

## 139

**Identiteitscriterium bij bekrachtiging van rechtshandeling verricht namens bv i.o.**

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
21 januari 2020, zaaknr. 200.229.579/01,  
ECLI:NL:GHSHE:2020:170  
(mr. Van Sandick, mr. Milar, mr. Rousseau)  
Noot mr. M.A.J. Cremers

**Handelen namens vennootschap in oprichting. Ongerichte vennootschap kan worden aangemerkt als vennootschap die partijen bij totstandkoming van overeenkomst voor ogen hadden. Toepassing van identiteitscriterium met verwijzing naar HR 8 juni 1992 (Clara Candy) en HR 3 november 1995 (Infokab).**

[BW art. 2:203 lid 2]

*De kern van het geschil dat partijen verdeeld houdt, is de vraag of [geïntimeerde] bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst namens [de apotheek] i.o. is opgetreden, zodat [de apotheek], na bekrachtiging van de samenwerkingsovereenkomst, de wederpartij is van [appellant] bij die samenwerkingsovereenkomst.*

*Het is vaste rechtspraak dat degene die namens een op te richten besloten vennootschap een overeenkomst heeft gesloten, in dit geval [geïntimeerde], tegenover zijn wederpartij, [appellant], slechts van zijn in art. 2:203 lid 2 BW bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid wordt bevrijd indien de overeenkomst wordt bekrachtigd door een na het sluiten van de overeenkomst opgerichte besloten vennootschap die moet worden aangemerkt als de vennootschap die partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst op het oog hadden.*

*Of van het laatste sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de namen van de vennootschap in oprichting en de opgerichte vennootschap, de bij de beide vennootschappen betrokken personen, de aard van het door de vennootschappen uitgeoefende bedrijf, het kapitaal van de opgerichte vennootschap in het licht van de omvang van de transactie, hetgeen in de akte*

*van oprichting omtrent de vennootschap in oprichting is verklaard (daaronder begrepen dat daaromtrent niets is verklaard) en hetgeen omtrent de beide vennootschappen in het handelsregister is ingeschreven.*

*Voor het op grond van art. 2:203 lid 2 BW eindigen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van degene die namens een op te richten besloten vennootschap heeft gecontracteerd, is niet reeds voldoende dat na het sluiten van de overeenkomst "een" besloten vennootschap is opgericht die de overeenkomst bekrachtigt. Dit geldt ook indien het voor de wederpartij van bedoelde persoon duidelijk was of behoorde te zijn dat deze niet voor zichzelf maar voor "een" op te richten besloten vennootschap handelde. Eerst indien ten tijde van het aangaan van de desbetreffende rechtshandeling namens een "BV i.o." gehandeld is, die voldoende identiteit bezat, dat wil zeggen dat "de plannen tot oprichting een begin van concretisering" moeten "hebben gevonden", is voldoende duidelijk "dat degene die handelt niet bereid is zichzelf te binden doch slechts de vennootschap nadat deze zal zijn opgericht". Zie HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0663, LJN ZC0663, NJ 1993/116 (Clara Candy) en HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1869, LJN ZC1869, NJ 1996/141 (Infokab).*

*Het hof is van oordeel dat [de apotheek] de vennootschap is die partijen bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst voor ogen hadden. Bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst ging het immers om een vennootschap die de exploitatie van een apotheek in het van een derde te huren praktijkpand aan de [adres] te [vestigingsnaam 2] zou gaan exploiteren en dat is [de apotheek] vanaf haar oprichting gaan doen en niets anders. Een andere apotheek-exploitant in bedoeld praktijkpand is er niet geweest. Welke naam uiteindelijk gekozen is voor de vennootschap is daarbij van ondergeschikt belang.*

*Nu [de apotheek] na haar oprichting het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst op 5 juni 2008 uitdrukkelijk heeft bekrachtigd, is [geïntimeerde] sindsdien niet langer op grond van het bepaalde in art. 2:203 lid 2 BW hoofdelijk verbonden voor nakoming van de samenwerkingsovereenkomst.*

[Appellant],  
appellant in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel  
hoger beroep,  
advocaat: mr. R.G.B. Hermsen,  
tegen  
[geïntimeerde],  
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,  
appellant in het voorwaardelijk incidenteel hoger  
beroep,  
advocaat: mr. A.J.H.W.M. Versteeg.

(...; red.)

### 7. De beoordeling

#### *De vaststaande feiten*

7.1. [appellant] is van beroep huisarts. [geïntimeerde] is van beroep apotheker.

7.2. In februari 2007 hebben [appellant], twee andere huisartsen en [geïntimeerde] een “OVEREENKOMST van SAMENWERKING” (hierna: de samenwerkingsovereenkomst) ondertekend. [geïntimeerde] heeft daarbij gehandeld “als bestuurder van de besloten vennootschap Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en deze B.V. in deze rechtsgeldig vertegenwoordigd”.

