

Goederenrechtelijke vragen omtrent de vennootschap in oprichting

1. Inleiding

De vennootschap in oprichting als zodanig bestaat niet. Zij is geen rechtspersoon en kan derhalve geen draagster van rechten en plichten zijn. Toch wordt in het Burgerlijk Wetboek aan haar oprichters de mogelijkheid geboden om namens een vennootschap in oprichting rechtshandelingen te verrichten. Het is zelfs mogelijk om namens een vennootschap in oprichting goederen geleverd te krijgen.

Problematisch zijn de gevolgen van een levering aan een vennootschap in oprichting. Een aantal schrijvers is van mening dat de eigendom bij de leverancier blijft. Andere schrijvers zijn van mening dat de eigendom aan de oprichter toekomt die namens de vennootschap in oprichting heeft gehandeld. Het nadeel van de eerste benaderingswijze is dat een faillissement van de leverancier verhindert dat de vennootschap eigenaar wordt terwijl al wel aan haar geleverd is. Een nadeel van de tweede benaderingswijze is dat wanneer de oprichter failliet gaat, het goed in zijn failliete boedel valt. Dit is vooral nadelig wanneer de oprichter met geld van toekomstige aandeelhouders goederen heeft verworven voor de nog op te richten vennootschap en door privé schulden failliet gaat.

In dit artikel wordt een nieuwe invalshoek gekozen. Met deze benaderingswijze kan tussen de faillissementen van respectievelijk de leverancier en de oprichter worden doorgevaren zonder Scylla of Charibdis te raken. De vennootschap kan na haar oprichting vrijwel altijd de goederen verkrijgen die in de preconstitutieve fase namens haar verkregen zijn. Dit is vooral een oplossing met voor de praktijk wenselijke gevolgen.

Eerst worden de verschillende modaliteiten behandeld waaronder een oprichter ten behoeve van een nog op te richten vennootschap kan handelen. Daarna worden de goederenrechtelijke gevolgen hiervan uiteengezet.

In het merendeel van de gevallen waarin een vennootschap wordt opgericht, zal men niet stil staan bij deze complexe goederenrechtelijke vraagstukken. Wanneer men reeds goederen had aangeschaft voor de op te richten vennootschap, zal men deze gewoon gaan gebruiken of blijven gebruiken. Dit doet echter niets af aan de noodzaak dat er bevredigende goederenrechtelijke antwoorden zijn wanneer er problemen mochten rijzen.

2. Het handelen ten behoeve van een BV io

2.1. Drie varianten die ter beschikking staan aan de oprichter

Volgens artikel 2:203 BW kan een vennootschap gebonden worden aan rechtshandelingen die namens haar zijn verricht voordat zij is opgericht. Zij dient daartoe deze rechtshandelingen te bekrachtigen. Voordat in het tweede deel van deze bijdrage ingegaan wordt op de goederenrechtelijke gevolgen van deze bepaling, dient eerst iets gezegd te

DE WEIJS

worden over de verbintenisrechtelijke varianten van het handelen ten behoeve van een vennootschap io. Het handelen ten *behoef*e van de op te richten vennootschap hoeft niet altijd een handelen *namens* de op te richten vennootschap met zich mee te brengen.

Variant A) Louter handelen namens de BV io

In deze variant handelt de oprichter louter *namens* de op te richten vennootschap en is zelf in het geheel niet verbonden. Het probleem is echter dat lid 2 van artikel 2:203 bepaalt dat wanneer iemand namens een vennootschap io handelt, hij zelf ook verbonden is, tenzij hij deze verbondenheid uitdrukkelijk uitsluit. Wil de oprichter dus niet tevens zelf verbonden zijn, dan is niet voldoende dat hij zich presenteert als ‘handelend namens’ de BV io. De oprichter zal tevens zijn persoonlijke verbondenheid uitdrukkelijk moeten uitsluiten.

Variant B) De oprichter handelt louter op eigen naam

Wanneer de oprichter voordelen wenst te realiseren voor rekening van de op te richten vennootschap, hoeft hij dat natuurlijk niet op haar naam te doen. Hij kan ook op eigen naam goederen verwerven, en die later aan de vennootschap overdragen. Wanneer hij de vennootschap wil laten profiteren van met derden gesloten contracten, kan hij zich bedienen van de figuur van contractovername in de zin van art. 6:155 BW. Wanneer de oprichter louter op eigen naam heeft gehandeld, is voor bekrachtiging door de eenmaal opgerichte vennootschap geen ruimte.

