

# VU Research Portal

## Toetsing van besluiten; ontwikkelingen sinds 1992

Klein Wassink, A.J.M.

### ***published in***

Onderneming en financiering  
2004

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

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

### ***citation for published version (APA)***

Klein Wassink, A. J. M. (2004). Toetsing van besluiten; ontwikkelingen sinds 1992. *Onderneming en financiering*, 2004(60), 45-50.

### **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](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Toetsing van besluiten; ontwikkelingen sinds 1992

**D**e invoering van het NBW in 1992 bracht aanpassing van de destijds geldende regeling over besluitvorming met zich mee. Men verwachtte een naadloze aansluiting van Boek 2 bij de rest van het BW. In de praktijk blijkt dat echter niet zo te zijn. In de gelaagde systematiek van het BW wordt op nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen de regeling uit Boek 3 toegepast. Deze algemene regels behoren dus ook te gelden voor de rechtshandelingen stem en besluit. De nietigheid of vernietigbaarheid van stemmen en besluiten kent echter in de artikelen 2:12 tot en met 2:16 BW een eigen regeling. Bij het toepassen van deze regeling dient men in gedachten te houden dat de ontwerpers van Boek 2 een andere invulling aan de begrippen nietigheid en vernietigbaarheid hebben gegeven dan de ontwerpers van Boek 3 en dat, helaas, geen onderlinge afstemming heeft plaatsgevonden. Een ander voorbeeld is het gebruik van de begrippen ‘bevestiging’ en ‘bekrachtiging’. Ook daar moet geconstateerd worden dat de betekenis van de gebruikte begrippen in Boek 2 en 3 BW enigszins verschilt.<sup>1</sup>

In dit artikel worden de hoofdlijnen van de huidige regeling over besluitvorming en de toetsing van besluiten geschetst. Achtereenvolgens wordt kort ingegaan op de inhoud van de regeling, het effect van een nietig of vernietigbaar besluit en mogelijkheden tot herstel van gebreken. Nadat vastgesteld is aan welke eisen het instellen van een vordering moet voldoen, wordt een selectie uit de jurisprudentie over nietigheid en vernietigbaarheid besproken. Ten slotte wordt aandacht besteed aan een arrest waarin de vraag of een besluit externe werking heeft aan de orde lijkt te komen.

## Nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten

In de algemene bepalingen van Boek 2 BW zijn in de artikelen 2:12 BW tot en met 2:16 BW de regels te vinden over de nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten. Kort samengevat komen die in hoofdlijnen op het volgende neer. Een besluit is nietig als het in strijd is met de wet of de statuten, artikel 2:14 BW, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Een besluit is vernietigbaar als bij de totstandkoming wettelijke of statutaire procedureregels zijn geschonden, als het besluit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid zoals in artikel 2:8 BW geformuleerd of als het besluit in strijd is met een reglement, artikel 2:15 BW. Dit artikel verwijst naar elders in de wet opgenomen bepalingen over vernietiging, bijvoorbeeld de bepalingen over benadeling van crediteuren, artikel 3:45 juncto 59 BW en de artikelen 42 e.v. Faillissementswet. Verder biedt artikel 2:16 BW in een aantal gevallen bescherming aan derden en gaan de artikelen 2:12 en 13 BW over het uitbrengen van stemmen en de rol van de voorzitter van de vergadering. De regels over de totstandkoming van besluiten van de algemene vergadering zijn opgenomen bij verschillende in Boek 2 opgenomen rechtspersonen. Voor de naamloze vennootschap zijn die te vinden in de artikelen 2:107 tot en met 2:128 BW, terwijl voor de besloten vennootschap bepalingen met dezelfde strekking opgenomen zijn in de artikelen 2:217 tot en met 2:238 BW. De combinatie van de regels over nietigheid en vernietigbaarheid en die over totstandkoming van besluiten vormt het wettelijk kader over besluitvorming. Uit de jurisprudentie kunnen aanvullende vereisten worden afgeleid. Zo dient een besluit het resultaat te zijn van onderling overleg tussen de leden van het orgaan en moeten de leden van

<sup>1</sup> Zie de bijdrage van prof. mr. J.B. Huizink aan het preadvies ‘Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren’, Koninklijke Vermande, 2003, pp. 194 e.v.

