

**De Justiniaanse codificatie in de Belgische burgerlijke vennootschap (Boek III, Titel IX Belgisch B.W.)**

1. Inleiding

1.1 Voorafgaande bemerking

Daar deze bijdrage verschijnt in een in Nederland uitgegeven publicatie en, hopelijk, ook Nederlandse juristen onder ogen zal komen, lijkt het nuttig vooraf een aantal begripsverduidelijkingen aan te stippen. Het Belgisch Burgerlijk Wetboek (B.W. verwijst dus verder naar het Belgisch Burgerlijk Wetboek), dit B.W. is in wezen nog steeds de zogeheten Code Napoléon (van 1804). Vanzelfsprekend hebben sinds 1804 talrijke wetten het B.W. gewijzigd of aangevuld: een ruwe schatting wijst uit dat ongeveer een kwart werd gewijzigd, c.q. aangevuld, hoofdzakelijk in Boek I (Personenrecht) en wat Boek III ('Op welke wijze eigendom verkregen wordt', art. 711 - 2280) betreft, de bepalingen omtrent het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, het huwelijksvermogensstelsel, de huurwetgeving en de hypotheekwet. Bovendien moet er uitdrukkelijk op worden gewezen dat, sinds de Wet van 30 december 1961, de officiële tekst van het B.W. zowel de Nederlandse als de Franse is. In deze studie zal, omwille van de herhaaldelijk gemaakte historische vergelijking met teksten van Pothier, meermaals de Franse tekst worden aangehaald. Titel IX van Boek III (art. 1832-1873) heeft als opschrift: Contract van vennootschap - Du contrat de société. Daarmee is de regeling voor de zogeheten burgerlijke vennootschap uitgeschreven, een term die in het Nederlands B.W. (van 1838) als 'maatschap' wordt aangeduid (terwijl dit woord niet tot de Belgische juridische terminologie behoort).

## 1.2 Voorwerp en schema

De titel "vennootschap" (art. 1832 - 1873 B.W.) is sinds 1804 nagenoeg ongewijzigd gebleven.<sup>1</sup> Bedoeling van deze bijdrage is na te gaan hoe in deze titel uit de Code (Napoléon) het Romeins recht in zijn Justiniaanse vorm aanwezig is. Het opzet volgend van de Groninger Opmerkingen en Mededelingen (zoals omschreven in de eerste aflevering, 1984, p. VII), wordt herhaaldelijk aandacht gevraagd voor enkele hedendaagse juridische vraagstukken die dogmatisch met het Romeins recht worden vergeleken. Het gaat hier vanzelfsprekend om een selectie; zo moet de ruime problematiek van de handelsvennootschappen (in België geregeld in de Vennootschap-penwet, opgenomen in het Wetboek van Koophandel) hier buiten beschouwing blijven. Herhaaldelijk heb ik de gelegenheid gehad deze kleine studie te bespreken met de Groningse medewerkers van wijlen Prof. mr H.J. Scheltema, de eerste vormgevingsaanzet ervan bovendien nog met de betreurde hoogleeraar zelf. Ik durf dan ook dit opstel zijn nagedachtenis als een kleine blijk van dankbare hulde aanbieden. Ik moge ook Prof. J. Ronse (K.U. Leuven) danken voor de gesprekken die ik met hem rond deze problematiek heb gevoerd.

\*\*\*\*\*

Titel III van Boek III van het B.W. (art. 1101 - 1369) draagt de (wat ongelukkig geformuleerde) titel: Contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen - Des contrats ou des obligations en général, een stuk wetgeving waarin de zogeheten algemene leerstukken i.v.m. verbintenissen en overeenkomsten grotendeels te vinden zijn. In de Texte de l'exposé de motifs bij deze titel, uitgesproken door Bigot-Préameneu<sup>2</sup>, leest men de verregaande beïnvloeding door het Romeins recht waarvoor de codificatoren in 1804 voor deze algemene leerstellingen gekozen hebben. Ziehier enkele citaten uit het begin van dit Exposé:

---

1. Wijzigingen werden aangebracht in art. 1834 (waar de som van 150 F. vervangen werd door 3.000 F) en in art. 1865, waar de burgerlijke dood werd geschrapt (de burgerlijke dood werd in België afgeschaft door art. 13 van de Grondwet).

2. Locré, VI, p. 147 (voor de volledige titel: zie de 'bibliografie').

'Législateurs, le titre du code civil ayant pour objet les contrats ou les obligations conventionnelles en général, offre le tableau des rapports les plus multipliés des hommes en société. Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la providence, qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le coeur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience, que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation.

Avoir prévu le plus grand nombre de conventions auxquelles l'état des hommes en société donne naissance, avoir balancé tous les motifs de décision entre les intérêts les plus opposés et les plus compliqués, avoir dissipé la plupart des nuages dont souvent l'équité se trouve enveloppée, avoir rassemblé tout ce que la morale et la philosophie ont de plus sublime et de plus sacré, tels sont les travaux réunis dans cet immense et précieux dépôt qui ne cessera de mériter le respect des hommes, dépôt qui contribuera à la civilisation du monde entier, dépôt dans lequel toutes les nations policées se félicitent de reconnaître LA RAISON ECRITE.

Il serait difficile d'espérer que l'on pût encore faire des progrès dans cette partie de la science législative. Si elle est susceptible de quelque perfectionnement, c'est en lui appliquant une méthode qui la rende plus facile. (...) Les auteurs du projet actuel du code ont cru que ce serait rendre service à la société si on retirait du dépôt des lois romaines une suite de règles qui, réunies, formassent un corps de doctrine élémentaire, ayant à la fois la précision et l'autorité de la loi.

C'est un ouvrage que, dans le siècle dernier, les jurisconsultes les plus célèbres des diverses parties de l'Europe ont désiré, qu'ils ont préparé par de grands travaux. Déjà ce vœu a été réalisé par plusieurs gouvernemens. La France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits, ceux de Domat et de Pothier'.

Dit lange citaat onderstreept, reeds in deze inleiding, een reeks hoofdgedachten en mogelijkheden voor een dogmatisch-rechtsvergelijkend gebruik van het Romeins recht bij de studie van de Code, dus van het Belgisch B.W.: de algemene leer inzake verbintenissen en overeenkomsten staat op Romeinsrechtelijke bodem (als ratio scripta!); men biedt in de Code 'un corps de doctrine élémentaire', gesystematiseerd via het werk van middelaars als Domat en Pothier. Bij de bespreking van een afzonderlijke 'benoemde' overeenkomst (de societas) zal dit gedachtengoed terug opduiken en ruimer worden toegelicht.

\*\*\*\*\*

In zijn Rapport voor de Assemblée générale du Tribunat zei Boutteville aangaande art. 1868 (waar een van het Romeins recht afwijkende regeling wordt doorgevoerd): "Nous l'avouérons, tribuns, ce n'est jamais qu'à regret que nous nous écartons de la législation des Romains sur les contrats".<sup>3</sup> Hieruit moge blijken dat de Code voor de vennootschapstitel bewust het Romeins recht tot voorbeeld koos. Het lijkt zelfs, in het licht van dit citaat, nauwelijks overdreven, te stellen dat de wetgever in 1804 voor deze materie het Romeins recht heeft willen codificeren. Natuurlijk niet voor honderd procent, maar toch in die mate dat men het in de Voorbereidende Werken nodig vond afwijkingen van Romeinse regelingen expliciet te signaleren.

Dit is een niet onbelangrijke vaststelling. De Code is inderdaad een werk van samenvattende formulering. Ook de Digesten reeds waren een grootse poging om een veelheid aan materiaal te reduceren; maar daar staat ons naast de gereduceerde vorm niet langer het oorspronkelijke, ruimere basismateriaal ter beschikking. Dit nu ligt anders bij de Code. De werken die daar tot de beknopte formulering hebben aanleiding gegeven bezitten wij nog steeds: het is, voor wat de Romeinsrechtelijke componente betreft, de Justiniaanse codificatie. Zeker in het licht van de uitspraak van Boutteville wordt aldus de interpretatieve waarde van deze teksten duidelijk.

Vooraleer echter te preciseren wat in casu onder Justiniaanse codificatie te begrijpen valt, moet nog een ander facet van dit kenmerk der beknopte herformulering worden belicht, een facet dat in hoge mate geldt voor de vennootschapstitel.

Inderdaad blijkt een groot aantal van de art. 1832 tot 1873 letterlijk uit Pothier<sup>4</sup> te zijn overgenomen. Dit zal hierna d.m.v. een synoptische schikking geadstrueerd worden. Voorshands echter moge daaromtrent, in het kader van deze inleiding, dan gewezen worden op een belangrijke parallel met ... de Digesten. Deze zijn immers, zoals men weet, een verzameling fragmenten uit de rechtsgeleerde literatuur, een verzameling die dan als wettekst door Justinianus werd afgekondigd. De titel nu Contract van vennootschap vertoont

---

3. Boutteville, Rapport, in: Locré, VII, p. 252.

4. Pothier, *Traité du contract de société*; (zie de "bibliografie" voor de gebezigde editie).

gelijkaardige kentrek: een reeks fragmenten uit Pothier zijn tot wettekst verheven. Maar ook hier is er weer dat belangrijk verschil met de Digesten: we hebben nog steeds het traktaat van Pothier. Gegeven de quasi-identiteit van vele artikelen van het B.W. met Pothier-fragmenten, is voor de interpretatie van de Code het bewuste traktaat van Pothier van uitstekende betekenis. In zijn uiteenzetting nu voert Pothier zijn uitspraken vaak terug op Romeinse teksten, of betreft hij die in zijn discussie.

Dit betekent dat het B.W. voor de burgerlijke vennootschap via een middelaar het Romeins recht heeft gerecipieerd. Zeker is Pothier niet de enige mediator: ook Domat<sup>5</sup> kan genoemd worden; maar het "leeuweaandeel" komt toch Pothier toe.

Dit voorhanden-zijn van een of meer middelaars kan nauwelijks verbazing wekken. Wie ooit de Justiniaanse codificatie, en in het bijzonder haar belangrijkste deel, de Digesten, ter hand nam, zal beseffen dat dit omvangrijke, complexe, ja zelfs van tegenstrijdigheden niet gespeende materiaal, waarvan de systematiek eerder uiterlijk en primitief is, moelijk rechtstreeks in een modern wetboek kon overgaan.<sup>6</sup> Deze complexiteit en de tamelijk rudimentaire systematiek van vooral de Digesten verklaren ook waarom in de verdere uiteenzetting de verwijzing naar Romeinsrechtelijke bronnen niet beperkt kon blijven tot de titel pro socio.

Hoe dan ook, het is wel zo dat bepaalde fragmenten uit de drie delen<sup>7</sup> der codificatie de hoofdbronnen voor de vergelijking uitmaken. Ze worden hier opgesomd: uit de Instituten de titel De societate (Inst. 3,25); uit de Digesten de titel Pro socio (D. 17,2); uit de Codex de titel Pro socio (C. 4,37).

Het gebrek aan logische opbouw in de Romeinse bronnen (inwendige logica is wel in de Instituten aanwezig, maar de uiteenzetting is daar al te elementair), stelde de Napoleontische wetgever voor de taak een

---

5. Domat, Les lois civiles; Titel VIII van Boek I behandelt de vennootschap; (zie de "bibliografie" voor de gebruikte editie).

6. Koschaker, P., Europa und das römische Recht. Vierte unveränderte Auflage, München-Berlijn, 1966, p. 63 e.v.

7. De Novellen hebben geen constituties over de societas; cf. Van der Wal, N., Manuale Novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien, Groningen-Amsterdam, 1964.

systematiek in te voeren, die als dusdanig niet in de Justiniaanse teksten was terug te vinden. De Code hanteert volgend schema:

- I. Algemene bepalingen (art. 1832-1834).
  - II. Verschillende soorten van vennootschappen (art. 1835-1842).
  - III. Verplichtingen van de vennoten onderling en ten aanzien van derden (art. 1843-1864).
  - IV. Verschillende wijzen waarop de vennootschap eindigt (art. 1865-1872).
- Bepaling betreffende de handelsvennootschappen (art. 1873).

Deze indeling werd evenmin ontleend aan Pothier. Wel zal men merken, bij het doornemen van de synoptische presentatie, dat voor het grootste deel de volgorde van Pothier werd gerespecteerd. Men kan dus stellen dat Pothier nauwelijks werd herschikt, maar dat de structuur van de titel in het B.W. het werk is van de Napoleontische wetgever. Deze structuur biedt ook voor de hier gegeven uiteenzetting het skelet.

### 1.3. Bibliografie

Van de talrijke handboeken over Romeins recht vernoem ik hier slechts het recente en gezaghebbende, als het ware pro memorie:

- KASER, M.,  
Das römische Privatrecht.
  - I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München, 1971 (= zweite, neubearbeitete Auflage) (Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.1);
  - II. Die nachklassischen Entwicklungen, München, 1975 (= zweite, neubearbeitete Auflage mit Nachträgen zum Ersten Abschnitt) (Handbuch der Altertumswissenschaft X.3.3.2).

Onze studie wil het systeem van de Code vergelijken met het Justiniaanse recht. Daartoe kan men niet volstaan met een historisch handboek, hoe gedetailleerd ook, zoals dat van Kaser. Aandacht moet in ruime mate worden geschonken aan dogmatisch-systematische benadering van het Romeins recht; hoogtepunt en eindpunt van deze benaderingswijze, die samenhangt met een situatie waarin de Justiniaanse codificatie vigerend recht is, vormt de Duitse pandektistiek. Geput werd dan ook uit de meest uitvoerige commentaar

die in deze zin beschikbaar is, en uit de "finale" synthese van deze stroming; het gaat om resp. volgende werken:

- GLUCK, Chr. Fr.,  
Ausführliche Erläuterung der Pandekten.  
Nach HELLFELD ein Commentar von Chr.Fr. GLUCK, XV. Theil,  
Erlangen, 1843  
(dit vijftiende deel bevat de commentaar op D. 17,2 = Pro socio);
- WINDSCHEID, B.,  
Lehrbuch des Pandektenrechts. Neunte Auflage, unter verglei-  
chender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bear-  
beitet von Th. KIPP, Frankfurt/Main, 1906, 3 delen (de uiteen-  
zetting over de vennootschap komt voor in deel II).

In de periode onmiddellijk volgend op de afkondiging van de Code verschenen een aantal "concordantiewerken"; voor deze studie gaven zij vanzelfsprekend bijzonder nuttige aanwijzingen; gebruikt werden:

- DARD, H.-J.-B.,  
Code civil des Français. Avec des notes indicatives des lois  
romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations, qui ont  
rapport à chaque article; ou Conférence du Code civil avec les  
lois anciennes, Parijs, 1807 (= nouvelle édition);
- MALEVILLE, J. de,  
Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil  
d'Etat, contenant...., tome IV, Parijs, 1807 (= deuxième édition)  
(8)

De Justiniaanse codificatie is een baaierd; haar receptie in de Code is slechts mogelijk geweest omdat in de voorgaande eeuwen systematische behandelingen van de stof waren tot stand gekomen. Auteurs van dergelijke verhandelingen zijn de middelaars tussen Justinianus en de Code. Een hoogtepunt met langdurige nawerking in dit opzicht is Domat geweest; zijn Les lois civiles lag op de werktafel van de redacteuren van de Code. Voor deze studie werd gebruik gemaakt van volgende editie:

- DOMAT,  
Les lois civiles dans leur ordre naturel; Le droit public; et:  
Legum delectus. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée

---

8. Maleville behoorde (met Tronchet, Portalis en Bigot-Préameneu) tot de in augustus 1800 aangestelde commissie om, op wens van Napoleon, een ultiem project tot Code civil op te stellen. Deze commissie voltooide op 4 maanden haar werk (projet de l'an VIII).

des Troisième et Quatrième Livres du Droit Public, par M. de HENRICOURT; et des Notes de feu M. de BOUCHEVRET... sur le Legum delectus, Tome I, Parijs, 1735.

Voor de vennootschapstitel is de grote mediator echter Pothier geweest, met zijn Traité du contrat de société; de gebruikte editie is die welke werd opgenomen in:

- POTHIER,  
Traité sur différentes matieres de Droit civil appliquées à l'usage du barreau et de Jurisprudence françoise. Seconde édition, revue, tome II, Parijs - Orléans, 1781.

Ook de Voorbereidende Werken moesten natuurlijk worden doorgenomen; voor de vennootschapstitel zijn ze te vinden bij:

- LOCRE,  
Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes français, tome VII, Brussel, 1836.

Tenslotte wordt herhaaldelijk verwezen naar volgende werken over het Belgisch positief recht.

- LAURENT, F.,  
Principes de droit civil, tome XXVI, Brussel - Parijs, 1877.
- DE PAGE, H.,  
Traité élémentaire de droit civil belge. Principes - doctrine - jurisprudence. Avec la collaboration, pour la partie relative aux biens, de R. DEKKERS. Tome V. Les principaux contrats usuels (deuxième partie). Les biens (première partie), Brussel, 1952 (= nouveau tirage conforme au premier).
- RONSE, J.,  
Algemeen deel van het vennootschapsrecht, Leuven (Acco), 1975 (= derde, herziene uitgave).



## 2. Synoptische voorstelling Code - Pothier

Bij elkaar vindt men hier de oorspronkelijke tekst van de Code<sup>9</sup>, die trouwens in België nog steeds van kracht is op enkele wijzigingen in art. 1834 en art. 1865 na, en fragmenten uit Pothier (= P; = Traité du contrat de société). Deze synoptische presentatie bevat enkel die Pothier-teksten die kennelijk de formulering zelf van de Code hebben beïnvloed (wat in de meeste passages buiten twijfel staat; soms zijn er "grensgevallen").

Wanneer tegenover bepaalde Code-artikelen geen tekst uit Pothier staat, betekent dit dan ook geenszins dat het thema inhoudelijk bij Pothier niet aan bod zou komen.

### Art. 1832.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

P. nr 2: La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun.

### Art 1833.

Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties.

P. nr 14: Il faut que l'affaire qui fait l'objet de la société... soit quelque chose de licite.

P. nr 11: Il est de l'essence de ce contrat que la société soit contractée pour l'intérêt commun des parties.

Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie.

P. nr 8: Il est l'essence du contrat de société, 1° que chacune des parties apporte ou s'oblige d'apporter quelque chose à la société; ou de l'argent, ou d'autres effets, ou son travail et son industrie.

### Art. 1834.

(Komt niet uit het Romeins Recht).

### Art. 1835.

Les sociétés sont universelles ou particulières.

---

9. Gebruikt werd de officiële editie: Code civil des Français. Edition originale et seule officielle, Parijs, An XII = 1804.

P. (tussen nr 27 en 28): Les sociétés sont, ou universelles, ou particulières.

Art. 1836.

On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents, et la société universelle de gains.

P. nr 28: Le Droit Romain distingue deux espèces de sociétés universelles; celle qui s'appelle universorum bonorum, et celle qui s'appelle universorum quae ex quaestu veniunt.

