

# Indirect externe besluiten, verwarring alom!

## Ondernemingsrecht 2020/90

Het begrip indirect extern besluit geeft nog wel eens aanleiding tot verwarring, omdat het soms wordt gehanteerd als verzamelbegrip voor beslissingen die niet altijd directe invloed hebben op de externe rechtshandeling van de rechtspersoon. Van een indirect extern besluit is slechts sprake indien de wet stelt dat aan een bepaalde externe rechtshandeling die de rechtspersoon met een derde verricht besluitvorming van een vennootschapsorgaan vooraf moet gaan. Anders dan bij de meeste besluiten binnen de rechtspersoon, zijn indirect externe besluiten niet volledig geabstraheerd van de externe rechtshandeling. Indirect externe besluiten hebben altijd betrekking op de organisatorische structuur van de vennootschap. Omdat de wederpartij bij de rechtshandelingen meestal een persoon is die nauw bij de organisatie van de vennootschap is betrokken en het niet om alledaagse handelingen van de rechtspersoon gaat, speelt de problematiek van derdenbescherming geen grote rol.

### 1. Inleiding

Naamloze vennootschappen (nv's) en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (bv's) staan wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijke persoon gelijk.<sup>2</sup> Zij kunnen zelfstandig drager zijn van rechten en verplichtingen. Omdat een kapitaalvennootschap geen persoon van vlees en bloed is, zal zij in het economisch verkeer bij het aangaan van rechtshandelingen vertegenwoordigd moeten worden. Als uitgangspunt geldt dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt.<sup>3</sup> Om het handelsverkeer niet te bemoeilijken, moeten derden met wie de vennootschap contracteert niet belast worden met de vraag of het bestuur, dat namens de vennootschap optreedt, deze laatste ook daadwerkelijk vertegenwoordigt en bindt. Wat er zich binnen de vennootschap afspeelt, mag geen invloed hebben op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. In dit licht is verklaarbaar dat de tegenstrijdigbelangregeling sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht slechts interne werking heeft.<sup>4</sup> Ik noem in dit verband ook de Wet maximering aantal bestuurders, op grond waarvan een benoemingsbesluit in strijd met

art. 2:132a/242a lid 1 BW geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.<sup>5</sup> De besluitvorming is niet aantastbaar en de als benoemde persoon in het handelsregister ingeschreven bestuurder mag door de wederpartij van de vennootschap als vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder worden beschouwd. Het voorontwerp modernisering nv-recht bevat een soortgelijke regeling.<sup>6</sup>

In het systeem van Boek 2 BW geldt dus als uitgangspunt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid is losgekoppeld van de interne bevoegdheidsverdeling. Op dit uitgangspunt bestaat een belangrijke uitzondering. Sommige besluiten van vennootschapsorganen bereiden voor op en zijn een vereiste voor de geldigheid van de externe rechtshandeling waaraan de vennootschap vertegenwoordigd door haar bestuur deelneemt. Deze besluiten worden aangeduid als indirect externe besluiten.<sup>7</sup> In de regel hebben deze besluiten betrekking op rechtshandelingen die gevolgen hebben voor de organisatorische structuur van de vennootschap. Aanvankelijk was dit soort besluiten beperkt in aantal. De gedachte van de (Europese) wetgever is dat derden moeten worden beschermd en dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid in slechts een beperkt aantal gevallen zou moeten worden beperkt. Door verschillende wetswijzigingen gedurende de laatste jaren zijn de indirect externe besluiten in aantal toegenomen. In de recente literatuur bestaat geen uittuttende opsomming van besluiten die als indirect extern moeten worden aangemerkt. De problematiek rondom indirect externe besluiten leidt bovendien nog wel eens tot verwarring, reden te meer om aan deze besluiten nader aandacht te schenken.

### 2. Kenmerken van indirect externe besluiten

De term indirect extern besluit kan aanleiding geven tot verwarring, omdat hij soms wordt gehanteerd als verzamelbegrip voor beslissingen die niet allemaal directe invloed hebben op de externe rechtshandeling van de

1 Mr. R.A.F. Timmermans is kandidaat-notaris te Amsterdam en onderzoeker/docent bij het Van der Heijden Instituut (RUN).

2 Art. 2:5 BW.

3 Art. 2:130/240 BW.

4 Een bestuurder die een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming van het bestuur (art. 2:129/239 lid 6 BW). Deze geconflicteerde bestuurder blijft naar buiten toe echter bevoegd om de vennootschap jegens derden te vertegenwoordigen.

5 In het oorspronkelijke wetsvoorstel was nog bepaald dat een benoeming in strijd met het artikel gevolgen had voor de besluitvorming.

6 Ambtelijk voorontwerp tot Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het moderniseren van het recht inzake naamloze vennootschappen en het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen. Anders dan aanvankelijk het geval leek, bepaalt art. 2:142b lid 5 BW van dat voorontwerp dat een benoeming van een commissaris of van een bestuurder in een monistisch bestuursmodel van een beurs-nv in strijd met het ingroeiquotum geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.

7 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/322, Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017/98, Assink/Slagter, Compendium Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013/17.2.

rechtspersoon.<sup>8</sup> Interne besluiten, beslissingen en indirect externe besluiten worden nog wel eens door elkaar gehaald of op een hoop gegooid.