dat orgaan in de gelegenheid worden gesteld aan dat overleg deel te nemen.<sup>2</sup> Een tweede uit de jurisprudentie af te leiden vereiste is dat bestuurders niet alleen een raadgevende stem hebben maar dat zij ook in de gelegenheid moeten worden gesteld die uit te oefenen.<sup>3</sup>

### Het effect van een nietig of vernietigbaar besluit

Is een besluit nietig dan wordt het vanaf het begin geacht niet te hebben bestaan. Wie met een nietig besluit te maken krijgt kan dat negeren en in geval van twijfel een verklaring voor recht vragen dat het besluit nietig is. Een vernietigbaar besluit is geldig totdat het door de rechter vernietigd is. Bij de toetsing gaat het vaak om de afweging wat redelijk en billijk is en overigens zal de rechter ook kijken of die afweging gelet op het belang van de overtreden norm zal moeten leiden tot vernietiging.<sup>4</sup>

Vernietiging heeft tot gevolg dat het besluit geen rechtskracht meer heeft. De bevoegdheid om vernietiging te vorderen vervalt een jaar na het einde van de dag waarop aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven of de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan op de hoogte is gesteld. Het effect van nietigheid of vernietiging is gelijk: het besluit telt niet meer mee.

### Reparatie van nietige of vernietigbare besluiten

In artikel 2:14 lid 2 BW geeft de wetgever een reparatiemogelijkheid voor een besluit dat nietig is omdat een voorafgaande handeling of mededeling aan een ander orgaan dan het orgaan dat het besluit heeft genomen ontbreekt. Bekende voorbeelden zijn goedkeuring vooraf door een orgaan van de rechtspersoon, bijvoorbeeld goedkeuring door de raad van commissarissen, of een bindende voordracht van de raad van commissarissen voor de benoeming van bestuurders. Ontbreekt de goedkeuring dan kan het besluit door een bekrachtigingsbesluit genomen door het betreffende orgaan worden gerepareerd.<sup>5</sup> Is een

besluit vernietigbaar wegens het niet in acht nemen van de procedureregels over de totstandkoming, dan kan dat besluit worden bevestigd zoals artikel 2:15 lid 6 BW aangeeft door 'een daartoe strekkend besluit'. Deze bevestiging zorgt ervoor dat het besluit onaan-tastbaar is.

### Vereisten voor het instellen van een vordering

Als is vastgesteld dat een besluit vernietigbaar is wegens één van de in artikel 2:15 lid 1 BW genoemde gronden, komt de vraag aan de orde aan welke eisen het instellen van een vordering tot vernietiging moet voldoen. Artikel 2:15 lid 3 BW geeft aan ieder die een redelijk belang heeft bij naleving van het geschonden voorschrift dat niet is nagekomen de mogelijkheid een procedure te starten. Wordt vernietiging van het besluit gevorderd, dan dient de eisende partij te stellen en te bewijzen dat hij een redelijk belang heeft. Naast het redelijkbelangvereiste van artikel 2:15 lid 3 BW geldt tevens het algemene vereiste dat er voldoende processueel belang in de zin van artikel 3:303 BW is, een dubbel vereiste dus.<sup>6</sup> De vordering moet worden ingesteld bij de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon, dus daar waar de rechtspersoon zijn statutaire zetel heeft. Het moet ook gaan om een vordering. Het is niet mogelijk bij wijze van verweer, in een op andere gronden reeds aanhangige procedure, een beroep te doen op vernietigbaarheid van een besluit.

Wanneer is er sprake van een redelijk belang? In de jurisprudentie is dat aan de orde geweest in het arrest van de Hoge Raad in de zaak tussen Koelman en de vereniging Buma.<sup>7</sup> De algemene ledenvergadering keurt bij besluit van 9 juni 1986 het door de Buma over 1985 gevoerde beleid goed. Impliciet is daarmee de ondertekening van een kabelmodelovereenkomst met kabelexploitanten geaccordeerd. Koelman, lid van de vereniging, vordert vernietiging van dit besluit voorzover het gaat om de ondertekening van de modelovereenkomst.<sup>8</sup> Zonder die modelovereenkomst zouden muzikanten en fotografen een

<sup>2</sup> HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (Wijsmuller).