Art. 1837.

La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer.

P. nr 29: La société universorum bonorum, est celle par laquelle les parties contractantes conviennent de mettre en commun tous leurs biens présents et à venir.

Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance: toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens, est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

P. nr 33: Cette société étant généralement de tous biens présents et à venir, tout ce qui revient à chacun des associés, y tombe, à quelque titre qu'il lui arrive, même à titre de succession, donation ou legs.

Art. 1838.

La société universelle des gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société: les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat, y sont aussi compris; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement.

P. nr 43: La seconde espèce de société universelle, est celle qui est appelée en Droit universorum quae ex quaestu veniunt, par laquelle les parties contractent société de tout ce qu'elles acquerront pendant le cours de la société, à quelque titre de commerce que ce soit.

Art. 1939.

(Geen letterlijke paralleltekst bij P.)

Art. 1840.

(Geen letterlijke paralleltekst bij P.)

Art. 1841.

La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir.

P. nr 54: On peut mettre dans cette espèce de sociétés de choses particulières, ... ou les choses mêmes, ou seulement l'usage et les fruits à percevoir de ces choses.

Art. 1842.

Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière.

P. nr 55: Plusieurs personnes d'une même profession ou d'un même métier peuvent s'associer ensemble pour l'exercice de leur profession ou de leur métier.

Art. 1843.

La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque.

P. nr 64: On peut contracter une société ou purement ou simplement, auquel cas elle commence dès l'instant du contrat; ou pour commencer au bout d'un certain temps.

Art. 1844.

S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'article 1869; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire.

P. nr 65: Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, elles sont censées l'avoir contractée pour tout le temps de la vie des associés:

Art. 1845.

Chaque associé est débiteur envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

P. nr 110: Il est évident que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Lorsque cet apport consiste en un corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur.

P. nr 113: L'associé qui, par le contrat de société, promet d'apporter à la société quelque corps certain et déterminé, contracte envers la société la même obligation de garantie, en cas d'éviction de ce corps certain qu'il a apporté à la société, qu'un vendeur contracte envers l'acheteur.

Art. 1846.

L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée.

P. nr 116: Lorsque la chose qu'un associé a promis d'apporter en société, est une somme d'argent, l'associé en doit les intérêts à la société, du jour qu'il a été mis en demeure par ses associés de l'y apporter, de même que tout autre débiteur.

Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier;

Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

P. nr 118: Si l'un des associés a tiré de la caisse de la société quelque somme d'argent pour employer à ses affaires particulières, il n'est pas douteux qu'il est débiteur de cette somme envers la société.

Art. 1847.

Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société.

P. nr 120: Chacun des associés s'obligeant réciproquement d'apporter à la société son industrie, l'industrie de chacun des associés devient un fonds commun, et tous les gains que chacun d'eux a faits par son industrie, doivent être comptés et rapportés à la masse commune.

Art. 1848.

Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur, doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière: mais s'il a exprimé dans sa quittance, que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée.

P. nr 121: Lorsque l'un des associés a en son particulier une créance contre un débiteur qui l'est aussi de la société, il doit imputer ce qu'il reçoit de ce débiteur sur la créance de la société et sur la sienne, par proportion de l'objet de chaque créance;... ce qui doit avoir lieu, quand même par les quittances qu'il en auroit données, il auroit fait l'imputation en entier sur sa créance particulière.

Art. 1849.

Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part.

P. nr 122: Lorsque l'un des associés s'est fait payer par un débiteur de la société de sa part entière qui lui revenoit dans cette dette, et lui en a donné quittance pour sa part; si ce débiteur étant depuis devenu insolvable, l'autre associé n'a pu être payé entièrement de la sienne, l'associé qui a reçu sa part entière sera-t-il tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de plus que lui?

Art. 1850.

Chaque associé est tenu envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires.

P. nr 125: Il reste à observer qu'un associé ne peut pas se dispenser de faire raison à la société du dommage qu'il lui a

causé par sa faute dans quelque affaire; il ne peut opposer la compensation des profits beaucoup plus considérables qu'il a faits par son industrie à la société dans d'autres affaires.

Art. 1851.

Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire.

P. nr 126: Lorsqu'un associé a mis dans la société des choses dont il ne devoit que la jouissance, par le contrat de société, ...; si ces choses étoient des corps certains et déterminés, des choses qui ne se consomment pas par l'usage, qui n'étoient pas destinées à être vendues, et qu'il devoit reprendre en nature lors de la dissolution de la société, ces choses demeurent à ses risques...

Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la sociétés.

Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation.

P. nr 126: Au contraire, si ces choses qu'un associé a mises dans la société, étoient des choses qui se consomment ou se détériorent en les gardant, ou qui fussent destinées à être vendues, et qui eussent été mises dans la société sous une certaine estimation portée par quelque inventaire, l'associé qui les y a mises pour que la société en eût seulement la jouissance, est créancier, non des choses mêmes, mais de la somme à laquelle monte l'estimation qui en a été faite; et ces choses sont au risques de la société, et non aux siens.

Art. 1852.

Un associé a action contre la société, non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion.

P. nr 127: Un associé peut encore être créancier de la société des sommes qu'il a déboursées pour les affaires de la société...; mais s'il a contracté quelque obligation pour les affaires de la société, il en doit être indemnisé par la société.

P. nr 128: Il doit pareillement l'être des risques et des hasards qu'il a courus, lorsqu'ils étoient inséparables de la gestion qu'il a eue des affaires de la société, et qu'il ne les a courus que pour lesdites affaires.

Art. 1853.

Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.

A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

P. nr 73: ... car c'est ce partage par portions égales qui a lieu en ce cas, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées.

Art. 1854.

Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

P. nr 74: Quelquefois les parties ne reglent pas elles-mêmes les parts que chacun des associés aura; mais elles conviennent par le contrat de société, de s'en rapporter au règlement qui en sera fait par une certaine personne, ou même quelquefois par l'une des parties. Ce règlement... ne doit pas s'entendre d'un règlement purement arbitraire... C'est pourquoi si le règlement qu'auroit fait l'expert ... étoit manifestement inique, la partie lésée pourroit le faire réformer.

Nulle réclamation est admise à ce sujet, s'il est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution.

Art. 1855.

(Geen letterlijke paralleltekst bij P.).

Art. 1856.

L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

P. nr 71: ... le pouvoir d'administrer qui est accordé à l'un des associés, étant une des conditions de ce contrat, cet associé n'ayant consenti à la société qu'à la charge qu'il en auroit l'administration, ce pouvoir n'est pas révocable tant que la société dure. C'est pourquoi cet associé peut faire, même contre le gré et malgré l'opposition des autres associés, tous actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude, et pour le bien de la société.

Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat.

P. nr 71: Il en seroit autrement si ce n'étoit pas par le contrat de société, mais depuis, que le pouvoir d'administrer la société eût été accordé à l'un des associés: il ne seroit en ce cas qu'un simple mandataire de ses associés, qui pourroit être révoqué, et qui ne pourroit rien faire malgré eux.

Art. 1857.

Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.

P. nr 72: On donne quelquefois, par le contrat de société, à plusieurs des associés l'administration des affaires de la

société; ... si l'administration n'a pas été partagée entre eux, chacun d'eux peut séparément, et sans l'autre, faire valablement tous les actes qui dépendent de l'administration de la société; à moins que la clause par laquelle ils ont été préposés, ne portât qu'ils ne pourroient rien faire l'un sans l'autre.

Art. 1858.

S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration.

P. nr 72: Cette clause, que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, doit être exécutée, même dans le cas auquel il arriveroit que l'un des associés seroit empêché, soit par maladie ou autrement, jusqu'à ce que les associés en aient disposé autrement.

Art. 1859.

A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes:

1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait, est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération, avant qu'elle soit conclue.

P. nr 90: Dans les sociétés de commerce, chacun des associés est censé s'être réciproquement donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre les affaires ordinaires; ... en ce cas, ce que chacun fait est valable, même pour les parts de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; mais si lors du marché que l'un des associés voudroit faire, et avant qu'il fût conclu, l'autre associé s'y opposoit, il ne pourroit pas le conclure.

2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit.

P. nr 84: Chacun des associés peut se servir des choses appartenantes à la société, pourvu qu'il les fasse servir aux usages auxquels elles sont destinées, et qu'il n'en use pas de manière à empêcher ses associés d'en user à leur tour pareillement.

3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.

P. nr 86: Chacun des associés a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les impenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses dépendantes de la société.

4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendans de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent.

P. nr 87: Un associé ne peut faire aucun changement ni innovation sur les héritages dépendans de la société, quand même cette innovation seroit avantageuse à la société.

Art. 1860.

L'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société.

P. nr 89: Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a.

Art. 1861.

Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société: il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration.

P. nr 91: Chacun des associés... peut bien, sans le consentement de ses associés, s'associer un tiers à la part qu'il a dans la société, mais... il ne peut pas, sans le consentement de ses associés, l'associer à la société.

P. nr 95: Ce que nous avons dit ... doit avoir lieu, quand même cet associé auroit l'administration des biens de la société.

Art. 1862.

Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenu solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

P. nr 103: ... lorsque deux associés (qui ne le sont pas pour un commerce) contractent, quoique pour les affaires de leur société, ils ne s'obligent pas solidairement envers le créancier, mais seulement chacun pour sa part, à moins que la solidité ne soit exprimée.

Art. 1863.

(Geen letterlijke paralleltekst in P.).

Art. 1864.

La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.

P. nr 105: Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée, qui en est tenu envers le créancier; ... cela auroit lieu, quand même par le contrat il auroit exprimé qu'il contractoit pour le compte de la société, tant en son nom qu'au nom de son associé; ... si néanmoins il étoit justifié, ou que son associé lui avoit donné effectivement pouvoir, ou que la dette eût tourné au profit de la société, l'autre associé seroit tenu de la dette envers le créancier, pour la part qu'il a dans la société.



Art. 1865.

La société finit,

- 1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée;
- 2° Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation;
- 3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés;
- 4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux;
- 5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

P. nr 138: Des différentes manières dont finit la société. Ces manières sont:

- 1° l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée;
- 2° l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation qui en faisait l'objet;
- 3° la mort naturelle;
- 4° ou civile de l'un des associés; la faillite;
- 5° enfin la volonté de n'être plus en société.

Art. 1866.

La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société.

P. nr 139: Les parties peuvent convenir de la (= la société à un certain temps limité) proroger au-delà de ce temps: mais cette prorogation ne se peut prouver que par un acte par écrit, que l'Ordonnance de 1673 assujettit aux mêmes formalités que les actes par lesquels la société est contractée.

Art. 1867.

Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

P. nr 140: Lorsque la société a été contractée d'une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l'extinction de cette chose.

La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société.

P. nr 141: Lorsque la société n'est pas des choses mêmes, et que les associés ont contracté société seulement des fruits qui proviendront de certaines choses qui appartenoient à l'un d'eux pour les percevoir en commun, et en faire leur profit commun, pendant que devroit durer leur société; si celles qui appartenoient à l'un des associés sont périées, la société cessera.

Art. 1868.

S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies: au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs

qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.

P. nr 144-145-146: L'héritier du défunt succède bien à la part que le défunt avoit au temps de sa mort dans les biens de la société, et à la part des dettes de la société dont le défunt étoit tenu; mais il ne succède pas aux droits de la société pour l'avenir, si ce n'est à ce qui seroit une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel il succède; ... je pense que dans notre Droit ... néanmoins la convention qu'il y succédera, est valable; ... (la mort d'un associé) la dissout même entre les associés survivans, à moins que par le contrat de société, on ne fût convenu du contraire.

Art. 1869.

La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps.

P. nr 149-150: A l'égard des (sociétés sans aucune limitation de temps), un seul des associés peut dissoudre la société, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus demeurer en société; ... il faut néanmoins pour cela que deux choses concourent:

- 1° que la renonciation à la société soit faite de bonne foi;
- 2° qu'elle ne soit pas faite à contre-temps.

Art. 1870.

La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun.

P. nr 150: La renonciation à la société n'est pas faite de bonne foi, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étoient proposés de retirer en la contractant.

Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée.

P. nr 151: Il faut, en second lieu, qu'elle ne soit pas faite à contre-temps, c'est-à-dire, dans un temps où les choses ne sont plus entières, et où il est de l'intérêt de la société d'attendre un temps plus favorable pour consommer la négociation qui a fait l'objet de la société.

Art. 1871.

La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.

P. nr 152: Dans (les sociétés qui sont contractées pour un certain temps), les associés, en convenant du temps que la société doit durer, sont censés être convenus de ne dissoudre

qu'après l'expiration de ce temps, à moins qu'il ne leur survienne quelque juste sujet de la dissoudre plutôt; ... Ulpian rapporte plusieurs exemples de ces justes sujets ...; savoir, si son associé n'exécutoit pas à son égard les conditions de la société; ... on peut dire la même chose du cas d'une infirmité habituelle qui seroit survenue à l'un des associés.

Art. 1872.

(Geen letterlijke paralleltekst in P.).

Art. 1873.

(Komt niet uit het Romeins Recht).

### 3. Bespreking van de vennootschapstitel

#### 3.1 Algemene bepalingen (art. 1832 - 1834)

De art. 1832 - 1834 bevatten een bepaling van het vennootschapscontract (art. 1832), geven wezenskenmerken ervan (art. 1833), bieden tenslotte een regeling omtrent het bewijs (art. 1834: het geschrift is vereist ad probationem, niet ad validatem).

Afgezien van art. 1834, dat teruggaat op een Ordonnantie van 1673<sup>10</sup>, komen in deze Algemene bepalingen de definitie en de constitutieve elementen van de burgerlijke vennootschap aan bod.

1. Krachtens art. 1832 zijn de bestanddelen van het vennootschapscontract: de pluraliteit van de vennoten; de overeenkomst tot inbreng; het winstoogmerk; het winstverdelingsoogmerk.

Deze elementen zijn in de Romeinse teksten nawijsbaar, al ontbreekt de definitie als zodanig. Dat het bij een societas moet gaan om meerdere vennoten, ligt naar Romeins recht voor de hand: de actio pro socio komt immers de vennoten onderling toe. Inzake de problematiek van de zogeheten eenmansvennootschap dient men, naar huidig recht, twee situaties te onderscheiden: de vanaf haar oprichting uit slechts één "vennoot" bestaande eenmansvennootschap: zij is in België tot nu toe onmogelijk; wel werd op 30 november 1984 bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp ingediend om haar mogelijk te maken (Parlem. stukken, Kamer van Volksvert., 1984-1985, zitting 30 november 1984, nr 1; document nr 1049); anderzijds is er de problematiek van de vennootschap die eenhoofdig wordt in de loop van haar bestaan: in hedendaagse wetgevingen voorziet men dan een regularisatietermijn om de onmiddellijke ipso iure ontbinding te ontgaan. De grond van deze probleemstellingen is te vinden in de regel van openbare orde dat al de goederen van de schuldenaar tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers strekken (art. 7 en 8 van de Hypotheekwet van 16 december 1851, waar de art. 2092 en 2093 van de Code civil werden overgenomen).

Naar Romeins recht situeert de kwestie van de eenmansvennootschap zich evenmin in een societas-context als zodanig: wezenlijk gaat het

---

10. Dard, p. 373; Maleville, p 3.

hier immers om de mogelijkheid ten gunste van een rechtspersoon een eigen vermogen af te splitsen. Op deze vraagstelling ga ik hier echter niet in.

Over het winsttoegmerk als onderscheidend element volgt meer onder nr 3 van deze paragraaf.

De problematiek van de inbreng behandel ik bij de bespreking van art. 1833.

Voor het laatste in art. 1832 gesignaleerde bestanddeel kan men in de bronnen formuleringen aanwijzen als: communicare lucrum et damnum; cf. Paul. Sent. 2,16; D. 17,2,52,4-6 (Ulp.); 17,2,52,8 (Ulp.); 17,2,67 pr. (Paul.); 17,2,74 (Paul.). De redactie in het B.W. op dit punt (dans la vue de partager ...) vindt geen paralleltekst bij Pothier. Inderdaad blijkt uit Voorbereidende Werken dat de redacteurs hier een eigen formulering verkozen, waarbij het damnum bewust werd weggelaten. In de rede tot het Corps législatif zei Gillet<sup>11</sup>: "Jusqu'ici la définition avait été moins précise; les écrivains en jurisprudence y avaient ajouté parmi les objets de la société la communication des pertes; il a paru au tribunal que le projet proposé était plus exact, lorsqu'il considérait cette communication comme une simple condition du contrat, et non pas comme son but".

Deze ogenschijnlijk onschuldige variante in de formulering biedt mogelijkheden voor een typisch juridische (bedoeld is: niet noodzakelijk aan een historische context gebonden) interpretatie. Art. 1832 is te verbinden met art. 1855, waar in het eerste lid de leeuwenmaatschap nietig wordt verklaard, een toepassing van het definitie-artikel die in alle moderne codificaties te vinden is. Het tweede lid echter van art. 1855 is specifiek voor de Code, en wordt als bijzonder hinderlijk voor de praktijk gevoeld; het biedt een soort spiegelbeeld van de societas leonina. Een mogelijkheid nu om dit hinderlijk tweede lid althans af te zwakken kan door interpretatie worden geboden, door er op te wijzen dat het (in tegenstelling tot het eerste lid) niet te relateren is tot het definitie-artikel! Voor de verdere uiteenzetting zij verwezen naar de bespreking van art. 1855.

---

11. Gillet, Discours, in: Loqué, VII, p. 254.

2. Art. 1833 stelt vooreerst de vereiste van het geoorloofd voorwerp. Algemene bewoordingen van gelijke strekking vindt men bij Ulpianus: "Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem" (D.17,2,57); zie verder: D. 17,2,53 (Ulp.); D. 18,1,35,2 (Gaius); D. 27,3,1,14 (Ulp.); D. 46,1,70,5 (Gaius).

Vervolgens wordt geponeerd dat de vennootschap tot het gemeenschappelijk belang van de partijen moet worden aangegaan. Een uiterst gewichtige toepassing van deze regel in art. 1855 komt verder ter sprake. Een toepassing, volgens Pothier, is te vinden in D. 17,2,52; deze tekst wordt onder nr 3 van deze alinea in het kader van de afgrenzingsproblematiek vertaald; aldus kan, vooruitlopend, nu reeds worden onderstreept dat het gemeenschappelijk belang mee kan fungeren als onderscheidingscriterium t.a.v. verwante rechtsfiguren.

Wat echter, luidens de Voorbereidende Werken, met deze zinsnede vooral beoogd werd, is de nadruk op de gedachte dat de vennootschap geheel door de regelen van de bona fides wordt beheerst. Treilhard drukte het, in het Exposé de motifs, uit als volgt<sup>12</sup>: "Ce contrat est de droit naturel; il se forme et se gouverne par les seules règles de ce droit; il doit surtout reposer sur la bonne foi: sans doute est elle nécessaire dans tout les contrats, mais elle est plus expressément encore requise dans les contrats de société; elle devrait être excessive s'il est permis de le dire et s'il pouvait y avoir des excès dans la bonne foi. Si la société n'était formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée? Il faut donc l'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent: c'est la première règle, la règle fondamentale de toute société".

