

# De substitutiebevoegdheid van de statutaire procuratiehouder

*Mr. G. C. van Eck* \*

## Inleiding

In deze bijdrage zal kort worden ingegaan op de vraag of het probleem van het ontbreken van een duidelijke toekenning van de substitutiebevoegdheid aan een procuratiehouder van een NV of BV ('vennootschap' of 'vennootschappen') kan worden voorkomen door de aanstelling van een statutaire procuratiehouder.<sup>1</sup> Op eventuele andere voordelen en aspecten van de aanstelling van een dergelijke procuratiehouder zal in deze bijdrage niet nader worden ingegaan. Ook zal niet worden ingegaan op de vraag of, en zo ja, in hoeverre beperkingen kunnen worden aangebracht in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de statutaire procuratiehouder.

In de praktijk worden vennootschappen vaak vertegenwoordigd door een bestuurder gezamenlijk handelend met een procuratiehouder (ook komen hierop uiteraard andere varianten voor, bijvoorbeeld de variant waarbij er meerdere soorten procuratiehouders zijn, die al dan niet gezamenlijk met één of meer bestuurders vertegenwoordigingsbevoegd zijn). Dit is onder andere het geval bij banken, trustmaatschappijen en houdstermaatschappijen. De wet noemt deze wijze van vertegenwoordiging uitdrukkelijk in artikel 2:130 lid 2 respectievelijk artikel 2:240 lid 2 BW.

Een vennootschap kan ook op andere gronden door procuratiehouders worden vertegenwoordigd.

Om te beginnen kan de vennootschap een procuratiehouder een volmacht verlenen op grond van artikel 3:60 BW op dezelfde wijze als een natuurlijk persoon een ander kan machtigen tot het verrichten van rechtshandelingen. Een volmacht – zelfs een algemene – kan in beginsel mondeling worden verleend, maar uiteraard verdient het aanbeveling dit schriftelijk te doen.<sup>2</sup>

Daarnaast kan een volmacht aan één of meer procuratiehouders worden verleend op basis van een statutaire bepaling (een dergelijke procuratiehouder wordt hierna ook wel aangeduid als een 'statutaire procuratiehouder'). In dat geval wordt de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet gebaseerd op een door het bestuur verleende volmacht, maar op grond van (1) de artikelen 2:130

lid 2 en 2:240 lid 2 BW (hierna: lid 2-procuratiehouder) of (2) de artikelen 2:130 lid 4 en 2:240 lid 4 BW (hierna: lid 4-procuratiehouder). Deze bepalingen maken mogelijk dat de statuten van de vennootschap ook aan andere personen dan bestuurders de bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekennen, al dan niet samen met een bestuurder. Met name de lid 4-procuratiehouder is nog steeds vrij onbekend en ondergewaardeerd.

## Substitutie

In de praktijk zien wij regelmatig het volgende: de vertegenwoordiger van de vennootschap (bestuurder of procuratiehouder) geeft volmachten aan Nederlandse (kandidaat-)notarissen of buitenlandse adviseurs tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen namens de vennootschap. Dat de bestuurder hier toe bevoegd is, volgt uit de aard der zaak: zijn handelen wordt aan de vennootschap toegerekend.<sup>3</sup>

Bij de procuratiehouder is sprake van substitutie, het overdragen van de volmacht aan een ander. De vraag rijst of de procuratiehouder daartoe bevoegd is.

## Niet-statutaire volmacht

Indien de procuratiehouder zijn bevoegdheid ontleent aan een volmacht heeft hij de bevoegdheid tot substitutie in beginsel alleen indien dit uitdrukkelijk in zijn volmacht is bepaald (zie art. 3:64 BW). In dit artikel zijn onder sub a tot en met c de drie volgende uitzonderingen op deze hoofdregel opgenomen:

- a. voor zover de bevoegdheid hiertoe uit de aard der te verrichten rechtshandelingen noodzakelijk voortvloeit of in overeenstemming is met het gebruik;
- b. voor zover de verlening van de volmacht aan een andere persoon in het belang van de volmachtgever noodzakelijk is en deze zelf niet in staat is een voorziening te treffen;
- c. voor zover de volmacht goederen betreft, die gelegen zijn buiten het land waarin de gevolmachtigde zijn woonplaats heeft.<sup>7</sup>

Deze uitzonderingen kunnen in de praktijk niet altijd soelaas bieden, omdat het vaak moeilijk zal zijn om op basis van het betreffende feitencomplex te concluderen of zij in het concrete geval ook daadwerkelijk toepassing vinden. Zo zal het lastig vast

\* Mr. G.C. van Eck is werkzaam als notaris bij Loyens & Loeff N.V.

