

VU Research Portal

Vertegenwoordiging, bekrachtiging pre constitutief handelen

van Veen, W.J.M.

published in

Ondernemingsrecht
2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2017). Vertegenwoordiging, bekrachtiging pre constitutief handelen. *Ondernemingsrecht*, 2017(10), 508-512. Article 90. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CE48CA&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

telijke focus, doet het effectiviteitsbeginsel zich hier met name gevoelen bij (het antwoord op) de vraag of de marktmisbruikregels *bestuursrechtelijk gezien* adequaat en effectief worden gehandhaafd, en of de maatregelen en sancties die in dat verband worden opgelegd doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.⁵⁵ Ook het feit dat de marktmisbruikwetgeving – anders dan de Prospectusrichtlijn en de Transparantierichtlijn – geen enkele bepaling bevat omtrent civielrechtelijke aansprakelijkheid (zie reeds hierboven onder 3.2), onderstreept naar mijn mening de beoordelingsmarge die de lidstaten hebben bij het in de nationale rechtsorde vormgeven van deze aansprakelijkheid. Vanuit institutioneel oogpunt komt daar denk ik nog het argument bij dat het de Europese Unie in essentie ook ontbreekt aan de bevoegdheid om deze aansprakelijkheid tot in detail te regelen.⁵⁶ Het enkele feit dat de marktmisbruikwetgeving is gebaseerd op maximumharmonisatie doet aan het voorgaande mijns inziens niet af. Zou dit anders zijn, dan zou voor bijna alle Europese wetgeving die uitgaat van maximumharmonisatie eigenlijk per definitie gelden dat de bijbehorende civielrechtelijke normstelling ook meteen volledig is dichtgetimmerd. Voor een dergelijk vergaande conclusie vind ik noch in de Europese wetgeving, noch in de jurisprudentie van het Hof van Justitie enige steun, en daarom kan ik Busch' pleidooi over het civiel(rechtelijke) effect van de marktmisbruikwetgeving niet (volledig) onderschrijven.

Wat betekent het voorgaande voor de eerder opgeworpen vraag over de (niet-)aansprakelijkheid van de Staat in relatie tot het effectiviteitsbeginsel? De beoordelingsruimte die lidstaten hebben bij het in de nationale rechtsorde vormgeven van de civielrechtelijke aansprakelijkheid brengt naar mijn overtuiging mee dat het op basis van de bijzondere omstandigheden laten afstuiten van de aansprakelijkheid van de Staat vanwege de aanwezigheid van een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond geen strijd oplevert met het effectiviteitsbeginsel.⁵⁷ Het gaat hier immers niet om een naar nationaal recht geformuleerde *generieke* uitzondering op de Europese marktmisbruikregels, maar om *bijzondere* omstandigheden die in een *individueel* (en uitzonderlijk) geval aan het handelen van de Staat het onrechtmatige dan wel verwijtbare karakter ontnemen.⁵⁸ De beoordelingsruimte die lidstaten in dit verband hebben, zou naar mijn mening wél worden overschreden, wanneer de Nederlandse rechter bijvoorbeeld zou oordelen dat de aansprakelijkheid van de Staat afstuit op het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW, omdat de marktmisbruikregels er in algemene zin niet toe strekken beleggers in hun vermogensbelangen te bescher-

men.⁵⁹ Met een dergelijk oordeel zou de civiele aansprakelijkheid wegens overtreding van de marktmisbruikregels namelijk *in algemene zin* onmogelijk worden gemaakt, hetgeen ik wel strijdig acht met het effectiviteitsbeginsel.⁶⁰ De Hoge Raad heeft – anders dan de advocaat-generaal – aan deze Europeesrechtelijke discussie duidelijk zijn vingers niet willen branden. Voor de rechtsontwikkeling valt dat te betreuren, maar voor het (eind)oordeel dat de Staat niet aansprakelijk is en dat hiervoor geen verwijzingsprocedure na cassatie meer nodig is, valt niettemin begrip op te brengen.

