

Handelen namens een vennootschap in oprichting; even scherp zijn (en blijven)

MR. DRS. T.S. JANSEN

Handelen namens een vennootschap in oprichting is een weerbarstig leerstuk(je) neergelegd in de art. 2:93 en 2:203 BW en relevante rechtspraak. In deze bijdrage wordt de regeling behandeld, mede aan de hand van een aantal recente uitspraken van lagere rechters. Wanneer men namens een vennootschap in oprichting handelt, is scherpere vereist, zo blijkt. Niet alleen om het beoogde rechtsgevolg (binding van de vennootschap na oprichting) te realiseren, maar ook om zichzelf van aansprakelijkheid te bevrijden nadat de vennootschap is opgericht.

Voorvraag voor toepasselijkheid van de art. 2:93 en 2:203 BW is logischerwijs of de partijen bij de rechtshandeling überhaupt beoogden een nog op te richten vennootschap te verbinden of de persoon die handelde (beveerdelijk namens de nog op te richten vennootschap). Deze vraag stond centraal in de als «JOR» 2008/90 gepubliceerde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 30 januari 2008. Het betrof een door de gemeente Rotterdam verschaft geldlening waarbij de vraag was of deze aan de heer Dijkhuizen persoonlijk was verstrekt of aan Bureau Medelanders B.V. i.o. Onder verwijzing naar HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 stelt de rechtbank dat het antwoord op die vraag afhangt van hetgeen de gemeente en Dijkhuizen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en mochten afleiden. De rechtbank komt, deze toets toegepast hebbende, tot het oordeel dat de gemeente niet uit de verklaringen en gedragen van Dijkhuizen had mogen afleiden dat deze persoonlijk de geldleningsovereenkomst was aangegaan. De gemeente had kunnen en moeten begrijpen dat Dijkhuizen optrad namens de B.V. i.o. Dit oordeel werd gebaseerd op de feitelijke vaststelling dat correspondentie door Dijkhuizen werd gevoerd op briefpapier van Bureau Medelanders, waarop in strijd met art. 2:186 BW de toevoeging 'B.V. i.o.' ontbrak, maar wél werd verwezen naar het KvK inschrijfnummer van de BV in oprichting. Hierdoor had de gemeente kunnen weten dat Dijkhuizen namens de BV i.o. handelde. Bovendien verzond de gemeente correspondentie naar het zakelijke adres van Bureau Medelanders die zij aan "Bureau Medelanders" adresseerde. Dijkhuizen onder-

tekende zijn brieven steeds met "E. Dijkhuizen, directeur Bureau Medelanders". De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam onderstreept het belang van duidelijkheid in de pre-oprichtingsfase. Immers, op basis van voormeld feitencomplex had de rechtbank even goed kunnen beslissen dat de gemeente er in de gegeven omstandigheden in redelijkheid op had mogen vertrouwen met de door Dijkhuizen gedreven eenmanszaak Bureau Medelanders te contracteren. Dan was Dijkhuizen alsnog persoonlijk gebonden.

Staat vast dat de partijen bij de rechtshandeling beoogden een vennootschap in oprichting te verbinden, dan volgt uit de art. 2:93 en 2:203 BW dat voor de op te richten naamloze of besloten vennootschap slechts rechten en verplichtingen uit deze vóór haar oprichting verrichte rechtshandelingen ontstaan wanneer zij de rechtshandeling na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt. Degenen die namens de op te richten vennootschap handelden, zijn hoofdelijk verbonden, totdat bekrachtiging door de op te richten vennootschap heeft plaatsgevonden (lid 2 van voormelde artikelen).

