

Het Leeuwendeel

De ‘Gekke koeien’-ziekte en de vennootschap

Een koe, een geit en een arm schaap, altijd de klos,
hadden een leeuw op jacht geholpen in het bos.
Toen ze een indrukwekkend hert hadden gedood,
deelde de leeuw het in vier porties en gebod:
‘Als koning krijg ik uiteraard het eerste stuk.
Het tweede ook: de jacht was zonder mij mislukt.
Het derde is een blijk van eerbied voor mijn kracht.
Wie aan de vierde portie komt wordt afgeslacht.’
Zo kreeg hij heel de buit laaghartig in zijn macht.¹

Het is de geestelijke vader van de fabeltjeskrant die hier aan het woord is: de Romeinse dichter Phaedrus. Zelf noemt hij weliswaar de Griek Aesopus als uitvinder van het genre, maar van Aesopus is niets overgeleverd en we weten zelfs niet met zekerheid of hij wel bestaan heeft. Van Phaedrus daarentegen hebben we vijf boeken met fabels. Over zijn levensloop is weinig bekend, ‘hoe dikwijls hij ook over dat lievelingsonderwerp der dichters: zichzelf, spreekt.’² Hij noemt zichzelf evenwel in de titel van zijn werk *Augusti libertus*, een vrijgelatene van Augustus, en zet verderop in zijn werk uiteen wat het verband is tussen het slavenleven en de fabel. ‘Omdat de slavenstand / nooit vrijuit over zijn ellende spreken dorst, / heeft hij tot troost zijn hart in fabels uitgestort / en met verzonnen grapjes de censuur misleid.’ Piërisch bergland bood hem een geboortehuis, zodat hij een Macedoniër kan worden genoemd en tegelijkertijd afkomstig is uit het land der muzen, de streek ten noordoosten van de Olympus.³ Van zijn vijf boeken met fabels zijn de eerste twee boeken waarschijnlijk in het begin van de regering van Tiberius (14-37) uitgegeven. Van de laatste twee boeken denkt men dat ze uit de tijd van Claudius (41-54) stammen. Het derde boek moet zijn uitgegeven na de terechtstelling van Sejanus, de beruchte bevelhebber van Tiberius’ praetorische garde, in 31 na Christus. Het laat zich anders moeilijk verklaren waarom Phaedrus het daarin zou kunnen hebben over Sejanus

¹ Phaedrus, *Fabels*, I 5, vert. John Nagelkerken, Athenaeum-Polak & Van Gennep, 1998. *Vacca et capella, ovis et leo. Numquam est fidelis cum potente societas:/ Testatur haec fabella propositum meum./ Vacca et capella et patiens ovis iniuriae/ Socii fuere cum leone in saltibus./ Hi cum cepissent cervum vasti corporis,/ Sic est locutus, partibus factis, leo:/ ‘Ego primam tollo, nominor quia leo:/ Secundam, quia sum fortis, tribuetis mihi;/ Tum, quia plus valeo, me sequetur tertia;/ Malo afficietur si quis quartam tetigerit.’/ Sic totam praedam sola improbitas abstulit.*

² W.A.M. Peters, *Phaedrus, Een studie over persoon, werk en taal van den Romeinschen fabeldichter*, prf. Nijmegen 1946, p. 1.

³ III, proloog, 17.

die hem ‘gemeen had aangeklaagd,’ en hem ‘als getuige, zelfs als rechter had belaagd,’ zonder dat het hem, zoals de uitdrukking gaat, de kop zou hebben gekost.⁴

Niet alleen fabels in de strikte zin van het woord, namelijk met sprekende dieren, bevatten de geschriften van Phaedrus. Ook vertellingen in meer algemene zin vinden er hun plaats, overeenkomstig de oorspronkelijke betekenis van het woord fabel. De dichter maakt in het voorwoord tot het eerste boek zelfs gewag van het voornemen met bomen te spreken, een voornemen dat evenwel geen sporen heeft nagelaten, maar die leemte in de letterkunde van het avondland lijkt inmiddels te zijn opgevuld. Gezien zijn herkomst behoeft het geen verbazing te wekken dat een telkens terugkerend onderwerp is de botsingen tussen eenvoudige figuren en hogere machten.

Zo ook in de fabel waarmee ik dit opstel begon. De fabel van de koe, de geit, het schaap en de leeuw. De lezer zal daarin reeds de bekende leeuwenvennootschap hebben herkend. ‘Wie samenwerkt met machtigen wordt niet beloond. Hoe waar dat is wordt in de fabel aangetoond.’ luidt dan ook de zedenles die Phaedrus aan de fabel meegeeft. Phaedrus zal tijdens zijn rechtskundige verwickelingen met Sejanus ongetwijfeld in aanraking zijn gekomen met enige rechtsgeleerden. Het is niet geheel onmogelijk dat Gaius Cassius Longinus één van hen is geweest. Cassius was een verwant van Sejanus en *consul suffectus*, een tussentijds verkozen consul, in het jaar 30 n. Chr. Enige jaren daarvoor zal hij dus praetor zijn geweest. Hij was onder Tiberius en zijn opvolgers een vooraanstaand jurist. Hij was een kleinzoon van de gelijknamige Caesarmoordenaar (‘Yond Cassius has a lean and hungry look / He thinks too much. Such men are dangerous.’)⁵ en was een achterkleinzoon van Servius Sulpicius Rufus, de studiegenoot van Cicero die volgens deze liever de eerste wilde zijn in de tweede kunst, zoals Cicero de rechtsgeleerdheid beschouwde, dan tweede, na Cicero vanzelfsprekend, in de eerste kunst, namelijk die der welsprekendheid.⁶ Sabinus was zijn leermeester, maar Cassius stichtte wellicht de school die zowel die der Cassiani als die der Sabiniani werd genoemd. Cassius was immers, anders dan Sabinus, een vermogend man van voorname afkomst. Cassius heeft een werk in vijftien boeken over het *ius civile* geschreven waarvan rechtstreeks niets is overgeleverd. Op die boeken zijn onder andere *Notae* verschenen van zijn leerling Titius Aristo, een lid van het *consilium* van Trajanus en vriend van Plinius. Ook daarvan is niet veel overgeleverd, maar Ulpianus heeft van dat werk gebruik gemaakt, zoals blijkt uit het beroemde fragment over de leeuwenmaatschap of -vennootschap.⁷

⁴ L.c., 41 e.v.

