

Borg, die niet in het faillissement valt, 'te redden'. In onderhavige zaak was geen sprake van nagekomen baten die ex art. 194 Fw alsnog vereffend moesten worden. Het faillissement is dus ten einde, zodat de termijn van art. 36 Fw is gaan lopen. Volgens A-G Timmerman doet dat er niet toe – althans bij een heropening van de vereffening ex art. 2:23c BW waarop die visie zag. Ook in de zaak die voor de Hoge Raad kwam, was geen sprake van nagekomen baten. Omdat het voor de schuldeiser onmogelijk zou zijn zich tegen een aflopende verjaringstermijn te verzetten (de schuldenaar bestaat niet meer), alsook de enkele mogelijkheid bestaat dat de schuldenaar kan herleven waardoor de verlengingsgrond van art. 2:23c lid 2 BW toepassing vindt, zou de vordering op de rechtspersoon niet kunnen verjaren (zolang de vereffening niet is heropend). De vraag blijft toch of diezelfde redenering opgaat bij een heropening van een vereffening in faillissement op grond van art. 193-194 Fw. Weliswaar gebeurt, zoals het hof opmerkt, wellicht feitelijk hetzelfde als in geval van art. 2:23c BW (een nagekomen bate wordt vereffend), de vereffening in faillissement kent nu juist de specifieke verjarringsregeling van art. 36 Fw⁶ ten aanzien van vorderingen (ex art. 26 Fw), die juist toepassing vindt ná het einde van het faillissement. Dat is anders dan het geval dat art. 2:23c BW (dat in geval van vereffening ex art. 194 Fw niet van toepassing is) regelt. Art. 36 Fw beschermt de schuldeisers door een verlengingsgrond te scheppen voor verjaring. Daar leid ik uit af dat de wetgever het in beginsel mogelijk geacht heeft dat een faillissementsvordering kan verjaren. Dat lijkt niet te stroken met de uitleg van het hof dat faillissementsvorderingen niet kunnen verjaren omdat altijd de mogelijkheid van nagekomen baten blijft bestaan, ten aanzien waarvan het faillissement niet is geëindigd en art. 36 Fw toepassing vindt. Wanneer kan art. 36 Fw dan (nog) in stelling worden gebracht?

Gevolg van het oordeel van het hof in de onderhavige zaak is dat de (hoofd)vordering van de Rabobank op (hoofdschuldenaar) ISE niet is verjaard, zodat ook de vordering van Rabobank op de Borg niet door voltooiing van de verjaring teniet is gegaan (art. 7:853 BW). Dat betekent evenwel niet dat de vordering op de Borg niet kan verjaren zolang de vereffening niet is heropend. Ten aanzien van de zelfstandige vordering van Rabobank op de Borg is immers een eigen verjaringstermijn van vijf jaar (art. 3:307 BW) gaan lopen vanaf het moment dat de borgtocht opeisbaar werd (art. 7:855 lid 1 BW) en die gestuit kan (moet) worden (zie art. 3:316-319 BW) om verjaring te voorkomen.⁷ In dit geval bleek Rabobank nét op tijd met het dagvaarden van de Borg.

mr. J.R. Everhardus
AKD

6 Vergelijk de conclusie van A-G Wuisman bij Hoge Raad, 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1294, ECLI:NL:PHR:2016:77, «JOR» 2016/290.

7 Zie ook de conclusie van A-G Timmerman bij HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1182, ECLI:NL:PHR:2017:525, «JOR» 2017/222.

125

Beroep op de Bibolini-exceptie

Gerechtshof Amsterdam
21 mei 2019, nr. 200.198.647/01,
ECLI:NL:GHAMS:2019:1724
(mr. Lewin, mr. Schoonbrood-Wessels, mr. Koster)
Noot mr. R.A. Wolf

Trustbestuurder. Commission agreement. Tegenstrijdig belang. Bibolini-exceptie. Redelijkheid en billijkheid.