1. C.J. Groffen, *Vertegenwoordiging door een procuratiehouder*, V&O 1995, p. 83.  
2. P.H.N. Quist, *Procuratieperikelen* (II, slot), WPNR (2005) 6628, p. 563 e.v.

3. Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 165-167, 169 en 170 en J.B. Huizink, *Rechtspersonen* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 2:130, aant. 7.

te stellen zijn of de substitutiebevoegdheid noodzakelijk voortvloeit 'uit de aard der te verrichten rechtshandelingen' of 'in overeenstemming met het gebruik' is.

Rechtsonzekerheid ten aanzien van het al dan niet van toepassing zijn van een uitzondering wil men uiteraard voorkomen.

Los van de vorenbedoelde uitzonderingen moet er volledigheidshalve nog rekening mee worden gehouden dat een onherroepelijk gevolmachtigde ook buiten de in artikel 3:64 BW genoemde gevallen volmacht aan een ander kan verlenen (zie art. 3:74 lid 3 BW). Procuratiehouders zullen echter niet vaak onherroepelijk worden gevolmachtigd. Vaak is de duur van de volmacht gekoppeld aan de duur van de dienstbetrekking van de procuratiehouder met de vennootschap.

In een ideale wereld zou de substitutiebevoegdheid (uiteraard alleen indien dit de bedoeling van de volmachtgever is) te allen tijde uitdrukkelijk in de volmacht (*casu quo* het bestuursbesluit waarbij de volmacht is verleend) worden opgenomen. De dagelijkse praktijk is echter anders. Dikwijls komt voor dat er wel een (schriftelijke) volmacht (of bestuursbesluit) is, maar dat deze niet voorziet in een duidelijke substitutiebevoegdheid. Dan is de procuratiehouder in beginsel niet bevoegd iemand anders te substitueren.

### De statutaire procuratiehouder

Een statutaire bepaling waarin is voorzien in de aanstelling van en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een lid 2-procuratiehouder, zou als volgt kunnen luiden:

'Vertegenwoordiging.

Artikel x.

x.1 Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap. De bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen komt mede toe aan twee gezamenlijk handelende bestuurders *dan wel één bestuurder gezamenlijk handelend met één procuratiehouder.*'

Een statutaire bepaling waarin is voorzien in de aanstelling van en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een lid 4-procuratiehouder, zou als volgt kunnen luiden:

'Vertegenwoordiging.

Artikel x

x.1 De vennootschap wordt vertegenwoordigd door:  
a. hetzij twee gezamenlijk handelende bestuurders;  
b. *hetzij twee gezamenlijk handelende procuratiehouders.*'

Voor verdere aandachtspunten met betrekking tot de inrichting van de statutaire regeling voor een statutaire procuratiehouder wordt verwezen naar Groffen.<sup>4</sup>

4. Groffen 1995, p. 83.

### Karakter van de statutaire procuratie

Ten aanzien van het karakter van de statutaire procuratie kunnen twee leren worden onderscheiden:

1. Er is sprake van een volmacht.

Volgens de ene leer moet de statutaire procuratie worden gekwalificeerd als een volmacht. De 'vertegenwoordigingsbevoegdheid' berust immers op een in de statuten verwoorde volmacht.<sup>5</sup> Deze volmacht is schriftelijk en notarieel en kan niet anders dan door statutenwijziging worden gewijzigd of herroepen. In dit verband hoort men ook wel de mening dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid berust op een statutaire bepaling die 'doorgaans' een volmacht impliceert.<sup>6</sup>

2. Er is sprake van een op zichzelf staande vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Volgens de andere leer brengt de statutaire inrichting van de vennootschap de vertegenwoordiging met zich mee en is er sprake van een 'op zichzelf staande statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid', die geheel staat naast vertegenwoordiging door organen van de vennootschap en eventuele vertegenwoordiging op grond van volmacht. In dezelfde zin stelden Van der Heijden/Van der Grinten het volgende: 'De personen die functies bekleden waaraan de statuten vertegenwoordigingsbevoegdheid verbinden, zijn o.i. niet gevolmachtigden', en Asser/Van der Grinten (in de zesde en zevende druk): 'Ook functionarissen-niet bestuurders van de rechtspersoon aan wie statutair vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt, zouden wij niet als gevolmachtigden willen aanmerken. De statutaire inrichting van de rechtspersoon brengt dan vertegenwoordigingsbevoegdheid mede.'<sup>7, 8</sup> In andere zin stelde Maeijer in Asser/Van der Grinten/Maeijer (in de achtste druk) echter: 'Zelf meen ik dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid berust op een in de statuten verwoorde volmacht.'<sup>9</sup>