Variant C) De oprichter handelt zowel namens de vennootschap io als pro se

Wanneer een oprichter namens een vennootschap io handelt, is hij door de werking van art. 2:203 lid 2 BW bijna altijd ook zelf verbonden. Het handelen geldt dan zowel als een handelen ‘namens’ als ‘pro se’. Laat de oprichter na zijn persoonlijke verbondenheid uit te sluiten, dan is hij ook zelf verbonden. Deze persoonlijke verbondenheid is een voorwaardelijke¹; zij houdt op te bestaan wanneer de vennootschap bekrachtigt.² Het is deze persoonlijke voorwaardelijke verbondenheid van de oprichter die een aantal gevolgen heeft op het goederenrechtelijke vlak. Voordat deze uiteengezet kunnen worden, moet eerst nog iets meer over het karakter van deze verbondenheid gezegd worden.

¹ Zie art. 3:38 dat zegt dat rechtshandelingen onder voorwaarde verricht kunnen worden. Verder Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, Arnhem 1994, p.78 e.v.

² Zie ook Maeijer in Asser-Maeijer III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, de Naamloze en Besloten vennootschap*, Zwolle 1994, p. 89. ‘Men zou kunnen spreken van een rechtsbetrekking onder ontbindende voorwaarde.’

GOEDERENRECHTELIJKE VRAGEN

2.2. Karakter van de persoonlijke verbondenheid van de oprichter

De persoonlijke verbondenheid van de oprichter krachtens het tweede lid van art. 2:203, is pas in 1987 ingevoerd.³ Voordien werd enkel de derde met wie gehandeld was eenzijdig gebonden. Deze eenzijdige verbondenheid vond de wetgever te zwaar op de derde drukken. Vandaar dat besloten werd de oprichter ook zelf verbonden te laten zijn. Deze gebondenheid komt echter ten einde wanneer de vennootschap na haar oprichting bekrachtigt.

In de literatuur wordt de persoonlijke verbondenheid van de oprichters wel aangeduid als een subsidiaire.⁴ 'De gebondenheid van art. 203 heeft een subsidiair karakter; de primaire band komt uitsluitend tussen degene met wie is gehandeld en de op te richten vennootschap, als toekomstig rechtspersoon tot stand.'⁵ Ook Maeijer en Van Schilfgaarde zien de verbondenheid van de oprichter als een ondergeschikte ten aanzien van die van de vennootschap.⁶ Scholtens draait het om en spreekt van een primaire verbondenheid van de handelende persoon.⁷

Een onderscheid tussen primaire en subsidiaire verbondenheid schept mijns inziens meer verwarring dan nodig is. De verbondenheid van een handelende persoon is een volwaardige, maar een voorwaardelijke. Zodra de vennootschap overgaat tot bekrachtiging treedt de voorwaarde in en vervalt de verbondenheid.⁸

2.3. Ook goederenrechtelijke handelingen vallen onder art. 2:203 BW

De Hoge Raad heeft in zijn arresten Jacobs/Jacobs⁹ en Liza Zwanenberg/Posterholt¹⁰ geoordeeld dat een oprichter niet alleen obligatoire rechtshandelingen namens een op te richten vennootschap kan verrichten, maar ook goederenrechtelijke rechtshandelingen. Hij kan dus ook reeds namens een op te richten vennootschap een zaak geleverd krijgen.¹¹ Ook bij de verbondenheid aan de levering kan men het hierboven aangegeven onderscheid

³ Wet van 16 mei 1986 Stb.275.

⁴ W.Westbroek en F.K. Buijn, De vennootschap in oprichting, *WPNR* 5575, p. 577-583.
P. Sanders en W.Westbroek, *BV en NV; Het nieuwe ondernemingsrecht*, Deventer 1994, p.44.

⁵ Sanders en Westbroek, *BV en NV*, p. 44.

⁶ Asser-Maeijer III, p. 90 en P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem 1995, p. 58.

⁷ M.A.J.M.Scholtens, Preconstitutieve levering, *WPNR* 1987, nr. 5830.

⁸ Als een voorwaarde mag niet gelden de wil van één van de partijen. Het intreden van de voorwaarde betreft hier echter niet de wil van één van de partijen maar van een derde, de opgerichte vennootschap.

⁹ HR 24 mei 1968, NJ 1968, 99 (Jacobs/Jacobs).

¹⁰ HR 10 juni 1938, NJ 1938, 919 (Zwanenberg/Posterholt).

¹¹ Het al dan niet bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst heeft tot veel discussie geleid in de literatuur. Wat er ook van deze discussie mag zijn, de Hoge Raad heeft in deze arresten geoordeeld dat een oprichter niet alleen een zaak namens een op te richten vennootschap kan kopen, maar dat hij deze zaak ook geleverd kan krijgen.

maken ten aanzien van de modaliteiten waaronder hij geleverd kan krijgen. Wie wanneer eigenaar wordt, wordt hieronder behandeld.