[BW art. 2:239 lid 6]

Essentie: Onder omstandigheden kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat degene die een overeenkomst heeft gesloten met een vennootschap, terwijl hij ermee bekend is dat de bestuurder die de vennootschap daarbij vertegenwoordigde, een tegenstrijdig belang had, de vennootschap desondanks aan de overeenkomst houdt. Hoor en wederhoor.

Samenvatting: Dromore heeft bij grief I aangevoerd dat [X] jr. art. 2:239 BW heeft geschonden en dat [Y] wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat [X] jr. de commission agreement niet namens Dromore mocht aangaan (memorie van grieven, nrs. 11 en 12).

Bij grief II heeft Dromore aangevoerd dat First Crown geen rechten kan ontnemen aan de overeenkomst (memorie van grieven, nr. 17), dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is dat First Crown zich op het standpunt stelt dat zij aanspraak heeft op betaling van de commissie (memorie van grieven, nr. 18) en dat bepaalde omstandigheden eraan in de weg staan dat First Crown naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanspraak kan maken op de commissie (memorie van grieven, nr. 21). Bij grief III heeft Dromore aangevoerd dat First Crown "willens en wetens [heeft] geprofiteerd van de wanprestatie en onrechtmatigheden van [X] jr."

In de rechtspraak is aanvaard dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat degene die een overeenkomst heeft gesloten met een vennootschap, terwijl hij ermee bekend is dat de bestuurder die de vennootschap daarbij vertegenwoordigde een tegenstrijdig belang had, de vennootschap desondanks aan de overeenkomst houdt (vergelijk: HR 17 februari 1982, NJ 1983/480, ECLI:NL:HR:1982:AG4503 (Bibolini) en Hof Amsterdam 12 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG1624 (Tiscali)).

Het hof legt het betoog van Dromore zo uit dat Dromore zich hierop heeft beroepen. Ter vermijding van verrassingsbeslissingen en in verband met het beginsel van hoor en wederhoor zal het hof partijen in de gelegenheid stellen zich hierover bij akte uit te laten.

*Dromore B.V.,
gevestigd te Hilversum,
appellante,
advocaat: mr. A.T. Eisenmann te Amstelveen,
tegen
First Crown Investments B.V.,*

gevestigd te Hilversum, geïntimeerde, advocaat: mr. A.D. van Koningsveld te Amsterdam.

1. Verder verloop van het geding

Partijen worden hierna weer Dromore en First Crown genoemd.

In deze zaak heeft het hof op 31 januari 2017 een tussenarrest uitgesproken.

Voor het verloop van het geding tot die datum wordt verwezen naar dat arrest.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord, met producties.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Dromore heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en de vordering van First Crown alsnog zal afwijzen, met veroordeling van First Crown – uitvoerbaar bij voorraad – tot terugbetaling van hetgeen Dromore uit hoofde van het bestreden vonnis heeft betaald, met rente, en met veroordeling van First Crown in de kosten van het geding in beide instanties.

First Crown heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling – uitvoerbaar bij voorraad – van Dromore in de kosten van het geding in – naar het hof begrijpt – hoger beroep.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1-2.6 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en aangevuld met andere vaststaande feiten komen zij op het volgende neer.

2.1. [X sr.] (hierna: [X sr.]) is getrouwd met [Y] (hierna: [Y]). [X] (hierna: [X] jr.) is de zoon van [X sr.] en [Y] zijn de bestuurders van Erez Holding B.V. (hierna: Erez).

Erez verleent managementdiensten en verschaft domicilie aan buitenlandse vennootschappen die zich in Nederland willen vestigen.

2.2. Dromore is een financiële houdstervennootschap. Enig aandeelhouder en enig bestuurder van Dromore is [A] (hierna: [A]), die in Israël woont.