In dit verband is de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 6 februari 2008 («JOR» 2008/117) opvallend. De zaak draaide om de gebondenheid van Bavaria en Restaurant Die Twee B.V. aan een huurovereenkomst, bruikleenovereenkomst, schuldbekentenis en pandakte ter zake van de verpanding van de bedrijfsinventaris. Van uitdrukkelijke bekrachtiging door Die Twee na haar oprichting was geen sprake. De huurovereenkomst en de leningsovereenkomst

waren echter stilzwijgend door Die Twee bekrachtigd door (gedeeltelijke) nakoming. Van stilzwijgende bekrachtiging van de pandakte was echter geen sprake. Toch oordeelde de rechtbank dat Die Twee aan de pandakte was gebonden. Dit oordeel baseert de rechtbank op de regel dat het bij de uitleg van de contractuele verhouding tussen partijen aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs mochten verwachten (vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, *Haviltex*). Toepassing van deze maatstaf bracht volgens de rechtbank met zich dat Die Twee ook aan de pandakte is gebonden. Hoewel de beslissing van de rechtbank dit niet met zoveel woorden uitdrukt, lijkt haar gedachte te zijn geweest dat de nakoming van de huurovereenkomst en de geldleningsovereenkomst door Die Twee, gelet op de onderlinge samenhang en verbondenheid van de die overeenkomsten en de pandakte, heeft te gelden als stilzwijgende bekrachtiging van zowel dit samenstel van overeenkomsten als de pandakte.

Overigens volgt uit de regel dat degenen die namens de op te richten vennootschap handelden tot bekrachtiging hoofdelijk verbonden zijn niet dat deze personen zelf een vorderingsrecht aan de namens de vennootschap in oprichting gesloten overeenkomst kunnen ontlelen. Degene die handelt namens een vennootschap in oprichting wordt immers niet zelf partij bij die overeenkomst tenzij anders overeengekomen. Dit gegeven stond centraal in het arrest van 24 april 2007 van het Hof 's-Hertogenbosch welke uitspraak is gepubliceerd als «JOR» 2008/5. Deze zaak draaide om de (huur)verkoop van privé-club Extase door het voor dat doel op te richten Wamberg International B.V. i.o. aan Rutters en Hofmans. Toen laatstgenoemden na het sluiten van de koop duidelijkheid wensten omtrent de waarde van het gekochte pand en de financiële resultaten van de daarin geëxploiteerde club, ketste de transactie af. Wamberg Holding B.V., de aspirant-oprichtster van Wamberg International, vorderde hierop schadevergoeding van kopers. Wamberg Holding werd niet in deze vordering ontvangen. Het hof overwoog hiertoe dat het enkele feit dat Wamberg Holding beoogde de verkoopster, Wamberg International, op te richten, niet tot de conclusie kon leiden dat Wamberg Holding, bij gebreke van oprichting van de door partijen bij het aangaan van de overeenkomst beoogde vennootschap (Wamberg International), zelf partij werd bij de door haar ten name van Wamberg International gesloten overeenkomst. Dit was anders geweest indien Wamberg Holding beoogde zichzelf naast Wamberg International te binden, dan wel beoogde zichzelf onder de naam Wamberg International te binden. Feiten en omstandigheden die tot dat oordeel noopten waren echter niet gesteld of gebleken.

Bekrachtiging alleen is echter onvoldoende om rechten en plichten van de inmiddels opgerichte vennootschap te doen ontstaan en degenen die namens de vennootschap i.o. handelden van hun hoofdelijke aansprakelijkheid te bevrijden.

Bekrachtiging moet ook plaatsvinden door een vennootschap met dezelfde identiteit als de rechtspersoon die partijen bij het verrichten van de rechtshandeling beoogden: de opgerichte vennootschap moet, alle omstandigheden in aanmerking genomen, kunnen worden aangemerkt als de

Duidelijkheid over de hoedanigheid waarin partijen handelen is vereist in de fase voorafgaand aan de oprichting van de vennootschap.

vennootschap die partijen in het kader van hun contractuele verhouding op het oog hebben gehad. Is dat niet het geval, dan kan de vennootschap niet worden aangesproken en kan de vennootschap zelf geen rechten aan de rechtshandeling ontlelen, terwijl degenen die namens degenen die handelden hoofdelijk verbonden blijven.¹ Uit HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 116 (*Food Processing Machinery B.V./Clara Candy Limited*) volgt dat bij beoordeling van die vraag onder meer van belang kan zijn: de namen van de vennootschap in oprichting en de opgerichte vennootschap; de bij de beide vennootschappen betrokken personen; de aard van het door vennootschappen uitgeoefende bedrijf; het kapitaal van de opgerichte vennootschap in het licht van de omvang van de transactie; hetgeen in de akte van oprichting omtrent de vennootschap in oprichting is verklaard (daaronder begrepen dat daaromtrent niets is verklaard); en hetgeen omtrent de beide vennootschappen in het handelsregister is ingeschreven.