3. Gevolgen voor de eigendom en de beschikkingsbevoegdheid van een levering aan een vennootschap io

3.1. Inleiding

Het is, zoals hierboven naar voren is gebracht, mogelijk om reeds voor de oprichting rechtshandelingen 'namens' de nog op te richten vennootschap te verrichten. Op het gebied van de obligatoire rechtshandelingen bestaat in de literatuur nog enige consensus over de gevolgen van deze rechtshandelingen. Omtrent de gevolgen van een levering aan een oprichter handelend 'namens' de vennootschap io zijn evenwel in de literatuur zeer uiteenlopende opvattingen verdedigd.

In het vervolg wordt als eerste ingegaan op de gevolgen van een levering aan een oprichter die louter 'namens' de vennootschap io handelt; variant A. Vervolgens komen de gevolgen van een levering aan een oprichter die louter 'pro se' handelt aan bod; variant B. Ten derde wordt ingegaan op de oprichter die gemengd preconstitutief handelt. Een oprichter die dus zowel 'namens' als 'pro se' handelt; variant C.

Besproken wordt wie op welk moment eigenaar is, wat de gevolgen zijn van een faillissement van een van de partijen, wat de mogelijkheden zijn van beslag, en wat de gevolgen zijn wanneer de vennootschap in het geheel niet wordt opgericht. Bij de behandeling van de verschillende vragen wordt vanaf hier steeds gewerkt met het voorbeeld waarin een oprichter *ten behoeve* van een op te richten vennootschap een bedrijfspand koopt en geleverd krijgt van een derde.¹² De modaliteit waaronder de oprichter ten behoeve van de op te richten vennootschap handelt, brengt gevolgen met zich mee op het goederenrechtelijke terrein.

3.2. Levering aan een oprichter die louter 'namens' de vennootschap io handelt (Variant A)

3.2.1. Gevolgen voor de eigendom

Het eerste geval betreft de situatie waarin een oprichter alleen 'namens' de op te richten vennootschap handelt en de persoonlijke verbondenheid (lid 2) uitdrukkelijk heeft uitgesloten. Een derde verkoopt en levert aan de oprichter, die namens de vennootschap in oprichting handelt. Wat zijn nu de gevolgen van een levering van het bedrijfspand?

¹² Ik kies als voorbeeld voor een onroerende zaak omdat er voor de levering een akte opgemaakt dient te worden. In deze akte zal, door de goede zorgen van het notariaat, duidelijk naar voren moeten komen in wat voor een hoedanigheid de oprichter handelt.

GOEDERENRECHTELIJKE VRAGEN

De verkoper en de oprichter laten een transportakte opmaken en inschrijven¹³. Wanneer de vennootschap eenmaal is opgericht gaat zij over tot bekrachtiging¹⁴ en verkrijgt met terugwerkende kracht tot op het moment van de oprichting de eigendom van het bedrijfspand.¹⁵

3.2.2. Gevolgen van faillissement van de oprichter

Wanneer de oprichter failliet gaat, heeft dat geen gevolgen voor de opgerichte vennootschap, zij kan immers bekrachtigen en verkrijgt dan de eigendom. Het bedrijfspand passeert niet het vermogen van de oprichter.

3.2.3. Gevolgen van faillissement van de vervreemder

Problemen ontstaan er voor de opgerichte vennootschap wanneer na de levering maar voor de bekrachtiging de verkoper failliet gaat. De verkoper heeft weliswaar geleverd, maar de bekrachtiging werkt niet tegen het faillissement van de verkoper. Bekrachtiging heeft in beginsel terugwerkende kracht¹⁶, artikel 23 jo 35 van de Faillissementswet verhinderen dit nu echter. Op het moment van faillietverklaring is immers nog niet aan alle vereisten voor een geldige overdracht voldaan. Op het moment van de bekrachtiging heeft de verkoper reeds de beschikkingsmacht over zijn goederen verloren.

Het bedrijfspand blijft dus tot het moment van bekrachtiging in het vermogen van de verkoper. Wanneer uiteindelijk blijkt dat er toch niet wordt opgericht, heeft dat zakenrechtelijk gezien ook geen gevolgen; de eigendom was en blijft dus ook bij de verkoper.

3.2.4. Wat zijn de gevolgen van een beslag?

Wanneer een schuldeiser in de openbare registers kijkt ziet hij dat het pand nog van de verkoper is. De vraag die nu opkomt is welk recht sterker is wanneer de schuldeiser beslag legt: bekrachtiging of beslag?

¹³ De mogelijkheid van inschrijving van een dergelijke akte wordt algemeen aanvaard nu ook Van der Grinten deze mogelijkheid aanvaardt. W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle 1992, p. 141.