In november 2013 heeft Dromore een management- en domicilieovereenkomst gesloten met Erez. Vanaf november 2013 tot 19 november 2014 was naast [A] ook [X] jr. bestuurder van Dromore. Hij was bevoegd Dromore alleen te vertegenwoordigen.

2.3. [X sr.] heeft een (indirect) aandelenbelang in Precision Investment B.V. (hierna: Precision) en is ook bestuurder van die vennootschap.

2.4. Op enig moment in 2013 hielden Dromore en Precision elk 50% van de aandelen in Precision Investment II B.V. (hierna: Precision II). Precision II had een onroerende zaak in Badhoevedorp in eigendom (hierna: de Skyline Plaza of het Sony-gebouw).

2.5. First Crown houdt zich bezig met de bemiddeling bij de handel in en de verhuur van onroerend goed. Enig bestuurder van First Crown is [Y].

2.6. In een geschrift getiteld 'Commission Agreement' (hierna: de commission agreement) worden Dromore en Precision aangeduid als 'Contractor' en First Crown als 'FCI'. De commission agreement vermeldt onder meer:

"This written agreement is the confirmation of the verbal agreement of 4th November 2013.

Contractors and FCI have agreed as following:

Article 1: Duration

1. The Contractors wishes to give FCI the assignment as of 4th November 2013.

2. (...)

Article 2: Assignment

1. The assignment is for FCI to ensure its best efforts to explore possibilities, enter into pre-contractual negotiations and all other necessary measures in order to find a buyer for the Skyline Plaza, (...) also known as 'Sony Building'.

2. (...)

Article 3: Commission

1. In the event that the Skyline Plaza is sold, FCI is entitled to a commission of 3% of the sale or valuation price of the property in case of a share transfer.

(...)

As agreed and signed in duplicate in Hilversum on the 3rd of March 2014."

De commission agreement is voor Dromore ondertekend door [X] jr., voor Precision door [X sr.] en voor First Crown door [Y].

2.7. Op 5 november 2014 hebben Dromore en Precision alle aandelen in Precision II aan AYHolland B.V. verkocht voor een koopprijs van € 8.150.031,=. Aan de koopakte is een berekening van de koopprijs gehecht, waarin is uitgegaan van een waarde van € 13.875.000,= voor "Land and building Skyline Plaza Badhoevedorp". Op 22 november 2014 zijn de aandelen geleverd.

Bij de verkoop is aan de zijde van verkopers, dan wel aan de zijde van Precision of Precision II, makelaar [B] betrokken geweest, werkzaam bij Appelhoven Vastgoedadviseurs B.V. Deze vennootschap heeft voor haar werkzaamheden in verband met de verkoop een courtagenota van € 167.887,50 ingediend, die ook is betaald.

Over de verdeling van de verkoopopbrengst is een geschil ontstaan tussen beide verkopers. Hierover wordt in Israël geprocedeerd.

2.8. Bij factuur van 22 november 2014 heeft First Crown € 208.575,= bij Dromore in rekening gebracht, onder de vermelding dat dit is voor haar werkzaamheden in verband met de aandelenoverdracht. Dromore heeft deze factuur niet betaald.

3. Beoordeling

3.1. In dit geding heeft First Crown betaling van € 208.575,= gevorderd, met rente en kosten, als de door Dromore verschuldigde helft van de aan First Crown op grond van de commission agreement toekomende commissie (provisie).

De rechtbank heeft de gevorderde hoofdsom toegewezen tot € 208.125,=. Dat is de helft van 3% van € 13.875.000,=, het bedrag dat is vermeld in de berekening die aan de koopakte is gehecht. Verder heeft de rechtbank rente en kosten toegewezen.

Tegen deze toewijzingen heeft Dromore in hoger beroep vier grieven gericht.