7.3. In de samenwerkingsovereenkomst is, voor zover thans relevant, opgenomen dat partijen bij de samenwerkingsovereenkomst “de voordelen zien van een samenwerking in een gezondheidscentrum in de vorm van een A-HOED” (Apotheek en Huisartsen Onder Een Dak), dat zij “voor de uitoefening van hun praktijk tezamen de beschikking hebben over een daarvoor geschikte huisvesting op een bouwlocatie aan de [adres] in [vestigingsnaam 2] welke zij gezamenlijk zullen huren” van een derde en dat “zowel de apotheker als de huisartsen ieder afzonderlijk in het gezondheidscentrum een apotheek respectievelijk een huisartsenpraktijk zullen vestigen en in stand zullen houden”. Verder staat in de samenwerkingsovereenkomst vermeld dat partijen bij de samenwerkingsovereenkomst verklaren “met ingang van het bedrijfsklaar opleveren van de huisvesting (...) voor de duur van 10 jaar (...) onderhavige samenwerkingsovereenkomst” aan te gaan en dat de samenwerkingsovereenkomst ten doel heeft “het treffen van een gezamenlijke regeling betreffende een aantal exploitatielasten met betrekking tot het (...) praktijkpand”.

In artikel 11 lid 3 van de samenwerkingsovereenkomst is, kort gezegd, opgenomen dat “De kosten van aanschaf, onderhoud en eventuele vervanging van de telefooncentrale (...) evenals de kosten van automatisering door partij [geïntimeerde] worden gedragen”. In artikel 19 lid 1 van de samenwerkingsovereenkomst is, kort gezegd, bepaald dat “Partij [geïntimeerde] (...) de eerste 10 jaren (...) van deze overeenkomst aan ieder van de huisartsen (...) een bijdrage in de door dezen aan de verhuurder te betalen huurpenningen” zal voldoen ter grootte van 70% en dat “De huisartsen (...) het restant van 3/10 gedeelte van de (...) verschuldigde huurpenningen voor hun eigen rekening (...)” nemen. Verder is in artikel 19 lid 1 van de samenwerkingsovereenkomst bepaald dat “Partij [geïntimeerde] (...) met partij [appellant] een van het bovenstaande afwijkende regeling” zal treffen. Deze afwijkende regeling houdt in dat aan [appellant] gedurende de eerste zeven jaren van de samenwerkingsovereenkomst de volledige door hem te betalen huurpenningen worden vergoed.

7.4. Op 26 maart 2008 is [de vennootschap] (hierna: [de apotheek]) opgericht. Enig aandeelhouder en bestuurder van [de apotheek] is Holding Apotheek [vestigingsnaam 1] B.V. (hierna: de holding), waarvan [geïntimeerde] enig bestuurder is.

7.5. Bij onderhandse akte van 5 juni 2008 heeft [geïntimeerde], daarbij de holding en [de apotheek] vertegenwoordigend, verklaard “alle rechtshandelingen – die namens de vennootschap in oprichting (die daarbij onder meer handelde onder de naam van haar middellijk aandeelhouder, de heer (...) [geïntimeerde], Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en [de vennootschap] i.o.) voor de inschrijving in het handelsregister (...) 27 maart 2008) zijn verricht – te bekrachtigen”.

7.6. In mei 2009 hebben partijen bij de samenwerkingsovereenkomst het pand aan de [adres] te [vestigingsnaam 2] betrokken.

7.7. Vanaf december 2011 is de overeengekomen huurvergoeding niet meer aan [appellant] betaald. Sinds 2013 is ook de overeengekomen vergoeding voor telefooncentrale en automatisering (hierna: ICT-vergoeding) niet meer aan [appellant] betaald.

#### *Eerste aanleg*

7.8. [appellant] heeft in eerste aanleg na eisvermeerdering, samengevat, gevorderd [geïntimeer-

de] te veroordelen tot betaling van huurvergoedingen, ICT-vergoedingen en buitengerechtelijke incassokosten, telkens te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente. Een en ander met veroordeling van [geïntimeerde] in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

7.9. [geïntimeerde] heeft verweer gevoerd.

7.10. Bij tussenvonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, met zaak-/rolnummer C/03/204588 / HA ZA 15-206, van 30 september 2015 zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over het voornemen van de rechtbank om de zaak ambtshalve naar de kantonrechter te verwijzen.

7.11. Bij tussenvonnis van 18 november 2015 heeft de rechtbank de zaak verwezen naar de kantonrechter in de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Tilburg.

7.12. Bij tussenvonnis van 30 december 2015 heeft de kantonrechter een comparitie gelast, die op 9 maart 2016 is gehouden.

7.13. [appellant] heeft [de apotheek] eveneens in rechte betrokken. Bij vonnis in incident van 17 augustus 2016 in de zaak, met zaak-/rolnummer 5134647 CV EXPL 16-4410, tussen [appellant] als eiser in conventie en verweerder in voorwaardelijke reconventie en [de apotheek] als gedaagde in conventie en eiseres in voorwaardelijke reconventie, heeft de kantonrechter die zaak gevoegd met de onderhavige zaak.

7.14. Bij bestreden eindvonnis van 5 juli 2017 heeft de kantonrechter, kort gezegd, het verweer van [geïntimeerde], inhoudende dat [de apotheek] door bekrachtiging van de samenwerkingsovereenkomst (artikel 2:203 BW) na haar oprichting partij is geworden bij de samenwerkingsovereenkomst en [geïntimeerde] niet in privé gebonden is aan de samenwerkingsovereenkomst, gehonoreerd. De vordering van [appellant] is afgewezen, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten.