Het is niet de bedoeling om in deze bijdrage een van de aangehaalde leren te bepleiten, mede omdat, zoals hierna zal blijken, zij in resultaat vrijwel niet verschillen.<sup>10</sup> Hierna zal kort worden ingegaan op de gevolgen van iedere leer voor de substitutiebevoegdheid van de statutaire procuratiehouder.

5. Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 95.

6. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 303.

7. Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 236.1.

8. Asser/Van der Grinten 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1986 en 1991, nr. 95 en Groffen 1995, p. 83.

9. Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997, nr. 95.

10. Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997, nr. 95.

## Gevolgen van de karakterisering van de statutaire procuratie

### *De eerste leer (er is sprake van een volmacht) en de substitutiebevoegdheid*

Volgens de meeste schrijvers zijn de bepalingen uit Boek 3 BW met betrekking tot volmacht (grotendeels) van overeenkomstige toepassing op de statutaire bevoegdheidsverlening aan de procuratiehouder.<sup>11, 12</sup> Deze schrijvers baseren zich daarbij op artikel 3:78 BW, dat een aantal bepalingen uit titel 3 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing verklaart wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger 'uit anderen hoofde dan volmacht'.

Gesteld kan worden dat de statutaire procuratiehouder optreedt als vertegenwoordiger 'uit anderen hoofde dan volmacht', al was het alleen maar omdat (1) het niet het bestuur is dat als vertegenwoordiger van de vennootschap de 'volmacht' verleent, maar indirect de algemene vergadering van aandeelhouders, en (2) de inhoud van de volmacht aan de statutaire procuratiehouder niet zo eenvoudig als bij een 'gewone' volmacht kan worden gewijzigd of herroepen (namelijk niet anders dan door statutenwijziging).

Volgens artikel 3:78 BW zijn de artikelen 3:63 lid 1, 66 lid 1, 67, 69, 70, 71 en 75 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.

Naar de letter van artikel 3:78 BW zou artikel 3:64 BW (en daarmee de beperkingen met betrekking tot onder andere substitutie) geen toepassing vinden ten aanzien van de statutaire procuratiehouder.

Uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 3:78 BW blijkt echter het volgende.<sup>13</sup>

'Of overeenkomstige toepassing van één of meer der niet in het onderhavige artikel genoemde bepalingen van deze titel in een geval van vertegenwoordiging uit anderen hoofde dan volmacht in aanmerking komt, wordt aan de wetenschap en de rechtspraak overgelaten. Uitgesloten wordt zij niet.'<sup>14</sup>

De vraag is dus of op basis van de wetenschap en de rechtspraak overeenkomstige toepassing van artikel 3:64 BW op de statutaire procuratiehouder voor de hand ligt.

### *De wetenschap*

#### De Eerste Richtlijn

De meeste schrijvers baseren zich met betrekking tot de omvang van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging op de Eerste

Richtlijn<sup>15</sup> en zijn van mening dat die Richtlijn geen onderscheid maakt tussen de statutaire bevoegdheidsverlening aan een bestuurder en die aan een procuratiehouder, en dat derhalve voor een procuratiehouder hetzelfde geldt als voor een bestuurder. In deze visie komt beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid van een statutaire procuratiehouder niet overeen met artikel 9 lid 3 Eerste Richtlijn.<sup>16</sup> Op overtreding van de bevoegdheid kan tegenover derden geen beroep worden gedaan. Deze bepaling rept over 'personen' en niet alleen over bestuurders. Onder 'personen' moeten alle vertegenwoordigers die hun bevoegdheid aan de statuten ontleen, worden verstaan.<sup>17</sup>

