

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/78700>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-13 and may be subject to change.

NJ 2008, 297

NJ 2008, 297

Instantie: Hoge Raad (Civiele kamer) Datum: 21 maart 2008
Magistraten: Mrs. D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, A.M.J. Zaaknr: R07/012HR
van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser
Conclusie: A-G Timmerman LJN: BC1849
Roepnaam: - Noot: J.M.M. Maeijer
BW art. 2:256, 3:52

Essentie

|

Samenvatting

|

Partijen

Snel naar: |

Conclusie

|

Uitspraak

|

Noot

Essentie

Naar boven

Tegenstrijdig belang; geldigheid statutaire bepaling m.b.t. bevoegdheid bestuurder inzake tegenstrijdig belang; dwingendrechtelijke karakter art. 2:256 BW. Nietigheid rechtshandeling i.g.v. onbevoegdheid wegens tegenstrijdig belang; derogerende werking redelijkheid en billijkheid.

Weliswaar kan een statutaire bepaling die aan de bestuurder ook bij tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegdheid verleent, niet aan de algemene vergadering van aandeelhouders de haar door de tweede zin van art. 2:256 BW verleende bevoegdheid ontnemen om ingeval van tegenstrijdig belang een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen en rust op het bestuur van de vennootschap de plicht om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over een aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen, maar als de algemene vergadering haar bevoegdheid niet uitoefent, blijft bevoegd degene die krachtens de statutaire bepaling in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is.

Indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht doch vanwege tegenstrijdig belang onbevoegd was de vennootschap daarbij te vertegenwoordigen, is de rechtshandeling ten opzichte van de vennootschap in beginsel nietig. Onder bijzondere omstandigheden kan de uitoefening door de vennootschap van de bevoegdheid zich op de voet van art. 2:256 BW op de ongeldigheid te beroepen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van art. 2:256.

Samenvatting

Naar boven

In deze zaak is aan de orde de vraag of de statuten kunnen bepalen dat een bestuurder ook bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen in geval van tegenstrijdig belang. Voorts

is aan de orde de vraag of een beroep op onbevoegdheid vanwege tegenstrijdig belang kan verjaren ingevolge (analoge toepassing van) art. 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW. Het hof heeft deze vragen ontkennend beantwoord.

Het middel klaagt terecht dat het hof bij de ontkennende beantwoording van de eerste vraag heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Op grond van de statuten van de vennootschap was de bestuurder ook bij het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Weliswaar kan een dergelijke bepaling niet aan de algemene vergadering van aandeelhouders de haar door de tweede zin van art. 2:256 BW verleende bevoegdheid ontnemen om in het geval van een tegenstrijdig belang een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen, en rust op het bestuur van de vennootschap de plicht om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat deze in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen (vgl. HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393). Maar indien — zoals in dit geval, naar het hof in cassatie onbestreden heeft vastgesteld — de algemene vergadering haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent, blijft bevoegd degene die krachtens de statutaire bepaling in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd is. Het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van art. 2:256 BW brengt niet mee dat de geldigheid van de door een statutaire bepaling aan de bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang, afhankelijk zou zijn van een (uitdrukkelijk) besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger althans van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder.

De klacht dat het hof ten onrechte geoordeeld dat de mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen niet door verjaring teloor kan gaan, behoeft als gevolg van het slagen van de vorige klacht geen behandeling. Niettemin overweegt de Hoge Raad dienaangaande het volgende. Indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht doch, anders dan het onderhavige geval, vanwege een tegenstrijdig belang onbevoegd was de vennootschap daarbij te vertegenwoordigen, leidt dit ertoe dat de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de vennootschap als ongeldig, of anders uitgedrukt: nietig, te beschouwen. Zij is dus niet vernietigbaar. In een dergelijk geval is dan ook geen sprake van een rechtsvordering tot vernietiging welke ingevolge (analogische toepassing van) art. 3:52 vatbaar is voor verjaring. Bij het voorgaande dient niettemin in het oog te worden gehouden dat onder bijzondere omstandigheden de uitoefening door de vennootschap (veelal de curator in haar faillissement) van de bevoegdheid zich op de voet van art. 2:256 BW op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichte rechtshandeling te beroepen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht, vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van art. 2:256 BW.

Partij(en)

Naar boven

Nieuwe Steen Investments N.V., te Hoorn, verzoekster tot cassatie, adv. mr. H.J.A. Knijff, tegen

Sami Uoti, in zijn hoedanigheid van curator van de Finse vennootschap Interglobia Investments OY, te Helsinki, Finland, verweerder in cassatie, adv. D. Rijpma.

Uitspraak

Naar boven

Hof:

(...)

1.1

Uoti legt aan zijn verzoek tot heropening van de vereffening een opeisbare vordering van € 17.099.122 op Pinakel Holding B.V. ten grondslag. Die vordering kan, zo stelt Uoti, worden voldaan uit een nog te realiseren bate. Die bate bestaat uit één of meer vorderingen op NSI.

1.2

Uoti stelt dat aan de vorderingen op NSI onder meer het volgende ten grondslag kan worden gelegd.

NSI was in de periode van 2 oktober 1997 tot 16 augustus 1999 enig aandeelhouder en bestuurder van Pinakel Holding B.V. NSI heeft de aandelen in Pinakel Holding B.V. verkocht en overgedragen aan Interglobia Investments B.V. NSI had ten tijde van de verkoop van de aandelen een schuld in rekeningcourant aan Pinakel Holding B.V. van ruim fl. 60.000.000. Interglobia Investments B.V. heeft deze schuld bij de overdracht van de aandelen van NSI overgenomen. De schuld is echter nooit afgelost en dat was volgens Uoti ook de intentie van NSI bij de schuldovername. Interglobia Investments B.V. is op 13 oktober 2004 door de kamer van koophandel ontbonden. NSI heeft zich door de overdracht van de aandelen en de schuldovername per saldo verlost van haar schuld, zonder dat daar iets tegenover stond, aldus Uoti.

2

Het hof verwijst voor het verweer, dat NSI in hoger beroep handhaaft, naar de bestreden beschikking van de rechtbank.

3

Verworpen wordt het verweer van NSI dat Uoti niet ontvankelijk in het verzoek is omdat hij de bevoegdheid mist om heropening van de vereffening te vragen. Voor zijn ontvankelijkheid is niet vereist dat Uoti een in Nederland te erkennen curator is.

Uit de door Uoti in eerste aanleg als producties 16 en 17 overgelegde vonnissen van de rechtbank te Vantaa, Finland van 7 februari 2003 en 6 augustus 2003 blijkt dat die rechtbank Uoti in het faillissement van Interglobia Oy heeft aangesteld als '*Pesanhoitaja*', in het Engels vertaald met '*trustee*'. Tot die hoedanigheid behoort ook de bevoegdheid om vorderingen van de failliete vennootschap te achterhalen. Mitsdien kan Uoti als belanghebbende worden aangemerkt. Uoti is in zijn verzoek tot heropening van de vereffening ontvankelijk.

4

De rechtbank heeft het verzoek van Uoti afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank is de verjaring van de vorderingen aangevangen op 16 augustus 1999 en geëindigd op 16 augustus 2004. Volgens de rechtbank is onvoldoende aannemelijk dat in het onderhavige geval de verjaringstermijn op grond van redelijkheid en billijkheid verlengd moet worden.

5

De grieven van Uoti tegen de beschikking van de rechtbank kunnen als volgt worden samengevat.

Uoti bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat de in te stellen vorderingen verjaard zijn. Op 16 augustus 1999 bestond er alleen een intentie om de schuld onbetaald te laten. Pas later, op 16 november 2004, kwam vast te staan dat de schuld daadwerkelijk niet voldaan is. De verjaringstermijn is volgens Uoti pas in de tweede helft van 2004 ingegaan.

Bovendien leidt verjaring in dit geval niet tot een billijk resultaat. Pinakel Holding B.V. was door aan NSI toe te rekenen omstandigheden niet in staat om tijdig een rechtsvordering in te stellen. De wettelijke verjaringstermijn moet in dit geval verlengd worden, aldus Uoti.

Uoti stelt dat aan de vorderingen op NSI mede ten grondslag kan worden gelegd dat NSI bij de overdracht van de aandelen en de overname van de schuld niet bevoegd was om Pinakel Holding B.V. te vertegenwoordigen in verband met aanwezigheid van tegenstrijdig belang. Door de onbevoegde vertegenwoordiging heeft NSI onrechtmatig tegenover Pinakel Holding

B.V. gehandeld. Dit handelen levert onbehoorlijk bestuur op.

6

Ter zitting van het hof heeft Uoti zijn standpunt toegelicht en aangevoerd dat bij het ontbreken van een rechtsgeldige schuldovertreving een bate kan worden gerealiseerd door van NSI de vordering op te eisen.

Uoti legt ter ondersteuning van zijn stellingen een advies van prof. mr. J.B. Huizink over. Met betrekking tot de als vereffenaar aan te wijzen persoon refereert Uoti zich aan het oordeel van het hof.

7

NSI heeft eveneens haar standpunt ter zitting toegelicht en aangevoerd dat het advies van Prof. Huizink nog geen voldoende aannemelijke vordering oplevert. Ter ondersteuning van haar stellingen legt NSI een advies van prof. mr. A.L. Mohr over.

8

Het hof stelt voorop dat de vraag of het bestaan van de door Uoti gestelde bate voldoende aannemelijk is geworden, met terughoudendheid dient te worden getoetst.

Met inachtneming van dit uitgangspunt is het hof van oordeel dat het verzoek tot heropening van de vereffening moet worden toegewezen. Dit oordeel berust op de volgende overwegingen.

9

NSI was naast bestuurder ook enig aandeelhouder van Pinakel Holding B.V. De belangen van Pinakel Holding B.V. bij de schuldovertreving liepen niet parallel met die van haar aandeelhouder/bestuurder NSI.

Uit art. 2:256 BW volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders tot aanwijzing van een vertegenwoordiger nodig is (HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179).

Als gesteld en niet betwist staat vast dat NSI niet in verband met de aanwezigheid van tegenstrijdig belang bij aandeelhoudersbesluit een vertegenwoordiger heeft aangewezen. Evenmin kan op grond van stilzwijgende goedkeuring van NSI als aandeelhouder, die volgens NSI uit de akte van overdracht valt af te leiden, zonder meer aangenomen worden dat het onbevoegd handelen bekrachtigd is. Uit de aan art. 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Naar voorlopig oordeel kan Pinakel Holding B.V. zich op het ontbreken van de bevoegdheid van NSI tot vertegenwoordiging beroepen.

In het midden kan blijven of de statuten van Pinakel Holding op dat moment een voorziening kenden op grond waarvan NSI ondanks het tegenstrijdig belang toch bevoegd was om te vertegenwoordigen. Aangenomen moet worden dat de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om een vertegenwoordiger aan te wijzen niet kan worden beperkt of geëlimineerd door statutair de eerste zin van art. 2:256 BW weg te schrijven.

De mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen kan niet door verjaring teloor gaan.

De verplichting van NSI tot aflossing van de rekening-courant is een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd. Ingevolge art. 3:307 lid 2 loopt de verjaringstermijn van deze vordering van de dag volgend op die waartegen tot opeising wordt overgegaan. Deze vordering is derhalve nog niet verjaard.

10

De overige verweren van NSI worden verworpen. Uoti heeft zijn stellingen voldoende onderbouwd. Uoti heeft zijn vordering op Pinakel Holding B.V. door middel van het vonnis van de rechtbank Zutphen van 29 september 2004 voldoende aannemelijk gemaakt. In dat vonnis is Pinakel Holding B.V. veroordeeld tot betaling van € 17.099.112, uitvoerbaar bij

voorraad. Dat tegen het vonnis hoger beroep is ingesteld doet daaraan niet af. Uoti heeft het belang van de heropening van de vereffening voldoende toegelicht. Het verweer dat Uoti met het verzoek misbruik van procesrecht maakt, wordt door het hof op grond van afweging van de betrokken belangen verworpen.

11

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de bestreden beschikking dient te worden vernietigd. Het hof zal de vereffening heropenen en een vereffenaar alsmede een rechter-commissaris benoemen.

NSI wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties.

Naar boven

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, omdat het Hof recht heeft gedaan als omschreven in het dictum van de beroepen beschikking, ten onrechte, om de navolgende, zo nodig in onderling verband in aanmerking te nemen, redenen.

(...)

