



De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap

Reparatie in het rechtspersonenrecht (II, slot)

Te repareren gevallen

Doeloverschrijding

Een rechtshandeling in strijd met het doel is in beginsel geldig. Zij is echter vernietigbaar indien de wederpartij wist dat het doel werd overschreden of dit zonder eigen onderzoek moest weten (artikel 2:7 BW)². Alleen de vennootschap kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen. Bevestiging (artikel 3:55 BW) is niet mogelijk, omdat dit evenzeer in strijd is met het doel. Ik sluit mij aan bij de opvatting dat de vennootschap ook geen afstand kan doen van haar recht tot vernietiging³.

Aangenomen moet worden dat de doeloverschrijding wel "bekrachtigd" kan worden door bij statutenwijziging de doelomschrijving aan te passen. Omdat het in casu gaat om een vernietigbare rechtshandeling is artikel 3:58 niet rechtstreeks van toepassing. Met Asser-Van der Grinten II, nr. 78 en Van Schilfgaard, Van de BV en de NV, nr. 58, p. 174 zou ik echter willen aannemen, dat deze bepaling analogisch mag worden toegepast, d.w.z. indien aan de tweede voorwaarde van artikel 3:58 BW is voldaan. Deze tweede voorwaarde is dat alle onmiddellijk belanghebbenden, die zich op het gebrek hadden kunnen beroepen (in casu de vennootschap) in de periode tussen de handeling en de vervulling van het geldigheidsvereiste de rechtshandeling als geldig hebben aangemerkt. Met "als geldig hebben aangemerkt" wordt bedoeld dat (in casu door de vennootschap) noch een beroep op de nietigheid is gedaan noch een handeling is verricht die zich met de rechtshandeling - gesteld dat zij geldig was - niet zou verdragen. Op dit vereiste berust de terugwerkende kracht van de bekrachtiging⁴.

Nietige en vernietigbare besluiten

Hieronder wordt een aantal in de literatuur gevonden gebrekkige besluiten genoemd en worden de mogelijkheden van reparatie behandeld.

Een besluit tot benoeming van een bestuurder zonder inachtneming van de hiervoor in de statuten voorgescreven bindende voordracht (art. 2:133/243 BW), is nietig. Dit besluit kan bekrachtigd worden op grond van het bepaalde in artikel 2:14 lid 2 BW (zie hierboven onder Relevante bepalingen). Voor de bekrachtiging ex artikel 2:14 lid 2 BW is niet nodig, dat alle belanghebbenden het besluit als rechtsgeldig hebben beschouwd. In geval van het ontbreken van de ingevolge art. 2:162/272 BW vereiste kennisgeving door de raad van commissarissen aan de algemene vergadering van aandeelhouders van de voorgenomen benoeming van een bestuurder van een structuurvennootschap, is eveneens sprake van nietigheid met de mogelijkheid van bekrachtiging ex artikel 2:14 lid 2 BW.

Ook het niet horen van de algemene vergadering van aandeelhouders over het voorgenomen ontslag door de raad van commissarissen van een bestuurder van een structuurvennootschap, zoals vereist in art. 2:162/272 BW, leidt tot nietigheid van het besluit tot ontslag⁵.

Ook dit besluit kan door het gepasseerde orgaan worden bekrachtigd (artikel 2:14 lid 2 BW).

Een besluit van het bestuur waarvan de leden nog niet zijn benoemd, kan worden bekrachtigd door deze personen alsnog te benoemen, mits aan de overige voorwaarden van artikel 3:58 BW wordt voldaan.

Een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders door personen die geen aandeelhouder zijn, kan worden bekrachtigd doordat de betrokkenen de aandelen alsnog verwerven.

Een besluit tot verhoging van het geplaatste kapitaal tot boven het maatschappelijk kapitaal is nietig wegens strijd met de wet. Dit besluit kan ex artikel 3:58 BW worden bekrachtigd door een daaropvolgende statutenwijziging waarbij het maatschappelijk kapitaal wordt verhoogd tot ten minste het te plaatsen kapitaal⁶. Is een besluit nietig, omdat dit is genomen door een onbevoegd orgaan, waarvan bijvoorbeeld sprake is in geval van een besluit van het bestuur tot benoeming of ontslag van bestuurders en/of commissarissen of een besluit van het bestuur tot uitgifte van aandelen zonder daartoe te zijn gemachtigd in de statuten of bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, dan kan dit besluit naar de mening van Van Schilfgaard niet worden bekrachtigd door een besluit van het bevoegde orgaan, omdat in het wettelijk systeem de bevoegdheden en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheden van de verschillende organen strikt gescheiden zijn⁷.