⁵ Shakespeare, *Julius Caesar* 1,194-195.

⁶ D. 1,2,2,51; Cicero, *Brutus* 41,151.

⁷ Vgl. voor het voorafgaande F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 119 e.v., 123, 141, 269; R.A. Bauman, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire: A study of the relations between the Roman jurists and the emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989, p. 76-118; *Prosopographia Imperii Romani saec. I.II.III*, dl I, Berlijn 1897¹, ed. E. Klebs, p. 314, nr

HET LEEUWENDEEL; DE “GEKKE KOEIEN”-ZIEKTE EN DE VENNOOTSCHAP

D. 17,2,29,2 (Ulpianus, *Op Sabinus* XXX.)

Aristo deelt mee dat volgens een advies van Cassius geen vennootschap in die vorm kan worden aangegaan, dat de ene vennoot slechts de winst zou krijgen en de andere het verlies zou dragen; een dergelijke vennootschap placht Cassius een ‘leeuwenvennootschap’ te noemen. Wij zijn het ermee eens dat een dergelijke vennootschap, waarbij de een de winst zou opstrijken en de ander geen enkele winst, maar alleen het verlies zou dragen, geen geldige vennootschap is. Want het is een wel zeer onbillijk soort van vennootschap, als iemand daaruit wel verlies, maar niet ook winst kan verwachten.⁸

Of Cassius in zijn onderwijs de fabel van de koe, de geit, het schaap en de leeuw als casus heeft behandeld weten we niet, maar het lijkt me wel prikkelend te veronderstellen dat het zo is gegaan. In ieder geval heeft het ons het begrip *societas leonina*, de leeuwenmaatschap, opgeleverd. Nog altijd bepaalt art. 7A:1672 lid 1 BW dat ‘het beding, waarbij aan een der vennoten alle de voordelen mogten toegezegd zijn, nietig is.’ En ook het dan, naar ik hoop, omgenummerde art. 7:13.1.10 lid 4 NBW zal blijven bepalen dat ‘het beding dat een vennoot niet in de winst zal delen’ ongeoorloofd is. Daar de overeenkomst in het nieuwe BW de naam vennootschap zal dragen, zoals dat in België reeds het geval is, en omdat ik graag bij de tijd blijf, zal ik in het vervolg aan die term vasthouden.⁹

Tot zover niets nieuws onder de zon. Waarom dan toch dit verhaal, zo zult u zich niet zonder reden afvragen. Welnu, in de eerste en belangrijkste plaats, omdat het altijd aangenaam is zulke verhalen weer eens te vertellen en oude koeien uit de sloot te halen, om nog even in de beeldspraak van ‘het grote dierenbos’ te blijven. In de tweede plaats echter moet ik de leeuwenvennootschap af en toe aan Belgische studenten uitzetten en dan moet ik wijzen op een belangrijk verschil in uitwerking van dit beginsel tussen het Belgische Burgerlijk Wetboek, en dus de Code civil, en het Nederlandse BW.¹⁰ Lid 2 van art. 1672 bepaalt namelijk dat ‘het geoorloofd is te bedingen dat alle de verliezen bij uitsluiting door een of meer der vennoten zullen gedragen worden.’ En ook lid 4 van het nieuwe artikel met de niet uit te spreken nummering bepaalt iets dergelijks. Art. 1855 Belgisch BW bepaalt echter, na in lid 1 de leeuwenvennootschap nietig te hebben verklaard, in lid 2 dat ‘hetzelfde geldt voor het beding waarbij de gelden of goederen, door een of meer van de vennoten in de vennootschap ingebracht, worden vrijgesteld van elke

428; dl II, Berlijn/Leipzig 1936², ed. E. Groag/A. Stein, p. 118, nr 501.

⁸ *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

⁹ Spruit c.s. doet dat inmiddels bij de vertaling van de Digesten, maar nog niet bij die van Gaius’ en Justinianus’ Instituten.

¹⁰ Vgl. voor het Belgische recht C. Matheeußen, ‘De Justiniaanse codificatie in de Belgische burgerlijke vennootschap (Boek III, Titel IX Belgisch B.W.,’ in: *Groninger Opmerkingen en Medelingen: Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag* II, Groningen 1985, p. 57-123.

bijdrage in het verlies.’ Het lijkt derhalve of het verbod van de leeuwenvennootschap naar Belgisch, en Frans, recht, anders dan naar Nederlands recht, is uitgebreid tot de uitsluiting van één van de vennoten van een bijdrage in het verlies. Er is echter meer aan de hand met de verdeling van winst en verlies over de vennoten, ook naar Romeins recht, hoewel een blik in de hedendaagse hand- en leerboeken dat niet doet vermoeden.

Dat begint al met de verdeling van winst en verlies wanneer de vennoten daarover niets zijn overeengekomen. Ulpianus heeft daarover het volgende te zeggen.

D. 17,2,29pr. (Ulpianus, *Op Sabinus* XXX.)

Indien bij de vorming van een vennootschap de aandelen niet nader bepaald zijn, staat vast dat zij gelijk zijn...¹¹

Ook bij Gaius is een dergelijke mededeling te vinden.

