

Prof. mr. J.B. Huizink

Rechtspersoon, vennootschap en onderneming

Vijfde druk



Wolters Kluwer

Deventer – 2019

VOORWOORD

In de Studiereeks Burgerlijk Recht hoort een boek over rechtspersonen en vennootschappen. Ik heb het als een voorrecht ervaren dat boek te mogen schrijven.

In dit deel van de Studiereeks staan de Nederlandse privaatrechtelijke samenwerkingsvormen en organisaties centraal. De privaatrechtelijke rechtspersonen uit boek 2 BW en de personenvennootschappen uit titel 13 van boek 7 BW worden tegen de achtergrond van het ondernemingsrecht in brede zin besproken.

In het inleidende hoofdstuk komt de plaats van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht in het burgerlijk recht aan de orde en worden enkele bijzondere regelingen zoals de Handelsregisterwet, de Wet op de ondernemingsraden en de concernbegrippen besproken. In de daaropvolgende hoofdstukken worden belangrijke onderwerpen als oprichting en doeloverschrijding, organisatierecht, besluitvorming en vertegenwoordiging en zorgvuldig vermogensbeheer aan de hand van de verschillende samenwerkingsvormen behandeld. Het betreft de centrale onderdelen van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht. De gekozen opzet maakt het mogelijk de verschillende rechtsvormen op allerlei onderdelen met elkaar te vergelijken, waardoor bij de studenten inzicht ontstaat in de grotere verbanden binnen het rechtsgebied van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht.

In het boek ligt het accent op de heersende rechtsopvatting, maar zijn relevante discussies over wat geldend recht is niet uit de weg gegaan. In verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur heb ik mij zoveel mogelijk beperkt. Via de literatuurverwijzingen kan de gebruiker verder zijns weegs gaan. Het overgrote deel van de jurisprudentie betreft uitspraken van de Hoge Raad.

Wetsartikelen en andere regelingen zijn niet in extenso geciteerd. De desbetreffende regelingen worden onder handbereik van de lezer verondersteld.

Literatuur en jurisprudentie zijn bijgewerkt tot 1 december 2008. Met daarna verschenen literatuur kon slechts in beperkte mate rekening worden gehouden. Wel één ding. Ik ben uitgegaan van de nieuwe regeling van de personenvennootschappen. Of dat verstandig is geweest, zal de tijd leren.

Allen die kritisch commentaar op dit nieuwe deel in de Studiereeks willen leveren, zal ik dankbaar zijn. Velen hebben commentaar geleverd op eerdere versies van stukken uit het boek. Ik ben hen daarvoor zeer erkentelijk. Een bijzonder woord van dank komt toe aan mevr. mr. Annelies Brink-van der Meer die het hele manuscript kritisch heeft doorgenomen en van commentaar voorzien.

Apeldoorn, 7 januari 2009

Bij de vijfde druk

Het vakgebied dat dit boek verslaat is en blijft bewerkelijk. De derde druk zag met name op de introductie van de BV-Flexwet, de Wet bestuur en toezicht en het afblazen van een nieuwe regeling van de personenvennootschappen. Een herziene vierde druk was nodig vanwege verschillende kleinere wetswijzigingen en vooral vanwege belangrijke HR-jurisprudentie met betrekking tot de personenvennootschappen, het enquêterecht en de bestuurdersaansprakelijkheid. Om dezelfde redenen werd een vijfde druk noodzakelijk. Jurisprudentie en literatuur zijn verwerkt tot 1 mei 2019.

Apeldoorn, juni 2019

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XVII

Verkort aangehaalde literatuur / XXI

HOOFDSTUK 1

Inleiding rechtsvormen en onderneming / 1

1.1 Algemeen / 1

1. Samenwerkingsvormen / 1
2. Privaatrechtelijke rechtspersonen / 2
3. Rechtspersonenrecht / 3
4. Rechtspersoon en rechtspersoonlijkheid / 6
5. Rechtspersoonlijkheidstheorieën / 8
6. De stichting / 11
7. Publiekrechtelijke rechtspersonen / 11
8. Kerkgenootschappen / 13
9. Personenvennootschappen met rechtspersoonlijkheid / 14
10. De vereniging van eigenaars / 15
11. Europa / 15

1.2 Positionering in het burgerlijk recht / 16

12. Vóór 1976 / 16
13. De plaats van boek 2 BW / 17
14. Contract of instituut? / 18
15. Europese invloeden / 21
16. Buitenlandse rechtspersonen / 25
17. Dwingend recht / 26
18. Gelaagde structuur / 28
19. Onderneming en rechtspersoon / 29
20. De onderneming in het goederenrecht / 32
21. De Ondernemingskamer / 33

1.3 De verschillende rechtspersonen en vennootschappen / 34

- 22. Een overzicht / 34
- 23. De leer van de materiële kenmerken / 38
- 24. Ontwikkelingen / 39
- 25. Beurs- en effectenrecht / 45
- 26. Personenvennootschappen / 49

1.4 Rechtsvormneutrale regelingen / 53

- 1.4.1 *Handelsregisterwet* / 53
- 27. Het handelsregister / 53

- 1.4.2 *Wet op de ondernemingsraden* / 56

- 28. Inleiding / 56
- 29. Instelling ondernemingsraad / 58
- 30. Bevoegdheden / 59
- 31. Art. 25 en 26 WOR / 59
- 32. Art. 27 WOR / 66
- 33. Art. 30 WOR / 67
- 34. Werkwijze van de ondernemingsraad / 68
- 35. Concernverhoudingen / 69
- 36. Kleine ondernemingen / 71
- 37. Overheid / 71
- 38. Geschillen / 72
- 39. De Europese ondernemingsraad / 72

1.5 Groepsrecht / 73

- 1.5.1 *De concernbegrippen* / 73

- 40. Inleiding / 73
- 41. Dochtermaatschappij / 75
- 42. Groepsmaatschappij / 77
- 43. Deelneming / 77
- 44. Afhankelijke maatschappij / 78
- 45. En buiten boek 2 BW / 79

- 1.5.2 *Funcities van de verschillende concernbegrippen* / 80

- 46. Inleiding / 80
- 47. Deelneming / 80
- 48. Dochtermaatschappij / 80
- 49. Groepsmaatschappij / 81
- 50. Afhankelijke maatschappij / 82

HOOFDSTUK 2

Oprichting en doelomschrijving / 83

2.1 Oprichting / 83

- 51. Algemeen / 83
- 52. De informele vereniging / 86
- 53. NV en BV / 87
- 54. Oprichtingsgebreken / 88
- 55. Handelen namens de rechtspersoon i.o. / 91
- 56. Inschrijving / 94