III. Klachten

Onderdeel 1

Subonderdeel a

1

Door te overwegen en te beslissen zoals het Hof heeft gedaan in r.o. 9, in het bijzonder door te overwegen dat '[u]it art. 2:256 BW volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders tot aanwijzing van een vertegenwoordiger nodig is (HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179)' (r.o. 9, derde zin), heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel heeft het zijn beslissing onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Voor zover het Hof met r.o. 9, derde zin, bedoeld heeft tot uitdrukking te brengen dat ook in het onderhavige geval, waarin NSI in haar hoedanigheid van bestuurder van Pinakel volgens art. 23 lid 2 van de statuten zoals deze destijds luidden ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd was Pinakel te vertegenwoordigen, een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing van NSI als vertegenwoordiger van Pinakel door de algemene vergadering van aandeelhouders ('*ava*') (dat wil zeggen: door NSI zelf) noodzakelijk was om NSI vertegenwoordigingsbevoegd te maken, geeft dit in het licht van art. 2:256 BW blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Gezien het bepaalde in art. 2:240 BW is een bestuurder ook in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen, mits het tegenstrijdig belang maar in de statuten is 'weggeschreven' en de *ava* geen andere persoon als vertegenwoordiger heeft aangewezen. Het is daartoe niet noodzakelijk, en de aan art. 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte brengt dat ook niet mee, dat de *ava* uitdrukkelijk afziet van het aanwijzen van een vertegenwoordiger. Althans is dit het geval in de situatie dat de *ava* op de hoogte was van de rechtshandeling (hetgeen in casu kan worden aangenomen omdat de bestuurder van Pinakel, NSI, enig aandeelhouder van Pinakel was) en geen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid een vertegenwoordiger aan te wijzen. Voor zover het Hof met r.o. 9, derde zin, iets anders heeft bedoeld dan hetgeen in de vorige drie zinnen uiteen is gezet of van andere feiten is uitgegaan dan hiervoor vermeld, heeft het Hof zijn beslissing onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is niet begrijpelijk waarom in dit geval een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders tot aanwijzing van een vertegenwoordiger nodig zou zijn. Dit geldt temeer nu art. 20 van de op 16 augustus 1999 geldende statuten van Pinakel[19.] bepaalde dat de *ava* ook buiten vergadering besluiten kon nemen. Voor zover het Hof zou hebben geoordeeld dat de akte waarin de schuld werd

overgenomen niet heeft te gelden als schriftelijk besluit buiten vergadering, is dit oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

Subonderdeel b

2

Gegrondbevinding van subonderdeel a brengt mee dat evenmin in stand kan blijven hetgeen het Hof vervolgens in r.o. 9 overweegt, dat '[n]aar voorlopig oordeel [...] Pinakel Holding B.V. zich op het ontbreken van bevoegdheid van NSI tot vertegenwoordiging [kan] beroepen' (r.o. 9, zevende zin). Dit oordeel is ook overigens rechtens onjuist omdat zelfs al had de ava van Pinakel uitdrukkelijk moeten besluiten tot het afzien van het aanwijzen van een andere vertegenwoordiger in verband met het tegenstrijdig belang van NSI, Pinakel zich niet jegens NSI op het ontbreken van een dergelijk uitdrukkelijk besluit kan beroepen, nu het tegenstrijdig belang in de statuten was 'weggeschreven'. Dit 'wegschrijven' brengt mee dat eventuele gebreken in de interne besluitvorming van de vennootschap waarvan de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft alleen interne werking hebben en niet aan de wederpartij kunnen worden tegengeworpen (waarbij niet ter zake doet, althans niet zonder meer beslissend is, of die wederpartij op de hoogte was of had behoren te zijn van het gebrek in de besluitvorming van de vennootschap).

Subonderdeel c

3

Gegrondbevinding van subonderdeel a en/of b brengt mee dat evenmin in stand kan blijven hetgeen het Hof vervolgens in r.o. 9 overweegt dat '[i]n het midden kan blijven of de statuten van Pinakel Holding op dat moment een voorziening kenden op grond waarvan NSI ondanks het tegenstrijdig belang toch bevoegd was om te vertegenwoordigen' omdat '[a]angenomen moet worden dat de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om een vertegenwoordiger aan te wijzen niet kan worden beperkt of geëlimineerd door statutair de eerste zin van art. 2:256 BW weg te schrijven.' Het Hof miskent dat het feit dat het bepaalde in art. 2:256, laatste volzin, BW van dwingend recht is niet betekent dat als de ava geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid een vertegenwoordiger aan te wijzen, de bestuurder met een tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, mits in de statuten maar de eerste zin van art. 2:256 BW is 'weggeschreven'. Om die reden had het Hof niet 'in het midden mogen laten' of de statuten van Pinakel een daartoe strekkende bepaling kenden.

Onderdeel 2

4

Door te overwegen en te beslissen zoals het Hof heeft gedaan in r.o. 9, in het bijzonder door te overwegen dat '[d]e mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen [...] niet door verjaring teloor [...] [kan] gaan' (tiende zin), heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Artikel 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d), BW, bepalende dat de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling (in andere gevallen dan bedoeld in art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (a) – (c), BW) verjaart drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan, is rechtstreeks althans analoog van toepassing op de bevoegdheid van een naamloze of besloten vennootschap om een beroep te doen op onbevoegde vertegenwoordiging door haar bestuurders. Het Hof heeft dit miskend.

IV. Uitwerking van en toelichting op onderdeel 1

Inleiding

1

De rechtsklachten uit onderdeel 1 nemen tot uitgangspunt dat een statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap toch

vertegenwoordigingsbevoegd is, geldig is. Een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing door de ava van die bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap is (derhalve) niet noodzakelijk om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken. Evenmin is het noodzakelijk dat de ava uitdrukkelijk besluit ondanks het tegenstrijdig belang van de bestuurder geen vertegenwoordiger aan te wijzen. Dat dit uitgangspunt juist is zal hierna worden toegelicht. Duidelijke tekst van art. 2:256 BW

2

In de eerste plaats vloeit de juistheid van het uitgangspunt dat een statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap toch vertegenwoordigingsbevoegd is, geldig is en een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing door de ava van die bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap (derhalve) niet noodzakelijk is om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken, voort uit de duidelijke tekst van art. 2:256 BW. Hierbij is van belang dat art. 2:256 BW een uitzondering vormt op de hoofdregel van art. 2:240 BW, dat een bestuurder bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen en daarom restrictief moet worden uitgelegd.

3

Artikel 2:256, eerste zin, BW bepaalt dat de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd wordt door commissarissen 'tenzij bij de statuten anders is bepaald'. In de statuten kan dus worden afgeweken van de tegenstrijdig-belangregeling die art. 2:256, eerste zin, BW geeft. Een afwijkende statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, toch vertegenwoordigingsbevoegd is, is dan ook geoorloofd op grond van art. 2:256, eerste zin, BW. Artikel 2:256, tweede zin, BW, dat van dwingend recht is, bepaalt dat de algemene vergadering in geval van een tegenstrijdig belang steeds een of meer andere personen mag aanwijzen als vertegenwoordiger. Met deze bepaling strookt een statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, toch vertegenwoordigingsbevoegd is eveneens. Deze tegenstrijdig-belangregeling laat de bevoegdheid van de ava om steeds een of meer andere personen aan te wijzen als vertegenwoordiger immers geheel onverlet.

4

Uit art. 2:256, tweede zin, BW kan niet worden afgeleid dat de vennootschap uitdrukkelijk moet beslissen geen gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid indien de vennootschap bij een rechtshandeling zal worden vertegenwoordigd door een bestuurder met een tegenstrijdig belang, ingeval de statuten bepalen dat deze bestuurder ondanks het tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.

5

Indien de Hoge Raad thans zou beslissen dat een statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap toch vertegenwoordigingsbevoegd is, ongeldig is en er (derhalve) een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing door de ava van die bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap noodzakelijk is om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken, zou dit neerkomen op een uitleg van art. 2:256 BW die in strijd is met haar duidelijke tekst.

Rechtspraak Hoge Raad

6

In de tweede plaats wekt het gezien de duidelijke tekst van art. 2:256 BW geen verbazing dat ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van art. 2:256 BW niet volgt dat in geval van een statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, toch vertegenwoordigingsbevoegd is, een uitdrukkelijk besluit van de ava nodig is om die bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd te maken.

7

Het Hof suggereert ten onrechte dat dit *wel* uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zou volgen door in de derde zin van nummer 9 van haar beschikking te overwegen dat '[u]it art. 2:256 BW volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders tot aanwijzing van een vertegenwoordiger nodig is' en daarbij te verwijzen naar het recente arrest van de Hoge Raad inzake *ABN AMRO Bank N.V./Dijkema*. [20.] Het Hof ziet eraan voorbij dat de casus die in *ABN AMRO Bank N.V./Dijkema* speelde fundamenteel anders lag dan de casus in de onderhavige zaak. In *ABN AMRO Bank N.V./Dijkema* ging het — vereenvoudigd weergegeven — om een geval waarin de statuten van een vennootschap de tegenstrijdig belang regeling uit art. 2:256, eerste zin, BW herhaalden, zodat de commissarissen in geval van tegenstrijdig belang bevoegd waren en de bestuurders in dat geval vertegenwoordigingsonbevoegd waren. De statuten bepaalden verder — volledig in lijn met art. 2:256, tweede zin, BW — dat de ava steeds bevoegd was een of meer andere personen aan te wijzen als vertegenwoordiger. Ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang gingen de bestuurders namens de vennootschap kredietovereenkomsten aan met de bank. Gezien de statutaire tegenstrijdig-belangregeling waren de bestuurders onbevoegd deze overeenkomsten aan te gaan. In *ABN AMRO Bank N.V./Dijkema* leidde de statutaire tegenstrijdig-belangregeling dus tot vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de bestuurders, zodat een uitdrukkelijk besluit van de ava tot aanwijzing van de bestuurders als vertegenwoordigers van de vennootschap noodzakelijk zou zijn geweest om hen vertegenwoordigingsbevoegd te maken. Dit gegeven levert uiteraard een essentieel verschil op met de onderhavige casus, waarin de statutaire tegenstrijdig-belangregeling juist leidde tot vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurder NSI, zodat de bestuurders in dat geval een uitdrukkelijke aanwijzing van NSI als vertegenwoordiger van Pinakel door de ava (dat wil zeggen: door NSI zelf) natuurlijk niet nodig was om NSI vertegenwoordigingsbevoegd te maken.

8

Ook de casus die speelde in het arrest van de Hoge Raad inzake *Duplicado* [21.] lag fundamenteel anders dan de casus in het onderhavige geval. In het *Duplicado*-arrest ging het — vereenvoudigd weergegeven — om een geval waarin de statuten bepaalden dat indien de vennootschap een rechtshandeling zou verrichten met de bestuurder in privé, zij vertegenwoordigd zou worden door een door de ava aangewezen persoon. Ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang tekende de bestuurder een hoofdelijkheidsverklaring ten behoeve van zichzelf in privé. Gezien de statutaire tegenstrijdig-belangregeling was de bestuurder onbevoegd deze hoofdelijkheidsverklaring aan te gaan. Anders dan in het onderhavige geval (maar evenals in *ABN AMRO Bank N.V./Dijkema*) leidde de statutaire tegenstrijdig-belangregeling in *Duplicado* dus tot vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de bestuurder, zodat een uitdrukkelijk besluit van de ava tot aanwijzing van de bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap uiteraard noodzakelijk zou zijn geweest om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken.

9

Uit *Duplicado* en *ABN AMRO Bank N.V./Dijkema* volgt dan ook niet dat in geval van een statutaire regeling die bepaalt dat een bestuurder ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, een uitdrukkelijk besluit van de ava nodig is om die bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd te maken als zich een tegenstrijdig belang voordoet. Uit deze uitspraken valt slechts af te leiden dat *als* de ava een vertegenwoordiger besluit aan te wijzen, dit uitdrukkelijk dient te geschieden.[22.]

10

Ook uit de overige jurisprudentie van de Hoge Raad inzake tegenstrijdig belang volgt niet dat in geval van een statutaire tegenstrijdig-belangregeling die bepaalt dat een bestuurder ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te

vertegenwoordigen, een uitdrukkelijk besluit van de ava nodig is om die bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd te maken.[23.]

Literatuur

11

In de derde plaats wekt het gezien de duidelijke tekst van art. 2:256 BW evenmin verbazing dat de rechtsgeleerde schrijvers (vrijwel) unaniem van mening zijn dat een statutaire tegenstrijdig belang regeling die bepaalt dat een bestuurder ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen, geldig is, zodat een uitdrukkelijke aanwijzing door de ava van de bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap in dat geval niet noodzakelijk is om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken.[24.]

12

Zie in dezelfde zin het rapport van de *Expertgroep vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*:

‘De ratio van art. 2:256 BW is het risico te vermijden dat de bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap en onderneming, bij de belangenafweging mogelijkerwijs te zeer zijn persoonlijk belang laat overwegen. In de statuten kan van dit uitgangspunt worden afgeweken en bijvoorbeeld worden bepaald dat de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap toch vertegenwoordigingsbevoegd is. De algemene vergadering van aandeelhouders is evenwel steeds bevoegd om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bevoegdheid kan niet in de statuten worden ‘weggeschreven’.[25.]

Praktijk

13

In de vierde plaats zal het gezien al het bovenstaande geen verbazing wekken dat in de (notariële) praktijk uit wordt gegaan van de geldigheid van de statutaire bepaling dat een bestuurder ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd is. Deze bepaling komt in de praktijk dan ook op grote schaal voor.[26.] Als de Hoge Raad thans ineens zou oordelen dat deze bepaling niet tot gevolg heeft dat een bestuurder ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, zodat een uitdrukkelijke aanwijzing door de ava van de bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap noodzakelijk zou zijn om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken, zou dit ernstige rechtsonzekerheid meebrengen. Ten aanzien van allerlei transacties waarvan tot dusver werd aangenomen dat het bestuur de vennootschap ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegdelyk had vertegenwoordigd zou alsdan immers het risico van aantastbaarheid ontstaan. De Hoge Raad zou het handelsverkeer daar bepaald geen dienst mee bewijzen.

Komend recht

14

In de vijfde plaats heeft de *Expertgroep vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht* een nieuwe tekst voor art. 2:256 BW voorgesteld waarin een tegenstrijdig belang ter wille van de rechtszekerheid in het handelsverkeer (anders dan in de huidige regeling) geen externe werking heeft, maar slechts interne werking:

- ‘1. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, voorafgaande goedkeuring vereist van de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen orgaan. Het ontbreken van de goedkeuring kan niet aan een derde worden tegengeworpen.
2. Indien de goedkeuring wordt verleend door een ander orgaan dan de algemene vergadering, wordt de verleende goedkeuring aan de algemene vergadering schriftelijk

meegedeeld, uiterlijk in de eerste algemene vergadering die na afloop van het boekjaar wordt gehouden.[27.]

15

De literatuur heeft instemmend gereageerd op de afschaffing van de externe werking van tegenstrijdig belang.[28.] Verwacht mag daarom worden dat binnen niet al te lange tijd een wetsvoorstel zal worden ingediend waarin het voorstel van de expertgroep wordt gevolgd.[29.] Deze ontwikkeling zou voor de Hoge Raad nog een extra argument moeten opleveren om thans te oordelen dat een statutaire tegenstrijdig-belangregeling die bepaalt dat een bestuurder ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, geldig is, zodat een uitdrukkelijke aanwijzing door de afdeling van de bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap in dat geval niet noodzakelijk is om hem vertegenwoordigingsbevoegd te maken, omdat de Hoge Raad aldus de externe werking van het huidige art. 2:256 BW in elk geval niet nodeloos uitbreidt.[30.]