7.15. Eveneens op 5 juli 2017 heeft de kantonrechter eindvonnis gewezen in de gevoegde zaak, met zaak-/rolnummer 5134647 CV EXPL 16-4410.

#### *Hoger beroep*

*In principaal en in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep*

7.16. [appellant] heeft bij memorie van grieven, onder aanvoering van vijf grieven, gevorderd het bestreden eindvonnis te vernietigen en de vorderingen van [appellant] alsnog toe te wijzen en

[geïntimeerde], kort gezegd, te veroordelen tot betaling van de achterstallige kosten van huisvesting van de praktijk, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, de achterstallige ICT-vergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente, en buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente. Een en ander met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van beide instanties, te vermeerderen met de wettelijke rente.

7.17. [geïntimeerde] heeft de grieven bestreden en, onder aanvoering van twee grieven, voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld. In voorwaardelijk incidenteel hoger beroep heeft [geïntimeerde], voor het geval een van de grieven van [appellant] slaagt en het hof oordeelt dat [geïntimeerde] partij is gebleven bij de samenwerkingsovereenkomst, samengevat, gevorderd:

i) voor recht te verklaren dat de samenwerkingsovereenkomst in strijd is met het recht en deswege nietig is, althans die samenwerkingsovereenkomst wegens strijd met het recht te vernietigen, ii) dan wel voor recht te verklaren dat [appellant] tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen uit de samenwerkingsovereenkomst en die samenwerkingsovereenkomst te ontbinden,

iii) [appellant], zowel in het onder i) alsook in het onder ii) genoemde geval, te veroordelen tot terugbetaling van al hetgeen aan hem ter uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst is voldaan, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, met bepaling dat [appellant] ontslagen is van deze verplichting indien hij heeft betaald aan [de apotheek] ter voldoening aan het in de gevoegde zaak alsdan te wijzen arrest.

Een en ander met veroordeling van [appellant] in de kosten van beide instanties.

7.18. [appellant] heeft de grieven in het incidenteel hoger beroep bestreden.

#### *In principaal hoger beroep*

7.19. Voordat het hof overgaat tot een inhoudelijke bespreking van de grieven, overweegt het hof als volgt. Bij dagvaarding in hoger beroep heeft [appellant] gevorderd ook het tussenvonnis van de rechtbank van 18 november 2015 te vernietigen. [appellant] heeft deze vordering bij memorie van grieven niet herhaald. Ook heeft hij geen grieven tegen dit vonnis aangevoerd. Bovendien staat tegen een verwijzing geen hogere voorziening open (artikel 71 lid 5 Rv). Voor zover het

hoger beroep tevens gericht is tegen de beslissing van de rechtbank om de zaak te verwijzen naar de kantonrechter, zal het hof [appellant] dan ook niet-ontvankelijk verklaren in zijn hoger beroep.

7.20. *Grief I* is gericht tegen de feiten vermeld in het bestreden vonnis. Deze feiten zijn volgens [appellant] niet dan wel onvolledig dan wel onduidelijk weergegeven en ook onvoldoende kenbaar betrokken in de motivering van het vonnis.

7.21. Het hof heeft, rekening houdend met wat partijen hierover over en weer in hoger beroep hebben aangevoerd, hierboven een nieuw overzicht gegeven van de feiten waarvan het hof in hoger beroep uitgaat. [appellant] heeft in zoverre dan ook geen belang bij deze grief.

Bij zijn stelling dat de feiten onvoldoende kenbaar zijn betrokken in de motivering van het vonnis heeft [appellant] evenmin belang, nu zijn stellingen en weren in elk geval alsnog in dit hoger beroep aan de orde komen.

7.22. De kern van het geschil dat partijen verdeeld houdt, is de vraag of [geïntimeerde] bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst namens [de apotheek] i.o. is opgetreden, zodat [de apotheek], na bekrachtiging van de samenwerkingsovereenkomst, de wederpartij is van [appellant] bij die samenwerkingsovereenkomst. De *grieven II, III en IV* hebben betrekking op de beoordeling hiervan en lenen zich daarom voor gezamenlijke behandeling.

7.23. Het hof stelt het volgende voorop. Artikel 2:203 lid 1 BW bepaalt dat uit rechtshandelingen, verricht namens een op te richten vennootschap, slechts rechten en verplichtingen voor de vennootschap ontstaan wanneer zij die rechtshandelingen na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt. Artikel 2:203 lid 2 BW bepaalt dat, tenzij uitdrukkelijk anders is bedongen, degene die een rechtshandeling verricht namens een op te richten vennootschap, daardoor hoofdelijk is verbonden totdat de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd.

7.24. Het is vaste rechtspraak dat uit deze bepalingen voortvloeit dat degene die namens een op te richten besloten vennootschap een overeenkomst heeft gesloten, in dit geval [geïntimeerde], tegenover zijn wederpartij, [appellant], slechts van zijn in artikel 2:203 lid 2 BW bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid wordt bevrijd, indien de overeenkomst wordt bekrachtigd door een na het sluiten van de overeenkomst opgerichte besloten vennootschap die moet worden aangemerkt als de

vennootschap die partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst op het oog hadden.

