

65. De tegenstrijdig belangregeling verder versoepeld

In twee arresten van 9 oktober 2009 heeft de Hoge Raad de tegenstrijdig belangregeling verder versoepeld door te oordelen dat ook bij het ontbreken van een formeel aandeelhoudersbesluit maar in plaats daarvan wel een uitdrukkelijke instemming door de enig aandeelhouder met een aan de desbetreffende transacties ten grondslag liggende raamovereenkomst, de betrokken bestuurder bevoegd is de vennootschap bij tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen.

1. Inleiding

In mijn artikel 'De tegenstrijdig belangregeling voor NV's en BV's, hans en in de toekomst', *JBN* 2009, 43, heb ik de huidige en toekomstige tegenstrijdig belangregeling zoals neergelegd in artikel 2:146 respectievelijk 256 van het Burgerlijk Wetboek (BW) weergegeven. Hier volsta ik met een verwijzing naar dat artikel.

Op 9 oktober 2009 heeft de Hoge Raad in twee arresten een versoepeling aangebracht op de eerder in het Duplicado-arrest (ook wel bekend als Graphics-arrest) geformuleerde eis van een uitdrukkelijk aandeelhoudersbesluit tot aanwijzing van een vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder in geval van tegenstrijdig belang (HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 m.nt. Maeijer, «JOR» 2004, 266 m.nt. Van den Ingh). In de ene door de Hoge Raad op 9 oktober 2009 beoordeelde zaak, LJN: BI7129 (hierna: Zaak 1), handelde de heer mr. J.C. Rosenberg Polak als curator in het faillissement van A B.V. en heeft hij BoVast Beleggingen B.V. gedagvaard en in de andere zaak, LJN: BI7141 (hierna: Zaak 2), handelde hij als curator van C Beheer B.V. en heeft hij BoVe Holding B.V. gedagvaard. In beide gevallen gaat het om hetzelfde concern en grotendeels om hetzelfde feitencomplex.

2. Feiten

Betrokkene 1 is enig bestuurder/aandeelhouder van B Holding BV (hierna: Holding). Holding is enig bestuurder/aandeelhouder van C Beheer BV (hierna: Beheer). Beheer is enig bestuurder/aandeelhouder van A BV.

Betrokkene 2 is enig bestuurder/aandeelhouder van BoVe Holding B.V. (hierna BoVe). BoVe is enig bestuurder/aandeelhouder van BoVast Beleggingen BV (hierna: BoVast) en van Slifosco II BV (hierna: Slifosco).

A BV is in 2004 in de problemen geraakt vanwege ziekte van betrokkene 1.

Betrokkene 2 heeft zich in april 2004 jegens betrokkene 1 bereid verklaard om via Slifosco tijdelijk het bestuur van Beheer over te nemen als interim-manager om door een reorganisatie de vermogenspositie van de onderneming te verbeteren. Daartoe is op 18 mei 2004 een managementovereenkomst gesloten tussen Beheer (vertegenwoordigd door Holding, op haar beurt vertegenwoordigd door betrokkene 1) en Slifosco. Ook is in de managementovereenkomst opgenomen dat betrokkene 2 de volledige bevoegdheid kreeg om naar eigen macht alle maatregelen te nemen die hij geraden achtte.

Slifosco werd na ontslag van Holding vanaf 18 mei 2004 enig bestuurder van Beheer en bleef dat tot eind 2004.

Toen de Rabobank daarna de kredietlimiet van A BV verlaagde, hebben betrokkene 2 en betrokkene 1 afspraken gemaakt over de financiering van Beheer en A BV door BoVe en BoVast tegen verschaffing van zekerheidsrechten. Betrokkene 2 heeft deze afspraken bevestigd in een ongedateerd stuk, welk stuk door betrokkene 1 voor akkoord is ondertekend (hierna: de raamovereenkomst).