3.2. Dromore heeft zich in hoger beroep – naar het hof begrijpt – op de volgende feitelijke stellingen beroepen:

- a. de commission agreement is niet in maart 2014, maar eerst na de verkoop van de aandelen opgesteld, toen partijen reeds in geschil waren geraakt;
- b. de ondertekenaars van de commission agreement zijn (aangetrovde) familie van elkaar;

c. [Y] wist dat [X] jr. uitsluitend diensten aan Dromore verleende als trustbestuurder en dat [X sr.] als aandeelhouder van Precision zou profiteren van de verkoop; [Y] had als echtgenote van [X sr.] ook zelf belang bij de verkoop;

d. [A] is niet geïnformeerd over het bestaan van First Crown, over de inschakeling van die vennootschap bij de verkoop of over de commission agreement; de commission agreement is nooit in concept aan hem verstrekt en er is geen e-mail of notitie aan hem verstrekt waaruit blijkt dat deze overeenkomst is aangegaan;

[Y] heeft geen contact met [A] opgenomen over het aangaan van de commission agreement en heeft zich er in elk geval niet van vergewist of [A] daarmee had ingestemd of daarvan in kennis was gesteld; zij heeft [A] in de waan gelaten dat ook de door haar verrichte werkzaamheden vielen onder de afspraak met [X sr.] dat hij het reilen en zeilen van het Sony-gebouw en de administratie voor zijn rekening zou nemen, onder meer via Erez;

e. First Crown heeft geen werkzaamheden verricht die zien op de verkoop, althans geen werkzaamheden die daarvoor nodig waren.

3.3. Grief I mondt uit in de stelling dat First Crown onrechtmatig jegens Dromore heeft gehandeld, omdat [Y] namens First Crown de commission agreement is aangegaan zonder daarover contact op te nemen met [A], althans zonder zich te vergewissen van diens instemming met het sluiten van die overeenkomst. Het verwijt dat First Crown onrechtmatig jegens Dromore heeft gehandeld, komt ook terug in de toelichting op de grieven II en III.

3.4. Indien First Crown onrechtmatig jegens Dromore heeft gehandeld (partijen verschillen daarover van mening en het hof laat het in het midden), rechtvaardigt dat op zichzelf nog niet de conclusie dat de op nakoming gebaseerde vordering van First Crown tegen Dromore moet worden afgewezen.

3.5. Dromore heeft betoogd dat de commission agreement in strijd is met de goede zeden en de openbare orde (en dus ingevolge art. 3:40 lid 1 BW nietig is, zo begrijpt het hof). Hetgeen Dromore daartoe heeft gesteld (zie rov. 3.2 hiervoor), kan die gevolgtrekking echter niet dragen. Zij heeft onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat sprake is van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard.

3.6. Dromore heeft verder (in de grieven I en III) de ontbinding van de commission agreement ingeroepen.

3.7. Voor zover Dromore dat heeft gedaan vanwege de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, mist haar betoog doel omdat strijd met bepalingen die de totstandkoming van een overeenkomst regelen, geen bevoegdheid aan contractspartijen verschaft om de overeenkomst te ontbinden.

3.8. Dromore heeft weliswaar ook gesteld dat First Crown geen werkzaamheden heeft verricht die zien op de verkooptransactie, althans geen werkzaamheden die daarvoor nodig waren, maar als zij heeft willen betogen dat First Crown daardoor in de nakoming van de commission agreement is tekortgeschoten en dat Dromore op die grond bevoegd is de commission agreement te ontbinden, heeft zij dat betoog onvoldoende kenbaar voor wederpartij en hof tot uitdrukking gebracht.

Bovendien is Dromore onvoldoende ingegaan op de betekenis van art. 2 en 3 van de commission agreement, in onderling verband beschouwd. In het licht van die contractsbepalingen en de onbetwiste omstandigheid dat een verkoop van de aandelen in Precision II tot stand is gekomen, brengt de enkele stelling dat First Crown geen werkzaamheden heeft verricht

die zien op de verkooptransactie, althans geen werkzaamheden die daarvoor nodig waren, niet mee dat er sprake is van een tekortkoming.