Of van het laatste sprake is hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de namen van de vennootschap in oprichting en de opgerichte vennootschap, de bij de beide vennootschappen betrokken personen, de aard van het door de vennootschappen uitgeoefende bedrijf, het kapitaal van de opgerichte vennootschap in het licht van de omvang van de transactie, hetgeen in de akte van oprichting omtrent de vennootschap in oprichting is verklaard (daaronder begrepen dat daaromtrent niets is verklaard) en hetgeen omtrent de beide vennootschappen in het handelsregister is ingeschreven.

Voor het eindigen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van degene die namens een op te richten besloten vennootschap heeft gecontracteerd, is niet reeds voldoende dat na het sluiten van de overeenkomst “een” besloten vennootschap is opgericht die de overeenkomst bekrachtigt. Dit geldt ook indien het voor de wederpartij van bedoelde persoon duidelijk was of behoorde te zijn dat deze niet voor zichzelf maar voor “een” op te richten besloten vennootschap handelde. Eerst indien ten tijde van het aangaan van de desbetreffende rechtshandeling namens een “BV i.o.” gehandeld is, die voldoende identiteit bezat, dat wil zeggen dat “de plannen tot oprichting een begin van concretisering” moeten “hebben gevonden”, is voldoende duidelijk “dat degene die handelt niet bereid is zichzelf te binden doch slechts de vennootschap nadat deze zal zijn opgericht”. Zie Hoge Raad 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0663, LJN ZC0663, NJ 1993/116 (Clara Candy) en Hoge Raad 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1869, LJN ZC1869, NJ 1996/141 (Infokab).

7.25. In de samenwerkingsovereenkomst is opgenomen dat [geïntimeerde], “van beroep apotheker”, verder in de samenwerkingsovereenkomst te noemen: “partij [geïntimeerde]”, bij het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst in februari 2007 heeft gehandeld “als bestuurder van de besloten vennootschap Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en deze B.V. in deze rechtsgeldig vertegenwoordigd”.

In de samenwerkingsovereenkomst is ook opgenomen dat de in de samenwerkingsovereenkomst genoemde huisartsen hun praktijk in [vestigingsnaam 2] uitoefenen, dat “partij [geïntimeerde] voornemens is te [vestigingsnaam 2] een apo-

theek te vestigen”, dat partijen bij de samenwerkingsovereenkomst “de voordelen zien van een samenwerking in een gezondheidscentrum in de vorm van een A-HOED”, dat zij “voor de uitoefening van hun praktijk tezamen de beschikking hebben over een daarvoor geschikte huisvesting op een bouwlocatie aan de [adres] in [vestigingsnaam 2] welke zij gezamenlijk zullen huren” van een derde, dat “zowel de apotheker als de huisartsen ieder afzonderlijk in het gezondheidscentrum een apotheek respectievelijk een huisartsenpraktijk zullen vestigen en in stand zullen houden” en dat “de onderhavige overeenstemming tussen partijen (...) zal leiden tot een definitieve afspraak met de eigenaar van de toekomstige praktijklocatie m.b.t. de oplevering”. In de samenwerkingsovereenkomst staat verder vermeld dat partijen bij de samenwerkingsovereenkomst verklaren “Met ingang van 1 januari 2008, althans met ingang van het bedrijfsklaar opleveren van de huisvesting (...) voor de duur van 10 jaar (...) onderhavige samenwerkingsovereenkomst” aan te gaan, dat zij “hun huisartsenpraktijk en apotheek (...) vanaf dezelfde locatie, te weten: (...) het praktijkpand aan de [adres] (...) te [vestigingsnaam 2]” uitoefenen, dat de voorwaarden waaronder het “praktijkpand door partij [geïntimeerde] en de huisartsen van verhuurder (...) wordt gehuurd (...) door partijen separaat in een huurovereenkomst worden vastgelegd” en dat de samenwerkingsovereenkomst ten doel heeft “het treffen van een gezamenlijke regeling betreffende een aantal exploitatielasten met betrekking tot het (...) praktijkpand.”

7.26. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat hieruit volgt dat partijen bij de samenwerkingsovereenkomst beoogden in een nog tot stand te brengen en gezamenlijk, althans gelijktijdig te huren praktijkpand aan de [adres] te [vestigingsnaam 2] samen te werken bij de exploitatie van huisartsenpraktijken en een apotheek. Ook blijkt, zoals de kantonrechter reeds heeft overwogen, uit de samenwerkingsovereenkomst dat [geïntimeerde] daarbij kenbaar heeft gemaakt dat hij voornemens was een besloten vennootschap op te richten als drager van rechten en verplichtingen die uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeien.

7.27. Vaststaat dat een besloten vennootschap met de naam Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. nimmer is opgericht.

7.28. Wel is op 26 maart 2008 [de apotheek] opgericht. Blijkens het door [geïntimeerde] in het geding gebrachte uittreksel uit het handelsregister is [de apotheek] statutair gevestigd in [vestigingsnaam 2]. De handelsnamen van [de apotheek] zijn “Apotheek de Voorste Stroom” en “[de vennootschap]”. De activiteiten van [de apotheek] behelzen “Het exploiteren van een apotheek en de uitoefening van de artsensijbereidkunst”. Het zoekadres is “[adres] (...) [vestigingsnaam 2]”. Enig aandeelhouder is de holding. Het gestorte kapitaal bedraagt € 18.000,00.