In geval van strijd met fundamentele totstandkomingsvoorschriften, zoals een vereiste meerderheid of een quorum, is volgens de parlementaire geschiedenis sprake van een non-existent besluit. Overigens leidt strijd met totstandkomingsvoorschriften op grond van artikel 2:15 lid sub a. tot vernietigbaarheid. Met S.C.J.J. Kortmann ben ik van mening dat ook een dergelijk besluit, waarvan ten onrechte was aangenomen dat een besluit tot stand was gekomen, bekrachtigd kan worden ex artikel 3:58 BW⁸.

Onbevoegde vertegenwoordiging⁹

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders kan beperkt worden met interne en externe werking. Met interne beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt bedoeld dat de vennootschap niet jegens derden een beroep op deze beperking kan doen. De vennootschap is gebonden: zij kan alleen degene die de bevoegdheid heeft overschreden aanspreken (interne werking). Hierbij is bijvoorbeeld te denken aan art.

2. De wederpartij heeft geen eigen onderzoeksplicht. Zij heeft niet door raadpleging van de statuten van de vennootschap na te gaan of de rechtshandeling zich met de statuten verdraagt. Indien echter de rechtshandeling zeer verdacht is, kan een nader onderzoek van de wederpartij zijn geboden (Handboek, nr. 78.1, p. 97). Indien een notaris bij de transactie is betrokken, is het naar analogie van de taak van de notaris bij statutaire (interne) beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur (zie hierover Hof Amsterdam 8 december 1994, NJ 1996, 26 en hierover G.J.C. Lekkerkerker en R.L. Albers-Dingemans in JBN februari 1996, nr. 17, en B.C.M. Waaijer in zijn artikel in deze rubriek, WPNR 96/6216, p. 210-213) naar mijn mening de plicht van de notaris om partijen schriftelijk erop te wijzen dat de desbetreffende transactie zijns inziens mogelijkwijze doeloverschrijding oplevert. Hij dient partijen te adviseren om de statuten van de vennootschap wier doel wordt overschreden, te wijzigen (zie hierina in de tekst). Voor de beantwoording van de vraag of de notaris verplicht is om de statuten op dit punt na te gaan, verwijs ik naar noot 10.

3. In deze zin Van Schilfgaard, Van de BV en de NV, nr. 58 en Huizink, WPNR 1994, 6135 en Asser-Van der Grinten II, nr. 78. Anders: Handboek, nr. 78.1. L. Timmerman, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1991, p. 44 en Pitlo-Löwens-teyn, nr. 1.48. In Asser-Maaijer 2, III, nr. 59, wordt hierover geen standpunt ingenomen, maar wordt volstaan met een verwijzing naar Asser-Van der Grinten II, nr. 174 e.v. (moet zijn nr. 74 e.v. (VB)) en Handboek, nr. 78.1.

4. Asser-Hartkamp II, nr. 504.

5. In deze zin Handboek, nr. 254 en Van Schilfgaard, Van de BV en de NV, nr. 95, p. 258. Anders Asser-Maaijer 2, III, nr. 379, die een dergelijk besluit vernietigbaar acht op grond van art. 2:15 lid 1 sub a.: strijd met een wettelijke bepaling die de totstandkoming van een besluit regelt.

6. Van Schilfgaard, Van de BV en de NV, nr. 94, p. 255. L. Timmerman, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1991, p. 76 en RM Themis 1992, p. 156, Asser-Maaijer 2 III, nr. 541, Handboek, nr. 224, noot 5.

7. Van Schilfgaard, Van de BV en de NV, nr. 94, p. 255.

8. S.C.J.J. Kortmann, TVVS 1992, p. 90.

9. De onbevoegde vertegenwoordiging welke wordt veroorzaakt door doeloverschrijding is hierboven behandeld.

2:164/274 BW. Blijkens het tweede lid tast het ontbreken van de goedkeuring van de raad van commissarissen voor de in lid 1 genoemde bestuursbesluiten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aan¹⁰.

