

5.2. veroordeelt Autom8-IT in de proceskosten (...; red.);

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Noot mr. R.G.J. Nowak onder «JOR» 2018/298.

298

Rechtbank Amsterdam
11 juli 2018, nr. HA ZA 17-965,
ECLI:NL:RBAMS:2018:4902
(mr. James-Pater)

Noot mr. R.G.J. Nowak, tevens behorend bij
«JOR» 2018/297

Tegenstrijdigbelangregeling. Nietig besluit tot verkoop van onderneming. Besluit genomen door verkeerde orgaan. Geen bekrachtiging mogelijk. Tegenstrijdig belang bestuurders heeft geen externe werking maar kan onder bijzondere omstandigheden aan derde worden tegengeworpen. I.c. zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien koper de verkoper aan overeenkomst kan houden dan wel heeft koper welbewust geprofiteerd van wanprestatie door bestuur van verkoper jegens verkoper.

[BW art. 2:14, 2:239 lid 6, 6:248 lid 2]

Het besluit tot verkoop van de software en de klanten van joint venture-vennootschap TreFoil aan Hello Energy is genomen door het bestuur van TreFoil, te weten door haar twee bestuurders [bedrijf 1] en [bedrijf 2].

Vaststaat dat [bedrijf 1] en [bedrijf 2] bestuurders en (gezamenlijk) meerderheidsaandeelhouder zijn van TreFoil en dat zij tevens bestuurders en (indirect via Hello Energy Holding) aandeelhouders zijn van Hello Energy. Van belang is dat eiser minderheidsaandeelhouder is van TreFoil en (hoewel aanvankelijk wel beoogd) geen aandeelhouder van Hello Energy. Het besluit ziet op verkoop van de belangrijkste, althans een substantieel deel van de activa van TreFoil en er heeft geen objectieve waardering van deze activa plaatsgevonden terwijl evenmin inzichtelijk is geworden hoe de koopprijs tot stand is gekomen. Niet duidelijk is geworden

welk belang TreFoil heeft bij deze transactie en voor zover zij daarbij al belang heeft, is niet vast te stellen of (in het belang van TreFoil) de hoogst mogelijke verkoopopbrengst is gerealiseerd. [Bedrijf 1] en [bedrijf 2] hadden in ieder geval in hun hoedanigheid van bestuurders/indirect aandeelhouders van Hello Energy een (met de vennootschap TreFoil) tegenstrijdig belang om deze activa tegen een zo laag mogelijke prijs te kopen. Het tegenstrijdig belang heeft zich ook gematerialiseerd nu de transactie niet zorgvuldig schriftelijk is vastgelegd.

De rechtbank is van oordeel dat het gehele bestuur van TreFoil te maken had met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurders zich bij hun handelen uitsluitend hebben laten leiden door het belang van de vennootschap TreFoil en de daaraan verbonden onderneming en zij zich mitsdien niet in staat hadden mogen achten het belang van de vennootschap TreFoil en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Dit betekent dat het bestuur het besluit op grond van 2:239 lid 6 BW niet had mogen nemen, maar dat dit besluit – nu een rvc ontbreekt – door de ava had moeten worden genomen.

Nu het besluit ten onrechte is genomen door een orgaan dat daartoe niet bevoegd was, is het besluit op grond van art. 2:14 BW nietig. In tegenstelling tot wat gedaagden hebben betoogd is bekrachtiging door een bevoegd orgaan van een door een onbevoegd orgaan genomen besluit niet mogelijk. In de huidige tegenstrijdigbelangregeling blijft het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd in het geval van een tegenstrijdig belang van zijn bestuurders. De heren [naam 1] en [naam 2] (indirect zowel bestuurder van TreFoil als van Hello Energy) wisten dan wel behoorden te weten dat de tegenstrijdigbelangregeling niet was nageleefd, zodat ook Hello Energy die wetenschap had. De wetenschap van de contractuele wederpartij van TreFoil dat de tegenstrijdigbelangregeling niet is nageleefd, tast de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordiging van het bestuur van TreFoil echter niet aan. In de omstandigheden van dit geval zou het echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien Hello Energy TreFoil aan de overeenkomst zou kunnen houden dan wel heeft Hello Energy welbewust geprofiteerd van de wanprestatie van het bestuur van TreFoil jegens TreFoil. Hello Energy is dan ook jegens TreFoil gehouden mee te werken aan ongedaanmaking van de transactie. Dit betreft evenwel de verhouding tus-

sen TreFoil en Hello Energy onderling; eiser kan als aandeelhouder geen vordering daartoe instellen.

X CV,
eiseres,
advocaat: mr. D.E. Kocer,
tegen

1. *Trefoil World BV* te Amsterdam,
2. *Hello Energy BV* te Ouder Amstel,
gedaagden,
advocaat: mr. G.A.D. Dirks.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. TreFoil is een onderneming die zich bezig houdt met grote energieprojecten. [eiser] houdt 30% van de aandelen in TreFoil. De andere twee aandeelhouders zijn [bedrijf 1] (hierna: [bedrijf 1]) en [bedrijf 2] (hierna: [bedrijf 2]). Zij houden 45,9% respectievelijk 24,1% van de aandelen in TreFoil. [bedrijf 1] en [bedrijf 2] zijn beide zelfstandig bevoegd bestuurder van TreFoil.