¹⁴ Bekrachtiging kan ingeschreven worden, maar zulks hoeft niet. De bekrachtiging is niet aan vormvoorschriften onderworpen. De bekrachtiging is wel een inschrijfbaar feit in de zin van art. 3:17. Inschrijving is echter alleen van belang i.v.m. de derde beschermende bepalingen. Onder omstandigheden kan het achterwege laten van de inschrijving met zich meebrengen dat de bekrachtiging niet tegen derden ingeroepen kan worden. Inschrijving of het achterwege laten daarvan heeft echter geen rechtsgevolgen in de verhouding tussen partijen.

¹⁵ Zie hierover ook Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, p. 141.

¹⁶ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, p. 95.

DE WEIJS

De hoofdregel van bekrachtiging is dat zij terugwerkende kracht heeft. Deze regel lijdt echter uitzondering wanneer niet alle belanghebbenden, in de periode tussen de handeling en de vervulling van het geldigheidsvereiste, de rechtshandeling als geldig hebben aangemerkt (3:58 lid 1). Als voorbeeld hiervan noemt de Parlementaire Geschiedenis¹⁷ het geval dat iemand beslag legt op een goed terwijl hij niet weet dat dit reeds tevoren naar de mening van de betrokken partijen was overgedragen, zonder dat ook daadwerkelijk aan alle vereisten was voldaan. De bekrachtiging werkt dus niet tegen het beslag. De beslaglegger zal gewoon kunnen executeren.

Aan de hand van het arrest *Ontvanger/NMB Postbank*¹⁸ zou verdedigd kunnen worden dat de preconstitutieve levering sterker is dan een later gelegd beslag. In dit arrest werd namelijk uitgemaakt dat een later gelegd beslag niet kan worden tegengeworpen aan een eerdere levering bij voorbaat. Volgens artikel 3:97 jo 98 BW is levering bij voorbaat van registergoederen niet mogelijk.¹⁹ Nu een preconstitutieve levering wel mogelijk is (dit is wezenlijk iets anders dan een levering bij voorbaat), kan men in de verleiding komen om de regels van de Hoge Raad uit dit arrest naar analogie toe te passen bij registergoederen die preconstitutief in plaats van bij voorbaat geleverd zijn. Daarvoor is echter geen ruimte. Bij de levering bij voorbaat gaat het om een goed dat nog niet bestaat of relatief toekomstig is aan een reeds bestaand rechtssubject. In het onderhavige geval gaat het om een levering die vooralsnog imperfect is, omdat de verkrijger nog niet bestaat.

3.2.5. Overige goederen

Wat hiervoor is gezegd geldt ook voor andere goederen. Ook bij roerende zaken blijft de eigendom dus bij de vervreemder. Door reeds uitvoering te geven aan de overeenkomst en de goederen aan de oprichter af te geven gaat hij voor de verkoper houden en later, wanneer de vennootschap bekrachtigt, wordt de oprichter geacht de goederen reeds voor de opgerichte vennootschap te hebben gehouden vanaf het moment van de oprichting. Tot dat moment was de vervreemder nog eigenaar en houdt de oprichter dus ook tot moment voor de vervreemder.

3.3. Levering aan een oprichter die louter 'pro se' handelt (Variant B)

De tweede mogelijkheid die in paragraaf 2.1. genoemd werd, was dat de oprichter weliswaar ten behoeve van de op te richten vennootschap heeft gehandeld maar niet 'namens'; hij heeft dan slechts 'pro se' gehandeld. De gevolgen op het goederenrechtelijke vlak zijn eenvoudig. De oprichter heeft weliswaar ten behoeve van de vennootschap io gehandeld maar niet 'namens'. Hij heeft op eigen naam een overeenkomst (titel) gesloten

¹⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 249.

¹⁸ HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 met nt. HJS (*Ontvanger/NMB Postbank*).

¹⁹ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, p. 191.

GOEDERENRECHTELIJKE VRAGEN

en krijgt ook zelf geleverd. De oprichter wordt meteen eigenaar en een later opkomend faillissement van de vervreemder deert de oprichter niet. Wanneer de vennootschap de eigendom wenst te verkrijgen, dient de oprichter het goed door te leveren.²⁰ Gevaar dreigt er natuurlijk voor de vennootschap wanneer de oprichter failliet gaat. Een mogelijkheid voor bekrachtiging is er niet. Het goed valt in de boedel van de faillerende oprichter.

3.4. Levering aan een oprichter die eigen gebondenheid niet uitsluit (Variant C)

3.4.1. Gevolgen van de levering

3.4.1.1. Gevolgen voor de eigendom

Deze variant is de meest voorkomende en ook meest gecompliceerde variant van het handelen ten behoeve van de vennootschap i.o. Het betreft het geval waarin de oprichter zowel handelde 'namens' de vennootschap i.o. maar door de werking van lid 2 ook geacht wordt 'pro se' te hebben gehandeld en dus ook persoonlijk verbonden is.