<sup>3</sup> Zie het later in dit artikel genoemde arrest HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595 (Janssen Pers).

<sup>4</sup> Voorbeelden uit de jurisprudentie: HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 484 (Baus-De Koedoe), maar ook het in de vorige noot genoemde Janssen Pers-arrest.

<sup>5</sup> Omdat dit besluit specifiek gericht is op het herstellen van een ontbrekende handeling of mededeling, heeft deze vorm van bekrachtiging een ander karakter dan de bekrachtiging van artikel 3:58.

<sup>6</sup> Voor het vragen van een verklaring voor recht dat een besluit nietig is op grond van artikel 2:14 BW geldt overigens ook dat de eiser voldoende belang moet stellen, in de zin van artikel 3:303. De vraag naar een redelijk belang bij naleving van de geschonden bepaling komt echter alleen aan de orde bij het vorderen van vernietiging op een van de gronden van artikel 2:15 lid 1 BW.

<sup>7</sup> HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 458 (Koelman-Buma).

<sup>8</sup> Zowel in het arrest Koelman-Buma als het hierna te bespreken arrest Lampe-Videoworks werd de vordering ingesteld op grond van artikel 2:11 oud, doch dat verschilt materieel niet van artikel 2:15 lid 3.

hogere vergoeding bij de kabelexploitanten kunnen bedingen. De Hoge Raad herhaalt de beslissing uit het arrest Lucas Academie: als vernietiging van het besluit het uiteindelijk door de eisende partij beoogde resultaat niet kan realiseren ontbreekt het redelijk belang.<sup>9</sup> Toegespitst op de vordering van Koelman: vernietiging van het besluit van de algemene vergadering zal niet tot gevolg hebben dat daardoor de modelovereenkomst ongeldig wordt en ook de door Koelman in het vooruitzicht gestelde mogelijkheid om een hogere vergoeding van de kabelexploitanten te bedingen zal daardoor niet ontstaan. Kortom, Koelman heeft geen redelijk belang bij het instellen van een vordering.

In het tweede arrest over redelijk belang gaat het om de vraag of een ontslagen directeur, die tevens aandeelhouder is, in zijn kwaliteit van aandeelhouder steeds een redelijk belang in de zin van artikel 2:15 lid 3 BW heeft als hij vernietiging van het ontslagbesluit vordert.<sup>10</sup> In het algemeen niet, zo oordeelt de Hoge Raad: nodig is dat de aandeelhouder in een eigen belang is of dreigt te worden geschaad. Is dat niet zo, dan ontbreekt het redelijk belang dat vereist is voor het instellen van een vordering tot vernietiging.

### **Nietige of vernietigbare besluiten in de jurisprudentie; een selectie**

Besluiten die genomen worden in strijd met de wet of de statuten zijn nietig. Een voorbeeld van een besluit dat nietig is wegens strijd met de wet is te vinden in het arrest Kuijpers, waarin het bestuur een besluit neemt over de toekenning van salaris aan een van de bestuurders.<sup>11</sup> In artikel 2:245 BW is bepaald dat de bezoldiging van bestuurders vastgesteld wordt door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij bij statuten anders is bepaald. In de statuten is daar niet van afgeweken zodat die bevoegdheid toekomt aan de algemene vergadering en niet aan het bestuur.

Een voorbeeld van een vernietigbaar besluit wegens strijd met de door artikel 2:8 BW geëiste redelijkheid en billijkheid is te vinden in het Janssen Pers-arrest.<sup>12</sup> De casus kan als volgt worden samengevat: Janssen Pers Beheer BV (hierna: JP Beheer) houdt direct of indirect de aandelen van de dochtermaatschappijen van Janssen Pers. De aandelen van JP Beheer zijn gecertificeerd, de certificaten worden