2.2. [naam 1] (hierna: [naam 1]) is bestuurder en enig aandeelhouder van [bedrijf 1]. [naam 2] (hierna: [naam 2]) is bestuurder en enig aandeelhouder van [bedrijf 2]. Enig bestuurder en indirect aandeelhouder van [eiser] is [naam 3] (hierna: [naam 3]).

2.3. Uit een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel betreffende TreFoil volgt dat de naam “Hello Energy” vanaf 1 november 2014 als handelsnaam van Trefoil is geregistreerd.

2.4. [bedrijf 1] en [bedrijf 2] hebben bij een overleg (door hen aangeduid als tussentijds aandeelhoudersoverleg van TreFoil) op 6 maart 2015 besloten per 1 april 2015 de besloten vennootschap met de naam Hello Energy B.V. op te richten, waarbij de aandelenverhouding nog onderwerp van nader overleg zou zijn. Tevens is in dit overleg besloten om de software van TreFoil en de klanten van TreFoil die de software gebruiken te verkopen aan de op te richten vennootschap Hello Energy B.V., waarbij ook de lopende verplichtingen richting de leveranciers door de op te richten vennootschap Hello Energy B.V. zullen worden overgenomen. In dit overleg is de richtprijs voor de koopprijs vastgesteld tussen € 30.000 en € 60.000. [eiser] (althans haar rechtsvoorgangster [bedrijf 3]) was niet bij dit overleg aanwezig.

2.5. Op 21 oktober 2015 heeft [naam 2] per e-mail een concept-akte van oprichting van Hello Energy B.V. aan [naam 3] gestuurd. In deze e-mail is onder meer vermeld:

“d. hello energy BV wordt opgericht. Aandeelverhouding 30% [bedrijf 3], 30% [bedrijf 2] en 40% [bedrijf 4] (...)

e. hello energy koopt de software uit TW BV [TreFoil, *rechtbank*] en neemt de lopende verplichtingen richting leveranciers gerelateerd aan de software over. hello energy BV gaat verder met het ontwikkelen en exploiteren van software. TW BV gaat verder met spin off projecten (dienstverlening) op het gebied van energiebesparing en -opwekking.

Ik begreep ook dat in plaats van [bedrijf 3] jouw CV mogelijk aandeelhouder zou kunnen zijn?”

2.6. Op 26 november 2015 heeft een Algemene Vergadering van Aandeelhouders van TreFoil (hierna: AVA) plaatsgevonden. Volgens de notulen van die AVA is onder meer het volgende besproken:

“(…) 5. Businessplan Strategie

Bij dit punt ontstaat een fundamentele discussie over de strategie inzake de haalbaarheid van de ambities van de directie c.q. aandeelhouders [bedrijf 2] en [bedrijf 1]. [bedrijf 3] [rechtsvoorgangster van [eiser], *rechtbank*] uit grote zorgen en vraagt zich openlijk af of hij zijn investering niet als verloren moet gaan beschouwen. De directie ligt de essentie van de strategie toe, waarbij TreFoil World gesplitst wordt in een adviesbureau TreFoil Energy en een energiemanagement tool hello energy. De splitsing is noodzakelijk gezien omdat er een fundamenteel onderscheid is tussen een adviesbureau dat uren of projecten verkoopt en een softwarebedrijf dat schaalbare en wereldwijd toepasbare producten ontwikkeld. Potentiele investeerders hebben aangegeven de functies advies en software niet in een BV te willen. (...) Ook na een hevige discussie blijven de standpunten uiteenlopend. De directie geeft aan vertrouwen te hebben in de ingeslagen weg en deze verder te bewandelen richting het oprichten van hello energy bv en het overnemen van de software van TreFoil (...). Het bedrag dat besproken is in de tussentijdse aandeelhoudersvergadering van 06-03-2015 zal getoetst worden door de accountant en in samenspraak worden bepaald.(...)”.

2.7. Op 3 maart 2016 hebben [bedrijf 1] en [bedrijf 2] Hello Energy (gedaagde sub 2) opgericht.

2.8. Op 21 april 2016 hebben TreFoil en Hello Energy een koopovereenkomst gesloten. In die koopovereenkomst staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:

“(…) 2.1. *Purchase and Sale*

Subject to the terms and conditions of this Agreement and in accordance with the procedures provided for herein, effectively as per 1 January 2016 (the “*Effective Date*”):

(a) the Seller [TreFoil, *rechtbank*] hereby sells, transfers and delivers and the Purchaser [Hello Energy, *rechtbank*] hereby purchases and accepts transfer and delivery of the Software. The Software consists of all source code produced by [X], [Y] and [Z] over the course of the Seller’s history.

(b) all general, financial and personnel records, files, books and documents, correspondence and other files and records, including sales records, of the Seller pertaining to the software.