Mr. drs. A.C.W. Pijls

Vertegenwoordiging

Ondernemingsrecht 2017/90

Hoge Raad (Civiele kamer) 3 februari 2017, nr. 15/05400 m.nt. prof. mr. W.J.M. van Veen¹

JOR 2017/85
RCR 2017/32
RN 2017/34
JWB 2017/40
NJB 2017/374
NJ 2017/79
RvdW 2017/191
ECLI:NL:HR:2017:144

Onbevoegde vertegenwoordiging niet-bestaande rechtspersoon? Bekrachtiging bij de oprichting in de akte van oprichting?

Frèle Vastgoedprojecten B.V.

1. Feiten

Op 21 maart 2007 wordt een koopovereenkomst gesloten tussen Verkoper en Frèle Vastgoedprojecten BV (hierna: 'Frèle') als koper. Namens Frèle wordt de koopovereenkomst getekend door X en Y. Frèle is echter op dat moment nog niet opgericht. Zij wordt eerst opgericht op 23 november 2007. In de akte van oprichting is onder meer opgenomen onder het kopje 'Bekrachtiging':

"Alle door de oprichters namens de in oprichting zijnde vennootschap verrichte rechtshandelingen worden door de vennootschap bekrachtigd onder de opschortende voorwaarde dat de vennootschap is ingeschreven in het

55 Zie art. 14 van de oude Richtlijn marktmisbruik respectievelijk art. 30 van de Verordening marktmisbruik.

56 Zie over deze kwestie in de context van de Derde levensrichtlijn (Richtlijn 92/96/EEG (PbEG 1992, L 360/11)) kraakhelder M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, 'Naschrift: harmonisatie van het nationale privaatrecht door de Derde levensrichtlijn', *NTBR* 2016/28, p. 190-193.

57 Zie in dit verband ook § 3.29-§ 3.30 van de conclusie van A-G Timmerman voor het onderhavige arrest, Conclusie A-G Timmerman 25 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:163.

58 Begrijp ik hem goed, dan is dit ook de kern van het betoog van Haentjens, zie Haentjens 2017, t.a.p., nr. 59 e.v.

59 Ik benadruk dat voor het Nederlandse recht mij geen uitspraken bekend zijn waarin een dergelijke redeneerlijn is gevolgd.

60 Op dit punt ben ik het dus volledig met Busch eens, zie D. Busch, 'Het civiel effect van de Marktmisbruikverordening', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2016, afl. 12, p. 532-533.

1 Wino van Veen is hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, special counsel Ondernemingsrecht te Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

handelsregister, zodat daaruit met ingang van bedoelde inschrijving voor de vennootschap rechten en plichten ontstaan.”

Op 27 februari 2009 roept Verkoper Frèle schriftelijk op om de leveringsakte te doen passeren op 1 mei van dat jaar. Frèle werkt hieraan niet mee.

Verkoper schrijft op 15 juni 2009 X aan met (onder meer) de mededeling dat zij inmiddels heeft vastgesteld dat Frèle ten tijde van ondertekening van de koopovereenkomst nog niet bestond en zij daarom X in gebreke stelt en sommeert om mee te werken aan de levering. Ook X werkt hieraan niet mee. Verkoper start daarop een procedure met als inzet dat Frèle en – naar ik begrijp – subsidiair X gehouden zijn tot nakoming van de koopovereenkomst en tot vergoeding van schade wegens de tekortkoming in de (tijdige) nakoming daarvan. Met betrekking tot X voert Verkoper hiertoe aan dat hij, nu Frèle nog niet bestond ten tijde van ondertekening van de overeenkomst, zelf als partij bij de koopovereenkomst heeft te gelden aangezien X die overeenkomst in naam van Frèle is aangegaan.

2. Beslissing

Verkoper krijgt in eerste en tweede instantie gelijk, in die zin dat Frèle tot nakoming van de overeenkomst gehouden wordt. Het hof legde daaraan ten grondslag dat door de hierboven geciteerde passage in de akte van oprichting de koopovereenkomst door Frèle is bekrachtigd. De overeenkomst moet daardoor met terugwerkende kracht, van begin af aan als rechtsgeldig gesloten worden beschouwd. De vorderingen ingesteld jegens X worden afgewezen. Hieraan legde het hof ten grondslag dat X niet als gebonden persoon is te beschouwen omdat (i) art. 2:203 BW toepassing mist; en (ii) niet aannemelijk is geworden dat Verkoper mocht denken dat X in privé partij werd bij de overeenkomst. Redengevend voor de conclusie dat art. 2:203 BW toepassing mist, achtte het hof dat Frèle in de koopovereenkomst niet werd vermeld als vennootschap in oprichting en dat Verkoper bij het sluiten van de overeenkomst niet het oog kan hebben gehad op de later opgerichte vennootschap Frèle omdat haar bekend noch kenbaar was dat deze vennootschap niet bestond.