3.9. Bij grief II heeft Dromore aangevoerd dat indien ervan wordt uitgegaan dat de commission agreement pas na de transactie is aangegaan, het “misbruik van omstandigheid” is. Het hof begrijpt dat Dromore een beroep doet op misbruik van omstandigheden als bedoeld in art. 3:44 lid 4 BW. Dit beroep faalt, omdat onvoldoende is gesteld om aan te nemen dat Dromore (vertegenwoordigd door [X] jr.) werd bewogen door bijzondere omstandigheden als in die bepaling bedoeld. Voor zover hetgeen Dromore in dit verband heeft aangevoerd al wijst op dergelijke bijzondere omstandigheden, geldt dat daarmee nog niet is gezegd dat Dromore daardoor werd bewogen.

3.10. Voor zover Dromore in de grieven I en III de vernietiging van de commission agreement heeft ingeroepen, heeft zij niet voldoende kenbaar tot uitdrukking gebracht wat de grond voor vernietiging is. In zoverre verwerpt het hof deze grieven.

3.11. Dromore heeft bij grief I aangevoerd dat [X] jr. art. 2:239 BW heeft geschonden en dat [Y] wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat [X] jr. de commission agreement niet namens Dromore mocht aangaan (memorie van grieven, nrs. 11 en 12).

Bij grief II heeft Dromore aangevoerd dat First Crown geen rechten kan ontlennen aan de overeenkomst (memorie van grieven, nr. 17), dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is dat First Crown zich op het standpunt stelt dat zij aanspraak heeft op betaling van de commissie (memorie van grieven, nr. 18) en dat bepaalde omstandigheden eraan in de weg staan dat First Crown naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanspraak kan maken op de commissie (memorie van grieven, nr. 21). Bij grief III heeft Dromore aangevoerd dat First Crown “willens en wetens [heeft] geprofiteerd van de wanprestatie en onrechtmatigheden van [X] jr.”

3.12. In de rechtspraak is aanvaard dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat degene die een overeenkomst heeft gesloten met een vennootschap, terwijl hij er mee bekend is dat de bestuurder die de vennootschap daarbij vertegenwoordigde, een tegenstrijdig belang had, de vennootschap desondanks aan de overeenkomst houdt (vergelijk: HR 17 februari 1982, NJ 1983/480, ECLI:NL:HR:1982:AG4503 (Bibolini) en hof Amsterdam 12 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG1624 (Tiscali)).

Het hof legt het betoog van Dromore zo uit dat Dromore zich hierop heeft beroepen. Ter vermijding van verrassingsbeslissingen en in verband met het beginsel van hoor en wederhoor zal het hof partijen in de gelegenheid stellen zich hierover bij akte uit te laten.

Indien een partij wenst te worden toegelaten tot bewijslevering, wordt van haar verwacht dat zij bij die uitlating een voldoende ter zake dienend, specifiek, concreet en feitelijk bewijsaanbod doet.

3.13. Grief IV betreft de hoogte van de hoofdsom.

3.14. Voor zover Dromore heeft willen aanvoeren dat niet duidelijk is hoe de hoofdsom berekend is, verwijst het hof naar rov. 3.1 hiervoor.

3.15. Dromore heeft verder aangevoerd dat [X] jr. in de vrijwaringsprocedure een ander bedrag heeft genoemd en dat het percentage van 3% niet marktconform en niet redelijk is en dat First Crown in de gegeven omstandigheden niet meer in

rekening had mogen brengen dan hetgeen redelijk en marktconform is.

3.16. Dit verweer faalt. In art. 3 van de *commission agreement* is 3% van de "valuation price of the property" overeengekomen. Indien [X] jr. in de vrijwaringsprocedure een daarvan afwijkend bedrag heeft genoemd, doet dat daar niet aan af. Dromore heeft haar betoog over hetgeen redelijk en marktconform is, onvoldoende uitgewerkt, reeds nu zij niet heeft vermeld wat volgens haar wel een redelijk en marktconform percentage of bedrag zou zijn.