Wat zijn nu de gevolgen voor de eigendom van een levering aan een oprichter die ook zelf verbonden is? Veel schrijvers zijn van mening dat de eigendom bij de vervreemder blijft, o.a. Van der Grinten²¹, Maeijer²² en Van Schilfgaarde²³. Deze schrijvers baseren hun stelling op het argument dat de verbondenheid van lid 2 een subsidiaire is of in elk geval niet zo gelezen moet worden dat zij een eigendomsovergang naar de handelende oprichter meebrengt.

Enkele schrijvers, zoals Scholtens²⁴ en Essers²⁵, willen in sommige gevallen wel aannemen dat de handelende persoon door de levering aan de vennootschap i.o. de eigendom verkrijgt als hij ook zelf verbonden is. Ik sluit mij bij deze gedachte aan.²⁶

Wanneer iemand namens een op te richten vennootschap handelt, dan verklaart art. 2:203 lid 2 BW hem persoonlijk verbonden. Lid 1 spreekt over dezelfde rechtshandelingen als lid 2 en de Hoge Raad heeft reeds in zijn arresten Liza Zwanenberg/Posterholt en Jacobs /Jacobs uitgemaakt dat ook goederenrechtelijke rechtshandelingen hieronder vallen. De handelende persoon is dus ook persoonlijk aan de levering gebonden. Nu de handelende persoon zowel aan de titel als aan de levering gebonden is en hij bovendien geleverd krijgt van een beschikkingsbevoegde, is aan alle vereisten voor een geldige eigendomsoverdracht voldaan (3:84 BW). De oprichter krijgt dus de eigendom.

²⁰ Bij de doorlevering dient men zich te houden aan de bepalingen van Nachgründung van art.2:204 BW.

²¹ Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, nr. 119.

²² Asser-Maeijer III, nr. 80-83.

²³ Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, p. 57.

²⁴ Scholtens, Preconstitutieve levering, *WPNR* 1987, nr. 5830.

²⁵ P.H.J. Essers, *Fiscale aspecten van de voorperiode van de BV*, diss. Tilburg 1989.

²⁶ Deze auteurs komen uiteindelijk echter wel tot andere conclusies dan hier voorgestaan.

DE WEIJS

Hierboven is al uiteengezet dat de verbondenheid van de handelende persoon een voorwaardelijke is. De rechtshandeling waaraan hij gebonden is, heeft als een voorwaardelijke rechtshandeling in de zin van artikel 3:38 te gelden²⁷. De titel op grond waarvan de oprichter geleverd heeft gekregen is daarmee een voorwaardelijke. Lid 4 van artikel 3:84 BW verklaart nu dat wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke titel wordt geleverd, een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde verbonden is. Wanneer de oprichter geleverd krijgt, verkrijgt hij slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van bekrachtiging.

Vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht²⁸, maar wel zakelijke werking. Ik zal dit toelichten met een kort voorbeeld. Wanneer A aan B zijn huis onder ontbindende voorwaarde verkoopt, met als ontbindende voorwaarde dat hij niet voor een bepaalde datum naar Amerika emigreert, dan verkrijgt B het huis in eigendom onder ontbindende voorwaarde. Wanneer nu blijkt dat de emigratie wordt afgeblazen, wordt A van rechtswege weer eigenaar. Hij verkrijgt deze eigendom echter niet met terugwerkende kracht. B is wel degelijk enige tijd eigenaar geweest. Wanneer B op het moment van intreden van de voorwaarde in staat van faillissement blijkt te verkeren, deert dat A niet. In de boedel valt alleen een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. A wordt weer eigenaar en kan dus separeren. Er is dus geen sprake van terugwerkende kracht, maar wel van zakelijke werking bij de vervulling van een ontbindende voorwaarde. Een andere vraag is wat heeft te gelden wanneer blijkt dat de voorwaarde niet meer in kan treden. Op het moment dat A naar Amerika verhuist, staat vast dat de ontbindende voorwaarde niet meer in kan treden en bestaat er dus geen mogelijkheid meer dat de eigendom terugvalt naar A. B is vanaf dat moment volledig eigenaar.

In de eerder genoemde casus is de oprichter dus eigenaar totdat de vennootschap wordt opgericht en overgaat tot bekrachtiging. Hij heeft geleverd gekregen van een beschikkingsbevoegde, krachtens een geldige (voorwaardelijke) titel.

3.4.1.2. Gevolgen van intreden van de voorwaarde; de bekrachtiging

De oprichter heeft bij de overeenkomst in een dubbele hoedanigheid gehandeld. Hij heeft zowel 'pro se' gehandeld als 'namens'. De gevolgen van het handelen 'pro se' zijn in de vorige paragraaf beschreven. De oprichter verkrijgt een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde van bekrachtiging. Als spiegelbeeld van een ontbindende voorwaarde staat altijd de opschortende voorwaarde.^{29 30} Het voorbeeld uit de vorige paragraaf, de

²⁷ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, p.78 e.v.

