

# Het 'uitdrukkelijkheidsvereiste' in de tegenstrijdigbelangregeling

*Mr. H. Ruiter\**

## Inleiding

Bij het handelen namens de vennootschap heeft de bestuurder zich uitsluitend te laten leiden door het belang van de vennootschap. In geval van een tegenstrijdig belang met de vennootschap is de bestuurder in beginsel, op grond van artikel 2:146/256 Burgerlijk Wetboek (BW), niet bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Als de statuten niet bepalen dat de bestuurder ondanks het tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd is (en als er geen raad van commissarissen is), dient de algemene vergadering één of meer andere personen aan te wijzen als bijzonder vertegenwoordiger. Dat mag ook de bestuurder met het tegenstrijdig belang zijn.

De Hoge Raad heeft in het Duplicado-arrest<sup>1</sup> bepaald dat een dergelijk aanwijzingsbesluit uitdrukkelijk dient te worden genomen, dit met het oog op de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan artikel 2:146/256 BW. Zonder een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering is de vennootschap onbevoegd vertegenwoordigd.

Het uitdrukkelijkheidsvereiste uit de Duplicado-uitspraak is aan verandering onderhevig. De Hoge Raad is in een tweetal arresten, gewezen op 9 oktober 2009, teruggekomen op zijn beslissing dat het aanwijzingsbesluit uitdrukkelijk moet zijn genomen.<sup>2</sup> Onder bijzondere omstandigheden acht de Hoge Raad het ontbreken van een formeel aanwijzingsbesluit niet in strijd met de genoemde beschermingsgedachte. De bestuurder met een tegenstrijdig belang kan de vennootschap dus onder omstandigheden bevoegd vertegenwoordigen ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijk genomen aanwijzingsbesluit.

Deze bijdrage beschrijft de twee arresten waarin de Hoge Raad het uitdrukkelijkheidsvereiste mitigeert. Ook komen enkele praktische consequenties aan bod, waarna beschreven wordt hoe het Hof Leeuwarden dit gemitigeerde vereiste toepast.

Overigens zal het wetsvoorstel Bestuur en toezicht<sup>3</sup> de tegenstrijdigbelangregeling wijzigen, in die zin dat de regeling verandert van een vertegenwoordigingsregel tot een besluitvor-

mingsregel. Niet langer zal het gevolg van onbevoegde vertegenwoordiging nietigheid van de (externe) rechtshandeling zijn, maar uitsluitend ongeldigheid van en vernietigbaarheid van het (interne) besluit.<sup>4</sup>

## De casus

De twee zaken zijn nauw aan elkaar verwant.<sup>5</sup> De casus komt kort gezegd hierop neer.

De Nie is enig bestuurder/aandeelhouder van Holding. Holding is enig bestuurder/aandeelhouder van Beheer. Beheer is op zijn beurt enig bestuurder/aandeelhouder van De Nie B.V. Boot is enig bestuurder/aandeelhouder van BoVe. BoVe is enig bestuurder/aandeelhouder van Bovast en van Slifosco. Vanwege ziekte van De Nie komt De Nie B.V. in financiële moeilijkheden. Boot heeft zich in april 2004 jegens De Nie bereid verklaard om via zijn vennootschap Slifosco tijdelijk het bestuur van Beheer over te nemen als interim-manager, met als doel de vermogenspositie van de onderneming te verbeteren door middel van een reorganisatie. Daartoe is op 18 mei 2004 een managementovereenkomst gesloten tussen Beheer (vertegenwoordigd door Holding, op haar beurt vertegenwoordigd door De Nie) en Slifosco. Opdat Boot de bevoegdheid zou hebben om de reorganisatie tot een succesvol einde te kunnen brengen, wordt in die managementovereenkomst aan Slifosco onbeperkte bevoegdheid gegeven als bestuurder van Beheer bestuursbesluiten te nemen en rechtshandelingen aan te gaan. Daarvoor heeft Slifosco geen voorafgaande toestemming nodig van de algemene vergadering van Beheer.