7.29. Het vorenstaande in aanmerking nemende, is het hof van oordeel dat [de apotheek] de vennootschap is die partijen bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst voor ogen hadden. Dat dit niet het geval zou zijn, is naar het oordeel van het hof door [appellant], gelet op het voorgaande, niet voldoende onderbouwd. Bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst ging het om een vennootschap die de exploitatie van een apotheek in het van een derde te huren praktijkpand aan de [adres] te [vestigingsnaam 2] zou gaan exploiteren en dat is [de apotheek] vanaf haar oprichting gaan doen en niets anders. Een andere apotheek-exploitant in bedoeld praktijkpand is er niet geweest. Welke naam uiteindelijk gekozen is voor de vennootschap is daarbij van ondergeschikt belang.

7.30. Dat [geïntimeerde] niet, zoals in de samenwerkingsovereenkomst staat vermeld, als direct bestuurder van de vennootschap heeft te gelden, maar, via de holding, als indirect bestuurder, is naar het oordeel van het hof geen omstandigheid die niettegenstaande hetgeen hiervoor is overwogen meebrengt dat [de apotheek] niet de vennootschap is die partijen bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst voor ogen hadden.

7.31. Dat geldt ook voor de omstandigheid dat de vennootschap in oprichting niet in het handelsregister ingeschreven is geweest. Inschrijving in het handelsregister is geen vereiste om namens een vennootschap in oprichting een overeenkomst aan te kunnen gaan.

7.32. Bij onderhandse akte van 5 juni 2008 heeft [geïntimeerde], daarbij de holding en [de apotheek] vertegenwoordigend, verklaard “alle rechtshandelingen – die namens de vennootschap in oprichting (die daarbij onder meer handelde onder de naam van haar middellijk aandeelhouder, de heer (...) [geïntimeerde], Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en [de vennoot-

schap] i.o.) voor de inschrijving in het handelsregister ((...) 27 maart 2008) zijn ver-richt – te bekrachtigen.”

7.33. In mei 2009 hebben partijen bij de samenwerkingsovereenkomst het pand aan de [adres] te [vestigingsnaam 2] betrokken.

7.34. Nu [de apotheek] na haar oprichting het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst op 5 juni 2008 uitdrukkelijk heeft bekrachtigd, is [geïntimeerde] sindsdien niet langer op grond van het bepaalde in artikel 2:203 lid 2 BW hoofde-lijk verbonden voor nakoming van de samenwer-kingsovereenkomst.

7.35. Weliswaar heeft [appellant] nog aangevoerd dat [geïntimeerde] in privé op 17 februari 2014 met de andere huisartsen een addendum op de samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten waaruit zou blijken dat [geïntimeerde] en niet [de apotheek] als contractant bij de samenwerkings-overeenkomst heeft te gelden, maar deze stelling leidt het hof niet tot een ander oordeel.

7.36. Naar het oordeel van het hof valt, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat het addendum een ander doel had dan voor de daarbij betrokken partijen die eerder bij de sa-menwerkingsovereenkomst betrokken waren de nieuwe afspraken vast te leggen. Daarbij betreft het hof dat het addendum, zoals door [geïnti-meerde] onbetwist is aangevoerd, is opgesteld zonder rechtsgeleerde bijstand van een van de daarbij betrokken partijen.

Het addendum borduurt voort op de samenwer-kingsovereenkomst, aangegaan door [geïntimeerde], die daarbij heeft gehandeld “als bestuurder van de besloten vennootschap Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en deze B.V. in deze rechtsgeldig vertegenwoordigd”.

7.37. [appellant] heeft nog aangevoerd dat de op grond van de samenwerkingsovereenkomst ver-schuldigde huurvergoedingen vanaf mei 2009 door verschillende vennootschappen zijn vol-daan, maar ook dit kan hem niet baten. Een derde kan immers bevrijdend voor een schuldenaar be-talen, zonder dat dit afdoet aan de hoedanigheid van die schuldenaar. Bovendien zijn de door [ap-pellant] in dat verband genoemde vennootschap-pen alle te herleiden tot [geïntimeerde].

7.38. *Grief V* is gericht tegen de veroordeling in de proceskosten.

7.39. Deze grief heeft naast de overige grieven geen zelfstandige betekenis en behoeft, gelet op het voorgaande, geen afzonderlijke bespreking.

In de toelichting op deze grief heeft [appellant] nog aangevoerd dat [geïntimeerde], gelet op de door hem zelf veroorzaakte onduidelijkheid, ook bij het in stand laten van het bestreden vonnis in de proceskosten veroordeeld dient te worden. Het hof kan [appellant] hierin niet volgen nu van on-duidelijkheid over de contractspartij bij de sa-menwerkingsovereenkomst naar het oordeel van het hof geen sprake is geweest.

7.40. Het bewijsaanbod van [appellant] wordt als niet ter zake dienend afgewezen, omdat er geen feiten of omstandigheden zijn gesteld door [ap-pellant] die niet vaststaan en die, indien zij na bewijslevering wel zouden komen vast te staan, tot andere beslissingen zouden kunnen leiden.