2.2 Doel / 96

- 57. Statutaire doelomschrijving / 96
- 58. Nadere afbakening / 97
- 59. Doeloverschrijding / 99

HOOFDSTUK 3

De organisatie en haar deelnemers / 103

3.1 De deelnemers / 103

3.1.1 Algemeen / 103

- 60. Inleiding / 103
- 61. Lid / 103
- 62. Aandeelhouder / 104
- 63. Verschillende soorten aandelen / 105
- 63a. Andere effecten en financiële instrumenten / 106
- 64. Vennoot / 107

3.1.2 Zeggenschap / 108

- 65. Zeggenschap van de leden van een vereniging / 108
- 66. Zeggenschap bij de coöperatie en de OWM / 109
- 67. Zeggenschap bij de NV en de BV / 109
- 68. Zeggenschap en personenvennootschappen / 111

3.1.3 Toetreding / 112

- 69. Vereniging, coöperatie en OWM / 112
- 70. NV en BV / 114
- 71. Beursvennootschappen / 116
- 72. Het prospectus / 117
- 73. Personenvennootschappen / 119

3.1.4 Overgang en overdracht van zeggenschap / 119

3.1.4.1 Algemeen / 119

- 74. Inleiding / 119

75.	Vereniging, coöperatie en OWM / 120
76.	Personenvennootschappen / 120
3.1.4.2	<i>Kapitaalvennootschappen / 120</i>
77.	Inleiding / 120
78.	Aandelen aan toonder / 121
79.	Aandelen op naam / 121
80.	Aandelen op naam in een beursgenoteerde vennootschap / 123
80a.	Certificaten van aandelen / 124
81.	Giraal effectenverkeer / 126
82.	Blokkeringsregelingen / 128
83.	Kwaliteitseisen / 131
84.	Pandrecht, vruchtgebruik en beslag op aandelen / 132
3.1.5	<i>Beëindiging / 135</i>
85.	Inleiding / 135
3.1.5.1	<i>Vereniging, coöperatie en OWM / 135</i>
86.	Algemeen / 135
87.	Opzegging door het lid / 136
88.	Opzegging door de vereniging / 137
89.	Ontzetting / 137
90.	Schorsing / 138
3.1.5.2	<i>NV en BV / 138</i>
91.	Algemeen / 138
92.	Verplichting tot aanbidding en overdracht / 139
3.2	Organisatie / 140
3.2.1	<i>Algemeen / 140</i>
93.	Inleiding / 140
94.	De verenigingsstructuur / 142
95.	De structuur van de coöperatie en de OWM / 143
96.	De structuur van de NV en de BV / 143
97.	De structuurregeling / 145
98.	Stichtingen / 146
99.	Personenvennootschappen / 147
100.	Stem en besluit / 147
101.	Elektronische besluitvorming / 148
3.2.2	<i>De algemene vergadering / 150</i>
102.	De algemene vergadering bij de vereniging / 150
103.	De algemene vergadering bij de coöperatie en de OWM / 152
104.	De algemene vergadering van aandeelhouders / 152
105.	Stemovereenkomsten / 158

- 3.2.3 *Het bestuur* / 160
 - 3.2.3.1 *Algemeen* / 160
 - 106. Inleiding / 160
 - 106a. One tier board / 165
 - 107. Bestuurstaak, afbakening / 166
 - 108. Bestuurszelfstandigheid / 169
 - 108a. Tegenstrijdig belang / 174
 - 109. Benoeming / 175
 - 110. Het benoemingsbesluit / 178
 - 3.2.3.2 *Rechtspositie* / 179
 - 111. Inleiding / 179
 - 112. NV en BV / 181
 - 113. Bestuurders van andere rechtspersonen / 182
 - 114. Ontslag en schorsing / 182
 - 115. Het besluit tot ontslag en het besluit tot schorsing / 185
 - 116. Ontslagbesluit en contractuele rechtsbetrekking / 186
 - 116a. Bezoldiging / 189
- 3.2.4 *Toezicht* / 191
 - 117. Inleiding / 191
 - 118. Toezicht bij de vereniging / 193
 - 119. Toezicht bij de coöperatie en de OWM / 194
 - 120. Toezicht bij de stichting / 195
 - 121. Toezicht bij de NV en de BV / 195
 - 122. Informatievoorziening / 198
 - 123. Benoeming, schorsing en ontslag / 199
 - 124. Rechtspositie / 201
 - 125. Personenvennootschappen / 202
- 3.2.5 *De structuurregeling* / 202
 - 126. Inleiding / 202
 - 127. Voorwaarden structuurregime / 204
 - 128. Benoeming en ontslag van commissarissen / 206
 - 129. Taak en bevoegdheden raad van commissarissen / 209
 - 130. Het verzwakte regime / 211
 - 131. Ontheffing, vrijwillige toepassing, aanpassing van de statuten / 213
 - 132. Hoe verder? / 214

HOOFDSTUK 4

Besluitvorming en vertegenwoordiging / 217

- 4.1 Geldigheid van besluiten** / 217
 - 133. Inleiding / 217
 - 134. Besluit en rechtshandeling / 217
 - 135. Terminologie / 220

- 136. Art. 2:14 en 2:15 BW / 221
- 137. Bekrachtiging en bevestiging / 225
- 138. Kritiek / 226
- 139. De gelaagde structuur van het rechtspersonenrecht / 227
- 140. Besluitvorming en vertegenwoordiging / 228

4.2 Vertegenwoordiging / 231

- 141. Inleiding / 231
- 142. Vertegenwoordiging, algemeen / 233
- 143. Onbeperkt en onvoorwaardelijk / 234
- 144. Anderen, volmacht / 236
- 145. Derden te goeder trouw / 237
- 146. Art. 16 lid 2 BW / 238
- 147. Vereniging en stichting: registergoederen en zekerheidstelling / 239
- 148. Tegenstrijdig belang / 240
- 149. Andere handelingen dan rechtshandelingen / 241
- 150. Personenvennootschappen / 242

HOOFDSTUK 5

Zorgvuldig vermogensbeheer / 249

5.1 Vermogensvorming / 249

- 151. Inleiding / 249
- 152. Vermogensvorming bij de vereniging / 249
- 153. Ledencontracten / 250
- 154. Vermogensvorming bij de stichting / 250
- 155. Vermogensvorming bij de coöperatie en de OWM / 251
- 156. Vermogensvorming bij personenvennootschappen / 252
- 156a. Afscheiden vermogen / 255

5.1.1 NV en BV / 259

- 157. Inleiding / 259
- 157a. Extra verplichtingen / 260
- 158. Kapitaalbescherming / 261
- 159. De kapitaalbegrippen / 262
- 160. De stortingsplicht, algemeen / 263
- 161. Minimumkapitaal / 267
- 162. Storting in geld / 267
- 163. Inbreng in natura / 269
- 164. Nachgründung / 270

