CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. L. CRUZ VILAÇA van 8 maart 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft het Hof vier prejudiciële vragen gesteld over de regeling inzake de nietigheid van vennootschappen, vervat in de Eerste richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 [1], tot coördinatie van de waarborgen welke in de Lid-Staten ter bescherming van de belangen van vennoten en derden van vennootschappen worden verlangd (hierna: de Eerste richtlijn).

I — De feiten die aanleiding hebben gegeven tot de prejudiciële vragen

2. Ten tijde van de feiten die tot het geding voor de nationale rechterlijke instanties hebben geleid, was de vennootschap Ubbink Isolatie in Nederland in het handelsregister ingeschreven als besloten vennootschap in oprichting, onder de naam „Ubbink Isolatie BV i. o.".

3. In het handelsregister ontbrak evenwel de inschrijving van een besloten vennootschap met de naam „Ubbink Isolatie BV" De vennootschap Ubbink voldeed aan geen van de twee vereisten — authentieke oprichtingsakte en ministeriële verklaring van geen bezwaar — die het Nederlandse recht aan de oprichting van een besloten vennootschap stelt. Zij kon evenwel aan het rechtsverkeer deelnemen als een vennootschap onder firma.

4. Niettemin sloot de vennootschap onder de naam „Ubbink Isolatie BV" (zonder de vermelding „i. o.") een overeenkomst met de vennootschap Dak- en Wandtechniek en het was ook onder die naam dat zij door Dak- en Wandtechniek voor de rechtbank te Arnhem werd gedagvaard ter zake van ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding. Ubbink Isolatie beriep zich daar op de nietigheid van de besloten vennootschap „Ubbink Isolatie BV"; deze zou niet bestaan, daar zij niet was opgericht noch ingeschreven in het handelsregister; de verrichte handelingen zouden dus abusievelijk in haar naam zijn verricht.

5. Alvorens op de grond van de zaak in te gaan, besliste de rechtbank dat, ook indien „Ubbink Isolatie BV" niet was opgericht of de oprichtingshandeling gebreken vertoonde, dit niet betekende dat de BV niet bestond; zij bestond zolang zij niet overeenkomstig het Nederlandse recht was ontbonden of nietig verklaard (artikelen 2: 181 en 2: 182 BW).

6. Tegen deze beslissing ging Ubbink Isolatie achtereenvolgens in beroep bij het Gerechtshof te Arnhem en bij de Hoge Raad. Deze laatste overwoog dat artikel 2: 182 BW moest worden uitgelegd met inachtneming van het bepaalde in afdeling III van de Eerste richtlijn, en legde het Hof vier vragen voor, die in het rapport ter terechtzitting zijn weergegeven.

* Vertaald uit het Portugees.

1 — PB 1968, L 65, blz. 8.

II — Bespreking van de vragen van de Hoge Raad

7. De vier vragen van de Hoge Raad komen in wezen hierop neer: is de regeling van afdeling III van de Eerste richtlijn van toepassing — en zo ja, in hoeverre — op een vennootschap in oprichting die niet voldoet aan de oprichtingsvereisten van het nationale recht ?

8. *A* — De eerste vraag van de verwijzende rechter is de belangrijkste. Deze strekt ertoe te vernemen of, indien gehandeld wordt ten name van een besloten vennootschap die niet naar behoren is opgericht omdat zij nog niet voldoet aan de oprichtingsvereisten van het nationale recht, het bepaalde in afdeling III van de Eerste richtlijn meebrengt dat de betrokken „vennootschap" als bestaande moet worden aangemerkt zolang zij niet in een daartoe strekkende procedure is nietig verklaard.

9. Zowel de Commissie als Ubbink geven in overweging deze vraag ontkennend te beantwoorden.

10. De Commissie neemt een zeer uitgesproken standpunt in. Zij meent dat de Eerste richtlijn — afgezien van sommige bepalingen, met name de artikelen 2, lid 1, sub a en d, 7 en 10 — enkel van toepassing is op bestaande en rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen, alsmede, eventueel, op die welke in het register zijn ingeschreven alsof zij reeds rechtspersoonlijkheid bezaten.

11. Tot de in die gevallen toepasselijke bepalingen van de richtlijn zou juist ook artikel 11 behoren dat, ter bescherming van de belangen van derden, het aantal situaties die op grond van nationaal recht tot ongeldigheid van de onder de richtlijn vallende vennootschappen zouden kunnen leiden, beperkt.