#### *Slotsom*

*In principaal en in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep*

7.41. Slotsom is dat de grieven in principaal hoger beroep falen en dat het bestreden vonnis dient te worden bekrachtigd.

7.42. De voorwaarde waaronder het incidenteel hoger beroep is ingesteld, wordt daarmee niet vervuld, zodat het hof aan beoordeling daarvan niet toekomt.

7.43. Als de in het ongelijk gestelde partij zal het hof [appellant] veroordelen in de kosten van het principaal hoger beroep. Deze kosten worden aan de zijde van [geïntimeerde] vastgesteld op (...; red.).

7.44. Een kostenveroordeling in incidenteel hoger beroep zal niet worden uitgesproken.

#### *8. De uitspraak*

Het hof, recht doende in hoger beroep:

*In principaal hoger beroep*

verklaart [appellant] niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep voor zover dit is gericht tegen het door de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, gewezen vonnis van 18 november 2015;

bekrachtigt het bestreden vonnis van de kanton-rechter in de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Tilburg, van 5 juli 2017;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het prin-cipaal hoger beroep (...; red.);

wijst het meer of anders gevorderde af;

*In voorwaardelijk incidenteel hoger beroep:*

verstaat dat de voorwaarde waaronder het inci-denteel hoger beroep is ingesteld, niet is vervuld.

## NOOT

1. In deze zaak staat de vraag centraal of een apotheker (de gedaagde) bij het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst met drie huisartsen is opgetreden namens een bv i.o., zodat de bewuste bv na bekrachtiging van die samenwerkingsovereenkomst de wederpartij is geworden en de rechten en verplichtingen uit die overeenkomst zijn overgegaan van de apotheker naar de bewuste bv.

2. Op grond van art. 2:203 lid 1 BW kunnen voor een bv rechten en verplichtingen ontstaan uit rechtshandelingen die reeds vóór de oprichting van die bv zijn verricht. Hiervan is sprake indien de bv na haar oprichting de bewuste rechtshandelingen uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft bekrachtigd of – ingeval van de in art. 2:203 lid 4 BW vermelde gevallen – indien de bv daartoe verbonden wordt in de akte van oprichting.

3. Degene die een rechtshandeling verricht namens een op te richten bv is daardoor hoofdelijk verbonden totdat de bv de rechtshandeling na oprichting heeft bekrachtigd. Dat is slechts anders indien dat met betrekking tot die rechtshandeling uitdrukkelijk anders is bedongen (art. 2:203 lid 2 BW). Na bekrachtiging door de bv is degene die de rechtshandeling namens die bv i.o. is aangegaan dus niet langer verbonden.

4. In de onderhavige casus ging het om drie huisartsen die in februari 2007 een samenwerkingsovereenkomst zijn aangegaan met een apotheker, die daarbij handelde “als bestuurder van de besloten vennootschap Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en deze B.V. in deze rechtsgeldig vertegenwoordigd”. De samenwerkingsovereenkomst zag op de samenwerking van de partijen in een gezondheidscentrum in de vorm van een “A-Hoed (Apotheek en Huisartsen Onder Een Dak)” waartoe partijen gezamenlijk een pand zouden gaan huren. Onderdeel van de afspraken was dat de huisartsen van de apotheker een vergoeding zouden ontvangen voor een deel van de huur- en ICT kosten met betrekking tot het pand.

5. Ruim een jaar later, op 26 maart 2008, is een bv (hierna “Apotheek BV”) opgericht met als enig aandeelhouder en bestuurder Holding Apotheek [vestigingsnaam 1] BV (hierna de “holding”), waarvan de apotheker enig bestuurder is. Op 5 juni 2008 heeft de apotheker namens Apotheek

BV verklaard “alle rechtshandelingen – die namens de vennootschap in oprichting (die daarbij onder meer handelde onder de naam van haar middellijk aandeelhouder, de heer (xxx) [geïntimeerde], Medisch Centrum [vestigingsnaam 2] B.V. i.o. en [de vennootschap] i.o.) voor de inschrijving in het handelsregister ((...) 27 maart 2008) zijn verricht – te bekrachtigen”.

6. Een van de huisartsen (hierna de “huisarts”) vordert dat de apotheker wordt veroordeeld tot betaling van – kort gezegd – de achterstallige huur- en ICT-vergoeding, te vermeerderen met rente en kosten. Vanaf december 2011 heeft de huisarts geen huur- en ICT-vergoeding meer ontvangen.

7. De huisarts heeft in een andere zaak ook Apotheek BV in rechte betrokken (en daar gelijk gekregen). De zaak tegen de apotheker (in privé) en Apotheek BV zijn gevoegd en in beide zaken is zowel in eerste aanleg als in hoger beroep op dezelfde datum eindvonnis/arrest gewezen, zie Rb. Zeeland-West-Brabant 5 juli 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:4868 en Hof ‘s-Hertogenbosch 21 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:166.