5.2 Instandhouding van het vermogen / 272

- 165. Winst en verlies / 272
- 166. De vereniging / 272
- 167. De stichting / 273

- 168. De coöperatie en de OWM / 273
- 169. Winst en verlies bij personenvennootschappen / 274

- 5.2.1 *NV en BV* / 276
- 170. Uitkeren / 276
- 171. Inkoop van aandelen / 281
- 172. Financieringsverbod / 284
- 173. Kapitaalvermindering / 286
- 174. Van kapitaalbescherming naar vermogensbescherming / 289
- 175. Kapitaalbescherming in perspectief / 290

- 5.3 Aansprakelijkheid** / 293
- 176. Interne aansprakelijkheid bestuurders / 293
- 177. Aansprakelijkheid bij faillissement van de rechtspersoon / 296
- 178. Externe aansprakelijkheid bestuurders / 299
- 179. Balansaansprakelijkheid / 304
- 180. Decharge, vrijwaring, verzekering / 305
- 181. Vereenzelviging? / 306
- 182. Aansprakelijkheid commissarissen / 307
- 183. Aansprakelijkheid in concernverhoudingen / 308
- 184. Afgeleide schade / 313

- 5.4 Financiële verantwoording** / 314
- 185. Inleiding / 314
- 186. Administratie / 315
- 187. Terminologie / 316

- 5.4.1 *De totstandkoming van de jaarrekening* / 317
- 188. NV en BV / 317
- 189. Vereniging, coöperatie en OWM / 318
- 190. De stichting / 319
- 191. Personenvennootschappen / 320

- 5.4.2 *Publicatie van de jaarrekening* / 320
- 192. Algemeen / 320
- 193. Vrijstellingen / 322
- 194. Beursgenoteerde vennootschappen / 323

- 5.4.3 *De inrichting van de jaarrekening* / 323
- 195. Inleiding / 323
- 196. De belangrijkste beginselen / 325
- 197. De geconsolideerde jaarrekening / 326
- 198. De 403-verklaring / 328
- 199. De jaarrekeningprocedure / 331

HOOFDSTUK 6

Herstructurering / 333**6.1 Statutenwijziging / 333**

- 200. Inleiding / 333
- 201. Bevoegdheid tot statutenwijziging / 333
- 202. Effectuering van het besluit tot statutenwijziging / 336
- 203. Personenvennootschappen / 336

6.2 Omzetting / 337

- 204. Inleiding / 337
- 205. Vereniging, coöperatie en OWM / 339
- 206. NV en BV / 339
- 207. Vereniging en kapitaalvennootschap / 340
- 208. Omzetting van en in een stichting / 340

6.3 Fusie en splitsing / 341*6.3.1 Algemeen / 341*

- 212. Inleiding / 341
- 213. Fusiemethoden / 342
- 214. Complexe transactie / 345

6.3.2 Juridische fusie / 347

- 215. Algemeen / 347
- 216. De procedure / 348
- 217. Bijzondere voorschriften NV en BV / 350
- 218. Vereenvoudigde fusie, driehoeksfusie / 352
- 219. Grensoverschrijdende juridische fusie / 354

6.3.3 Splitsing / 354

- 220. Algemeen / 354
- 221. De procedure / 356
- 222. Bijzondere voorschriften NV en BV / 357

6.3.4 Andere vormen van fusie / 358

- 223. Bedrijfsfusie / 358
- 224. Aandelenfusie / 359
- 225. SER-besluit Fusiegedragsregels 2015 / 360
- 226. Corporate restructuring / 361
- 227. Joint ventures / 363

6.3.5 Openbare biedingen / 365

- 228. Openbaar bod / 365
- 229. Melding zeggenschap / 367
- 229a. Misbruik van voorwetenschap / 368
- 230. Beschermingsconstructies / 370

231. Implementatie dertiende richtlijn / 376

232. Het verplichte bod / 377

6.4 Ontbinding en vereffening / 378

6.4.1 Rechtspersonen / 378

233. Inleiding / 378

234. Ontbinding bij besluit of krachtens de statuten / 379

235. Ontbinding door de Kamer van Koophandel / 381

236. Ontbinding door de rechter / 381

6.4.2 Personenvennootschappen / 383

237. Inleiding / 383

238. Einde volgens de wettelijke regeling / 384

239. Voortzettingsbedingen / 385

240. Goederenrechtelijke aspecten / 386

240a. Verbondenheid voor bestaande en nieuwe schulden / 388

6.4.3 Vereffening / 389

241. Vereffening krachtens boek 2 BW / 389

242. Vereffening van personenvennootschappen / 391

HOOFDSTUK 7

Geschillen / 393

7.1 Het recht van enquête / 393

243. Inleiding / 393

244. Ontwikkelingen in het recht van enquête / 394

245. Het inleidend verzoek / 397

246. De beslissing op het verzoek / 399

247. Het onderzoek / 400

248. Wanbeleid / 401

249. De voorzieningen / 402

250. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid / 404

7.2 De geschillenregeling / 405

251. Inleiding / 405

252. De belangrijkste elementen van de regeling / 407

7.3 Uitkoop / 408

253. Uitkoop / 408

Jurisprudentieregister / 411

Wetsartikelenregister / 425

Trefwoordenregister / 437

Inleiding rechtsvormen en onderneming

1.1 Algemeen

1. Samenwerkingsvormen

Onze maatschappij is niet goed denkbaar zonder ondernemingen en bedrijven, ziekenhuizen, liefdadigheidsinstellingen, sportverenigingen, debatingclubs, omroepverenigingen, religieuze organisaties en kerkgenootschappen. Of zonder gemeenten en provincies, arbodiensten, uitkeringsinstanties, Rijksoverheid.nl en de LSVB. Wat deze bonte verzameling laat zien is dat Nederland *georganiseerd* is. Daarin onderscheidt Nederland zich niet van andere landen. Sterker nog, sinds de Tweede Wereldoorlog is het fenomeen van grensoverschrijdende organisatie sterk toegenomen. Niet alleen op statelijk niveau, maar dikwijls ook rechtstreeks het leven van justitiabelen rakend, in den brode zowel als in de beleving van hun liefhebberijen.