16

De motiveringsklacht van subonderdeel 1a spreekt voor zich en behoeft geen nadere toelichting.

V. Uitwerking van en toelichting op onderdeel 2

Inleiding

17

Onderdeel 2 neemt tot uitgangspunt dat een beroep door een naamloze of besloten vennootschap op onbevoegde vertegenwoordiging door haar bestuurders een beroep op de vernietiging van de onbevoegdlijk gestelde rechtshandeling inhoudt, althans dat een zodanig beroep een zeer grote mate van verwantschap vertoont met een beroep op vernietiging, zodat art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d), BW, bepalende dat de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling (in andere gevallen dan bedoeld in art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (a)–(c), BW) verjaart drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan, rechtstreeks althans analoog van toepassing is op de bevoegdheid van een naamloze of besloten vennootschap om een beroep te doen op onbevoegde vertegenwoordiging door haar bestuurders.

18

Onderdeel 2 behoeft strikt genomen slechts aan de orde te komen als onderdeel 1 mocht falen. Echter, ook als onderdeel 1 slaagt zou de praktijk met een uitdrukkelijke beslissing op onderdeel 2 zijn gediend, nu er veelvuldig over vertegenwoordigingsonbevoegdheid in verband met een tegenstrijdig belang wordt geprocedeerd.

Art. 3:52 lid 1, aanhef en sub (d), BW rechtstreeks van toepassing

19

Over het rechtskarakter van rechtshandelingen die bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen onbevoegdlijk hebben verricht bestaat in de literatuur enige onduidelijkheid. Sommige schrijvers bepleiten dat een dergelijke rechtshandeling op zichzelf genomen geldig is.[31.] Anderen nemen aan dat de rechtshandeling ongeldig is.[32.] Volgens weer andere schrijvers is de rechtshandeling nietig[33.] of vernietigbaar[34.].

20

Het aanmerken van door bestuurders van naamloze of besloten vennootschappen onbevoegdlijk verrichte rechtshandelingen als geldig ligt naar het oordeel van NSI niet erg voor de hand, omdat dan niet goed tot uitdrukking komt dat er wel degelijk een gebrek kleeft aan de rechtshandeling. Het ligt ook niet voor de hand de rechtshandeling aan te merken als ongeldig of nietig. Als een zodanige rechtshandeling ongeldig of nietig zou zijn, zou de consequentie moeten zijn dat de naamloze of besloten vennootschap en de wederpartij van meet af aan niet gebonden zijn. In geval van onbevoegde vertegenwoordiging door bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen geldt echter dat alleen de

(curator[35.] of de vereffenaar van de) naamloze of besloten vennootschap zich op de onbevoegdheid kan beroepen (zie art. 2:130/240 lid 3, tweede zin, BW), zodat de wederpartij eenzijdig gebonden is totdat de vennootschap zich op de onbevoegdheid beroept. Het aanmerken van de onbevoegdelijk verrichte rechtshandeling als vernietigbaar ligt daarom het meest in de rede.

21

Wat er van de onduidelijkheid in de literatuur ten aanzien van het rechtskarakter van rechtshandelingen die bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen onbevoegdelijk hebben verricht ook zij, uit de rechtspraak van de Hoge Raad leidt NSI af dat naar geldend recht moet worden aangenomen dat een zodanige rechtshandeling vernietigbaar is. Zie het *Joral*-arrest, waarin de Hoge Raad overweegt dat in geval van onbevoegde vertegenwoordiging wegens een tegenstrijdig belang de vennootschap ‘de nietigheid van de overeenkomst’ (dat wil zeggen: de vernietigbaarheid[36.]) kan inroepen.[37.] Artikel 3:52 lid 1, aanhef en sub (d), BW is naar NSI meent rechtstreeks van toepassing op het doen van een beroep op onbevoegde vertegenwoordiging. Het Hof heeft dat miskend.

Art. 3:52 lid 1, aanhef en sub (d), BW analoog van toepassing

22

Voor zover de Hoge Raad zou oordelen dat een beroep door de vennootschap op onbevoegde vertegenwoordiging door haar bestuurders iets anders inhoudt dan een beroep op de vernietigbaarheid van de onbevoegdelijk verrichte rechtshandeling, ligt het op grond van de navolgende redenen voor de hand om art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d), BW dan tenminste analoog toe te passen.[38.]

23

In de eerste plaats is analoge toepassing van art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d), BW gerechtvaardigd omdat alleen de (curator[39.] of de vereffenaar van de) naamloze of besloten vennootschap zich op de onbevoegde vertegenwoordiging door haar bestuurders kan beroepen (zie art. 2:130/240 lid 3, tweede zin, BW). Dit beroep staat derhalve niet open voor de wederpartij: hij is eenzijdig gebonden totdat de vennootschap zich op de onbevoegdheid beroept. Er bestaat aldus grote verwantschap met de vernietigbare rechtshandeling, waarvoor geldt dat zij partijen bindt totdat zij vernietigd wordt.[40.]

24

In de tweede plaats ligt analoge toepassing van art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d) BW voor de hand, omdat dit leidt tot een verjaringstermijn van drie jaar. Deze verjaringstermijn ex art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d) BW geldt al zonder meer bij de vernietiging ex art. 2:7 BW (doeloverschrijding) en art. 2:94c/204c BW (*Nachgründung*). Deze artikelen hebben, evenals art. 2:130/240 BW, betrekking op vertegenwoordigingssituaties. Het ligt dan voor de hand om de verjaringstermijn van drie jaar ook te laten gelden voor de op vernietiging gelijkende gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging ex art. 2:130/240 BW zoals in casu.[41.]

25

In de derde plaats wordt analoge toepassing van art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d) BW blijkens art. 3:59 BW buiten het vermogensrecht voor mogelijk gehouden. Als analoge toepassing zelfs *buiten* het vermogensrecht mogelijk is, ontmoet het geen principiële bezwaren om art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d) BW ook in gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging door bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen, dat wil zeggen: *binnen* het vermogensrecht, analoog toe te passen.

26

In de vierde plaats is analoge toepassing van art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d), BW wenselijk in verband met de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid. Immers, indien de Hoge Raad zou oordelen dat art. 3:52 lid 1, aanhef, en sub (d), BW zelfs niet analoog van toepassing is op een beroep door een naamloze of besloten vennootschap op onbevoegde

vertegenwoordiging door haar bestuurders, dan zou een beroep hierop bij gebreke van een andere rechtstreeks of analoog van toepassing zijnde verjaringstermijn nooit kunnen verjaren.

Conclusie

27

Als onderdeel 2 slaagt staat vast dat Pinakel zich er niet meer op kan beroepen dat zij in de notariële akte d.d. 16 augustus 1999 bij het geven van toestemming voor de overname van de rekening-courantschuld van NSI jegens Pinakel door Interglobia Investments onbevoegdlijk is vertegenwoordigd door NSI in haar hoedanigheid van enig bestuurder van Pinakel. Uit art. 3:52, lid 1, aanhef en sub (d) BW vloeit (rechtstreeks danwel *per analogiam*) voort dat de bevoegdheid van Pinakel om zich op onbevoegde vertegenwoordiging te beroepen verjaart drie jaren nadat die bevoegdheid aan Pinakel ten dienste is komen te staan. Vanaf het moment van de overgang van de rekening-courantschuld op 16 augustus 1999 was geen sprake meer van het door Uoti q.q. gestelde tegenstrijdig belang, omdat NSI per die datum geen bestuurder meer was van Pinakel.[42.] De bevoegdheid om een beroep te doen op onbevoegde vertegenwoordiging is Pinakel (dan ook) per 16 augustus 1999 ten dienste komen te staan en is drie jaren nadien — op 16 augustus 2002 — ook weer verjaard. Pinakel kan zich daarom niet meer jegens NSI beroepen op onbevoegde vertegenwoordiging. Dit houdt in dat er vanuit moet worden gegaan dat Pinakel in de notariële akte d.d. 16 augustus 1999 bij het geven van toestemming voor de overname van de rekening-courantschuld van NSI jegens Pinakel door Interglobia Investments bevoegdlijk is vertegenwoordigd door NSI in haar hoedanigheid van enig bestuurder van Pinakel. De overname van de rekening-courantschuld heeft op de voet van art. 6:155, tweede zin, BW in elk geval sinds 16 augustus 2002 werking jegens Pinakel. Vanaf in elk geval deze datum heeft Pinakel derhalve een rekening-courantvordering op Interglobia Investments en niet langer op NSI.

VI. Voortbouwende overwegingen en beslissingen

28

Als onderdeel 1 dan wel 2 slaagt, kunnen op de alsdan vernietigde overweging(en) en beslissing(en) voortbouwende overwegingen en beslissingen (uiteraard) niet in stand blijven.

Het gaat daarbij (onder meer) om

- (i) r.o. 8, in het bijzonder r.o. 8, tweede zin, waarin wordt overwogen dat ‘het hof van oordeel [is] dat het verzoek tot heropening van de vereffening moet worden toegewezen’,
- (ii) r.o. 10, in het bijzonder r.o. 10, vijfde zin, waarin wordt overwogen dat ‘Uoti [...] het belang van de heropening van de vereffening voldoende [heeft] toegelicht’,
- (iii) r.o. 11, eerste zin, waarin is beslist dat ‘de bestreden beschikking dient te worden vernietigd’,
- (iv) r.o. 11, tweede zin, waarin is beslist dat ‘[h]et hof [...] de vereffening [zal] heropenen en een vereffenaar alsmede een rechter-commissaris benoemen’, en
- (v) r.o. 11, derde zin, waarin is beslist dat ‘NSI [...] als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld [wordt] in de kosten van de procedure in beide instanties’.

Op bovenstaande gronden verzoekt NSI de Hoge Raad de bestreden beschikking te vernietigen met zodanige afdoening als de Hoge Raad zal vermenen te behoren, kosten rechtens.

Ten slotte is aan dit verzoekschrift een lijst met aangehaalde jurisprudentie, kamerstukken en literatuur gehecht.

Naar boven

Conclusie A-G mr. Timmerman:

1. Feiten[1.]

1.1

NSI was in de periode van 2 oktober 1997 tot 16 augustus 1999 enig aandeelhouder en bestuurder van Pinakel Holding B.V. (hierna: Pinakel).[2.]

1.2

Bij notariële akte[3.] heeft NSI op 16 augustus 1999 alle aandelen in Pinakel verkocht en overgedragen aan Interglobia Investments B.V. (hierna: Interglobia). NSI had ten tijde van de verkoop van de aandelen een schuld in rekening-courant aan Pinakel van ruim fl 60.000.000. Interglobia heeft deze schuld bij de overdracht van de aandelen van NSI overgenomen bij wijze van koopprijs voor de aandelen in Pinakel. NSI, handelend als enig bestuurder van Pinakel, heeft in voormelde notariële akte goedkeuring verleend voor de schuldoverneming. Deze schuld is nooit afgelost.

1.3

Art. 23 lid 2 van de statuten van Pinakel luidde op 16 augustus 1999:

‘Ook in de gevallen, waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang met een directeur heeft, is die directeur tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd.[4.]

1.4

Op 13 oktober 2004 is Interglobia door de kamer van koophandel ontbonden; Pinakel is op 16 november 2004 ontbonden en direct opgehouden te bestaan.

2. Procesverloop

2.1

Op 2 augustus 2005 heeft Uoti de rechtbank 's-Gravenhage verzocht de vereffening van Pinakel te heropenen op voet van art. 2:23c BW. Uoti heeft daartoe onder andere gesteld dat Pinakel bij vonnis van 19 mei 2004 van de rechtbank Zutphen is veroordeeld om aan Uoti een bedrag van € 17.099.112 te betalen. Dit vonnis is ten aanzien van Pinakel in kracht van gewijsde gegaan.[5.] Tevens heeft Uoti gesteld dat Pinakel een nog te realiseren bate heeft in de vorm van een vordering op NSI, waaruit de vordering van Uoti op Pinakel zou kunnen worden voldaan.[6.]

2.2

Op 22 september 2005 heeft NSI als belanghebbende een verweerschrift ingediend.

2.3

De rechtbank heeft het verzoek op 10 november 2005 om thans niet ter zake doende gronden afgewezen.

2.4

Uoti heeft hoger beroep ingesteld onder aanvoering van vier grieven. Uoti heeft onder andere gesteld dat er sprake was van tegenstrijdig belang ten aanzien van de schuldovername door Interglobia van NSI. Pinakel, vertegenwoordigd door haar enig bestuurder NSI, heeft in voormelde notariële akte goedkeuring verleend voor de schuldoverneming door Interglobia van NSI. Omdat een expliciet aanwijzingsbesluit ontbrak, was Pinakel niet rechtsgeldig vertegenwoordigd, aldus nog steeds Uoti. Op deze onbevoegde vertegenwoordiging kan Pinakel, althans kunnen haar vereffenaars, een beroep doen. Een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid zou ertoe leiden dat de vordering van Pinakel op NSI niet rechtsgeldig is overgegaan op Interglobia en dat Pinakel haar vordering ad ruim NLG 60.000.000 op NSI zou kunnen verhalen.

2.5

NSI heeft het appèl bestreden. Partijen hebben vervolgens nog adviezen m.b.t. het tegenstrijdig belang, geschreven door Huizink, respectievelijk Mohr, overgelegd.

2.6

Bij beschikking van 17 oktober 2006 heeft het hof de beschikking van de rechtbank vernietigd, de vereffening heropend en een vereffenaar benoemd. Het Hof overweegt onder andere:

‘8

Het hof stelt voorop dat de vraag of het bestaan van de door Uoti gestelde bate voldoende aannemelijk is geworden, met terughoudendheid dient te worden getoetst.

Met inachtneming van dit uitgangspunt is het hof van oordeel dat het verzoek tot heropening van de vereffening moet worden toegewezen. Dit oordeel berust op de volgende overwegingen.