gehouden door P. Janssen. Als onderdeel van een eerdere reorganisatie zijn naast P. Janssen, twee commissarissen van JP Beheer benoemd tot bestuurder van de Stichting Administratiekantoor Janssen Pers Beheer (hierna: de stichting). In het kader van een tweede reorganisatie in 1992 is afgesproken dat een dochtervennootschap wordt omgevormd tot Janssen Pers BV (hierna: JP) en als tussenholding geschoven wordt tussen JP Beheer en de andere dochtermaatschappijen. Afgesproken is dat in het kader van de herschikking aandelen in het kapitaal van JP zullen worden uitgegeven aan een investeerder. Het effect van die emissie zal zijn dat het belang van P. Janssen verwaterd. Na de emissie heeft JP Beheer nog een minderheidsbelang in JP en kan weinig invloed meer uitoefenen op de gang van zaken binnen de groep. Het bestuur van de stichting kan daarna weer uit één bestuurder, P. Janssen, bestaan. De overige bestuurders zullen aftreden. Voordat de emissie geëffectueerd kan worden moet eerst het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap worden verhoogd. Daarvoor is een statutenwijziging noodzakelijk. Door een misverstand treden de bestuurders van het administratiekantoor te vroeg af, zij menen dat een afgesproken emissie van aandelen, waardoor het belang van P. Janssen zou verwateren, al gerealiseerd is. In het machtsvacuüm dat dan ontstaat laat P. Janssen zich benoemen tot bestuurder van JP Beheer en laat die vennootschap, enig aandeelhoudster van JP, de tussenholding, een aantal besluiten nemen die tot gevolg hebben dat de beoogde herschikking gefrustreerd wordt. De zittende bestuurder en commissarissen worden ontslagen en de besluiten tot statutenwijziging en uitgifte van aandelen worden ingetrokken.<sup>13</sup> De Hoge Raad geeft in dit arrest een aantal beslissingen. Bevestigd wordt dat voor het nemen van een besluit buiten vergadering vereist is dat het besluit wordt genomen met algemene stemmen en dat die stemmen schriftelijk moeten worden uitgebracht. Dat houdt in dat als er maar één aandeelhouder is, schriftelijke vastlegging van het besluit voldoende is. Verder oordeelt de Hoge Raad dat aan een besluit tot intrekking van een eerder genomen besluit geen andere eisen worden gesteld dan aan een normaal besluit. Ten slotte wordt bevestigd dat bestuurders in de gelegenheid moeten worden gesteld de raadgevende stem die artikel 2:227 lid 4 BW hun toekent uit te oefenen. Dat het effect

<sup>9</sup> HR 19 mei 1989, *NJ* 1989, 652, Lucas Academie.

<sup>10</sup> HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 694, Lampe-Videoworks.

<sup>11</sup> HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139, Kuijpers.

<sup>12</sup> HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595, Janssen Pers.

<sup>13</sup> De casus is, gelet op de omvang van dit artikel, vereenvoudigd weergegeven. Voor de details verwijs ik naar het arrest.

daarvan zou kunnen zijn dat die bestuurders proberen gemaakte afspraken over de herschikking te realiseren rechtvaardigt niet dat zij niet in de gelegenheid gesteld worden hun raadgevende stem uit te brengen.

### Ontbrekend besluit toch vertrouwen?

In het voorgaande is steeds uitgegaan van een nietig of vernietigbaar besluit. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag of als een besluit ontbreekt een beroep gedaan kan worden op de vertrouwensleer van artikel 3:35 BW. Over deze kwestie heeft de Hoge Raad beslist in de zaak die geleid heeft tot het arrest Van Ekelenburg-Hotel Maatschappij Leiden BV.<sup>14</sup> Van Ekelenburg laat zich per 11 mei 1998 inschrijven in het handelsregister als enig bestuurder van Hotel Maatschappij Leiden BV (HML), vervolgens laat hij zich per 2 juli 1999 uitschrijven als bestuurder. HML en haar enig aandeelhoudster verzoeken om doorhaling van de inschrijving van Van Ekelenburg als bestuurder op het moment dat hij al is uitgeschreven. Van Ekelenburg verzet zich daartegen. HML voert aan dat Van Ekelenburg niet rechtsgeldig is benoemd. Er is namelijk geen benoemingsbesluit en notulen, een besluitenlijst of de verplichte aantekening van genomen besluiten ontbreken. In de procedure is een volmacht overgelegd waaruit de benoeming zou moeten blijken. Deze houdt echter niet meer in dan een volmacht om een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen en te besluiten tot benoeming van een bestuurder. De rechtbank acht het mogelijk dat de benoeming uit feiten of omstandigheden kan worden afgeleid, maar aangezien die niet gesteld worden, gaat de rechtbank er verder van uit dat er geen geldig benoemingsbesluit is. In cassatie komt de vraag naar de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit niet meer aan de orde maar wel de vraag of het vertrouwensbeginsel van artikel 3:35 BW rechtstreeks mag worden toegepast in het vennootschapsrecht. Met andere woorden: mag Van Ekelenburg vertrouwen op de bij hem door gedragingen of verklaringen van de vennootschap gewekte schijn van benoeming? Volgens de wet worden bestuurders bij een gewone vennootschap benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 2:242 BW verzet zich tegen benoeming buiten dit artikel om. De Hoge Raad aanvaardt niet dat iemand die op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap aanneemt dat hij bestuurder