Men kan deze bewoordingen aanzien als een omspeling van Paulus' duidelijke uitspraak: "Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo"<sup>13</sup>; en elders heet het in een beeld: "Societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat"<sup>14</sup>, een grondtrek van de vennootschap die, volgens De Page, in art. 1833 werd verwoord en in verschillende

---

12. Treilhard, Exposé de motifs, in: Locré, VII, p. 241-242.

13. D. 17,2,3,3 (Paul.).

14. D. 17,2,63 pr. (Ulp.); cf. infra (art. 1872).

andere artikelen een toepassing vindt.<sup>15</sup> Juridisch zou dit dan impliceren dat bedrog bij het sluiten der vennootschap een grond van nietigheid is (ipso iure nullius momenti est). Laurent schrijft<sup>16</sup>: "Le consentement peut être vicié; dans ce cas, le contrat de société existe, mais il est annulable". Dit lijkt betwistbaar; in het licht echter van de huidige Belgische opvattingen<sup>17</sup> omtrent nietigheid (beperkende toepassing; wenselijkheid van een rechterlijk ingrijpen) wordt dit wellicht een eerder academische discussie.

Deze klemtoon op een "excessieve" goede trouw (in objectieve zin) heeft echter ook gevolgen tijdens het bestaan van de vennootschap. Zo kunnen ondermeer de vennoten met een minderheidsparticipatie in een bepaalde vennootschap er zich op beroepen: zij hebben immers recht op een gedraging vanwege de andere vennoten volgens de regels van de goede trouw; het feit dat die "in excessieve mate" wordt geeist doet ons hier pleiten voor een zogeheten marginaal toezicht vanwege de rechterlijke macht op de handelingen van de vennoten jegens elkaar. De figuur van de "marginale toetsing" stamt weliswaar uit het administratief recht, en ongetwijfeld vervult ze daar - bij een steeds belangrijker worden van de eenzijdige overheids-handelingen - een belangrijke corrigerende functie; doch niets verzet er zich tegen deze figuur ook aan te wenden op het domein van het privaatrecht; wel lijkt hier een bescheidener houding van de rechterlijke macht aangewezen (gelet op het principe van de contractsvrijheid), m.a.w. de drempel voor de toepasbaarheid van de zogeheten marginale toetsing zal hier wellicht iets hoger liggen (dan in het administratief recht). Dat echter gepleit kan worden voor de toepassing van deze rechtsfiguur precies op het domein van het vennootschapsrecht, vindt steun in het feit dat, alhoewel de figuur als algemene techniek in het B.W. niet voorkomt, ze niettemin meer bepaald in de vennootschapstitel van het B.W. verwoord wordt (zie art. 1854; cf. infra).

---

15. De Page, V, nr. 46 in fine.

16. Laurent, XXVI, p. 142

17. Van Gerven, W., Algemeen Deel. Beginselen van het Belgisch Privaatrecht, I. Antwerpen-Utrecht, 1973, tweede uitgave, p. 399 e.v.

Het tweede lid van art. 1833 stelt dat elke vennoot een inbreng moet doen, d.w.z. een bijdrage tot de vennootschap dient te leveren die aan het risico van haar werking onderworpen is. Een "vrijblijvende" inbreng (d.w.z.: niet aan het risico van de vennootschapsactiviteit onderworpen) is geen inbreng. Dit lijkt mij de betekenis te zijn van Ulpianus' uitspraak in D. 17,2,5,1: "Donationis causa societas recte non contrahitur". Weerom staat men hier voor een bruikbaar afgrenzingscriterium: elke socius dient zich, via zijn inbreng, aan het risico van de vennootschapsbedrijvigheid te onderwerpen; zoals ook elke vennoot moet deelhebben aan de vennootschapswinst (eerste lid van art. 1833), wil men niet te doen hebben met een vermomde schenking.<sup>18</sup>

Verder duidt art. 1833 (tweede lid) aan waarin die inbreng kan bestaan: geld, of andere goederen, of "nijverheid" (industrie).

Naar Romeins recht kon de inbreng bestaan in goederen, waaronder ook geld te rekenen is, diensten of beide; aldus de samenvatting van Glück.<sup>19</sup>

Windscheid spreekt van goederen of arbeid.<sup>20</sup> Inderdaad is de triade van het B.W. als dusdanig niet uit één tekst in de Romeinse bronnen af te lezen. De Code inspireerde zich op Pothier (zie de synopsis). Merkwaardig is de term "industrie"; hij wordt gebezigd door Pothier, kennelijk als synoniem voor "travail".<sup>21</sup> In de Romeinse teksten vindt men naast opera ook industria.<sup>22</sup> De omschrijving "diensten" is enigszins verkieslijk: beter wellicht dan "arbeid", duidt "diensten" aan dat de vennoot niet als ondergeschikte presteert, maar als vennoot.<sup>23</sup> Hoe dit ook zij, in elk geval is het presteren onder "leiding, gezag en toezicht" (zoals de geijkte formule luidt naar Belgisch recht) kenmerkend voor de arbeidsovereenkomst, en derhalve belangrijk als criterium voor het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst en een vennootschapscontract.

---

18. Windscheid, II, p. 779; zie verder volgende passages: D. 17,2,29,2 (Ulp.); D. 44,16,1 (Ulp.); D. 24,1,32,24 (Ulp.).

19. Glück, XV, p. 394.

20. Windscheid, II, p. 778.

21. Pothier, Société, nr. 9-10 (ed.laud, p. 535-536).

22. D. 17,2,25 (Paul.); D. 17,2,29,1 (Ulp.); D. 17,2,80 (Proc.).

23. Ronse, p. 135.



De Voorbereidende Werken onderstrepen dat de inbreng reëel moet zijn; zou hij enkel bestaan in politieke invloed (crédit), dan is dit tegen de goede zeden.<sup>24</sup> Gillet verklaarde: "Les Romains y reconnaissaient une troisième sorte de mise, le crédit et le faveur, gratiam; le législateur ne saurait écrire ces mots sans honte que dans des États corrompus, où l'on trafique de tout, même de la puissance publique".<sup>25</sup> De geviseerde Digestentekst is D. 17,2,80 (Proc.). De formulering van de Code is ook hier aan Pothier ontleend; zijn interpretatie luidt<sup>26</sup>: een inbreng moet op geld waardeerbaar zijn; een overeenkomst met een machtige opdat deze zijn invloed zou inbrengen is, volgens Pothier, geen vennootschap, want "le secours du crédit ... n'est pas chose d'appréciable" (wat echter bij Proculus juist wel verondersteld werd!); bovendien is er nietigheid van die overeenkomst, zo gaat Pothier verder, "comme contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes moeurs".

Dat de inbreng van een vennoot uitsluitend in 'nijverheid' kan bestaan, schijnt in het Romeins recht ooit betwist te zijn geweest: althans was er een constitutie (uit 293) van Diocletianus en Maximianus nodig om dit ondubbelzinnig te bevestigen: cf. C. 4,37,1. Naar huidig recht houdt deze problematiek verband met het afgescheiden vermogen bij de (handels-)vennootschappen met zogeheten volkomen gehalte aan rechtspersoonlijkheid, d.i. die vennootschapsvormen waarbij het vennootschapsvermogen tot enig verhaalsobject van de vennootschapsschuldeisers strekt (zoals b.v. bij de N.V. en de P.V.B.A.): er moet daar een vennootschapsvermogen zijn; waar echter de vennoten ook met hun persoonlijk vermogen aansprakelijk zijn voor de schulden die zij als vennoten maken, is er geen bezwaar zelfs alle vennoten uitsluitend hun 'nijverheid' te laten inbrengen. In dit verband is het belangrijk er op te wijzen dat de Belgische rechtspraak de burgerlijke vennootschap nog steeds de rechtspersoonlijkheid ontzegt (in tegenstelling tot de Franse rechtspraak, toen daar nog de Code-artikelen van kracht waren!).

---

24. Treilhard, Exposé de motifs, in: Loqué, VII, p. 243.

25. Gillet, Discours, in: Loqué, VII, p. 255.

26. Pothier, Société, nr 10 (ed. laud., p. 536).

3. De afgrenzingsproblematiek: vennootschap en andere samenwerkingsvormen. Een definitie moet het mogelijk maken een rechtsfiguur van andere te onderscheiden. Hiervoor werden de hoofdbestanddelen van het vennootschapscontract toegelicht naar aanleiding van de art. 1832 en 1833.

Een dergelijke preciese kwalificatie is naar Romeins recht van des te meer belang, omdat, en dit in tegenstelling tot het huidig recht met zijn zogeheten open stelsel van overeenkomsten (art. 1134: 'Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan ...'), de Romeinen ook inzake overeenkomsten een gesloten systeem kenden, terwille van het beperkt aantal acties: de actio pro socio veronderstelt noodzakelijk een societas, ze komt uitsluitend de socius toe. Deze procesrechtelijke invalshoek heeft weliswaar niet meer dezelfde doorslaggevende betekenis in ons recht, doch dit neemt niet weg dat ook naar Belgisch recht de afgrenzing belangrijk is. Immers zal een overeenkomst waarvoor een suppletieve regeling is uitgeschreven (de zogeheten benoemde overeenkomsten: art. 1107 spreekt van ('contracten (die)... een eigen benaming hebben'), zoals dit voor de burgerlijke vennootschap het geval is, precies onder toepassing van deze regeling vallen, behoudens vanzelfsprekend afwijkende bedingen (in zoverre die zijn toegestaan).

Derhalve wordt nu even stilgestaan bij de bekommernis de societas af te grenzen t.o.v. verwante figuren. Dienaangaande biedt de Digestentitel Pro socio (= D. 17,2) wat volgt.

D. 17,2,31 (Ulp.): 'Opdat er een actio pro socio zij, moet er een societas zijn: en het volstaat immers niet dat een zaak gemeenschappelijk is, tenzij er een societas is: want een zaak kan gemeenschappelijk worden beheerd, zelfs zonder societas, zoals b.v. wanneer wij zonder de affectio societatis in een gemeenschap terecht komen...'

D. 17,2,44 (Ulp.): 'Als ik jou parels geef om die te verkopen, onder het beding dat, als jij ze voor 10 verkoopt, je mij die 10 geeft en als je ze voor meer verkoopt, je het surplus mag houden, dan is er m.i. een actio pro socio zo deze afspraak is geschied met de animus contrahendae societatis, zoniet is er de actio praescriptis verbis'; vgl. ook D. 19,5,13 (Ulp.).

D. 17,2,52 pr. (Ulp. - Jul.): 'Een stuk grond dat grenst aan het erf van twee burens (A en B) is te koop; de ene buur (A) vraagt de andere (B) dat stuk grond te kopen, onder het beding dat het gedeelte dat aan zijn (A) erf raakt hem zou worden gecedeerd; maar

kort daarop koopt hij (A) zelf, buiten medeweten van zijn buur (B), die grond; de vraag is nu of die buur (B) een actie heeft tegen de andere (A). Julianus schrijft dat hier een feitenkwestie voorligt: want zo de enige bedoeling van de afspraak was dat de buur (B) de grond van Lucius Titius zou kopen en aan mij (A) overdragen, dan komt de buur (B) geen enkele actie toe tegen mij die de grond heeft gekocht; zo echter de bedoeling was om een soort gemeenschappelijk bedrijf te gaan voeren, dan ben ik door de actio pro socio gehouden, jou, na aftrek van het deel waarop mijn mandaat sloeg, de rest te doen geworden'.

Deze drie teksten behandelen, telkens in procesrechtelijk perspectief, de afgrenzingsproblematiek. Het criterium wordt gezocht in een intentioneel element, omschreven als affectio societatis en animus contrahendae societatis; en in de laatste tekst wordt de rechter een nauwkeurig feitenonderzoek in concreto gevraagd (quastio facti), waarbij te letten is op de bedoeling der partijen (id actum est, ut ...).

Over deze affectio societatis is in de rechtsleer nogal wat te doen: sommigen onderkennen er een afzonderlijk bestanddeel in van het vennootschapscontract; De Page en Ronse<sup>27</sup> zijn van mening dat het eerder om een de overige vereisten samenvattend begrip gaat. Ik zou het zo willen zien, dat een intentioneel element slechts in zijn veruiterlijkte vorm, zoals die blijkt uit de vier hoger genoemde materiële bestanddelen, herkenbaar kan zijn. Hoe dan ook, de drie geciteerde passages tonen wel aan dat de afgrenzing voor alles een zaak van preciese interpretatie is der voorliggende overeenkomst: zie de duidelijke uitspraak van Julianus: implicitam esse facti quaestionem.

Ondertussen werken de Digesten, die geen definitie bieden van de societas, met dit toch wel vage begrip affectio societatis. Vandaar dan een opgave voor de rechtsleer. En inderdaad valt op dat in de meest doorgevoerde dogmatische commentaar die ons ter beschikking staat (de Duitse pandektisten, in casu Glück), de affectio societatis wordt

---

27. De Page, V, nr 47; Ronse, p. 153.

teruggevoerd op een ander constitutief element: het gemeenschappelijk winsttoegmerk.<sup>28</sup> Dit brengt ons weer bij art. 1832, in fine.

Ook het huidig recht kent vaak afgrenzingsmoeilijkheden. Frekwent zijn kwalificatie-aarzelingen in confrontatie met 'klassieke' benoemde overeenkomsten: koop, lening, huur, de arbeidsovereenkomst, om slechts deze te noemen. Ik ga er hier niet op in<sup>29</sup>, doch zou, bij wijze van voorbeeld, een recente samenwerkingsvorm, de franchising, willen bespreken, waar eveneens de afgrenzing met de vennootschap een probleem vormt (of beter: zou moeten vormen).

Franchising is één van die voorbeelden van nieuwe commerciële samenwerkingsvormen die - bij de sterke internationalisering van de handelsgebruiken en het open karakter van een klein, centraal gelegen land als België - a.h.w. geïmporteerd worden.<sup>30</sup> Dergelijke nieuwe rechtsfiguren zijn, zeker zo ze afkomstig zijn uit totaal andere juridische systemen (zoals het Anglo-Amerikaanse), vaak moeilijk inpasbaar in continentale stelsels. Een wetgevend optreden kan natuurlijk een oplossing bieden, doch dit laat vaak lang op zich wachten. Precies dan is de complementaire rol van het burgerlijk recht (t.o.v. het handelsrecht, dat in België een eigen wetboek heeft) zeer belangrijk. Gaat het dan bovendien om een contract, dan kan het Romeins recht een verrassend verfrissende rol spelen, vanuit de daar levensbelangrijke noodzaak tot preciese kwalificatie in het gegeven gesloten stelsel van overeenkomsten, of, in moderne termen getransponeerd, bij de gegevenheid van de principiële volledigheid van een codificatie.

---

28. Glück, XV, p. 373; hij steunt op D. 17,2,31 en 44 (beide Ulp.).

29. Zie uitvoerig: Ronse, p. 152-160; zie ook: Ronse, J. (e.a.), 'Overzicht van de rechtspraak (1968-1977). De vennootschappen', in Tijdschrift voor Privaatrecht, 1978, p. 693-697, nr 10-15).

30. Ik beperk mij tot enkele overzichtartikelen rond franchising in België: P. Eeckman, 'Franchising: geïntegreerde marketing en contractuele integratie van ondernemingen', in: Actori incumbit probatio. Opstellen aangeboden ter gelegenheid van de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen, Antwerpen- Amsterdam, 1975, p. 55-69; Y. Merchiers, 'Nieuwe vormen van overeenkomst: leasing, franchising, engineering, know-how' in: Tijdschrift voor Privaatrecht, 1979, p. 738-743; J. Billiet, 'Franchising', in: Belgische rechtspraak in handelszaken, 1982, p. 109-130.

Franchising is in België in de zeventiger jaren een belangrijk verschijnsel geworden. Tot op heden echter is er nog geen specifieke wetgeving voor. Franchising is een wederkerig contract tussen een franchisor (franchise-gever) en een franchisee (franchise-nemer), die als zelfstandige partners optreden (geen arbeidsovereenkomst); de franchisor heeft een bepaald, gestandaardiseerd (daardoor vertrouwenwekkend) distributie- of exploitatiesysteem (b.v. hotelketen, speelgoedverkoop, verkoop van kinderartikelen) waartoe de franchisee toetreedt, als zelfstandige: hij geniet aldus van de know-how van de franchisor, van het kwaliteitslabel enz., en moet als tegenprestatie, zich rigoureuus aan het systeem houden, brengt eigen arbeid in, zorgt vaak ook voor de materiële infrastructuur, betaalt een toetredingsgeld en een regelmatig terugkerende vergoeding aan de franchisor (meestal onder de vorm van een percentage op de omzet). Het gaat dus om een intensieve samenwerkingsvorm, die contractueel wordt vastgelegd.

Het feit dat voor dit samenwerkingscontract in België tot op heden geen eigen wet bestaat is op zichzelf geen probleem: inzake contracten kent ons recht immers een open systeem (art. 1134 B.W.). De vraag is wel: welke regels regeren een dergelijk niet specifiek geregeld contract?

Het antwoord is niet zo eenvoudig. Natuurlijk zijn de algemene regels inzake overeenkomsten van toepassing. Maar er is meer: een zogeheten nieuw contract kan, bij nadere ontleding, helemaal niet zo nieuw zijn, onder een nieuwe naam kan een oud 'benoemd' contract schuilgaan, eventueel zelfs een combinatie van verschillende 'benoemde' (= in het B.W. geregelde) contracten. In dergelijk geval zijn de regels uit het B.W. voor die contracten van toepassing op dat 'nieuwe' contract. Er doen zich hier allerlei problemen voor; slechts op één ervan wil ik wijzen: bij de artikelen uit het contractenrecht, ook betreffende wel bepaalde contracten, zijn er van dwingend recht.

Dit nu kan bij franchising bijzonder belangrijk zijn. Men zal immers gemakkelijk inzien dat de positie van de franchisor de facto veruit de sterkste is (het gaat immers om een zogeheten toetredingscontract). Er is dus ongetwijfeld nood aan enige bescherming van de franchisee. Die is eventueel te vinden in bepalingen van dwingend recht omtrent geregelde 'benoemde' contracten, zo men franchising daaronder kan brengen.

De Belgische rechtspraak en rechtsleer heeft zich bezig gehouden met de vraag onder welk benoemd contract franchising te brengen is. Naar mijn weten heeft niemand ooit geprobeerd in de richting van de vennootschapstitel. (Dit is eigenlijk niet verwonderlijk: men acht die titel gewoonlijk een verouderd stuk recht, verblind als men is door de voor de hand liggende associatie bij vennootschappen naar de Vennootschapswet te grijpen; voor een commerciële samenwerkingsvorm denkt men er niet zo gemakkelijk aan naar de burgerlijke vennootschapstitel - die nochtans de rol van gemeen recht blijft vervullen - te grijpen).