9

NSI was naast bestuurder ook enig aandeelhouder van Pinakel Holding B.V. De belangen van Pinakel Holding B.V. bij de schuldovertrek liepen niet parallel met die van haar aandeelhouder/bestuurder NSI.

Uit art. 2:256 BW volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders tot aanwijzing van een vertegenwoordiger nodig is (HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179).

Als gesteld en niet betwist staat vast dat NSI niet in verband met de aanwezigheid van tegenstrijdig belang bij aandeelhoudersbesluit een vertegenwoordiger heeft aangewezen. Evenmin kan op grond van stilzwijgende goedkeuring van NSI als aandeelhouder, die volgens NSI uit de akte van overdracht valt af te leiden, zonder meer aangenomen worden dat het onbevoegd handelen bekrachtigd is. Uit de aan art. 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Naar voorlopig oordeel kan Pinakel Holding B.V. zich op het ontbreken van de bevoegdheid van NSI tot vertegenwoordiging beroepen.

In het midden kan blijven of de statuten van Pinakel Holding op dat moment een voorziening kenden op grond waarvan NSI ondanks het tegenstrijdig belang toch bevoegd was om te vertegenwoordigen. Aangenomen moet worden dat de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om een vertegenwoordiger aan te wijzen niet kan worden beperkt of geëlimineerd door statutair de eerste zin van art. 2:256 BW weg te schrijven.

De mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen kan niet door verjaring teloor gaan.

De verplichting van NSI tot aflossing van de rekening-courant is een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd. Ingevolge art. 3:307 lid 2 loopt de verjaringstermijn van deze vordering van de dag volgend op die waartegen tot opeising wordt overgegaan. Deze vordering is derhalve nog niet verjaard.'

2.7

NSI heeft tijdig[7.] cassatie ingesteld. Uoti heeft het cassatieberoep bestreden.

3. Bespreking van het middel

Inleiding

3.1

Het cassatieberoep heeft inhoudelijk betrekking op tegenstrijdig belang, maar speelt zich af in een bijzondere context. Het gaat hier om een verzoek tot heropening van de vereffening waartegen een belanghebbende zich verzet. Voor toewijzing van dit verzoek is voldoende dat de door Uoti gepretendeerde vordering en/of bate voldoende aannemelijk is om toewijzing van het verzoek te rechtvaardigen. Volgens de Hoge Raad dient de rechter met terughoudendheid te toetsen of aan dit vereiste is voldaan.[8.] Blijkens rov. 8 heeft het hof dit uitgangspunt aan zijn beschikking ten grondslag gelegd. Ik meen dat dit uitgangspunt niet in de weg staat aan (volledige) toetsing in cassatie van de rechtsvragen die in deze procedure aan de orde worden gesteld.

3.2

In rov. 9 van de bestreden beschikking ligt besloten dat er bij de litigieuze transactie sprake was van tegenstrijdig belang. Dit oordeel wordt in cassatie niet bestreden. Daarom is niet aan de orde de vraag of 's Hof's beschikking van 17 oktober 2006 in overeenstemming is met de maatstaf voor de vaststelling van tegenstrijdig belang zoals geformuleerd in het arrest *Bruil-Kombex* van 29 juni 2007.[9.]

3.3

Het middel stelt twee andere kwesties aan de orde. Onderdeel 1 handelt over de verhouding tussen de eerste en tweede zin van art. 2:256 BW in de situatie waarin de eerste zin van art. 2:256 BW in de statuten is ‘weggeschreven.’ Onderdeel 2 betreft de vraag of een vordering tot vernietiging van een rechtshandeling waarbij de vennootschap als gevolg van een tegenstrijdig belang onbevoegd werd vertegenwoordigd kan verjaren op grond van (analoge toepassing van) art. 3:52 BW lid 1, aanhef en sub d BW. Voorafgaand aan de behandeling van Onderdeel 1 maak ik enkele inleidende opmerkingen.

Verhouding art. 2:256 BW eerste en tweede zin.

3.4

Het huidige art. 2:256 BW vertoont sterke gelijkenis met art. 51 K (oud). Afgezien van de vervanging van ‘akte van oprichting’ door ‘statuten,’ zijn de beide artikelen in essentie gelijk.[10.] Om die reden kan de parlementaire geschiedenis bij art. 51 K (oud) ook van belang zijn bij de uitleg van art. 2:256 BW. Art. 51 K (oud) luidde:

‘Tenzij bij de akte van oprichting anders is bepaald, wordt de naamloze vennootschap in alle gevallen, waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De aalgemenevergadering is steeds bevoegd één of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

3.5

Blijkens de MvT bij dit artikel is er volgens de minister onvoldoende reden om de vertegenwoordigingsbevoegdheid dwingend aan de commissarissen toe te kennen:

‘De regel, dat de naamloze vennootschap door haar bestuur in en buiten rechten wordt vertegenwoordigd, moet noodzakelijk uitzondering lijden waar het geldt rechtshandelingen, door de vennootschap met een of meer der bestuurders aan te gaan, of een rechtsgeding, tegen een bestuurder te voeren.[11.] Deze taak schijnt eigenaardig die van commissarissen te zijn, het college dat geroepen is om toezicht te houden op het bestuur (...). Er bestaat intussen, naar het wil voorkomen, geen voldoende reden om die exceptionele vertegenwoordiging der vennootschap tegen een of meerderen harer bestuurders steeds, bij dwingende rechtsbepaling aan het college van commissarissen op te dragen. Integendeel.[12.]

3.6

Onlangs heeft de Hoge Raad heeft het regelende karakter van art. 2:256 BW nog eens met zo veel woorden bevestigd. Uw Raad overweegt in rov. 3.9 van het arrest Bruil/Kombex dat ‘het voorschrift van art. 2:256, eerste zin, BW van regelend recht is en dienaangaande ruimte laat voor een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten.’ In de literatuur worden drie manieren onderscheiden waarop bij statuten van de eerste zin kan worden afgeweken: ten eerste kan de bepaling geheel worden weggeschreven, zoals in de onderhavige zaak in art. 23, lid 2 van de statuten van Pinakel is geschied. De statuten kunnen ook bepalen dat andere personen dan de commissarissen (bijvoorbeeld de overige bestuurders) bevoegd zijn tot vertegenwoordiging. Ten derde kan voor wat betreft de eerste zin van art. 2:256 BW een andere invulling worden gegeven aan het begrip tegenstrijdig belang.

3.7

Deze driedeling wordt ook door Maeijer gemaakt:

‘De art. 146 en 256 bevatten in de eerste zin een regel van aanvullend recht. De statuten kunnen de regel overnemen doch ook geheel of gedeeltelijk terzijde stellen. Het komt nogal eens voor dat de vertegenwoordiging van commissarissen statutair uitsluitend wordt voorgeschreven in de gevallen van een overeenkomst of procedure tussen de vennootschap en bestuurder in privé; het indirect persoonlijk belang valt dan buiten deze regeling. (...)

Mogelijk is ook dat de statuten een eigen regeling geven van het tegenstrijdig belang waarbij het aanbeveling verdient zoveel mogelijk concreet aan te geven wat men onder tegenstrijdig belang verstaat. (...) Ook indien de statuten de tegenstrijdige belangregeling van art. 146 en

256 elimineren, kunnen bepaalde transacties verricht met tegenstrijdig belang, onder omstandigheden op grond van onrechtmatige daad worden teruggedraaid. (...) Vrij gebruikelijk is een statutaire bepaling waarbij de vertegenwoordiging wordt opgedragen aan een andere bestuurder of aan een door de raad van commissarissen aangewezen commissaris.[13.]

Buijn en Storm schrijven in dit verband nog:

‘De wet laat (...) toe in de statuten van deze regeling art. 2:256, eerste zin — LT af te wijken, iets wat in de praktijk veelvuldig voorkomt. Veel statuten bepalen dat in geval van een tegenstrijdig belang de overige bestuurders bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen. Zelfs kan bepaald worden dat indien het tegenstrijdig belang een met name genoemde bestuur aangaat — bijv. de oprichter — hij bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Voorts rijst de vraag of de statuten het toepassingsgebied van de tegenstrijdigbelangregeling mogen inkaderen. Wij menen dat deze vraag bevestigend beantwoord kan worden. De statuten zijn kenbaar aan alle bij de vennootschap betrokkenen en indien de statuten een dergelijke inkadering kennen, dient zij te kunnen werken ten opzichte van alle betrokkenen.[14.]

3.8

De tweede zin van art. 2:256 is van dwingend recht. Ik meen dat het dwingend karakter daarvan volgt uit de MvT bij het oude art. 51 K (aanvankelijk art. 51e K):

‘Het kan voorkomen dat tussen directie en commissarissen zulke nauwe vriendschapsbanden blijken te bestaan, dat het college van commissarissen allerminst geacht kan worden de aangewezen lieden te bevatten om met kracht tegen het bestuur op te treden. De algemene vergadering moet op dezen grond steeds de bevoegdheid hebben — wat de akte van oprichting ook dienaangaande moge bepalen — om andere personen dan de commissarissen met de vertegenwoordiging der vennootschap tegenover het bestuur te belasten.[15.]

3.9

In navolging van de conclusie van het huidig lid van Uw Raad, Bakels,[16.] heeft de Hoge Raad in het Joral-arrest buiten twijfel gesteld dat de tweede zin van art. 124 WvKNA (en daarmee eveneens de tweede zin van de hiermee overeenstemmende art. 2:146 en 2:256 BW) van dwingend recht is:

‘3.5.2

(...) Indien een vennootschap (...) geen raad van commissarissen heeft, is de algemene vergadering van aandeelhouders ingevolge de tweede volzin van art. 124 WvKNA (art. 2:146 BW) bevoegd om in gevallen van tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht. Gezien de reeds gereleveerde strekking van genoemde bepalingen, zal in het algemeen op het bestuur de plicht rusten om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. (...)’

3.10

Waar in de MvT bij art. 51 K de rechtvaardiging voor de dwingende aanwijzingsbevoegdheid nog werd gevonden in mogelijk bestaande nauwe vriendschapsbanden tussen bestuur en raad van commissarissen, overweegt de Hoge Raad in het Joral-arrest dat de tweede zin van dwingend recht is in de situatie waarin er geen raad van commissarissen is. Gezien de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis bij art. 51 K meen ik dat de zinsnede uit het Joral-arrest indien een vennootschap geen raad van commissarissen heeft in zoverre geen zelfstandige betekenis heeft, dat de algemene vergadering ook een aanwijzingsbevoegdheid heeft indien er wel een raad van commissarissen is.[17.]

3.11

Uit het Graphics-arrest blijkt vervolgens dat uit de aan art. 2:256 ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk

besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is.[18.]

3.12

Bij het vaststellen van de betekenis van het Joral- en het Graphics-arrest voor de onderhavige zaak, is van belang dat in beide gevallen de bestuurder op grond van de statuten vertegenwoordigingsbevoegd was.[19.] De statuten van Graphics bepaalden dat, indien de vennootschap een rechtshandeling verricht met, of een rechtsgeding voert tegen de enige directeur, zij wordt vertegenwoordigd door een door de algemene vergadering aangewezen persoon.[20.] Het hof had geoordeeld dat zich een dergelijke situatie voordeed. Dit oordeel werd in cassatie niet bestreden.[21.] In beide zaken geldt daarom dat de handelend bestuurder op grond van de statuten niet bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen. In dit opzicht verschillen de beide casus van de onderhavige, waarin het tegenstrijdig belang in de statuten geheel is weggeschreven met het gevolg dat de betrokken bestuurder in ieder geval op het eerste gezicht volgens de statutaire regeling wel vertegenwoordigingsbevoegd lijkt te zijn ondanks de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang.

3.13

De vraag welke betekenis aan de tweede zin toekomt in de situatie waarin de eerste zin is weggeschreven kan daarom niet aan de hand van de Joral- en Graphics-arresten worden beantwoord. Mogelijk is een begin van een antwoord gegeven door rov. 3.7 van Bruil/Kombex:

‘Op grond van het bovenstaande zal, *bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten* [curs. LT], een beroep op art. 2:256 ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder (...) tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van (...) omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.’

3.14

Strikt genomen zegt de Hoge Raad niets over de situatie waarin de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft en die op grond van de statuten vertegenwoordigingsbevoegd is, maar heeft nagelaten de algemene vergadering in de gelegenheid te stellen een bijzondere vertegenwoordiger aan te stellen. De Hoge Raad maakt wel een voorbehoud in de door mij gecursiveerde passage. Voortbouwend op deze lijn meen ik dat deze bestuurder inderdaad vertegenwoordigingsbevoegd is. Een andere opvatting zou er namelijk toe leiden dat het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin het regelend karakter aan de eerste zin zou ontnemen.

3.15

Het bovenstaande laat onverlet dat de in par. 3.9 aangehaalde overweging uit het Joral-arrest ook geldt indien de bestuurder op grond van een afwijkende statutaire bepaling vertegenwoordigingsbevoegd is.[22.] Ook indien het tegenstrijdig belang geheel is weggeschreven, zal in het algemeen op het bestuur de plicht rusten om de algemene vergadering zo tijdig te informeren, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Een andere opvatting zou meebrengen dat de tweede zin opzij zou worden gezet in de gevallen waarin de eerste zin in de statuten is weggeschreven. De facto zou daarmee de tweede zin van regelend recht worden, hetgeen in tegenspraak zou zijn met de rechtspraak van Uw Raad. Men zou kunnen tegenwerpen dat de Hoge Raad een voorbehoud heeft gemaakt door te overwegen dat in het algemeen op het bestuur de plicht rust om de algemene

vergadering tijdig te informeren.[23.] Ik lees in het Joral-arrest niet dat de Hoge Raad deze situatie op het oog heeft gehad. Het ligt m.i. niet voor de hand dat de algemeen geformuleerde regel uit het Joral-arrest niet van toepassing zou zijn op de zeer vele vennootschappen in wier statuten de tegenstrijdig belangregeling is weggeschreven.

