

Harold Koster<sup>1</sup>

## Reparatie van imperfecte besluitvorming

### 1. Inleiding

Rechtspersonen nemen evenals als natuurlijke personen besluiten. Anders dan natuurlijke personen kan de rechtspersoon niet zelf besluiten nemen. Bij rechtspersonen vindt besluitvorming plaats binnen organen zoals het bestuur. Het bestuur neemt besluiten die impact hebben op het bestaan en functioneren van de rechtspersoon. Doorgaans gaat dit goed, maar soms kunnen besluiten gebrekkig zijn, hetgeen de rechtsgeldigheid van het besluit kan aantasten.<sup>2</sup> Als duidelijk is dat er iets is misgegaan bij de besluitvorming of als hierover twijfels bestaan en dit invloed kan hebben op de geldigheid van het besluit, komt de vraag op of de geldigheid van besluitvorming alsnog gewaarborgd kan worden.<sup>3</sup> In deze bijdrage beantwoord ik die vraag en onderzoek daartoe hoe de reparatie van besluitvorming in het Nederlandse ondernemingsrecht is vormgegeven. Ik ga ook in op de effectiviteit van dit systeem en op de vraag of er aanleiding is om dit systeem aan te passen. Ik sluit af met een conclusie.

### 2. Imperfecte besluitvorming

In zijn algemeenheid zou men imperfecte besluitvorming kunnen omschrijven als besluitvorming die niet helemaal voldoet aan de regels die omschrijven waar rechtsgeldige besluitvorming aan moet voldoen. Niet alle imperfecte besluitvorming is evenwel problematisch. Dat is pas zo als de besluitvorming dermate gebrekkig is dat de geldigheid van de besluitvorming aantast. Met name twee Boek 2 BW-bepalingen zijn hier relevant, te weten de art. 2:14

- 
1. Prof. mr. H. Koster is verbonden aan de Universiteit van Leiden en aan de Universiteit van Dubai.
  2. Op de vraag wanneer er sprake is van een art. 2:14 en 2:15 BW-besluit ga ik in deze bijdrage niet in. Ik verwijs daarvoor naar de bijdragen van Schwarz en De Jongh aan deze bundel.
  3. Zie hierover ook J.B. Huizink, Enkele aspecten van ongeldigheid van rechtshandelingen in het vennootschaps- en ondernemingsrecht, in: W.J. Zwolve, L.C.A. Verstappen en J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (Preadvies KNB 2003), Lelystad: Koninklijke Vermande 2003.

HAROLD KOSTER

en 2:15 BW.<sup>4</sup> Deze artikelen gaan over nietigheid respectievelijk vernietigbaarheid van besluiten. Een nietig besluit is van meet af aan niet geldig. Het vorenstaande neemt niet weg dat een nietig besluit in de praktijk werking kan hebben alsof het geldig is. Daarvan is sprake wanneer niemand een beroep op de nietigheid doet en de rechter niet om een oordeel gevraagd wordt. Een vernietigbaar besluit is geldig tot het moment van vernietiging; pas na vernietiging wordt het besluit geacht vanaf het begin ongeldig te zijn geweest. Bij vernietiging is derhalve sprake van terugwerkende kracht. Besluiten kunnen ook gedeeltelijk (partieel) nietig of vernietigbaar zijn.<sup>5</sup>

Op basis van art. 2:14 BW is een besluit in strijd met de wet of de statuten nietig tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Art. 2:14 BW geldt onder meer voor besluiten die door inhoud of strekking in strijd met de wet of de statuten zijn. Ik geef twee voorbeelden:

- i) De wet bepaalt dat slechts natuurlijke personen commissaris van een coöperatie, een nv of een bv kunnen zijn. Een besluit tot benoeming van een rechtspersoon tot commissaris is in strijd met de wet en derhalve nietig.
- ii) De statuten van een vereniging bepalen de contributie op 100 euro per jaar; een besluit dat zonder wijziging van de statuten de contributie bepaalt op 200 euro per jaar is in dat geval nietig.