G. 3,150

Zeker is ook dat als er tussen de vennoten over ieders aandeel in de winst en het verlies niets overeengekomen is, het voor- en nadeel toch gelijkelijk onder hen verdeeld wordt...¹²

De indruk die deze teksten wekken is dat de verdeling over de vennoten geschiedt in gelijke delen wanneer niets anders is overeengekomen. Dat wil zeggen dat twee vennoten ieder de helft krijgen, drie vennoten ieder een derde, enzovoorts, al naar gelang het aantal vennoten. Tegenwoordig echter geschiedt de verdeling in een dergelijk geval naar evenredigheid van de inbreng van ieder der vennoten. (art. 7A:1670 lid 1 BW) Heeft één van drie vennoten de helft van het kapitaal ingebracht dan krijgt hij ook de helft van de winst en niet slechts een derde. Men spreekt in dit laatste geval wel over de geometrische verdeling, in tegenstelling tot de aritmetische verdeling van het Romeinse recht. Dit blijkt echter lange tijd niet onomstreden te zijn geweest, hoewel dat niet uit de hedendaagse hand- en leerboeken is af te leiden.¹³ Glück bijvoorbeeld somt een indrukwekkende lijst van schrijvers op die menen dat het Romeinse recht de geometrische verdeling kende en stelt vast dat zij in de meerderheid zijn.¹⁴ Hij begint zijn opsomming met Noodt, noemt verder nog vader en zoon Voet, Vinnius, Averanius, Westenberg, Carpzov, Lauterbach, Westphal en Thibaut, om een paar van de bekendste namen te noemen. Uit het aritmetische kamp noemt hij bijvoorbeeld Huber, Perez en Schulting. De argumenten voor

¹¹ *Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat...*

¹² *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex aptibus commodum ut incommoedum inter eos commune esse...* Vgl. ook Inst. 3,25,1.

¹³ Vgl. bijv. zonder meer voor de verdeling in gelijke delen P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger/H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, *Römisches Recht*, Berlin enz. 1987, p. 333; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 574; J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 1999, V 55; zonder meer voor de verdeling naar evenredigheid J.E. Spruit, *Cunabula iuris*, Deventer 2001, p. 319.

¹⁴ C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XV¹, Erlangen 1813, p. 406, n. 100.

HET LEEUWENDEEL; DE “GEKKE KOEIEN”-ZIEKTE EN DE VENNOOTSCHAP

een verdeling naar evenredigheid van de inbreng, ondanks de schijnbaar duidelijke formulering van het tegendeel bij met name Ulpianus, leveren teksten van Pomponius en Proculus.

Zo zegt Pomponius bijvoorbeeld:

D. 17,2,6 (Pomponius, *Op Sabinus* IX.)

Indien u met mij een vennootschap bent aangegaan onder de voorwaarde dat u de verhouding in de deelname bepaalt, moet deze kwestie worden onderworpen aan de beoordeling van een verstandig man. Welnu, het is in overeenstemming met het oordeel van een verstandig man, dat wij niet in alle gevallen voor gelijke delen vennoot behoeven te zijn, bijvoorbeeld in het geval dat één van de twee vennoten de meeste arbeid, de meeste bedrijvigheid of het meeste geld in de vennootschap zal inbrengen.¹⁵

Dat veronderstelt een verdeling naar evenredigheid van de inbreng van ieder der vennoten. Er lijkt voorshands geen reden te zijn om te veronderstellen dat een rechter niet zou mogen oordelen als een verstandig man. Een soortgelijk oordeel velt Proculus in een door Paulus tweemaal onderbroken fragment.

D. 17,2,76 (Proculus, *Brieven* V.)

U bent met mij een vennootschap aangegaan op voorwaarde dat onze gemeenschappelijke vriend Nerva de aandelen daarin zou vaststellen. Nerva stelde vast dat u vennoot zou zijn voor één derde, en ik voor twee derden. U stelt de vraag of dit naar vennootschapsrecht geldig is of dat wij niettemin vennoten zijn voor gelijke delen. Mijns inziens had u beter de vraag kunnen opwerpen of wij vennoten zouden zijn voor de aandelen die Nerva zou hebben vastgesteld of voor de aandelen die een verstandig man had behoren vast te stellen. Er zijn namelijk twee soorten scheidsrechters. De ene soort wordt gevormd door de scheidsrechters aan wier beslissing wij ons moeten houden, daargelaten of die nu billijk of onbillijk is; dit is de regel, als men zich op grond van een arbitrage-overeenkomst tot een scheidsrechter wendt. De andere soort wordt gevormd door de scheidsrechters wier uitspraak afgestemd moet worden op het oordeel van een verstandig man, ook al wordt de persoon op basis van wiens oordeel de uitvoering moet plaatsvinden met naam en toenaam aangeduid;

D. 17,2,77 (Paulus, *Rechtsvragen* IV.)

dit doet zich bijvoorbeeld voor, wanneer in een aanbestedingscontract de bepaling is opgenomen dat het werk moet worden verricht ten genoegen van de aanbestedder.

D. 17,2,78 (Proculus, *Brieven* V.)

Ik meen dat men in de onderhavige kwestie het oordeel van een verstandig man moet volgen, en dit te meer, omdat de vennootschapsactie is gebaseerd op de goede trouw.

D. 17,2,79 (Paulus, *Rechtsvragen* IV.)

Vandaar dat als de beslissing van Nerva zo verkeerd is, dat de onbillijkheid ervan klaarblijkelijk en voor iedereen duidelijk is, deze door middel van een door de goede trouw beheerste actie gecorrigeerd kan worden.

¹⁵ *Pomponius libro nono ad Sabinum. Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

D. 17,2,80 (Proculus, *Brieven V.*)

Wat immers, als Nerva zou hebben vastgesteld dat de een vennoot voor een duizendste en de ander voor twee duizendsten moest zijn? Wel kan het in overeenstemming zijn met het oordeel van een verstandig man dat wij niet zonder meer voor gelijke delen vennoten zijn, bijvoorbeeld als de een meer arbeid, bedrijvigheid, invloed en geld in de vennootschap zou gaan inbrengen.¹⁶

Proculus zegt derhalve uitdrukkelijk dat een verdeling naar evenredigheid van de inbreng in overeenstemming is met de goede trouw, of de redelijkheid en billijkheid zoals de wetgever ons tegenwoordig wil laten zeggen, de goede trouw die de grondslag vormt van de vennootschapsovereenkomst. De aard van de overeenkomst brengt dat derhalve mee, zo kunnen we uit zijn woorden afleiden.

Hoe valt dit nu te rijmen met de woorden van Ulpianus die toch duidelijk lijkt te zeggen dat de verdeling in gelijke delen dient plaats te vinden? In de eerste plaats zou kunnen worden opgemerkt dat de verdeling in de teksten van Proculus en Pomponius bij overeenkomst is overgelaten aan een verstandig man. De verdeling is derhalve niet geheel ongeregeld gelaten en de uiteindelijk vast te stellen verdeling berust dus, zij het niet rechtstreeks, op partijafpraak. Partijen zouden door dit beding in ieder geval te kennen hebben gegeven dat zij niet een verdeling in gelijke delen voor ogen hadden, want waartoe anders een derde of één van hen voor de bepaling van de verdeling aangesteld.