Alleen wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperkingen kunnen (slechts) door de vennootschap aan derden worden tegengeworpen (externe werking) (art. 2:130/240 lid 3 BW). Een door de wet toegelaten beperking is bijvoorbeeld het twee-handtekeningsysteem als bedoeld in art. 2:130/240 lid 2 BW. Zie voor een opgave van wettelijk voorgeschreven beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid: W.J. Slagter, Compendium Ondernemingsrecht, p. 83. Verschil van mening bestaat over de werking van de beperking van de bevoegdheid van het bestuur om bezwarende overeenkomsten aan te gaan als bedoeld in art. 2:94/204 lid 1 BW (art. 2:94/204 lid 2 BW: goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders is vereist, tenzij aan het bestuur de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk bij de statuten is verleend). Ook verschil van mening bestaat over de werking van de beperking van de bevoegdheid van het bestuur tot emissie van aandelen (art. 2:96/206 BW: alleen door de statuten of bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders kan het bestuur worden aangewezen als het daartoe bevoegde orgaan). Volgens Westbroek en Maeijer is in beide hierboven genoemde gevallen sprake van een interne en volgens Van der Grinten en Van Schilfgaarde, wier standpunt ik volg, is in beide hierbovengenoemde gevallen sprake van een externe beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur¹¹. In tegenstelling tot Maeijer, t.a.p., acht ik in laatstgenoemde visie artikel 2:16 lid 2 BW niet van toepassing bij het ontbreken van het desbetreffende besluit, omdat hierdoor de externe werking van de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt doorbroken. Anders ben ik geneigd te denken indien het gaat om een nietig of vernietigbaar besluit van een daartoe in beginsel bevoegd orgaan¹².

Rechtshandelingen verricht door een onbevoegde vertegenwoordiger kunnen worden bekrachtigd op grond van artikel 3:69 BW, bijvoorbeeld bij het ontbreken van een handtekening ingeval van een twee-handtekeningsysteem, door het plaatsen van de tweede handtekening. De slotzin van art. 2:130/240 lid 3 BW sluit uit dat de wederpartij die met een onbevoegde heeft gehandeld zich volgens artikel 3:69 lid 3 BW aan de rechtshandeling kan onttrekken. Wel kan de wederpartij aan de vennootschap een termijn voor de bekrachtiging stellen overeenkomstig artikel 3:69 lid 4 BW.

Indien de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger wordt veroorzaakt door een wettelijke beperking kan artikel 3:58 BW analoog worden toegepast. Hiervan is bijvoorbeeld sprake in geval van het ontbreken van een rechtsgeldig besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot emissie of delegatie van de uitgiftebevoegdheid¹³.

De uitgifte kan worden bekrachtigd door het alsnog nemen van het vereiste besluit, mits aan de tweede voorwaarde van artikel 3:58 BW is voldaan. Andere

voorbeelden ontleend aan Van Schilfgaarde, t.a.p., zijn: een door het bestuur zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders verrichte verkrijging in de zin van art. 2:94c/204c BW kan worden bekrachtigd door een goedkeuringsbesluit; een door het bestuur namens de b.v. verstrekte lening in de zin van art. 2:207c BW, terwijl er geen uitkeerbare reserve is, kan worden bekrachtigd door het alsnog vormen van een toereikende reserve. Door statutenwijziging kan aan de vertegenwoordigingsonbevoegde bestuurder alsnog vertegenwoordigingsbevoegdheid worden toegekend. In alle hierbovengenoemde gevallen mits aan de voorwaarden van artikel 3:58 BW is voldaan.

Anders moet worden geoordeeld in geval van onvoorwaardelijk ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hiervan is volgens Van Schilfgaarde, t.a.p., sprake in het geval waarin een bestuurder een bestuurder benoemt of ontslaat. Bekrachtiging is dan niet mogelijk. Het bevoegde orgaan - aandeelhoudersvergadering of raad van commissarissen - zal alsnog tot benoeming moeten overgaan.

Levering van aandelen

Als belangrijkste in de notariële praktijk voorkomende gebreken aan de levering van aandelen op naam van vóór 1 januari 1993 kunnen worden aangemerkt:

- de vennootschap heeft de levering niet erkend;
- de akte van levering ontbreekt;
- de blokkeringsregeling is niet inachtgenomen.

ada. Op grond van de hierbovengenoemde Overgangsbepaling Art. III lid 5 is per 1 januari 1993 van rechtswege een levering tot stand gekomen, omdat in de nieuwe wetgeving de erkenning niet meer wordt beschouwd als een constitutief vereiste voor een geldige levering. Alleen de aan het aandeel verbonden rechten kunnen pas na erkenning of betekening worden uitgeoefend.