Al deze organisaties of samenwerkingsverbanden hebben in het recht een plaats. Voor het Nederlandse recht moet men in dat verband vooral denken aan de in boek 2 BW geregelde privaatrechtelijke rechtspersonen zoals de vereniging, de stichting, de naamloze en de besloten vennootschap, de OWM en de coöperatie, maar ook aan elders geregelde rechtspersoonlijkheid bezittende figuren als de vereniging van appartementseigenaren die een plaats heeft gekregen in titel 9 van boek 5 BW. Daarnaast kennen wij publiekrechtelijke rechtspersonen: de Staat voorop, waardig gevolgd door provincies, gemeenten, waterschappen en dergelijke. Verder ontwaart men mengvormen, organisaties – al dan niet met rechtspersoonlijkheid –, die privaat- zowel als publiekrechtelijke trekken vertonen, zoals De Nederlandsche Bank NV (DNB) en andere toezichthouders zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Autoriteit Consument & Markt (ACM) en de Nederlandse Zorgautoriteit. Nog verder observerend ziet men wettelijk geregelde samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid zoals de maatschap en de vennootschap onder firma, rechtsfiguren waarin twee of meer personen samenwerken om wederzijds voordeel te behalen.

Een belangrijke ontwikkeling vormt de opkomst van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden en organisaties zoals het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) en de Europese vennootschap (*Societas Europae*). Een ander gevolg van de voortschrijdende internationalisering is dat buitenlandse rechtspersonen en organisaties steeds meer deelnemen aan de Nederlandse economie. Wellicht in nog sterkere mate geldt het omgekeerde. Van de zojuist genoemde Nederlandse organisatievormen zijn er veel in het buitenland actief. In dit deel van

de Studiereeks Burgerlijk Recht staan de Nederlandse privaatrechtelijke samenwerkingsvormen centraal.

2. *Privaatrechtelijke rechtspersonen*

In art. 2:3 BW wordt een opsomming gegeven van de in boek 2 BW geregelde privaatrechtelijke rechtspersonen: verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen. De wettelijke regeling van de naamloze en de besloten vennootschap was lange tijd bijna gelijklopend. Anders dan in veel andere landen is de besloten vennootschap in onze wetgeving opgezet als een nagenoeg getrouwe kopie van de naamloze vennootschap. De wettelijke regeling van de besloten vennootschap is echter ingrijpend gewijzigd bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht die op 1 oktober 2012 in werking is getreden.¹ Maar ook voordien was ons vennootschapsrecht niet 'een pot nat': achter de twee soorten kapitaalvennootschappen gaan organisaties en samenwerkingsverbanden van volstrekt verschillend karakter schuil. Van eenpersoonsvennootschappen en familiebedrijven tot multinationale ondernemingen. Bovendien is er, vooral door de internationalisering van het financiële verkeer en de financiële markten, zoals de handel in ter beurze genoteerde effecten, steeds meer een onderscheid ontstaan tussen vennootschappen waarvan de aandelen niet en vennootschappen waarvan de aandelen wel aan een effectenbeurs worden verhandeld. Voor beursfondsen gelden speciale – vaak internationaal geïnspireerde – voorschriften die maken dat van een daadwerkelijke divergentie tussen *listed* en *non-listed companies* kan worden gesproken.

Naast de naamloze en besloten vennootschap – de kapitaalvennootschappen – worden de in boek 7A BW en het WvK geregelde personenvennootschappen (maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap) veel gebruikt als rechtsvorm voor samenwerkingsverbanden die zijn gericht op het genereren van winst. Het cliché luidt dat 'personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen geschikte rechtsvormen voor de onderneming zijn'. Dat klopt, de praktijk staat vaak voor de keuze tussen personenvennootschap enerzijds en kapitaalvennootschap anderzijds. Geen notaris of ondernemingsadviseur kan om deze vraag heen.

De vereniging is een belangrijke rechtsfiguur in het maatschappelijk en cultureel leven. Net zoals kapitaalvennootschappen zijn er verenigingen in allerlei soorten en maten. Van pretentieloze gezelligheidsverbanden tot grote maatschappelijke organisaties. Bovendien spelen verenigingen, evenals stichtingen, een belangrijke rol in de wereld van verzorging en welzijn. Het moge duidelijk zijn dat deze grote verscheidenheid zijn weerslag heeft op de juridische inrichting van de verschillende verenigingen.

Coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (OWM) kunnen worden gezien als van de vereniging afgeleide rechtsfiguren. Ofschoon ook veel 'gewone' verenigingen zich op het commerciële vlak begeven, is de coöperatie bij uitstek een in het economisch belang van haar leden functionerende organisatie. De door de coöperatie uitgeoefende bedrijfsactiviteiten zijn dienstbaar aan de economische activiteiten van haar leden. Dat geldt ook voor de OWM, met dien verstande dat

¹ Wet van 18 juni 2012, Stb. 299.

haar werkzaamheden zich uitstrekken tot het verzekeringsbedrijf, dat zij ten behoeve van haar leden uitoefent. Intussen vertonen de coöperatie en de OWM ook raakvlakken met de personenvennootschap en met de kapitaalvennootschap.

Bij de stichting denken velen aan een belangrijke rechtsfiguur in de *not-for-profitsector*. Die gedachte is op zichzelf niet onjuist. Stichtingen plegen echter in tal van juridische verbanden – zelfs binnen internationale concerns en bij beursvennootschappen – op te duiken. De stichting onderscheidt zich in hoofdzaak van de eerdergenoemde figuren doordat de stichting geen leden, aandeelhouders of vennoten kent. Het vermogen van de stichting ligt ‘in de dode hand’. In de praktijk zijn niettemin tal van samenwerkingsverbanden in de rechtsvorm van een stichting gegoten, waardoor die stichtingen op het eerste gezicht gelijkenis vertonen met verenigingen.

In art. 8 Gw is het recht tot vereniging als één van de grondrechten geformuleerd. Zie ook art. 11 EVRM, bepalende dat een ieder recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging heeft, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.² Vanzelfsprekend is die vrijheid niet onbeperkt. Volgens art. 8 Gw kan het recht tot vereniging bij wet worden beperkt in het belang van de openbare orde. Dan belanden we in de sfeer van de verboden rechtspersoon, art. 2:20 BW, waarover meer in nr. 236.

De vrijheid van vereniging heeft mede betrekking op de inrichting van de organisatie en de vrijheid van toe- en uittreding.³ Bovendien hoeft de organisatie niet iedereen toe te laten. Wettelijke uitzonderingen zijn mogelijk, zoals bij de vereniging van eigenaars, art. 5:125 lid 2 BW. In beginsel bestaat er geen organisatie-dwang.⁴

De vrijheid van vereniging omvat in principe alle privaatrechtelijke samenwerkingsvormen.

De afstemming van de vrijheid van vereniging als grondrecht enerzijds en de privaatrechtelijke uitwerking daarvan roept wel vragen op. Zo is het aandeelhouderschap van een NV of een BV niet, zoals het lidmaatschap van een vereniging, opzegbaar. En bij samenwerkingsverbanden in de rechtsvorm van een personenvennootschap ligt de associatie met contractsvrijheid veeleer in de rede dan het leggen van een verband met de vrijheid van vereniging.