Toch zou de subsumering onder de vennootschapstitel enorme voordelen meebrengen: ik verwijs naar art. 1833 (de 'excessieve' goede trouw!), naar art. 1854 (cf. infra), naar art. 1871 (cf. infra). Verplaatst men zich nu even in een Romeinsrechtelijke denkwijze, dan komt men wel degelijk gemakkelijk tot de societas. Inderdaad, het gesloten stelsel dat de Romeinen ook voor overeenkomsten kenden, maakt de vraag noodzakelijk: welke actio zouden franchisor en franchisee onderling hebben? Vertrekkend van moderne definities van franchising, kan men zich dus afvragen: onder welke actio zou het Romeins recht deze samenwerkingsvorm klasseren tussen zelfstandige partners, samenwerkend met het oog op beider voordeel, elk met een eigen inbreng, ter bereiking van een gemeenschappelijk winstgevend doel, met de bedoeling beiden van de gemaakte winsten te profiteren. Zou het antwoord niet luiden: de actio pro socio? En zijn de art. 1832 en 1833, definitie-artikelen van de societas, daarmee niet in volmaakte harmonie? Dit hoeft trouwens nauwelijks te verbazen, nu hiervoor is aangetoond hoe deze artikelen inderdaad op Romeinsrechtelijke bodem staan.

Een kleine uitweiding zou ik hier willen wijden aan het Nederlands recht. Ook daar zijn de afgrenzingsproblemen onder het vigerend recht (art. 1655 Ned. B.W. is vergelijkbaar met art. 1832 Belgisch B.W.) talrijk. In de Handleiding<sup>31</sup> van Asser-Kamphuisen leest men:

---

31. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht.

Derde deel: Verbintenissenrecht. Derde stuk: Bijzondere overeenkomsten. Derde druk bewerkt door P.W. Kamphuisen, Zwolle, 1960, p. 464.

'Het recht der samenwerkingsvormen is ten onzent zo slecht geregeld, dat een behoorlijk scherpe onderscheiding niet mogelijk is'.

In het Nieuw (Ned.) B.W. wijdt het Ontwerp Titel 13 van Boek 7 aan de vennootschap. De afgrenzingsproblematiek wordt dan ook in de Toelichting aangesneden: 'De figuur van de vennootschap is in onze wetgeving weinig duidelijk bepaald'<sup>32</sup>; en, iets verder<sup>33</sup>: 'Het lijkt aanbevelenswaardig voor ons komende recht het begrip vennootschap nauwkeuriger te bepalen..., en een zodanige omschrijving te geven dat de meeste van de bestaande controversen worden vermeden'. Het Ontwerp kiest dan in art. 7.13.1.1 voor volgende omschrijving van het begrip vennootschap: 'De overeenkomst van vennootschap is de overeenkomst waarbij twee of meer personen, de vennoten, zich verbinden voor gemeenschappelijke rekening een beroep of bedrijf uit te oefenen dan wel voor gemeenschappelijke rekening beroeps- of bedrijfshandelingen te verrichten, een en ander met inbreng van ieder der vennoten'.

'Dit artikel', aldus de Toelichting<sup>34</sup>, 'geeft een omschrijving van de overeenkomst van vennootschap; deze omschrijving houdt geen dogmatische definitie in, doch beoogt slechts te bepalen welke figuren in de zin van het ontwerp vennootschap zijn'.

Ik onthoud mij van commentaar bij deze mij raadselachtig voorkomende tekst (geen dogmatische definitie, en niettemin een tekst die kwalificaties mogelijk moet maken). Wel wil ik er op wijzen dat de hier te vinden 'omschrijving' eveneens in de Code aanwezig is: cf. art. 1842: 'Een contract waarbij verscheidene personen zich verenigen, hetzij voor een bepaalde onderneming, hetzij voor de uitoefening van enig bedrijf of beroep, is eveneens een bijzondere vennootschap'.

Om te begrijpen dat deze definitie (uit art. 1842) in de Code-titel niet vooraan te vinden is, maar enigszins 'verstoken' bleef ter aanduiding van slechts 'een' vorm van vennootschap, daar waar ze nu wel in het volle licht der schijnwerpers komt, dient men oog te hebben voor de on-commerciële benadering van de vennootschap in 1804.

Er was bij de toenmalige Franse wetgever de duidelijke wil tot afzonderlijke regeling van burgerlijk recht en handelsrecht: cf. art.

---

32. MvT, p. 1084.

33. MvT, p. 1084.

34. MvT, p. 1088.

1873. Maar bovendien moet men bedenken dat de vennootschapstitel van de Code in ruime mate een codificatie van het Romeins recht op het oog had. Welnu, daar was de societas-materie in feite zeer ruim, zelfs onduidelijk in haar afbakening. Dit hangt samen met het feit dat de evolutie niet eenduidig vanuit een contractuele samenwerkingsfiguur was verlopen; er was het consortium, oorspronkelijk gemeenschap van mede-erfgenamen, maar ook construeerbaar buiten een erfrechtelijke context, betrekking hebbend op het ganse vermogen van de deelgenoten (consortium ercto non cito); er was de consensuele en contractuele societas, waarbij meerdere personen bedrijfsmatig voor gemeenschappelijke rekening wensden te handelen; een tussenvorm was de societas omnium bonorum.<sup>35</sup> De ruimheid, zelfs vaagheid van het Romeinse societas-begrip kan kort worden geïllustreerd aan de hand van twee gegevens.

Zo bericht enerzijds Ulpianus (D. 17,2,52,12) dat volgens Cassius onderhoudskosten door een mede-eigenaar gemaakt aan een gemene gracht verhaalbaar zijn met een...actio pro socio. Anderzijds heeft het woord socius in verschillende Digestenteksten de betekenis mede-eigenaar.<sup>36</sup>

Waar nu het consortium ercto non cito als dusdanig niet tot het Justiniaans recht behoort<sup>37</sup>, komt de societas omnium bonorum wel ter sprake in de Digestentitel Pro socio. Dit verklaart waarom de Code nog over de 'algemene vennootschappen' spreekt (zoals trouwens het huidige Nederlands B.W.: art. 1657-1659), en waarom art. 1842 dan logisch in de afdeling 'Bijzondere vennootschap' terecht kwam. Door deze structuur kreeg de 'levensechte' vennootschap, d.w.z. de bijzondere, die ook in het Romeinse recht voorkomt, niet het volle licht in de opbouw zelf van de codificatie; ten onrechte, want zowel voor België als voor Nederland gold en geldt dat de algemene vennootschap eerder theoretisch is.<sup>38</sup>

Is deze vaststelling wellicht reeds van aard om een meer realiteitsgebonden definitie wenselijk te achten, dan zijn er nog andere

---

35. Kaser, I, p. 572-573.

36. Zie het trefwoord socius (littera d) in: Heumann, H., - Seckel, E., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Graz, 1958 (= tiende druk), p. 544.

37. Een taalkundig relic is te vinden in D. 17,2,52,8 (Ulp. - Pap.)

38. Zie reeds Laurent, XXVI, p. 247-248.



motieven om bij de omschrijving van de vennootschap de klemtoon te verleggen naar het beroeps- of bedrijfsmatig samenwerken. Sinds 1804 is de vennootschapsmaterie inderdaad nagenoeg geheel in de 'handelsrechtelijke' sfeer terecht gekomen<sup>39</sup>; zelfs al zijn daartoe Romeinse aanzetten bruikbaar, het zal duidelijk zijn dat een andere historische component, het handelsrechtelijk gewoonterecht dat zich sinds de Middeleeuwen heeft gevormd, hier een wezenlijke bijdrage levert; en precies die component werd in het B.W. buiten beschouwing gelaten. Gaat men echter uit van art. 1842 dan komt men tot een andere definitie. Dit blijkt hieruit dat Ontwerp 7.13.1.1 niet langer vereist dat de vennoten een economisch voordeel nastreven: ook als partijen zich door altruïstische motieven laten leiden, maar wel beroeps- of bedrijfsmatig handelen voor gemene rekening met inbreng van elke vennoot, kan van een vennootschap naar komend Nederlands recht sprake zijn.<sup>40</sup>

Dit kan dan opnieuw aanleiding zijn tot...grensgeschillen, nl. tussen vennootschap en vereniging.<sup>41</sup> Dit onderscheid berust immers, naar Belgisch recht, op de al dan niet aanwezigheid van het winstoogmerk.

### 3.2 Verschillende soorten van vennootschappen (art. 1835-1842)

Het onderscheid tussen algemene en bijzondere vennootschappen stamt uit het Romeins recht. Na wat hiervoor reeds omtrent art. 1842 werd gezegd, en in het licht van de levensvreemdheid van de algemene vennootschappen, kan hier met een zeer beknopte bespreking worden volstaan.

De hoofdingdeling in algemene en bijzondere vennootschappen vindt steun in Inst. 3,25 pr. en D. 17,2,5 pr. (Ulp.).

Ook de verdere onderverdeling (van art. 1836) gaat op een Romeinse terminologie terug: de societas universorum bonorum en de societas universorum quae ex quaestu veniunt (de eerste term, of

---

39. De Page, V, nr 1.

40. MvT, p. 1088.

41. MvT, p. 1089; zie voor het Belgisch recht: Ronse, p. 142-144; voor het Nederlands recht: Van Mourik, M.J.A., Rondom de personenvennootschap. Studiepockets privaatrecht, nr 22. Zwolle, 1981, p. 9-10.

gelijkaardige uitdrukkingen, komt zeer veel voor; de tweede in D. 17,2,7 (Ulp.) e.a.).<sup>42</sup>

Op te merken valt de beperking in de Code tot de 'société de tous biens présents', d.w.z. een uitsluiting van een aantal toekomstige goederen (cf. art. 1837); dit is anders dan in het Romeinse recht.<sup>43</sup>

Het eerste deel van art. 1838 is Romeinsrechtelijk geïnspireerd: D. 17,2,7-8 (Ulp. en Paul.); het tweede deel ('ook de roerende goederen...') komt uit het Gewoonterecht.<sup>44</sup>

Het vermoeden van art. 1839 vindt men ook in het Romeins recht: D.17,2,7 (Ulp.).

Art. 1840 hangt logisch samen met art. 1837, en duidt op het wantrouwen t.a.v. vermomde schenkingen.

Art. 1841 en 1842 handelen over de bijzondere vennootschap. Mogelijk is een vennootschap betreffende zelfs één zaak: 'etiam rei unius', aldus Ulpianus in D. 17,2,5 pr. Zij kan ook beperkt blijven tot het gebruik van bepaalde zaken: er is dan geen mede-eigendom, wat voor de risico-leer van belang is. Dat ook naar Romeins recht een vennootschap niet noodzakelijk een inbreng in (mede-)eigendom diende te impliceren blijkt uit D. 17,2,58 pr. (Ulp.- Cels.), een passus die verder uitvoerig wordt besproken n.a.v. de risico-leer (art. 1851).

De vormen van bijzondere vennootschap vermeld in art. 1842 zijn eveneens in de Digesten terug te vinden: Ulpianus spreekt van een societas negotiationis alicuius (D. 17,2,5, pr.) en Paulus heeft het over twee vennoten die de verstrekking van grammatica-onderricht tot het voorwerp van hun vennootschap maken (D. 17,2,71 pr.).

### 3.3 Verplichtingen van de vennoten onderling en ten aanzien van derden (art. 1843-1861)

1. Omtrent het begin van de vennootschap zegt art. 1843 dat dit samenvalt met het sluiten van het contract; de mogelijkheid bestaat echter een ander tijdstip te bepalen, zoals trouwens in het Romeins

---

42. Zie voor een systematische behandeling van dit onderscheid: Glück, XV, p. 377 e.v.

43. Zie verschillende passages in de Voorbereidende Werken daaromtrent: Loqué, VII, p. 230-231; p. 242-243; p. 248.

44. Pothier, Société, nr 44 (ed. laud., p. 550).

recht: cf. D. 17,2,1 (Paul.). Dit 'tijdstip' (époque) betreft zowel de opschortende termijn als de opschortende voorwaarde.<sup>45</sup> Het is van belang te onderstrepen dat het hier gaat om de burgerlijke vennootschap, d.i. een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, althans naar Romeins en Belgisch recht. Bij vennootschappen met rechtspersoonlijkheid is de oprichting onder voorwaarde voorwerp van betwisting<sup>46</sup>: de afwijzing van deze mogelijkheid wordt gebaseerd op art. 1179 (retroactiviteit van de vervulde voorwaarde).

Merkwaardig is dat ook het Romeins recht deze strijdvraag heeft gekend, al is de retroactiviteit der vervulde voorwaarde ook bij Justinianus nog geen algemeen principe.<sup>47</sup>

In de Codex leest men een constitutie uit 531, beginnend als volgt: 'De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest'<sup>48</sup>; Justinianus beslechtte de betwisting in positieve zin: de wil der contractpartijen moet geheel worden gerespecteerd.

2. In art. 1844 vindt men vermoedens omtrent de duur van de vennootschap. Behoudens de beperking uit art. 1869<sup>49</sup> wordt de vennootschap geacht bij ontstentenis van enige bepaling dienaangaande, te zijn aangegaan voor het hele leven van de vennoten.

Ook bij de Romeinen was een duur voor het leven (Paulus in D. 17,2,1 pr.: dum vivunt) te combineren met de eenzijdige opzegging (waarover infra); immers: "Nulla societatis in aeternum coitio est", aldus Paulus.<sup>50</sup>

Het tweede gedeelte van art. 1844 ('of, indien het een zaak betreft...') vindt een parallel in Inst. 3,25,6 en D. 17,2,65,10 (Paul.).

---

45. D. 17,2,1 (Paul.); Pothier, Société, nr 64 (ed. laud., p. 555); deze passage ligt aan de basis van art. 1843.

46. Ronse, p. 496-487.

47. Kaser, II, p. 96.

48. C. 4,37,6; Glück, XV, p. 393-394; de motieven van die twistvraag blijven duister.

49. De Page merkt op (V, nr 57) dat de verwijzing naar art. 1869 overbodig is: in werkelijkheid staat men hier voor een contract van onbepaalde duur; dan bestaat steeds een eenzijdig recht op ontbinding. De verwijzing werd ingevoegd in de Section de législation van het Tribunaat: Locré, VII, p. 238.

50. D. 17,2,70; volgens Glück (XV, p. 391) hoorde dit fragment waarschijnlijk oorspronkelijk samen met het geciteerde D. 17,2,1 pr.

3. De art. 1845-1847 behandelen de verplichtingen der vennoten onderling m.b.t. de inbrengen.

Vooreerst moet natuurlijk de beloofde inbreng worden nagekomen (eerste alinea van art. 1845). Dit betekent dat niet de inbreng zelf voor het totstandkomen van de vennootschap vereist is, maar de belofte te zullen inbrengen, de toezegging ervan.<sup>51</sup> Onder Justiniaans recht gaat deze redenering eveneens op, omdat in elk geval toen de mogelijkheid bestond de actio pro socio in te stellen manente societate.<sup>52</sup>

Vervolgens omschrijft art. 1845 de vrijwaringsplicht van de vennoot m.b.t. een uitgewonnen inbreng als die van de verkoper. De formulering is (cf. de synopsis) ontleend aan Pothier. Hij argumenteert vanuit D.19,1,3 pr. (Pomp.): 'Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur'. Derhalve moet men in art. 1845 (tweede lid) de overname zien van een analogische uitbreiding bij Pothier.

In art. 1846 ziet De Page<sup>53</sup> een dubbele verzwaaring van het gemeenrechtelijk systeem betreffende de plicht tot nakoming van de beloofde inbreng (art. 1845, eerste lid), wanneer die inbreng bestaat in een geldsom: ten eerste is de vennoot van rechtswege, dus zonder ingebrekestelling, tot de wettelijke verwijlintresten gehouden (art. 1846, eerste lid); ten tweede zijn die verwijlintresten geen maximum: hogere schadevergoeding kan mogelijk zijn (art. 1846, derde lid).

Is dit verzaard systeem van Romeinsrechtelijke oorsprong? Pothier schrijft<sup>54</sup> dat de intresten slechts verschuldigd zijn vanaf de ingebrekestelling (voor de casus van art. 1846, eerste lid). De Code volgde hem hier niet. De Voorbereidende Werken bevatten geen commentaar bij art. 1846. Over het eerste lid is er bij Domat evenmin iets te vinden.

Om de eventuele Romeinsrechtelijke inspiratie van het hele art. 1846 te achterhalen, moet men uitgaan van het tweede lid. Dit komt wel

---

51. De Page, V, nr 63; Ronse, p. 119.

52. D. 17,2,65,15 (Paul.); zie Kaser, II, p. 412-413; vgl. Kaser I, p. 575.

53. De Page, V, nr 63.

54. Pothier, Société, nr 116 (ed. laud, p. 576).

overeen met Pothier, die steunt op D. 22,1,1,1. Papinianus schrijft daar: 'Als dan een vennoot moet worden veroordeeld, omdat hij zich van gemeenschappelijk geld heeft meester gemaakt of het tot eigen gebruik heeft aangewend, dan zijn in elk geval intresten verschuldigd, zelfs zo er geen ingebrekestelling is (etiam mora non interveniente).<sup>55</sup> Met deze tekst te verbinden is D. 17.2.60 pr. (Pomp.-Labeo): 'De vennoot die bij het inbrengen van geldelijke winst, die hij uit de vennootschap haalt, nalatig is, moet volgens Labeo wanneer hij dit geld zelf (= voor eigen gebruik) heeft aangewend, ook intresten opbrengen; doch niet als intresten, maar omdat het in het belang van een (mede-)vennoot is, dat hij zich niet aan verzuim schuldig maakt; maar wanneer hij of dat geld niet (voor persoonlijk gebruik) heeft aangewend, of niet nalatig is geweest, geldt het tegengestelde'. Willen de mede-vennoten van een collega verwijlntresten zonder ingebrekestelling eisen, dan moet krachtens deze teksten tegelijk aan twee voorwaarden zijn voldaan: er moet laattijdigheid zijn betreffende het inbrengen van de winst en die winst moet tot persoonlijk gebruik zijn aangewend.<sup>56</sup> De cumulatieve eis van het Pomponius-Labeo-fragment is in art. 1846 vervangen door een strenger systeem: elke voorwaarde volstaat op zichzelf om de verwijlntresten eisbaar te maken. Deze visie kon worden afgeleid uit het Papinianus-fragment, zo men daar alleen op steunde, zoals Pothier deed (zie noot 55). Het derde lid van art. 1846 kan m.i. steun vinden in het zo pas aangehaalde fragment uit Pomponius-Labeo: het 'quod socii interest' hoeft zich niet te beperken tot de verwijlntresten maar omvat zondig ook de 'meerdere schadevergoeding, indien daartoe grond bestaat' (art. 1846, derde lid); inderdaad luidt het Digestenfragment (hierboven vertaald): 'Sed non quasi usuras, sed quod socii intersit...!.