adb. Het ontbreken van een akte van levering voor 1 januari 1993 moet worden beschouwd als een gebrek in de levering in de zin van de hierbovengenoemde Overgangsbepaling Art. III lid 7, eerste volzin¹⁴. Dit gebrek wordt geheeld indien sedert de gebrekkige levering vijf jaren zijn verstreken en de vennootschap de gebrekkige levering gedurende die periode als geldig heeft aanvaard. Goede trouw van de verkrijger wordt niet geëist.

adc. Naar heersende leer is een levering van aandelen op naam in strijd met een blokkeringsregeling nietig¹⁵. Het niet naleven van een blokkeringsregeling heeft tot gevolg dat de aandeelhouder beschikkingsonbevoegd is¹⁶. Artikel 3:88 BW is in geval van een verkrijging te goeder trouw van een aandeelhouder ten aanzien van wiens eerdere verkrijging de blokkeringsregeling niet in acht is genomen, niet van toepassing, omdat dit artikel alleen bescherming biedt, indien de ongeldigheid van de vroegere overdracht niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. In dit geval biedt wel bescherming de hierbovengenoemde Overgangsbepaling Art. III lid 7, tweede volzin, ingevolge welke een verjaringstermijn geldt van vijf jaren voor een verkrijger te goeder trouw.

Indien is verkregen zonder inachtneming van de blok-

10. In de lijn van de in noot 2 genoemde uitspraak van Hof Amsterdam, en in de lijn van de daar genoemde schrijvers dient de notaris, indien hij weet dat er sprake is van een interne (statutaire) beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, de vertegenwoordiger hierop schriftelijk te wijzen over doeloverschrijding hierboven noot 2). Ik sluit de mogelijkheid niet uit dat de rechter de notaris aansprakelijk stelt indien de laatste bij de onderhandelingsfase (de koopovereenkomst) betrokken is en geen recherche pleegt naar de vraag of goedkeuring nodig is, ofschoon Waaijer, t.a.p., p. 212, dit niet nodig vindt. Ook Lekkerkerker en Albers-Dingemans, t.a.p., p. 5, menen dat deze recherche tot de notariële zorg behoort, indien de notaris betrokken is bij de onderhandelingsfase. Anders dan laatstgenoemde schrijvers, t.a.p., p. 6, meen ik, dat deze recherche ook plaats dient te vinden, indien de notaris alleen bij de overdracht betrokken is.

11. W. Westbroek, Uit de wet voortvloeiende beperkingen, in: Tot Vermaak Van Slagter, uitg. Kluwer, 1988, p. 385; Asser-Maeijer 2 III, nr. 294; Asser-Van der Grinten II, nr. 81 en Handboek, nr. 235, 1; Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, nr. 56, p. 168.

12. Ook Zaman, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1994, p. 97, acht artikel 2:16 lid 2 BW van toepassing bij de nietigheid of vernietigbaarheid van een besluit tot uitgifte.

13. In deze zin ook Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, nr. 59, p. 175. Van analoge toepassing is sprake, omdat onbevoegde vertegenwoordiging leidt tot vernietigbaarheid en artikel 3:58 BW van toepassing is bij nietige rechtshandelingen. In deze zin ook Handboek, nr. 236, 1.

14. Vgl. Van Mourik, WPNR 6086, p. 219 en Zaman, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1994, p. 101.

15. Zie Van Olffen, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1994, p. 39 en de aldaar in noot 2 vermelde literatuur. In deze zin ook de uitspraak van President Rechtbank Assen, 26 september 1995, KG 1996, 63 (Auto Vervé - Hogar).

16. Hierover wordt ook anders gedacht. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen Grundmann-van de Krol, Uitgifte en levering van aandelen op naam, Actualia Ondernemingsrecht deel 4, 1993, p. 59.

keringsregeling en/of de vereiste verjaringstermijnen nog niet zijn verstreken, dan kan het gebrek worden geheeld door bekrachtiging ex artikel 3:58 BW. Voor de bekrachtiging is vereist dat alsnog aan het vereiste wordt voldaan. Bij het ontbreken van de akte van levering (zie onder b.) moet alsnog een akte van levering worden opgesteld en bij het niet naleven van de blokkeeringsregeling dient alsnog hieraan te worden voldaan. De bekrachtiging heeft terugwerkende kracht indien aan de tweede voorwaarde van artikel 3:58 lid 1 BW is voldaan. Indien het gebrek niet reparabel blijkt, bijvoorbeeld omdat de betrokkenen bij de transactie uit het verleden onvindbaar zijn of niet wensen mee te werken aan de reparatie, mag de notaris volgens Zaman, preadvies Vereniging Handelsrecht 1994, p. 106, niet zonder meer zijn ministerie weigeren. Een weigering betekent immers dat de aandelen niet overdraagbaar zijn. De notaris zal moeten inschatten hoe hoog het risico is dat een derde een inbreuk zal trachten te maken op het recht van de (pseudo-) verkrijger. Het is volgens hem in een dergelijk geval uit aansprakelijkheidsoptiek verstandig een "second opinion" in te winnen.