Om verwarring te voorkomen, is het goed om voor ogen te houden wanneer we van doen hebben met een indirect extern besluit. Het begrip indirect extern besluit komt niet met zoveel woorden voor in Boek 2 BW. Wel geeft art. 2:16 lid 2 BW een omschrijving van besluiten die als indirect extern kunnen worden aangemerkt. Dat artikellid refereert aan een besluit dat een vereiste vormt voor de geldigheid van een tot de wederpartij van de rechtspersoon gerichte rechtshandeling. Het besluit is een voorwaarde voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ik leid uit deze omschrijving drie kenmerken af waaraan voldaan moet zijn, wil sprake zijn van een indirect extern besluit. Er moet ten eerste sprake zijn van een externe rechtshandeling van de rechtspersoon. Zo kan bijvoorbeeld het besluit van de algemene vergadering of een ander vennootschapsorgaan tot goedkeuring van de overdracht van aandelen uit hoofde van een blokkeringsregeling niet als een indirect extern besluit worden aangemerkt.<sup>9</sup> Het besluit is weliswaar een vereiste voor de overdracht van de aandelen – zonder de goedkeuring is de overdracht immers ongeldig – maar het betreft hier geen rechtshandeling van de vennootschap, maar een rechtshandeling tussen de aandeelhouder en de verkrijger van de aandelen. Ten tweede moet aan de rechtshandeling van de rechtspersoon een besluit van een vennootschapsorgaan in de zin van art. 2:78a/189a BW ten grondslag liggen. Of er een besluit moet worden genomen, zal uit de wet moeten volgen. Het besluit van het bestuur om een machine te kopen en te verkrijgen, is geen vereiste voor de rechtshandeling waarbij de machine aan de rechtspersoon wordt overgedragen. Dat een besluit een vereiste moet zijn voor de externe rechtshandeling, betekent dat het ontbreken van een rechtsgeldig besluit gevolgen kan hebben voor de door de rechtspersoon aangegane rechtshandeling. Ten derde moet het gaan om een rechtshandeling van de rechtspersoon met een derde. Zo moet een besluit tot wijziging van de statuten van de rechtspersoon niet als een indirect extern werkend besluit worden aangemerkt. Dat besluit is weliswaar een vereiste voor de uiteindelijke statutenwijziging, maar het gaat dan om een wijziging van een rechtsbetrekking binnen de rechtspersoon.<sup>10</sup> Ook het besluit tot het geven van opdracht tot aangifte tot faillietverklaring kan niet als een indirect extern besluit worden aange-

merkt.<sup>11</sup> Het kan weliswaar een voorwaarde van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur zijn, maar de aangifte als zodanig moet als een rechtshandeling van bijzondere aard worden aangemerkt die niet met een derde wordt verricht.<sup>12</sup>

Hierboven schreef ik dat een aantastbaar indirect extern besluit gevolgen kan hebben voor de externe rechtshandeling van de rechtspersoon. Is het besluit niet rechtsgeldig, dan zal het handelen van het bestuur of de bestuurders ten opzichte van de rechtspersoon nietig zijn.<sup>13</sup> Het is uiteindelijk aan de rechtspersoon om het gebrek aan de wederpartij tegen te werpen, zo kan worden afgeleid uit art. 2:16 lid 2 BW en art. 2:130/240 lid 3 BW. De wederpartij heeft deze mogelijkheid niet. Doet de rechtspersoon niets, dan zijn de rechtspersoon en de wederpartij aan de rechtshandeling gebonden. Tegenwerping door de rechtspersoon heeft geen effect indien de wederpartij te goeder trouw is, art. 2:16 lid 2 BW. Overigens blijkt uit paragraaf 4 hierna dat de wet voor sommige indirect externe besluiten specifieke sancties stelt indien een rechtsgeldig besluit ontbreekt, wat de materie ingewikkeld maakt.

Onder het ontbreken van een rechtsgeldig besluit versta ik een nietig besluit of een door de rechter vernietigd besluit. Wat is rechtens indien het indirect externe besluit *überhaupt* ontbreekt? Ook die situatie heeft gevolgen voor de externe rechtshandeling van de rechtspersoon, zij het dat naar mijn mening derden dan minder snel bescherming genieten, omdat het ontbreken van een besluit makkelijker is vast te stellen dan een nietig of vernietigbaar besluit. Het uitgangspunt dat de wet in sommige gevallen expliciete besluitvorming voorschrijft, verdraagt zich naar mijn mening slecht met de gedachte dat de rechtshandeling bij het ontbreken van een besluit rechtsgeldig is verricht indien de wederpartij van de rechtspersoon te goeder trouw is.

### 3. **Opvattingen over de invloed van de interne bevoegdheidsverdeling op de vertegenwoordiging**

Zoals uit de vorige paragrafen blijkt, is in sommige gevallen de besluitvorming binnen de vennootschap van invloed op de geldigheid van de externe rechtshandeling en

8 Zie H.J.M.N. Honée, *Vertegenwoordiging en besluitvorming*, in Piercing van Schilfgaarde (Serie IVO, deel 34), Deventer: Kluwer 1990, p. 35/36, die van misleidende terminologie spreekt en de glasheldere uiteenzetting van A-G Timmerman in nrs. 3.1 t/m 3.7 van zijn conclusie bij HR 26 november 2010, NJ 2011/55 (*Silver Lining/Waspik*).

9 Art. 2:85 lid 2 BW.

10 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017/98.

11 Art. 2:136/246 BW. Handelt het bestuur in strijd met de opdracht van de algemene vergadering, dan kan dat grond zijn voor aansprakelijkheid jegens de vennootschap op de voet van art. 2:9 BW of zelfs worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:138/248 lid 1 BW; HR 21 december 2018, JOR 2018/74 (*Geocopter*).

12 P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/243, *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/163, Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013/18.1.

13 P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/235.1, *Asser/Maeijer & Kroeze Weme 2-I\** 2015/339, Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017/53, Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013/18.1.

dus op de vertegenwoordiging van de vennootschap. Is daarvan sprake, dan hebben we van doen met een indirect extern besluit. Een indirect extern besluit vormt een voorwaarde of vereiste voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Het is goed om voor ogen te houden dat niet iedere voorwaarde of beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid als een indirect extern besluit moet worden beschouwd. Ik refereer aan het in paragraaf 2 genoemde voorbeeld van de aangifte tot faillietverklaring. De opdracht daartoe van de algemene vergadering kan als een voorwaarde voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid worden beschouwd, maar geldt niet als een indirect extern besluit.