is, als bestuurder van de vennootschap wordt aangemerkt. Toepassing van het vertrouwensbeginsel van artikel 3:35 BW is in het rechtspersonenrecht alleen mogelijk als de aard van de rechtshandeling zich daar niet tegen verzet en dat doet het dwingendrechtelijke karakter van artikel 2:242 BW wel. Uit de aard van die bepaling vloeit tevens voort dat de vennootschap het recht om zich op ongeldigheid van de benoeming te verzetten niet kan verwerken.

Had de algemene vergadering de benoeming van Van Ekelenburg kunnen bekrachtigen? Uit een eerdere beslissing van de Hoge Raad volgt dat een niet plaatsgevonden of ongeldige benoeming, ook al heeft de vermeende bestuurder als bestuurder gefunctioneerd, niet bekrachtigd kan worden.<sup>15</sup> Een bevestigingsbesluit, zoals in artikel 2:15 lid 6 BW genoemd, komt evenmin in aanmerking, er is immers geen gebrekkig besluit maar in het geheel geen besluit.

### Besluiten met externe werking

Ten slotte de vraag of een besluit direct externe werking heeft en, zo ja, of het bestuur daarmee vertegenwoordigend optreedt. Timmermans heeft in 1993 twee huizen gekocht van de Stichting Het Utrechts Monumentenfonds.<sup>16</sup> In de onderhandelingen heeft Timmermans aangegeven dat zij belangstelling heeft voor een gedeelte van een tuin die aan haar eigendom grenst. In een in mei 1994 door de directeur-secretaris van de stichting aan haar gezonden conceptbrief is toegezegd dat na beëindiging van het lopende huurcontract het bewuste gedeelte van de tuin, onder nader overeen te komen voorwaarden, aan haar eigendom zal worden toegevoegd. Als het huurcontract eindigt, verzoekt Timmermans in augustus 1994 de stichting te overleggen over de voorwaarden voor de overdracht. De stichting weigert daarop in te gaan en Timmermans vordert, met een beroep op de conceptbrief, nakoming van de overeenkomst. Onduidelijk is of het bestuur van de stichting nu wel of niet tot de overdracht besloten heeft. Notulen of besluitenlijsten ontbreken, alleen wordt uit de stukken duidelijk dat de eventuele overdracht in augustus of september 1993 in het bestuur besproken is. Het door de stichting aangedragen bewijsmateriaal heeft het Hof er niet van kunnen overtuigen dat er geen besluit is genomen. Het Hof neemt daarom als vaststaand aan dat het bestuur akkoord is gegaan met de overdracht en dat de directeur-secretaris van de stichting Timmermans daarvan

<sup>14</sup> HR 15 december 2000, NJ 2001, 109, Van Ekelenburg-Hotelmaatschappij Leiden.

<sup>15</sup> HR 2 juni 1977, NJ 1978, 238, Recourt.

<sup>16</sup> HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 1, Utrechts Monumentenfonds.

op de hoogte heeft gesteld zodat er een overeenkomst tot stand is gekomen. Het Hof veroordeelt de stichting tot nakoming van de overeenkomst en het alsnog vaststellen van de koopsom. In cassatie voert de stichting aan dat zij niet rechtsgeldig vertegenwoordigd was. Volgens de statuten was de directeur-secretaris niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. Daarop voortbordurend stelt de stichting dat het bestuursbesluit en de kennisgeving daarvan niet kunnen leiden tot het totstandkomen van een overeenkomst. Voor de totstandkoming van de overeenkomst ter uitvoering van het bestuursbesluit is eerst een externe rechtshandeling nodig die wordt verricht door hetzij het voltallige bestuur, hetzij de vertegenwoordigingsbevoegde bestuursleden. De Hoge Raad begint met de overweging dat de rechtshandeling aanvaarding van een aanbod in beginsel vereist dat er een op de aanvaarding gerichte wil en een daarmee corresponderende verklaring is (artikel 3:33 BW) en dat de verklaring degene die het aanbod doet bereikt moet hebben (artikel 3:37 lid 3 BW). Het oordeel van het Hof dat het bestuur van de stichting heeft besloten akkoord te gaan met overdracht moet volgens de Hoge Raad als volgt worden uitgelegd:

*[...] dat met dit besluit de wil van de stichting tot stand is gekomen gericht op aanvaarding van het aanbod van Timmermans het perceel te kopen'.*

De mededeling door de directeur-secretaris aan Timmermans moet gezien worden als uitvoering van de opdracht om namens de stichting mee te delen dat het aanbod aanvaard is.

Na lezing van dit arrest blijft de vraag over of een bestuursbesluit direct externe werking heeft en in hoeverre de schijn die de stichting heeft gewekt bij Timmermans aan de stichting behoort te worden toegerekend. Gaat het om verklaringen dan bieden artikelen 3:35 en 3:36 BW een oplossing. Voor besluiten van organen van rechtspersonen gelden die artikelen niet. De oplossing moet dan gevonden worden in artikel 2:16 lid 2 BW. Nietigheid of vernietigbaarheid van een besluit dat tot de wederpartij gericht is, kan niet aan die wederpartij worden tegen-gevoerd als die het gebrek dat aan het besluit kleeft kende noch behoefde te kennen. In de parlementaire geschiedenis is te lezen dat die vorm van bescherming alleen geldt voor besluiten met direct externe werking.<sup>17</sup> Als voorbeeld van zo'n besluit wordt genoemd de aanvaarding van een aanbod. Aangezien als vaststaand wordt aangenomen dat er een besluit is van het bestuur, kan de Hoge Raad eigenlijk niet anders dan de kwestie oplossen via uitleg en aan-

vulling van de overwegingen van het Hof dat met het besluit van het bestuur de wil gericht op aanvaarding van het aanbod tot stand komt, maar dat voor de aanvaarding zelf nog nodig is dat het besluit wordt overgebracht. Door in het bestuursbesluit ook te lezen dat aan de directeur-secretaris opdracht en volmacht gegeven is om namens het bestuur aan Timmermans mee te delen dat het bestuur het aanbod heeft aanvaard en dat de directeur-secretaris die opdracht heeft uitgevoerd, is de overeenkomst tussen de stichting en Timmermans tot stand gekomen. Aan de vraag of een besluit externe werking heeft komt de Hoge Raad dan niet meer toe. Ook de vraag of de directeur-secretaris wel bevoegd is om namens de stichting op te treden is hiermee opgelost. Bij het overbrengen van het bericht handelt hij uit hoofde van de aan hem verstrekte opdracht en volmacht.

Artikel 2:291 BW bepaalt dat het bestuur van een stichting bepaalde besluiten, bijvoorbeeld het besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging of vervreemding van registergoederen, alleen mag nemen als dat uitdrukkelijk in de statuten is opgenomen. Bovendien is het mogelijk in de statuten op te nemen dat die beperking doorwerkt in de bevoegdheid de stichting te vertegenwoordigen.

Onduidelijk is of het bestuur de machtiging door het college van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Utrecht vooraf of achteraf had moeten vragen en of die machtiging alleen de bevoegdheid tot het nemen van het besluit betreft of ook doorwerkt in de vertegenwoordigingsbevoegdheid. In de statuten is alleen bepaald dat het bestuur machtiging van de gemeente behoeft voor onder meer het vervreemden van onroerende goederen welke aan de stichting behoren. Opnieuw lost de Hoge Raad deze vraag op via uitleg van de overwegingen van het Hof. De verbintenis die door de stichting wordt aangegaan, kan slechts worden uitgevoerd nadat het college van Burgemeester en Wethouders de stichting achteraf, dat wil zeggen na de totstandkoming van de overeenkomst, heeft gemachtigd. Daaruit vloeit voort dat het ontbreken van de machtiging in de visie van de Hoge Raad het besluit niet nietig maakt. De Hoge Raad bereikt dit resultaat met een beroep op artikel 2:14 BW. Dat brengt mij tot de vraag wat nu het effect van een machtiging is. In de literatuur geldt als heersende mening dat als een vooraf te verlenen machtiging ontbreekt, het besluit nietig is, al kan het via de weg van artikel 2:14 lid 2 BW gerepareerd worden. Ontbreekt een achteraf te verlenen machtiging dan is het besluit niet nietig, maar kan het niet worden uitge-