(…)

3.1. *Purchase Price* (…)

The purchase price in consideration for the sale and transfer of the Software amounts to EUR [60.000] (in words: sixty thousand euro) (…)

(…) (the “*Purchase Price*”).

(…)

5. *Completion*

5.1. The completion of the sale and purchase under this Agreement (…)

2.9. Blijkens een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel is op 21 april 2016 de handelsnaam “Hello Energy” uitgeschreven als handelsnaam van TreFoil.

2.10. In een e-mail van 3 oktober 2016 heeft [naam 3] aan [naam 1] en [naam 2] onder meer gevraagd:

“1) Wat is nu precies overgedragen aan Hello Energy? In de overeenkomst wordt alleen gesproken over het overdragen van software. In de excel sheet hebben jullie het echter ook over het overdragen van contracten. Zijn de contracten/abonnementen wel of geen onderdeel van de transactie?”

2) Hoe is de prijs van de software tot stand gekomen? Ik had hierover een accountantsrapport verwacht. Hebben jullie dat ook, of is de excel sheet het enige?”

Bij e-mail van dezelfde datum heeft [naam 1] aan [naam 3] op de eerste vraag geantwoord:

“(…) De software is overgedragen en de waarde van de contracten/abonnementen toentertijd is ook gekocht. Wel krijgt TreFoil 25% van deze maandelijke inkomsten als reseller. Of je kan het zien dat Hello Energy 75% van de inkomsten krijgt als software licentiehouder. In het contract wordt aangegeven dat dit in overleg tussen de twee partijen wordt gedaan (…).”

en op de tweede vraag:

“[naam 2] [[naam 2], *rechtbank*] heeft dit in overleg met de accountant gedaan (Crowe) en onze advocaat (Certa Legal). Er is geen accountantsrapport. De excel is de weerslag hiervan.”

2.11. [naam 2] heeft namens Hello Energy (nadat zij in deze procedure tezamen met TreFoil voor antwoord had geconcludeerd) bij brief van 12 februari 2018 aan TreFoil bericht:

“Met deze brief willen wij ons standpunt ten aanzien van de vordering in de dagvaarding van (...) [eiser] (...) duidelijk maken. Hello Energy (...) heeft daar uiteraard ook een belang bij, nu zij door [eiser] mede is gedaagd in deze procedure. Wij achten het niet aannemelijk dat de verkoop van de software door TreFoil (...) aan Hello Energy op onjuiste wijze en onrechtmatig gerealiseerd zou zijn en beschouwen de transactie als zodanig dan ook als rechtsgeldig. We hebben daarom gemeend ons aan de overeengekomen transactie te moeten houden. We willen daar direct aan toevoegen dat de effectivering van de overdracht van de software veel later heeft plaatsgevonden dan overeengekomen. Het gevolg daarvan is onder meer dat de software niet is gebruikt door Hello Energy en zij voor haar activiteiten nieuwe software heeft ontwikkeld. Uiteraard heeft dat wel tot vertraging en tot extra kosten geleid, welke Hello Energy voor haar rekening neemt. Gelet op het bovenstaande, en nu Hello Energy niet in een geschil tussen TreFoil en [eiser] betrokken wenst te worden, hebben wij besloten mee te werken aan het verzoek van [eiser] om – kort gezegd – de transactie terug te draaien. De software van TreFoil staat klaar om weer te worden overgedragen. De klanten die in het kader van de transactie mede zijn overgegaan, zullen daarna ook geserviced dienen te worden door TreFoil. Het gaat om de klanten (...). Hello Energy is bereid deze klanten blijvend te ondersteunen en een vergoeding hiervoor aan Trefoil te betalen. (...) Hello Energy verwacht binnen 3 weken een antwoord op deze

brief en volledige en onvoorwaardelijke instemming met het terugdraaien van de transactie, het aan Hello Energy terugbetalen van de koopsom, gevolgd door een verzoek aan [eiser], nu daarmee de basis aan van de vordering is komen te ontvallen, het royeren van de procedure.”

2.12. In de AVA van TreFoil van 13 maart 2018 is het besluit genomen om medewerking te verlenen aan het ontbinden van de overeenkomst tot verkoop van software door TreFoil aan Hello Energy. [eiser] heeft zich van stemming onthouden.

3. *Het geschil*

3.1. [eiser] vordert – samengevat – dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. de door het bestuur van Trefoil en/of de AVA van Trefoil genomen besluiten en/of de door TreFoil verrichte rechtshandelingen met betrekking tot de verkoop ofwel overdracht van de activa aan Hello Energy vernietigt dan wel voor recht verklaart dat de genomen besluiten nietig zijn,

II. TreFoil gebiedt [eiser] voor elke AVA op de juiste wijze op te roepen, op straffe van een dwangsom,

III. TreFoil verbiedt om besluiten te nemen/rechtshandelingen te verrichten die strekken tot verkoop/overdracht van activa van TreFoil, tenzij de AVA een unaniem besluit (tot goedkeuring) heeft genomen, op straffe van een dwangsom,