Of daarmee de zaak is afgedaan staat echter te bezien. Als de verdeling naar evenredigheid van de inbreng zozeer in overeenstemming met de goede trouw wordt geacht, blijft het merkwaardig dat de regel zou zijn een verdeling in gelijke delen ongeacht de inbreng. Wanneer we terugkeren naar de tekst van Ulpianus dan is wellicht het vervolg van het fragment verhelderend. Nadat hij heeft opgemerkt dat de verdeling bij gebreke aan een

¹⁶ *Proculus libro quinto epistularum. Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat*

Paulus libro quarto quaestionum. (veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat):

Proculus libro quinto epistularum. in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.

Paulus libro quarto quaestionum. Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius apareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.

Proculus libro quinto epistularum. Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, later ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.

beding in beginsel in gelijke delen plaats vindt, gaat Ulpianus als volgt verder.

D. 17,2,29pr.

... Maar zou worden besloten dat de ene vennoot twee of drie delen moet hebben en de andere slechts één, is dit dan geldig? Men is van mening dat dit geldig is, als de ene vennoot tenminste een grotere inbreng in de vennootschap heeft gehad, hetzij aan geld, hetzij aan arbeid, hetzij aan iets anders.¹⁷

Een lezing van dit fragment zou kunnen zijn dat de hoofdregel van de gelijke verdeling geldt wanneer partijen niets zijn overeengekomen, maar dat het partijen vrijstaat een verdeling naar evenredigheid van de inbreng overeen te komen. Dat lijken ook de Nederlandse vertalers van dit fragment in navolging van Haloander te willen doordat zij *causa* laten vervallen om drie nevengeschikte categorieën van inbreng over te houden die de afwijkende verdeling kunnen rechtvaardigen. Een bezwaar tegen deze lezing is echter dat de vrijheid van partijen om een afwijkende verdeling van winst en verlies overeen te komen dan zeer beperkt zou zijn. Anders gezegd, die verdeling zou vrijwel geheel van dwingend recht zijn, met dien verstande dat er twee mogelijkheden zouden zijn: arithmetische verdeling of geometrische verdeling. Een verdeling echter die enigszins afwijkt van de inbreng van partijen zou zijn uitgesloten. Met uitzondering dan van het geval dat de verdeling in gelijke delen was overeengekomen, terwijl de inbreng ongelijk was. Dat zou dan weer wel mogen, ondanks de nadruk die wordt gelegd op het verband tussen verdeling en inbreng.

Om de evenredige verdeling als hoofdregel te redden is dan ook wel verondersteld dat Ulpianus bij het opstellen van zijn hoofdregel stilzwijgend is uitgegaan van het geval waarin de inbreng gelijk is, of althans het geval waarin de inbreng onbekend is. Gelijke delen is dan de regel. In geval van ongelijke inbreng echter zou een verdeling naar evenredigheid aangewezen zijn. Maar, zo kan worden opgemerkt, dat staat er allemaal niet.¹⁸

Zo bezien lijkt het er derhalve op dat de Romeinse juristen weinig tot geen vrijheid gaven aan vennoten om de verdeling van winst en verlies naar eigen goeddunken te laten plaatsvinden. Ook andere juristen dan Ulpianus lijken niet na te laten te benadrukken dat afwijkende verdelingen mogelijk zijn, *si modo*, als maar een overeenkomstige inbreng aan die verdeling ten grondslag ligt.

Een niet onbelangrijke vraag is echter of die afwijkende inbreng een voorwaarde is voor de geldigheid van de overeenkomstige verdeling of slechts als verklaring van afwijkende

¹⁷ *si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.* (De vertalers hebben het woord *causa* onvertaald gelaten.)

¹⁸ Vgl. reeds K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* III, Marburg/Leipzig 1869, § 655.

verdelingen wordt aangevoerd.

Dat partijen echter een grotere vrijheid hadden bij het bepalen van de verdeling van winst en verlies dan uit de woorden van Ulpianus lijkt te volgen moge blijken uit het volgende geval dat op drie plaatsen in telkens enigszins andere bewoordingen is te vinden, namelijk in de Instituten van Gaius, die van Justinianus en een fragment van Paulus uit de Digesten. Het is de beruchte *magna quaestio*, zoals Gaius haar noemt, die al heel wat pennen in beweging heeft gebracht.

G. 3,149

Een twistpunt van belang is geweest of een maatschap onder dat beding kan worden aangegaan, dat een van de vennoten een groter aandeel in de winst en een kleiner aandeel in het verlies zal hebben. Quintus Mucius was van mening dat dit in strijd met het wezen van de maatschap was en daarom niet geldig geacht kon worden. Maar daartegenover heeft de opvatting van Servius Sulpicius Rufus het pleit gewonnen. Deze was van mening dat een maatschap onder dat beding wel degelijk mogelijk is. Men kan volgens hem zelfs zo'n maatschap vormen, dat één van de vennoten in het geheel niets in het verlies bijdraagt, maar wel een deel van de winst krijgt: als zijn arbeid maar zo waardevol wordt geacht, dat het billijk is hem met deze afspraak tot de maatschap toe te laten. Het staat immers vast dat ook een maatschap kan worden aangegaan waarbij de een geld inbrengt en de ander niet, en toch de winst onder hen gedeeld moet worden. Vaak is iemands arbeid immers evenveel waard als geld.¹⁹

Bij Justinianus luidt dat als volgt.