Indirecte beperking van de bevoegdheid van de bestuurder Stel dat in de statuten van de vennootschap is bepaald dat een bestuurder bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen gezamenlijk met een lid 2-procuratiehouder. Indien de 'bevoegdheidsbeperkende' bepalingen van titel 3 van Boek 3 BW, zoals artikel 3:64 BW, van toepassing zouden zijn op een dergelijke procuratiehouder leidt dit ertoe, zij het indirect, dat ook de bevoegdheden van de bestuurder worden beperkt, buiten het tweedelid van de artikelen 2:130 en 2:240 BW om. Er bestaat geen twijfel over dat dit niet is toegestaan op grond van deze artikelen, ook niet indirect door middel van een beperking van de bevoegdheden van de statutaire procuratiehouder. Dit zou ook niet in het wettelijk systeem passen. Voorts lijkt het niet de rechtszekerheid te bevorderen: derden zouden niet meer kunnen afgaan op een statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid, terwijl zij de inhoud van een eventuele beperkte bevoegdheid niet kunnen achterhalen omdat er naast de statuten vaak geen separaat stuk voorhanden is (waaruit van de beperking in de bevoegdheid van de procuratiehouder blijkt).

### *De rechtspraak*

In Nederland bestaat tot nog toe geen jurisprudentie ten aanzien van de overeenkomstige toepassing van artikel 3:64 BW jo. artikel 3:78 BW. De Nederlandse rechter is echter wel verplicht tot een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht.<sup>18</sup> Deze verplichting is voor het eerst door het Hof van Justitie geformuleerd in 1984. De aanleiding hiervoor was de Duitse zaak Von Colson en Kamann.<sup>19</sup>

Dat deze verplichting ook meer specifiek voor het vennootschapsrecht geldt, is gebleken uit het Marleasing-arrest.<sup>20</sup> In deze casus werd getracht de overeenkomst tot oprichting van een

15. Eerste Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschap (68/151/EG), strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken.

16. Gepken-Jager 2000, p. 303.

17. Van Schilfgaarde 2003, p. 158, en 2006, p. 170, Gepken-Jager 2000, p. 302 e.v. en Huizink, art. 2:130, aant. 16.

18. HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Jur. 1990, p. I-4135, SEW 1992, p. 816 m.nt. Timmermans, NJ 1997, 649, HR 25 oktober 1996, m.nt. DWFV, NJ 1997 649.

19. HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (Von Colson en Kamann).

20. HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, NJ 1993, 163 (Marleasing).

11. Quist 2005, p. 563 e.v.

12. Gepken-Jager 2000, p. 303.

13. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, Deventer: Kluwer, p. 304.

14. Jac. Hijma 2007 (T&C BW), art 3:78 BW, aant. 1.

Spaanse vennootschap nietig te verklaren wegens het ontbreken van een oorzaak, wegens simulatie, alsmede wegens benadeling van de schuldeisers van een van de medeoprichters. Het Spaanse BW sloot die mogelijkheid niet uit. De Eerste Richtlijn laat deze mogelijkheid tot nietigverklaring echter niet toe. Op grond van de Eerste Richtlijn mag namelijk slechts een limitatief aantal gronden voor nietigheid van een vennootschapsrecht worden erkend. De Eerste Richtlijn was niet tijdig in Spanje omgezet in nationaal recht. Volgens het Hof van Justitie moest de Spaanse rechter proberen de bepalingen van het Spaanse BW over nietige rechtshandelingen toe te passen in overeenstemming met de Eerste Richtlijn (van 1968).<sup>21</sup>

Het Hof van Justitie sprak zich als volgt uit:

‘Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, EEG-verdrag te voldoen.’

Gepken-Jager redeneert op basis van deze uitspraak als volgt:

‘De tekst van artikel 2:130 en 2:240 lid 4 BW bepaalt niets over de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid die aan anderen dan bestuurders wordt verleend. De rechter kan deze bepaling in die zin uitleggen dat een dergelijke in de statuten aan andere personen dan bestuurders toegekende vertegenwoordigingsbevoegdheid algemeen is. Uit de wetshistorie<sup>22</sup> volgt daarentegen dat voor de verlening van vertegenwoordigingsbevoegdheid op basis van artikel 2:130 en 2:240 lid 4 BW, artikel 2:130 en artikel 2:240 lid 3 BW niet geldt. Beperkingen die hierin zijn opgenomen kunnen worden tegengeworpen aan derden, mits die zijn ingeschreven in het handelsregister. De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie brengt echter mee dat de nationale rechter, met inachtneming van de in zijn rechtssysteem gangbare interpretatiemethodes, aan die methode voorrang moet geven, welke hem toelaat aan de betrokken bepaling van nationaal recht een betekenis te geven die in overeenstemming is met de richtlijn [de Eerste Richtlijn; GE].<sup>23</sup>

Dit betekent volgens Gepken-Jager dat de Nederlandse rechter teneinde de artikelen 2:130 en 2:240 lid 4 met artikel 9 lid 3

Eerste Richtlijn te verzoenen, voorrang moet geven aan de richtlijnconforme interpretatiemethode boven de wetshistorische interpretatiemethode. Hiertegen kan niet veel worden ingebracht.