Slifosco werd na ontslag van Holding in de loop van 2004 enig bestuurder van Beheer en bleef dat tot eind 2004. Gedurende 2004 verslechterde de toch al niet rooskleurige liquiditeitspositie van De Nie B.V.

Om de financiële situatie het hoofd te bieden maken De Nie en Boot financieringsafspraken. Deze worden vastgelegd in een raamovereenkomst die De Nie en Boot tekenen. De daar-

\* Mr. H. Ruiter is advocaat bij Clifford Chance.

1. HR 9 juni 2004, NJ 2004, 519 m.nt. Ma (Duplicado).  
2. HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 285 en HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286 m.nt. A.F.J.A. Leijten; NJ 2009, 595 en NJ 2009, 596 m.nt. P. van Schilfgaarde.  
3. Kamerstukken I 2009/10, 31 763, A (Gewijzigd voorstel van wet).

4. Zie onder meer N.A. Winthagen, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling: een soepele overgang?, V&O 2009, p. 146-148.  
5. Zie Rb. Utrecht 25 januari 2006, JOR 2006, 63 m.nt. R.G.J. Nowak; Hof Amsterdam 5 juni 2007, JOR 2007, 202 m.nt. R.G.J. Nowak; HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286 m.nt. A.F.J.A. Leijten, alsmede Rb. Utrecht 25 oktober 2006; Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 20 november 2007, LJN BC4991; HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 285 m.nt. A.F.J.A. Leijten (onder HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286).

uit volgende lenings- en zekerheidsdocumentatie wordt daarentegen alleen door Boot getekend namens alle betrokken vennootschappen.

Daarop gaan Beheer en De Nie B.V. failliet. De curator vordert nietigverklaring van de financieringsovereenkomsten wegens een tegenstrijdig belang van Boot.

### Hoge Raad

De Hoge Raad stelt, in lijn met het Duplicado-arrest, het volgende voorop:

‘Uit de aan art. 256 ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aanhouders nodig is om een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen.’<sup>6</sup>

De Hoge Raad stelt vervolgens echter dat:

‘(...) onder bijzondere omstandigheden met deze beschermingsgedachte niet in strijd behoeft 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.’<sup>7</sup>

De Hoge Raad concludeert in de Bovast-uitspraak dat de specifieke omstandigheden van het geval blijken geven van De Nie’s bekendheid en instemming met het optreden van Boot namens alle betrokken partijen.<sup>8</sup>

In de BoVe-uitspraak oordeelt de Hoge Raad dat het hof uit de vaststelling dat er sprake was van uitdrukkelijke instemming van De Nie (als enig (indirect) aandeelhouder van Beheer) met de raamovereenkomst, terwijl duidelijk was dat Boot ter uitvoering daarvan Beheer zou vertegenwoordigen, heeft kunnen afleiden dat:

‘De Nie zich voldoende bewust moet zijn geweest van een mogelijk tegenstrijdig belang van Boot en ondubbelzinnig heeft ingestemd met Boot als (indirect) bijzondere vertegenwoordiger van Beheer (...).’<sup>9</sup>

### Praktische consequenties

De rechtsregel die uit de arresten te destilleren valt, is dat onder bijzondere omstandigheden het ontbreken van een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit niet tot gevolg heeft dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de betrokken bestuurder ontbreekt. Van bijzondere omstandigheden 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.