Art. 2:14 BW geldt ook voor besluiten die strijdig zijn met de wettelijke of statutaire bepalingen die de bevoegdheid van de verschillende organen regelen. Opnieuw twee voorbeelden:

- i) Een besluit kan in strijd zijn met de statuten, omdat het orgaan dat het besluit neemt niet bevoegd is het besluit te nemen.
- ii) Het quorum (minimumaantal vereiste stemmen) voor een bepaald besluit is niet gehaald.<sup>6</sup>

Voorts ziet art. 2:14 BW op besluiten die zijn genomen ondanks het ontbreken van een door de wet of de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen. Een voorbeeld hiervan is de op basis van art. 2:162/272 BW vereiste kennisgeving aan de algemene vergadering van een voorgenomen benoeming van een bestuurder bij een structuurvennootschap. Daarnaast is sprake van nietigheid bij strijd met goede zeden of openbare orde.<sup>7</sup> Van een besluit in strijd met de openbare orde is bijvoorbeeld sprake wanneer een bestuurder eveneens tot commissaris van die rechtspersoon wordt benoemd.<sup>8</sup>

4. Zie hierover ook de bijdragen van De Jongh en Schwarz aan deze bundel.

5. Zie art. 3:41 BW. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/302.

6. Zie ook Hay-Groep uitspraak HR 22 december 2012, ECLI:NL:HR:2009:BK2001.

7. Zie hierover ook de bijdrage van Kemp aan deze bundel.

8. Zie ook H.J.M.N. Honée, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, in: *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 101 e.v.

Op basis van art. 2:15 BW is een besluit van een orgaan van een rechtspersoon vernietigbaar<sup>9</sup> wegens i) strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen;<sup>10,11</sup> ii) strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW worden geëist; en iii) strijd met een reglement. De wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, omvatten onder meer de bepalingen over oproeping tot vergaderingen, agendering, toezending en terinzagelegging van stukken en wijze van stemming.<sup>12</sup> Van strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW worden geëist, is sprake als een besluit naar inhoud of totstandkoming in strijd is met de gedragsregel van art. 2:8 BW. De toetsingsmaatstaf houdt in of het orgaan bij afweging van alle bij het besluit betrokken belangen van de in art. 2:8 BW bedoelde personen in redelijkheid en naar billijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>13</sup> Daarbij zal de rechter doorgaans terughoudend oordelen of dit het geval is.<sup>14</sup> Ten slotte, op basis van Boek 3 BW kan een besluit ook vernietigd worden door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden.<sup>15</sup>

### 3. Aanpak gebrekkige besluitvorming naar huidig recht

In art. 14 lid 2 BW is een bijzondere regeling opgenomen om imperfecte besluitvorming te repareren. Degene die een voorafgaande handeling had moeten verrichten of aan wie de vereiste mededeling gedaan had moeten worden, kan namelijk het besluit bekrachtigen.<sup>16</sup> Deze mogelijkheid tot bekrachtiging is ontleend aan art. 3:69 lid 2 BW. Een voorafgaande handeling is in elk geval een voordracht bij benoeming van bestuurders of commissarissen en een voorstel of goedkeuring/machtiging tot besluitvorming door een ander orgaan. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van HR 12 april 1957, *NJ* 1957/345. De desbetreffende

- 
9. Een besluit kan ook als rechtshandeling vernietigbaar zijn op grond van titel 2 van Boek 3.
  10. Het behalen van de vereiste meerderheid is niet procedureel in de zin van art. 2:15 BW.
  11. Tot deze bepalingen behoren niet die welke de voorschriften bevatten waarop in art. 2:14 lid 2 BW wordt gedomd.
  12. Deze bepaling geldt ook voor de besluiten die een orgaan buiten vergadering kan nemen. Zie ook HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1657 (*Janssen Pers*).
  13. *Kamerstukken II* 1984/85, 17725, 7, p. 16.
  14. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145 (*KLM*).
  15. *Parl. Gesch. BW* Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991, p. 168. Er bestaat discussie of dit ook voor dwaling geldt.
  16. Van den Ingh heeft bepleit in *Maeijers Belangstellingen* 1997 dat bekrachtiging van onbevoegd genomen besluiten mogelijk moet zijn op basis van analogische toepassing van art. 14 lid 2 BW. Zie F.J.P. van den Ingh, 'Bekrachtiging van onbevoegd genomen besluiten', in: *Maeijers belangstellingen* (serie Uitgaven vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 57) 1997, Deventer: Kluwer 1997, p. 1 e.v. Met Maeijer meen ik dat de wetsgeschiedenis hiervoor geen steun biedt. Zie *Maeijers Belangstellingen*, p. 112-113.