*De tweede leer (er is sprake van een op zichzelf staande vertegenwoordigingsbevoegdheid) en de substitutiebevoegdheid*

De tweede leer gaat ervan uit dat geen sprake is van een volmacht, maar van een op zichzelf staande vertegenwoordigingsbevoegdheid. De omvang van deze vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt dan primair door de statuten bepaald.

Volgens sommige schrijvers staat deze statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid naast vertegenwoordiging door organen van de vennootschap en vertegenwoordiging op grond van volmacht.<sup>24</sup> Indien dat zo is, betekent dit dat de enige wettelijke basis voor deze vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden gevonden in artikel 2:130 en 2:240 BW. Ten aanzien van de uitleg en toepassing van deze artikelen geldt dan hetgeen hiervoor is vermeld. De statutaire procuratiehouder is dan bevoegd tot substitutie.

Indien er echter van uit wordt gegaan dat deze statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid niet geheel naast vertegenwoordiging door organen van de vennootschap en vertegenwoordiging op grond van volmacht staat, kan men niet anders concluderen dan dat wederom sprake is van een vertegenwoordiging ‘uit anderen hoofde dan volmacht’. In dat geval geldt eveneens hetgeen hiervoor is vermeld ten aanzien van artikel 3:78 BW, en ook dan is de conclusie dat de statutaire procuratiehouder bevoegd is tot substitutie.

### Conclusie

Het karakter van de statutaire procuratie staat niet vast. In de literatuur kunnen twee leren worden onderscheiden. In de eerste leer wordt ervan uitgegaan dat er sprake is van een volmacht en in de tweede leer dat er sprake is van een op zichzelf staande vertegenwoordigingsbevoegdheid. De beide leren leiden echter wel tot de conclusie dat de statutaire procuratiehouder bevoegd is tot substitutie.

In de eerste leer is sprake van vertegenwoordiging uit anderen hoofde dan volmacht, zoals bedoeld in artikel 3:78 BW. Dit leidt tot toepasselijkheid van een aantal bepalingen uit titel 3 van Boek 3 BW. Op grond van de wetenschap en de rechtspraak geldt dit niet voor artikel 3:64 BW. Reden hiervoor is dat artikel 3:64 BW de strekking heeft de bevoegdheden van de statutaire procuratiehouder te beperken. Een dergelijke beperkende bepaling geldt niet voor een statutaire procuratiehouder. Een mogelijke a contrario-redenering (nu art. 3:78 BW art. 3:64 BW niet noemt, is geen enkele vorm van substitutie mogelijk, ook niet in de in dat laatste artikel genoemde uitzonderingsgevallen) ligt niet voor de hand, mede gezien de wetsgeschiedenis. Artikel

21. M.H. Wassink, Op de grens van Europees en Nederlands recht: werken met de verplichting om richtlijnconform te interpreteren, NbBW 2002, nr. 7/8, p. 82 en 84.

22. Kamerstukken II 1973/74, 11 005, nr. 10, p. 8-11.

23. Zie conclusie A-G Van Gerven onder het Marleasing-arrest, Jur. 1990, p. I-4146-4147; W. van Gerven, The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords, in: Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers, Dordrecht Boston/Londen: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 346 en J.N. Schutte-Veenstra, Jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake het vennootschapsrecht, NV 1997, p. 346.

24. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 236.1 en Asser/Van der Grinten 1986 en 1991.

1840 BW (oud) bepaalde dat de lastgever de lasthebber steeds het vermogen had gegeven 'om een ander in zijn plaats te stellen'.

Toepassing van de tweede leer leidt eveneens tot de conclusie dat de statutaire procuratiehouder bevoegd is tot substitutie.

Het verlenen van een statutaire procuratie voorkomt rechtsonzekerheid ten aanzien van onder andere de substitutiebevoegdheid in de praktijk van bedoelde banken, trustmaatschappijen en houdstermaatschappijen, waar dit aan de orde van de dag is. Hiervoor is vereist dat in de statuten van deze vennootschappen een duidelijke statutaire procuratie(verlenings)bepaling wordt opgenomen.