In de literatuur wordt bepleit om sommige voorwaarden of beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet van invloed te laten zijn op de externe rechtshandeling van de rechtspersoon. Schrijvers die tot deze stroming – ook wel aangeduid als de ruime leer – behoren, nemen als uitgangspunt dat alleen voorwaarden of beperkingen die dwingendrechtelijk voortvloeien uit de wet van invloed zijn op de vertegenwoordigingsbevoegdheid.<sup>14</sup> Een bekend voorbeeld van zo'n dwingendrechtelijke beperking dat dan aangehaald wordt, is het wettelijke vereiste dat voor de verkrijging van eigen aandelen door de nv machtiging van de algemene vergadering vereist is.<sup>15</sup> Het bestuur kan de nv bij de verkrijging van aandelen door die nv slechts vertegenwoordigen indien de algemene vergadering het daartoe heeft gemachtigd. Is sprake van een gebrekkig machtigingsbesluit, een indirect extern besluit, dan kan dat gevolgen hebben voor de verkrijging door de nv van aandelen van de wederpartij (de aandeelhouder). Dat geldt ook, of des te eerder zou ik willen aannemen, als de machtiging volledig ontbreekt.<sup>16</sup>

Daarentegen zijn er schrijvers die als uitgangspunt nemen dat ook voorwaarden of beperkingen die niet-dwingendrechtelijk uit de wet voortvloeien – wettelijk toegelaten beperkingen dus – van invloed zijn op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur.<sup>17</sup> Deze stroming wordt ook wel als de enge leer aangeduid. Een voorbeeld dat dan genoemd wordt, is de rechtshandeling van inbreng op

aandelen anders dan in geld.<sup>18</sup> Uitgangspunt is dat de algemene vergadering voorafgaande goedkeuring moet hebben verleend, maar in de statuten kan bepaald worden dat het bestuur zonder meer bevoegd is om de inbreng op aandelen te aanvaarden. Is dat laatste niet het geval, dan is goedkeuring van de algemene vergadering vereist. Anders dan in de ruime leer, heeft een gebrekkig goedkeuringsbesluit van de algemene vergadering in deze visie gevolgen voor de externe vertegenwoordiging bij de inbrenghandel. Aanhangers van de ruime leer menen dat het gebrekkig goedkeuringsbesluit geen gevolgen heeft voor de vertegenwoordiging, omdat de vereiste goedkeuring in de statuten kan worden weggeschreven.

De derde stroming maakt onderscheid tussen rechtshandelingen die door de vennootschap worden verricht in de uitoefening van de onderneming en rechtshandelingen die betrekking hebben op de structuur van de vennootschap en die worden gesloten met een persoon die tot de interne organisatie van de vennootschap behoort.<sup>19</sup> Alleen bij de eerstgenoemde categorie rechtshandelingen zouden derden volledige bescherming genieten.

Het onderscheid tussen dwingendrechtelijke en niet-dwingendrechtelijke beperkingen is in het bijzonder voor de vraag wat als een indirect extern besluit moet worden aangemerkt verwarrend. Het gevaar bestaat om alle voorwaarden en beperkingen tot indirect extern besluit te bestempelen. Dat wordt mede veroorzaakt doordat in de discussie voor wat betreft de bescherming van de wederpartij veelal wordt aangesloten bij art. 2:16 lid 2 BW, welk artikellid bescherming biedt in een situatie waarin sprake is van een gebrekkig indirect extern besluit. Een andere aanleiding tot verwarring is dat sommige indirect externe besluiten volgens aanhangers van de ruime leer geen extern effect hebben. Een bekend voorbeeld is het besluit tot uitgifte van aandelen. De verwarring wordt nog groter doordat soms wel wordt afgeleid dat die besluiten die volgens de ruime leer geen extern effect hebben niet als indirect extern besluit moeten worden aangemerkt.<sup>20</sup> Het on-

14 Tot deze stroming behoren onder meer J.M.M. Maeijer, *De externe werking van onbevoegde vertegenwoordiging in verband met uit de wet voortvloeiende beperkingen* (art. 2:130 en 2:240 jo. art. 2:16 lid 2 BW), in *Onderneming en nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht deel 1*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 43 e.v., W. Westbroek, *Uit de wet voortvloeiende beperkingen, in Tot vermaak van Slagter*, Deventer: Kluwer 1988, p. 381 e.v., F.K. Buijn en P.M. Storm *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013/5.7.3 en *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/162.

15 Art. 2:98 lid 4 BW. *Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa* 2019/229 en *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/162 beschouwen dit als een uit de wet voortvloeiende dwingendrechtelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

16 Zie het slot van de vorige paragraaf.

17 Aanhangers van deze leer zijn: P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/235.1, Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/56, *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/336.

18 Art. 2:94/204 BW.

19 In deze zin W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992/235.1, J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, art. 2:130 BW/6.5.2. Zie ook *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/336 en over de verschillende stromingen uitgebreid E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV* (Serie IVO, deel 34), Deventer: Kluwer 2000, nr. 150-154.

20 Dat dit nog wel eens tot verwarring leidt, blijkt uit P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/228, waarin wordt opgemerkt dat een uitgiftebesluit een indirect extern werkend besluit is, maar dat Maeijer als aanhanger van de ruime leer dat besluit niet als een indirect besluit aanmerkt. Dat is volgens mij niet juist, omdat Maeijer wel van een indirect extern besluit spreekt. Het feit dat de ruime leer wordt aangehangen, impliceert dus niet dat in geval van een niet-dwingendrechtelijke beperking geen sprake is van een indirect extern werkend besluit, althans in de opvatting van Maeijer. Vgl. K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (Serie VHI, deel 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020/IV.3.2, die eenzelfde redenering lijkt te volgen als het Handboek.

derscheid tussen de eerste twee leren is in het algemeen verwarrend, omdat allerm minst zeker is dat de dwingendrechtelijke beperkingen die het uitgangspunt vormen voor de ruime leer wel steeds zo dwingendrechtelijk zijn. De wet stelt namelijk bij sommige besluiten, die ingevolge de ruime leer als dwingendrechtelijke beperking moeten worden beschouwd, expliciet een sanctie of juist weer uitzonderingen op het vereiste dat besluitvorming moet plaatsvinden.<sup>21</sup>

Om de problematiek te vereenvoudigen, pleit ik ervoor om het indirect extern besluit als uitgangspunt te nemen. Als de wet expliciet besluitvorming vereist voor een specifieke rechtshandeling, dan is steeds sprake van een indirect extern besluit. Een gebrek in die besluitvorming kan dan gevolgen hebben voor de externe rechtshandeling die de rechtspersoon verricht. Omdat de wederpartij bij deze rechtshandelingen meestal een persoon is die nauw bij de organisatie van de vennootschap is betrokken en het niet om alledaagse handelingen van de rechtspersoon gaat, speelt de problematiek van derdenbescherming geen grote rol.<sup>22</sup>

#### 4. Indirect externe besluiten

In deze paragraaf stel ik een aantal belangrijke indirecte externe besluiten uit Boek 2 BW aan de orde. Ik beperk me daarbij tot de nv en de bv.