HAROLD KOSTER

handeling zou mijns inziens naar huidig recht op basis van grond van art. 2:14 lid 2 BW bekrachtigd kunnen worden.<sup>17</sup> Ik citeer de Hoge Raad:

*“Dat naar den aard van de regelen die de onderhavige verenigingsverhouding beheersen – volgens dewelke immers uitdrukkelijk bij één der verenigingsorganen, het bestuur, het oordeel berust over de vraag of de belangen van vereniging en leden in voldoende mate zijn gewaarborgd bij uitoefening van een aangewezen deel zijner taak door een ander orgaan, het dagelijkse bestuur, aan hetwelk het de uitoefening van dat deel zijner taak vermag over te dragen – valt aan te nemen dat, in geval het laatstgenoemde orgaan zonder voorafgaande zodanige delegatie van bevoegdheid heeft gehandeld, deze handeling daarom nietig is, deze nietigheid niettemin wordt geheeld, indien het eerstgenoemde orgaan door bekrachtiging achteraf van het onbevoegdlijk genomen besluit te kennen heeft gegeven, dat het bij de – weliswaar voorbarige, doch volgens de statuten in beginsel mogelijk – uitoefening van dat deel zijner taak door het andere orgaan de daarbij betrokken belangen van vereniging en leden voldoende gewaarborgd heeft geacht.”*

Een voorbeeld van de vereiste mededeling is het vereiste bij een structuurvenootschap dat de RvC de algemene vergadering in kennis moet stellen van een voorgenomen benoeming van een bestuurder. Een termijn voor bekrachtiging geeft de wet niet. Maar dergelijke bekrachtiging is op basis van art. 14 lid 3 BW niet meer mogelijk na afloop van een redelijke termijn, die aan de betrokkene is gesteld door het orgaan dat het besluit heeft genomen. De redelijke termijn kan ook door een wederpartij worden gesteld. Betreft het een besluit waarvoor de besluitnemer geen bevoegdheid heeft, dan is bekrachtiging niet toegestaan, nu alleen het bevoegde orgaan dit besluit kan nemen. Er is dan geen sprake van een voorafgaande handeling of het doen van een vereiste mededeling.

Een nietig besluit kan in bepaalde situaties ook op basis van art. 3:58 lid 1 BW jo. 3:59 BW worden bekrachtigd. De heersende leer is dat art. 2:14 lid 2 BW de bekrachtiging van art. 3:58 jo. art. 3:59 BW niet uitsluit.<sup>18</sup> Art. 3:58 lid 1 BW bepaalt dat wanneer eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle onmiddellijk

17. Zo ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/324, en L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW*, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 1991, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 75.

18. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/324, en L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW*, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 1991, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 76. Zie hierover ook K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 p. 108, en A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 107, noot 84 met verdere literatuurverwijzingen. Anders Asser/Van der Grinten 2.11 1997, nr. 129a.

## REPARATIE VAN IMPERFECTE BESLUITVORMING

belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt, de rechtshandeling daarmee bekrachtigd is. Een voorbeeld van een nietig besluit dat met behulp van art. 3:58 lid 1 BW bekrachtigd kan worden is de situatie dat het bestuur van een naamloze vennootschap aandelen uitgeeft op basis van een aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering en daarbij meer aandelen uitgeeft dan in het aanwijzingsbesluit is bepaald. Het besluit is dan nietig. Gaat de algemene vergadering evenwel over tot verhoging van het aantal aandelen dat mag worden uitgegeven, dan wordt daarmee het nietige besluit bekrachtigd.

De rechtshandeling kan voorts worden bekrachtigd overeenkomstig art. 3:69 jo. art. 3:78 BW. Op basis van art. 3:69 BW geldt dat wanneer iemand zonder daartoe bevoegd te zijn als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, deze ander de rechtshandeling kan bekrachtigen en haar daardoor hetzelfde gevolg verschaffen, als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was verricht. Via art. 3:78 BW geldt dit ook wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht.