Een illustratie van de praktische toepassing van deze criteria biedt het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 20 september 2006, «JOR» 2007/60 in een handelsgeschied tussen Boni Markten B.V. en Manders. In geschil was een door Boni gevraagde veroordeling van Manders tot terugbetaling van een door Boni in verband met een beoogde samenwerking verstrekte lening aan Food Factory License B.V. i.o. van 650.000. Nog voordat de oprichting zijn beslag kreeg eindigde de samenwerking en werd de lening opeisbaar. Nadat Boni Manders bij dagvaarding had aangesproken tot terugbetaling van het geleende bedrag werd Foodfactory License B.V. opgericht. Na oprichting bekrachtigde Foodfactory License B.V. de geldlening bij notariële akte. In rechte betoogde Boni dat partijen deze vennootschap niet hebben beoogd bij de totstandkoming van de lening omdat deze pas na beëindiging van de samenwerking was opgericht en de vennootschap nu juist was bedoeld om de samenwerking vorm te geven. De rechtbank overwoog echter dat de naam en de doelomschrijving van de vennootschap in oprichting en van de daadwerkelijk opgerichte vennootschap vrijwel gelijk waren en dat de vennootschap in op-

¹ Vgl. HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 116 (*Food Processing Machinery B.V./Clara Candy Limited*), HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 141 (*Van der Heljden/Van Hoogenhuijze*) en HR 11 april 1997, *NJ* 1997, 583 (*Hemmen*).

richting vóór de oprichting overeenkomstig dit doel en de samenwerking heeft gefunctioneerd. Dat de vennootschap uiteindelijk na het einde van de samenwerking is opgericht achtte de rechtbank op zichzelf onvoldoende reden om aan te nemen dat partijen deze ten tijde van de rechtshandeling niet hebben beoogd. In de fase voor oprichting hadden partijen immers overeenkomstig het door hen beoogde doel gebruikgemaakt van de vennootschap in oprichting en zij hadden eraan meegewerkt dat namens deze vennootschap in oprichting rechten en verplichtingen waren aangegaan, waarbij hen voor ogen moet hebben gestaan dat deze aangegane rechten en verplichtingen zouden overgaan op de nadien op te richten vennootschap. De rechtbank oordeelde dat de na dagvaarding opgerichte vennootschap de door partijen beoogde was, waaruit volgde dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van Manders door bekrachtiging was beëindigd zodat de vordering op Manders werd afgewezen.

Uit het derde lid van art. 2:93 en 2:203 BW volgt dat indien de vennootschap haar verplichtingen uit de bekrachtigde rechtshandeling niet nakomt, degene die namens de op te richten vennootschap handelden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die de derde daardoor lijdt, indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Deze wetenschap wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de vennootschap binnen een jaar na oprichting in staat van faillissement wordt verklaard. Uit HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 582 (Hoekstra/Holma B.V.) volgt dat een bestuurder van de opgerichte vennootschap persoonlijk aansprakelijk is indien bekrachtiging, waardoor een einde komt aan de persoonlijke gebondenheid van degene die namens de op te richten vennootschap handelde, jegens de wederpartij onrechtmatig zou zijn. Of een dergelijke onrechtmatige daad zich voordoet, wordt bepaald door de omstandigheden van het geval waarbij onder meer van belang kan zijn of de bestuurder ten tijde van de bekrachtiging wist of redelijkerwijs kon weten dat de vennootschap haar verplichtingen uit de rechtshandelingen niet zou kunnen nakomen. Deze norm lijkt ontleend aan HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel), zij het dat de toevoeging “en geen verhaal zou bieden voor de schade ten gevolge van die wanprestatie” mist. Deze toevoeging lijkt echter even goed van toepassing bij bestuurdersaansprakelijkheid wegens bekrachtiging.