##### 4.1 *Goedkeuring algemene vergadering ter zake van de inbreng op aandelen anders dan in geld (art. 2:94/204 BW)*

Deze rechtshandeling kwam in paragraaf 3 al ter sprake en is voor de nv en bv gelijk.<sup>23</sup> Blijkt uit de statuten niet met zoveel woorden dat het bestuur bevoegd is tot het aangaan van rechtshandelingen tot inbreng op aandelen anders dan in geld, dan is voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering vereist. De goedkeuring is een vereiste voor de rechtshandeling van inbreng en moet daarom als een indirect extern besluit worden aangemerkt.<sup>24</sup> De goedkeuring heeft overigens betrekking op de rechtshandeling en niet op het bestuursbesluit. Een bestuursbesluit is strikt genomen niet vereist.

Inbreng anders dan in geld door een aandeelhouder kan ertoe leiden dat de vennootschap een volledig andere on-

derneming gaat drijven. Het betreft hier geen commerciële transactie die de vennootschap in het economische verkeer verricht, maar veeleer een rechtshandeling met een overwegend intern organisatorisch karakter. Daarom is begrijpelijk dat de besluitvorming veel gewicht in de schaal legt. Van de inbrenger mag een zekere mate van betrokkenheid worden verwacht, zodat zijn bescherming niet voorop moet staan. Wil de inbrenger het door de vennootschap jegens hem ingeroepen gebrekkige aandeelhoudersbesluit niet tegen zich laten werken, dan zal hij op grond van art. 2:16 lid 2 BW te goeder trouw moeten zijn. Gezien zijn nauwe betrokkenheid zal daarvan niet snel sprake zijn.

##### 4.2 *Goedkeuring algemene vergadering; Nachgründung (art. 2:94c BW)*

Ook rechtshandelingen tot het verkrijgen van goederen en vorderingen door de nv die een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan een oprichter, behoeven de goedkeuring van de algemene vergadering indien deze rechtshandelingen binnen twee jaar na oprichting worden verricht.<sup>25</sup> Ontbreekt die goedkeuring, dan kan de rechtshandeling ten behoeve van de vennootschap worden vernietigd.<sup>26</sup> Anders dan bij de inbreng op aandelen anders dan in geld, kan deze goedkeuring niet in de statuten worden weggeschreven. Een parallel met de inbreng op aandelen anders dan in geld is dat het ook hier een rechtshandeling betreft die de nv verricht met een over het algemeen nauw bij haar organisatie betrokkene, in de regel een oprichter en/of aandeelhouder. Bescherming van derden die handelen in het handelsverkeer is hier niet aan de orde en om die reden acht ik het begrijpelijk dat het besluitvormingsaspect niet volledig is geabstraheerd van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Anders dan bij de meeste andere in deze paragraaf aangehaalde indirecte externe besluiten, stelt de wet dus met zoveel woorden dat de rechtshandeling door de nv kan worden vernietigd indien de goedkeuring ontbreekt. Niet duidelijk is waarom dat met zoveel woorden is bepaald.<sup>27</sup> Uitgangspunt is immers dat een gebrekkig indirect extern besluit gevolgen heeft voor de externe rechtshandeling. De nv kan op het gebrek een beroep doen en de wederpartij te goeder trouw wordt beschermd. Omdat de wederpartij in de regel nauw betrokken zal zijn bij de organisatie van de nv, zal deze niet snel te goeder trouw zijn.

##### 4.3 *Besluit tot uitgifte van aandelen (art. 2:96/206 lid 1 BW)*

Ingevolge art. 2:96 lid 1 BW kan een nv slechts aandelen uitgeven indien er een besluit van het daartoe bevoegde

21 Zie bijvoorbeeld art. 2:98 BW, waarover in paragraaf 4.6. Op dit punt zeer overtuigend H.J.M.N. Honée, Aspecten van bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid, in Maeijers belangstellingen (Serie VHI, deel 57), Deventer: Kluwer 1997, p. 30/31.

22 Zie over derdenbescherming K.A.M. van Vught, Het besluit van de rechtspersoon (Serie VHI, deel 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020/IV.

23 In art. 2:94/204 lid 1 BW worden meer rechtshandelingen genoemd. De inbreng op aandelen anders dan in geld is de in de praktijk meest voorkomende rechtshandeling.

24 Aldus ook Asser/*Van Olffen & Rensen 2-IIa* 2019/134 en P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/228.

25 Art. 2:94c BW.

26 Hetzelfde geldt indien de vereiste accountantsverklaring ontbreekt. Ik besteed daaraan in deze bijdrage geen aandacht.

27 Vgl. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017/56, die stellen dat de sanctie van vernietigbaarheid aansluit op de vertegenwoordigingsregeling.