²⁸ Zie artikel 3:38 lid 2 BW.

²⁹ Zie in dezelfde zin over de werking van de voorwaarde, Kleijn in zijn noten onder de arrest Nationaal Grondbezit NV/Kamphuis (HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346) en het Puinbreekinstallatie-arrest (HR 28 april 1989, NJ 1990, 252). Kleijn wijst hier op de mogelijkheid het eigendomsvoorbehoud te zien als een eigendomsoverdracht onder voorwaarde. De leveran-

GOEDERENRECHTELIJKE VRAGEN

ontbindende voorwaarde van niet emigreren, kan ook anders gelezen worden. Namelijk in die zin, dat het feit dat B een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft, met zich meebrengt dat A nog altijd een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde heeft gehouden.³¹

In het geval waar tot nu toe steeds vanuit is gegaan, de levering van een bedrijfspand, heeft de oprichter een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde en heeft de verkoper nog altijd een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Door bekrachtiging verliest de oprichter zijn eigendom en valt deze van rechtswege terug aan de verkoper. De verkoper heeft echter reeds over dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde beschikt.

Nu komt de dubbele hoedanigheid waarin de oprichter gehandeld heeft naar voren. Zijn persoonlijke verbondenheid komt door de bekrachtiging ten einde. Nu is de verkoper weer eigenaar doordat de opschortende voorwaarde is ingetreden. De oprichter heeft echter niet alleen 'pro se' gehandeld, hij heeft ook nog 'namens' gehandeld. Hij heeft met zijn handelen de vennootschap vertegenwoordigd. Met zijn handelen 'namens' de vennootschap, heeft hij 'namens' de vennootschap dit recht van de verkoper, het recht onder opschortende voorwaarde, overgedragen gekregen.³² Deze handelingen van de oprichter kan de vennootschap, eenmaal opgericht, gaan bekrachtigen. Door de bekrachtiging wordt de vennootschap eigenaar.

Resumerend: Met de bekrachtiging door de vennootschap treedt de ontbindende voorwaarde in waaronder de oprichter heeft verkregen. De eigendom valt daardoor een ondeelbaar ogenblik terug in het vermogen van de verkoper. In diens vermogen bevond zich immers nog steeds het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. In datzelfde

cier is eigenaar onder ontbindende voorwaarde, de koper is eigenaar onder opschortende voorwaarde.

³⁰ Zie in dezelfde zin ook W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Mon. NBW, deel B6a, Deventer 1997, p. 69. 'De verkrijger wordt [...] rechthebbende op het geleverde goed onder opschortende voorwaarde en de vervreemder blijft alsnog rechthebbende onder ontbindende voorwaarde.'

³¹ S.C.J.J. Kortmann is een andere mening toegedaan in zijn bijdrage *Eigendom onder voorwaarde*, aan de Kleijn Bundel Deventer 1992, p. 199 e.v. Hij betwist de mogelijkheid van het bestaan van tegelijkertijd een eigendomsrecht onder ontbindende en opschortende voorwaarde. Volgens hem verkrijgt degene die onder opschortende voorwaarde geleverd heeft gekregen slechts een recht op de vervreemder waarin het persoonlijke element overheerst, en heeft iemand die onder ontbindende voorwaarde levert ook slechts een recht waarin het obligatoire element overheerst.

³² A heeft nog steeds een recht, een recht onder opschortende voorwaarde. A kan nu dit recht ook nog leveren en overdragen. In dezelfde zin Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, p. 81. In andere zin Kortmann, p. 206 e.v.. Kortmann verwerpt de visie dat een eigendomsvoorbehoudkoper na machtverschaffing het voorwaardelijke bezit van een zaak krijgt. Evenzo verwerpt hij de visie dat een leverancier die onder ontbindende voorwaarde levert nog voorwaardelijk bezitter is. Hij acht dit in strijd met de feitelijke aard van het bezit. Hij stelt dat een leverancier die onder ontbindende voorwaarde heeft geleverd een recht heeft waarin het persoonlijke element overheerst. Wil men dit recht overdragen dan zal men dat recht volgens de regels van art. 3:94 BW moeten cederen.

ondeelbare moment gaat de eigendom echter van de verkoper naar de vennootschap. De oprichter had de vennootschap vertegenwoordigd bij de overdracht van dit recht. Door bekrachtiging gaat dit recht nu over naar de vennootschap. Slechts schijnbaar gaat de eigendom van de oprichter naar de vennootschap. In werkelijkheid verkrijgt de vennootschap de eigendom rechtstreeks van de verkoper.

3.4.2. Gevolgen van faillissement van de oprichter

In deze paragraaf worden de gevolgen van een faillissement van de handelende oprichter, die zowel 'pro se' als 'namens' heeft gehandeld, besproken.