De mogelijke aansprakelijkheid van Verkoper wegens onbevoegde vertegenwoordiging stuit af op het hierboven genoemde oordeel dat Frèle de overeenkomst door bekrachtiging hetzelfde gevolg heeft verschaft als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was gesloten. Deze bekrachtiging heeft terugwerkende kracht, waardoor de overeenkomst van begin af aan als geldig gesloten moet worden beschouwd, aldus het hof. Voorts is naar het oordeel van het hof niet genoegzaam gesteld of gebleken dat X ten tijde van de bekrachtiging ingevolge de oprichtingsakte wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat Frèle niet aan haar uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zou kunnen voldoen.²

Tegen dit arrest wordt met succes cassatie ingesteld. De Hoge Raad overweegt daartoe:

“Het middel klaagt in de onderdelen b en c terecht dat het hof met zijn overweging dat Frèle de overeenkomst door haar oprichtingsakte heeft bekrachtigd, heeft miskend dat voor bekrachtiging is vereist dat de verklaring houdende bekrachtiging tot de wederpartij is gericht en die wederpartij heeft bereikt (art. 3:69 BW in verbinding met de art. 3:33 BW en 3:37 BW). Het hof heeft niet vastgesteld dat de bekrachtigingsverklaring, die naar zijn oordeel in de oprichtingsakte lag besloten, tot [Verkoper] was gericht en [Verkoper] heeft bereikt.” (r.o. 3.3)

Dit leidt ertoe dat ook het oordeel dat X niet onrechtmatig heeft gehandeld, niet in stand kan blijven. Het hof heeft immers beslissend geacht wat X wist of had kunnen weten ten tijde van de bekrachtiging van de overeenkomst, zodat zijn oordeel voortbouwt op hetgeen het over die bekrachtiging heeft overwogen (r.o. 3.4). De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

3. Commentaar

In deze casus is een samenloop van een aantal lastige leerstukken en wettelijke bepalingen aan de orde. Ik stip die hieronder aan.

3.1 *Bekrachtiging in de akte van oprichting (?)*

In casu had in de akte van oprichting bekrachtiging plaatsgevonden van alle door de oprichters namens de in oprichting zijnde vennootschap verrichte rechtshandelingen. Deze formulering appelleert aan het bepaalde in art. 2:93/203 lid 1 BW. Hierin is bepaald dat een vennootschap kan worden verbonden voor handelingen die in haar naam voor haar oprichting zijn verricht, wanneer zij die rechtshandelingen *na haar oprichting* bekrachtigt of daarvoor ingevolge lid 4 wordt verbonden. Het uitgangspunt is derhalve dat bekrachtiging pas na oprichting mogelijk is en wel door de alsdan tot vertegenwoordiging bevoegde bestuurder(s). Slechts indien lid 4 van art. 2:93/203 BW van toepassing is, is derhalve binding van de vennootschap door de oprichters in de akte van oprichting mogelijk. Dit betreft een aantal limitatief opgesomde handelingen die zo nauw samenhangen met de oprichtingshandeling dat het wenselijk werd geacht dat de oprichters hiertoe bevoegd zijn.³ Het betreft de benoeming van bestuurders en commissarissen, het uitgeven van aandelen en het aanvaarden van stortingen daarop en de rechtshandelingen genoemd in art. 2:94/204 lid 1 BW. Hieronder valt (onder meer) niet het bekrachtigen van een koopovereenkomst die vóór oprichting op naam van de vennootschap is aangegaan. Hof en Hoge Raad lijken er echter vanuit te gaan dat bekrachtiging van de koopovereenkomst in de akte van oprichting wél mogelijk is. Ik kan uit het arrest van de Hoge Raad evenwel niet afleiden dat de Hoge

2 Zie voor dit alles r.o. 3.2.3 van het arrest van de Hoge Raad.

3 *Kamerstukken II 1979/80, 15304, 6, p. 18.*

Raad op dit punt *contra legem* heeft willen gaan door de in art. 2:93/203 lid 4 BW besloten liggende beperkingen terzijde te stellen. Dit punt lijkt in de procedure door een of andere oorzaak eenvoudig niet te zijn opgemerkt en wordt ook in de conclusie niet aangestipt.