orgaan is genomen. Voor de bv geldt eenzelfde systeem, zij het dat de statuten voor onbepaalde duur een ander orgaan als het tot uitgifte van aandelen bevoegde orgaan kunnen aanwijzen.<sup>28</sup> Uitgangspunt bij de nv is dat de algemene vergadering het tot uitgifte van aandelen bevoegde orgaan is, maar zij kan een ander orgaan aanwijzen als het tot uitgifte van aandelen bevoegde orgaan. Het voorgaande betekent dat de vennootschap zonder een rechtsgeldig besluit geen aandelen kan uitgeven. Zowel het uitgiftebesluit van de algemene vergadering, als het uitgiftebesluit van het daartoe aangewezen orgaan, is een vereiste voor de uitgifte. Is het bestuur door de algemene vergadering aangewezen als het tot uitgifte van aandelen bevoegde orgaan, dan is dus een besluit van het bestuur vereist. Bepalen de statuten van de bv dat het bestuur tot uitgifte van aandelen bevoegd is, dan is het uitgiftebesluit van het bestuur een vereiste voor een rechtsgeldige uitgifte van aandelen. De voorwaarde van het besluit van de algemene vergadering wordt in beide situaties vervangen door de voorwaarde dat er een besluit van het bestuur moet zijn. Het uitgiftebesluit – van welk orgaan dan ook – moet als in een indirect extern besluit worden aangemerkt. Nu art. 2:96 BW expliciet onderscheid maakt tussen de uitgifte en het besluit, kan het uitgiftebesluit naar mijn mening moeilijk als direct extern werkend besluit worden aangemerkt.<sup>29</sup>

Het besluit van de algemene vergadering van een nv tot aanwijzing van een ander orgaan als het tot uitgifte van aandelen bevoegde orgaan, moet ook als een indirect extern besluit worden beschouwd. Zowel het aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering, als het uitgiftebesluit van het daartoe aangewezen orgaan bereidt immers voor op en is een vereiste voor de uitgifte van aandelen door de vennootschap aan de nemer van de aandelen. Als aan een van de besluiten iets schort, dan kan dat gevolgen hebben voor de uitgiftehandeling. Ik vind het zinvol dat bij zo'n belangrijke rechtshandeling als de uitgifte van aandelen waarbij een derde tot de organisatie van de vennootschap toetreedt gewicht wordt toegekend aan het besluitvormingsproces.

Ik wijs in dit verband nog op art. 2:96 lid 2 BW dat bepaalt dat voor de geldigheid van het besluit van de algemene vergadering van een nv tot uitgifte of tot aanwijzing een voorafgaand of gelijktijdig goedkeurend besluit van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort aan wier rechten de uitgifte afbreuk doet is vereist. Ook dat besluit moet mijns inziens als een indirect extern werkend besluit worden beschouwd.

#### 4.4 *Besluit tot het verlenen van rechten tot het nemen van aandelen (art. 2:96 lid 5/206 lid 2 BW)*

Nu art. 2:96 lid 5 BW het systeem dat van toepassing is op de uitgifte van aandelen van overeenkomstige toepassing verklaart op het verlenen van rechten tot het nemen van aandelen (optieverlening), geldt hetgeen ik onder paragraaf 4.3 heb gesteld ook voor het verlenen van rechten tot het nemen van aandelen.<sup>30</sup> Het besluit tot optieverlening is aldus een vereiste voor de rechtshandeling van optieverlening tussen de vennootschap en de optiegerechtigde. Schort er iets aan het optieverleningsbesluit, dan kan dat gevolgen hebben voor de rechtshandeling van optieverlening en uiteindelijk ook voor de uitgiftehandeling die plaatsvindt nadat de optiegerechtigde het recht tot het nemen van aandelen uitoefent. Het gebrekkige besluit kan door de vennootschap worden ingeroepen, maar de optiegerechtigde heeft alleen dan geen optierecht verkregen indien hij te kwader trouw zou zijn.

#### 4.5 *Besluit tot uitsluiting van het voorkeursrecht (art. 2:96a lid 6/206a lid 1 BW)*

Ingevolge art. 2:96a BW heeft iedere aandeelhouder bij de uitgifte van aandelen door de nv behoudens een aantal uitzonderingen een voorkeursrecht.<sup>31</sup> Het voorkeursrecht is een recht dat iedere aandeelhouder heeft. Wenst de nv aan dit voorkeursrecht voorbij te gaan, dan bestaat de mogelijkheid om het voorkeursrecht uit te sluiten (of te beperken). Uitsluiting van het voorkeursrecht vereist een besluit van de algemene vergadering of van het daartoe aangewezen vennootschapsorgaan. Het bestuur kan niet aan een uitgifte meewerken en dus de vennootschap niet rechtsgeldig vertegenwoordigen indien het voorkeursrecht niet in acht wordt genomen. Wordt aan het voorkeursrecht voorbijgegaan en ontbreekt het uitsluitingsbesluit van het daartoe bevoegde orgaan, dan wordt wel aangenomen dat degene aan wie wordt geëmitteerd onbevoegd is tot het nemen van de aandelen.<sup>32</sup> De uitgifte als zodanig zou dan in strijd zijn met de wet en dus nietig zijn. Ik onderschrijf deze opvatting. Weliswaar bepaalt art. 2:96a BW niet met zoveel woorden dat de vennootschap niet kan emitteren indien het voorkeursrecht niet in acht wordt genomen, maar uit het eerste lid blijkt dat het voorkeursrecht onlosmakelijk is verbonden met de uitgifte. Dat betekent dat indien sprake is van een gebrekkig uitsluitingsbesluit, de uitgiftehandeling nietig is.

#### 4.6 *Besluitvorming rondom de verkrijging van eigen aandelen (art. 2:98 lid 4/207 BW)*

Bij de verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap, moet onderscheid gemaakt worden tussen nv's en

<sup>28</sup> Verder geldt bij de bv dat de algemene vergadering de uitgiftebevoegdheid voor onbepaalde tijd aan een ander orgaan kan overdragen; art. 2:206 lid 1 BW.

<sup>29</sup> Zie mijn dissertatie, R.A.F. Timmermans, Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente beschermingsaandelen (Serie VHI, deel 147), Deventer: Wolters Kluwer 2018/4.3.10(a) en 4.4.3 en de aldaar aangehaalde literatuur.

<sup>30</sup> Zie voor de bv art. 2:206 lid 2 BW.

<sup>31</sup> Een vergelijkbaar systeem geldt voor de bv; art. 2:206a BW.

<sup>32</sup> Asser/*Van Olfjen & Rensen 2-IIa* 2019/330, P.J. Dortmond, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/164.3, Assink/Slagter, Compendium Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013/34.

bv's, omdat voor deze rechtspersonen verschillende regelingen gelden.