IV. *primair*: gedaagden gebiedt om binnen twee weken na dit vonnis alle transacties strekkende tot (ver)koop/overdracht van de door TreFoil aan Hello Energy overgedragen activa ongedaan te maken, zulks door onmiddellijke en onvoorwaardelijke teruglevering van die activa aan TreFoil, op straffe van een dwangsom,

subsidiar: TreFoil gebiedt binnen zes weken na dit vonnis de overgedragen activa van Hello Energy terug te vorderen, op straffe van een dwangsom

V. gedaagden hoofdelijk veroordeelt in de proceskosten, vermeerderd met wettelijke rente.

3.2. [eiser] stelt – kort weergegeven – het volgende. De bestuurders van TreFoil hebben met het besluit de activa van TreFoil aan Hello Energy over te dragen TreFoil en daarmee ook [eiser] geschaad. Zij hebben dit enkel gedaan om zichzelf te kunnen bevoordelen en dus daarbij hun eigen belang laten prevaleren. Volgens [eiser] heeft het bestuur van TreFoil op die wijze gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid die op

grond van artikel 2:8 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt vereist. Op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW is het bestuursbesluit dan ook vernietigbaar. Daarbij weegt mee dat de koopprijs voor de activa niet door Hello Energy is betaald. Tevens is het bestuursbesluit in strijd met de tegenstrijdig-belangregeling van artikel 2:239 lid 5 en 6 BW en daarmee op grond van artikel 2:14 lid 1 BW nietig omdat het besluit door het verkeerde orgaan is genomen. Deze nietigheid dan wel vernietiging is ook bindend jegens Hello Energy, aangezien zij het gebrek in de besluitvorming kende en dus niet te goeder trouw was. [naam 1] en [naam 2] zijn immers bestuurders van beide vennootschappen. Bovendien heeft Hello Energy onrechtmatig gehandeld jegens TreFoil en [eiser] door te profiteren van de wanprestatie van [bedrijf 1] en [bedrijf 2].

3.3. Gedaagden voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. *De beoordeling*

4.1. Artikel 2:239 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat een bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Op grond van artikel 2:239 lid 6 BW neemt een bestuurder niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen en bij gebreke daarvan door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. In dit geval is in de statuten geen andersluidende regeling opgenomen.

De ratio van de tegenstrijdig belang-regeling is te voorkomen dat een bestuurder zich bij zijn handelen laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. In dat verband is niet vereist dat de vennootschap door de litigieuze rechtshandeling daadwerkelijk is benadeeld, maar slechts 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 en hij zich mitsdien niet in staat had mo-

gen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Bij beoordeling van de vraag of sprake is van een tegenstrijdig belang dienen alle relevante omstandigheden van het geval te worden betrokken. Uit het gegeven dat de hoedanigheid van bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap die de transactie aangaat verenigd zijn in een persoon, volgt niet dat de belangen van de vennootschap en de bestuurder steeds parallel lopen (HR 29 juni 2007 («JOR» 2007/169, m.nt. Bartman en m.nt. Leijten (Bruil-arrest); *red.*), ECLI:NL:HR:2007:BA0033, ([partij]/[partij])).

4.2. De rechtbank stelt voorop dat het besluit tot verkoop van de software van TreFoil en de klanten van TreFoil die deze software gebruiken aan Hello Energy (hierna: het Besluit) is genomen door het bestuur van TreFoil, te weten door haar twee bestuurders [bedrijf 1] en [bedrijf 2]. Anders dan TreFoil stelt, kan het overleg van 6 maart 2015 (zie 2.4) niet worden aangeduid als aandeelhoudersoverleg althans kon in dit overleg geen rechtsgeldige besluitvorming van de aandeelhouders buiten vergadering plaatsvinden (vgl. artikel 2:238 BW) nu niet alle aandeelhouders van TreFoil aanwezig waren en evenmin vast staat dat alle aandeelhouders uitgenodigd waren. Ook uit de notulen van de AVA van 26 november 2015 (zie 2.6) volgt dat de directie (dus het bestuur van TreFoil) aangeeft vertrouwen te hebben in de ingeslagen weg en deze verder te bewandelen richting oprichting van Hello Energy B.V. en het overnemen van de software van TreFoil. Van een besluit van de AVA van TreFoil is dus geen sprake.

4.3. Vast staat dat [bedrijf 1] en [bedrijf 2] bestuurders en (gezamenlijk) meerderheidsaandeelhouder zijn van TreFoil en dat zij tevens bestuurders en (indirect via Hello Energy Holding) aandeelhouders zijn van Hello Energy. Van belang is dat [eiser] minderheidsaandeelhouder is van TreFoil en (hoewel aanvankelijk wel beoogd) geen aandeelhouder van Hello Energy. Het Besluit ziet op verkoop van de belangrijkste, althans een substantieel deel van de activa van TreFoil en er heeft geen objectieve waardering van deze activa plaatsgevonden terwijl evenmin inzichtelijk is geworden hoe de koopprijs tot stand is gekomen. Niet duidelijk is geworden welk belang TreFoil heeft bij deze transactie en voor zover zij daarbij al belang heeft, is niet vast te stellen of (in het be-

lang van TreFoil) de hoogst mogelijke verkoopopbrengst is gerealiseerd. [bedrijf 1] en [bedrijf 2] hadden in ieder geval in hoedanigheid van bestuurders/indirect aandeelhouders van Hello Energy een (met de vennootschap TreFoil) tegenstrijdig belang om deze activa tegen een zo laag mogelijke prijs te kopen.