3. *Rechtspersonenrecht*

Wanneer men de verschillende onderwerpen die in de hoofdstukken hierna worden behandeld nader beschouwt, valt op dat veel van die onderwerpen een ordenende inslag kennen. Onderwerpen als besluitvorming en vertegenwoordiging zien op het functioneren van de organisatie als samenwerkingsverband. Een soort verkeersregels die aangeven hoe men in de organisatie met elkaar om moet gaan en wat de rechten, verplichtingen en bevoegdheden van betrokkenen zijn. Het gaat uiteindelijk om de individuen die zich in een bepaald kader georganiseerd hebben: de leden,

2 Zie Dijk-Van der Ploeg 2013, p. 11 e.v.

3 Een voorbeeld van dat laatste vormt Rb. 's-Gravenhage 29 oktober 2003, JOR 2004/96 (Vereniging Promotie Stadshart Zoetermeer).

4 Zie Asser/Rensen 2-III 2017/2.

aandeelhouders, vennoten, aangeslotenen of hoe men ze verder ook maar noemen wil. Dat zij zich op een bepaalde manier georganiseerd hebben impliceert dat tussen hen voorschriften gelden waarnaar zij zich over en weer hebben te gedragen. Daaronder kan geen samenwerkingsverband functioneren. Een belangrijk onderdeel van het rechtspersonen- en vennootschapsrecht heeft dan ook betrekking op de inrichting van het samenwerkingsverband: het gaat om *organisatierecht*.

Dat organisatierecht staat niet alleen in de wettelijke regeling van de verschillende rechtsvormen. Het is tevens te vinden in regels die binnen het samenwerkingsverband zelf zijn ontwikkeld. Bij dat laatste moet men bij de privaatrechtelijke rechtspersonen vooral denken aan statuten en reglementen, maar het kan, zoals bij de personenvennootschappen, ook voortvloeien uit de overeenkomst van vennootschap zelf. Bovendien kunnen veel aangelegenheden buiten statuten of vennootschapsovereenkomst door betrokkenen onderling nader zijn overeengekomen.

Een belangrijk gedeelte van het organisatierecht heeft betrekking op de toedeling van bevoegdheden aan instanties binnen de organisatie, zoals het bestuur, de raad van commissarissen of een raad van toezicht en de algemene vergadering. Onlosmakelijk daarmee verbonden zijn onderwerpen als de inrichting en het functioneren van het bestuur, het toezicht op het bestuur, het functioneren van de algemene vergadering en de wijze waarop de organisatie in en buiten rechte kan worden vertegenwoordigd. Kortom, rechtspersonen- en vennootschapsrecht is primair organisatierecht. Of meer eigentijds: (*corporate*) *governance*.

Maar er is meer. Veel samenwerkingsverbanden zijn ondergebracht in een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid. Zij kunnen daardoor als zelfstandig rechtssubject aan het rechtsverkeer deelnemen. In de meeste gevallen betekent die rechtspersoonlijkheid ook dat de rechtspersoon zelf aansprakelijk is voor zijn verbintenissen en niet degenen die deel uitmaken van zijn organisatie. Crediteuren hebben daardoor in beginsel alleen verhaal op het vermogen van de rechtspersoon. Men spreekt in dit verband wel van het *voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid*.

Men kan het ook anders formuleren en zeggen dat het vermogen van de rechtspersoon een *afgescheiden vermogen* vormt. Zo kan bijvoorbeeld een crediteur van een aandeelhouder van een besloten vennootschap of een crediteur van een lid van een vereniging voor zijn vordering geen verhaal nemen op de goederen van de besloten vennootschap of van de vereniging. Die rechtspersonen zijn in die voorbeelden immers geen schuldenaar, art. 3:276 BW. De crediteuren kunnen wel verhaal nemen op de aandelen zelf, die immers in het vermogen van de schuldenaar-aandeelhouder vallen. Bij het lidmaatschap van de vereniging ligt dat laatste gecompliceerder nu het lidmaatschap meestal niet overdraagbaar is en daardoor moeilijk kan worden uitgewonnen. Crediteuren van de vereniging of besloten vennootschap kunnen zich daarentegen alleen op het vermogen van de rechtspersoon verhalen. Deze benadering verklaart waarom in de theorievorming afgescheiden vermogen en rechtspersoonlijkheid vaak dicht bij elkaar geplaatst worden.⁵

Dat voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid springt vooral in het oog bij de kapitaalvennootschappen. Aandeelhouders, bestuurders en commissarissen zijn in beginsel niet aansprakelijk voor de verbintenissen van de naamloze of besloten vennootschap. De vennootschap is *exclusief* aansprakelijk. Daardoor zijn kapitaal-

5 Zie bijvoorbeeld H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid*, Zwolle 1983.

vennootschappen een belangrijk juridisch instrument om ondernemersrisico's af te wentelen. De exclusieve aansprakelijkheid speelt ook een rol bij andere privaatrechtelijke rechtspersonen, maar treedt minder op de voorgrond omdat die organisaties vaak niet commercieel actief zijn en de afwenteling van ondernemersrisico daardoor van minder belang is.

Hoe dat ook zij, het voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid kan crediteuren parten spelen. Misbruik of oneigenlijk gebruik van – vooral – de besloten vennootschap, met als gevolg onbetaalde vennootschapscrediteuren, heeft niet voor niets al jaren de aandacht van Justitie. Vandaar ook dat de wettelijke regeling tal van bepalingen kent, die weliswaar onderling sterk van karakter verschillen, maar niettemin onder één gemeenschappelijke noemer kunnen worden gebracht: crediteurenbescherming. De crediteurenbescherming is, vooral bij kapitaalvennootschappen, naast het organisatierecht de tweede belangrijke cluster van de regelgeving.

Dat begint al bij de oprichting van de rechtspersoon die, juist vanwege de rechtspersoonlijkheid, met allerlei wettelijke waarborgen omgeven is. In de tweede plaats noem ik de publiciteit, waarbij men niet alleen moet denken aan het jaarrekeningenrecht, maar ook aan de openbaarheid van de inrichting van de organisatie: publicatie van statuten en van namen van ambtsdragers zoals bestuurders. In de derde plaats wijs ik op het kapitaal- en vermogensbeschermingsrecht bij de naamloze en besloten vennootschap. In de vierde plaats, maar er is meer, noem ik de wettelijke, maar vooral ook in de rechtspraak ontwikkelde regels over aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders. Uiteindelijk allemaal voorschriften die beogen te voorkomen dat het voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid ten koste van de crediteuren wordt aangewend. Dat laat zich fraai illustreren aan de hand van de personenvennootschappen, waar vanwege de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en het ontbreken van het voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid, de voorschriften ter bescherming van crediteuren veel eenvoudiger zijn dan bij de privaatrechtelijke rechtspersonen.