#### 4.6.1 Naamloze vennootschap

Het bestuur van een nv moet door de algemene vergadering worden gemachtigd wil het de nv rechtsgeldig kunnen vertegenwoordigen bij de verkrijging van eigen volgestorte aandelen door de nv.<sup>33</sup> Algemeen wordt aangenomen dat deze machtiging een vereiste vormt voor een rechtsgeldige uitvoering van de leveringshandeling.<sup>34</sup> De machtiging moet als een indirect extern besluit worden aangemerkt. Net zoals bij de *Nachgründung*, stelt de wet expliciet wat het gevolg is van het voorbijgaan aan het machtigingsbesluit. Een verkrijging van aandelen op naam door de nv in strijd met de machtiging, is zonder meer nietig.<sup>35</sup> Betwijfeld moet worden of de sanctie op het niet in acht nemen van de vereiste machtiging met zoveel woorden in de wet opgenomen had moeten worden. Omdat het machtigingsbesluit een indirect extern besluit is, heeft een gebrek in dat besluit op zich reeds gevolgen voor de rechtshandeling tot verkrijging door de nv van aandelen, althans voor zover de nv zich daarop beroept en de vervreemder te kwader trouw is.<sup>36</sup> Wat hiervan ook zij, de leveringshandeling in strijd met het machtigingsbesluit is nietig. Het gevolg van nietigheid is dat, uitgaande van naamaandelen, de vervreemder aandeelhouder van de nv is gebleven. De bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de vervreemder te goeder trouw die door de nietigheid schade lijdt. Met goeder trouw kan de vervreemder niet bereiken dat de aandelen zijn overgedragen aan de nv.

#### 4.6.2 Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Bij de bv geldt sinds de invoering van de flex-bv op 1 oktober 2012 niet langer het machtigingsvereiste. Daarvoor in de plaats is gekomen het vereiste dat er een beslissing van het bestuur moet zijn.<sup>37</sup> Die beslissing – of beter gesteld besluit – is een vereiste voor de verkrijging van eigen volgestorte aandelen door de bv en moet daarom als een indirect extern besluit worden aangemerkt. Anders dan bij de nv blijkt noch uit art. 2:207 BW, noch uit art. 2:207a BW, wat de gevolgen zijn voor een verkrijging van aandelen door de bv zonder dat een rechtsgeldige beslissing van

het bestuur heeft plaatsgevonden. Ervan uitgaande dat we van doen hebben met een indirect extern besluit, kan derhalve teruggevallen worden op de hoofdregel. Een gebrekkelijk bestuursbesluit betekent dat de rechtshandeling tot verkrijging van eigen aandelen ten opzichte van de bv nietig is en dat alleen de bv daar een beroep op kan doen. Bestaat het bestuur uit slechts één persoon, of uit twee personen die krachtens de statuten slechts gezamenlijk bevoegd zijn om de bv te vertegenwoordigen, dan is verdedigbaar dat de vertegenwoordigingshandeling als zodanig als de vereiste beslissing wordt beschouwd. Vanuit zorgvuldigheidsoogpunt verdient het desalniettemin de voorkeur om de beslissing in een bestuursbesluit vast te leggen, zodat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen achteraf kenbaar zijn.

Ik merk in dit verband op dat het bestuur van een bv een liquiditeitstest moet doen.<sup>38</sup> Voorstelbaar is dat het bestuur het in het belang van de bv en de daarmee verbonden onderneming acht om aandelen van een aandeelhouder te verkrijgen, maar dat de liquiditeitspositie van de bv dat niet toestaat. In zo'n situatie mag de bv geen eigen volgestorte aandelen verkrijgen, aldus art. 2:207 lid 2 BW. Het gaat hier om een verbodsbepaling. Echter, het gevolg van een verkrijging in strijd met dit verbod leidt niet tot een nietige verkrijging.<sup>39</sup> In het derde lid valt namelijk te lezen dat de bestuurders jegens de bv hoofdelijk verbonden zijn tot vergoeding van het tekort dat door de verkrijging is ontstaan. Eenzelfde sanctie wordt opgelegd aan de vervreemder die te kwader trouw is. De verkrijging door de bv is op zichzelf dus geldig en de bestuurders of de vervreemders moeten opdraaien voor het tekort dat door de verkrijging door de bv is ontstaan.<sup>40</sup>

Ten slotte wijs ik in dit verband nog op de mogelijkheid om de verkrijging van eigen aandelen in de statuten van een bv te beperken of uit te sluiten. Zo kan de verkrijging in de statuten aan goedkeuring van de algemene vergadering worden onderworpen. Kleeft aan het goedkeuringsbesluit een gebrek, dan kan dat gebrek gevolgen hebben voor de leveringshandeling. Net zoals bij de nv geeft de wet ook hier een eigen sanctieregeling. Een verkrijging door de bv in strijd met de statutaire goedkeuring is op grond van art. 2:207a lid 1 BW namelijk nietig. De aandelen worden dan geacht bij de vervreemder te zijn gebleven en de bestuurders van de bv zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de vervreemder te goeder trouw die door de nietigheid schade heeft geleden. Aan goeder trouw kan de vervreemder van de aandelen niet snel bescherming ont-

33 Art. 2:98 lid 4 BW.

34 P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/235.1, *Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa* 2019/229 en *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/162.

35 Art. 2:98a lid 1 BW. Voor aandelen aan toonder geldt een afwijkende regeling die ertoe leidt dat de aandelen op het tijdstip van de verkrijging overgaan op de gezamenlijke bestuurders; art. 2:98a lid 2 BW.

36 Vgl. H.J.M.N. Honée, Aspecten van bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid, in Maeijers belangstellingen (Serie VHI, deel 57), Deventer: Kluwer 1997, p. 31, die concludeert dat de wetgever het niet vanzelfsprekend heeft gevonden dat een verkrijging waaraan een gebrekkelijk machtigingsbesluit ten grondslag ligt, nietig is. Vgl. ook L. Timmerman, De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 99, die niet uitsluit dat art. 2:98a BW als een *lex specialis* van art. 2:16 lid 2 BW moet worden beschouwd.