Inst. 3,25,2

Wel zijn vragen gerezen aangaande de volgende overeenkomst: als Titius en Seius met elkaar afgesproken hebben dat aan Titius twee-derde deel van de winst toekomt en één derde van het verlies, maar aan Seius twee derden van het verlies en een derde van de winst, moet die overeenkomst dan geldig geacht worden? Quintus Mucius was van mening dat een dergelijke afspraak tegen het karakter van de maatschap inging en daarom niet geldig geacht kon worden. Servius Sulpicius, wiens opvatting de overhand heeft gekregen, is de tegengestelde mening toegedaan, aangezien in de maatschap vaak de arbeid van bepaalde personen zo waardevol is, dat het billijk is hen in een betere positie tot de maatschap toe te laten. Men twijfelt er immers niet aan dat een maatschap ook aldus kan worden aangegaan, dat de een geld inbrengt en de ander niet, terwijl toch de winst tussen hen gemeenschappelijk is; dikwijls immers weegt iemands arbeid op tegen geldinbreng. Deze opvatting heeft het tegenover die van Quintus Mucius in die mate gewonnen, dat ook nog is komen vast te staan dat men kan overeenkomen dat iemand een aandeel krijgt in de winst, maar niet aansprakelijk is voor het verlies. Ook dit achtte Servius consistent met zijn opvatting. Dit dient echter als volgt te worden begrepen: als in een bepaalde aangelegenheid winst is gemaakt en in een andere verlies is geleden,

¹⁹ *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius <contra naturam societatis esse existimavit et ob id non esse ratum habendum. sed Servius Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

moet verrekening plaatsvinden en alleen het resterende saldo geacht worden de winst uit te maken.²⁰

Paulus tenslotte maakt er het volgende van.

D. 17,2,30 (*Op Sabinus* VI.)

In zijn 14e boek schrijft Mucius Scaevola dat het niet fatsoenlijk is een vennootschap aan te gaan waarbij een vennoot een ander deel in de winst zou krijgen dan hij in het verlies te dragen heeft. In zijn aantekeningen op Mucius zegt Servius, dat een vennootschap niet op die manier tot stand kan komen; als ‘winst’ wordt namelijk alleen beschouwd het batig saldo na aftrek van alle verlies, en als ‘verlies’ alleen het nadelig saldo na aftrek van alle winst. Daarentegen kan men wel een vennootschap aangaan in die vorm, dat een vennoot een bepaald deel krijgt van de winst, die als batig saldo na aftrek van alle verlies in de vennootschap resteert, en een ander deel draagt van het verlies, dat op analoge wijze als nadelig saldo overblijft.²¹

Uit deze teksten blijkt in ieder geval dat het partijen al volgens Quintus Mucius Scaevola vrijstond een andere verdeling overeen te komen dan die in gelijke delen. Quintus Mucius, ook wel bijgenaamd de Pontifex, was, zoals bekend, in 95 v. Chr. consul en werd in 82 v. Chr. door aanhangers van Marius vermoord. Een verdeling overeenkomstig een ongelijke inbreng moet hij toelaatbaar hebben geacht, omdat hij anders niet aan het verdergaande geval dat hij hier afwijst zou zijn toegekomen. Dat wil zeggen dat een afspraak waarbij de ene vennoot twee-derde deel van winst en verlies krijgt en de andere vennoot één derde deel bij hem niet op bezwaren moet hebben gestuit. Een dergelijke afspraak moet hij wel in overeenstemming met de natuur van de vennootschap hebben geacht en dat zal ongetwijfeld als reden hebben gehad dat een verdeling overeenkomstig de inbreng, een proportionele verdeling derhalve, door hem als een natuurlijke zal zijn beschouwd.²² Een ongelijke verdeling echter die ook nog weer een verschillende verdeelsleutel kent voor

²⁰ *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut later pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

²¹ *Paulus libro sexto ad Sabinum. Mucius libro quarto decimo scribit non posse [de vertalers gaan uit van de emendatie probe voor posse] societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

²² Vgl. Inst. 3,25,1 en D. 17,2,29pr. en daarover H.L.W. Nelson/U. Manthe, *Gai Institutiones III* 88-181: *die Kontraktobligationen; Text und Kommentar*, Berlin 1999, p. 308 e.v.

winst en verlies achtte hij niet meer natuurlijk.²³ De grens van wat partijen bij een vennootschap kunnen overeenkomen is daar wat hem betreft bereikt. Het valt dan immers moeilijk in te zien hoe een dergelijke verdeling gerechtvaardigd is door een ongelijke inbreng van de vennoten. Slechts een proportionele verdeling van winst en verlies lijkt te kunnen worden gerechtvaardigd door ongelijke inbreng.

Servius gaat echter verder en acht een verdeling waarbij de ene vennoot een groter deel in de winst en een kleiner deel in het verlies ontvangt dan de ander wel mogelijk. De reden die hij daarvoor geeft, en die in het Digestenfragment ontbreekt, is bij Gaius enigszins anders geformuleerd dan bij Justinianus. In het Gaiusfragment is die reden geformuleerd als een voorwaarde: *si modo*, als zijn arbeid maar zo waardevol wordt geacht, dat het billijk is hem met deze afspraak tot de vennootschap toe te laten. Bij Justinianus blijft het bij een redengeving: aangezien in de vennootschap vaak de arbeid van bepaalde personen zo waardevol is, dat het billijk is hen in een betere positie tot de vennootschap toe te laten. Watson en Arangio-Ruiz zien hierin aanleiding om van twee geheel verschillende opvattingen uit te gaan. In het Gaius-fragment zou het noodzakelijk zijn voor de geldigheid van het beding dat de inbreng van de vennoot die op betere voorwaarden wordt toegelaten tot de vennootschap in evenredigheid staat tot dat voordeel. Bij Justinianus is het beding in het algemeen toegestaan, omdat de inbreng van een bepaalde vennoot vaak zo waardevol is dat hij billijkerwijze op betere voorwaarden kan worden toegelaten. Dit verleide Arangio-Ruiz ertoe aan te nemen dat in Justinianus' Instituten het klassieke standpunt zou zijn weergegeven, terwijl in Gaius' Instituten een naklassieke hand zou hebben ingegrepen.²⁴ Laatstgenoemde zou de ongelijkheid tussen vennoten zo veel mogelijk hebben willen beperken, overeenkomstig de naklassieke leer van het *iustum pretium* bij de koopovereenkomst. Merkwaardigerwijze meent hij dezelfde naklassieke hand aan het werk te zien in de bovenaangehaalde tekst van Ulpianus, die daar de mogelijkheid van een beding met ongelijke winst- en verliesdeling ook motiveert met de voorwaarde: *si modo*, als de ene vennoot tenminste een grotere inbreng in de vennootschap heeft gehad.²⁵ Naklassieke ingrepen die nu eens in de tekst van Gaius, maar juist niet in die van Justinianus en dan weer juist wel in de tekst van Justinianus, maar niet in de dienovereenkomstige tekst van Gaius²⁶ plaatsvinden, lijken wat veel van het goede. Dit nog afgezien van het gezonde beginsel dat tekstingrepen niet al te snel moeten worden aangenomen, zolang de teksten zelf redelijkerwijze in overeenstemming met elkaar kunnen worden gelezen.