Het komt mij derhalve voor dat het standpunt van het hof dat sprake is van bekrachtiging in de akte van oprichting, hierop moet afstuiten. De oprichters zijn eenvoudig niet bevoegd de vennootschap in de akte van oprichting te binden aan een op haar naam gesloten koopovereenkomst. Het oordeel dat (wel of) geen sprake is van het handelen op naam van een NV/BV i.o. in de zin van art. 2:93/203 lid 1 BW, is hierbij niet relevant. De opsomming in art. 2:93/203 lid 4 BW jo. art. 2:94/204 lid 1 BW staat op zichzelf en is limitatief. Ik ben benieuwd wat het Hof Arnhem-Leeuwarden hiermee gaat doen. Het lijkt mij dat het oordeel niet kan inhouden dat de akte van oprichting een tot bekrachtiging strekkende verklaring bevat. Het hof zou natuurlijk ook kool en geit kunnen sparen en overwegen dat deze verklaring niet tot Verkoper was gericht. Daar zou niet veel op af te dingen zijn omdat de onderhavige verklaring in de akte van oprichting niet kan strekken tot bekrachtiging van dit type rechtshandelingen.

3.2 Een (te?) restrictieve benadering toepassingsbereik art. 2:93/203 BW

In het onderhavige geval aanvaardt de Hoge Raad bij implicatie dat is gehandeld ten name van een nog niet opgerichte vennootschap. Dit blijkt onder meer uit r.o. 3.3 waarin wordt verwezen naar art. 3:69 BW. Evenzeer het opmerken waard is dat in het arrest niet wordt verwezen naar art. 2:93/203 BW. Er is dus kennelijk sprake van het handelen ten name van een nog niet opgerichte vennootschap dat buiten het toepassingsbereik van art. 2:93/203 lid 1 BW valt. De onderhavige handelwijze wordt onder de regels van volmacht gebracht. Op dit laatste kom ik terug onder 3.3.

Een reden waarom art. 2:93/203 lid 1 BW niet van toepassing is, geeft de Hoge Raad niet maar het hof doet dat wel: Verkoper verkeerde ten tijde van het aangaan van de handeling in de veronderstelling dat de vennootschap reeds was opgericht. Bepalend voor toepasbaarheid van art. 2:93/203 lid 1 BW wordt kennelijk geacht of de wederpartij *bij het aangaan van de rechtshandeling* wist of behoorde te weten dat ten behoeve van een nog niet opgerichte vennootschap werd gehandeld.⁴ De Hoge Raad gaat hier – zo lijkt het – in mee. Strikt naar de letter van de wet genomen, is hier wellicht wel wat voor te zeggen. Men kan zich echter de vraag stellen of een andere benadering niet mogelijk en wellicht niet ook te prefereren is, indien men er althans vanuit gaat dat inderdaad sprake is van een handeling ten name van een (nog) niet-bestaande vennootschap (zoals hof en Hoge Raad doen). Hierbij is te bedenken dat art. 2:93/203 lid 2 BW bepaalt dat de personen die handelen ten behoeve van

een nog niet-bestaande vennootschap, zelf (hoofdelijk) zijn verbonden zolang de vennootschap de handeling na haar oprichting niet heeft bekrachtigd. Deze bepaling strekt tot bescherming van de wederpartij.⁵ Deze bescherming wordt de wederpartij ontnomen – en kan dus worden ontgaan – indien men aanneemt dat zij alleen geldt indien kenbaar op naam van een nog niet opgerichte vennootschap wordt gehandeld.⁶ De wederpartij kan weliswaar op basis van art. 3:70 BW schadevergoeding vorderen, maar dat is een lastig traject en qua resultaat niet met het kunnen afdwingen van nakoming gelijk te stellen.