37 Art. 2:207 lid 1 BW.

38 Art. 2:207 lid 2 BW met als sanctie hoofdelijke aansprakelijkheid voor iedere bestuurder die ten tijde van de beslissing wist of had moeten weten dat de verkrijging door de bv tot gevolg zou hebben dat de bv niet aan haar opeisbare schulden zou kunnen voldoen.

39 Zie paragraaf 4.7 over de verschillen tussen "mag niet" en "kan niet". De woorden "mag niet" zouden ertoe leiden dat geen sprake is van een nietige rechtshandeling, maar van een tot de bv gericht verbod.

40 In deze zin ook P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/314.

lenen, omdat van de vervreemder mag worden verwacht dat hij bekend is met de organisatierechtelijke regelgeving van de bv waaraan hij in de regel zijn medewerking heeft verleend.<sup>41</sup>

#### 4.7 Bestuursbesluit rondom het verstrekken van financiële steun (art. 2:98c leden 2 en 5 BW)

Financiële steunverlening door de nv is onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Art. 2:98c lid 2 BW bepaalt kort gezegd dat een nv geen leningen mag verstrekken met het oog op het nemen of verkrijgen door anderen van aandelen in het kapitaal van de nv, tenzij het bestuur daartoe besluit en aan de in dat artikellid genoemde voorwaarden is voldaan. Ik maak uit dit artikellid op dat het bestuursbesluit een vereiste is voor het verstrekken van de lening en dat derhalve sprake is van een indirect extern besluit. Een gebrekkig bestuursbesluit heeft gevolgen voor het verstrekken van de lening indien de nv zich op het gebrek zou beroepen en de geldnemer te kwader trouw zou zijn.<sup>42</sup> De geldnemer kan derhalve bescherming ontnemen aan art. 2:16 lid 2 BW. Deze benadering heeft mijn voorkeur.

Een andere benadering is dat het hier om een dwingend wettelijk voorschrift gaat, wat betekent dat overtreding daarvan tot nietigheid van de rechtshandeling leidt.<sup>43</sup> De wet stelt immers dat de nv niet zonder de vereiste besluitvorming leningen mag verstrekken. In die optiek zou de rechtshandeling van lening zonder meer nietig zijn. Deze benadering is verdedigbaar, ook omdat deze in de rechtspraak wordt gevolgd.

Ten slotte wordt ook wel verdedigd dat sprake is van een tot de nv gericht verbod dat op zichzelf niet de strekking heeft de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten. De geldlening zou dan door de nv vernietigd kunnen worden. De aanhangers van deze visie beroepen zich op de woorden “mag niet”, die niet betekenen “kan niet”.<sup>44</sup> Een argument dat voor deze opvatting pleit, is de regeling die geldt voor de verkrijging van aandelen door de bv en waarbij de bv ten gevolge van die verkrijging haar opeisbare schulden niet zou kunnen voldoen.<sup>45</sup> Ook daar spreekt de wet van “mag niet” en is een verkrijging in strijd met dat voorschrift niet nietig. En ook het onderscheid dat de wet maakt tussen het verbod voor een bv om eigen aandelen te nemen en het verbod voor een nv

om eigen aandelen te nemen, pleit voor deze opvatting. Een bv kan geen eigen aandelen nemen, terwijl een nv geen eigen aandelen mag nemen, waarbij als sanctie voor het nemen door de nv geldt dat de aandelen op de gezamenlijke bestuurders overgaan.<sup>46</sup> Het nemen door de nv (“mag niet”) is op zichzelf geldig. Bij de bv (“kan niet”) geldt geen specifieke sanctie en is het nemen derhalve nietig.<sup>47</sup> Een argument tegen deze opvatting is dat een dochtermaatschappij ingevolge art. 2:207d BW niet voor eigen rekening aandelen mag nemen of doen nemen in het kapitaal van de bv. Een verkrijging in strijd met dit artikellid wordt echter geacht nietig te zijn.<sup>48</sup>

Het vijfde lid van art. 2:98c BW bepaalt dat het bestuursbesluit is onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering. Dat besluit is een vereiste voor het verstrekken van de geldlening en derhalve een indirect extern besluit. Kleeft er aan het goedkeuringsbesluit van de algemene vergadering een gebrek, bijvoorbeeld omdat de vereiste versterkte meerderheid niet wordt gehaald, dan is het gevolg daarvan dat het bestuursbesluit nietig is.<sup>49</sup> Dat nietige bestuursbesluit kan zoals we hierboven hebben gezien gevolgen hebben voor de externe rechtshandeling.<sup>50</sup>

#### 4.8 Besluitvorming tot juridische fusie en splitsing (art. 2:317/330/331/334m/334ee/334ff BW)

Juridische fusie en splitsing zijn meerzijdige rechtshandelingen die de vennootschap met een andere vennootschap (of indien mogelijk andere rechtspersoon) aangaat.<sup>51</sup> Bij het aangaan van de juridische fusie en splitsing worden de betrokken vennootschappen vertegenwoordigd door hun bestuur. De wet stelt dat voor fusie en splitsing een besluit van het daartoe bevoegde orgaan vereist is.<sup>52</sup> Uitgangspunt is dat de algemene vergadering tot fusie en splitsing besluit. Dat besluit is een vereiste voor het aangaan van de rechtshandeling van fusie en splitsing. Gaat het om de

41 Asser/*Van Olfjen & Rensen 2-IIa* 2019/231, J.B. Huizink, GS Rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2018, art. 2:98a BW/2.2 en J.N. Schutte-Veenstra, GS Rechtspersonen, Deventer: Kluwer 2012, art. 2:207a BW/2. Vgl. P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/315.

42 Ook Asser/*Van Olfjen & Rensen 2-IIa* 2019/246 gaan uit van een indirect extern besluit en passen art. 2:16 lid 2 BW toe.

43 In deze zin P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/317 en Assink/Slagter, Compendium Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013/33.3 met verwijzingen naar jurisprudentie.

44 In deze zin Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017/28.

45 Zie paragraaf 4.6.

46 Art. 2:205 en 2:95 BW.

47 Dit onderscheid vloeit voort uit Richtlijn 77/91/EEG. Zie P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/312, Asser/*Van Olfjen & Rensen 2-IIa* 2019/178.