Rond het eerste en derde lid van art. 1846 signaleert De Page<sup>57</sup> nog een controverse: bestaat de inbreng in een vruchtdragende zaak en oogst de vennoot de vruchten voor zichzelf in, is er dan

---

55. Pothier, Société, nr 119 (ed. laud, p. 576. Ter verantwoording van de zinsnede 'mora non interveniente': zie D. 22,1,32 pr. (Marci.): 'Mora fieri intellegitur... ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit'.

56. Glück, XV, p. 441-445.

57. De Page, V, nr 63.

ingebrekestelling nodig of geldt ook dan art. 1846? Naar Romeins recht bestaat er geen twijfel dat de vruchten moeten worden toebedeeld aan de vennootschap: 'In societatibus fructus communicandi sunt' (Paulus in D. 22,1,38,9).<sup>58</sup>

Dit geldt ook naar Belgisch recht. De controverse betreft echter de noodzaak van een ingebrekestelling. Dienaangaande geldt het volgende: wanprestatie treedt in algemene regel pas in na ingebrekestelling: uitzonderingen op dit principe vergen een expliciete tekst; welnu noch naar Romeins noch naar Belgisch recht spreken de teksten van iets anders dan pecunia, een geldsom; derhalve kan men met Laurent een analogische uitbreiding van art. 1846 afwijzen.<sup>58</sup>

Tenslotte nog een terminologische noot i.v.m. art. 1846: de uitdrukking 'de kas van de vennootschap' vindt men in een andere context bij Papinianus (arca societatis; D. 17,2,82).

Art. 1847 behandelt de veronderstelling dat een vennoot zijn nijverheid inbrengt. Het artikel is, zoals uit de synopsis blijkt, aan Pothier ontleend. Maleville<sup>59</sup> verwijst naar D. 17,2,7 (Ulp.) en 8 (Paul.), twee fragmenten die hij 'combineert' tot volgende uitspraak: 'In societate veniunt omnes quaestus, id est quod ex opera cuiusque descendit'. Bedoelde fragmenten staan in een context over de algemene vennootschap van winst; het is echter duidelijk dat de toepassing die Pothier ervan maakt op de bijzondere vennootschap strookt met het principe dat in deze teksten wordt verwoord.

4. De artikelen 1848-1849 behandelen de schuldvorderingen van de vennoten, meer bepaald de problemen van concurrentie enerzijds tussen een schuldvordering die een persoon als vennoot en een schuldvordering die hij los van de vennootschap jegens dezelfde schuldenaar heeft (art. 1848), anderzijds van het aandeel van één vennoot in een bepaalde schuldvordering met de aandelen daarin van de andere vennoten (art. 1849).

De oplossing van art. 1848 is gebaseerd op de goede trouw: een vennoot mag niet minder zorg besteden aan zijn eigen vordering dan aan die van de vennootschap, aldus Treilhard.<sup>60</sup> In die zin wordt

---

58. Laurent, XXVI, p. 264-265.

59. Maleville, IV, p. 9.

60. Treilhard, Exposé de motifs, in: Loaré, VII, p. 244.

hier toepassing gemaakt van de regel dat een socius aansprakelijk is voor de zogenaamde culpa levis in concreto, m.a.w. dat hij als socius gehouden is tot de diligentia quam in rebus suis (Gaius in D. 17,2,72; zie ook Inst. 3,25,9); zo ook wordt de regeling van het artikel verantwoord door Pothier.<sup>61</sup>

Art. 1849 gaat in die zin op een Romeinse tekst terug, dat door Ulpianus (D. 17,2,63,5) een verwante casus wordt onderzocht: een vennootschap met drie vennoten (A, B, C), waarbij A tegen B ageert en zijn hele aandeel bekomt; daarna stelt C een actie in tegen B, doch kan zijn hele aandeel niet meer bekomen; volgens Ulpianus is het dan billijk dat de aandelen onderling gelijk worden gemaakt, 'quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi'. De oplossing tot het in de gemeenschappelijke massa storten door een vennoot van het ontvangene, ook van een derde, voert Pothier op het geciteerde Ulpianus-fragment terug, ook al schijnt een Paulus-tekst (D. 10,2,38) anders te beslissen; immers, aldus Pothier<sup>62</sup>, het Paulus-fragment handelt over mede-erfgenamen, de Ulpianus-tekst over vennoten en daardoor is de situatie verschillend: in een vennootschap is het immers zo dat de vennoten gewoonlijk elkaar wederkerig de macht hebben gegeven om de ene voor de andere te beheren (zie verder art. 1859, 1°): derhalve mag een vennoot zijn persoonlijk belang niet laten prevaleren op dat van de vennootschap; tussen mede-erfgenaam echter is niet met die wederzijdse machtiging gerekend, wat het Paulus-fragment in een ander licht stelt dan de Ulpianus-tekst.

5. Art. 1850 (Contractuele aansprakelijkheid van de vennoot jegens de vennoten) omschrijft negatief voor voor welke fout de vennoot aansprakelijk is: het is voor schuld (culpa). Positief uitgedrukt betekent dit dat hij diligentia moet opbrengen. Welke echter? Die van de goede huisvader? Of die welke hij aan zijn eigen zaken besteedt?

---

61. Pothier, Société, nr 121 (ed. laud., p. 579). De bij de vennoot vereiste zorg wordt in de Digesten niet eenduidig gegeven: Ulpianus immers eist de zorg van een goede huisvader, m.a.w. is de vennoot dan aansprakelijk voor culpa levis in abstracto: D. 13,6,5,2 en D. 50,17,23; zie Glück, XV, p. 434 e.v. Zie verder de bespreking van art. 1859.

62. Pothier, Société, nr 122 (ed. laud., p. 577-578).

Respectievelijk wordt dan de aansprakelijkheid die voor de culpa levis in abstracto, of die voor de culpa levis in concreto. Tijdens de bespreking in de Conseil d'Etat werd gewezen op de te grote vaagheid van de uitdrukking 'de sa faute': men wenste inzake aansprakelijkheid de rechtbanken armslag te laten om te oordelen ex aequo et bono; het Romeinsrechtelijk onderscheid tussen culpa lata, culpa levis, culpa levissima wilde men niet handhaven.<sup>63</sup> Ik heb reeds aangeduid dat niettemin de Gaius- (en Instituten-)opvatting, die een culpa levis in concreto hanteerde, toch wel heeft doorgewerkt, nl. in de redactie van art. 1848. Zeker is, naar Romeins recht, een vennoot voor meer aansprakelijkheid dan zijn dolus: ook voor culpa staat hij in; er bleef dan natuurlijk nog discussie omtrent de aard der culpa levis (in abstracto of in concreto); doch, gezien de vereenvoudiging van de Code, kan hier worden volstaan met de aanduiding van enkele plaatsen waar de culpa wordt vermeld: D. 17,2,47-48-49 (Ulp., Paul., Ulp.); D. 17,2,52,2 en 11 (Ulp.); D. 17,2,72 (Gaius); Inst. 3,25,9. In elk geval ook, en dit onderstreept de noodzaak van schuld, staat de vennoot niet in voor toevalsschade: 'Damna quae imprudentibus (= niets vermoedenden) accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare', aldus Ulpianus<sup>64</sup> in D. 17,2,52,3. Het tweede deel van art. 1850 ('zonder dat hij zich kan beroepen...') komt uit het Romeins recht: cf. D. 17,2,25-26 (Paul. en Ulp.); beide passages worden door Pothier aangehaald bij de formulering die voor de Code model heeft gestaan (cf. synopsis).

6. Risicoregeling omtrent de inbrengen: art. 1851. Pothier geeft voor de regeling, overgenomen in art. 1851, geen verwijzing naar het Romeins recht<sup>65</sup>; Dard echter refereert naar D. 17,2,58 pr. - 1 (Ulp. - Cels.).<sup>66</sup> De Code blijkt voor de risicoregeling een eigen systeem te hebben, dat verbonden dient gezien met de vraag of bij tenietgaan van de inbreng ook de vennootschap eindigt. Het systeem van de Code dient dan ook te worden begrepen vanuit een combinatie van

---

63. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, in: Loqué, VII, p. 233; zie ook noot 61.

64. Voor de vertaling van imprudentes: Glück, IV, p. 323, noot 8; zie ook Heumann-Seckel, Handlexikon (zie noot 36), p. 252.

65. Pothier, Société, nr 126 (ed. laud., p. 579).

66. Dard, p. 377.



art. 1851 met art. 1867, een combinatie die trouwens ook in de geciteerde Digestentekst aanwezig is.

Ik bespreek eerst het systeem van het B.W.<sup>67</sup> en vergelijk het daarna met de oplossingen uit de Digesten. Telkens dient een dubbele vraag gesteld: die naar de risicoregeling en die naar het beëindigd-zijn van de societas.

Het B.W. maakt een onderscheid tussen het geval waarin de inbreng in eigendom gebeurt en dat waarin er geen inbreng in eigendom is. Bij inbreng in eigendom is art. 1867 van toepassing. De vennoten zijn dan mede-eigenaren van de ingebrachte zaak. Derhalve is het risico voor de 'vennootschap' (d.i.: de gezamenlijke vennoten), een toepassing van de regel res perit domino. Het tenietgaan van de inbreng beëindigt de vennootschap niet (art. 1867, derde lid). Men stoot hier echter op een moeilijkheid die de Code eigen is. Dit derde lid spreekt immers over 'het tenietgaan van de zaak waarvan de eigendom reeds in de vennootschap is ingebracht'. Welnu, krachtens art. 711 en 1138 B.W. gaat de eigendom over wanneer men zich tot de inbreng verbonden heeft ('uit kracht van verbintenissen', zegt art. 711); m.a.w. de traditio is voor de eigendomsoverdracht geen vereiste (het 'extreem causaal stelsel' van de Code), althans niet voor de eigendomsoverdracht tussen partijen (wat de vennoten uiteraard zijn). Maar wat is dan de betekenis van het eerste lid van art. 1867, waar men leest: 'Wanneer een van de vennoten beloofd heeft de eigendom van een zaak in gemeenschap te zullen brengen, heeft het tenietgaan van die zaak voordat zij is ingebracht, de ontbinding van de vennootschap ten aanzien van alle vennoten ten gevolge'? Het 'beloofd hebben van de eigendom' doet die immers overgaan! Het toepassingsgebied van dit eerste lid brengt hier uitkomst: het eerste lid heeft betrekking op het toevallig tenietgaan van de in eigendom in te brengen zaak tijdens de aan de vennootschapsovereenkomst voorafgaande onderhandelingen en, algemeen, op die gevallen waar het eigendomsoverdragend effect van de overeenkomst ontbreekt.<sup>68</sup>

Zo er geen inbreng in eigendom is, dan dient men art. 1851 en het tweede lid van art. 1862 te combineren. De inbrengende vennoot blijft

---

67. De Page, V, nr 67.

68. De Page, V, p. 84; Laurent, XXVI, nr 268.

eigenaar, draagt derhalve het risico (res perit domino); de vennootschap (= de vennoten) heeft t.a.v. die vennoot geen restitutieplicht, zo de inbreng bij toeval teniet ging (art. 1851, eerste lid).

Op die regeling vormt het tweede lid van art. 1851 een uitzondering: voor een reeks zaken (verbruikbare zaken enz.) ligt niettemin het risico bij de vennootschap. De reden daarvan is dat het hier om soortzaken of daarmee wettelijk gelijkgestelde zaken gaat. Vermits nu genera non pereunt, blijven, bij tenietgaan van deze zaken, de vennoten tot restitutie verplicht. In de gevallen van dit tweede lid staat de 'inbreng in genot' gelijk met de inbreng in eigendom, aldus De Page.<sup>69</sup>

Blijft dan de vraag naar het beëindigd-zijn van de vennootschap. Het antwoord is positief voor de gevallen van art. 1851, eerste lid: dit wordt uitdrukkelijk gesteld in art. 1867, tweede lid; voor de casuïstiek van het tweede lid van art. 1851 is het antwoord negatief, omdat zoals gezegd inbreng in genot hier gelijkgesteld wordt aan inbreng in eigendom, en dus art. 1867, derde lid van toepassing is.

Ik kom nu tot de oplossingen in D. 17,2,58 pr. - 1. Men vindt daar vier casus.

Eerste casus. A heeft drie paarden, B één; A en B gaan een vennootschap aan: A zal het paard van B 'in ontvangst nemen' (accepto equo) en dan het vierspan verkopen, waarbij B dan  $\frac{1}{4}$  van de prijs zal ontvangen. Het paard van B sterft voor de verkoop.

Tweede casus. Deze is duidelijk als tegenstelling met de eerste opgezet.<sup>69</sup> De varianten zijn: A en B willen nu met de vier paarden een quadriga (vierspan) maken, aeque communicaretur; er ontstaat mede-eigendom (communicare) met onverdeelde aandelen (partes): resp.  $\frac{3}{4}$  en  $\frac{1}{4}$ .

Ik heb beide casus eerst geschetst om duidelijk te maken, uit hun vergelijking, dat in de tweede het communicare en de partes een inbreng in eigendom aanduiden, terwijl dit in de eerste casus (die deze termen inderdaad niet heeft) niet het geval is.

---

69. De Page, V, p. 85.

In de eerste casus sterft het paard van B voor de verkoop. Gevolg is, volgens Celsus, dat B geen aanspraak kan maken op een deel van de verkoopprijs van de overige paarden (m.a.w.: het risico is voor B) en dat de societas beëindigd is. Deze oplossing is naar Romeins recht consequent: er is geen vennootschap meer, want geen inbreng (het paard van B was geen mede-eigendom geworden) en het risico drukt op de eigenaar (B), of zoals men het bij volmaakt wederkerige contracten ook kan formuleren, op de schuldenaar van de teniet gegane zaak (B).

Het Belgisch recht komt tot precies de tegengestelde oplossing: art. 1851, tweede lid (zaak die bestemd is om verkocht te worden is ingebracht, zij het niet in eigendom) is van toepassing: het risico is voor de vennootschap en krachtens het derde lid van art. 1867 blijft de vennootschap bestaan! Het is duidelijk dat deze merkwaardige discrepantie het gevolg is van de toevoeging van de gelijkstellingscategorie in het tweede lid van art. 1851.

Voor de tweede casus zijn de oplossingen van de Digesten en het B.W. identiek: er is inbreng in eigendom, dus is het risico voor de vennoten en blijft de societas bestaan.

Derde casus. Hier wordt geld in de vennootschap ingebracht, met het doel waren aan te kopen. Het geld van vennoot A gaat teniet na de inbreng. De oplossing is dezelfde als in de tweede casus.

Vierde casus. Een variante op de derde casus. Het geld van vennoot A gaat teniet nadat het voor inbreng is bestemd, doch voor de levering. De Digesten leggen het risico dan niet op de vennootschap: de vennoten zijn nog geen eigenaar geworden, want daarvoor is traditio vereist. Naar Belgisch recht duikt een complicatie op: de eigendom gaat immers over door de overeenkomst (art. 711 en 1138). Dit principe geldt echter niet wanneer de overeenkomst de levering van soortzaken betreft<sup>70</sup>, want dan is een individualisering vereist. In de Digestentekst wordt aangenomen dat er al wel een bestemming tot overdracht is geweest, maar nog geen levering (ante collationem);

---

70. A. Kluyskens, *Beginnelsen van burgerlijk recht. Vijfde deel: Zakenrecht, Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, s.d., p. 120.*

anders gezegd: dit bestemd-geworden-zijn (posteaquam eam destinasses) is een feitelijkheid die onvoldoende is om een zelfs verzwakte vorm van levering te bewerkstelligen: ook bij die verzwakte traditiones moeten A en B (de vennoten) immers samen die individualisatie doorvoeren om een longa manu traditio (in de zin van D. 46,3,79; Iav.) te bewerkstelligen. Het zijn deze verzwakte vormen van traditio bij soortzaken die in de Belgische rechtsleer bedoeld worden als er sprake is van 'individualisatie van soortzaken'.<sup>71</sup> De vierde casus krijgt derhalve in dat perspectief dezelfde oplossing als in de Digesten: het risico is niet voor de gezamenlijke vennoten. Bovendien is de societas niet ontbonden: de vennoot moet zijn verplichting tot inbreng nakomen, daar het om soortzaken gaat. Tenslotte nog een woord over de inbrengen die het voorwerp van een schatting hebben uitgemaakt (art. 1851, tweede en derde lid). Er kan hier gewezen worden op een ook in het Romeins recht bijzondere regeling: bedoeld is de gedachte dat een geschatte inbreng de verkrijger (d.i. de vennootschap, d.w.z. de gezamenlijke vennoten) doet instaan voor toeval. Dit is terug te vinden in de titel Pro socio: D. 17,2,52,3 (Ulp.); dezelfde gedachte vindt men in het dotale recht: de restitutieplicht i.v.m. de dos aestimata is van die aard dat de man, zelfs bij toevallig tenietgaan van geschatte dotale goederen, in elk geval de geschatte waarde zal moeten presteren.<sup>72</sup>

7. Art. 1852 behandelt de vordering van de vennoot op de medevennoten. Art. 1852 is, zoals De Page<sup>73</sup> onderstreept, een consequentie van de 'broederschapband' tussen de vennoten, fundamenteel beginsel verwoord in art. 1833. De formulering van art. 1852 is nogmaals ontleend aan Pothier. De Voorbereidende Werken beklemtonen dat onderhavig artikel samenhangt met de bona fides.<sup>74</sup>

---

71. A. Kluyskens, op. cit., V, p. 160.

72. Kaser, I, p. 340; zie ook Windscheid, III, p. 15 (en noot 11 aldaar); in D. 23,3,10,5 komt op naam van Ulpianus, het zinnetje voor 'quia aestimatio venditio est'; D. 23,3 is de titel 'De iure dotium'. Het voorbeeld van D. 17,2,52,3 betreft een societas; er is echter duidelijk een band met veepacht: zie art. 1805 en 1807.