In Zaak 1 hebben A B.V. en Beheer enerzijds en BoVast anderzijds een overeenkomst van geldlening gesloten. Betrokkene 2 heeft deze overeenkomst namens alle betrokken vennootschappen ondertekend. A B.V. en Beheer hebben op dezelfde dag tot zekerheid van de nakoming van hun verplichtingen uit de geldleningovereenkomst een stil pandrecht aan BoVast verleend op (1) de inventaris, voorraad, vervoermiddelen en (2) de vorderingen van A B.V. en Beheer. Beide akten van verpanding zijn namens alle betrokken vennootschappen ondertekend door betrokkene 2.

In Zaak 2 hebben Maatbouw en BoVe aan Beheer ieder een bedrag van € 225.000 geleend. Ter uitvoering van de overeenkomst van geldlening is ten gunste van Maatbouw en BoVe een recht van hypotheek gevestigd op de aan Beheer in eigendom toebehorende onroerende zaak hierna: het pand. Bij het

tekenen van de hypotheekakte werd Beheer vertegenwoordigd door betrokkene 2.

Op 1 december 2004 zijn A BV en Beheer failliet verklaard, met benoeming van de heer mr. J.C. Rosenberg Polak tot curator.

In Zaak 1 heeft de curator o.a. een verklaring voor recht gevorderd dat A B.V. niet is gebonden aan hetgeen is overeengekomen in de raamovereenkomst, de overeenkomst van geldlening en de twee pandrechtovereenkomsten van 3 juni 2004. Aan de vorderingen heeft de curator ten grondslag gelegd dat A B.V. ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten niet bevoegd was vertegenwoordigd, omdat een aanwijzingsbesluit genomen had moeten worden door de algemene vergadering van aandeelhouders van A B.V. of van Beheer, omdat sprake is van tegenstrijdig belang, nu betrokkene 2 zowel namens A B.V. en Beheer als namens BoVast deze overeenkomsten is aangegaan.

In Zaak 2 vordert de curator o.a. dat de rechtbank voor recht verklaart dat Beheer niet gebonden is aan de raamovereenkomst en evenmin aan de overeenkomst van geldlening met BoVe en dat BoVe geen (geldig) recht van hypotheek heeft verkregen.

3. Hoge Raad

In Zaak 1 overwoog De Hoge Raad, voor zover hier van belang:

‘3.5.3 Het voorgaande neemt niet weg dat onder bijzondere omstandigheden met deze beschermingsgedachte niet in strijd hoeft te zijn dat aan het enkele ontbreken van een formeel aanwijzingsbesluit van de aandeelhouders niet het gevolg wordt verbonden dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de betrokken bestuurder ontbreekt. Daarvan zal sprake kunnen zijn als onmiskenbaar duidelijk is dat de aandeelhouders de mogelijkheid van het bestaan van een tegenstrijdig belang onder ogen hebben gezien en tevoren ondubbelzinnig hebben ingestemd met het optreden van de betrokken bestuurder als (bijzondere) vertegenwoordiger van de vennootschap.(...)’

Ook in Zaak 2 overwoog de Hoge Raad, voor zover hier van belang:

‘4.3.2 Het onderhavige geval wordt blijkens de vaststellingen van het hof hierdoor gekenmerkt dat [betrokkene 1] (als bestuurder van Holding, op haar beurt handelend) als (indirect) enig aandeelhouder van Beheer, uitdrukkelijk heeft ingestemd met de raamovereenkomst, terwijl op dat moment duidelijk was dat [betrokkene 2] (handelend als bestuurder van Beheer) bij de uitvoering van de raamovereenkomst Beheer zou vertegenwoordigen en dat [betrokkene 1] bevoegd was als (indirect) enig aandeelhouder buiten vergadering te besluiten. Daaruit heeft het hof kunnen afleiden dat [betrokkene 1] zich voldoende bewust moet zijn geweest

van een mogelijk tegenstrijdig belang van [betrokkene 2] en ondubbelzinnig heeft ingestemd met [betrokkene 2] als (indirect) bijzondere vertegenwoordiger van Beheer bij het aangaan van de geldlening en het vestigen van de hypotheek.