De rechtbank neemt verder in aanmerking dat het tegenstrijdig belang zich ook heeft gematerialiseerd nu de transactie niet zorgvuldig schriftelijk is vastgelegd. De schriftelijke overeenkomst en de daarin vermelde koopprijs (zie 2.8) ziet alleen op verkoop van de software terwijl vast staat dat er ook klanten zijn overgedragen en dat de voorheen aan TreFoil toebehorende handelsnaam “Hello Energy” wordt gebruikt door Hello Energy. Voorts is in deze procedure niet komen vast te staan dat de koopsom door Hello Energy is voldaan. Weliswaar zijn een aantal bankafschriften overgelegd waaruit blijkt dat er geldstromen (over en weer) zijn geweest tussen TreFoil en Hello Energy maar nergens blijkt uit dat dit de koopsom betreft.

Gelet op het voorgaande in onderling verband en samenhang is de rechtbank van oordeel dat het gehele bestuur van TreFoil te maken had met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurders zich bij hun handelen uitsluitend hebben laten leiden door het belang van de vennootschap TreFoil en de daaraan verbonden onderneming en zij zich mitsdien niet in staat hadden mogen achten het belang van de vennootschap TreFoil en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Dit betekent dat het bestuur het Besluit op grond van 2:239 lid 6 BW niet had mogen nemen, maar dat dit besluit – nu een raad van commissarissen ontbreekt – door de AVA had moeten worden genomen.

4.4. Gesteld noch gebleken is dat de AVA voorafgaande aan de transactie een dergelijk besluit heeft genomen. Nu het Besluit ten onrechte is genomen door een orgaan dat daartoe niet bevoegd was, is het Besluit op grond van artikel 2:14 BW nietig. In tegenstelling tot wat gedaagden hebben betoogd is bekrachtiging door een bevoegd orgaan van een door een onbevoegd orgaan genomen besluit niet mogelijk. Bovendien is dat tijdens de AVA van 13 maart 2018 ook niet gebeurd. De onder I gevorderde verklaring voor recht dat het Besluit nietig is, zal dan ook worden toegewezen.

4.5. [eiser] vordert onder II TreFoil te gebieden haar voor elke AVA op de juiste wijze op te roepen, op straffe van een dwangsom. De rechtbank overweegt dat deze verplichting reeds volgt uit de wet (artikel 2:219 BW en verder, met name 2:223 BW). Bovendien is niet gebleken dat [eiser] voor enige AVA niet is opgeroepen. Immers bij de AVA van 26 november 2015 en de AVA van 6 september 2016 was [eiser] aanwezig middels een vertegenwoordiger Ted Schaap, terwijl zij ook voor de laatste AVA van 13 maart 2018 is opgeroepen en aanwezig was (vergezeld van haar advocaat). De rechtbank gaat ervan uit dat TreFoil (ook) in de toekomst de wettelijke en statutaire bepalingen omtrent het bijeenroepen van de AVA en de oproeping van haar aandeelhouders in acht zal nemen. Zij ziet dan ook geen aanleiding voor een gebod en evenmin voor een dwangsom. De vordering onder II zal worden afgewezen.

4.6. De vordering onder III zal eveneens worden afgewezen. Die vordering heeft immers een te verre gaande strekking, aangezien toewijzing daarvan zou betekenen dat het bestuur van TreFoil geen enkel besluit strekkende tot verkoop/overdracht van activa van TreFoil meer zou mogen nemen, ook indien geen sprake is van een tegenstrijdig belang. Daarvoor bestaat geen grondslag in het recht.

4.7. In de huidige tegenstrijdig belang-regeling blijft het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd in het geval van een tegenstrijdig belang van haar bestuurders. De heren [naam 1] en [naam 2] (indirect zowel bestuurder van TreFoil als van Hello Energy) wisten dan wel behoorden te weten dat de tegenstrijdig belang-regeling niet was nageleefd, zodat ook Hello Energy die wetenschap had. De wetenschap van de contractuele wederpartij van TreFoil dat de tegenstrijdig belang-regeling niet is nageleefd, tast de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordiging van het bestuur van TreFoil echter niet aan. In de omstandigheden van dit geval (zie de feiten en 4.3) zou het echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien Hello Energy TreFoil aan de overeenkomst zou kunnen houden (art. 6:248 lid 2 BW) dan wel heeft Hello Energy welbewust geprofiteerd van de wanprestatie van het bestuur van TreFoil jegens TreFoil. Hello Energy is dan ook jegens TreFoil gehouden mee te werken aan ongedaanmaking van de transactie. Dit betreft evenwel de verhouding tussen TreFoil en Hello

Energy onderling en [eiser] kan als aandeelhouder geen vordering daartoe instellen. De vordering onder IV zal derhalve worden afgewezen.