Bij een overdracht van ná 1 januari 1993 zal de notaris in beginsel mogen afgaan op deze eerdere notariële akte. Hij zal alleen verder zelfstandig moeten rechercheren terzake van gegevens die niet uit de akte blijken (bijv. erkenning) of indien geconstateerde gebreken blijkens de akte niet zijn gerepareerd.

Oprichting ener bv

Het volgende voorbeeld is ontleend aan Van Mourik¹⁷.

Het verlijden van een akte van oprichting van een B.V. drie maanden en één dag na de dagtekening van een verklaring van geen bezwaar, heeft tot gevolg dat de b.v. niet tot stand is gekomen (art. 2:4 lid 1 en 175 lid 3 BW). Inmiddels is aan de niet bestaande b.v. een perceel grond met daarop een fabriekshal in eigendom geleverd.

Door het opnieuw indienen van de ontwerp-tekst, gelijklopend aan die van de gepasseerde akte van oprichting en door de afgifte van de verklaring van geen bezwaar wordt alsnog een voor de geldigheid van de oprichting gesteld wettelijk vereiste vervuld, zodat de oprichting met terugwerkende kracht is gerepareerd.

Door de bij de b.v. betrokkenen is nimmer getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling. De nietigheid is door de tweede afgifte van de verklaring van geen bezwaar met terugwerkende kracht geheeld op grond van artikel 3:58 BW. En daarmee is dan ook de levering van de fabriekshal geldig geworden.

Fiscale gevolgen

Over de fiscale gevolgen van bekrachtiging van nietige en bevestiging van vernietigbare besluiten en rechtshandelingen is een beschouwing gewijd door P.J.M. Bongaarts en P. van der Wal¹⁸. Zij menen, t.a.p., p. 733, dat een handeling welke niet in strijd is met het doel of de strekking van de (belasting)wet en/of niet met belastingverijdeling als doorslaggevende reden, ook fiscaal-rechtelijk kan worden geheeld. Dit zou ondermeer soulaas bieden in een situatie waarin een vennootschap op 31 december van enig jaar de aandelen in een b.v. overdraagt aan een moedermaatschappij, teneinde de overgedragen vennootschap en de moedermaatschappij in staat te stellen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting aan te gaan met ingang van 1 januari van het jaar daaropvolgend. Indien bijvoorbeeld op 2 januari van dat volgende jaar blijkt dat de verkeerde vennootschap de akte van overdracht heeft getekend, te weten een (groeps)maatschappij, die niet de aandelen van de te voegen dochtermaatschappij in eigendom had, kan dit gebrek door convalescentie ex art. 3:58 BW met terugwerkende kracht worden geheeld en kan toch een fiscale eenheid met ingang van het gewenste jaar worden bereikt.

Slot

Dit artikel heeft als doel om te wijzen op een aantal wellicht (nog) niet bij iedere medewerker in het notariaat bekende wettelijke middelen, waarmee gebreken in besluiten en rechtshandelingen van vennootschappen en in de overdracht van aandelen op naam kunnen worden gerepareerd. Het is mijn wens dat met dit overzicht wordt voorzien in een behoefte van de notariële praktijk, welke behoefte naar ik hoop zo klein mogelijk zal zijn.

*Mr W. Bosse**

17. Van Mourik, Notariële herstelwerkzaamheden, in: Heden verschenen voor mij..., Liber Amicorum aangeboden aan Soons, Gouda Quint Arnhem, 1995, p. 326.

18. P.J.M. Bongaarts, P. van der Wal, Kunnen we het nog terugdraaien, meneer?, fiscaal weekblad FED 17-3-1994, p. 729-742. Met de door hen gebruikte term "reparatie" worden zowel bekrachtiging als bevestiging bedoeld.

* Kandidaat-notaris te Amstelveen.