12. In de opvatting van de Commissie is artikel 11 in beginsel niet van toepassing op de nietigverklaring van een vennootschap zolang deze geen rechtspersoonlijkheid heeft verkregen.

13. Daar het tijdstip waarop rechtspersoonlijkheid wordt verkregen, door het nationale recht wordt bepaald en de richtlijn geen enkele bepaling daaromtrent bevat, zou de eerste vraag van de nationale rechter enkel maar ontkennend kunnen worden beantwoord.

14. Dit is ook mijn conclusie met betrekking tot het op deze vraag te geven antwoord.

15. Met de Commissie kan men immers met stelligheid zeggen, dat de richtlijn geen regeling bevat met betrekking tot de verkrijging van rechtspersoonlijkheid of procesbekwaamheid door de daar bedoelde vennootschappen; dit aspect kan in beginsel door elk nationaal rechtsstelsel vrij worden geregeld.

16. Maar terwijl sommige — of liever: de meeste — van die rechtsstelsels het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid afhankelijk stellen van inschrijving in het register, doen andere dat niet.

17. Dit laatste is het geval met de Nederlandse wetgeving; deze stelt aan de oprich-

ting van een besloten vennootschap — evenals trouwens van een naamloze vennootschap — twee voorwaarden: oprichting bij authentieke akte en voorafgaande administratieve controle in de vorm van een ministeriële verklaring van geen bezwaar.

18. Men zou kunnen zeggen, dat een dergelijke regeling — die de verkrijging van rechtspersoonlijkheid door een vennootschap losmaakt van de vervulling van registratieformaliteiten — qua opzet moeilijk overeen valt te brengen met het stelsel van de richtlijn, die met het oog op de bescherming van de belangen van derden en de zekerheid van vooral de internationale handelstransacties juist zoveel belang hecht aan inschrijving in het register. Opvallend is bij bij voorbeeld dat het ontbreken van registratie niet genoemd wordt in de lijst van nietigheidsgronden van artikel 11, wat wel logisch is in verband met het feit dat de wetgeving van de meeste Lid-Staten de verkrijging van rechtspersoonlijkheid verbindt aan inschrijving in het register.

19. Dit betekent echter niet, dat een nationale wetgeving die het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid verbindt aan feiten van vóór de registratie, onverenigbaar zou zijn met de richtlijn.

20. Anderzijds bevat ook de richtlijn geen materiële of procedurele bepalingen betreffende de voorwaarden voor het bestaan van een vennootschap voordat deze rechtspersoonlijkheid verkrijgt.

21. Artikel 12 heeft zijnerzijds enkel betrekking op de gevolgen van een overeenkomstig artikel 11 uitgesproken nietigheid.

22. Laatstgenoemd artikel verplicht de nationale wetgever — behoudens het bepaalde in artikel 12 — ook niet tot een keuze tussen de verschillende soorten van ongeldigheid (nietigheid, vernietigbaarheid, onbestaanbaarheid) die het gevolg kan zijn van een der in de eerste alinea, sub 2, genoemde gebreken. Evenmin wordt in de richtlijn, wat het formele recht betreft, enige voorkeur uitgesproken voor een stelsel waarin dergelijke nietigheden bij wege van exceptie geldend kunnen worden gemaakt, dan wel voor een stelsel waarin een nietigverklaring enkel mogelijk is op een desbetreffende directe vordering.

23. Het is dan ook duidelijk, dat een bevestigend antwoord op de eerste vraag van de nationale rechter niet mogelijk is: aan de richtlijn valt geen enkele aanwijzing te ontlenen met betrekking tot de vraag, of een vennootschap die niet voldoet aan de oprichtingsvereisten van het nationale recht, al dan niet kan worden geacht te bestaan zolang zij niet nietig is verklaard, en of het nodig is dat met het oog op die nietigverklaring een afzonderlijke procedure wordt ingesteld.

24. Deze materie moet door het nationale recht worden geregeld en de richtlijn laat het daartoe alle ruimte.

25. Beziet men het probleem in dit licht, dan vermindert het belang van de — door de Commissie uitdrukkelijk behandelde — vraag, of de limitatieve opsomming van nietigheidsgronden in artikel 11 enkel geldt voor rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen dan wel ook van toepassing kan zijn in het geval van vennootschappen die nog geen rechtspersoonlijkheid bezitten, maar al wel bestaan in die zin, dat zij hun werkzaamheid hebben aangevangen en er in hun naam is gehandeld.