4.8. Gedaagden zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld (...; *red.*).

4.9. Verder zullen gedaagden worden veroordeeld in de nakosten voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot (zie 5.3).

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat het door het bestuur van TreFoil genomen besluit tot verkoop/overdracht van activa aan Hello Energy nietig is,

5.2. veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de proceskosten (...; *red.*),

5.3. veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*),

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de onder 5.2. en 5.3. genoemde beslissingen uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In de twee hieronder te bespreken zaken ging het grotendeels om tegenstrijdig belang. Ik beperk mij tot die kwestie.

2. In de zaak gepubliceerd onder «JOR» 2018/297 was sprake van een bv met twee 50%-aandeelhouders, die tevens bestuurder waren, Y Holding (in de uitspraak aangeduid als [gedaagde]) en X Holding (in de uitspraak aangeduid als [bedrijf]). De aandeelhouders kregen ruzie. De vennootschap had aan de aandeelhouders dividend uitgekeerd, maar in een eerdere procedure was komen vast te staan dat de algemene vergadering geen rechtsgeldig besluit tot dividenduitkering had genomen. In dit kort geding vordert de vennootschap, vertegenwoordigd door X Holding, van Y Holding terugbetaling van het onverschuldigd betaalde dividend. De behandeling van de stelling dat het dividendbesluit toch rechtsgeldig zou zijn geweest, verwijst de voorzieningenrechter naar de bodemprocedure.

3. Y Holding stelt dat aan het instellen van de vordering geen daartoe strekkend bestuursbesluit ten grondslag ligt omdat zij daaraan niet heeft deelgenomen. X Holding stelt dat er wel een besluit is genomen, maar dat Y Holding

daaraan niet mocht deelnemen omdat zij daarbij een tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:239 lid 6 BW had.

4. De voorzieningenrechter overweegt te dien aanzien als volgt. Op grond van art. 2:240 lid 2 BW is iedere bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd, tenzij de statuten anders bepalen; niet gesteld is dat de statuten anders bepalen. Hoewel uit het handelsregister blijkt dat de bestuurders gezamenlijk bevoegd zijn, betekent dit niet zonder meer dat de eis van gezamenlijke bevoegdheid ook van toepassing is in het geval dat een van de twee bestuurders een tegenstrijdig belang heeft; het is niet uitgesloten dat de (niet overgelegde) statuten voor die situatie een specifieke regeling bevatten. Tussen partijen, aldus nog steeds de voorzieningenrechter, is niet in geschil dat in geval van tegenstrijdig belang van de ene bestuurder de andere bestuurder de vennootschap zelfstandig mag vertegenwoordigen, zodat de voorzieningenrechter daarvan uitgaat.

5. De voorzieningenrechter lijkt ervan uit te gaan dat de vertegenwoordigingsregels van art. 2:130/240 BW van toepassing zijn op het namens een rechtspersoon in rechte indienen van een rechtsvordering. Dat is overeenkomstig de heersende opvatting. Zie voor een overzicht van de opvattingen, mede in het licht van procesvertegenwoordiging bij enquêteverzoeken: Spruitenburg, *VHI 153*, 2018 (diss.), p. 183-197. Hieronder ga ik van de heersende opvatting in deze uit, maar mijn opmerkingen zien ook en vooral op vertegenwoordiging in het algemeen.

6. De voorzieningenrechter lijkt, gezien de gezegde algemene bewoordingen, van oordeel te zijn dat de statuten kunnen bepalen dat de bestuurders gezamenlijk bevoegd zijn maar dat in het geval een van hen een tegenstrijdig belang heeft, de andere bestuurder zelfstandig bevoegd is. Ik zou menen dat de statuten niet (althans niet met externe werking) een dergelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen bevatten. De aan bestuurders verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid is in beginsel onbeperkt en onvoorwaardelijk. Wat mijns inziens wel mogelijk is, is bepalen dat een bestuurder met tegenstrijdig belang belet is, hetgeen (behoudens andersluidende regeling) tot gevolg heeft dat de overige bestuurders het bestuur vormen; zie verder nr. 7.

7. Heeft een tegenstrijdig belang van een bestuurder effect op de hem op grond van de statuten toekomende vertegenwoordigingsbevoegdheid? Nee, de bestuurder met een tegenstrijdig belang kan de vennootschap vertegenwoordigen conform de statutaire vertegenwoordigingsregeling, in dit geval dus (naar ik veronderstel) gezamenlijk met zijn medebestuurder. En als deze onwillig is, zoals in casu? Dan houdt het in beginsel op, maar er zijn *escapes*.