3.16

Het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin brengt n.m.m. ook mee dat het bereik ervan niet kan worden beperkt door het begrip tegenstrijdig belang in de statuten beperkt te formuleren. Dit kan wel tot de ingewikkelde situatie leiden dat een vennootschap met twee afwijkende tegenstrijdig belangbegrippen te maken krijgt: enerzijds geldt voor de toepassing van de tweede zin steeds het wettelijke begrip zoals laatstelijk uitgelegd in Bruil/Kombex. Anderzijds kan het begrip tegenstrijdig belang voor wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid in de statuten afwijkend worden gedefinieerd. Dit probleem is naar mijn indruk niet omvangrijk sinds de Hoge Raad in het Bruil-arrest heeft gekozen voor een beperkt materieel tegenstrijdig belangbegrip. Ik vermoed dat als gevolg van dit arrest de behoefte om afwijkende tegenstrijdig belang-definities in de statuten op te nemen zal afnemen. De begrippen direct, indirect, formeel of kwalitatief tegenstrijdig belang zijn door dit arrest in zekere zin achterhaald. Indien vennootschappen kiezen voor een afwijkende regeling, zal dit, naar ik vermoed, meestal neerkomen op het geheel wegschrijven van de eerste zin.

3.17

Voor wat betreft de wijze waarop een bijzondere vertegenwoordiger moet worden aangewezen kan worden aangesloten bij het Graphics-arrest.[24.] De Hoge Raad heeft zonder voorbehoud overwogen dat het aanwijzen van een bijzondere vertegenwoordiger uitdrukkelijk moet geschieden en dat een impliciet besluit daartoe onvoldoende is. In het geval van Graphics ging het, net als in de onderhavige zaak om een directeur enig aandeelhouder. De beide zaken verschillen weliswaar in zoverre, dat de bestuurder van Graphics op grond van de statuten niet vertegenwoordigingsbevoegd was. Maar dit verschil heeft betrekking op de eerste zin van art. 2:256 BW en is m.i. zonder belang voor de toepassing van de tweede zin. Ik zie daarom niet in waarom in het onderhavige geval een impliciet aanwijzingsbesluit voldoende zou zijn. De wet noch de strekking ervan vereist m.i. overigens dat de algemene vergadering uitdrukkelijk afziet van het benoemen van een bijzondere vertegenwoordiger. Blijkens het Joral-arrest is voldoende dat de bestuurder de algemene vergadering in de gelegenheid stelt een vertegenwoordiger aan te wijzen. Dit brengt mee dat het Graphics-arrest van beperkte betekenis is voor de vennootschap met een directeur/enig aandeelhouder die op grond van de statuten vertegenwoordigingsbevoegd is in geval van tegenstrijdig belang. Immers dan kan de directeur geacht worden zichzelf steeds in de gelegenheid te hebben gesteld een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Indien de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder in geval van tegenstrijdig belang nalaat de algemene vergadering in de gelegenheid te stellen een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen, dan vervult hij zijn taak op dit punt niet naar behoren. Dit nalaten heeft geen externe werking, gezien de statutaire van de eerste zin afwijkende regeling.

3.18

Zijn er uitzonderingen denkbaar op de regel dat de vennootschap gebonden is, indien de handelende bestuurder op grond van de statuten vertegenwoordigingsbevoegd is, ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang? Ik zou dat niet willen uitsluiten.[25.] Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de zaak, berecht door het hof 's-Hertogenbosch 25 april 1990, *NJ* 1991, 136 (White Products), waarin het hof oordeelde dat sprake was van grovelijk misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid. In een kort nadien gewezen beschikking heeft Uw Raad de mogelijkheid van misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid bevestigd.[26.] De Hoge Raad overwoog dat:

‘indien degenen die een rechtspersoon volgens haar statuten kunnen vertegenwoordigen, namens die rechtspersoon een rechtshandeling verrichten, deze handeling als rechtshandeling van de rechtspersoon geldt, ook als de statutair aangewezen vertegenwoordigers aldus in strijd zouden hebben gehandeld met een binnen de interne verhoudingen van de rechtspersoon geldende regel om een dergelijke rechtshandeling slechts te verrichten op grond van een — geldig tot stand gekomen — bestuursbesluit. Deze regel lijdt slechts uitzondering indien onder de omstandigheden van het geval de statutair aangewezen vertegenwoordigers, door hun bevoegdheid uit te oefenen zonder een daaraan ten grondslag liggend — rechtsgeldig tot stand gekomen — bestuursbesluit, jegens de wederpartij van de rechtspersoon misbruik van die bevoegdheid zou maken.’

3.19

Ik meen dat misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid ook mogelijk is in geval van een rechtshandeling van de vennootschap die werd vertegenwoordigd door een bevoegde directeur die een tegenstrijdig belang had. Het zou m.i. te ver gaan om deze overweging van toepassing te achten in alle gevallen waarin de vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder ten onrechte heeft nagelaten de algemene vergadering in de gelegenheid te stellen een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Dit zou er immers op neerkomen dat het regelend karakter van de eerste zin van art. 256 via het leerstuk van misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid opzij wordt gezet. Ik meen dat deze vorm van misbruik uitsluitend in bijzondere gevallen uitkomst kan bieden. Ik denk daarbij aan gevallen van samenspanning of een in het oog springende voor de vennootschap nadelige transactie, waarbij de wederpartij weet of geacht wordt zonder eigen onderzoek te weten dat sprake is van tegenstrijdig belang, terwijl de transactie ten onrechte niet ter goedkeuring is voorgelegd. Dergelijke zware eisen zijn m.i. noodzakelijk in het licht van de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid.

3.20

Ook denkbaar is de uitzonderlijke situatie waarin dat de vennootschap weliswaar gebonden is, maar waarin de wederpartij zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou gedragen door de vennootschap aan een met deze gesloten overeenkomst te houden, indien de derde, ondanks een hem bekende bevoegdheidsbeperking toch de overeenkomst aanging.[27.] De vennootschap is in dat geval vanzelfsprekend wel geldig vertegenwoordigd; de uitvoering van de overeenkomst zou evenwel strijden met de redelijkheid en billijkheid.[28.]

3.21

Onderdeel 1 kan na het bovenstaande kort worden behandeld. Het valt uiteen in de subonderdelen a, b en c. In deze subonderdelen wordt opgekomen tegen rov. 9. Subonderdeel a slaagt. Het hof heeft m.i. miskend dat in het onderhavige geval waarin art. 23, lid 2 van de statuten van Pinakel de bestuurder in geval van tegenstrijdig belang bevoegd verklaart er geen uitdrukkelijk besluit van de aandeelhoudersvergadering nodig is om de betrokken bestuurder bevoegd te maken. In het verlengde hiervan slagen ook de subonderdeel b en c die op subonderdeel a voortbouwen. Volgens subonderdeel b heeft het hof miskend dat een regeling, zoals in art. 23, lid 2 van de statuten van Pinakel is opgenomen, meebrengt dat het ontbreken van een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing van een bijzondere vertegenwoordiger alleen interne werking heeft en niet aan de wederpartij kan worden tegengeworpen. Ik zou de door het subonderdeel verdedigde in beginsel als juist willen aanvaarden, maar tegelijk wel een voorbehoud willen maken voor de gevallen waarin kennelijk sprake is van misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Subonderdeel c voert aan dat het hof niet de vraag in het midden mocht laten of de statuten van Pinakel een bepaling kenden op grond waarvan de bestuurder van Pinakel ondanks het tegenstrijdig belang toch bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen. Ik meen dat het hof dit niet in het midden mocht laten. Een dergelijke statutaire bepaling maakt de betrokken bestuurder ondanks de dwingende tweede zin van art.

2:256 BW bevoegd.

3.22

Onderdeel 2 richt zich eveneens tegen rov. 9 waarin het hof overweegt dat de mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen niet door verjaring teloor kan gaan. Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het onderdeel. Het onderdeel betoogt dat art. 3:52 lid 1, aanhef en sub d BW rechtstreeks, althans analoog van toepassing is op de bevoegdheid van een vennootschap om een beroep te doen op onbevoegde vertegenwoordiging. Volgens dat artikel verjaren rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling drie jaar nadat de bevoegdheid om deze vernietiging in te roepen, aan de degene, aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan.

3.23

Nu het onderdeel 1 terecht is voorgedragen, is het belang aan onderdeel 2 komen te ontvallen. Ik ga er niettemin op in. Ik begin met de vraag of een rechtshandeling, verricht namens de vennootschap door een vertegenwoordigingsonbevoegde bestuurder, leidt tot ongeldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid.

3.24

In Joral overweegt de Hoge Raad:

‘3.5.3

De onderdelen II 1 en II 2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij betogen terecht dat het Hof bij de beoordeling van de vordering onvoldoende onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds de vordering met betrekking tot het bestuursbesluit en anderzijds die met betrekking tot de gesloten overeenkomst. Weliswaar kan slechts de vertegenwoordigde vennootschap *de nietigheid van de overeenkomst inroepen op grond van veronachtzaming van een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid als de onderhavige* [curs. LT], maar deze regel geldt niet ten aanzien van het bestuursbesluit dat ten grondslag ligt aan de overeenkomst.[29.]

De Hoge Raad heeft in rov. 3.4.2 van het Graphics-arrest overwogen:

‘Anders dan het middel veronderstelt, gaat het in deze procedure niet om de beantwoording van de vraag of een bepaald besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders nietig of vernietigbaar was, doch *om de gebondenheid van Graphics aan bepaalde overeenkomsten* [curs. LT] in verband met de bevoegdheid van Landzaat haar te vertegenwoordigen.’

In Bruil/Kombex overweegt Uw Raad:

‘3.7

(...) Het is niet in het belang van het handelsverkeer en het strookt niet met de strekking van art. 2:256 dat achteraf met een beroep op deze bepaling een rechtshandeling van de vennootschap zou kunnen worden *vernietigd* [curs. LT] zonder dat is aangetoond dat de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming van de betrokken bestuurder inhoudelijk ondeugdelijk was wegens een ontoelaatbare samenloop van tegenstrijdige belangen.’

Maeijer schrijft naar aanleiding van deze laatste overweging:

‘5

Opmerkelijk is tenslotte dat aan het einde van r.o. 3.7 wordt gesproken van vernietiging van een rechtshandeling van de vennootschap met een beroep op art. 2:256. Dit artikel betreft immers in de visie van de HR een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang. De vennootschap kan op de onbevoegdheid van de bestuurder tegenover de wederpartij een beroep doen. Er is dan in beginsel geen gebondenheid van de vennootschap. Van ‘vernietiging’ in de zin zoals wij deze term plegen te verstaan, is, dunkt mij, geen sprake. Anders Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, nr. 53. Wel kan men denken aan een nietig- c.q. ongeldigverklaring van de rechtshandeling. In r.o. 3.5.3 van zijn uitspraak van 3 mei 2002 (Joral), NJ 2002, 393, spreekt de HR over het ‘inroepen van de nietigheid’. In elk geval is het gebruik van een consistente terminologie aan te bevelen. Zie verder Nowak, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 282 onder 12.’

Van Schilfgaarde-Winter schrijven in voormelde paragraaf:

‘Uitdrukkelijk bepaalt art. 240 (130) lid 3 dat een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging slechts dóór de vennootschap kan worden ingeroepen. Men kan dit ook zo uitdrukken: de rechtshandeling kan slechts door de vennootschap worden vernietigd.[30.]

Nowak, t.a.p., schrijft dat een succesvol beroep op de onbevoegdheid erop neerkomt dat de rechtshandeling ongeldig is. Volgens Van der Grinten is de rechtshandeling niet zonder meer nietig; er is een potentiële nietigheid die slechts door de vennootschap kan worden ingeroepen.[31.]

3.25

Ook buiten het vennootschapsrecht komt het voor dat personen namens anderen rechtshandelingen verrichten. Ik denk aan de rechtsfiguren volmacht, lastgeving, het bewind van een voogd of ouder en het testamentair bewind. Evenals in het vennootschapsrecht zijn deze vertegenwoordigers doorgaans fiduciaire plichten jegens de vertegenwoordigde verschuldigd. Ook kunnen zich daarbij tegenstrijdige belangen voordoen tussen de vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde. Ik vang aan met de titel 3 van Boek 3 BW (volmacht) waarvan, op grond van de schakelbepaling van art. 3:78 BW, sommige bepalingen naar analogie kunnen worden toegepast op de vertegenwoordiging uit anderen hoofde, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.

3.26

Blijkens de parlementaire geschiedenis bij art. 3:61 (schijn van volmachtverlening) en 3:69 BW (bekrachtiging na onbevoegde vertegenwoordiging) heeft de kamercommissie het oordeel van de minister gevraagd over de stelling dat de door art. art. 3:69 BW bestreken rechtshandelingen niet in beginsel als ongeldig kunnen worden beschouwd, doch dat zij — slechts — voor vernietiging vatbaar zijn. De minister heeft hierop geantwoord:[32.] ‘Gelet op het verband waarin de vraag wordt gesteld, vat ik haar aldus op dat zij niet betreft de kwestie of de wederpartij al dan niet in beginsel is gebonden (...), doch dat hier aan de orde is of de pseudo-vertegenwoordigde zelf in beginsel al dan niet is gebonden. De vraag is dan wat de voorkeur verdient: ongeldigheid van de rechtshandeling ten opzichte van de laatste met de mogelijkheid van bekrachtiging, zoals thans in art. 3:69 neergelegd, dan wel de geldigheid met de mogelijkheid van vernietiging. Er is weinig dat voor dit laatste pleit. De pseudo-vertegenwoordigde heeft de rechtshandeling in zijn naam juist niet gewild, en heeft — buiten het geval van art. 3:61 lid 2 — ook niet de schijn gewekt dat hij haar wel zou hebben gewild. Juist hier ligt het verschil met de onbekwame art. 3:32 en de geestelijk gestoorde art. 3:34, en ook met de in art. 3:44 en 6:228 genoemde gevallen van wilsgebreken.[33.]