73. De Page, V, nr 68.

74. Treilhard, Exposé de motifs, in: Locré, VII, p. 244; Gillet, Discours, in: Locré, VII, p. 255.

Vele Digestenfragmenten geven uiting aan hetzelfde idee. Ik beperk mij hier tot het signaleren van enige interessante casuïstiek.<sup>75</sup>

A en B hebben als vennoten een kledingshandel opgezet; A gaat op reis om koopwaar te kunnen inslaan, valt daarbij in handen van rovers, wordt van eigen geld beroofd, zijn slaven worden gewond, en hij verliest bovendien eigen zaken; heel dit verlies, aldus Julianus, ook eventuele onkosten voor medische verzorging<sup>76</sup>, moet door beide vennoten worden gedragen; de gevaarzetting had immers rechtstreeks te maken met wat A als vennoot tot taak had (D. 17,2,52,4; Ulp.-Jul.). In D. 17,2,52,15 (Ulp.) wordt, voor een gelijkaardige 'dienstreis', een opsomming van aan de vennoten toe te rekenen onkosten gegeven: maaltijden-, hotel- en stallingsnota's, vrachtgelden. Deze toerekeningsmogelijkheid is bij een societas ruimer dan bij een lasthebber, zoals blijkt uit een vergelijking van D. 17,1,26,6 (Paul.) met D. 17,2,60 en 61 (Pomp. -Labeo en Ulp.-Jul.); het is wel de vraag of dit ook geldt voor de Code: cf. art. 2000: 'ter gelegenheid van de uitvoering van zijn opdracht'; m.i. is daaruit een gunstiger positie voor de lasthebber af te leiden onder het régime van de Code. Heeft een vennoot noodzakelijke uitgaven verricht voor de vennootschap met zijn eigen geld, dan zal hij ook (aldus Paulus in D. 17,2,67,2) de intresten van dat geld kunnen opeisen: anders toch ware hij niet volledig schadeloos gesteld, vermits hij zijn geld immers tegen intrest had kunnen uitzetten.

8. Over het aandeel der vennoten in winst en verlies handelen art. 1853-1855. Bij het stilzwijgen der vennootschapsakte omtrent het aandeel van elke vennoot in winst of verlies is ieders aandeel evenredig aan zijn inbreng (art. 1853, eerste lid). In de handboeken van Romeins recht leest men dat in dergelijke situaties de vennoten een gelijk aandeel bekomen.<sup>77</sup> Nochtans werd die regel in de Pandektische

---

75. Een enigszins vollediger opsomming: D. 17,2,38,1 (Paul.); D. 17,2,52,4; D. 17,2,52,10; D. 17,2,52,12; D. 17,2,52,15 (alle Ulp.); D. 17,2,60,1 en D. 17,2,61 (Pomp.-Labeo; Ulp.-Jul.); D. 17,2,67 (Paul); C. 4,37,2.

76. Zie D. 17,2,60 en 61 (Pomp.; Labeo en Ulp.; Jul.): er was terzake een alteractio geweest.

77. Kaser, I, p. 574; niet enkel trouwens in de historisch opgevatte handboeken: zie ook bij Windscheid, II, p. 782.

literatuur aangevochten: zo werd de regeling van de Code door Glück als die de lege Romana verdedigd.<sup>78</sup>

De mening omtrent het gelijk aandeel leest men in Inst. 3,25,1 (aequales scilicet partes; cf. Gaius Inst. 3,150) en in D. 17,2,29 pr. (Ulp.; aequas esse constat). Domat onderschreef ze.<sup>79</sup> Pothier verdedigt een iets ingewikkelder systeem. 'Lorsque la valeur de ce que chacun des associés apporte à la société, est apparente, comme lorsque cet apport consiste en argent ou en effets, auxquels on a donné une estimation, il n'est pas nécessaire de s'expliquer par le contrat de société sur les parts que chacun devra avoir dans les gains et les pertes, chacun devant y avoir en ce cas la même part que celle dont il a contribué à la société.

Quoiqu'on n'ait pas donné une estimation certaine à ce que chacun a apporté à la société, il n'est pas encore nécessaire que les parties s'expliquent sur les parts qu'elles auront chacune, lorsque leur intention est de partager la société par portions égales; car s'est ce partage par portions égales qui a lieu en ce cas, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées: Si partes societati non fuerint adiectae, aequas eas esse constat'.<sup>80</sup>

De historische waarheid moet, in het licht der geciteerde teksten, die der gelijke delen zijn. Windscheid schrijft: 'Es ist zwar vielfach behauptet worden, an diesen Stellen seien unter aequae, aequales partes verhältnismässig gleiche Teile zu verstehen, aber diese Auslegung ist offenbar willkürlich'.<sup>81</sup>

Die weg is Glück niettemin opgegaan: hij bepleit dat de bronnen over een 'geometrische Proportion' spreken; dit is z.i. een eis van de bona fides; de 'arithmetische Proportion' wijst hij af; zijn poging om de teksten zelf dat te doen zeggen, althans daar niet tegen te doen pleiten, kan niet overtuigen.<sup>82</sup>

Hoe dan ook, de Code opteerde voor een aandeel proportioneel aan de inbreng; men wilde, 'malgré les nombreuses dispositions des lois

---

78. Glück, XV, p. 405 e.v.

79. Domat, Loix civiles, Boek I, Titel VIII, Sectie I, § IV (ed. laud., p. 82).

80. Pothier, Société, nr 73 (ed. laud., p. 558); het Latijnse citaat: D. 17,2,29 pr. (Ulp.).

81. Windscheid, II, p. 782 (noot 13 aldaar).

82. Glück, XV, p. 405 e.v.

romaines<sup>83</sup>, een eenvoudige regel van aanvullend recht. Een nieuw probleem werd daardoor echter in het leven geroepen: de schatting van de inbreng die uitsluitend uit arbeid bestaat. Ter oplossing werd het tweede lid geredigeerd, dat eerst niet voorzien was<sup>84</sup>; mocht de slechts arbeid inbrengende vennoot zich door deze regeling benadeeld achten, dan moet hij dit zichzelf verwijten: hij had maar de voorzorg moeten nemen zijn inbreng te laten schatten!<sup>85</sup> In elk geval is het een praktisch eenvoudige en hanteerbare oplossing, in tegenstelling tot wat Pothier in deze situatie zoal mogelijk achtte.<sup>86</sup> Art. 1854 is een zeer interessant artikel door twee begrippen welke op dit ogenblik een nieuw actualiteitswaarde bekomen hebben: het begrip marginale toetsing en het begrip discretionaire partijbeslissing, beide behandeld in een recente studie van Ronse.<sup>87</sup> De auteur voert de begrippen terug op het Romeinse recht, met name op D. 17,2,79 (Paul.).<sup>88</sup> Dit laatste lijkt mij niet geheel correct; dit aspect wil ik hier behandelen. Art. 1854 geeft voor twee gevallen dezelfde regeling: de casus waarbij de aandelenbepaling is overgelaten aan een partij (discretionaire partijbeslissing), en het geval waarbij daartoe een beroep wordt gedaan op een derde; in beide situaties is rechterlijke toetsing op marginale wijze (d.w.z.: vanaf een bepaalde drempel) mogelijk ('indien zij blijkbaar strijdig is met de billijkheid'). Beide casus zijn in afzonderlijke fragmenten van de titel Pro socio voorzien (cf. infra); de Code echter heeft ze in hetzelfde artikel verenigd. D. 17,2,76-80 (Proc. en Paul.) behandelt echter niet de partijbeslissing, doch het geval waarin de aandelenbepaling is overgelaten aan een derde. Wij staan hier voor een arbitrium boni viri; de derde heeft zich echter aan een abstracte maatstaf te houden: hij moet handelen zoals het een bonus vir betaamt. Dit is op dezelfde wijze een abstracte maatstaf als de bekende bonus pater familias, voor wiens tekortschietende zorg de Romeinsrechtelijke literatuur (niet de

---

83. Boutteville, Rapport, in: Loqué, VII, p. 249.

84. Zie herhaaldelijk in de Voorbereidende Werken: Loqué, VII, p. 229; 233-234; 237; 243; 249-250; 255-256.

85. Gillet, Discours, in: Loqué, VII, p. 256.

86. Pothier, Société, nr 16 e.v. (ed. laud., p. 538 e.v.); zie ook nr 75 e..v. (p. 559 e.v.).

87. Ronse, J., 'Marginale toetsing in het privaatrecht', in: Tijdschrift voor Privaatrecht, 1977, p. 207-220.

88. Ronse, art. cit., p. 212.

bronnen zelf) de omschrijving bezigt culpa levis in abstracto.<sup>89</sup> Het abstracte karakter van de maatstaf is, in het besproken geval van de aan een derde overgelaten aandelenbepaling, duidelijk verwoord door Proculus (D. 17,2,76 in fine): 'Arbitrorum enim genera sunt duo....; alterum (genus) eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat'. En het is dit soort arbitrium dat bij de societas speelt, aldus expliciet Paulus in D. 17,2,78: 'In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est'.

De toetsingsmogelijkheid is in dit geval inderdaad marginaal, want Paulus vervolgt (D. 17,2,79): 'Unde si Nervae (= de derde) arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei'. Men bemerkte dat deze tekst de rechter toestaat (corrigi potest per iudicium) zelf een billijke regeling op te leggen, zelf als bonus vir op te treden waar de derde klaarblijkelijk zou te kort schieten. Dergelijke rechterlijke conversie is naar Belgisch recht niet toegestaan: de rechtspraak blijft eerder vasthouden aan een veeleer 'passieve' rol van de rechter; een veralgemeende mogelijkheid tot rechterlijke conversie is in het Belgisch recht niet voorzien.<sup>90</sup>

Tot zover de marginale toetsing bij de aandelenvaststelling door een derde, het geval dat wordt onderzocht in D. 17,2,76-80. Ongetwijfeld zijn deze teksten de basis geweest voor art. 1854. Maar ook de aandelenbepaling door een partij (eveneens in art. 1854 opgenomen) is in de Digesten te vinden: D. 17,2,6 (Pomp.). Ook daar is het arbitrium boni viri de aan te leggen maatstaf. Doch in deze Digestenplaats is er geen sprake van manifesta iniquitas.

Men kan zich hier, de lege Romana, afvragen of de rechterlijke toetsing van deze partijbeslissing eveneens marginaal is (er is natuurlijk geen twijfel dienaangaande naar Belgisch recht).

Mij komt het voor dat men hier kan argumenteren van niet. Immers, de partijbeslissing behoort in wezen tot het vennootschapscontract. Dit doet de casus in die zin fundamenteel verschillen van het beding

---

89. Zie b.v.: J.C. van Oven, Leerboek van Romeinsch privaatrecht. Derde druk, Leiden, 1948, p. 287.

90. W. van Gerven, Algemeen Deel (zie hiervoor noot 17), nr 134.



een derde de aandelen te laten bepalen, dat, in het laatste geval, nog een overeenkomst nodig is met de derde (om hem te binden).

Welnu, het vennootschapscontract wordt geheel door de bona fides beheerst. Derhalve is verdedigbaar (naar Romeins recht) algehele toetsing toe te laten betreffende zulke partijbeslissing.

Hoe dit ook zij, de Code geeft dezelfde oplossing voor beide hypothesen. De gelijkschakeling is er ook bij Pothier, die enkel naar Dig. 17,2,76-80 verwijst.<sup>91</sup> Ook Domat heeft de combinatie, en hij verwijst wel naar de twee passages, waarbij overigens zeer goed het abstracte karakter van de maatstaf uit de verf komt: 'S'ils (= les associés) s'en étoient remis à d'autres personnes, ou même à l'un d'entr'eux, il en sera de même que s'ils s'en étoient remis à l'arbitrage de personnes expertes et raisonnables; et ce qui sera arbitré par les personnes nommées, n'aura pas lieu, si l'un des associez a sujet de s'en plaindre'.<sup>92</sup>

De laatste tekst over de aandelen is het beruchte artikel 1855; berucht, althans omwille van het tweede lid. Vooreerst zij vastgesteld dat het eerste lid, de zogenaamde leeuwemaatschap, met naam en al uit de Digesten stamt: D. 17,2,29,2 (Ulp.-Cass.). Daaronder is enkel te verstaan dat slechts één vennoot de winst opstrijkt, de andere enkel voor het verlies mee opdraaien. Dat is het enige geval dat Pothier behandelt.<sup>93</sup> Art. 1855 is, wat het eerste lid aangaat, trouwens slechts een toepassing van art. 1832-1833.

Tot de toevoeging van het tweede lid (waar geen leeuwemaatschap meer voorligt) zou de formulering van Domat<sup>94</sup> hebben kunnen bijdragen: 'Toute société où il y auroit quelque condition qui blesseroit l'équité et la bonne foi, seroit illicite; comme s'il étoit convenu que toute la perte seroit d'une part sans aucun profit, et tout le profit de l'autre sans aucune perte'.

In elk geval is het tweede lid als een soort spiegelbeeld van het eerste lid de lege lata aanwezig: ieder vennoot moet tot een bijdrage in de verliezen zijn gehouden. Deze bepaling is de Code eigen; in

---

91. Pothier, *Société*, nr 74 (ed. laud., p. 559).

92. Domat, *Loix civiles*, Boek I, Titel VIII, Sectie II, § XI (ed. laud., p. 84).

93. Pothier, *Société*, nr 12 (ed. laud., p. 536).

94. Domat, *Loix civiles*, Boek I, Titel VIII, Sectie I, § X (ed. laud., p. 83).

jongere wetboeken ontbreekt ze.<sup>95</sup> Algemeen wordt ze als hinderlijk voor de praktijk ervaren.

Kan dit tweede lid op het Romeinse recht worden teruggevoerd? Domat verantwoordt zijn hiervoor gegeven voorbeelden door een verwijzing naar D. 17,2,29,2 (wat voor de hand ligt) en naar D. 17,2,3,3 (Paul.): 'Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo'.

Deze tekst wettigt echter niet het tweede lid van art. 1855. Wel is een toepassing van 'fraus omnia corrumpit' erdoor mogelijk. Maar een vrijstelling in de verliezen hoeft niet noodzakelijk frauduleus te zijn. Overigens moet hier worden onderstreept dat de voorbeelden van Domat, wel een soort 'spiegelbeeldconstructie' bieden, maar niet de casus van art. 1855, tweede lid.

Is naar Romeins recht dan een vennootschap mogelijk die een vennoot van bijdrage in het verlies vrijstelt? Het is een oude altercatio geweest, door Justinianus in de Instituten duidelijk beslecht (Inst. 3,25,2): 'Posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur'. Het fragment echter uit de Instituten verwijst eerst naar een complexer betwisting (tussen Servius en Mucius) en de Instituten-oplossing schijnt in tegenstelling met D. 17,2,30 (Paul.), waar dezelfde strijdvraag wordt behandeld. Het ging om een vennootschap tussen Titius en Seius met volgend beding: Titus krijgt 2/3 van de winst, Seius 1/3; Titius draagt 1/3 van het verlies, Seius 2/3. Mucius vond dergelijke afspraak ontoelaatbaar, Servius achtte ze volgens de Instituten geoorloofd, volgens de Digesten echter eveneens ontoelaatbaar.

De oplossing voor deze tegenstrijdige informatie schijnt hierin te liggen dat Servius heeft willen zeggen dat bij een afrekening slechts winst of verlies blijken, niet winst en verlies.<sup>96</sup> In elk geval, zowel in de Instituten als in de Digesten wordt dan toch beslist dat zo'n afspraak geldig is. Meer nog, zoals gezegd, gaan de Instituten verder met de uitspraak dat zelfs algehele vrijstelling van het verlies

---

95. Ronse, p. 151-152.

96. Zie de commentaar van J.B. Moyle op de Instituten-passage: *Imp. Iustiniani Institutionum libri quattuor. With Introduction, Commentary and Excursus* by J.B. Moyle, Oxford, 1969 (= herdruk van de vijfde druk = 1912), p. 445. Dard, p. 378, geeft D. 17,2,30 als bron voor het tweede lid van art. 1855.

mogelijk is (cf. het hiervoor gegeven citaat); doch volgens Ulpianus (D. 17,2,29,1) kan dat enkel indien de vrijgestelde vennoot door de waarde van zijn inbreng in arbeid het verlies compenseert: 'Quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est'.

Besluitend kan men derhalve stellen dat het absoluut gestelde tweede lid van art. 1855 afwijkt van het Romeins recht, zoals dit blijkt uit Inst. 3,25,2 en D. 17,2,29,1; reeds Maleville merkt dit op.<sup>97</sup> Het verdient wel te worden onderstreept dat het tweede lid beperkter is dan het eerste: waar het eerste lid handelt over iedere vennoot, gaat het tweede slechts over vennoten die geld of goederen hebben ingebracht: 'S'il se trouvait quelque associé dont la mise fut uniquement en industrie, il pourrait être convenu de l'exempter des pertes', aldus de Voorbereidende Werken.<sup>98</sup> Dit lijkt mij aan te sluiten bij het voorbehoud zoals het in de Digesten is geformuleerd, doch daar is niet uitgesproken dat het om een vennoot met uitsluitend inbreng in arbeid gaat.

Nog een woord valt te zeggen over de sanctie bij overtreding van art. 1855: nietigheid van het vennootschapscontract zelf, nietigheid die van openbare orde is volgens De Page<sup>99</sup>, die geen onderscheid maakt tussen beide leden van art. 1855. Ronse echter stipt aan dat deze nietigheidssanctie aanleiding geeft tot betwisting.<sup>100</sup> Naar Romeins recht was de societas leonina (art. 1855, eerste lid) nietig, dus de vennootschap zelf: 'Talem societatem nullam esse', zegt Ulpianus (D. 17,2,29,2).

Voor het tweede lid van art. 1855 kende het Romeins recht geen nietigheid, vermits het daar bedoelde beding mogelijk was, onder de besproken voorwaarde. Vanzelfsprekend speelt wel het 'fraus omnia corrumpit' (cf. D. 17,2,3,3). In ons recht is er een tendens om een vennootschap met een beding vallend onder het tweede lid van art. 1855 toch nog te redden.<sup>101</sup> De geciteerde passage uit de Voorbereidende Werken toont in elk geval aan dat een verschillende behandeling van beide leden mogelijk is.

---

97. Maleville, IV, p. 14.

98. Gillet, Discours, in: Loqué, VII, p. 256.

99. De Page, V, nr 70.

100. Ronse, p. 150-152.

101. Ronse, p. 152.

9. Art. 1856-1860: het beheer der vennootschap. Vooraf zij gesteld dat de art. 1856-1860 regelend recht bevatten: dit wordt door De Page met enige nadruk gesteld<sup>102</sup>; het is een opvatting die in de Voorbereidende Werken steun vindt.<sup>103</sup>

Verder sluiten deze artikelen sterk aan bij Pothier (cf. synopsis), die echter niet overal Romeinse bronnen aangeeft. Er zal derhalve nu worden nagegaan in hoeverre de regelingen op antieke teksten berusten.

Een eerste reeks artikelen (1856-1858) behandelt de situatie waar bedingen omtrent het beheer voorhanden zijn, hetzij in het vennootschapscontract zelf, hetzij door latere afspraken (dit onderscheid speelt bij art. 1856).

Een met het beheer belast vennoot is een lasthebber. Naar Romeins recht echter is dit enkel het geval zo hij voor dit beheer geen vergoeding bekommt: cf. D. 17,1,1,4 (Paul.). Krachtens art. 2004 is een mandaat ad nutum herroepbaar. Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt in art. 1856, voor het geval het mandaat bij de vennootschapsakte zelf werd gegeven.