Leijten merkt in zijn noot onder de arresten<sup>10</sup> op dat deze ‘bijzondere omstandigheden’ niet bepaald uitzonderlijk te noemen zijn, nu het gaat om alle ‘gevallen waarin formeel een aanwijzingsbesluit ontbreekt, maar materieel niet, zoals ook steeds het geval zal zijn bij eenpersoonsvennootschappen en -concerns, waarbij de hoedanigheid van enig (uiteindelijk) aandeelhouder en bestuurder in één persoon zijn verenigd’. De Hoge Raad aanvaardt echter niet als algemene regel dat in vennootschappen waarin bestuurder en aandeelhouder in één persoon zijn verenigd, geen aanwijzingsbesluit behoeft te worden genomen. Dat zou, aldus de Hoge Raad, niet stroken met de beschermingsgedachte van artikel 2:256 BW. Gevolg hiervan is dat bij het ontbreken van een uitdrukkelijke zelfaanwijzing uit de omstandigheden zal moeten blijken dat de enig aandeelhouder/bestuurder zich van het tegenstrijdig belang bewust was en tevoren ondubbelzinnig heeft ingestemd met zijn optreden als (bijzonder) vertegenwoordiger van de vennootschap.

Leijten en Nowak<sup>11</sup> concluderen dat de Hoge Raad ‘om’ is. Bosse<sup>12</sup> spreekt van een ‘versoepeling’ van de tegenstrijdigbelangregeling. Volgens hem wordt de praktijk verlichting geboden als gevolg van de deformalisering van de besluitvorming buiten vergadering. Bosse merkt verder op dat artikel 2:238 BW voorschrijft dat aandeelhoudersbesluiten buiten vergadering schriftelijk dienen te worden genomen. Hoewel dat ontegenzeggelijk waar is, verbindt Bosse daaraan mijns inziens een verkeerde gevolgtrekking. Hij stelt dat daaruit volgt dat het aanwijzingsbesluit in geval van een tegenstrijdig belang nog altijd schriftelijk dient te worden genomen. De Hoge Raad oordeelt echter dat zelfs als de aandeelhouders daarover niets op papier hebben gezet, uit hun gedragingen onmiskenbaar kan blijken dat zij de mogelijkheid van een tegenstrijdig belang onder ogen hebben gezien en tevoren ondubbelzinnig hebben ingestemd met het optreden van de betrokken bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap. De Hoge Raad zegt dit met zoveel woorden in rechtsoverweging 3.5.3 van het Bovast-arrest, om daarna in rechtsoverweging 3.5.4 de omstandigheden in kwestie op te sommen

6. HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286 m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.5.2 en HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 285 m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.3.2; vgl. HR 9 juli 2004, JOR 2004, 266 (Duplicado), r.o. 3.5.2.

7. HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286 m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.5.3.

8. HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286 m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 3.5.4 en 3.5.5.

9. HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 285 m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.3.2.

10. A.F.J.A. Leijten in zijn noot onder HR 9 oktober 2009, JOR 2009, 286.

11. R.G.J. Nowak in zijn noot onder HR 9 oktober 2009, Ondernemingsrecht 2010, p. 153 e.v.

12. W. Bosse, De tegenstrijdig belangregeling verder versoepeld, JBN 2009/65.

die tot de conclusie leiden dat de aandeelhouder (De Nie) uitdrukkelijk heeft ingestemd met het handelen van de bestuurder (Boot) als vertegenwoordiger bij tegenstrijdig belang. In de opsomming van de omstandigheden in kwestie wordt niet gerept van een schriftelijk besluit van de (uiteindelijk) aandeelhouder. Daarentegen hecht de Hoge Raad wel belang aan de aanwezigheid van De Nie bij de ondertekening van de zekerheidsdocumentatie, waaruit de Hoge Raad concludeert dat De Nie op voorhand bekend was dat Boot zou optreden voor beide partijen.

Kortom: aanwijzing van een bestuurder kan worden afgeleid uit gedragingen van de aandeelhouder.<sup>13</sup> Van belang zijn daarbij het bewustzijn en de uitdrukkelijke instemming van de uiteindelijke aandeelhouder voordat de rechtshandeling wordt verricht. Leijten wijst er in zijn noot terecht op dat het getrapte doorgeven van aanwijzingsbesluiten binnen een concern daarmee niet langer noodzakelijk is.