Een andere uitkomst had kunnen worden bereikt door art. 2:93/203 BW minder restrictief op te vatten. Mede gezien de ratio van de regeling zie ik geen reden om als criterium voor toepasselijkheid van art. 2:93/203 lid 1 BW te stellen dat *op het moment* van het verrichten van de handeling voor beide partijen duidelijk moet zijn geweest dat ten behoeve van een nog op te richten vennootschap werd gehandeld. Indien weliswaar ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor de wederpartij niet kenbaar ten behoeve van een NV/BV i.o. is gehandeld, maar (i) die intentie bij de handelende persoon of personen hem nadien wel kenbaar is geworden; en (ii) door hem (alsnog) is aanvaard, is mij niet duidelijk waarom deze handeling niet onder art. 2:93/203 BW zou kunnen vallen.⁷ Dat in casu Verkoper die nadere duiding heeft omarmd, moet wel uit de feiten kunnen worden afgeleid. Me dunkt dat dit kan worden afgeleid uit het instellen van de nakomingsvordering jegens X. De door het hof en in zijn kielzog de Hoge Raad gemaakte inperking van het toepassingsbereik van art. 2:93/203 BW is mij, samengevat, te categorisch en leidt gezien de strekking van die bepaling ook niet tot een optimaal resultaat.

3.3 De niet-bestaande (rechts)persoon en (onbevoegde) vertegenwoordiging (?)

Uit de verwijzingen naar art. 3:69 BW jo. art. 3:33 en 3:37 BW in r.o. 3.3 blijkt dat de Hoge Raad de bekrachtiging ziet als een rechtshandeling. Bekrachtiging vereist een verklaring die om haar werking te hebben, tot de wederpartij moet zijn gericht en de wederpartij moet hebben bereikt. Hierop heb ik geen commentaar. Wat het opmerken waard is, is dat de Hoge Raad zonder meer lijkt aan te nemen dat de gewone regels omtrent volmacht van toepassing zijn ten aanzien van handeling op naam van een niet-bestaand rechtssubject. Hierbij plaats ik enkele kanttekeningen.

In de kern gaat het bij het leerstuk van vertegenwoordiging om de erkenning dat het ene rechtssubject (de gevolmachtigde) een ander rechtssubject rechtens 'tegenwoordig' kan stellen. De mogelijkheid een om niet-bestaand rechtssub-

4 Niet bepalend is dat (expliciet) ten name van een NV/BV i.o. is gehandeld. Zie o.m. HR 2 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB3476, NJ 1975/468 (*Sietze de Vries*) en Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 1999, JOR 2002/78. Het is een kwestie van uitleg of sprake is van preconstitutieel handelen in de zin van art. 2:93/203 BW.

5 Met ingang van 1 januari 1987 (*Stb.* 1986/275) is de aansprakelijkheid voor schade bij niet-bekrachtiging gewijzigd in hoofdelijke verbondenheid voor de aangegane verbintenissen.

6 Zie ook de noot van Kortmann & Kortmann, JOR 2017/85.

7 Hierbij is aan te tekenen dat ook feiten en omstandigheden die zich na het verrichten van een rechtshandeling hebben voorgedaan, van betekenis kunnen zijn voor de duiding daarvan. Zie o.m. HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9429, NJ 2001/157 (*Kuypers/Wijnveen*); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 (*Int. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*).

ject tegenwoordig te stellen, is daarom nog niet zo vanzelfsprekend, althans niet zonder daartoe strekkende wettelijke bepaling.⁸ Ons recht kent een dergelijke bepaling in de regeling betreffende het ongeborn kind (art. 1:2 BW). Deze regeling houdt in dat een verwekt maar nog ongeborn kind reeds als geboren wordt aangemerkt zo dikwijls als zijn belang dit vordert. Het ongeborn kind kan daarom binnen dat kader worden vertegenwoordigd (door zijn wettelijke vertegenwoordigers) en in voorkomende gevallen derhalve ook onbevoegd worden vertegenwoordigd. Een dergelijke regeling kennen wij niet voor nog niet opgerichte rechtspersonen en daaraan is mijns inziens ook geen behoefte.