Dit in art. 1856 gemaakt onderscheid is ontleend aan Pothier: hij geeft geen verwijzing naar het Romeins recht, evenmin als Dard.<sup>104</sup>

Is de motivering van Pothier Romeinsrechtelijk? Zijn hypothese is dat het beheer werd toevertrouwd aan een vennoot: 'Cet associé n'ayant consenti à la société qu'à la charge qu'il en auroit l'administration'<sup>105</sup>; in die omstandigheden zou het herroepen van het beheer dus het einde van de vennootschap betekenen. Deze redenering treft men als dusdanig niet aan in de Romeinse teksten; ze lijkt mij echter volledig in harmonie met de Romeinse visie op de vennootschap als een band van broederlijke samenwerking.

Doch de belangrijkste reden voor het onderscheiden van de twee hypothesen ligt, vanuit het Romeinse systeem, elders: ze hangt samen met de leer der pacta adiecta.<sup>106</sup> Het Romeins recht achtte een

---

102. De Page, V, nr 73.

103. Boutteville, Rapport, in: Locré, VII, p. 250.

104. Pothier, Société, nr 71 (ed. laud., p. 557); Dard, p. 378.

105. Pothier, Société, nr 71 (ed. laud., p. 557); art. 1856 blijft in die hypothese; anders: De Page, V, nr 75.

106. Zie van die leer een beknopte weergave in: Van Oven, op. cit. (zie noot 89), p. 305 e.v.

nevenbeding ad augendam obligationem (in casu omtrent het beheer) beheerst door het hoofdcontract (in casu de societas), indien het nevenbeding, bij een bonae fidei-overeenkomst, tegelijk met de hoofdovereenkomst was gemaakt; was het ex intervallo toegevoegd, dan moest het op zichzelf worden beschouwd. Dit betekent dat een later beheersbeding kon gegeven worden als een mandaat, met alle gevolgen van dien, o.m. de herroepelijkheid ad nutum.

Het onderscheiden van de twee situaties is in wezen een gevolg van het voor het Romeins recht typische gesloten stelsel der overeenkomst; de distinctie van art. 1856 is daarvan een 'relict'. Inderdaad brengt het gesloten stelsel mee dat, naar Romeins recht, in echte zin gesproken kan worden van 'benoemde overeenkomsten', die niet identiek zijn, qua status, met 'overeenkomsten die een eigen benaming hebben' (zie art. 1107); de leer der pacta adiecta laat derhalve toe het beheersbeding opgenomen in het vennootschapscontract zelf te zien als een wezenlijk deel van dit contract; een later beding met die strekking is dit niet, en heeft bijgevolg een ander statuut.

De art. 1857 en 1858 beogen situaties waarin pluraliteit bestaat van vennoten-beheerders. Art. 1857 bevat een regeling die in de Digesten uitgeschreven werd omtrent de verantwoordelijkheid van de reder voor de handelingen van zijn scheepskapitein: D. 14,1,1,13 en 14 (Ulp.).

In art. 1858 kan een toepassing worden gezien van de regel betreffende het mandaat in art. 1989; daarvoor kan men verwijzen naar D. 17,1,5 pr. (Paul.) en Inst. 3,26,8. Maleville is echter van mening dat dit artikel niet al te strikt moet worden opgevat: 'Cette décision ne doit pas être prise trop rigoureusement; il peut y avoir tel cas où il est absolument nécessaire d'agir pour éviter un dommage grave et imminent; alors sans doute le co-administrateur a droit de le faire, et doit le faire, puisque tout associé même non administrateur le devrait; ainsi cet article doit s'entendre des cas ordinaires, des nouvelles entreprises'.<sup>107</sup>

---

107. Maleville, IV, p. 15-16.

De regel van art. 1859. 1° wordt door Pothier gegeven... voor de handelsvennootschap (cf. synopsis). Het vermoed wederkerige beheersmandaat kan men terugvoeren op een Romeinse tekst die handelt over de aansprakelijkheid van twee bedrijfsleiders voor de schulden aangegaan door een slaaf die geen van beide in private eigendom heeft: voor deze schulden zijn beide in solidum aanspreekbaar, wat impliceert dat men voor meer dan zijn aandeel aansprakelijk is: cf. D. 14,3,13,2 (Ulp.) en D. 14,3,14 (Paul.).

Het recht der vennoten om zich vooraf te verzetten tegen een voorgenomen beheersdaad van één hunner kan worden gesteund op een uitspraak van Marcellus (D. 8,5,11): 'Magis dici potest prohibendi potius quam faciendi ius esse socio'; cf. D. 10,3,28 (Pap. - Sab.).

De Romeinse voorloper van art. 1859. 2° moet gezocht worden in regelingen omtrent mede-eigendom, waarbij, naar Romeins recht, aan te nemen is dat elke mede-eigenaar zijn collega's moet toestaan de zaak te gebruiken, voor zover de zaak daardoor geen schade lijdt en aan zijn eigen gebruik ervan geen afbreuk wordt gedaan.<sup>108</sup>

Art. 1859.3° kan men terugvoeren op meerdere teksten: D. 10,3,4,3 (Ulp.); D. 10,3,11 (Gaius); D. 10,3,12 (Ulp.); D. 17,2,52,15 (Ulp.); D. 17,2,38,1 (Paul.).

Art. 1859.4° vindt men terug in D. 8,2,27,1 (Pomp.); D. 8,5,11 (Marcell.); D. 10,3,12 (Ulp.); D. 10,3,28 (Pap.).

Tenslotte is het in art. 1860 verwoorde vervreemdings- en verpandingsverbod voor de niet met beheer belaste vennoot gesteund op D. 17,2,68 pr. (Gaius): 'Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare'.

De gelijkstelling van het in pand geven met alienare is begrijpelijk: het in pand geven van een zaak kan immers leiden tot haar verkoop.

10. Art. 1861: het aannemen van een ondervennoot. Vermits de vennootschap berust op het vertrouwen tussen alle vennoten, kan één vennoot geen ondervennoot tot lid van de vennootschap maken: 'Socii mei socius meus socius non est', aldus Ulpianus (D. 17,2,20 = D. 50,17,47,1). De ondervennoot heeft enkele een relatie tot de vennoot die hem heeft aangenomen: D. 17,2,19-23 (Ulp. en Gaius).

---

108. Windscheid, I, p. 874 (noot 4 aldaar); de aangehaalde teksten handelen over het gebruik van een gemene muur. D. 8,2,13,1 (Proc.); D. 8,2,19,1 en 2 (Paul.); D. 8,2,8 (Gaius); D. 8,2,13 pr. (Proc.); D. 9,2,27,10 (Ulp.).

De toevoeging 'al had hij ook het beheer van de vennootschap' is een explicite van Pothier.<sup>109</sup>

### 3.4 Verplichtingen van de vennoten ten aanzien van derden (art. 1862-1864).

De materie van deze afdeling wijkt op enige punten af van het Romeins recht. De Code inspireerde zich op Pothier, die in de desbetreffende passages geen Romeinse teksten aanhaalt.<sup>110</sup> In die omstandigheden lijkt het mij verkieselijk het systeem de lege Romana (interpretata, zoals zal blijken) aangaande de verplichtingen der vennoten t.a.v. derden als uitgangspunt te nemen<sup>111</sup>, en daarbij dan op gelijkenis en verschil met de Code te wijzen.

Vooreerst dan moet onderstreept worden dat naar Romeins recht de vennootschap noch t.o.v. de vennoten noch t.o.v. derden een afzonderlijke persoon vormt. Ook jegens derden zijn er enkel rechten en verplichtingen van de vennoten, niet van de vennootschap. Zo in de teksten sprake is van 'verplichtingen van/jegens de vennootschap', dan is dit slechts een korthedshalve gebezigd woordgebruik: 'vennootschap' staat er voor 'de vennoten'. Zoals men weet is in het Belgisch recht de burgerlijke vennootschap evenmin rechtspersoon.

Daaruit volgt de eventuele aansprakelijkheid van de vennoten met gans hun vermogen. Wel is het, volgens Windscheid<sup>112</sup>, naar Romeins recht mogelijk de vennootschapsschuldeiser te dwingen zijn vordering eerst op het vennootschapsvermogen te verhalen. Ter ondersteuning wordt een tekst van Paulus aangehaald (D. 17,2,65,14): 'Si communis pecunia pēnes aliquem sociorum sit et alicuius sociorum quid absit, cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt'. Deze passage handelt weliswaar over een schuldeiser die zelf vennoot is, maar aldus

---

109. Pothier, Société, nr 95 (ed. laud., p. 567-568). Over een hernieuwd belang heden ten dage van art. 1861, zie: W. van Gerven, 'Van croupiers in de zin van art. 1861 B.W. en trustees', in: *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr R. Victor Ridder, Deurne (Antwerpen)*. 1973, p. 1159-1174.

110. Pothier, Société, nr 103-107 (ed. laud., p. 571-572).

111. Glück, XV, p. 462-468; Windscheid, II, p. 787-789.

112. Windscheid, II, p. 788 (noot 4 aldaar).

Windscheid, er is geen reden voorhanden haar beslissing tot die casus te beperken. Volgt men hierin Windscheid, dan zou men kunnen spreken van de *communis pecunia* als preferentieel executieobject. Dit moet dan echter wel juist worden opgevat, want deze term duidt in de rechtsleer meer aan dan wat hier wordt bedoeld: het betekent nl. in de rechtsleer dat er geen samenloop is van de vennootschapsschuldeisers met de persoonlijke schuldeisers van een vennoot ter zake van het vennootschapsvermogen.<sup>113</sup> Dit aspect echter ontbreekt in het Romeins recht, zodat de conclusie niet kan getrokken worden als zou het Romeins recht de zogeheten onvolkomen rechtspersoon hanteren. Slechts zou kunnen worden gesteld dat er een soort aanzet tot rechtspersoon in te constateren valt. In dit verband weze trouwens opgemerkt dat volgens De Page<sup>114</sup> naar Belgisch recht de derden eveneens kunnen verplicht worden eerst het 'vennootschapsvermogen' (van de burgerlijke vennootschap!) aan te spreken; welnu ook naar Belgisch recht mist de burgerlijke vennootschap zelfs de zogeheten onvolkomen rechtspersoonlijkheid, dit wil zeggen een rechtspersoon waarbij de leden niettemin zo nodig met hun persoonlijk vermogen moeten instaan voor de schulden van de rechtspersoon, terwijl de schuldeiser van die rechtspersoon zich wel in hun voordeel op haar afgescheiden vermogen kunnen beroepen.

Men staat voor een reeks afzonderlijke verplichtingen en wel van de vennoten, niet van de vennootschap. In hoeverre nu kan een vennoot die niet met een derde heeft gecontracteerd niettemin aansprakelijk zijn voor een contract dat een medevennoot (als vennoot) met een derde heeft aangegaan? Art. 1864 voorziet dat dergelijke contracterende vennoot daartoe een opdracht kan hebben gekregen en/of dat door dit contract overige vennoten zijn verrijkt. Derhalve kunnen zich vier casusposities voordoen (hieronder de nummers 2 tot 5) voor een vennoot die geen medecontractant met de derde is geweest.

1. Vooraleer echter deze situaties te bespreken behandel ik het geval waarbij meerdere vennoten (gezamenlijk) met een derde hebben

---

113. Ronse, p. 278 e.v.

114. De Page, V, nr 85.



gecontracteerd. Het antwoord wordt geboden door art. 1863: de derde kan al zijn medecontractanten aanspreken. De vraag is dan: in welke modaliteit, nl. al dan niet hoofdelijk? De pandektisten waren terzake verdeeld: Glück aanvaardt hier geen hoofdelijkheid<sup>115</sup>, evenmin als de Code dat doet (art. 1862 en 1863). Afwijkend echter is beider antwoord betreffende het deel voor hetwelk de medecontracterende vennoten verbonden zijn; de Code zegt: ieder voor een gelijk bedrag en aandeel (art. 1863); het Romeins recht echter: ieder naar evenredigheid van zijn aandeel in de vennootschap: pro portione, qua socii fuerunt (Paulus in D. 21,1,44,1; zie ook Ulpianus in D.14,1,4, pr.).

2. Een vennoot gaat een overeenkomst aan met een derde 'voor rekening van de vennootschap' zonder dat deze vennoot daartoe opdracht heeft en zonder verrijking van de vennootschap. Enkel de contracterende vennoot is dan verbonden (zo ook art. 1864) en wel voor de hele schuld (wat een eenvoudige toepassing is van het contractenrecht) en met heel zijn vermogen (Ulp. - Marcell. in D. 17,2,63,3; C. 4,2,13).

3. Een vennoot gaat een overeenkomst aan 'voor rekening van de vennootschap' en heeft daartoe een opdracht van de andere vennoten, terwijl de vennootschap niet is verrijkt. Voor de opdrachtgevers gelden dan de regels van het mandaat: de vertegenwoordigden zijn aansprakelijk (zie art. 1864). Bij bevoegde vertegenwoordiging gaat het, althans volgens Windscheid<sup>116</sup>, om een aansprakelijkheid volgens ieders vennootschapsaandeel. Art. 1864 behandelt deze vraag niet; m.i. geldt naar huidig recht, waar directe vertegenwoordiging bestaat, een aansprakelijkheid voor het geheel in hoofde van elk volmachtgever (zie art. 2002).<sup>117</sup>

---

115. Glück, XV, p. 462-465; de bewijsteksten zijn dezelfde als degene die het antwoord moeten geven op de vraag voor welk deel de contracterende vennoten verbonden zijn.

116. Aldus de finale mening van Windscheid (II, p. 788, noot 7 aldaar); het is echter, aldus de auteur, niet de heersende mening: zie inderdaad Glück; XV, p. 465-466.

117. Deze oplossing is dan identiek aan die der heersende mening betreffende het Romeins recht (zie vorige noot); zij veronderstelt echter de directe vertegenwoordiging en die kende het Romeins recht niet (aldus terecht Windscheid, t.a.p.).

4. Een vennoot sluit een overeenkomst met een derde 'voor rekening van de vennootschap' zonder opdracht daartoe, maar met verrijking ten voordele der vennootschap. De derde kan dan de verrijkte vennoten aanspreken, aldus Papinianus (D. 17,2,82) en art. 1864. Naar Romeins recht dient de derde de actio de in rem verso te gebruiken en de verrijkte vennoot is aansprakelijk pro rata portione (zie Ulpianus in D. 15,3,10,4 en D. 15,3,13). Ook hier geeft art. 1864 geen bepaling omtrent de aansprakelijkheidsgrens. Het zal echter duidelijk zijn dat de aansprakelijkheid (gegrond immers op een quasi-contract) wordt bepaald door de mate van de verrijking, wat neerkomt op een aansprakelijkheid naar verhouding van ieders aandeel in de winst.

5. Een vennoot sluit een overeenkomst met een derde en heeft daartoe opdracht, terwijl bovendien de vennootschap is verrijkt. Er is dan natuurlijk aansprakelijkheid van de opdrachtgevers - verrijkten, hetzij op basis van hun vertegenwoordigd-zijn (zie geval 3), hetzij op grond van hun verrijking (zie geval 4).

Naar huidig recht laat de directe vertegenwoordiging de derde echter toe een vertegenwoordigde vennoot voor het geheel aan te spreken, zodat die basis verkieslijk is. In het systeem van Windscheid (zie geval 3) geldt dit niet.

### 3.5 Verschillende wijzen waarop de vennootschap eindigt (art. 1865-1872)

Art. 1865 stelt dat de vennootschap eindigt:

- 1° Door verloop van de tijd waarvoor zij is aangegaan; cf. D. 17,2,1 pr. (Paul.); D. 17,2,65,6 (Paul.).
- 2° Door het tenietgaan van de zaak, of door het voltrekken van de handeling; cf. D. 17,2,63,10 (Ulp.); D. 17,2,65,10 (Paul.); Inst. 3,25,6.
- 3° Door de dood van een van de vennoten; cf. D. 17,2,65,9 (Paul.); Inst. 3,25,5.
- 4° Door (de burgerlijke dood), de onbekwaamverklaring of het kennelijk onvermogen van een van hen; cf. D. 17,2,4,1 (Mod.); D. 17,2,63,10 (Ulp.); D. 17,2,65,1 en 12 (Paul.); voor de

gevolgen van de capitis deminutio weze aangestipt dat volgens deze teksten de vennootschap eindigt bij capitis deminutio maxima (verlies van vrijheid) of media (verlies van burgerrecht; zie ook D. 17,2,58,2 (Ulp. - Jul.) en D. 17,2,65,11 (Paul.).

- 5° Door de verklaring van een of meer vennoten, dat zij niet langer tot de vennootschap willen behoren: cf. D. 17,2,4,1 (Mod.); D. 17,2,63,10 (Ulp.); D. 17,2,65,3 (Paul.); Inst. 3,25,4.

De volgende artikelen komen dan op een aantal punten van deze (niet limitatieve) opsomming terug. Art. 1866, dat betrekking heeft op het bewijs, is niet van Romeinsrechtelijke oorsprong, doch gaat terug op de Ordonnantie van 1673 (vergelijk art. 1834).

Art. 1867 sluit aan bij art. 1865, 2°; bovendien moet het worden gerelateerd aan art. 1851. Ik moge verwijzen naar de bespreking van art. 1851.

Art. 1868 sluit aan bij art. 1865. 3° en wijkt, althans ten dele, af van het Romeins recht. Inderdaad worden in art. 1868 twee hypothesen onder ogen genomen betreffende de vraag wat er met de vennootschap gebeurt bij overlijden van een vennoot. Vooreerst of er een geldig verblijvingsbeding kan worden gemaakt. Een tekst van Paulus (D. 17,2,65,9) antwoordt bevestigend: 'Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit'; cf. ook Inst. 3,25,5.

Het B.W. voorziet, binnen dezelfde hypothese, nog een bepaling omtrent de rechten van de erfgenaam (die zelf geen vennoot is) der overledene (art. 1868: 'In het tweede geval...'). Ook deze regeling stoelt op het Romeins recht: cf. D. 17,2,35 en 36 (Ulp. en Paul.); D. 17,2,40 (Pomp.); D. 17,2,63,8 (Ulp.); D. 17,2,65,2 en 9 (Paul.); deze teksten spreken trouwens niet enkel van de rechten van die erfgenaam, doch ook van zijn verplichtingen.

De andere casus betreft het beding, in geval van overlijden van één vennoot de vennootschap te laten voortduren met diens erfgenaam. Het Romeins recht achtte dit onmogelijk, op grond van het karakter intuitu personae van het vennootschapscontract: cf. Inst. 3,25,5; zie verder ook D. 17,2,60 pr. in fine (Pomp.); D. 17,2,63,8 en 10 (Ulp.); D. 17,2,65,9 en 11 (Paul.); D. 3,2,6,6 (Ulp.). Een dergelijk beding ontbeerde elk effect: D. 17,2,35 (Ulp.); D. 17,2,52,9 (Ulp.); D. 17,2,59 pr. (Pomp.).