²³ Vgl. over Quintus' redenering aan de hand van de *natura societatis*, F. Horak, *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I. Bd, Aalen 1969, p. 158 e.v.

²⁴ V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napels 1950, p. 99 e.v. Vgl. daarover A. Watson, bijv. in: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 138 e.v.

²⁵ D. 17,2,29pr.

²⁶ G. 3,150.

Watson acht Arangio-Ruiz’ opvatting weliswaar ‘attractive’, maar hangt haar niet aan en probeert de door hemzelf gestelde verschillen weg te poetsen door te veronderstellen dat de voorwaardelijke zinsnede *si modo* enz. ondanks de formulering als een regel niets meer was dan een argument van Servius voor een verandering van het recht tegenover Scaevola’s opvatting daarvan. De vennoten zouden nooit zo’n afspraak maken als de arbeid van de begunstigde vennoot niet zoveel waardevoller leek te zijn.²⁷ Nelson en Manthe maken in hun Gaius-commentaar korte metten met deze grotendeels zelf geschapen vragen. Bij nader inzien, zeggen zij, blijken de onderlinge afwijkingen die Arangio-Ruiz en Watson in de teksten vaststellen zo onbeduidend te zijn, dat men ze eerder moet toeschrijven aan een verschil in formulering dan aan inhoudelijke tegenstrijdigheden. ‘Auf keinen Fall dürfte Grund für die Vermutung bestehen, daß ein nachklassischer Interpolator an unserer Gaiusstelle Änderungen vorgenommen habe.’²⁸

De formulering van het Gaius-fragment is ook niet zo stellig als Arangio-Ruiz en Watson het kennelijk willen doen voorkomen. Er staat immers dat de inbreng van de begunstigde vennoot zo waardevol moet worden geacht dat een afwijkende verdeling billijk is. Het gaat niet zozeer om een voorwaarde als wel een motief, een beweegreden van partijen.

Op vergelijkbare wijze laat zich de schijnbare tegenstrijdigheid tussen de Ulpianus-tekst en de overeenkomstige Institutenbepaling verklaren. Ulpianus liet immers volgens Haloander en de vertalers een afwijkende verdeling van winst en verlies toe, *si modo*, als de ene vennoot tenminste een grotere inbreng in de vennootschap had gehad, hetzij aan geld, hetzij aan arbeid, hetzij aan iets anders.²⁹ In de Instituten staat echter als algemene regel geformuleerd, dat ‘het nooit twijfelachtig is geweest dat een overeenkomst geldig is, waarbij twee partijen met elkaar afgesproken hebben dat aan de één twee derden en aan de ander één derde van het verlies en de winst toekomt.’³⁰ De laatste formulering is ongeclausuleerd in tegenstelling tot de eerste, maar betekent dit nu ook dat er sprake is van een tegenstelling die zelfs een naklassieke oorzaak moet hebben?

Wanneer we even terugkeren naar de tekst van Ulpianus dan hebben we gezien dat de vertalers daarin een emendatie hebben aangebracht. Zij hebben in de slotzin *causa* onvertaald gelaten en nemen daarbij, zoals gezegd, een voorstel van Haloander over die *causa* uit de Digestentekst wenst te schrappen. De slotzin luidt: *Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cuiuscumque alterius rei causa*. Haloander’s voorstel ligt voor de hand, maar dat is des te meer reden om te proberen de

²⁷ O.c., p. 140.

²⁸ H.L.W. Nelson/U. Manthe, *Gai Institutiones III 88-181: die Kontraktsobligationen; Text und Kommentar*, Berlijn 1999, p. 311.

²⁹ D. 17,2,29pr.

³⁰ Inst. 3,25,1i.f.: ... *nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia*.

tekst te redden zoals die in het handschrift voorkomt. Het lijkt alsof er drie alternatieven worden opgesomd die vooraf worden gedaan door *vel* en alle drie afhankelijk zijn van *aliquid plus*. Er dient iets meer te worden ingebracht dat de afwijkende verdeling kan rechtvaardigen, of dat nu geld, arbeid of iets anders is. Als we *causa* echter willen redden dan is de eerste lezing die zich opdringt de volgende. De drie genitieven (*pecuniae*, *operae* en *cuiuscumque alterius rei*) lijken dan afhankelijk van het achteraan geplaatste *causa*. Inhoudelijk kan dat echter niet, want de inbreng geschiedt niet *vanwege* geld of arbeid. Wat overblijft is dan de wellicht niet erg elegante, maar taalkundig mogelijke lezing die *pecuniae* en *operae* afhankelijk laat zijn van *aliquid plus* en *cuiuscumque alterius rei* van *causa*. Dat zou betekenen dat een reden voor de geldigheid van het beding van de afwijkende verdeling moet zijn gelegen in een grotere inbreng aan geld of arbeid, ofwel in iets anders dat bijdraagt aan het doel van de vennootschap. Als *lectio difficilior* lijkt hieraan de voorkeur gegeven te moeten worden boven het voorstel van Haloander.