Op grond van art. 2:15 lid 6 BW geldt voorts dat een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, door een daartoe strekkend besluit kan worden bevestigd. Waar bij reparatie van nietige besluitvorming over bekrachtiging wordt gesproken, wordt dit bij vernietigbare besluitvorming derhalve ‘bevestiging’ genoemd. Aan een bevestigingsbesluit worden dezelfde eisen gesteld als aan het te bevestigen besluit. Bevestiging leidt ertoe dat het gebrekkige besluit niet meer op grond van de herstelde gebreken kan worden vernietigd. De bevestiging heeft terugwerkende kracht maar de bevestiging werkt niet zolang een tevoren ingestelde vordering tot vernietiging aanhangig is. Indien de vordering wordt toegewezen, geldt het vernietigde besluit als opnieuw genomen door het latere besluit, tenzij uit de strekking van dit besluit het tegendeel voortvloeit. Bevestiging is dus toegestaan indien het gebrek van het vernietigbare besluit schuilt in de wijze van totstandkoming, maar bevestiging is niet toegestaan indien het gebrek van het vernietigbare besluit de inhoud betreft.<sup>19</sup> In dit licht lijkt verdedigbaar, ook al spreekt art. 2:15 lid 6 BW alleen over vernietigbaarheid op grond van art. 2:15 lid 1 onder a BW, dat een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met de bepaling in een reglement betreffende zijn totstandkoming, eveneens kan worden bevestigd. Voor deze opvatting kan steun worden gevonden in de parlementaire geschiedenis. De minister heeft namelijk gezegd dat in een dergelijke situatie bevestiging op grond van art. 3:55 BW toegestaan is.<sup>20</sup> Het lijkt redelijk dat bevestiging in een dergelijke situatie dan ook op basis

19. Zie *Parl. Gesch. BW* Boek 2 1962, p. 158.

20. *Parl. Gesch. Aanpassing BW* Inv. 3, 5 en 6, p. 173.

HAROLD KOSTER

van art. 2:15 lid 6 BW kan plaatsvinden. Beide wijzen van bevestiging dienen wat betreft de gehanteerde reparatietechniek overigens wel van elkaar te worden onderscheiden. Waar bij bevestiging op grond van art. 2:15 lid 6 BW alsnog aan een vereiste wordt voldaan, is bij bevestiging op grond van art. 3:55 BW het effect dat de mogelijkheid om een beroep op het geconstateerde gebrek te doen, komt te vervallen. Deze laatste wijze van bevestiging kan daardoor in feite als een afstand van recht worden getypeerd.

Een besluit kan ook voorts vernietigd worden door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden op grond van art. 3:44 BW.<sup>21</sup> Bevestiging is dan toegestaan op grond van art. 3:55 BW en houdt in dat de bevoegdheid om ter vernietiging van een rechtshandeling een beroep op een vernietigingsgrond te doen vervalt, wanneer hij aan wie deze bevoegdheid toekomt, de rechtshandeling heeft bevestigd, nadat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot vernietiging op die grond een aanvang heeft genomen.<sup>22</sup> Overigens geldt dat als een besluit vernietigbaar is op grond van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, dan zal er doorgaans ook strijd met de redelijkheid en de billijkheid zijn in de zin van art. 15 lid 1b BW.<sup>23</sup> Voorts geldt dat wanneer de vordering tot vernietiging is gebaseerd op een bepaling van Boek 3 BW of een andere wettelijke bepaling, dat ook in deze gevallen de vervaltermijn van een jaar als bedoeld in art. 15 lid 5 BW geldt.<sup>24</sup> Ik citeer uit de parlementaire geschiedenis:

*“Indien deze mogelijkheden, die elders in de wet zijn geregeld, op besluiten van toepassing worden, gelden daarvoor mede de artikelen 15 en 16, (...).”*<sup>25</sup>

Daarnaast kan de rechter via art. 3:53 lid 2 jo. 3:59 BW desgevraagd aan de vernietiging van een besluit geheel of ten dele haar werking ontzeggen, indien de reeds ingetreden gevolgen van de rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. Dit kan in principe niet in geval van nietige besluiten.<sup>26</sup> Voor nietige besluiten kan evenwel nog naar art. 3:42 BW worden gekeken.