Het hof en de Hoge Raad besteden aan dit alles geen aandacht en lijken daardoor de vertegenwoordiging van een niet-bestaand rechtssubject als vanzelfsprekend te beschouwen. Hierbij is aan te tekenen dat het kennelijk moet gaan om *onbevoegde* vertegenwoordiging. Hiervan getuigt de verwijzing naar de mogelijkheid van bekrachtiging (art. 3:69 BW). Hierbij is echter de kanttekening te plaatsen dat bekrachtiging door een niet-bestaand rechtssubject niet mogelijk is. Totdat – om het bij een rechtspersoon te houden – de rechtspersoon is opgericht, rijst dan ook de vraag of sprake kan zijn van onbevoegde vertegenwoordiging. Dit zou het – deze gedachtegang volgend – eerst kunnen worden doordat de rechtspersoon wordt opgericht omdat eerst dan mogelijke toepassing van art. 3:69 BW in beeld komt.

Hoe zou men dit moeten zien? Betoogd is wel dat in dit verband een beroep kan worden gedaan op art. 3:58 BW jo. art. 3:69 BW.⁹ Art. 3:58 BW bepaalt dat een voorheen ongeldige rechtshandeling, geldig wordt indien het voor haar geldigheid vereiste wettelijke vereiste alsnog in vervulling gaat en alle relevante betrokkenen haar tot dan toe als geldig hebben beschouwd. Doordat de vennootschap/quasi-volmachtgever wordt opgericht, wordt de mogelijkheid van onbevoegde vertegenwoordiging werkelijkheid, en daarmee de handeling voor bekrachtiging vatbaar, zo is kennelijk de gedachte. De oprichting van de rechtspersoon leidt echter op zich niet tot geldigheid van de desbetreffende rechtshandeling. Die is immers ondanks de oprichting van de rechtspersoon nog steeds ongeldig – namelijk onbevoegd verricht. Art. 3:58 BW biedt aldus gezien geen soelaas. Door de verbinding te leggen met art. 3:69 BW zou vervolgens deze hobbel kunnen worden geslecht. Dit roept de vervolgvraag op of maar moet worden aangenomen dat de wederpartij – die te goeder trouw dacht te hebben gecontracteerd met een reeds bestaande vennootschap – een andere, later opgerichte vennootschap als contractspartner

heeft te accepteren?¹⁰ Wordt, met andere woorden, niet te luchtig omgegaan met het begrip ‘wettelijk vereiste’ in art. 3:58 BW, door daar ook het niet-bestaan van de (verondersteld bestaande) contractspartij onder te vatten?

Het zou mij in ieder geval te ver gaan dat de wederpartij langs deze weg een andere rechtspersoon dan waarmee hij dacht te hebben gecontracteerd, als contractspartij zou kunnen worden opgedrongen. Daarvoor is, zou ik menen, ten minste zijn instemming vereist. Dit uitgangspunt wordt ook aangenomen bij de toepassing van art. 2:93/203 BW.¹¹ Het zou mij bevreemden als dat via de hier besproken alternatieve route – hoe men daarover ook denkt – niet zou gelden. Een kanttekening die aansluit op het voorgaande is dat het hof – uitgaande van bekrachtiging ex art. 3:69 BW – aanneemt dat door de (aangenomen) bekrachtiging de overeenkomst van begin af aan als geldig moet worden beschouwd. Dat is mijns inziens opmerkelijk aangezien in het onderhavige geval bij het aangaan van de overeenkomst de vennootschap nog niet bestond. Kan de vennootschap op een moment gelegen vóór haar oprichting partij worden bij een overeenkomst? Daarvoor zie ik geen mogelijkheden. Een rechtspersoon kan – afgezien van de onder 1 genoemde rechtshandelingen die in de akte van oprichting kunnen worden verricht – eerst vanaf haar oprichting rechtshandelingen stellen. Een juistere benadering is mijns inziens dat van onbevoegde vertegenwoordiging die vatbaar is voor bekrachtiging, in gevallen als de onderhavige geen sprake is en dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat is gebleken dat partijen over en weer (toch) gebondenheid accepteren.