8. Het hof overweegt dat het vaste rechtspraak is dat uit art. 2:203 BW volgt dat degene die namens een op te richten besloten vennootschap een overeenkomst heeft gesloten, tegenover zijn wederpartij slechts van de in art. 2:203 lid 2 BW bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid wordt bevrijd indien de overeenkomst wordt bekrachtigd door een na het sluiten van de overeenkomst opgerichte besloten vennootschap die moet worden aangemerkt als de vennootschap die partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst op het oog hadden. Daarbij stelt het hof vast dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de overeenkomst inderdaad is bekrachtigd door de bv die partijen bij het ontstaan van de overeenkomst op het oog hadden. Om te bepalen of er sprake is van een dergelijke bv verwijst het hof vervolgens naar de (niet-limitatieve lijst van) criteria uit het Clara Candy-arrest, te weten (i) de namen van de vennootschap in oprichting en de opgerichte vennootschap, (ii) de bij de beide vennootschappen betrokken personen, (iii) de aard van het door de vennootschappen uitgeoefende bedrijf, (iv) het kapitaal van de opgerichte vennootschap in het licht van de omvang van de transactie, (v) hetgeen in de akte van oprichting omtrent de vennootschap in oprichting is verklaard (daaronder begrepen dat

daaromtrent niets is verklaard), en (vi) hetgeen omtrent de beide vennootschappen in het handelsregister is ingeschreven (HR 8 juli 1992, *NJ* 1993/116). Voorts stelt het hof met verwijzing naar het Infokab-arrest dat voor het eindigen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van degene die namens een op te richten besloten vennootschap heeft gecontracteerd, niet reeds voldoende is dat na het sluiten van de overeenkomst een besloten vennootschap is opgericht die de overeenkomst bekrachtigt (HR 3 november 1995, *NJ* 1996/141). De bekrachtiging kan dus niet door een willekeurige bv geschieden, maar alleen door de bv die partijen bij het aangaan van de rechtshandeling voor ogen hadden.

9. Het hof oordeelt dat Apotheek BV de vennootschap is die partijen bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst voor ogen hadden. Daarbij betreft het hof de handelsnamen van de apotheek (onder meer "Apotheek de Voorste Stroom"), de activiteiten ("exploiteren van een apotheek, de uitoefening van de artseneijbereidkunst"), het bezoekadres, het feit dat de holding enig aandeelhouder is van Apotheek BV en het gestorte kapitaal ad € 18.000.

10. Hoewel er in numeriek opzicht geen minimum is van criteria waaraan moet worden voldaan wil sprake kunnen zijn van een rechtsgeldige bekrachtiging, wordt i.c. aan relatief weinig van de in punt 7 vermelde criteria (volledig) voldaan. Zo is de naam van Apotheek BV anders dan de naam die destijds in de samenwerkingsovereenkomst was opgenomen. De apotheker is weliswaar bestuurder van de holding die op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder is van Apotheek BV, maar de samenwerkingsovereenkomst ging ervan uit dat de apotheker zelf bestuurder van de op te richten bv zou zijn. Verder is de bv i.o. niet ingeschreven geweest in het handelsregister (hetgeen ook niet vereist is om namens een bv i.o. een overeenkomst aan te gaan) en is er niets in de akte van oprichting vermeld over de rechtshandeling (hetgeen in de praktijk alleen gebeurt bij inbreng van een onderneming). Voor zover mij bekend hebben partijen geen afspraken gemaakt over de financiering van de bv of het bij oprichting geplaatste kapitaal, maar blijkbaar vond het hof de € 18.000 die bij oprichting geplaatst was i.c. passend bij de bv die partijen voor ogen hadden.

11. De stelling van de huisarts dat de apotheker in 2014 in privé met de andere huisartsen een ad-

dendum op de samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten waaruit zou blijken dat de apotheker zelf en niet Apotheek BV gebonden zou zijn, leidt het hof niet tot een ander oordeel. Het hof betreft daarbij ook dat het addendum is opgesteld zonder rechtsgeleerde bijstand van een van de daarbij betrokken partijen. Het hof stelt verder dat het addendum voortborduurt op de samenwerkingsovereenkomst aangegaan door de apotheker, die daarbij heeft gehandeld als bestuurder van de bv i.o. en de bv in deze rechtsgeldig vertegenwoordigde. Ik vraag mij af of bij het opstellen van de samenwerkingsovereenkomst wel een jurist was betrokken. Immers, voorafgaand aan de oprichting is er nog geen sprake van een bestuursfunctie. Het zou beter zijn geweest te volstaan met de vermelding dat de bewuste persoon handelt namens de op te richten bv. Vervolgens kan (hoeft niet) worden beschreven dat het de bedoeling is dat diezelfde persoon ook bestuurder wordt van de op te richten bv.

12. Wat kunnen we uit dit arrest opmaken? Allereerst dat de klassiekers onder de bv i.o.-arresten nog steeds actueel zijn. Het hof verwijst naar Clara Candy en Infocab, maar het arrest is eveneens in lijn met het nog oudere arrest Heufkens/Bonaventura, waarin de Hoge Raad oordeelde dat bij het gebruik van de aanduiding i.o. het vermoeden bestaat dat is gehandeld voor de vennootschap in oprichting, tenzij uit de omstandigheden, mede in verband met de aard en inhoud van de door de handelende personen onder de naam van de vennootschap gesloten overeenkomst, anders voortvloeit (HR 17 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4443, *NJ* 1983/120). De in het Clara Candy-arrest genoemde criteria zijn leidend, maar de soep wordt blijkens het onderhavige arrest minder heet gegeten dat je zou denken bij het lezen van die criteria. Niettemin komt het hof – met toepassing van deze criteria – tot het oordeel dat is voldaan aan het zogenoemde identiteitscriterium. Apotheek BV, die de samenwerkingsovereenkomst heeft bekrachtigd, is volgens het hof inderdaad de bv die partijen destijds bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst op het oog hadden. Het feit dat de naam en de bestuurder van Apotheek BV anders zijn dan wat daarover was opgenomen in de samenwerkingsovereenkomst is – gezien de door het hof daarbij vermelde omstandigheden – van ondergeschikte betekenis.