Voormelde norm voor aansprakelijkheid is door de Rechtbank Arnhem toegepast in de als «JOR» 2006/261 gepubliceerde uitspraak van 31 mei 2006. Deze zaak draaide om door Noordergraaf Beheer B.V. i.o. jegens ABC Groep aangegane garantieverplichtingen die na de oprichting van Noordergraaf Beheer B.V. bij notariële akte werden bekrachtigd. Met deze bekrachtiging bevrijdde Noordergraaf zich, als bestuurder en oprichter van Noordergraaf Beheer B.V., van zijn persoonlijke gebondenheid tegenover ABC Groep als degene die handelde namens Noordergraaf Beheer B.V. i.o. In rechte kwam echter vast te staan dat

nakoming van de verplichtingen van Noordergraaf Beheer afhankelijk was van een ten tijde van het aangaan van die verplichtingen geplande *joint venture*. Ten tijde van de bekrachtiging was duidelijk dat deze *joint venture* geen doorgang zou vinden, waarmee ook vaststond dat nakoming door Noordergraaf Beheer uitgesloten was. Daarmee was de onrechtmatige daad van Noordergraaf jegens ABC Groep gegeven.

Uit HR 24 januari 1997, *NJ* 1997, 399 volgt dat het bepaalde in de art. 2:93 lid 1 en 2:203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen dan naamloze en besloten vennootschappen. Zoals Maeijer in zijn noot bij dit arrest opmerkt zal de Hoge Raad bedoeld hebben dat de regeling van toepassing is op de andere privaatrechtelijke rechtspersonen waarvan de oprichting in Boek 2 BW is geregeld.

Verder gaat de Rechtbank Arnhem in haar vonnis van 6 februari 2008 («JOR» 2008/91). Hierin wordt de regeling toegepast op een rechtspersoon naar Iers recht die op twee locaties in Dublin Australian Homemade winkels heeft geopend en geëxploiteerd. De rechtbank oordeelde dat, hoewel in de toepasselijke *master license agreement* sprake was van oprichting van een rechtspersoon naar Iers recht met de naam Only Natural Ireland limited, de daadwerkelijke opgerichte onderneming met de naam Australian Homemade Limited toch door partijen was beoogd. Hiertoe overwoog de rechtbank dat de opgerichte rechtspersoon alleen een andere naam heeft gekregen dan in de overeenkomst was vastgelegd, maar dat dit enkele feit niet met zich brengt dat sprake is van een andere vennootschap dan door partijen in de overeenkomst beoogd. Anders dan de rechtbank aanneemt, die de door haar berechte vraag als een vraag van uitleg van de overeenkomst karakteriseert, is sprake van een vraag wie naast de onderneming aansprakelijk is voor handelingen waardoor de onderneming wordt verbonden, bijvoorbeeld uit hoofde van de hoedanigheid van oprichter. Art. 3 aanhef en onder e van de Wet Conflictenrecht Corporaties bepaalt expliciet dat deze vraag wordt beheerst door het op de rechtspersoon (corporatie) toepasselijke recht. Art. 2 Wet Conflictenrecht Corporaties bepaalt dat een rechtspersoon die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel, of bij gebreke daarvan haar centrum van optreden naar buiten, ten tijde van de oprichting heeft op het grondgebied van de staat naar welk recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat. Nu de zaak draait om de rechtspersoon naar Iers recht Australian Homemade Limited, gevestigd te Dublin, moet worden aangenomen dat Iers recht de rechtspersoon beheerst en daarmee ook de vraag in hoeverre deze rechtspersoon aan de voorafgaande aan de oprichting namens haar verrichte rechtshandeling is gebonden.

Over de auteur

Mr. drs. Timo S. Jansen is advocaat en partner bij Faasen & Partners te Amsterdam.