Een argument voor deze lezing kan worden ontleend aan een scholion van Stephanus. Stephanus namelijk vertaalt Ulpianus' tekst in de zojuist voorgestane zin. Hij zegt dat 'het beding geldig is, alleen als hij die meer verkrijgt meer in de vennootschap inbrengt of in geld of in arbeid of om een andere reden van voordeel is voor de vennootschap'.³¹ Stephanus was weliswaar niet lid van een van de wetgevingscommissies van Justinianus, zoals andere antecessoren als Theophilus en Dorotheus, maar hij was wel een tijdgenoot van laatstgenoemden. Zijn Digestencommentaar moet kort na 542 zijn verschenen. Hij verwijst daarin onder andere naar de Digestensamensteller en -vertaler Dorotheus, die hij ook als collega-hoogleraar te Beyrouth gekend zal hebben. Er lijkt dus alle reden te zijn zijn lezing van dit Digestenfragment ernstig te nemen. Veel dichter bij de Justiniaanse bron kan men niet komen.³²

De voorgestelde lezing van het Ulpianus-fragment redt niet alleen de tekst, maar lijkt ook een eind te maken aan de twijfels over de echtheid van Ulpianus' tekst. Verdwenen is opeens de strenge regel die slechts een verdeling in gelijke delen of overeenkomstig de inbreng van partijen toelaat. Partijen hebben een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de verdeling, mits er maar een reden voor een afwijkende verdeling is aan te wijzen en de afspraak nog overeenkomstig het wezen van de vennootschap kan worden geduid. Zo wees reeds de onovertroffen Vangerow erop dat een groter aandeel in de winst, behalve door een grotere inbreng, kan worden gerechtvaardigd door een andere grotere last, zoals bijvoorbeeld een groter risico dat een vennoot op zich neemt. En juist dat is het geval als een vennoot, zoals in deze tekst, twee-derde van de winst en het verlies krijgt toebedeeld.

³¹ BS 463/25-27: ... □ ρρωται □ π□ κτον, μ□ νον ε□ πλ□ ον □ κοινων□ □ προσ□ γει □ πλ□ ον □ ποφερ□ μενος □ □ γ ρ□ μασιν □ □ σπουδ□ □ καθ□ □ τ□ ραν α□ □ αν □ πωφελε□ □ κοινωνων□ □ .

32 Mommsen haalt in editio maior een iets korter deel van het scholion aan, maar geeft ook het voorstel van Haloander weer.

In geval van verlies immers draagt hij ook een groter deel daarvan, zodat een groter deel van de winst is gerechtvaardigd.³³ Datzelfde wordt in het Institutenfragment uitgedrukt door de zinsnede *et lucri et damni pertinere*.

Zo bezien is de hier aan de orde zijnde verdeling dus een zeer billijke en voor de hand liggende en hoeft het niet te verbazen dat er in de Instituten wordt gezegd dat zij nooit twijfelachtig is geweest. Het behoeft dan ook niet te verbazen dat reeds Servius Sulpicius een verdergaande mogelijkheid voorstond om het mogelijk te maken een gewenste vennoot op gunstiger voorwaarden in de vennootschap op te nemen. Hij acht het tenslotte zelfs mogelijk dat een vennoot wordt opgenomen in de vennootschap zonder dat hij een deel van het verlies hoeft te dragen, als zijn arbeid maar zo waardevol wordt geacht dat het billijk is hem op die voorwaarden te laten deelnemen. Ulpianus haalt in het vervolg van zijn fragment dezelfde opvatting aan, maar schrijft haar toe aan Servius' achterkleinzoon Cassius en diens leermeester Sabinus. Het verbaast dan ook niet hem daar te horen te zeggen dat 'zeer dikwijls de inzet van een vennoot namelijk zo omvangrijk is, dat hij daardoor meer aan de vennootschap bijdraagt dan met kapitaal, bijv. als hij in zijn eentje zeereizen maakt, alleen in den vreemde vertoeft of zich als enige aan gevaren blootstelt.'³⁴

Hier zijn we dan aangeland bij het geval dat naar het lijkt in de Code civil en het Belgisch Burgerlijk Wetboek anders is geregeld. Lid 2 van art. 1855 bepaalt immers, zoals gezegd, dat 'het beding waarbij de gelden of goederen, door een of meer van de vennoten in de vennootschap ingebracht, worden vrijgesteld van elke bijdrage in het verlies' nietig is. Vrijstelling van een bijdrage in het verlies van één van de vennoten, zo lijkt het artikel te zeggen, is niet geoorloofd, anders dan Servius, Sabinus, Cassius en Ulpianus zeggen. Bij nader inzien blijkt het echter zo'n vaart niet te lopen. Het Belgische Hof van Cassatie heeft al op 3 februari 1881 geoordeeld dat de bepaling enkel handelt over inbreng in geld of goederen en dat de vennoot die alleen arbeid heeft ingebracht mag worden vrijgesteld van verlies. Deze vennoot draagt immers bij in het verlies doordat hij geen vergoeding voor zijn arbeid ontvangt. Dat is echter niets anders dan wat de zojuist aangehaalde Romeinse juristen oordelen.

D. 17,2,29,1

Een vennootschap kan naar de mening van Cassius in een zodanige vorm aangegaan worden, dat de ene vennoot geen aandeel heeft in het verlies, maar wel de winst gemeenschappelijk is. Dit is alleen geldig, zoals ook Sabinus schrijft, indien zijn arbeid evenveel waard is als het verlies...³⁵

³³ K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* III, Marburg/Leipzig 1869, § 651, Anm. 1, sub 3.

³⁴ D. 17,2,29,1i.f.: *plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, item [vertaald is ita si] si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

³⁵ *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est...*

De titel over de vennootschap is in het Franse wetboek echter inmiddels grondig bewerkt. In art. 1844-1 lid 2 Cc is zowel de leeuwenvennootschap als de vennootschap met vrijstelling van verlies voor een vennoot zonder uitzondering uitgesloten.³⁶

De enige grens die volstrekt aan de contractsvrijheid van de vennoten was gesteld lag in het Romeinse recht echter in de leeuwenmaatschap. De uitsluiting van een vennoot van enig deel van de winst was onder alle omstandigheden in strijd met het wezen van de vennootschap. Dat betekent echter niet dat een dergelijke afspraak nooit geldig zou kunnen zijn. Een vennootschap kan niet onder die voorwaarden worden aangegaan, maar het staat partijen vanzelfsprekend vrij een schenking aan één van hen te verrichten als dat hun werkelijke bedoeling is. Dat een in de vorm van een vennootschap verholde schenking als schenking wel geldig kan zijn blijkt *a contrario* uit het geval van de echtgenoten die het schenkingsverbod op die manier proberen te omzeilen.