Het is niet in strijd met de beschermingsgedachte die aan art. 2:256 BW ten grondslag ligt dat onder de geschetste bijzondere omstandigheden aan het enkele ontbreken van een formeel aanwijzingsbesluit niet het gevolg wordt verbonden dat de betrokken bestuurder onbevoegd is de vennootschap bij tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen.’

4. Gevolgen voor de praktijk

Recapitulerend oordeelde de Hoge Raad in de onderhavige arresten dat onder bijzondere omstandigheden het enkele ontbreken van een formeel aanwijzingsbesluit niet hoeft te leiden tot de conclusie dat ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de handelende bestuurder ontbrak, mits:

1. onmiskenbaar duidelijk is dat de aandeelhouders de mogelijkheid van het bestaan van een tegenstrijdig belang onder ogen hebben gezien; en
2. de aandeelhouders tevoren ondubbelzinnig hebben ingestemd met het optreden van de betrokken bestuurder als (bijzonder) vertegenwoordiger van de vennootschap (Zaak 1: r.o. 3.5.3; Zaak 2: r.o. 4.3.2).

Al ongeveer een maand na deze arresten past het hof Leeuwarden op 3 november 2009 (LJN: BK2018) de nieuwe regels van de Hoge Raad toe. In het door het hof Leeuwarden berechte geval ontbrak echter de eerstgenoemde eis. Het hof oordeelde: *“Het betoog van [appellant] dat de ondertekening door hem in zijn hoedanigheid van enig aandeelhouder van de notariële akte d.d. 3 september 2004 als formeel aanwijzingsbesluit buiten vergadering kan worden gekwalificeerd, faalt omdat gesteld noch gebleken is dat [appellant] bij het tekenen van deze notariële akte het tegenstrijdig belang onder ogen heeft gezien. Integendeel: appellant had tot en met de onderhavige procedure steeds het standpunt gehuldigd dat er geen sprake was van een tegenstrijdig belang.”*

De deformalisering van de besluitvorming buiten vergadering geeft verlichting aan de praktijk. Volgens Leijten in zijn noot in «JOR» 2009, 286 laat de uitzonderingsregel van de Hoge Raad toe dat van de vereiste ondubbelzinnige of uitdrukkelijke instemming ook op een andere wijze dan door schriftelijke verklaringen kan blijken; deze kan zijns inziens ook in gedragingen van de aandeelhouders besloten liggen. Daarbij gaat hij echter eraan voorbij dat het gaat om een aandeelhoudersbesluit buiten vergadering en daarvoor eist artikel 2:238 BW schriftelijkheid. Zo oordeelt het hof in Zaak 1 dat artikel 2:238 BW voor besluitvorming

van de aandeelhouders buiten vergadering niet meer eist dan dat de aandeelhouders met algemene stemmen besluiten en hun stem schriftelijk uitbrengen. Dat kan dus ook door een 'voor akkoord' ondertekening van een raamovereenkomst of, zoals in het door hof Leeuwarden berechte geval, door ondertekening mede als aandeelhouder van een notariële akte van schuldoverneming.

Bovendien moet voldaan zijn aan alle overige voorwaarden van artikel 2:238 BW, met name dat er geen houders zijn van rechten die de wet toekent aan met

medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten, zoals pandhouders en vruchtgebruikers.

HR 9 oktober 2009, LJN: BI7141, «JOR» 2009/285 (Rosenberg Polak - BoVe Holding)

HR 9 oktober 2009, LJN: BI7129, «JOR» 2009/286 m.nt. Leijten (BoVast Beleggingen B.V. - Rosenberg Polak)

Hof Leeuwarden 3 november 2009, LJN: BK201

W. Bosse