Verder wijs ik op het per 1 juli 2011 ingevoerde systeem van doorlopend toezicht.⁶ Dit doorlopend toezicht is met de afschaffing van de verklaring van geen bezwaar voor de NV en de BV, zie nr. 53, uitgebreid naar coöperaties, OWM's, verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, stichtingen, Europese naamloze vennootschappen, Europese coöperatieve vennootschappen en Europese economische samenwerkingsverbanden, die volgens hun statuten hun zetel in Nederland hebben. Het toezicht wordt uitgeoefend aan de hand van sleutelgegevens uit basisregistraties zoals het handelsregister en de Gemeentelijke Basisadministratie. Zo wordt de levensloop van rechtspersonen (oprichting, adreswijziging, bestuurswisselingen, etc.) gevolgd, aan de hand waarvan op basis van opgestelde risicoprofielen een risicoanalyse volgt. De dienst Justitie van het Ministerie van Justitie voert de controle op rechtspersonen uit. De risicomelding kan leiden tot strafrechtelijke opsporings- en vervolgingsactiviteiten. Daarnaast biedt het systeem de mogelijkheid om handhavers, zoals de Belastingdienst, te waarschuwen voor mogelijk misbruik.

Als laatste noem ik het civielrechtelijk bestuursverbod, welke regeling het mogelijk maakt om personen die zich schuldig hebben gemaakt aan faillissementsfraude of wanbestuur in de aanloop

6 Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtspersonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen, Stb. 280.

naar een faillissement een verbod voor maximaal vijf jaar op te leggen om bestuurder of toezichthouder van een rechtspersoon te zijn.⁷

Als men dus kernachtig samen wil vatten waar het in het rechtspersonenrecht en vooral de regeling van de kapitaalvennootschappen over gaat, dan is dat organisatie-recht enerzijds en crediteurenbescherming anderzijds. Bij de personenvennootschappen speelt de crediteurenbescherming een bescheiden rol vanwege de persoonlijke verbondenheid van de vennoten.

De algemene bepalingen in titel 1 van boek 2 BW zijn van toepassing op alle in dat wetboek geregelde privaatrechtelijke rechtspersonen maar niet op elders geregelde rechtspersonen. Titel 9 van boek 2, dat over de jaarrekening en het jaarverslag gaat, geldt slechts voor bepaalde in boek 2 BW geregelde figuren.

4. *Rechtspersoon en rechtspersoonlijkheid*

Rechtspersonen zijn rechtsfiguren die fungeren als een hulpmiddel om het functioneren van rechtssubjecten en meer in het bijzonder het functioneren van samenwerkingsverbanden of organisaties van rechtssubjecten te faciliteren. Het is aan juristen om rechtspersonen in hun juridische systeem in te passen. In die zin staat de rechtspersoon op een lijn met noties als subjectief recht en rechtsplicht. Aldus verstaan is de rechtspersoon geen begrip uit het positieve recht.⁸ Nog steeds van belang is de beschouwing van Paul Scholten in *De Rechtspersoon* uit de Asser-serie.⁹ Daarin schrijft Scholten onder meer: 'Wij kunnen niet uitmaken *wie* positiefrechtelijk rechtspersoon zijn zonder eerst te hebben vastgesteld, *wat* rechtspersoon is.'¹⁰ De vraag naar wat een rechtspersoon is moet dus onderscheiden worden van de vraag wie naar Nederlands (of Duits of Frans of Engels) recht rechtspersoon zijn. En ofschoon de gedachtenvorming over het begrip rechtspersoon in de rechtstheorie en in het positieve recht elkaar over en weer beïnvloeden, blijft het voor een goed begrip van belang beide van elkaar te onderscheiden. In de volgende paragraaf worden de belangrijkste rechtspersoonlijkheidstheorieën besproken.

Boek 2 BW noch enige andere Nederlandse wettelijke regeling houdt zich bezig met het rechtstheoretische begrip rechtspersoon. Dat is een bewuste keuze van de wetgever geweest.¹¹ De wetgever heeft daar verstandig aan gedaan. Wanneer de wetgever in het stellen van regels van positief Nederlands recht van een bepaald theoretisch concept van de rechtspersoon was uitgegaan – bijvoorbeeld één van de in nr. 5 te bespreken rechtspersoonlijkheidstheorieën – kan die keuze de rechtstheorie niet dwingen zich naar dat concept te voegen. De wetgever kan regels voorschrijven, wellicht de naleving daarvan bevorderen, maar het verplicht denken in bepaalde theorieën of in een verordonneerde juridische dogmatiek is gelukkig niet mogelijk. In boek 2 BW wordt geen omschrijving of definitie van rechtspersonen gegeven.¹² Wel geven de eerste drie artikelen aan welke rechtsvormen rechtspers-

7 Zie nr. 106.

8 Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/10 e.v.

9 Laatstelijk opgenomen in Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/1 e.v.

10 T.a.p. nr. 4.

11 Zie Parl. Gesch. BW Boek 2 1962, p. 13/14. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/8.

12 Parl. Gesch. BW Boek 2 1962, p. 17.

soonlijkheid hebben. Die worden vervolgens aangeduid als 'rechtspersoon'. Zie met name art. 2:5 BW. Zie ook art. 5:124 lid 1 BW voor de vereniging van eigenaren. Genoemde rechtsvormen hebben volgens het Nederlandse positieve recht rechtspersoonlijkheid, zijn in dat rechtstelsel rechtspersoon.¹³

Een volgende vraag is wat rechtspersoonlijkheid naar Nederlands positief recht betekent. Deze vraag moet opnieuw worden onderscheiden van de eerder besproken vraag naar de rechtspersoon als rechtstheoretisch concept. Voor de in boek 2 BW geregelde rechtspersonen ligt de sleutel tot het antwoord in art. 2:5 BW. Daar is bepaald dat een rechtspersoon voor wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijkstaat, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Deze bepaling is op grond van art. 5:124 lid 2 BW eveneens van toepassing op de vereniging van eigenaars.