<sup>17</sup> MvT bij artikel 2:16 BW Parl. Gesch. Aanpassing BW, Inv. 3, 5 en 6, pp. 176/177.

voerd totdat de machtiging verleend is.<sup>18</sup> In de parlementaire geschiedenis bij artikel 2:14 lid 2 BW wordt opgemerkt dat het artikel geen betrekking heeft op het ontbreken van handelingen die niet de geldigheid, doch slechts de uitvoering van besluiten in de weg staan. Voorbeelden van handelingen die de uitvoering van besluiten in de weg staan zijn goedkeuring en ontheffing achteraf. Deze kunnen altijd nog achteraf of eventueel binnen een gestelde termijn worden verleend.<sup>19</sup> Artikel 2:14 BW gaat dus over goedkeuring of machtiging die volgens wet of statuten vooraf verleend moeten worden en niet achteraf.<sup>20</sup> De conclusie moet dan zijn dat als de stichting besluit en vervolgens nalaat de machtiging achteraf te vragen, het besluit geldig is maar niet kan worden uitgevoerd. Pas als die machtiging verleend wordt kan het besluit worden uitgevoerd. Het ontbreken van een machtiging achteraf heeft dus niet tot gevolg dat het besluit nietig is zoals de Hoge Raad meent.

Wie dus als extern bij de rechtspersoon betrokkene echt een vinger in de pap wil hebben zorgt ervoor dat zijn instemming wordt gevraagd op een moment dat dat nog invloed kan hebben op de gang van zaken, vooraf dus. Dat kan worden vormgegeven door aan de bevoegdheid tot het nemen van besluiten als bedoeld in artikel 2:291 lid 2 BW als voorwaarde te verbinden dat die machtiging vooraf verleend wordt, en deze door te laten werken in de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Wordt dan gehandeld in strijd met de statuten, dan is er sprake van een nietig besluit en is het bestuur of de bestuurder niet tot ver-

tegenwoordiging bevoegd. De stichting kan daarop een beroep doen jegens derden zoals Timmermans.

Een ander aspect van het ontbreken van de vereiste goedkeuring of machtiging is dat het een reden kan zijn de bestuurder die het voorschrift negeerde aan zijn jasje te trekken. In een andere zaak heeft de Hoge Raad beslist dat een bestuurder van een naamloze vennootschap die in strijd handelt met een statutaire goedkeuringsregeling, hij verzuimde die goedkeuring te vragen, in beginsel ernstig verwijtbaar handelt als het gaat om de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur.<sup>21</sup> In voorkomende gevallen zal dit ook gelden voor bestuurders van andere rechtspersonen.

De problemen die gerezen zijn tussen Timmermans en de stichting zijn opgelost. Het vertrouwen van Timmermans, die al eerder zaken deed met de stichting, wordt niet beschaamd. Zij krijgt van de Hoge Raad wat haar is toegezegd. Een praktische en redelijke oplossing die de Hoge Raad bereikt door de overwegingen van het Hof zo uit te leggen dat er geen andere conclusie mogelijk is dan dat tussen de stichting en Timmermans een overeenkomst tot stand is gekomen. Het is jammer dat onbeantwoord blijft hoe het zit met de externe werking van bestuursbesluiten en de bescherming die artikel 16 lid 2 BW aan sommigen verleent.

**Mr. A.J.M. Klein Wassink is docent/onderzoeker bij de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam**

<sup>18</sup> *Asser-Van der Grinten-Maeyer* 2-II, nr. 128, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997.

<sup>19</sup> MvT bij artikel 2:14 BW Parl. Gesch. Aanpassing BW, Inv. 3, 5 en 6, p. 168.

<sup>20</sup> Zie de alinea over reparatie van nietige of vernietigbare besluiten.

<sup>21</sup> HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, Schwandt-Berghuizer Papierfabriek.