3.17. Het hof houdt ieder verder oordeel aan.

4. *Beslissing*

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 18 juni 2019 voor akte aan de zijde van Dromore (zie rov. 3.12 hiervoor); houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Inleiding

1. In dit tussenarrest staat het leerstuk van tegenstrijdig belang in de bv centraal. Volgens art. 2:239 lid 6 BW neemt een bestuurder niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming als hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Sinds 1 januari 2013 is door de Wet bestuur en toezicht sprake van een besluitvormingsregel in plaats van een vertegenwoordigingsregel. Anders gezegd: als de met een tegenstrijdig belang geconfronteerde bestuurder de vennootschap vertegenwoordigt, is de vennootschap in beginsel aan die rechtshandeling gebonden. In deze uitspraak gaat het om de woorden 'in beginsel', namelijk de vraag of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, gelet op de concrete omstandigheden van het onderhavige geval, aan de afdwingbaarheid van de rechtshandeling in de weg staat.

2. Ik stel in deze annotatie dat laatste aspect centraal. Andere aspecten van het leerstuk van tegenstrijdig belang laat ik buiten beschouwing. Over die andere aspecten is recent veel geschreven, onder meer naar aanleiding van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer. Ik verwijs bijvoorbeeld naar J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/68. In dat artikel wordt een goed overzicht met literatuurverwijzingen gegeven van de actuele discussie over het leerstuk van tegenstrijdig belang.

Feiten

3. Dan nu de casus van dit tussenarrest. Senior is getrouwd met Mevrouw. Junior is de zoon van Senior. Junior en Mevrouw zijn de bestuurders van Erez Holding B.V. (hierna: 'Erez'). Erez verleent managementdiensten en verschaft domicilie aan buitenlandse vennootschappen die zich in Nederland willen vestigen. Dromore is een financiële houdstervennootschap. Enig aandeelhouder en enig bestuurder van Dromore is A. A woont in Israël. In november 2013 heeft Dromore een management- en domicilieovereenkomst gesloten met Erez. Vanaf november 2013 tot 19 november 2014 was naast A ook Junior bestuurder van Dromore. Hij was bevoegd Dromore alleen te vertegenwoordigen. Senior heeft een (indirect) aandelenbelang in Precision Investment B.V. (hierna: Precision) en is ook bestuurder van die vennootschap. Op enig moment in 2013 hielden Dromore en Preci-

on elk 50% van de aandelen in Precision Investment II B.V. (hierna: 'Precision II'). Precision II had een onroerende zaak in Badhoevedorp in eigendom (hierna: 'de Skyline Plaza', ook wel het 'Sony-gebouw' genoemd). First Crown houdt zich bezig met de bemiddeling bij de handel in en de verhuur van onroerend goed. Enig bestuurder van First Crown is Mevrouw.

4. In een 'commission agreement' van 3 maart 2014 worden Dromore en Precision aangeduid als 'Contractor' en First Crown als 'FCI'. De *commission agreement* vermeldt onder meer dat (i) die overeenkomst de schriftelijke neerlegging is van een mondelinge overeenkomst van 4 november 2013, (ii) Contractor FCI met ingang van 4 november 2013 opdracht heeft gegeven voor de onderhandelingen en alle noodzakelijke handelingen of maatregelen om een koper voor de Skyline Plaza te vinden, en (iii) als de Skyline Plaza verkocht is, FCI gerechtigd is tot een commissie van 3% van de verkoopprijs of de waarde zoals die tot uitdrukking komt in de verkoopprijs van aandelen als sprake is van een aandelentransactie.

