen opzeggen is hoe daarmee vervolgens qua effect om te gaan. Maar dat geldt ook in het voorbeeld van de maatschap met twaalf vennoten waarvan er één opzegt, of drie, of zeven.

Het functioneren van de rechtspersoon is als begrip dus essentieel belangrijk. Niet beperkt, zoals ik de boven geciteerde overwegingen van de rechtbank in r.o. 3.3 heb vertaald:

“niet gebleken dat de gespannen relatie tussen de beide aandeelhouders heeft geleid tot onjuiste besluiten binnen de vennootschap, tot de onmogelijkheid om besluiten te nemen of tot gedrag dat er op is gericht om de andere aandeelhouder dwars te zitten. Niet is gebleken dat aandeelhouders noodzakelijke informatie aan elkaar hebben onthouden. Het wettelijke uitgangspunt als bepaald in artikel 2:8 BW dat (ook) aandeelhouders zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, lijkt in casu niet geschonden. Van benardheid van [eiseres] (geen informatie, geen dividend et cetera) blijkt geen sprake, althans is dat door [eiseres] niet of onvoldoende gesteld dan wel onderbouwd.”

Functioneren geeft een ruimer referentie- en dus beoordelingskader. Het toetsingskader van artikel 2:343 lid 1 BW wordt daardoor ook ruimer of in elke geval duidelijker. Centraal staat in dat artikel het schaden van rechten en belangen zodanig het voortduren van het aandeelhouderschap niet kan worden *gevergd*. De crux zit in de weging van het woord ‘vergen’. Wat kan gelet op het schaden van betrokken rechten en belangen nog worden gevergd en wat niet?

Goed voorstelbaar is intussen dat het aandeelhouderschap in de 50/50 relatie tussen eiseres en gedaagde in de Atlas Chemie zaak geen andere betekenis had dan het ermee ontvangen van dividend. Maar dat daarnaast sprake was van intensief afgestemd gedrag. Dan is de vraag wat prevaleert, de constatering dat de verhouding tussen eiseres en gedaagde vanaf enig moment duurzaam is ontworcht, of het functioneren van de rechtspersoon in de door de rechtbank verwoorde, althans door mij zo geïnterpreteerde zin.

Uitgaande van de betekenis van het woord ‘vergen’ in het perspectief van het geschonden zijn van gesteld vertrouwen – van bedoelingen en verwachtingen en wat gelet op de aard van de relatie passend zou zijn geweest – lijkt er dus ruimte om op een andere manier te procederen en argumenteren. Het vereist een ander of ruimer referentie en beoordelingskader. Veel meer dan een nuance in het perspectief van bestaande rechtsopvattingen kan het voorgaande, dat begrijp ik, niet zijn. Maar het lijkt me in voorkomende gevallen, een niet onbelangrijke nuance.

Dat deze gedachtegang niet tot uitdrukking kwam in het vonnis van de rechtbank inzake Atlas Chemie kan mijns inziens – een voorlopige beoordeling en verder te toetsen in hoofdstuk 2 – ook te wijten zijn enerzijds aan de berusting van echtgenoot X en zoon Y gelegen in hun vrijwillige ontslag en het door hen noch door eiseres vanuit hun (aanstaande) positie als bestuurder niet scherp inzetten op wat ze van gedaagde verwachtten en waarom mede aan de hand van de aard en inhoud van de rechtsverhouding tussen aanvankelijk eiseres en gedaagde en later de beide families en de daarin geldende zorgvuldigheidsplichten.

Door het ontbreken van een analyse van de rechtsverhouding waarin de aard en intensiteit van de afstemming tot uitdrukking had kunnen komen, en dus door het ontbreken van een analyse van de materiële kenmerken en dus van de betekenis van het komen vervallen van de factor vertrouwen, is mogelijk uit de zaak niet gehaald wat naar mijn inschatting wel in had kunnen zitten. Dat had anders gekund, maar noodzakelijke voorwaarde voor een beroep daarop is dan wel een goede onderbouwing van daarop gebaseerde vorderingen in de dagvaarding.

De in gevallen optredende noodzaak van duiding van gedrag (handelen en nalaten) dat in allerlei varianten en intensiteit van afstemming – of anders gezegd: dat in allerlei varianten en intensiteit van bereidheid om zich van handelen en nalaten van de ander afhankelijk te maken – voorkomt is reden om hier te spreken van een maatschaps-context. Of van een maatschap-achtige of besloten verhouding. Of van een besloten ledenverhouding. Of liever: van een persoons- en doelgebonden besluitvormingsmodel.

Het fenomeen vertrouwen haakt hierbij aan op de materiële kenmerken van die rechtsverhoudingen: besloten of associatief of hoe ook genoemd. En die kenmerken kunnen ook als de associatie niet zonder meer als maatschap kwalificeert, nog wel aan het fenomeen vertrouwen juridische relevantie verlenen. Een goede analyse van feiten en omstandigheden in relatie tot het toepasselijke recht is dan essentieel maar ook niet gemakkelijk.

Ik ga eerst in verder op de grondslagen voor mogelijke acties in deze redenering. Welke wettelijke grondslagen zijn er, meer algemeen beschouwd? Welke zijn er in het bijzonder relevant? Welk gedrag (handelen of nalaten) heeft daarbij betekenis? Wat is mogelijk binnen de deels dwingende context van Boek 2 BW?

Wordt vervolgd in circa wekelijkse (voor)publicaties