21. *Parl. Gesch. BW* Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991, p. 168. Er bestaat discussie of dit ook voor dwaling geldt.

22. Zie ook J.B. Huizink, ‘Enkele aspecten van ongeldigheid van rechtshandelingen in het vennootschaps- en ondernemingsrecht’, in: W.J. Zwalve, L.C.A. Verstappen en J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (preadvies KNB 2003), Lelystad: Koninklijke Vermande 2003, p. 171 e.v.

23. Zo ook J.B. Huizink, *Rechtspersonen*, art. 2:15 BW, aant. 2.1.

24. Zo ook J.B. Huizink, *Rechtspersonen*, art. 2:15 BW, aant. 8.3, en A.L. Mohr, *Rechtspersonen- en vennootschapsrecht 1992*, Deventer: Kluwer, p. 18-19.

25. *Parl. Gesch. BW* Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991, p. 168.

26. Zie *Parl. Gesch. BW* Boek 3 1981, p. 240. Overigens is matiging van de gevolgen van nietigheid niet geheel uitgesloten. Voorts kunnen de redelijkheid en billijkheid een beperkende werking hebben.

Beantwoordt namelijk de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe. Dit tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft meegewerkt.

#### 4. Naar een nieuwe aanpak van gebrekkige besluitvorming?

Duidelijk is dat organen zoals het bestuur besluiten kunnen nemen die impact hebben op het bestaan en functioneren van de rechtspersoon. Doorgaans gaat deze besluitvorming goed, maar soms zijn besluiten gebrekkig en kan dit de rechtsgeldigheid van het besluit aantasten. Als duidelijk is dat er iets is misgegaan bij de besluitvorming of als hierover twijfels bestaan en dit invloed kan hebben op de geldigheid van het besluit, komt de vraag op of de geldigheid van dergelijke besluitvorming alsnog gewaarborgd kan worden. Door de inzet van juridische technieken zoals bekrachtiging en bevestiging zijn er inderdaad de nodige mogelijkheden om dergelijke gebreken te repareren. De verschillende mogelijkheden tot bekrachtiging en bevestiging onderscheiden zich echter van elkaar qua reikwijdte, vormgeving en uitwerking en leveren daardoor een versnipperd en niet altijd een helder beeld op. Ook is duidelijk dat niet alles gerepareerd kan worden. Zo laat Boek 2 BW bevestiging van een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid niet toe. Er bestaan daarnaast over de huidige reparatiemogelijkheden de nodige vraagpunten.<sup>27</sup> Zo is het de vraag wat nu precies de reikwijdte is van de gehanteerde begrippen ‘bekrachtiging’ en ‘bevestiging’. Daar komt bij dat, zoals hiervoor uiteengezet, de wetbepalingen moeilijk te doorgronden zijn, terwijl over bepaalde zaken discussie bestaat. Ook is het de vraag of en in hoeverre de begrippen bekrachtiging en bevestiging in Boek 2 BW overeenkomen met de begrippen ‘bekrachtiging’ en ‘bevestiging’ in Boek 3 BW.<sup>28</sup>

Dat niet alles gerepareerd kan worden, is overigens mijns inziens een juist en acceptabel uitgangspunt. Dat neemt niet weg dat de praktijk er baat bij heeft als er meer duidelijkheid komt over de vraag wanneer gebrekkige besluitvorming kan worden gerepareerd. Het zou denk ik helpen als er een helder en eenvoudig te begrijpen kader zou zijn voor reparatie van gebrekkige besluitvorming. Maar

27. Zie hierover ook K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk VI.

28. Zie hierover ook J.B. Huizink, ‘Enkele aspecten van ongeldigheid van rechtshandelingen in het vennootschaps- en ondernemingsrecht’, in: W.J. Zwolve, L.C.A. Verstappen en J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (Preadvies KNB 2003), Lelystad: Koninklijke Vermande 2003, p. 194.