Hartkamp schrijft over de onbevoegde vertegenwoordiging en bekrachtiging:

‘Men kan zich afvragen of de onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandeling, die de pseudo-vertegenwoordigde niet bindt, een ongeldigheid oplevert waarop art. art. 3:58 BW van toepassing kan zijn. Voor het huidige [oude — LT] recht heeft m.n. Eggens verdedigd dat tussen bekrachtiging van handelingen, door een onbevoegde vertegenwoordiger verricht, en bekrachtiging (door wilsverklaring) van andere ‘nietige’ rechtshandelingen geen wezenlijk onderscheid bestaat. In het nieuwe BW mogen de beide figuren niet worden vereenzelvigd. De art. 3:50–3:58 BW zijn niet voor de onbevoegde vertegenwoordiging geschreven. Terminologisch komt dit tot uitdrukking in het feit dat in het woordgebruik van het nieuwe wetboek ‘ongeldig’ ruimer is dan ‘nietig’; onder de eerste term valt ook de onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandeling, onder de tweede niet. In verband hiermee is dan ook voor de bekrachtiging van de door een onbevoegde vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling een eigen regeling opgenomen in art. art. 3:69 BW, die overigens zoveel mogelijk met art. 3:58 in de pas loopt.[34.]

Kortmann meent dan ook dat onbevoegde vertegenwoordiging kan leiden tot ongeldigheid van de handeling:

‘Vertegenwoordigend handelen wordt aan de vertegenwoordigde niet toegerekend en geldt dus voorshands niet als een hem bindend handelen, indien de vertegenwoordigde tegenover de wederpartij een beroep kan doen op het ontbreken van toereikende vertegenwoordigingsbevoegdheid. (...) De rechtshandeling van de persoon die handelt, is ongeldig.[35.]

3.27

Een tegenstrijdig belang tussen volmachtgever en gevolmachtigde kan ontstaan indien de gevolmachtigde als wederpartij van de volmachtgever optreedt (Selbsteintritt). Volgens art. 3:68 kan een gevolmachtigde slechts dan als wederpartij van de volmachtgever optreden, wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten, tenzij anders is bepaald. Kortmann laat zich niet uit over de vraag of een handeling in strijd met 3:68 ongeldig, nietig, dan wel vernietigbaar is.[36.] Van Gerver en Van der Korst spreken van nietigheid.[37.] Met Van Schaick[38.] meen ik dat overtreding leidt tot ongeldigheid. Ik leid dit af uit de wetsgeschiedenis, waarin wordt gesproken van verbindendheid van de rechtshandeling voor de volmachtgever.[39.] M.i. volgt een dergelijke ongeldigheid tevens uit het systeem dat ten grondslag ligt aan titel 3 van Boek 3 waarin overtreding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid behoudens goede trouw van de wederpartij leidt tot ongeldigheid van de rechtshandeling.

3.28

De wettelijke regeling van lastgeving kent een equivalent van art. 3:68 (Selbsteintritt) in art. 7:416, waarvan de eerste drie leden luiden:

‘1. Een lasthebber kan slechts als wederpartij van de lastgever optreden, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten.
2. Een lasthebber die slechts in eigen naam mag handelen, kan niettemin als wederpartij van de lastgever optreden, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten.
3. Indien de lastgever een persoon is als bedoeld in art. 408 lid 3,[40.] is voor een rechtshandeling waarbij de lasthebber als zijn wederpartij optreedt, op straffe van vernietigbaarheid zijn schriftelijke toestemming vereist.’

Uit het woordje ‘kan’ dat in de leden 1 en 2 wordt gebezigd leidt Van der Grinten af dat overtreding van deze bepaling in beginsel leidt tot nietigheid, omdat de lasthebber niet bevoegd was om ten name van de lastgever de rechtshandeling te verrichten.[41.] Op het eerste gezicht zou ik dit ook menen; dit zou ook in lijn zijn met hetgeen wordt aangenomen in geval van Selbsteintritt bij vertegenwoordiging. Uit de MvT bij art. 7:416 blijkt echter dat de wetgever de overtreding van deze bepaling heeft willen sanctioneren met vernietigbaarheid.[42.]

3.29

De art. 1:346 – 348 BW bevatten enkele bepalingen die betrekking hebben op situaties waarin een belangentegenstelling bestaat tussen de voogd en een minderjarige. Deze bepalingen zijn van overeenkomstige toepassing op het bewind dat wordt gevoerd door de gezagvoerende ouders over het vermogen van hun kind, zo blijkt uit art. 1:253k BW. Volgens art. 1:346 lid 1 kan de voogd kan geen goederen van de minderjarige kopen, huren of pachten, zonder goedkeuring van de kantonrechter. Een in strijd met dit artikel verrichte rechtshandeling is vernietigbaar;[43.] op de vernietigingsgrond kan slechts een beroep worden gedaan van de zijde van de minderjarige. De rechtshandeling is geldig indien het gaat om een rechtshandeling anders dan om niet, de wederpartij te goeder trouw is en de rechtshandeling de minderjarige geen nadeel heeft berokkend (art. 1:347). Art. 1:348 speelt zich ook enigszins af in de tegenstrijdig belang-context, zij het dat deze bepaling er eerder toe

strekt om te voorkomen dat zich een tegenstrijdig belang zal voordoen. Volgens art. 1:348 kan de voogd zonder goedkeuring van de kantonrechter geen inschuld ten last van de minderjarige, noch een beperkt recht op diens goederen van een derde verkrijgen. De overeenkomst is nietig indien deze goedkeuring ontbreekt (lid 2).

3.30

Bij testament kan de erflater een bewind instellen over een of meer door hem nagelaten of vermaakte goederen (art. 4:153 BW). Op grond van art. 4:172 BW kan de bewindvoerder in de uitoefening van zijn taak de rechthebbende vertegenwoordigen. Titel 3 van Boek 3 (volmacht) is in geval van vertegenwoordiging van overeenkomstige toepassing op de rechten en verplichtingen van een wederpartij. Dit betekent dat art. 3:68 (Selbsteintritt) ook van toepassing op de handelingen van de bewindvoerder van een testamentair bewind. Overtreding van deze bepalingen leiden in geval van testamentair bewind dus tot ongeldigheid van de rechtshandeling.

3.31

Brengt deze tour d'horizon buiten het rechtspersonenrecht ons veel verder? Ik vrees van niet. Overtreding van de Selbsteintritt-bepaling bij volmacht en testamentair bewind leidt tot ongeldigheid althans nietigheid. Overtreding van de equivalente bepaling door de lasthebber of ouder/voogd tot vernietigbaarheid. Ik heb buiten het rechtspersonenrecht geen eenduidige systematiek of gedachte gevonden die ten grondslag ligt aan de verschillende regelingen m.b.t. een tegenstrijdig belang tussen een vertegenwoordiger en een vertegenwoordigde.

3.32

Binnen Boek 2 BW zijn art. 130 lid 3, 240 lid 3 en de daaraan equivalente bepalingen voor de vereniging^[44.] en de stichting (vgl. art. 2:45 lid 3 en 2:292 lid 3 BW) relevant. Deze artikelen zijn gewijzigd ter gelegenheid van de Invoeringswet Boeken 3–6 NBW (aanpassing Boek 1 en 2). Aanvankelijk luidde het ontwerp-derde lid van alle vier bepalingen:

‘Bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt, is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.^[45.]

In de parlementaire geschiedenis bij art. 240 lid 3 wordt, behoudens een hier niet ter zake doend technisch detail, telkens verwezen naar art. 130, alwaar vervolgens wordt verwezen naar art. 45. Ik zal daarom hieronder eerst kort ingaan op de parlementaire geschiedenis bij art. 2:45. Hieruit zal blijken dat de wetgever aansluiting heeft willen zoeken bij titel 3 Boek 3 BW. Bij MvA II heeft de minister het volgende opgemerkt:

‘In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen een zgn. interne vertegenwoordigingsbevoegdheid en een zgn. externe vertegenwoordigingsbevoegdheid. Met de eerste bedoelt men dan het mogen vertegenwoordigen, met het tweede het, ook indien onbevoegd, kunnen vertegenwoordigen. Het valt zeer te betwijfelen of het doelmatig is, voor dit laatste, ook indien onbevoegdlijk wordt gehandeld, toch de term bevoegdheid te bezigen; dat is in strijd met het spraakgebruik en geeft tot verwarring aanleiding. In elk geval bestaat er geen grond voor de veronderstelling dat het wetboek dit wel doet; vgl. art. 3:61 lid 2.^[46.]

In het Eindverslag heeft de commissie voor justitie in de Tweede Kamer overwogen:

‘De commissie memoreerde dat de regeling van het derde lid van de onderhavige bepaling het volgende inhoudt: de statutaire bepaling dat een bestuur de vereniging slechts met medewerking van een of meer anderen kan verbinden, kan zowel tegen als door de wederpartij worden ingeroepen. Voorts tekende zij aan dat zij in haar voorlopig verslag heeft opgemerkt dat deze regeling aansluit bij de hoofdregel van art. 3:69, lid 3 dat ten gevolge van art. 3:78 in beginsel ook voor het rechtspersonenrecht van toepassing is.

Daarop rees de vraag of de onderhavige bepaling geen verwijzing behoeft nu inmiddels ook art. 3:69, lid 3 bij de tweede nota van wijziging (stuk 17 496, nr. 12 (a) is gewijzigd in dier voege dat de wederpartij geen beroep op de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan doen indien zij op het tijdstip dat zij handelde heeft

begrepen of redelijkerwijze heeft moeten begrijpen dat geen toereikende volmacht was verleend. (...) Op grond van de bedoelde wijziging van art. 3:69 behoort slechts de rechtspersoon een beroep te kunnen doen op de onderhavige beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid aangezien de wederpartij de in de statuten opgenomen beperkingen heeft begrepen of althans redelijkerwijze heeft moeten begrijpen. Dit dient in de tekst van de wet tot uitdrukking te komen door een redactie in de volgende trant: 'Op een uit de wet voortvloeiende beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders kan slechts door de rechtspersoon een beroep worden gedaan'.[47.]

De minister heeft hierop geantwoord:

'De commissie stelt de vraag of wijziging van art. 3:69 lid 3 bij de tweede nota van wijziging (a) geen consequenties behoort te hebben voor lid 3 van het onderhavige artikel. Ik beantwoord deze vraag bevestigend. Volgens het gewijzigde art. 3:69 lid 3 kan een wederpartij zich niet met succes verzetten tegen bekrachtiging van een in iemands naam doch zonder volmacht verrichte rechtshandeling, indien zij op het tijdstip waarop zij handelde, heeft begrepen of onder de gegeven omstandigheden heeft moeten begrijpen dat geen toereikende volmacht was verleend.

Daarbij past een regeling die voor vertegenwoordiging van rechtspersonen door bestuurders tot gelijke resultaten leidt. Bij rechtspersonen geeft de wet zelf aan, aan welke voorwaarden en beperkingen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders is of kan zijn onderworpen: zie de artikelen 44 lid 2 en 45 lid 2, tweede zin. Juist daardoor kan en moet een wederpartij ermee rekening houden dat zulke voorwaarden of beperkingen zijn gesteld en hij kan in de registers ook nagaan of dat inderdaad is gebeurd. (...) In zoverre staat deze wederpartij gelijk met een wederpartij die weet of moet weten dat een toereikende volmacht ontbreekt.

Wanneer deze laatste de bekrachtiging niet kan tegenhouden, moet dat ook gelden voor de wederpartij van een rechtspersoon. Dit is thans uitgedrukt in de zin die bij vierde nota van wijziging aan lid 3 van dit artikel en van de artikelen 130, 240 en 292 is toegevoegd.[48.] Uit bovenstaande passages blijkt naar mijn mening dat de wetgever voor wat betreft het derde lid van de art. 2:45, 130, 240 en 292 heeft willen aansluiten bij titel 3 van Boek 3 BW. Dit ligt te meer voor de hand in het licht van de schakelbepaling van art. 3:78 BW. Ik meen hieruit te mogen afleiden dat ook de sanctie die geldt voor onbevoegde vertegenwoordiging op grond van overschrijding van een volmacht in beginsel eveneens geldt voor Boek 2 BW. Dat betekent dat de onbevoegde vertegenwoordiging door een bestuurder leidt tot ongeldigheid van de handeling. Deze mening wordt onder andere gedeeld door W. Snijders in zijn bespreking van het preadvies van Huizink[49.]:

'Men pleegt in het rechtspersonenrecht onbevoegd verrichte rechtshandelingen als 'nietig' aan te duiden. Volgens art. 3:69 is echter de wederpartij van de onbevoegde vertegenwoordiger aan de rechtshandeling gebonden, indien zij op het tijdstip waarop zij handelde, heeft begrepen of onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs had moeten begrijpen dat een toereikende vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbrak. Huizink (...) suggereert dat men daaruit zou kunnen afleiden dat de vennootschap die de rechtshandeling niet wenst, deze zou moeten 'nietig verklaren' of 'vernietigen'. Zoals hijzelf ook inziet, is dat natuurlijk niet zo. De vennootschap is aan die rechtshandeling niet gebonden en deze is in zoverre 'ongeldig', de term die ook in art. 3:69 lid 3 wordt gebezigd. Er is niets tegen dit in het vennootschapsrecht zo uit te drukken dat die rechtshandeling jegens de vennootschap 'nietig' is. Die term betekent niet noodzakelijk dat zij ieder rechtsgevolg ontbeert. Ik teken daarbij wel nog aan dat het hier uitsluitend om een kwestie van vrijblijvend taalgebruik gaat. Noch art. 3:58, noch art. 3:69 bezigt immers de term 'nietig'.[50.]