In art. 2:5 BW wordt de nadruk op de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon gelegd: in het vermogensrecht zijn rechtspersonen, voor zover de wet niet anders bepaalt, zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat 'vermogensrecht' ruim moet worden opgevat en gesteld is tegenover het familierecht.¹⁴ Dit betekent niet dat rechtspersonen geen enkele rol in het personen- en familierecht kunnen spelen. De rechter kan bijvoorbeeld aan bepaalde stichtingen de voogdij over minderjarigen opdragen, art. 1:302 BW. Ook voor het recht van boek 2 BW staat een rechtspersoon met een natuurlijk persoon gelijk. Rechtspersonen kunnen in beginsel net zoals natuurlijke personen andere rechtspersonen oprichten, tot die rechtspersonen toetreden als lid of aandeelhouder etc. Ook buiten het BW is art. 2:5 van betekenis. Zo kan een rechtspersoon in rechte optreden.¹⁵

De keerzijde van art. 2:5 BW is dat rechtspersonen niet zelf hun rechtssubjectiviteit en in het verlengde daarvan hun rechtsbevoegdheid kunnen beperken. Art. 2:5 BW is van dwingend recht, art. 2:25 BW. Als in de statuten van een rechtspersoon zou worden bepaald dat hij geen zaken in de zin van art. 3:2 BW kan verkrijgen, tast die bepaling de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon niet aan. Wel kan zij een nadere invulling van de statutaire doelomschrijving vormen.¹⁶ Zie verder nr. 57.

Art. 2:5 BW sluit niet uit dat de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon in vergelijking met die van natuurlijke personen wettelijke beperkingen kent. Zie voor de vereniging art. 2:30 lid 1 BW alsmede art. 2:44 lid 2 BW en voor de stichting art. 2:291 lid 2 BW.

Ook het strafrecht houdt rekening met rechtspersonen, art. 51 Sr. Mede in het verlengde daarvan is de vraag gerezen of rechtspersonen aanspraak kunnen maken op mensenrechten. Ik zou in beginsel menen van wel, tenzij de aard van het desbetreffende mensenrecht zich tegen toekenning aan rechtspersonen zou verzetten.¹⁷ Zo kan een rechtspersoon wiens persoonlijk-

13 Zie over het ontstaan en de ontwikkeling van de kapitaalvennootschap in de verschillende rechtstelsels J.M. de Jong, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, diss. Rotterdam (IVO-reeks, deel 94), Deventer: Kluwer 2014.

14 Zie Parl. Gesch. BW Boek 2 1962, p. 114/115.

15 HR 9 januari 1942, NJ 1942, 302.

16 Intussen wordt over deze kwestie wel anders gedacht. In de door mij voorgestane zin Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/71.

17 Zie over deze vraag A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, diss. Leiden (IVO-reeks, deel 91 IVO-reeks), Deventer: Kluwer 2012. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/61 e.v.

heidsrechten zijn geschonden door publicatie van onjuiste informatie op het internet verwijdering daarvan verlangen.¹⁸

5. *Rechtspersoonlijkheidstheorieën*

De rechtspersoonlijkheidstheorieën¹⁹ vormden aan het eind van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw een voorname aangelegenheid. De belangrijkste theorieën uit die tijd zijn de fictieleer en de orgaantheorie. De fictieleer, waaraan de naam van de Duitse rechtsgeleerde Von Savigny is verbonden, houdt in dat rechtspersoonlijkheid berust op een fictie. De persoonlijkheid van het samenwerkingsverband wordt gefingeerd. Gefingeerd, omdat eigenlijk alleen de mens persoon en daarmee ook rechtspersoon is. Juist omdat de rechtspersoon een fictie is moet in het positieve recht de rechtspersoonlijkheid uitdrukkelijk worden verleend of toegekend, bijvoorbeeld door de staat. Of, zoals Opzoomer het uitdrukt:

'Hij (de rechtspersoon, JBH) heeft niets meer dan die burgerlijke rechten, die hem de wet uitdrukkelijk verleende. Is er dus van eenig bijzonder recht sprake, waarop hij aanspraak maakt, dan moet hij de wetsbepaling aanwijzen, waarop die aanspraak is gegrond.'²⁰

In de orgaantheorie wordt voor een radicaal ander uitgangspunt gekozen. Deze door de eveneens Duitse rechtsgeleerde Von Gierke ontwikkelde theorie komt erop neer dat in de maatschappij niet alleen mensen maar ook samenwerkingsverbanden als zodanig een eigen bestaan leiden. Geen fictie dus, maar realiteit. In de orgaantheorie hoeft rechtspersoonlijkheid, anders dan in de fictieleer, niet door bijvoorbeeld de staat erkend of toegekend te worden, maar is het een erkenning van maatschappelijke verbanden door en in het recht. De term 'orgaantheorie' laat zien dat de samenwerkingsverbanden, de rechtspersonen, net zoals de mens als een lichaam functioneren, dat wil zeggen dankzij en bij de gratie van hun organen. Daarbij moet gedacht worden aan instanties binnen het samenwerkingsverband waaraan bepaalde bevoegdheden toekomen, zoals het bestuur en de algemene vergadering. De voorstelling van rechtspersonen als lichamen die functioneren door middel van hun organen is hardnekkig.²¹ Vooral in verband met het verrichten van rechtshandelingen. Rechtshandelingen veronderstellen immers een op rechtsgevolg gerichte wil, art. 3:33 BW. De wil van een rechtspersoon, zal dan wel de wil van één van zijn organen zijn. Mijns inziens past voorzichtigheid met een dergelijke antropomorfe voorstelling van rechtspersonen, waarin zij als een menselijke gestalte worden beschouwd. Dat beeld leidt gemakkelijk tot niet-aanvaardbare gevolgtrekkingen.

De – opnieuw – Duitse rechtsgeleerde Brinz kan worden beschouwd als de *auctor intellectualis* van een derde theorie, de leer van het doelvermogen. Anders dan in de eerdergenoemde theorieën is de rechtspersoon daarin geen subject, maar draait het in de kern om de doelstelling van de rechtspersoon. Het is niet zozeer het samenwerkingsverband, maar veeleer de doelbestemming van een vermogen dat

18 HvJ EU 17 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:766, JOR 2018/3 m.nt. C.G. van der Plas.

19 Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/5 e.v.

20 C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Negende deel, Tweede druk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1893, p. 161 e.v. Het citaat komt voor op p. 169.

21 En misschien tot op zekere hoogte onontkoombaar. Zie bijvoorbeeld R.A.V. van Haersolte, Personificatie van sociale systemen, Deventer: Kluwer 1971.

in de leer van het doelvermogen centraal staat. Enigszins in het verlengde van die theorie ligt de leer van de collectieve eigendom, door de Fransman Planiol ontwikkeld in het begin van de twintigste eeuw. In die leer wordt de rechtspersoon opnieuw gezien als een samenwerkingsverband met een zeker vermogen. Niet de samenwerkenden gezamenlijk zijn gerechtigd tot het vermogen van de rechtspersoon, de gerechtigdheid ligt bij de rechtspersoon zélf.