HAROLD KOSTER

men zou kunnen menen dat de praktijk zich wel redt, en er geen reden is om iets te veranderen aan de huidige situatie. Dit werd destijds ook over de juridische fusie geschreven.<sup>29</sup> Er zou geen dringende behoefte bestaan aan de figuur van de juridische fusie. Nimmer zou zijn gebleken dat concentratie en economische fusie worden bemoeilijkt door het ontbreken van de vorm van de juridische fusie. In de praktijk is inmiddels gebleken – er vinden jaarlijks ongeveer 2000 juridische fusies plaats<sup>30</sup> – dat er wel degelijk behoefte is aan een dergelijke rechtsfiguur. Ik meen dat een helder en eenvoudig te begrijpen kader voor reparatie van gebrekkige besluitvorming ook iets toevoegt.

Maar hoe zou dit vormgegeven kunnen worden?

In de literatuur zijn reeds enkele voorstellen gedaan die zien op de toetsing van besluitvorming en de vraag of de besluitvorming (toch) als geldig kan worden aangemerkt. Zo heeft Huizink in 2005 een voorstel uitgewerkt voor een mogelijke regeling.<sup>31</sup> Zijn uitgangspunt is dat besluiten van organen van rechtspersonen door de institutioneel betrokkenen onder wie leden, aandeelhouders, bestuurders, commissarissen en mogelijk ook werknemers of anderszins betrokkenen gedurende een jaar<sup>32</sup> ter toetsing aan de rechter moeten kunnen worden voorgelegd.<sup>33</sup> De door hem voorgestelde toetsingsmaatstaf is of het orgaan dat het bestreden besluit heeft genomen in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Die open norm biedt volgens Huizink voldoende ruimte voor zowel een (marginale) inhoudelijke toetsing als een toetsing aan de totstandkomingsvoorschriften, waaronder ook bevoegdheidsoverschrijdingen. Op basis van dit voorstel zouden ook besluiten die in strijd zijn met de wet of de statuten en die nu op grond van art. 2:14 BW nietig zijn, aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Er zou geen sprake meer zijn van automatische nietigheid. Het is dan aan de rechter om te beoordelen of de schending van de organisatierechtelijke voorschriften binnen de rechtspersoon dermate substantieel is dat de besluitvorming kennelijk onredelijk is. Indien dat zo is, is het vervolgens aan de rechter

---

29. Zie W.C.L. van der Grinten, *De richtlijn voor juridische fusie*, *NV* 48, p. 179. Eveneens kritisch was M.J.G.C. Raaijmakers, die schreef: “Ook naar mijn mening valt niet te verwachten, dat het Nederlandse bedrijfsleven op grote schaal gebruik zal gaan maken van dit nieuwe instrument”. Zie preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’ 1980, *De juridische fusie naar wordend recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 110.

30. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 458, nr. 3.

31. J.B. Huizink, ‘Geldigheid en ongeldigheid van besluiten in het rechtspersonenrecht’, *WPNR* 2005/6613.

32. Huizink stelt het volgende voor: “De bevoegdheid om beroep in te stellen tegen een besluit van een orgaan van de rechtspersoon vervalt een jaar na het einde van de dag waarop hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd.” J.B. Huizink, ‘Geldigheid en ongeldigheid van besluiten in het rechtspersonenrecht’, *WPNR* 2005/6613, p. 203.

33. J.B. Huizink, ‘Geldigheid en ongeldigheid van besluiten in het rechtspersonenrecht’, *WPNR* 2005/6613, p. 202.



om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te beslissen welke gevolgen hij daaraan verbindt. Het betekent ook dat zolang geen belanghebbende de kwestie aan de rechter voorlegt, de besluitvorming, hoe gebrekkig ook, in stand blijft. Voorts betekent het dat de mogelijkheid tot bekrachtiging of bevestiging bij invoering van dit voorstel komt te vervallen. Dit voorstel heeft als consequentie, Huizink onderkent dat ook, dat de mogelijke aantasting door de rechter van besluiten van organen van rechtspersonen gedurende een jaar boven partijen blijft hangen, maar hij meent dat dit niet onoverkomelijk hoeft te zijn.<sup>34</sup> Dit onder meer omdat de rechter het besluit niet per se kennelijk onredelijk hoeft te verklaren. Bovendien kan de rechter op basis van de voorgestelde regeling de gevolgen van eventuele kennelijke onredelijkheid op maat regelen. Voor het innovatieve voorstel van Huizink valt zeker iets te zeggen. Toch aarzel ik. Op basis van zijn voorstel kunnen in principe alle besluiten van organen van rechtspersonen aan de rechter voorgelegd worden. Deze benadering lijkt daardoor als consequentie te hebben dat er meer rechtsonzekerheid ontstaat of een bepaald besluit rechtsgeldig is. Het is de vraag of een dergelijke ruime reikwijdte wenselijk is. Het lijkt niet onmogelijk dat het tot meer procedures zou kunnen leiden. Omdat op macro-economisch niveau ook belang toekomt aan efficiëntie en effectiviteit, lijkt een dergelijke invulling daarom minder voor de hand te liggen.