3.33

In de door mij aangehangen gedachte van ongeldigheid van de rechtshandeling welke het

gevolg is onbevoegdheid van de bestuurder die voor de vennootschap is opgetreden is er geen rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling aanwezig die voor verjaring in aanmerking komt. Het feit dat slechts de vennootschap een beroep kan doen op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de bestuurder (art. 2:240 lid 3) doet hieraan m.i. niet af. Ik meen dat verjaringsregels zich vanwege de met deze regels beoogde rechtszekerheid zich niet goed voor analoge toepassing lenen. Is het buiten toepassing laten van de verjaringsregel van art. 3:52 lid 1 sub d BW nu heel bezwaarlijk in een geval van onbevoegde vertegenwoordiging als gevolg van tegenstrijdig belang? M.i. is dit niet het geval. Als gevolg van het Bruil-arrest is de reikwijdte van het tegenstrijdig belang beperkt tot gevallen van ernstig, zwaarwegend, substantieel tegenstrijdig belang. Het aantal gevallen van een dergelijke tegenstrijdig belangssituatie zal niet zeer groot zijn. Daarbij komt nog dat als Uw Raad de hierboven door mij verdedigde opvatting over de verhouding tussen de eerste en tweede zinsnede van art. 2:256 BW zou willen overnemen, de kans op onbevoegdheid van de bestuurder in geval van tegenstrijdig belang zal dalen. Langs deze lijnen redenerend, lijkt de behoefte aan de figuur van de verjaring in de hier beschreven gevallen niet prangend.

3.34

Uit het vorenstaande volgt dat onderdeel 2 naar mijn mening niet slaagt.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging.

Naar boven

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Met een op 2 augustus 2005 ter griffie van de rechtbank 's-Gravenhage ingekomen verzoekschrift heeft Uoti zich gewend tot die rechtbank en verzocht, kort gezegd, de vereffening van Pinakel Holding B.V. (hierna: Pinakel) te heropenen, met benoeming van Uoti tot vereffenaar.

NSI heeft als belanghebbende een verweerschrift ingediend.

De rechtbank heeft bij beschikking 10 november 2005 het verzoek afgewezen.

Tegen deze beschikking heeft Uoti hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij beschikking van 17 oktober 2006 heeft het hof de beschikking van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vereffening van Pinakel heropend, met benoeming van een vereffenaar en een rechter-commissaris.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging.

De advocaat van Uoti heeft bij brief van 8 januari 2008 en de advocaat van NSI heeft bij brief van 11 januari 2008 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) NSI was in de periode van 2 oktober 1997 tot 16 augustus 1999 enig aandeelhouder en bestuurder van Pinakel.

(ii) Bij notariële akte heeft NSI op 16 augustus 1999 alle aandelen in Pinakel verkocht en overgedragen aan Interglobia Investments B.V. (hierna: Interglobia). NSI had ten tijde van de verkoop van de aandelen een schuld in rekening-courant aan Pinakel van ruim f 60.000.000. Interglobia heeft deze schuld bij de overdracht van de aandelen van NSI overgenomen bij wijze van koopprijs voor de aandelen in Pinakel. NSI, handelend als enig bestuurder van Pinakel, heeft in voormelde notariële akte goedkeuring verleend voor

de schuldovertreving. Deze schuld is nooit afgelost.

(iii) Art. 23 lid 2 van de statuten van Pinakel luidde op 16 augustus 1999:

‘Ook in de gevallen, waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang met een directeur heeft, is die directeur tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd.’

(iv) Bij vonnis van 29 september 2004 is Pinakel door de rechtbank Zutphen veroordeeld tot betaling aan Uoti van € 17.099.112.

(v) Pinakel is op 16 november 2004 ontbonden.

(vi) Interglobia is op 13 oktober 2004 ontbonden.

3.2

Uoti heeft tot verhaal van de hiervoor in 3.1 (iv) vermelde veroordeling heropening van de vereffening van Pinakel verzocht. Hij heeft daartoe gesteld, voorzover thans van belang en zakelijk weergegeven, dat Pinakel een nog te realiseren bate heeft die bestaat uit de vordering op NSI, aangezien naar zijn opvatting Pinakel bij het geven van haar goedkeuring tot de schuldovertreving (zie hiervoor in 3.1 (ii)), vanwege het bestaan van een tegenstrijdig belang en bij gebreke van een aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders als bedoeld in art. 2:256 BW, niet bevoegdelijk werd vertegenwoordigd door haar bestuurder NSI. Op die onbevoegde vertegenwoordiging kan Pinakel, althans kunnen haar vereffenaars, een beroep doen, hetgeen ertoe zou leiden dat de vordering van Pinakel op NSI niet rechtsgeldig op Interglobia is overgegaan, zodat Pinakel haar vordering nog steeds op NSI kan verhalen, aldus Uoti.

3.3

Het hof heeft dit standpunt gehonoreerd en daartoe, voorzover thans van belang, overwogen: ‘9

NSI was naast bestuurder ook enig aandeelhouder van Pinakel Holding B.V. De belangen van Pinakel Holding B.V. bij de schuldovertreving liepen niet parallel met die van haar aandeelhouder/bestuurder NSI.

Uit art. 2:256 BW volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders tot aanwijzing van een vertegenwoordiger nodig is (HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179).

Als gesteld en niet betwist staat vast dat NSI niet in verband met de aanwezigheid van tegenstrijdig belang bij aandeelhoudersbesluit een vertegenwoordiger heeft aangewezen. Evenmin kan op grond van stilzwijgende goedkeuring van NSI als aandeelhouder, die volgens NSI uit de akte van overdracht valt af te leiden, zonder meer aangenomen worden dat het onbevoegd handelen bekrachtigd is. Uit de aan art. 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen.

(...)

In het midden kan blijven of de statuten van Pinakel Holding op dat moment een voorziening kenden op grond waarvan NSI ondanks het tegenstrijdig belang toch bevoegd was om te vertegenwoordigen. Aangenomen moet worden dat de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om een vertegenwoordiger aan te wijzen niet kan worden beperkt of geëlimineerd door statutair de eerste zin van art. 2:256 BW weg te schrijven.’

3.4

De onderdelen 1a en 1c klagen terecht dat het hof aldus heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Op grond van het hiervoor in 3.1 (iii) geciteerde art. 23 lid 2 van de statuten van Pinakel, was NSI ook bij het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd Pinakel te vertegenwoordigen bij het geven van goedkeuring voor de schuldovertreving door Interglobia. Weliswaar kan een dergelijke bepaling niet aan de algemene vergadering van aandeelhouders de haar door de tweede zin van art. 2:256 BW verleende bevoegdheid ontnemen om in het geval van een tegenstrijdig belang een of meer andere personen aan te

wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen, en rust op het bestuur van de vennootschap de plicht om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat deze in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen (vgl. HR 3 mei 2002, R00/110, NJ 2002, 393). Maar indien — zoals in dit geval, naar het hof in cassatie onbestreden in rov. 9 heeft vastgesteld — de algemene vergadering haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent, blijft bevoegd degene die krachtens de statutaire bepaling in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd is, in dit geval NSI als bestuurder. Anders dan van de zijde van Uoti wordt betoogd, brengt het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van art. 2:256 niet mee dat de geldigheid van de door een statutaire bepaling aan de bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang, afhankelijk zou zijn van een (uitdrukkelijk) besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger althans van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder.

Op grond hiervan slagen de onderdelen 1a en 1c. Onderdeel 1b behoeft geen behandeling.

3.5.1

Onderdeel 2, dat betrekking heeft op het verweer van NSI dat het beroep door Uoti op de onbevoegdheid van NSI om Pinakel te vertegenwoordigen is verjaard, behoeft als gevolg van het slagen van onderdeel 1 geen behandeling. Niettemin overweegt de Hoge Raad dienaangaande het volgende.

3.5.2

Het hof heeft dit verweer verworpen en daartoe in rov. 9 overwogen:

‘De mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen kan niet door verjaring teloorgaan.’

3.5.3

Het onderdeel strekt ten betoge dat dit oordeel onjuist is. Ingevolge art. 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW verjaart de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling op een andere vernietigingsgrond dan de in dat artikel genoemde gevallen, drie jaar nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan. Deze bepaling is rechtstreeks althans analoog van toepassing op de bevoegdheid van een naamloze of besloten vennootschap om een beroep te doen op onbevoegde vertegenwoordiging door haar bestuurders. Het hof heeft dit miskend, aldus het onderdeel.

3.5.4

Dit betoog faalt want het bestreden oordeel is juist. Indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht doch, anders dan het onderhavige geval, vanwege een tegenstrijdig belang onbevoegd was de vennootschap daarbij te vertegenwoordigen, leidt dit ertoe dat de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de vennootschap als ongeldig, of anders uitgedrukt: nietig, te beschouwen. Zij is dus niet vernietigbaar. In een dergelijk geval is dan ook geen sprake van een rechtsvordering tot vernietiging welke ingevolge (analogische toepassing van) art. 3:52 vatbaar is voor verjaring.

3.5.5

Bij het voorgaande dient niettemin in het oog te worden gehouden dat onder bijzondere omstandigheden de uitoefening door de vennootschap (veelal de curator in haar faillissement) van de bevoegdheid zich op de voet van art. 2:256 op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichte rechtshandeling te beroepen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht, vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van art. 2:256.

3.6

Nu het middel slaagt kan de bestreden beschikking niet in stand blijven.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 17 oktober 2006; verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt Uoti in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NSI begroot op € 377,18 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Met noot van J.M.M. Maeijer

Naar boven

1

Voor ons ligt wederom een belangrijke, verduidelijkende uitspraak over de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang neergelegd in de art. 2:256 (146) BW. En wel betreffende de reikwijdte van de tweede zin van dit artikel ten opzichte van de eerste zin die als volgt luidt. ‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen’. Uit de formulering blijkt dat deze bepaling regelend recht inhoudt. Zo ook r.o. 3.6 van HR 29 juni 2007 (Bruil-Kombex) *NJ* 2007, 420 m.nt. Ma, volgens welk arrest bij het ontbreken van een *inhoudelijk* afwijkende regeling in de statuten, het begrip tegenstrijdig belang in beperkende, materiële zin moet worden uitgelegd (r.o. 3.7). Met een *inhoudelijk* afwijkende regeling wordt bedoeld een statutaire regeling die aangeeft wat men (enkel of meer uitgebreid) onder tegenstrijdig belang verstaat.

In de praktijk wordt zeer vaak de bedoelde eerste zin in de statuten ‘weggeschreven’ zoals in casu ook in art. 23 lid 2 van de statuten van de betrokken vennootschap — zie HR r.o.3.1 sub (iii) — waardoor ondanks de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang de bestuurder bevoegd wordt verklaard de vennootschap te vertegenwoordigen. Maar dan *rijst de vraag* wat de mogelijke invloed is van de tweede zin van art. 256 (146) luidend als volgt. ‘De algemene vergadering is *steeds* bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen’. Deze bepaling is van dwingend recht. Zie r.o. 3.5.2 van HR 3 mei 2002 (Joral) *NJ* 2002, 393 m.nt. Van Schilfgaarde waarin tevens wordt overwogen dat *in het algemeen* op het bestuur de plicht rust om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Bij het nalaten van deze plicht kan het betreffende bestuursbesluit op vordering van iedere belanghebbende onder wie de aandeelhouder, in rechte worden vernietigd. Een dergelijke vernietiging betreft (slechts) een interne vennootschapsrechtelijke aangelegenheid en bewerkstelligt daarmee dus nog niet de ongeldigheid van de externe vertegenwoordigingshandeling. Voorts is in HR 9 juli 2004 (Graphics) *NJ* 2004, 519 m.nt. Ma beslist dat voor de *aanwijzing* van een of meer bijzondere vertegenwoordigers een *uitdrukkelijk* besluit van de algemene vergadering is vereist; een impliciet besluit daartoe is niet voldoende.

Leijten oordeelt negatief over het vereiste dat het aanwijzingsbesluit uitdrukkelijk moet worden genomen. Zie deel 82 Serie Van der Heijden Instituut, p. 157 e.v. Maar bij besluiten door een enig aandeelhouder-bestuurder die zich zelf als vertegenwoordigingsbevoegd aanwijst, kan mogelijk gebruik worden gemaakt van art. 2:238 c.q. 128 (besluitvorming buiten vergadering) of van lid 3 van art. 224 c.q. 114 (met algemene stemmen). En in zo'n geval zal moeten worden aangenomen dat aan de informatieplicht van de bestuurder aan zich zelf als aandeelhouder geen behoefte is c.q. hieraan is voldaan. Leijten t.a.p. p. 152 spreekt beeldend van een monologue intérieur. Niet voor niets overweegt de HR in de Joral-uitspraak

dat *in het algemeen* op het bestuur de informatieplicht rust.

2

In de onderhavige zaak beantwoordde het hof de vraag met betrekking tot de reikwijdte van de tweede zin van art. 256 (146) voor het geval de eerste zin is 'weggeschreven' als volgt (r.o. 9 opgenomen in HR r.o. 3.3). NSI, naast bestuurder ook enig aandeelhouder van Pinakel, heeft niet bij (uitdrukkelijk) aandeelhoudersbesluit een bijzondere vertegenwoordiger aangewezen, en dat *moet* ongeacht of de statuten van Pinakel NSI ondanks het tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd heeft verklaard: want door een statutair wegschrijven van de eerste zin kan (de in de tweede zin vervatte) bevoegdheid van de algemene vergadering niet worden beperkt of geëlimineerd.

Een enkele schrijver oordeelt dat bij een wegschrijven zoals bedoeld, de tweede zin niet van toepassing is en er dus in het geheel geen aanwijzingsbevoegdheid is van de algemene vergadering. Zie Dortmund, Instituut Ondernemingsrecht Groningen, deel 24 p. 13. Die mening verdraagt zich niet met de wettekst en met de rechtspraak van de HR.

3

De HR gaat er in zijn onderhavige uitspraak vanuit (r.o. 3.4) dat ook bij een 'wegschrijven' als aangeduid de tijdig over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang te informeren algemene vergadering de aan haar in de tweede zin van art. 256 (146) verleende *aanwijzingsbevoegdheid* heeft, doch deze *niet* middels een (uitdrukkelijk) besluit *hoeft uit te oefenen*: in het bijzonder ook niet tot aanwijzing van de bestuurder aan wie reeds in de statuten vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegekend in gevallen van tegenstrijdig belang; ook hoeft de algemene vergadering niet te besluiten dat wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder. Wordt die aanwijzingsbevoegdheid niet uitgeoefend, dan blijft die bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd. Aldus ook Leijten t.a.p. p. 152.