De oprichter koopt en krijgt geleverd namens de vennootschap in een bedrijfspand. Op dat moment wordt hij eigenaar. Een opkomend faillissement van de oprichter deert de vennootschap echter niet. In de boedel valt immers slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde (3:84 lid 4 BW); de voorwaarde van bekrachtiging door de vennootschap. Wanneer de voorwaarde intreedt valt de eigendom terug aan de verkoper. Deze raakt de eigendom direct weer kwijt doordat hij reeds eerder heeft verkocht en geleverd aan de vennootschap in welk handelen nu perfect wordt.

Scholtens die ook tot eigendomsovergang naar de handelende oprichter concludeert, ziet dit echter anders. Hij schrijft³³: 'Indien de handelende persoon failliet valt het goed uiteraard wel in diens faillissement – zodat bekrachtiging geen gevolgen heeft – doch mag men aannemen dat dit beter controleerbaar is dan dat van de wederpartij.' Scholtens gaat er namelijk van uit dat door de bekrachtiging de eigendom van de oprichter naar de vennootschap gaat. Dit lijkt ook wel zo, want op het ene moment is de oprichter nog eigenaar en het volgende moment de opgerichte vennootschap. De vennootschap krijgt de eigendom echter uit handen van de vervreemder. Wanneer de oprichter failliet is, kan de vennootschap dus door bekrachtiging de eigendom verkrijgen.

3.4.3. Gevolgen van faillissement van de vervreemder

Wat heeft nu te gelden wanneer de vervreemder failliet gaat, en hij zijn goed heeft overgedragen aan een oprichter die zowel 'namens' als 'pro se' heeft gehandeld? Nu de eigendom reeds bij de handelende oprichter rust, lijkt een opkomend faillissement de vennootschap niet te kunnen deren. Men is snel geneigd om met Scholtens te menen dat nu de eigendom reeds bij de oprichter rust men eenvoudig kan bekrachtigen. Scholtens schrijft³⁴: 'In de opvatting van de primaire gebondenheid van de handelende persoon is laatstgenoemde eigenaar geworden, zodat de bekrachtiging tijdens het faillissement van de wederpartij de eigendom van het goed gewoon overgaat naar de vennootschap.'

³³ Scholtens, Preconstitutieve levering, *WPNR* 1987, nr. 5830.

³⁴ Scholtens, Preconstitutieve levering, *WPNR* 1987, nr. 5830.

GOEDERENRECHTELIJKE VRAGEN

Juist door te bekrachtigen tekent de vennootschap haar eigen vonnis. De handelende persoon is, doordat hij zowel gebonden is aan de titel als aan de levering, eigenaar geworden. Aan deze gebondenheid komt een einde door bekrachtiging door de opgerichte vennootschap. De eigendom is immers een voorwaardelijke (3:84 lid 4 BW). Wanneer de vennootschap gaat bekrachtigen als de vervreemder failliet is, valt de eigendom een ondeelbaar moment terug in het vermogen van de vervreemder. Doordat de vervreemder ook reeds aan de vennootschap is geleverd, zou door de bekrachtiging de eigendom naar de vennootschap overgaan. Als de vervreemder failliet is, is dat echter niet mogelijk. De bekrachtiging werkt niet tegen het faillissement en de vennootschap heeft dus slechts een concurrente vordering.

Er is echter een weg om aan de werking van het faillissement van de vervreemder te ontkomen, want als de handelende oprichter zelf de eigendom heeft verkregen kan het faillissement omzeild worden. De vennootschap kan de eigendom geleverd krijgen van de handelende oprichter. Wanneer de vennootschap namelijk van bekrachtiging afziet, dan kan de ontbindende voorwaarde niet meer intreden. Nu de ontbindende voorwaarde niet meer in kan treden, is er dus geen mogelijkheid meer dat de eigendom aan de oprichter komt te ontvallen. Nu de oprichter de volledige eigendom heeft verkregen, kan hij op gewone wijze overdragen³⁵ aan de vennootschap.³⁶

3.4.4. Praktische conclusie

In deze paragraaf worden de praktische consequenties uiteengezet van de opvatting waarin de handelende persoon *niet* de eigendom krijgt.

Stel Z begint samen met X en Y een bedrijf in het maken van homepages. Ze zijn van plan om het bedrijf uiteindelijk in de vorm van een BV te gieten. Het duurt echter nog even voor ze alle zaken rond hebben. Ze beginnen vast met hun werkzaamheden. Het bedrijf heeft nu te gelden als een vennootschap onder firma (VOF).

Ze sluiten overeenkomsten met cliënten en kopen en krijgen een behoorlijke hoeveelheid computers met randapparatuur geleverd, dit alles onder de naam The Mouse BV is. Ook kopen ze en krijgen geleverd een pand, dat ze inrichten als kantoorruimte. Wanneer de economische malaise toeslaat, gaat niet alleen hun computerleverancier

³⁵ Nu de oprichter aan de vennootschap een goed levert zijn daarop de regels van Nachgründung van toepassing.