5. De *commission agreement* is voor Dromore ondertekend door Junior (en dus niet door A), voor Precision door Senior en voor First Crown door Mevrouw. Op 5 november 2014 hebben Dromore en Precision alle aandelen in Precision II aan AYHolland B.V. verkocht voor een koopprijs van € 8.150.031,=. Aan de koopakte is een berekening van de koopprijs gehecht. In die berekening is van een waarde van € 13.875.000,= voor de Skyline Plaza uitgegaan. Op 22 november 2014 zijn de aandelen geleverd. Bij de verkoop is aan de zijde van verkopers, dan wel aan de zijde van Precision of Precision II, Appelhoven Vastgoedadviseurs B.V. betrokken geweest. Deze makelaar heeft voor haar werkzaamheden in verband met de verkoop een courtagenota van € 167.887,50 ingediend. Die nota is betaald. Over de verdeling van de verkoopbrenst is een geschil ontstaan tussen verkopers. Daarover wordt in Israël geprocedeerd. Bij factuur van 22 november 2014 heeft First Crown € 208.575,= bij Dromore in rekening gebracht, onder de vermelding dat dit is voor haar werkzaamheden in verband met de aandelenoverdracht (provisie). Dromore heeft deze factuur niet betaald.

Procedure

6. First Crown vordert betaling van haar factuur, vermeerderd met rente en kosten. De rechtbank heeft de gevorderde hoofdsom toegewezen tot € 208.125,=. Dat is de helft van 3% van € 13.875.000,=.

7. Dromore heeft hoger beroep ingesteld. Het hof verworpt een voor een de grieven van Dromore. Deels, zo maak ik uit het arrest op, omdat Dromore niet bepaald gelukkig haar stellingen naar voren heeft gebracht, zo blijkt uit de formulering van diverse rechtsoverwegingen. In r.o. 3.12 reikt het hof Dromore de helpende hand, waar het overweegt dat Dromore zich op het leerstuk van tegenstrijdig belang heeft beroepen en "ter vermindering van verrassingsbeslissingen en in verband met het beginsel van hoor en wederhoor (...) partijen in de gelegenheid [zal] stellen zich hierover bij akte uit te laten."

Tegenstrijdig belang

8. De kern van dit tussenarrest is r.o. 3.12. Daar overweegt het hof dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat degene die een overeenkomst heeft gesloten met een vennootschap, terwijl hij ermee bekend is dat de bestuurder die de

vennootschap daarbij vertegenwoordigde een tegenstrijdig belang had, de vennootschap desondanks aan de overeenkomst houdt. Het hof verwijst daarbij naar het *Bibolini*-arrest (HR 17 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4503, NJ 1983/480) en het *Tiscali*-arrest (Hof Amsterdam 12 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG1624). Beide arresten zijn onder de oude vertegenwoordigingsregel geweest. Ik wijs ook op Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932, «JOR» 2016/182, m.nt. J. van Bekkum (*Fairstar*).

9. Het huidige art. 2:239 lid 6 BW is ingevoerd door de inwerkingtreding per 1 januari 2013 van de Wet bestuur en toezicht. Daarmee is een tegenstrijdig belang in het kader van de besluitvorming geplaatst en heeft die regeling intern effect. In de memorie van toelichting is de vernietiging van een besluit dat met een tegenstrijdig belang is genomen aan de orde gekomen. Die vernietiging heeft geen gevolgen voor de rechtshandeling van de vennootschap en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de betreffende bestuurder. De rechtshandeling blijft in stand. Dat roept de vraag op, zo vervolgt de memorie van toelichting, of (ook) de derde die wist of moest weten van de overtreding van de regel van tegenstrijdig belang, moet worden beschermd. Dat de regel betrekking heeft op de interne verhoudingen betekent nog niet dat een derde misbruik mag maken van het niet naleven van dergelijke interne bepalingen. Ook het welbewust profiteren van de wanprestatie van een ander is onrechtmatig, aldus de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 14 en in iets andere bewoordingen *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, nr. C, p. 9).