Daarmee is de cirkel rond want dat de rechtspersoon zelf gerechtigd kan zijn tot vermogensbestanddelen is nu juist wat hem tot rechtspersoon maakt. De Utrechtse rechtsgeleerde Molengraaff lost dit op met de toevoeging dat de aanduiding als rechtspersoon van de persoon die de betrokkenen bij het samenwerkingsverband gezamenlijk vormen, beeldspraak is.²² Binnen de verschillende rechtspersoonlijkheidstheorieën neemt de stichting nog weer een speciale plaats in. Zie nr. 6.

Volledigheidshalve verwijs ik ten slotte naar de rechtseconomisch geïnspireerde zogenaamde nexus-of-contractsleer, waarbij de onderlinge relaties tussen de bij de rechtspersoon betrokkenen een contractueel karakter wordt toegedicht, waarmee het samenwerkingsverband als een geheel van verschillende contractuele relaties wordt gezien.²³

Meijers heeft in zijn *Algemene Begrippen* duidelijk uiteengezet dat het voor de praktijk weinig verschil maakt welke theorie men aanhangt.²⁴ Meijers bekent zich daarmee tot aanhanger van de leer van de juridische realiteit. In de verschillende rechtstelsels zijn rechtspersonen een realiteit welke evenmin betwijfeld kan worden als de realiteit van andere begrippen die niet aan een bepaald stoffelijk substraat zijn gebonden.²⁵ In de leer van de juridische realiteit wordt als positiefrechtelijk feit aanvaard dat anderen dan natuurlijke personen als drager van rechten en plichten aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen.

Met de leer van de juridische realiteit lijkt de discussie over de rechtspersoon in Nederland geëindigd. Deze pragmatische aanpak komt goed tot uitdrukking in de opmerking dat de rechtspersoon een van de fraaiste vondsten van het recht is. Zulks omdat:

‘de rechtspersoonlijkheid een uitnemend middel is bij de ordening van de rechtsstof. Bij onze gecompliceerde maatschappelijke verhoudingen kan het recht de rechtspersoon bezwaarlijk missen voor een goede ordening. De rechtspersoonlijkheid vinden we dan ook in elk modern rechtsstelsel.’²⁶

22 Zie de nog steeds lezenswaardige boekbespreking in R.M. 1911, p. 363 e.v. opgenomen in de Molengraaff bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 325 e.v.

23 Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/26 met verdere literatuurverwijzingen.

24 E.M. Meijers, *Algemene begrippen*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 170 e.v. Kennisneming van de verhandeling blijft de moeite waard, vooral ook door de inzichtelijke voorbeelden die Meijers gebruikt om de uiteindelijke onhoudbaarheid van de verschillende opvattingen te illustreren.

25 Meijers, t.a.p. p. 171. Daarbij worden bij de rechtspersoon wel in het algemeen bepaalde eigenschappen verondersteld, zoals het zelfstandig drager zijn van rechten en verplichtingen en de aanwezigheid van een doel. Zie in dat verband ook de Toelichting Meijers, Parl. Gesch. BW Boek 2 1962, p. 17.

26 Handboek, dertiende druk 2013, nr. 52.

Van Schilfgaarde²⁷ heeft benadrukt dat het bij rechtspersoonlijkheid niet alleen gaat om de rechtssubjectiviteit van samenwerkingsverbanden of organisaties, het zelfstandig drager kunnen zijn van rechten of verplichtingen, maar ook om het samenwerkingsverband zelf en de daaraan verbonden organisatorische aspecten. Rechtspersonenrecht is grotendeels organisatierecht, vgl. nr. 3. Van Schilfgaarde gebruikt daarvoor de term 'deelrechtsorde'. Daar wordt mee bedoeld dat:

'de rechtspersoon als organisatie een zelfstandig juridisch systeem vormt, dat nochtans deel uitmaakt van een meeromvattend systeem. Tussen beide bestaat een voortdurende wisselwerking in die zin dat regels van buiten de interne organisatie beïnvloeden en anderzijds de organisatie zich in haar optreden mede richt op dat buitengebeuren.'

Ik kom daar op terug in nr. 19, alwaar ik nader op de verhouding tussen de begrippen rechtspersoon en onderneming zal ingaan.

Wel moet reeds hier worden vermeld dat Raaijmakers in een reeks van geschriften, waaronder vooral zijn bewerking van deel 2 in de Pitlo-serie *Het Nederlands burgerlijk recht*,²⁸ aangeeft dat het vigerende theoretische concept van de rechtspersoon zijns inziens tekortschiet. In de opvatting van Raaijmakers zou de onderneming, meer dan thans het geval is, centraal moeten staan. In verband daarmee zou het onderscheid tussen samenwerkingsvormen met rechtspersoonlijkheid en samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid (waarbij dan gedacht moet worden aan de personenvennootschappen) achterhaald zijn. Centrale begrippen voor Raaijmakers zijn noties als 'gemeenschap', 'afgescheiden vermogen' en 'vrijheid van ondernemen en associatie'. Daar laat Raaijmakers mee zien dat het denken over de theoretische onderbouwing van de rechtspersoon geen einde neemt. Al was het alleen maar omdat de werkelijkheid steeds verandert en deze, wij zagen het hiervoor, de theorie weer beïnvloedt.

Ik betwijfel of men, zoals Timmerman betoogt, definitief kan breken met de oude rechtspersoonlijkheidstheorieën. Elementen van de verschillende theorieën bepalen ook nu nog ons denken over de rechtspersoon. Timmerman zoekt in plaats daarvan naar 'privaatrechtelijke onderstromen' in het rechtspersonenrecht. Zie ik het goed, dan gaat het daarbij om een analyse van het positieve recht en het aangeven van wenselijke ontwikkelingen daarvan, en niet om het rechtstheoretische concept van de rechtspersoon.²⁹ Het denken daarover blijft (en moet blijven) doorgaan, zoals onder andere Raaijmakers vanuit het concept onderneming heeft laten zien.³⁰

27 Van Schilfgaarde, Winter, Wezeman & Schoonbrood, Van de BV en de NV 2017, nr. 1. Zie – nog steeds – ook J.L.P. Cahen, *De invloed van de belangenverbreding op het handelen van de aandeelhouders*, bundel 'Honderd jaar rechtsleven', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 71 e.v. met daarin de mooie formulering: 'De NV als rechtspersoon wordt in haar existentie en handelen geheel bepaald door de NV als rechtsbetrekking.', t.a.p. p. 72.

28 Pitlo-Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (Pitlo-serie nr. 2) 2017.

29 L. Timmerman, *preadvies NJV 2000*, p. 105 e.v. Zie ook diens beschouwing *Op weg naar een vernieuwde leer van de rechtspersoon?*, WPNR 7162 (2017) p. 619/20 dat op soortgelijke gedachten berust.

30 Zie ook mijn oratie *Een adequaat vehikel?*, VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2001.