Voor de hand ligt de weg van vertegenwoordiging bij bestuursbesluit. Als de ene bestuurder vanwege een tegenstrijdig belang niet mag deelnemen aan de besluitvorming, kan de andere een bestuursbesluit nemen waarin namens de vennootschap de rechtsvordering in rechte wordt ingesteld. Daarvan zou in deze zaak sprake kunnen zijn geweest. Een iets andere benadering zou zijn dat onder "het bestuur" in de zin van de vertegenwoordigingsregeling dient te worden verstaan de gezamenlijke bestuurders, met uitsluiting van bestuurders met een tegenstrijdig belang. Die uitsluiting gaat echter naar mijn mening niet op; de bestuurder met een tegenstrijdig belang blijft immers ook wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid tot de gezamenlijke bestuurders behoren. Dat is slechts anders als de statuten bepalen dat een tegenstrijdig belang van een bestuurder tot gevolg heeft dat hij ten aanzien van de gehele bestuursfunctie belet is. Zie daarover Van Duuren, *WPNR 2017/7173* p. 970.

8. Een andere vraag is of het wenselijk is dat bevoegde bestuurders die een tegenstrijdig belang hebben, de vennootschap vertegenwoordigen. Zie in dat verband OK 31 augustus 2017, «JOR» 2018/41, m.nt. Leijten (*Staphorst*). Wil men dat niet, dan kan men een beletregeling zoals hierboven besproken invoeren.

9. In de zaak gepubliceerd onder «JOR» 2018/298 was sprake van een joint venture-bv met drie aandeelhouders; twee daarvan waren tevens de bestuurders van de bv. De twee bestuurders besloten tegen de zin van de derde aandeelhouder een nieuwe vennootschap op te richten met hetzelfde als bestuurders en aandeelhouders. Aan die vennootschap droegen ze het merendeel van de activa van de joint venture-bv over. De derde aandeelhouder had aanvankelijk de gelegenheid voor zijn bestaande percentage tot de nieuwe vennootschap toe te treden, maar dat is niet gebeurd. De aandeelhouder vordert daarop on-

der meer nietigverklaring van de bestuursbesluiten tot het overhevelen van de activa op de grond dat deze zouden zijn genomen in strijd met de tegenstrijdigbelangregeling.

10. De rechtbank overweegt terecht dat het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd blijft in het geval de bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en dat eventuele wetenschap van het tegenstrijdig belang bij de wederpartij de vertegenwoordigingshandeling in beginsel niet aantast. Onder omstandigheden kan het echter, aldus de rechtbank in een overweging *obiter*, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat de wederpartij de vennootschap aan een op zich rechtsgeldige overeenkomst houdt en dat was naar het oordeel van de rechtbank in casu het geval. Een beroep daarop dient echter door de vennootschap worden gedaan en dat was hier (uiteraard) niet gebeurd.

11. De rechtbank komt op basis van alle omstandigheden van het geval tot het oordeel dat beide bestuurders een tegenstrijdig belang in de zin der wet hadden (waarbij zij lijkt aan te geven dat dit mogelijk anders was geweest als de transactie zorgvuldig schriftelijk was vastgelegd). Dit betekent, aldus terecht de rechtbank, dat de door het bestuur genomen besluiten nietig zijn op grond van art. 2:14 lid 1 BW en dat de bestuursbesluiten – bij ontbreken van een rvc en een andersluidende statutaire bepaling – door de algemene vergadering hadden moeten worden genomen. Zie art. 2:239 lid 6 BW.

12. De vennootschap had nog betoogd dat sprake was van bekrachtiging van de bestuursbesluiten doordat de algemene vergadering nadien alsnog besluiten van die strekking zou hebben genomen. De rechtbank oordeelt dat het niet mogelijk is dat een besluit dat nietig is op de grond dat het is genomen door een onbevoegd orgaan, door het bevoegde orgaan wordt bekrachtigd (de rechtbank doelt hier kennelijk op bekrachtiging op grond van art. 3:58 BW). Dit oordeel van de rechtbank is overeenkomstig de heersende opvatting. Zie onder meer Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/324; Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, *BV en NV* 2017/94; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/242.

13. Tot slot nog enkele observaties met betrekking tot tegenstrijdig belang in de onlangs naar de Tweede Kamer gezonden nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.

Ten eerste geeft de minister aan dat de tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing is op een bestuursbesluit tot goedkeuring van een uitkeringsbesluit in de zin van art. 2:216 BW. Daargelaten of dit dan in de wet opgenomen zou moeten worden, is de minister kennelijk van oordeel dat het niet mogelijk is dat bestuurders worden geleid door persoonlijke belangen bij het al dan niet besluiten tot goedkeuring. Ik vraag me af of dat juist is. Juist als de bestuurders aandelen in de vennootschap hebben, zullen ze geneigd zijn de solvabiliteitspositie van de bv te optimistisch in te schatten. Naar mijn mening zou het beter zijn de toepasselijkheid van de tegenstrijdigbelangregeling niet uit te sluiten maar te bepalen dat indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, het bestuur het goedkeuringsbesluit toch mag nemen, zij het onder vermelding van het tegenstrijdig belang.

Ten tweede de situatie dat een bestuurder van een one-tier board aan wie op grond van art. 2:129a/239a lid 3 BW besluitvormingsbevoegdheid is verleend, ten aanzien van het onderwerp in kwestie een tegenstrijdig belang heeft. De minister merkt daarover op dat de statuten dan kunnen bepalen hoe tot een rechtsgeldig besluit kan worden gekomen en dat het voor de hand ligt dat de statuten bepalen dat de besluitvormingsbevoegdheid dan terugvalt aan het gehele bestuur. Ik zou menen dat dit laatste ook zonder statutaire bepaling het geval is.