13. Hoe kunnen we voorkomen dat onduidelijkheid bestaat of een overeenkomst al dan niet namens een bv i.o. is aangegaan? Het is uiteraard het meest praktisch wanneer de bewuste bv voorafgaand aan de rechtshandeling wordt opgericht zodat de bv zelf de rechtshandeling kan aangaan. Sinds de flexibilisering van het bv-recht in 2012 kan een bv veel sneller dan voorheen worden opgericht. Doorgaans kan een eenvoudige bv binnen enkele dagen (en als het moet binnen een dag) worden opgericht. Mocht het toch gewenst zijn om reeds vóór oprichting te handelen namens een bv i.o., dan is het van belang om bij het aangaan van de rechtshandeling duidelijk te beschrijven dat wordt opgetreden namens een bv i.o., met vermelding van nadere informatie over die bv (zie criteria in het Clara Candy-arrest), dat de rechtshandeling na bekrachtiging door de bv zal overgaan naar de bv en de handelende persoon daarna niet langer hoofdelijk verbonden zal zijn.

14. Uiteraard zal een persoon die handelt namens een bv i.o. bij die rechtshandeling voorzichtigheid moeten betrachten. Immers, tot het moment van bekrachtiging door de bewuste bv is hij hoofdelijk verbonden. Zelfs ingeval de bv de rechtshandeling bekrachtigt maar deze vervolgens niet nakomt, kan de handelende persoon alsnog hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de derde dientengevolge lijdt indien degene die namens de bv i.o. handelde wist of redelijkerwijs kon weten dat de bv haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen (art. 2:203 lid 3 BW). Dit wordt vermoed ingeval de bv binnen een jaar na oprichting failliet wordt verklaard. Kortom, het is niet erg aantrekkelijk om voor een bv i.o. op te treden. Daarnaast geldt dat een bv na oprichting (en inschrijving in het handelsregister, zie ook art. 2:180 lid 2 BW) niet zonder meer alle rechtshandelingen die voor de oprichting voor de bv i.o. zijn aangegaan, mag bekrachtigen. Immers, deze rechtshandelingen moeten in het belang van de bv zijn. Er zijn allerlei omstandigheden denkbaar waarin dat niet zo is. Het bestuur van de opgerichte bv riskeert bestuurdersaansprakelijkheid wanneer het bestuur rechtshandelingen bekrachtigt die niet in het belang van de bv zijn.

15. Kortom, bezint eer ge begint aan het handelen namens een bv i.o. Een ongeluk zit in een klein hoekje. Als het enigszins mogelijk is, heeft het de voorkeur om eerst de bv op te richten en

in te schrijven in het handelsregister en pas daarna rechtshandelingen aan te gaan namens de bv.

mr. M.A.J. Cremers  
notaris bij Stibbe

## 140

### Maatstaf voor aansprakelijkheid OK-functio-narissen

Gerechthof Arnhem-Leeuwarden  
7 april 2020, zaaknr. 200.257.822,  
ECLI:NL:GHARL:2020:2861  
(mr. De Waele, mr. De Kerpel-van de Poel, mr. Dings)  
Noot mr. M.W. Josephus Jitta

**Enquêteprocedure. Tijdelijk bestuurder en tijdelijk beheerder van aandelen niet aansprakelijk voor mislukken van verkoop onderneming. Tijdelijk bestuurder treft geen ernstig verwijt. Tijdelijk beheerder is niet aan te merken als feitelijk bestuurder. In gegeven omstandigheden heeft tijdelijk beheerder gehandeld als van een redelijk handelend en redelijk bekwame aandelenbeheerder mocht worden verwacht. Vervolg op Rb. Mid-den-Nederland 5 december 2018, «JOR» 2019/53, m.nt. Salemink.**

[BW art. 6:162]

*Aan de orde is de vraag of de door de OK benoemde tijdelijk bestuurder ([geïntimeerde 1]) en/of of de door de OK benoemde tijdelijk beheerder van de aandelen ([geïntimeerde 2]) aansprakelijk zijn voor de schade die [appellante] en [appellant] hebben geleden en nog zullen lijden ten gevolge van het niet doorgaan van de overname per 1 juli 2015 van de activa en bedrijfsactiviteiten van Vikariën door Fuite.*

*De achtergrond waartegen [geïntimeerde 1] zijn beslissingen nam, waren als volgt: de activa dan wel aandelen van een, op naam van [appellante] gezette, vennootschap in zwaar weer moesten op korte termijn worden verkocht terwijl de broers (die feitelijk leidinggaven en rechthebbenden waren op de aandelen) niet in staat waren samen te werken. Overeenkomstig de verkregen instem-*