Terzijde merk ik op dat naar mijn mening hetzelfde geldt voor ‘bekrachtiging’ in de zin van art. 2:93/203 BW. Over de aard van deze rechtsfiguur bestaat sinds jaar en dag discussie. Vanouds wordt zij wel geduid als een verschijningsvorm van (onbevoegde) vertegenwoordiging dan wel als een verschijningsvorm van het derdenbeding. Probeert men het preconstitutief handelen te verklaren als onbevoegde vertegenwoordiging, dan komen enkele vragen op, waaronder de hierboven aangestipte vragen of een niet-bestaand rechtssubject wel (onbevoegd) tegenwoordig kan worden gesteld en of de ‘bekrachtiging’ terugwerkende kracht kan hebben tot op het moment van het verrichten van de rechtshandeling. Men vindt ook de opvatting dat bekrachtiging terugwerkt tot op het moment van oprichting, maar (ook) dan komt art. 2:69/180 BW in beeld: De vennootschap wordt dan immers door de bekrachtiging verbonden in het tijdvak voordat haar inschrijving heeft plaatsgevonden, hetgeen zou leiden tot hoofdelijke verbondenheid van de desbetreffende bestuurders. Dit resultaat is uiteraard niet acceptabel. Met de vertegenwoordigingsfiguur is voorts niet in lijn dat de handelende persoon zichzelf bindt (tenzij uitdrukkelijk anders bedongen – maar ook dan handelt hij *pro se*) en zelf

8 De minister heeft het verzoek (*Kamerstukken II 1958/59, 3770, 4, p. 13*), om bekrachtiging door een persoon, die ten tijde van de handeling nog niet bestond in de wet op te nemen niet over willen nemen, maar achtte dit ook weer niet op voorhand categorisch onmogelijk (*Kamerstukken II 1970/71, 3770, 5, p. 91*).

9 A.S. Hartkamp, ‘Bekrachtiging van nietige rechtshandelingen’, in: *Non sine Causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 132, waarover ook Kortmann & Kortman, *JOR* 2017/85.

10 Hartkamp, t.a.p. lijkt wel te vereisen dat de vertegenwoordigde wordt ‘bepaald’. Wat hieronder moet worden verstaan, wordt niet verder uitgewerkt.

11 Zie voor het zogenoemde identiteitsvereiste o.m. HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0663, *NJ* 1993/116 (*Clara Candy*) en HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1869, *NJ* 1996/141 (*Infokab*).

partij is bij de rechtshandeling.¹² En zo zijn er nog wel wat puntjes te noemen die wellicht tot op zekere hoogte zijn weg te poetsen maar desondanks niet goed harmoniëren met (onbevoegde) vertegenwoordiging.¹³ Benadert men het preconstitutief handelen als een uiting van contractvrijheid, meer specifiek een verschijningsvorm van het derdenbeding, dan valt alles echter probleemloos op zijn plaats.¹⁴

Prof. mr. W.J.M. van Veen

Procesrecht

Ondernemingsrecht 2017/91

Hoge Raad (Civiele kamer) 31 maart 2017, nr. 16/00335 m.nt. mr. E.A. van Dooren¹

RvdW 2017/421
RI 2017/57
ARO 2017/102
JWB 2017/133
NJB 2017/851
RO 2017/52
RN 2017/52
ECLI:NL:HR:2017:546

Ontvankelijkheid cassatieberoep; verzet tegen de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid.

SNS/curatoren en CRI

1. Feiten

De bovengenoemde beschikking van de Hoge Raad heeft betrekking op twee voormalige groepsmaatschappijen van de SNS-groep: Propertize BV (hierna: Propertize; voorheen SNS Property Finance BV) en PRPZ Financiering Participaties BV (hierna: PRPZ; voorheen SNSPF Financiering Participaties BV). Zowel ten aanzien van Propertize als ten aanzien van