(Wat natuurlijk wel kon was dat de overblijvende vennoten met de erfgenaam een nieuwe vennootschap aangingen: zo uitdrukkelijk Pomponius in D. 17,2,37).

De Code koos voor het tegengestelde standpunt, zoals ook reeds Pothier.<sup>118</sup> In zijn Rapport au Tribunat onderstreepte Boutteville deze afwijking des te gemakkelijker te kunnen accepteren, nu de Romeinen zelf op hun principe al een uitzondering hadden geduld voor de societas vectigalium<sup>119</sup>; dit wordt inderdaad bevestigd door D. 17,2,59 pr. (Pomp.) en D. 17,2,63,8 (Ulp.).

Tot nu toe was slechts sprake van een derogatie op art. 1865.3°. Hetzelfde kan echter gesteld worden m.b.t. art. 1865.4°. Daar werden oorspronkelijk drie gevallen geregeld: burgerlijke dood, onbekwaamverklaring en kennelijk onvermogen van een vennoot. Deze gevallen vinden hun parallel in Romeinse teksten betreffende de capitis deminutio: D. 17,2,4,1 (Mod.) en D. 17,2,63,10 (Ulp.); betreffende verbeurdverklaring: Inst. 3,25,7; D. 17,2,63,10 (Ulp.); D. 17,2,65,12 (Paul.); betreffende egestas: Inst. 3,25,8; D. 17,2,4,1 (Mod.); D. 17,2,65,1 (Paul. - Labeo). Welnu, naar Romeins recht waren dergelijke gevallen met de natuurlijke dood gelijk te stellen: zo uitdrukkelijk voor de capitis deminutio in Gaius' Inst. 3,153; verder is er de verbinding met mors in D. 17,2,4,1 (Mod.) en in D. 17,2,63,10 (Ulp.); tenslotte staat in D. 17,2,65,12 (Paul.) en in Inst. 3,25,7 dat hij in wiens totale vermogen een ander opvolgt 'pro mortuo habetur'. Derhalve kan men zeggen dat art. 1868, alhoewel het tekstueel aansluit bij art. 1865. 3°, ook kan geacht worden te zijn geschreven voor art. 1864.4°.<sup>120</sup>

De artikelen 1869-1871 behandelen het einde van de vennootschap tengevolge van een initiatief van één vennoot. In die zin is er aansluiting bij art. 1865. 5°; wel is voor art. 1871 een gerechtelijk ingrijpen vereist.

Dat het onderscheid tussen een vennootschap voor een bepaalde tijd en die aangegaan zonder tijdsbeperving een verschil meebrengt inzake

---

118. Treilhard, Exposé de motifs, in: Locré, VII, p. 245; vooral echter: Boutteville, Rapport, in: Locré, VII, p. 252. Pothier, Société, nr 145 (ed. laud., p. 585).

119. Boutteville, Rapport, in Locré, VII, p. 252.

120. Zo ook De Page, V, nr 101.

de mogelijkheid tot eenzijdige opzegging, is aangestipt door Pothier.<sup>121</sup> Het Romeins recht onderstreept niet in één enkele tekst de relevantie van dit onderscheid, ze kan echter wel op basis van een aantal fragmenten worden aangewezen. Zo leest men in D. 17,2,65,6 (Paul.): 'Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat:... nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta est'; eveneens in dit verband aan te halen is D. 17,2,14-16: Ulpianus spreekt er over de draagwijdte van een beding 'ne intra certum tempus abeatur'.

Het principieel mogelijk achten van de eenzijdige opzegging wordt uitgedrukt in D. 17,2,4,1 (Mod.); D. 17,2,63,10 in fine (Ulp.); C. 4,37,5; Inst. 3,25,4. Art. 1869 formuleert verschillende voorwaarden:

a. het moet gaan om een vennootschap voor onbepaalde tijd aangegaan; bij de vennootschap voor bepaalde tijd is daarentegen een rechterlijke tussenkomst nodig (art. 1871; cf. infra).

b. De opzegging moet aan alle vennoten geschieden. Hier kan als Romeinse bron D. 17,2,17,1 (Paul.) worden vermeld. Heeft men, aldus die tekst, opgezegd aan een afwezige, dan moet de opzegger de winst nog steeds delen die hij maakt tot deze vennoot op de hoogte is; toch heeft zo'n nog niet bekend geraakte opzegging al enig effect: het in de tussenperiode geleden verlies komt uitsluitend ten laste van de opzegger; wel is echter, a fortiori, dan duidelijk dat een nietgekende opzegging de vennoot niet kan worden tegengeworpen.

c. De opzegging moet te goeder trouw zijn; art. 1870 (eerste lid) werkt uit <sup>o</sup>wanneer zij te kwader trouw is. De goede trouw wordt als vereiste geponeerd in D. 17,2,65,3 en 4 (Paul.) en Inst. 3,25,4. De explicite in art. 1870 (eerste lid) kan op dezelfde teksten worden teruggevoerd.

d. De opzegging mag niet ontijdig worden gedaan; een explicite biedt art. 1870 (tweede lid). In D. 17,2,14 (Ulp. - Pomp.) leest men dat als ontijdig (intempestive) wordt opgezegd, er niettemin een actio pro socio is; de intempesta renuntiatio wordt ook afgewezen in

---

121. Pothier, Société, nr 149 (ed. laud., p. 586).

D. 17,2,17,2 (Ulp.) en in 17,2,65,5 (Paul. - Labeo - Proc.). De laatste tekst biedt de basis voor de zinsnede in art. 1870: 'en het belang van de vennootschap vordert dat de ontbinding wordt uitgesteld'; immers, men leest er: 'Si societatis non intersit dirimi societatem'. Er is, in datzelfde lid van art. 1870, nog sprake van dat 'de zaken niet meer hun geheel zijn'. Dit komt uit Pothier (zie synopsis); ik kan er geen expliciete Romeinse tekst voor aanwijzen.

Art. 1871, dat van openbare orde is, of minstens van dwingend recht<sup>122</sup>, handelt tekstueel over de voor een bepaalde tijd aangegane vennootschap. Nodig zijn een vordering (tussenkomsst van de rechtbank derhalve) en wettige redenen. De term wettige redenen (iusta ratio) wordt in deze context gebezigd in D. 17,2,16,1 (Ulp.). Sprake is daar van een beding niet uit een vennootschap te treden, tenzij om wettige redenen. In D. 17,2,65,6 (Paul.) echter gaat het om het eenzijdig terugtreden uit een societas in tempus coita vóór het verstrijken van de termijn: dit kan maar straffeloos zo de opzegging is geschied 'ex necessitate quadam'. Duidelijk is uit D. 17,2,14-16 (Ulp., Pomp. en Paul.) en D. 17,2,65,6 (Paul.) dat, bij een voor bepaalde tijd aangegane vennootschap, geen enkel beding kan beletten dat een socius om ernstige redenen uit de societas kan treden.

De voorbeelden die in de Digesten worden gegeven van dergelijke iustae rationes zijn: jegens een vennoot wordt de voorwaarde waar- onder de vennootschap was aangegaan niet nagekomen; een mede-vennoot brengt op onduidbare wijze zijn collega smaad en schade toe; een vennoot wordt het genot ontzegd van de zaak omwille van dewelke de vennootschap was aangegaan; de vennoot die buiten zijn wil langdurig in staatsdienst afwezig moet zijn heeft onder bepaalde voorwaarden eveneens een wettige reden tot opzegging. Al deze voorbeelden, opgesomd in D. 17,2,14-16, kan men (op het laatste na wellicht) onderbrengen onder de hoofding 'wanneer een andere vennoot zijn verplichtingen niet nakomt' (art. 1871). Andere voorbeelden bieden de Romeinse teksten niet; het tweede voorbeeld uit art. 1871 ('aanhoudende kwaal') is ontleend aan Pothier (zie synopsis).

---

122. Ronse, p. 518 e.v.

Dit voor wat de Romeinse bronnen omtrent de formulering van art. 1871 aangaat. Doch dit artikel bevat meer: er is nl. de noodzakelijke tussenkomst van de rechter; en dit aspect is naar ons recht dwingend; de appreciatiemogelijkheid van de rechter is totaal en kan niet worden beperkt.<sup>123</sup> Vennoten die over een mede-vennoot dermate te klagen hebben dat ze een voor bepaalde tijd aangegane vennootschap willen ontbinden moeten daartoe een vordering instellen. Het zijn de 'slachtoffers' die rechtstreeks een actie hebben uit art. 1871.

Is dit zo in het Romeins recht? M.i. kan hieromtrent het volgende worden gesteld. In alle gegeven voorbeelden is het de ernstig benadeelde vennoot die opzegt; slechts in de casus van de om staatsredenen afwezige vennoot zegt die zelf op. Al deze renuntiationes beëindigen de societas. Maar de medevennoten kunnen zich door die opzegging benadeeld achten: zij kunnen dan de actio pro socio instellen en de opzeggende vennoot zal slechts dan niet worden veroordeeld ('tenebitur pro socio', zegt D. 17,2,14) als hij een iusta ratio kan inroepen.

Verschilpunten zijn de volgende: naar Romeins recht gaat het niet om een gerechtelijke ontbinding, maar om een opzegging; er is derhalve niet noodzakelijk een rechterlijke tussenkomst: de anderen kunnen er zich bij neerleggen, ja zelfs met de renuntiatio instemmen door ze te bekrachtigen ('potest rationem habere renuntiatio', aldus D. 17,2,14); komt er toch een geding, dan kan de opzegger een veroordeling ontlopen wanneer hij een iusta ratio kan voorleggen.<sup>124</sup>

Maar daarmee is de Romeinsrechtelijke basis van art. 1871 onvoldoende doorvorst m.i. De vraag blijft immers: kan naar Romeins recht iemand, die niet het risico wil lopen in een geding te horen verklaren dat hij zonder wettige reden heeft opgezegd, zich tot de rechter wenden om de ontbinding van de vennootschap te horen uitspreken?

---

123. Ronse, p. 518-519.

124. Wat echter zo hij dit niet kan? Windscheid, II, p. 793: 'Beim Rücktritt ohne rechtfertigenden Grund steht es im Belieben des andern Gesellschafters, ob die Gesellschaft als fortbestehend oder als aufgelöst behandelt werden soll'; bron daarvoor is D. 17,2,65,6 (Paul.), waar wordt gezegd dat de opzegger zonder wettige reden wel zijn vennoten ontslaat van hun verplichtingen jegens hem, doch niet ontslagen is van zijn verplichtingen jegens hen.

Het antwoord is bevestigend, maar niet op grond van de teksten die in de concrete redactie van art. 1871 hebben doorgewerkt. Die teksten gingen immers over de renuntiatio. Doch de actio pro socio, die elke vennoot op eender welk ogenblik kan instellen, is normalerwijze een reden van ontbinding: cf. D. 17,2,63,16 (Ulp.) en D. 17,2,65 pr. (Paul.). In het klassieke recht was dit zelfs steeds het geval en pas in zijn Justiniaanse vorm kent het Romeins recht een actio pro socio die manente societate mogelijk is (cf. een tekst op naam van Paulus: D. 17,2,65,15).<sup>125</sup> Deze actio pro socio is een bonae fidei actio (cf. Proculus in D. 17,2,78). De situatie wordt exact, ook naar Romeins recht, wat Ronse schrijft<sup>126</sup> over de actie uit art. 1871: 'De goede trouw geeft de grondslag en tevens ook de perken aan van de gerechtelijke ontbinding'. Ik meen derhalve dat art. 1871 inderdaad kan worden teruggevoerd op het Romeins recht, zowel qua formulering als qua eigen ontbindingsmogelijkheid; doch beide aspecten berusten niet op dezelfde fragmenten. Dit brengt mij op een strijdvraag naar Belgisch recht omtrent art. 1871: is de gerechtelijke ontbinding mogelijk bij voor onbepaalde tijd opgerichte vennootschappen? Ja, volgens Ronse.<sup>127</sup> Naar Romeins recht kan daar niet aan getwijfeld worden, op basis van volgende teksten:

- a. D. 17,2,14 (Ulp. - Pomp.): zelfs een beding ne abeatur belet de opzegging om wettige redenen niet;
- b. C. 3,37,5: 'In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri: quapropter aditus praeses provinciae...'; men kan zich steeds tot de rechter wenden (adire praesidem provinciae);
- c. De op ontbinding gerichte actio pro socio staat elke socius ter beschikking (cf. supra);
- d. De combinatie van D. 17,2,1 pr. en D. 17,2,70 (beide Paul.), zeker indien men aanneemt dat deze teksten oorspronkelijk samen hoorden.<sup>128</sup>

---

125. Kaser, I. p. 575 en II, p. 412-413.

126. Ronse, p. 515.

127. Ronse, p. 516.

128. Zie noot 50.



Art. 1872 gaat niet op het Romeins recht terug. Integendeel kenden de Romeinen het beneficium competentiae, dat in de Code niet werd behouden.<sup>129</sup> De rechters moeten onder het stelsel van de Code de vennoot veroordelen tot het totaal nakomen van zijn verplichtingen. Het beneficium competentiae daarentegen hield in dat de actio pro socio de eiser slechts zoveel deed verkrijgen als zijn mede-vennoot (tegenpartij) kon betalen (Inst. 4,6,38).<sup>130</sup>

Basis van dit beneficium was de gedachte dat de vennootschap 'ius quodammodo fraternitatis in se habeat', zoals Ulpianus zegt in D. 17,2,63 pr. Merkwaardig is wel dat dit zinnetje ook in het hedendaagse recht als fundamenteel voor de vennootschap wordt aangehaald<sup>131</sup>, alhoewel zijn context niet in de Code werd gerecipieerd.

Voor de implicaties en moeilijkheden rond de toepassing van art. 1872 moge ik verwijzen naar De Page.<sup>132</sup>

### 3.6 Bepaling betreffende de handelsvennootschappen: (art. 1873)

Deze bepaling heeft geen Romeinsrechtelijke oorsprong. Art. 1873 was niet voorzien in het ontwerp dat aan de Conseil d'Etat werd voorgelegd<sup>133</sup>; tijdens het debat werd gevraagd een algemeen artikel te redigeren, waarin diende te worden gesteld dat de bepalingen van deze Titel van het B.W. geen afbreuk zouden doen aan de wetten en gebruiken van de koophandel<sup>134</sup>; zo kwam art. 1873 tot stand.<sup>135</sup>

---

129. Maleville, IV, p. 26.

130. Over het beneficium competentiae i.v.m. de actio pro socio: Glück, XV, p. 426-432.

131. De Page, V, nr 44.

132. De Page, V, nr 108.

133. Zie Loqué, VII, p. 230.

134. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, in: Loqué, VII, p. 233.

135. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, in: Loqué, VII, p. 236.

#### 4. Besluit

Het inzicht dat de vennootschapstitel van het B.W. in hoge mate op het Romeinse recht kan worden teruggevoerd is vanzelfsprekend geen verrassing. In deze studie werd gepoogd deze gegevenheid gedetailleerd te adstrueren.

De algemene vaststelling dat de Justininaanse codificatie te ingewikkeld bleef om zonder meer in een modern wetboek te worden overgeschreven, dat ze m.a.w. noodzakelijk behoefte had aan middelaars, werd voor de vennootschapstitel duidelijk geïllustreerd. Aangetoond werd hoezeer deze titel schatplichtig is aan Pothier.

De uitgangsvisie van de Napoleontische wetgever werd gekenmerkt door een sterke eerbied voor het Romeinse recht; anderzijds was men de mening toegedaan dat burgerlijk recht en handelsrecht het voorwerp van afzonderlijke codificaties moesten uitmaken. Beide opvattingen hebben methodisch zo sterk doorgewogen, dat de Code van bij het begin niet enkel een reeds toen levensvreemd geworden stuk recht recipieerde (de algemene vennootschap), maar ook dat hij in zijn vennootschapstitel a.h.w. voorbestemd was de evolutie niet te zullen aankunnen: op de steeds toenemende 'commercialisering' van deze materie was hij kennelijk niet berekend; althans heeft de latere tijd een groeiend aantal leges speciales te zien gegeven, waardoor deze Code-titel tot een soort 'rest-regeling' verschrompelde. Deze ontwikkeling verklaart de nogal afwijkende aanpak in hedendaags codificatiewerk (cf. het Ontwerp Nieuw Nederlands B.W.).

In België is op dit ogenblik het B.W. echter nog steeds ook hier het 'gemeen recht', hoe uitgehold ook. Trouwens, wat is 'dood recht'? Er zijn in de rechtswetenschap talrijke voorbeelden van 'renaissances' van ogenschijnlijk versteende bepalingen: inzake vennootschap is hier op art. 1854 te wijzen. Juridische evolutie hoeft inderdaad niet noodzakelijk te verlopen via nieuwe wetgeving; er is ook het fenomeen interpretatie.

Het moge uit de uiteenzetting gebleken zijn, hoe een bezinning op de wortels van de lex lata er kan toe bijdragen de interpretatie-opgave aan te kunnen. Gewezen kan hier worden op een aantal illustraties daarvan, zonder dat deze opsomming exhaustief is. Er is de goede trouw als leidend principe in het vennootschapscontract (zie de uitleg bij art. 1833); de eis dat een inbreng op geld waardeerbaar moet zijn (cf. art. 1833); het gecombineerd interpreteren van art. 1851 en

1867; de begrippen marginale toetsing en discretionaire partijbeslissing (art. 1854); de differentiëring, ook m.b.t. de sanctie van het eerste en tweede lid van art. 1855; de met de art. 1862-1864 samenhangende problemen; de toepassing van art. 1868 op de hypothesen van art. 1865. 4°; de grondslag en de perken van art. 1871 en de toepassing van dit artikel op de voor onbepaalde tijd opgerichte vennootschappen.

De confrontatie van het Romeinse recht met het B.W. deed gelijkenissen en verschillen naar voor komen. Zeker is het mogelijk, en trouwens vrij eenvoudig, op letterlijke parallelteksten of manifeste discrepanties te wijzen. Zulke passages hebben echter een context, die uiteindelijk het rechtssysteem zelf is. Zo kan een letterlijke overname niettemin tot andere resultaten leiden, doordat in andere fundamentele leerstukken een ander systeem wordt gehanteerd dan in het overgeschreven model. Ik verwijs hier naar art. 1867, tegen de achtergrond van de leer der eigendomsoverdracht; naar art. 1856, in confrontatie met het open of gesloten stelsel der overeenkomsten; naar art. 1871 tenslotte.

Uit dit alles wordt duidelijk dat de studie van het Romeinse recht in zulk 'rechtsvergelijkend' perspectief een nieuwe inhoud kan geven aan het aloude adagium historia magistra vitae: zij, de geschiedenis kan één van de gidsen zijn op de lastige weg der interpretatie, interpretatie die in de rechtswetenschap ook een motor moet zijn voor rechtsontwikkeling.

C. Matheussen

Brussel, januari 1985.