48 Zie hierover Assink/Slagter, Compendium Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013/33.3.

49 Art. 2:14 lid 2 BW.

50 Ik schreef hier eerder over in mijn dissertatie R.A.F. Timmermans, Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente beschermingsaandelen (Serie VHI, deel 147), Deventer: Wolters Kluwer 2018/8.2.2(c). Zie verder *Kamerstukken II* 2007/2008, 31 220, nr. 3, p. 18, waarin externe werking wordt toegedicht aan het goedkeuringsbesluit. In deze zin ook Asser/*Van Olfjen & Rensen 2-IIa* 2019/246. Vgl. J.B. Huizink, GS Rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2018, art. 2:98c BW/3.6.2, die verschillende benaderingen schetst en niet uitsluit dat het bestuursbesluit als een indirect extern besluit moet worden aangemerkt.

51 De enige uitzondering betreft een afsplitsing waarbij de vennootschap een gedeelte van haar vermogen afsplitst naar een door haar bij de splitsing op te richten vennootschap; art. 2:334a lid 3 jo. art. 2:334hh lid 1 BW. In dat geval is alleen de splitsende vennootschap partij bij de rechtshandeling juridische splitsing.

52 Art. 2:317 lid 1 jo. art. 2:330 BW (fusie) en art. 2:334m jo. art. 2:334ee BW (splitsing). Zie ook art. 2:312 lid 2 sub i BW (fusie) en art. 2:334f lid 2 sub i BW (splitsing).

verkrijgende vennootschap bij de fusie, dan kan ook het bestuur van die vennootschap onder bepaalde voorwaarden tot fusie besluiten.<sup>53</sup> De statuten kunnen die bevoegdheid echter uitsluiten. Hetzelfde geldt voor de verdwijnende vennootschap die fuseert met een vennootschap die alle aandelen in haar kapitaal houdt.<sup>54</sup> Een vergelijkbaar systeem geldt voor een verkrijgende vennootschap bij een splitsing, alsook voor een splitsende vennootschap die bij de splitsing de verkrijgende vennootschap(en) opricht en daarvan enig aandeelhouder wordt.<sup>55</sup> En ten slotte geldt dit systeem voor de splitsende vennootschap die partij is bij een splitsing, waarbij de verkrijgende vennootschap(en) alle aandelen in het kapitaal van de splitsende vennootschap houden.<sup>56</sup>

In alle genoemde gevallen is interne besluitvorming een vereiste voor het aangaan van de rechtshandeling van fusie en splitsing en is derhalve sprake van indirect externe besluiten. Hetzelfde geldt voor de voorafgaande of gelijktijdige besluiten van elke groep houders van aandelen van eenzelfde soort of aanduiding aan wier rechten de fusie of splitsing afbreuk doet en voor een voorafgaand goedkeuringsbesluit van een ander orgaan.<sup>57</sup> Schort er iets aan deze goedkeuringsbesluiten, dan heeft dat tot gevolg dat het fusie- of splitsingsbesluit nietig of vernietigbaar is.<sup>58</sup>

In het geval van gebreken in het fusie- of splitsingsbesluit, geldt met het oog op de ingrijpende gevolgen van de fusie en splitsing een bijzondere wettelijke regeling. Is het besluit van de algemene vergadering nietig, niet van kracht of levert het een grond tot vernietiging op, dan kan de rechter op vordering van een aandeelhouder, bestuurder of andere belanghebbende de fusie of splitsing vernietigen.<sup>59</sup> Opvallend is dat uit de wet niet blijkt dat een soortgelijke regeling geldt ingeval het besluit tot fusie of splitsing wordt genomen door het bestuur. Vermoedelijk heeft dat te maken met het feit dat dat strijdig zou zijn met Europese regelgeving.<sup>60</sup> Dat betekent dat in geval van een gebrekkig bestuursbesluit, de rechter de fusie of splitsing niet op verzoek kan vernietigen. Gezien de achtergrond van de limitatieve vernietigingsgronden in de wet en de strakke wettelijke bepaling, meen ik dat een gebrekkig bestuursbesluit geen gevolgen heeft voor de rechtshandeling van fusie en splitsing.<sup>61</sup>

## 5. Afsluitende opmerkingen

Sommige rechtshandelingen van vennootschappen die gevolgen hebben voor de organisatorische structuur van de vennootschap zijn dusdanig van belang voor de vennootschap en alle betrokkenen dat daaraan besluitvorming vooraf moet gaan. Het is dan gepast dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet volledig is losgekoppeld van de besluitvorming van vennootschapsorganen. Indien wordt vastgesteld dat een besluit als een indirect extern besluit moet worden aangemerkt, dan heeft dat tot gevolg dat de daaropvolgende externe rechtshandeling afhankelijk is van de rechtsgeldigheid van dat besluit. De discussie over dwingendrechtelijke en niet-dwingendrechtelijke beperkingen is niet verhelderend voor de problematiek rondom het indirect externe besluit. Ieder gebrekkig indirect extern besluit werkt door in de externe rechtshandeling en heeft gevolgen voor de wederpartij, mits de vennootschap op dat gebrek een beroep doet en de wederpartij te kwader trouw is. Het stellen van specifieke aanvullende sancties op een handeling in strijd met indirect externe besluitvorming is, voor zover dat op grond van Europese wetgeving niet vereist is, niet nodig en verwarrend.

53 Art. 2:331 lid 1 BW.

54 Art. 2:331 lid 4 BW.

55 Art. 2:334ff lid 1 BW.

56 Art. 2:334ff lid 4 BW.

57 Art. 2:330 lid 2 BW (fusie) en art. 2:334ee lid 2 BW (splitsing).

58 Vgl. P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/414.

59 Art. 2:323 lid 1 BW (fusie) en art. 2:334u lid 1 BW (splitsing). De notaris vervult hier een rol bij; hij zal de voetverklaring van art. 2:318/334n lid 2 BW niet mogen afgeven.

60 Zie P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/414 met verwijzingen.

61 Art. 2:323/334u lid 2 BW bepaalt expliciet dat een niet door de rechter vernietigde fusie of splitsing geldig is.