### Hof Leeuwarden 3 november 2009

Niet lang nadat de Hoge Raad de twee hiervoor besproken arresten had gewezen, paste het Hof Leeuwarden de 'Bovast-regel' toe.<sup>14</sup>

Het ging in die zaak om de beantwoording van de vraag of Groen (destijds enig bestuurder van Vamont) bevoegd was om als bestuurder Vamont te vertegenwoordigen bij het verlenen van de in artikel 6:155 BW bedoelde toestemming voor de overneming van de schuld van Groen in privé aan Vamont door Braam Leeuwarden Beheer (koper van Vamont). De rechtbank oordeelde dat sprake was van een tegenstrijdig belang bij de schuldoverneming, zodat Groen – bij gebreke van een specifiek aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering – niet bevoegd was Vamont bij het verlenen van de toestemming voor de schuldoverneming te vertegenwoordigen.

Het Hof Leeuwarden stelt de 'Bovast-regel' voorop. Ook in het geval dat sprake is van één aandeelhouder die tevens enig bestuurder is, volgt uit de aan artikel 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Dit 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 een tegenstrijdig belang onder ogen hebben gezien en tevoren ondubbelzinnig hebben ingestemd met het optreden van de betrokken bestuurder als (bijzonder) vertegenwoordiger van de vennootschap.

Groen beriep zich er in hoger beroep op dat zijn ondertekening van de notariële akte in de hoedanigheid van enig aandeelhouder als aanwijzingsbesluit buiten vergadering kan worden gekwalificeerd. Daarmee zou een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit van Groen tot bijzonder vertegenwoordiger niet noodzakelijk zijn. Het hof volgt Groen niet in zijn redenering, omdat niet gebleken is dat Groen vóór of tijdens het verrichten van de rechtshandeling het bestaan van een tegenstrijdig belang onder ogen heeft gezien. Integendeel – zo redeneert het hof – tot en met de onderhavige procedure heeft Groen steeds het standpunt gehuldigd dat van een tegenstrijdig belang geen sprake was. Bovendien bepaalt het hof dat voor zover Groen meer in het algemeen heeft betoogd dat de algemene vergadering tevoren heeft ingestemd met zijn bevoegdheid om Vamont in dezen te vertegenwoordigen, dit betoog om dezelfde reden faalt: gesteld noch gebleken is dat Groen vóór of ten tijde van het verrichten van de litigieuze rechtshandeling het bestaan van een tegenstrijdig belang onder ogen heeft gezien.<sup>15</sup>

Het hof stelt Groen in het ongelijk en bepaalt aldus dat de 'Bovast-regel' niet opgaat indien de in één persoon verenigde bestuurder/aandeelhouder primair het standpunt huldigt dat van een tegenstrijdig belang überhaupt geen sprake was.

### Afsluiting

De Hoge Raad zegt het niet met zoveel woorden, maar de conclusie lijkt toch gerechtvaardigd dat het uitdrukkelijkheidsvereiste als hoofdregel – een aanwijzingsbesluit dient in geval van een tegenstrijdig belang expliciet te zijn – verdwenen is. Uit het arrest van het Hof Leeuwarden volgt dat in elk geval niet aan de 'Bovast-regel' voldaan is enkel op grond van het feit dat de bestuurder/aandeelhouder primair het standpunt huldigt dat van een tegenstrijdig belang überhaupt geen sprake was. Het valt te bezien of die invulling van de 'Bovast-regel' van het Hof Leeuwarden in cassatie standhoudt.

13. Aldus ook Leijten en Nowak in hun noten onder HR 9 oktober 2009, respectievelijk JOR 2009, 286 en Ondernemingsrecht 2010, p. 153 e.v.

14. Hof Leeuwarden 3 november 2009, JOR 2010, 7 m.nt. A.F.J.A. Leijten.

15. Zie r.o. 23 van Hof Leeuwarden 3 november 2009, LJN BK2018.