26. Deze vraag doet het probleem rijzen van de nietigheid van irreguliere vennootschappen.

27. Uit het stelsel van de richtlijn en uit enkele van haar bepalingen lijkt inderdaad te volgen, dat de gemeenschapswetgever wilde komen tot harmonisatie en coördinatie van de nationale regelingen inzake nietigheid van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid of die geregistreerd zijn als hadden zij rechtspersoonlijkheid (want zoals wij zagen, verbinden de meeste nationale rechtsstelsels de verkrijging van rechtspersoonlijkheid aan inschrijving in het register). De formulering van artikel 11 pleit, zoals wij zagen, voor deze uitlegging, en artikel 7, het enige dat uitdrukkelijk betrekking heeft op handelingen ten name van een vennootschap voordat deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, lijkt dat te bevestigen.

28. Het lijkt mij echter niet noodzakelijk, in het kader van deze zaak op dat probleem in te gaan.

29. Immers, niet enkel heeft de nationale rechter geen uitdrukkelijke vraag gesteld over dit punt (dat wil zeggen, of de gronden voor nietigheid van het vennootschapscontract vóór de verkrijging van rechtspersoonlijkheid enkel die kunnen zijn welke in artikel 11 worden opgesomd), maar het probleem is voor het hoofdgeding ook niet relevant.

30. In de eerste plaats immers is Ubbink niet geregistreerd als een besloten vennootschap, maar enkel als een besloten vennootschap in oprichting, als hoedanig zij onder de regeling voor vennootschappen onder firma valt[2]; in de tweede plaats worden de twee voor de oprichting noodzakelijke formaliteiten waarvan het ontbreken is vastgesteld — authentieke akte en voorafgaande controle —, uitdrukkelijk genoemd bij de nietigheidsgronden van artikel 11 (eerste alinea, sub 2). Buiten die twee gronden is er in de loop van de procedure geen enkele andere genoemd.

31. *B* — Kan de conclusie waartoe ik bij de eerste vraag ben gekomen, verandering ondergaan in verband met een van de in de drie overige prejudiciële vragen genoemde omstandigheden ?

32. Ik herinner eraan, dat de Hoge Raad met die vragen wil vernemen, of het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil maakt

— of alleen een authentieke oprichtingsakte ontbreekt of alleen de voorafgaande controle dan wel beide,

— of er al dan niet een organisatie van personen en goederen is, die de uiterlijke schijn van een vennootschap in het leven heeft geroepen, ten name van welke bepaalde rechtshandelingen zijn verricht,

— of er is gehandeld in het kader van een organisatie met een andere rechtsvorm dan die waarop de Eerste richtlijn betrekking heeft (bij voorbeeld een vennootschap onder firma), die ook als zodanig in het register is ingeschreven, maar met gebruikmaking van een naam die, behalve wat de aanduiding van de rechtsvorm betreft, gelijkluidend is aan de naam van de onder de richtlijn vallende, nog niet naar behoren opgerichte vennootschap.

2 — De eventuele onduidelijkheden die een inschrijving in die vorm voor derden kan opleveren, waardoor zij in dwaling kunnen worden gebracht omtrent de ware aard van de vennootschap, vallen buiten het bestek van de vragen van de nationale rechter.

33. Het eerste probleem (vraag 2 in de prejudiciële verwijzing) heeft geen enkele invloed op het antwoord op vraag 1 wanneer, zoals het geval lijkt te zijn in het Nederlandse recht, voor de oprichting van een vennootschap aan beide genoemde vereisten moet zijn voldaan. Het zou slechts anders zijn, indien reeds één van die vereisten volgens het nationale recht voldoende was om van een rechtsgeldig opgerichte vennootschap te kunnen spreken; het antwoord op vraag 1 zou dan hoe dan ook al zijn relevantie behouden, voor zover het de gevolgen betreft van het ontbreken van de noodzakelijke oprichtingsvoorwaarde van de vennootschap.

34. Bij de twee andere vragen heeft de nationale rechter rechtstreeks het oog op de situatie die zich in het hoofdgeding voordoet.

35. In de eerste plaats waren er rechtshandelingen verricht ten name van een besloten vennootschap die nog niet naar behoren was opgericht, omdat de twee volgens het Nederlandse recht noodzakelijke voorwaarden bij haar ontbraken.