Klein Wassink heeft in haar dissertatie eveneens een voorstel gedaan voor een andere benadering van de toetsing van besluiten. In de kern komt haar voorstel erop neer dat elk besluit van een orgaan van een rechtspersoon getoetst kan worden, ook besluiten die niet op een rechtsgevolg zijn gericht. Besluiten die door inhoud of strekking in strijd zijn met de wet, de statuten, de goede zeden of de openbare orde zijn nietig, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Daarnaast kunnen de rechtspersoon en iedere belanghebbende beroep instellen bij de rechtbank tegen een besluit van een orgaan van een rechtspersoon. Het voorgestelde toetsingscriterium is dat het orgaan bij de afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij een of meer voorzieningen treffen zoals schorsing of vernietiging van het besluit of het opleggen van de verplichting om de gevolgen van het besluit ongedaan te maken. Ook kan om voorlopige voorzieningen worden gevraagd. Ook voor het voorstel van Klein Wassink – dat enige gelijkenis vertoont met het voorstel van Huizink – valt zeker iets te zeggen. Echter, met haar voorstel beoogt ze dat alle beslissingen van organen van rechtspersonen aan de rechter voorgelegd kunnen worden. Deze benadering lijkt daardoor net als het voorstel van Huizink als consequentie te hebben dat er meer rechtsonzekerheid zal ontstaan of een bepaald besluit rechtsgeldig is. Een dergelijke ruime reikwijdte ligt mijns inziens niet voor de hand.

---

34. J.B. Huizink, 'Geldigheid en ongeldigheid van besluiten in het rechtspersonenrecht', *WPNR* 2005/6613, p. 203.

Voorts heeft Van Vught een voorstel gedaan voor een regeling waarmee de rechter besluiten voor de rechtspersoon kan vaststellen.<sup>35</sup> Zijn uitgangspunt is dat degene die geraakt is door een besluit, meer moet worden geboden dan de nietigheid of de vernietiging van het besluit alleen. Van Vughts voorstel houdt in dat de rechter een besluit moet kunnen vaststellen. Daarbij merkt hij op dat een rechterlijke vaststellingsbevoegdheid niet te zeer behoort in te grijpen in de vrijheid die het bevoegde orgaan toekomt om de besluiten te nemen die het voor de rechtspersoon gewenst acht. Voor de vraag wanneer de rechter kan overgaan tot het vaststellen van een besluit stelt Van Vught het volgende criterium voor: “De belangen van wie een bepaald besluit verlangt, moeten onevenredig geschaad worden zou de rechter er niet toe overgaan een besluit vast te stellen.” De rechterlijke uitspraak die een besluit vaststelt, zou jegens eenieder (*erga omnes*) moeten werken. Ten slotte beveelt Van Vught aan dat zowel de gewone rechter als de Ondernemingskamer bij wijze van eindvoorziening de bevoegdheid krijgt om besluiten vast te stellen voor de rechtspersoon.<sup>36</sup> Voor het voorstel van Van Vught valt zeker iets te zeggen. Toch aarzel ik ook hier. Op basis van dit voorstel kan, zo lijkt het, de rechter zelfstandig voor de rechtspersoon besluiten nemen, ook als de rechtspersoon zelf dergelijke besluitvorming niet wenselijk vindt. Het is de vraag of een dergelijke ruime reikwijdte wel wenselijk is. Gaat ook dit niet tot meer procedures leiden? Dat lijkt zeker niet onmogelijk. Ook is het de vraag of een dergelijke aantasting van de bestuursbevoegdheid van bestuurders niet te ver gaat. Bovendien, als er (structureel) onvrede bestaat over de taakuitoefening door bestuurders, kunnen bestuurders als *ultimum remedium* vervangen worden. Daarmee ligt ook deze invulling minder voor de hand.