10. De achtergrond van de tegenstrijdigbelangregeling is gelegen in het richtsnoer voor het bestuur dat zij zich moet richten op het belang van de vennootschap en de aan die vennootschap verbonden onderneming. Dat belang hangt af van de omstandigheden van het geval. Het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming staat in de regel voorop. Ik verwijs naar HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 en «JOR» 2014/290 (*Cancun*).

11. De vraag is of in deze casus sprake is van een tegenstrijdig belang. Die vraag moet worden beantwoord aan de hand van het Bruil-criterium. Zie HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 12 (MvT). In r.o. 3.4 van dat arrest overwoog de Hoge Raad: "(...) De strekking van art. 2:256 BW is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen (HR 9 juli 2004, nr. C03/057, NJ 2004, 519). Deze bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van art. 2:256 is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met

inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval" (cursivering, RAW).

12. Uit de aangehaalde rechtsoverweging volgt dus ook het geval, zoals in dit tussenarrest aan de orde was, waarin de bestuurder niet zelf de wederpartij van de vennootschap is, maar in een bijzondere verhouding staat tot die wederpartij. Dat is in de rechtspraak vaker aan de orde geweest, bijvoorbeeld in HR 14 november 1940, NJ 1941/321 (*Maas/Amazonne*). In dat geval ging het om een familieband. Er was sprake van een tegenstrijdig belang van een bestuurder, omdat die bestuurder namens de vennootschap een arbeidsovereenkomst aanging met zijn zoon. Van een familieband was ook sprake in HR 3 mei 2002, NJ 2002/393 (*Joraf*). Tot slot wijs ik op HR 9 juli 2004, NJ 2004/519 (*Duplicado*). Van een tegenstrijdig belang kan volgens dat arrest ook sprake zijn wanneer, zoals in die casus aan de orde was, de directeur/enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is.

13. Dat sprake is van een intern besluitvormingsgebrek (het tegenstrijdig belang) is niet voldoende om onder de transactie uit te komen. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. Aan een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid worden naar vaste jurisprudentie zware eisen gesteld. In een tegenstrijdigbelangcasus als deze kunnen die gevonden worden in de familieband en de vraag of de derde wist dat de transactie zeer nadelig was voor de vennootschap. Ik sluit niet uit dat het hof in het verdere verloop van de procedure die aanknopingspunten zal vinden. De casus geeft daarvoor dat (i) A – als bestuurder van Dromore – kennelijk geheel buiten de transactie is gelaten, (ii) de familieband tussen Junior als handelend bestuurder van Dromore in een transactie met First Crown, vertegenwoordigd door zijn stiefmoeder (Mevrouw), en (iii) de commission agreement, die is gesloten naast de overeenkomst die Appelhoven Vastgoedadviseurs B.V. heeft gesloten en waarvoor haar courtagenota van € 167.887,50 is voldaan. Daarbovenop komt de factuur van First Crown van € 208.575,= als – wat ik noem: ‘dubbele’ – provisie voor de verkooptransactie.

mr. R.A. Wolf
UdinkSchepeel Advocaten

126

Omstandigheid dat de aktes bij de notaris niet zijn voorgelezen of besproken of dat een partij de inhoud daarvan niet heeft begrepen omdat er geen tolk aanwezig was, levert niet zonder meer dwaling en/of bedrog op

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
29 mei 2019, nr. NL18.1068, ECLI:NL:RBGEL:2019:2668
(mr. Mans)
Noot mr. A.J. Kok MBA

Overdracht van aandelen. Inhoud akte. Dwaling. Bedrog.

[BW art. 6:228 lid 1 onder b, 3:44; Rv art. 157]

Essentie: Geen dwaling/bedrog bij totstandkoming van (notariële) aktes van schenking en overdracht van aandelen van de ouders aan twee zonen.