Ten derde bevestigt de minister dat de beletregeling ook kan worden gebruikt in het geval alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben; in dat geval wordt het bestuursbesluit genomen door de tijdelijk bestuurder(s). In de literatuur bestond daarover enige controverse.

R.G.J. Nowak,
senior advisor Clifford Chance en verbonden aan
het Van der Heijden Instituut

299

Gerechtshof Den Haag
3 juli 2018, nr. 200.239.058/01,
ECLI:NL:GHDHA:2018:1560
(mr. Schreuder, mr. Pinckaers, mr. Salomons)
Noot mr. H.J. ter Meulen

Geschillenregeling. Samenhangvereiste. OK is exclusief bevoegd ten aanzien van uittredingsvordering en daarmee samenhangende vorderingen.

[BW art. 2:336 lid 5, 2:343 lid 2; Rv art. 73, 220]

In het hoger beroep is in ieder geval met betrekking tot de uittredingsvordering de OK exclusief bevoegd aangezien een afwijkende regeling in de zin van art. 2:343 lid 2 jo. 2:337 lid 2 BW ontbreekt. De zaak dient derhalve voor wat betreft die vordering ingevolge art. 73 Rv verwezen te worden naar de OK.

Partijen wensen voorts dat de zaak, ook voor zover het gaat om met de in art. 2:343 lid 1 BW bedoelde gedragingen samenhangende vorderingen (naar analogie van art. 220 Rv), naar de OK wordt verwezen. De vorderingen in conventie van appellante hebben weliswaar gedeeltelijk betrekking op de beëindiging van de tussen appellante en geïntimeerde 1 gesloten managementovereenkomst en de vraag of appellante gebonden is aan concurrentiebedingen, en in reconventie daarnaast op de afwikkeling van een tussen appellante en geïntimeerde 2 gesloten geldlening, maar uit het bestreden vonnis volgt dat alle vorderingen voortvloeien uit hetzelfde conflict tussen partijen en dat dit conflict en de gang van zaken binnen de gehele samenwerking, waaronder onder meer de opzegging van de managementovereenkomst, ook ten grondslag liggen aan de uittredingsvordering. Er is aldus sprake van samenhangende vorderingen als bedoeld in art. 2:343 lid 2 jo. art. 2:336 lid 5 BW tussen dezelfde en/of gelieerde partijen. Op grond van art. 2:343 lid 2 jo. art. 2:336 lid 5 BW is de OK bevoegd om ook van die vorderingen kennis te nemen.

Het hof verwijst derhalve op de voet van art. 73 en art. 220 Rv de gehele zaak in de stand waarin deze zich bevindt ter verdere behandeling en beslissing naar de OK.

X,
appellante,
advocaat: mr. W. Altenaar,
tegen

1. [geïntimeerde 1],
2. [geïntimeerde 2],
3. [geïntimeerde 3],
geïntimeerden,
advocaat: mr. P.J.M. Gerritsen.

Het geding

1. Bij exploit van 26 april 2018, gerectificeerd bij herstelexploit van 7 mei 2018, en bij exploit van 30 april 2018 is [appellante] in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 31 januari 2018.

2. Na het aanbrengen van de zaak heeft het hof het volgende aan de advocaten van partijen het volgende laten weten:

“Op 15 mei jl. is geïntroduceerd de zaak [appellante]. vs [geïntimeerde 1] e.a.. Het hof constateert, na kennisname van het vonnis in de eerste aanleg van 31 januari 2018, dat deze zaak mede betrekking heeft op een uittredingsvordering ex artikel 2:343 BW. Het hof wijst er op dat ingevolge artikel 2:343 lid 2 jo artikel 2:336 lid 3 BW hoger beroep tegen dit vonnis, in ieder geval voor zover betrekking hebbende op de uittredingsvordering, uitsluitend kan worden ingesteld bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, tenzij ten aanzien van de bevoegdheid in hoger beroep sprake is van een afwijkende regeling, neergelegd in overeenkomst of statuten als bedoeld in artikel 2:337 lid 2 BW.

Indien de appellant ook het oordeel inzake de uittredingsvordering in het hoger beroep wenst te betrekken en geen sprake is van een afwijkende regeling als hiervoor bedoeld, zal verwijzing naar de ondernemingskamer bij het gerechtshof Amsterdam in ieder geval voor wat betreft de uittredingsvordering moeten volgen. Het hof wijst er op dat het in dat geval voor de hand ligt de gehele zaak naar het hof Amsterdam te verwijzen, opdat de zaak in één zitting behandeld kan worden en samenhangende beslissingen kunnen worden genomen.

Het komt het hof doeltreffend voor als in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure in hoger beroep wordt bepaald of verwijzing aan de orde is.

Het hof verneemt naar aanleiding van het voorgaande graag van u.”