D. 24,1,32,24

Als tussen man en vrouw een vennootschap is aangegaan met het doel een schenking te doen, is deze volgens het gangbare recht nietig... De reden waarom er geen vennootschapsactie mogelijk is, is dus dat er geen vennootschap tot stand komt als zij met een schenkingsoogmerk wordt aangegaan, niet tussen derden en daarom ook niet tussen echtgenoten.³⁷

Een schenking tussen echtgenoten is nietig en een vennootschap met dat doel dus ook. Een schenking tussen personen die niet door een schenkingsverbod worden getroffen is in een dergelijk geval geldig zo lijkt hieruit te volgen, maar de vennootschap evenmin als die tussen echtgenoten. Zo bezien wordt de grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare afspraken onder vennoten over de verdeling van winst en verlies getrokken bij de schenking. Daar waar de afspraken een schenking opleveren zijn ze niet geldig als vennootschap. Of ze een geldige schenking opleveren hangt af van de bedoeling van beide partijen. Hebben die allebei daadwerkelijk een schenking beoogd of niet? De grens die wordt getrokken is dus niet vergelijkbaar met die van het *pretium iustum*, zoals Arangio-Ruiz wilde, maar met die van het *pretium verum*. Er moet daadwerkelijk een winstverdeling beoogd zijn en niet slechts een in de kleren van de vennootschap verholde schenking. Die grens is zeker overschreden bij de leeuwenmaatschap, maar niet alleen daar. Proculus gaf ons reeds het voorbeeld van de vennoot die een duizendste of twee duizendsten opstreek. Dat is niet anders dan het huis dat voor een gulden, of euro om het bij de tijd te houden, wordt verkocht.

³⁶ Art. 1844-1 lid 2 Cc luidt: 'Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.'

³⁷ (Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum) *Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nullo est... idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem*. Vgl. nog D. 24,1,5,2; 4,4,16,1 en 39,6,35,5; Vangerow § 651 Anm. 1 sub 1.

Als men die grens met de schenking in de gaten houdt en tevens bedenkt dat de waarde van bijvoorbeeld de inbreng van arbeid moeilijk is te bepalen, maar ook van andere omstandigheden, zoals het risico dat een vennoot op zich neemt of zijn naam, ervaring of kredietmogelijkheden, dan hebben de vennoten noodzakelijkerwijze een grote speelruimte. Een veel grotere speelruimte dan de virtuele naklassieke hand van Arangio-Ruiz hen zou willen geven als de verdeling strikt overeenkomstig de waarde van de inbreng diende te geschieden; of dat wellicht met een mogelijke afwijking tot aan de helft van die waarde? Zelfs de leer van het *pretium iustum* legt de prijs immers niet geheel en al vast, maar verlangt benadeling voor meer dan de helft van de waarde van de verkochte zaak. Van een dergelijke maatstaf is in de teksten dan ook geen spoor terug te vinden. Maar laat ons niet te lang verwijlen bij een vindingrijke, maar onhoudbare gedachte.

Aan een afwijkende verdeling worden geen geldigheidsvoorwaarden gesteld, maar wel dient er een reden voor een dergelijke verdeling aan te geven zijn. Als partijen geen de vennootschap dienende reden kunnen aangeven voor de afwijkende verdeling kunnen zij niet een vennootschap beoogd hebben en dient te worden gezien of zij wellicht een schenking hebben beoogd. Zelfs in het geval van de nietige leeuwenvennootschap kan er een schenking resteren als partijen dat hadden beoogd. Zo heeft ook de Hoge Raad eens geoordeeld in een geval waarbij de fiscus, het zal u niet verbazen, schenkingsrecht had geheven.³⁸ Dat ligt echter niet voor de hand in het geval dat Phaedrus tot zijn fabel bracht. Daar laten de koe, de geit en het schaap, ik zou bijna zeggen zich de kaas van het brood eten.

Er is herhaaldelijk beweerd, en niet door de minsten, dat de fabel van de koe, de geit, het schaap en de leeuw niets te maken heeft met het verbod van de leeuwenvennootschap. Diephuis bijvoorbeeld merkt op dat er in de fabel niets bijzonders aan de hand is. Het gevangen hert werd immers ‘in de noodige deelen verdeeld; eerst daarna deed de magt van de sterkste zich gelden, doordien de leeuw zich al die deelen toeëigende.’ Hij stelt dan ook op de van hem bekende wijze de vraag: ‘Zullen we nu dan maar steeds van eene societas leonina blijven spreken? Er is, geloof ik, nog iets anders mogelijk. Wij zouden ook kunnen ophouden bij de behandeling van ons onderwerp ten allen tijde op de bedoelde fabel te wijzen.’³⁹ Dat nu heb ik niet willen doen, zoals u tot uw schade hebt moeten ondervinden. Ik meen namelijk dat de fabel, in ieder geval tot voor kort, een schoolvoorbeeld opleverde van een nietige vennootschap. Het gebrek zit niet slechts in de wanprestatie van de leeuw bij de verdeling van de buit. Nee, de duivels slimme opzet van de leeuw was om als enige carnivoor in een gezelschap van herbivoren een jachtvennootschap aan te gaan, met als doel de buit op te peuzelen. Zo’n vennootschap kan bij gebrek aan enig voorwerp voor de

³⁸ NJ 1957,333.

³⁹ G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, XIII, Groningen 1890, p. 155, n. 3. A.G. van Solinge, *Leeuwe- en andere delen*, oratie Nijmegen 1995, p. 2 valt Diephuis bij.

BRANDSMA

overige vennoten nooit een geldige zijn. Men zou tegenwoordig wellicht kunnen tegenwerpen dat de mogelijkheden tot het aangaan van een dergelijke vennootschap in de dierenwereld verruimd zijn. Maar ondanks de vooruitgang die ons de gekke koeienziekte heeft opgeleverd lijkt mij een moderne vennootschap met de onlangs tot carnivoren getransformeerde koeien en schapen nog altijd een vennootschap in strijd met de goede zeden.

F. Brandsma

Groningen