Hoe zal een regeling er dan wel uit kunnen zien?

Een mogelijke regeling zou mijns inziens kunnen inhouden dat naast de bestaande mogelijkheden van onder meer bekrachtiging en bevestiging de rechter (en wat mij betreft ook de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure) de bevoegdheid krijgt – hij kan, waar dat redelijk is, maar is niet verplicht – gebrekkige besluitvorming die tot nietigheid of vernietigbaarheid leidt, (alsnog) rechtsgeldig verklaren, al dan niet met reparatie van het verzuim. Het leidt er dus niet toe dat alle besluiten aan toetsing kunnen worden onderworpen of dat de rechter besluiten voor de rechtspersoon kan vaststellen, maar slechts dat de rechter aan aanvullende mogelijkheid heeft om (mogelijk) nietige of vernietigbare besluiten rechtsgeldig te verklaren.

---

35. K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 7.7.

36. K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, paragraaf 7.8.2.

## REPARATIE VAN IMPERFECTE BESLUITVORMING

Met deze regeling zou een besluit dat in strijd is met de wet, terwijl de wet niet lang daarna is gewijzigd, door de rechter toch als rechtsgeldig kunnen worden aangemerkt. Hetzelfde zou zich kunnen voordoen indien het gebrek van het vernietigbare besluit de inhoud betreft, een gebrek waarvoor bevestiging niet toegestaan is. Ook kan de rechter dan een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met de bepaling in een reglement rechtsgeldig verklaren. Het voordeel van een dergelijke regeling is vooral dat naast de mogelijkheden van bekrachtiging en/of bevestiging aanvullend een beroep gedaan kan worden op deze rechterlijke reparatiemogelijkheid. Het geeft de rechter een wettelijke grondslag om in bepaalde situaties, waar de starheid van de wet in de weg zit, toch tot een rechtvaardige beslissing te komen.

Een dergelijke aanvulling van Boek 2 BW sluit ook goed aan op de tendens om het vennootschapsrecht waar mogelijk flexibeler te maken. De rechter zal hierbij rekening moeten houden met alle feiten en omstandigheden van het geval en dient de betrokken belangen af te wegen. Hierbij zou uitdrukkelijk ook meegenomen moeten worden de vraag of er nadelige gevolgen kunnen ontstaan door de reparatie van de gebrekkige besluitvorming, bijvoorbeeld door compensatie aan te bieden of garanties of anderszins zekerheid te stellen.

### 5. Afronding

Rechtspersonen nemen evenals als natuurlijk personen besluiten. Bij rechtspersonen vindt besluitvorming plaats binnen organen zoals het bestuur. Doorgaans gaat dit goed, maar soms kunnen besluiten gebrekkig zijn hetgeen de rechtsgeldigheid van het besluit kan aantasten. Als duidelijk is dat er iets is misgegaan bij de besluitvorming of als hierover twijfels bestaan en dit invloed kan hebben op de geldigheid van het besluit, komt de vraag op of de geldigheid van dergelijke besluitvorming alsnog gewaarborgd kan worden. In deze bijdrage heb ik onderzocht hoe de reparatie van besluitvorming in het Nederlandse ondernemingsrecht is vormgegeven en geconcludeerd dat verbetering mogelijk is. In dat kader heb ik aanbevolen dat naast de bestaande mogelijkheden van onder meer bekrachtiging en bevestiging de rechter de bevoegdheid krijgt – hij kan maar is niet verplicht – om gebrekkige besluitvorming alsnog rechtsgeldig te verklaren, al dan niet met reparatie van het verzuim. De rechter kan hierbij rekening houden met alle feiten en omstandigheden van het geval en dient de betrokken belangen af te wegen waaronder de vraag of er nadelige gevolgen kunnen ontstaan door de reparatie van de gebrekkige besluitvorming en of daarvoor compensatie of andere maatregelen getroffen moeten worden. Deze reparatiemogelijkheid van imperfecte besluitvorming past mijns inziens goed in ons moderne vennootschapsrecht.