³⁶ Problemen ontstaan natuurlijk in ruime mate wanneer zowel de leverancier als ook de handelende oprichters failliet gaan. De vennootschap blijft dan ook met lege handen achter. Zij verrijst niet als een phoenix uit de as van de faillissementen. Doorleveren kan dan niet omdat de oprichter failliet is en bekrachtigen zorgt er slechts voor dat de goederen in de boedel van de vervreemder vallen.

DE WEIJS

failliet maar ook de verkoper van het huis. De curatoren zien dat er weinig in de boedel zit en vragen zich af of zij zich kunnen verhalen op het huis en de computers. Volgens de redenering waarbij de handelende oprichter de eigendom niet verkrijgt zal de VOF dan met lege handen komen te staan. De eigendom berust in deze visie immers nog bij de verkoper, zodat bij een faillissement van de verkoper, de curator zich erop kan verhalen.

Het lijkt mij een zonderlinge uitkomst wanneer de VOF de spullen zou moeten afstaan en het pand zou moeten ontruimen. In de in dit artikel voorgestane benaderingswijze worden de vennoten eigenaar. Wordt de BV uiteindelijk opgericht, dan moet zij, in geval van faillissement van de verkoper, niet overgaan tot bekrachtiging, logischerwijze zou ze daarmee immers haar eigen doodvonnis tekenen. Ze kan wel de zaken van de vennoten overgedragen krijgen.

3.4.5. Gevolgen van beslag

Onwaarschijnlijk lijkt het mij dat iemand op een onroerend goed dat onder de omstandigheden als beschreven in deze paragraaf, beslag legt onder de vervreemder. Mocht dat toch gebeuren dan geldt *mutatis mutandis* het zelfde als reeds met betrekking tot het faillissement van de vervreemder is gezegd. Een beslag onder de oprichter loopt altijd het risico te vervallen wanneer er wordt bekrachtigd. Het beslag komt te vervallen, omdat er slechts een beslag kon rusten op de voorwaardelijke eigendom. Zie ook het hierboven gestelde over het faillissement.

3.4.6. Gevolgen van niet oprichting

De hier voorgestane benaderingswijze heeft bovendien voordelen wanneer er nooit wordt opgericht. De handelende persoon heeft de eigendom verkregen en er is dus geen sprake van een veelheid van eigenaars van de afzonderlijke goederen die misschien niet eens allemaal meer te traceren zijn. De handelende oprichter kan nu zelf uitmaken wat hij met de restanten van zijn niet doorgevoerde project wenst te doen.

4. Conclusie

Als uitgangspunt dient te worden genomen, dat wanneer een oprichter namens een vennootschap io handelt en hij eigen verbondenheid niet uitsluit, hij zelf verbonden is. Het is niet heilzaam om te spreken over een onderscheid tussen primaire en subsidiaire verbondenheid. De oprichter is verbonden, zij het slechts voorwaardelijk. Als ontbindende voorwaarde geldt dan de bekrachtiging door de vennootschap.

Wanneer aan een oprichter, die namens een vennootschap io handelt, geleverd wordt, verkrijgt hij de eigendom, zolang hij persoonlijke verbondenheid niet uitsluit. Hij is echter slechts voorwaardelijk verbonden en verkrijgt daarom ook slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht. Wanneer de vennootschap bekrachtigt, vervalt zijn eigendomsrecht en

GOEDERENRECHTELIJKE VRAGEN

valt de eigendom terug aan de oorspronkelijke vervreemder. De eigendom gaat dus niet door bekrachtiging van de oprichter over naar de vennootschap. Als spiegelbeeld van een eigendom onder ontbindende voorwaarde staat altijd een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde. Dit eigendomsrecht berustte nog bij de vervreemder.

De vervreemder heeft dit eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde echter reeds aan de vennootschap io geleverd, omdat de oprichter ook 'namens' de op te richten vennootschap heeft gehandeld. Door de bekrachtiging wordt deze eigendomsoverdracht perfect en verkrijgt de vennootschap de eigendom.

Een opkomend faillissement van de oprichter deert de vennootschap niet. De oprichter heeft slechts een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde. Treedt deze ontbindende voorwaarde in, dan vervalt het eigendomsrecht.

Een opkomend faillissement van de vervreemder hoeft de vennootschap ook niet te derenraken. De oprichter heeft reeds de eigendom. De oprichter kan het goed doorleveren aan de vennootschap. Hierdoor verkrijgt zij de eigendom.

De opgerichte vennootschap kan dus tussen Scylla en Charibdis doorvaren!

R.J. de Weijs

Groningen