PRPZ was een verklaring in de zin van art. 2:403 lid 1 sub f BW gedeponereerd. In 2006 heeft SNS Bank een dergelijke '403-verklaring' gedeponereerd ten aanzien van Propertize. In 2008 heeft SNS Reaal een 403-verklaring gedeponereerd ten aanzien van PRPZ. Krachtens deze 403-verklaringen stelden SNS Bank en SNS Reaal zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van Propertize, respectievelijk PRPZ. Mede door de deponering van de 403-verklaringen konden Propertize en PRPZ het groepsregime van art. 2:403 BW toepassen. Op grond van het groepsregime is een groepsmaatschappij (hierna: de 403-maatschappij) bevoegd voor haar jaarrekening af te wijken van de inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW en van rechtswege vrijgesteld van de voor het bestuursverslag en overige gegevens geldende inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW, van accountantscontrole en van de verplichting om de jaarstukken bij het handelsregister openbaar te maken. De twee belangrijkste voorwaarden voor de toepassing van het groepsregime zijn dat de financiële gegevens van de 403-maatschappij geconsolideerd zijn in de geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon (hierna: de moedermaatschappij) en dat de moedermaatschappij een 403-verklaring deponereert waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de 403-maatschappij.

Op 1 januari 2014 zijn Propertize en PRPZ afgesplitst van de SNS-groep. Eén dag vóór de afsplitsing, op 31 december 2013, trokken SNS Bank en SNS Reaal hun 403-verklaringen ten aanzien van Propertize en PRPZ in. Zij deponerden een zogenoemde intrekkingsverklaring in de zin van art. 2:404 lid 1 BW. In lid 2 van dit artikel is voorgeschreven dat SNS Bank en SNS Reaal aansprakelijk blijven op grond van hun (ingetrokken) 403-verklaring voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van Propertize, respectievelijk PRPZ, die verricht zijn voordat SNS Bank, respectievelijk SNS Reaal, een beroep kon doen op de intrekking van de verklaring. Deze overblijvende aansprakelijkheid eindigt als wordt voldaan aan de vier vereisten van art. 2:404 lid 3 BW. Krachtens deze bepaling moet (onder andere) een mededeling gedeponereerd worden van het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Op 31 december 2013 hebben SNS Bank en SNS Reaal een dergelijke mededeling gedeponereerd. Op grond van lid 5 van art. 2:404 BW kan een crediteur voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt verzet instellen tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De beschikking van de Hoge Raad heeft betrekking op het verzet van twee partijen. Allereerst het verzet van de curatoren van verschillende vastgoedondernemingen (hierna: de curatoren). Deze ondernemingen hadden kredietovereenkomsten afgesloten met Propertize voor de financiering van vastgoedprojecten. De curatoren zijn van mening dat Propertize ten aanzien van deze overeenkomsten toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgvuldigheidsverplichting en dat Propertize uit dien hoofde schadeplichtig is jegens de vastgoedondernemingen. Daarnaast ziet de beschikking op het verzet van de Duitse vennootschap Commerz Real Investmentgesellschaft MBH

¹² Vlg. HR 29 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9333, *JOL* 2002/194 (*Sabra Exotics*) waarin zonder meer werd aangenomen dat in geval de BV i.o. kwalificeert als vof, een vennoot handelend ten behoeve van de BV i.o. mede de andere niet-handelende vennoten verbindt ex art. 2:203 lid 3 BW. In de jurisprudentie wordt de handelende persoon ook steevast als 'partij' aangeduid. Zie o.m. HR 17 september 182, ECLI:NL:HR:1982:AG4443, *NJ* 1983/120 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bonaventura*), r.o. 3.2; HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0663, *NJ* 1993/116 (*Clara Candy*), r.o. 3.3; HR 11 april 1997, *NJ* 1997, 583, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hemmen*), r.o. 3.4.

¹³ Men denke aan de situatie dat op naam van een BV/NV i.o. een overeenkomst wordt gesloten waarin vóór oprichting door de handelende partijen wijziging wordt gebracht. Gaat men uit van onbevoegde vertegenwoordiging dan zou het de vennootschap na oprichting vrijstaan te kiezen uit bekrachtiging van de oorspronkelijke dan wel de gewijzigde overeenkomst. Dit resultaat wordt door niemand bepleit.

¹⁴ De geïnteresseerde lezer verwijst ik naar: 'Over de aard van het preconstitutief vennootschappelijk handelen', *RMTh* 2004, p. 186 e.v. alwaar ook verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie zijn opgenomen, en Dijk/Van der Ploeg, *Van Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2013, par. 3.8.

¹ Etzel van Dooren is promovendus en docent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht (Universiteit Utrecht).