36. Of en in hoeverre bijzondere betekenis moet worden gehecht aan de daardoor wellicht opgewekte uiterlijke schijn van een besloten vennootschap, hangt af van het nationale recht, aangezien de richtlijn geen enkele aanwijzing daaromtrent bevat.

37. Wanneer het echter gaat om een vennootschap in oprichting die nog geen rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, verlangt de richtlijn dat het nationale recht zich conformeert aan artikel 7, dat bepaalt: „Indien rechtshandelingen worden verricht ten name van een vennootschap in oprichting, voordat deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, en indien de vennootschap de uit deze handelingen voortvloeiende verbintenissen niet overneemt, zijn degenen die de handelingen hebben verricht, daarvoor hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk, tenzij anders werd overeengekomen." Dit — en alleen dit — is wat de Eerste richtlijn verlangt met het oog op de bescherming van derden ten opzichte van vennootschappen in oprichting.

38. Met andere woorden: het is de nationale wetgeving die moet bepalen of en in hoeverre, afgezien van het bestaan van een vennootschap „in oprichting" en naast de persoonlijke aansprakelijkheid van de verrichter van de handelingen, het feit dat deze handelingen zijn verricht ten name van een niet naar behoren opgerichte vennootschap, juridisch voldoende houvast biedt voor een nietigverklaring van die „vennootschap" of „société de fait", en in het bijzonder of daarvoor noodzakelijk is dat er een organisatie van personen en goederen bestaat.

39. In de tweede plaats blijkt uit de stukken, dat Ubbink Isolatie in het register was ingeschreven als een besloten vennootschap „in oprichting", waarop de regeling inzake vennootschappen onder firma van toepassing is.

40. Artikel 11 van de richtlijn bevat echter geen enkele bijzonderheid voor het geval dat het nationale recht van een Lid-Staat de registratie van een op te richten (naamloze of besloten) vennootschap als vennootschap „in oprichting" toelaat, ze als een vennootschap onder firma behandelt en naar believen de erop toepasselijke nietigheidsregeling inricht.

41. De Eerste richtlijn is enkel van toepassing op de in artikel 1 genoemde soorten vennootschappen en daartoe behoort niet de vennootschap onder firma; de omschrijving van de oprichtings- en nietigheidsvoorwaar-

den van deze laatste valt dus in het algemeen niet binnen het normatief kader van de richtlijn en blijft een zaak van het nationale recht.

42. Anders dan Ubbink bepleit, ben ik dan ook van mening dat, wanneer een vennootschap onder firma, in overeenstemming met een uitdrukkelijke nationale bepaling of met de uitlegging daarvan door de doctrine of de rechtspraak, is te beschouwen als een vennootschap in oprichting — in een der vormen bedoeld in de Eerste richtlijn —, artikel 7 van deze richtlijn van toepassing is. Anders zou de door de richtlijn beoogde bescherming van de belangen van derden kunnen worden gefrustreerd door de juridische fictie dat het om een echte vennootschap onder firma gaat. Het staat de nationale wetgever dus niet vrij, de aansprakelijkheidsregeling voor dergelijke vennootschappen naar believen te regelen (bij voorbeeld door de aansprakelijkheid uitsluitend bij de bestuurders of de vennoten te leggen); hij is integendeel gehouden om overeenkomstig artikel 7 de personen die ten name van de vennootschap hebben gehandeld, aansprakelijk te verklaren.

III — Conclusie

43. Gelet op het voorgaande, geef ik in overweging de vragen van de Hoge Raad te beantwoorden als volgt:

„1) De Lid-Staten zijn ieder voor zich bevoegd, de nietigheidsgronden te regelen voor vennootschappen in oprichting van de vormen bedoeld in artikel 1 van de Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 tot coördinatie van de waarborgen, welke in de Lid-Staten ter bescherming van de belangen van vennoten en derden van de vennootschappen worden verlangd, mits zij daarbij artikel 7 van die richtlijn in acht nemen. Uit het bepaalde in afdeling III van de Eerste richtlijn volgt echter niet, dat een besloten vennootschap in oprichting, die niet voldoet aan de door het nationale recht gestelde oprichtingsvereisten, maar onder welker naam wel bepaalde rechtshandelingen zijn verricht, als bestaande moet worden aangemerkt zolang haar nietigheid niet is uitgesproken in een tot haar nietigverklaring strekkende procedure.

2) De door de verwijzende rechter in de tweede, derde en vierde vraag genoemde omstandigheden maken geen verschil voor het onder 1 gegeven antwoord."