Gelet op de formulering van de HR geldt deze benadering mijns inziens niet alleen bij statutaire toekenning van de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan een bestuurder-enig aandeelhouder, maar ook bij statutaire toekenning van deze bevoegdheid aan een of meer andere personen, bijv. de andere bestuurder(s) of een door de raad van commissarissen aan te wijzen commissaris. Geheel in het algemeen geldt: de *aanwijzingsbevoegdheid* is van dwingend recht, maar er is geen na te leven aanwijzingsplicht.

De benadering van de HR is toe te juichen; zij is in het belang van de rechtszekerheid en derhalve van het handelsverkeer. Onaanvaardbare voor de wederpartij min of meer kenbare nadelige effecten voor de vennootschap van een rechtshandeling waarbij de vennootschap werd vertegenwoordigd door een in geval van tegenstrijdig belang bevoegd verklaarde bestuurder, kunnen worden bestreden met de leerstukken: misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid of gedrag van de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid indien deze de vennootschap aan de rechtshandeling zou willen houden. Zie de conclusie van de A-G onder 3.18 e.v., en in ander verband Asser-Maeijer 2-III nr. 252.

4

Ik vraag nog aandacht voor een ten overvloede gegeven overweging (r.o. 3.5.4) waarin gelukkig een einde wordt gemaakt aan de woordenstrijd waarop ik wees in mijn noot onder 5 bij de uitspraak HR inzake Bruil-Kombex. In r.o. 3.7 slot van dit arrest werd gesproken over de mogelijkheid van *vernietiging* van een rechtshandeling op grond van art. 2:256. Ik zette daar een vraagteken bij. Thans overweegt de HR dat bij onbevoegdheid om de vennootschap vanwege een tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen, de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden: deze is ten opzichte van de vennootschap als ongeldig te beschouwen. Anders dan sommige precieze denkers menen, kan men dan ook van nietigheid spreken, zie W. Snijders in WPNR 6547, maar niet van vernietigbaarheid.

5

Zoals bekend, gaat de HR ervan uit dat art. 2:256 (146) in beginsel externe werking heeft, dat wil zeggen dat de vennootschap de uit deze wetsbepaling voortvloeiende onbevoegdheid van haar bestuurder aan derden kan tegenwerpen indien de daarin bedoelde tegenstrijdigheid ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was dan wel bekend had behoren te zijn. Zie HR 11 september 1998 (Mediasafe II) *NJ* 1999, 171, m.nt. Ma. Volgens HR 14 juli 2006 (ABN AMRO), *NJ* 2006, 570 m.nt. Ma, vloeit uit het laatste voort dat indien de derde aanleiding heeft te veronderstellen dat sprake *kan* zijn van een tegenstrijdig belang, op hem een verplichting rust tot (nader) eigen onderzoek dat in ieder geval erop gericht dient te zijn dat redelijke twijfel dienaangaande wordt weggenomen. In mijn noot sub 2 bij deze uitspraak uitte ik gelet op het belang van het handelsverkeer, de nodige kritiek op deze benadering (blijkbaar geïnspireerd door art. 3:11 BW).

Verheugend is daarom dat de HR er thans op wijst (r.o. 3.5.5) dat onder bijzondere omstandigheden op die externe werking een correctie mogelijk is in deze zin: dat een beroep ex art. 256 (146) op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichte rechtshandeling, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht vanwege de ingrijpende gevolgen ervan voor de wederpartij, juist mede in aanmerking genomen de belangen van het handelsverkeer.

In de in maart 2008 verschenen consultatie voorontwerp 'Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen' wordt in een nieuw lid 6 van art. 129 en 239 de kwestie van het tegenstrijdig belang niet langer (zoals in art. 146 en 256) aangepakt via een vertegenwoordigingsregeling, maar via een (in beginsel slechts intern werkende) besluitvormingsregeling. Zie verder de uitgebreide toelichting in de MvT p. 10 e.v. van bedoelde consultatie.

J.M.M. Maeijer

Voetnoot

[19.]

Zie voetnoot 6.

[20.]

HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570, m.nt. Ma; *JOR* 2006, 179, m.nt. A.F.J.A. Leijten (ABN AMRO Bank NV/Dijkema).

[21.]

HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519, m.nt. Ma; *JOR* 2004, 266, m.nt. I (*Duplicado*).

[22.]

Zie HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519, m.nt. Ma; *JOR* 2004, 266, m.nt. I (*Duplicado*) r.o. 3.5.2 ('Uit de aan art. 2:256 ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt ten slotte dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is'); HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570, m.nt. Ma; *JOR* 2006, 179, m.nt. A.F.J.A. Leijten (ABN AMRO Bank NV/Dijkema) r.o. 3.3.2 ('Uit de aan art. 2:256 ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen.').

[23.]

HR 14 november 1940, *NJ* 941, 321 (*Amazone*); HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438, m.nt. Ma (*Astro*); HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 568, m.nt. Ma; *JOR* 1996, 45, m.nt. I (*Mediasafe I*); HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171, m.nt. Ma; *JOR* 1998, 146, m.nt. I (*Mediasafe II*); HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393, m.nt. PvS; *JOR* 2002, 111, m.nt. I en JJvH (*Joral*).

[24.]

Zie o.a. Achterberg, *De NV* (1996) p. 169 (r.k.): 'In de statuten kan worden bepaald dat

een bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang de vennootschap vertegenwoordigt.’; Asser-Maeijer 2-III (2000) nr. 295, p. 392: ‘De statuten kunnen de regel [van artikel 2:256, eerste zin, BW] overnemen doch ook geheel of gedeeltelijk terzijde stellen.’; Bartman/Dorresteijn (2006) p. 226–227: ‘[Artikel 2:256 BW] zegt dat, tenzij de statuten anders bepalen, een bestuurder de vennootschap niet kan vertegenwoordigen indien hij bij de transactie een belang heeft dat tegenstrijdig is aan dat van de vennootschap.’; Van den Brink, *F&O* (2004) p. 80 (r.k.): ‘Zo kunnen de statuten bepalen dat de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, toch vertegenwoordigingsbevoegd is.’; Buijn/Storm (2005) p. 176: ‘De wet laat [...] toe in de statuten van [artikel 2:256, eerste zin, BW] af te wijken, iets wat in de praktijk veelvuldig voorkomt’; Dorresteijn (1989) p. 71: ‘De statuten kunnen de wettelijke bepaling inzake tegenstrijdig belang geheel of gedeeltelijk terzijde stellen, met uitzondering van de aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering.’; Enneman/De Vries, *V&O* (2003) p. 59 (l.k.): ‘Wanneer een bestuurder in een tegenstrijdig belang situatie een rechtshandeling is aangegaan, leidt dit tot onbevoegde vertegenwoordiging (tenzij de statuten anders hebben bepaald of de algemene vergadering deze bestuurder als vertegenwoordiger heeft aangewezen).’; Geens/Schwarz (1998) p. 289–290: ‘Statutair kan [...] een afwijkend model worden gekozen, waarin bijvoorbeeld wordt bepaald dat het bestuur/de bestuurders ook ingeval van een tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd zijn.’; Gepken-Jager (2000) p. 290: ‘De vennootschap kan er [...] voor kiezen het bestuur de bevoegdheid te verlenen ook in geval van tegenstrijdig belang de vennootschap te vertegenwoordigen. Bijvoorbeeld door in de statuten vast te leggen dat het bestuur de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang vertegenwoordigt (zogenaamde ‘wegschrijven’ van het tegenstrijdig belang).’; Van der Heijden/Van der Grinten (1992) nr. 278, p. 487: ‘De statuten kunnen [artikel 2:256, eerste zin, BW] geheel of gedeeltelijk terzijde stellen’; M.E. Honée (2000) p. 162, voetnoot 3: ‘Aangenomen wordt dat de statuten kunnen bepalen dat de bestuurder bij (bepaalde gevallen van) tegenstrijdig belang toch vertegenwoordigingsbevoegd is [...]’; Huijgen (2004) art. 2:256 BW, aant. 1: ‘In de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang de vennootschap vertegenwoordigt.’; Leijten (2005) p. 152: ‘Zolang als de afa geen besluit neemt, blijft de bestuurder evenwel bevoegd, mits de statuten bepalen dat hij ook bij tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft’; Löwensteyn/Raaijmakers (2000) nr. 5.120 gelezen in samenhang met nrs. 4.14 en 4.66: ‘De [BV] wordt door commissarissen vertegenwoordigd, wanneer zij en een of meer van haar bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. De statuten kunnen een andere regeling treffen, bijvoorbeeld bepalen dat bij tegenstrijdig belang toch de bestuurders voor de [BV] handelen.’; Van Schilfgaarde/Winter (2006) nr. 69, p. 218: ‘Van de eerste zin van art. 256 (146) kan worden afgeweken in de statuten. In de praktijk wordt hij dikwijls geheel terzijde gesteld.’; Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* (2000) p. 14 (r.k.): ‘[d]e statuten [kunnen] de bestuurder met een tegenstrijdig belang [...] bevoegd verklaren de vennootschap te vertegenwoordigen’. Ook de schrijvers die dit geen gelukkige uitkomst vinden erkennen dat dit nu eenmaal de consequentie is van de huidige regeling van artikel 2:256 BW. Zie Slagter, *NJB* (2004) p. 978: ‘Ik mis in de voorstellen tot wetswijziging een bepaling, die een einde zou kunnen maken aan één van de misstanden, die aan goed bestuur in de weg staan: de nu nog in artikel [2:146/256 BW] open gelaten mogelijkheid, dat de statuten bepalen, dat bij tegenstrijdig belang niettemin de bestuurder bevoegd blijft de vennootschap te vertegenwoordigen.’; dez. (2005) p. 144; Timmerman, *RMTh* (1999) p. 48 (l.k.): ‘Een probleem van art. 2:146/256 BW is dat deze artikelen van regelend recht zijn. Dit betekent dat de statuten van een vennootschap

een bestuurder bevoegd kunnen maken een tegenstrijdig-belangtransactie af te sluiten. Naar mijn inzicht dienen deze artikelen van dwingend recht te worden.’; dez., *NJB* (2004) p. 1634 (l.k.); dez., *Ondernemingsrecht* (2005) p. 67. Inmiddels lijkt Timmerman overigens een wat andere koers te varen. Zie voetnoot 28 hierna. De enigen die wellicht van mening zijn dat het volledig wegschrijven van het tegenstrijdig belang niet geoorloofd is, zijn Huizink in zijn commentaar op artikel 2:256 juncto zijn commentaar op artikel 2:146 BW, aant. 10 in Groene Kluwer Rechtspersoon en Bosse, *JBN* (2006) p. 9 (r.k.).

[25.]

Zie H.J. de Kluiver et al. (2004) p. 97.’

[26.]

Vgl. Bartman in nr. 8 (b) van zijn annotatie onder Hof Arnhem 11 oktober 2005, *JOR* (2005) 294 (*Bruil Kombex/Bruil Arnhem*): ‘Dikwijls wordt het tegenstrijdig belang in de statuten ‘weggeschreven’, in die zin dat ondanks een tegenstrijdig belang de bestuurder toch vertegenwoordigingsbevoegd is [...]’; De Kluiver, *WPNR* 6626 (2005) p. 521 (l.k.), die spreekt van ‘[...] de gebruikelijke bepaling dat ingeval de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met de bestuurder, laatstgenoemde de vennootschap toch mag vertegenwoordigen’; Verdam, *WPNR* 6626 (2005) p. 505 (l.k.) gelezen in samenhang met voetnoot 1: ‘[d]e regeling van [art. 2:146/256 BW] [wordt] in de statuten vaak [...] ‘weggeschreven’.’; Van Schilfgaarde/Winter (2006) nr. 69, p. 218: ‘Van de eerste zin van art. 256 (146) kan worden afgeweken in de statuten. In de praktijk wordt hij dikwijls geheel terzijde gesteld.’

[27.]

De Kluiver et al. (2004) p. 102.’

[28.]

Zie o.a. P.A. van den Brink, *O&F* (2004) p. 87 (r.k.); Van den Ingh in nr. 8 van zijn annotatie onder HR 9 juli 2004, *JOR* 2004, 266 (*Duplicado*); Leijten in nr. 14 van zijn annotatie onder *JOR* 2006, 179 (*ABN AMRO Bank NV/Dijkema*); inmiddels ook Maeijer in nr. 2 van zijn annotatie onder HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (*ABN AMRO Bank NV/Dijkema*) (in zijn annotatie nr. 5 onder HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (*Duplicado*) leek Maeijer nog geen voorstander van het afschaffen van externe werking); inmiddels ook Timmerman (2005) p. 56; dez., in nr. 2.4 van zijn conclusie bij HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570. m.nt. Ma; *JOR* 2006, 179, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*ABN AMRO Bank NV/Dijkema*) (in (o.a.) *NJB* (2004) p. 1634 (l.k.) was Timmerman nog geen voorstander van het afschaffen van externe werking). Zie ook Dorresteyn, *O&F* (2005) p. 24–30, die weliswaar een aantal amendementen op de voorgestelde regeling bepleit, maar de bepaling dat het ontbreken van de goedkeuring niet aan een wederpartij kan worden tegengeworpen volledig in stand laat (zie lid 3 van het door Dorresteyn geamendeerde voorstel, p. 29, r.k.).

[29.]

In elk geval blijkt uit een brief van de Minister van Justitie d.d. 3 februari 2006 betreffende de modernisering van het ondernemingsrecht dat ‘[w]ordt gewerkt aan een mogelijke wijziging van de regeling betreffende tegenstrijdig belang van bestuurders.’ Zie *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 752, nr. 4, p. 1 (onder nr. 1). Vgl. ook de verwachting van Maeijer in nr. 2 van zijn annotatie onder HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (*ABN AMRO Bank NV/Dijkema*).

[30.]

Vgl. Maeijer in nr. 2 van zijn annotatie onder HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (*ABN AMRO Bank NV/Dijkema*).

[31.]

Huizink (2003) p. 180.

[32.]

Timmerman, *RMTh* (1992) p. 162.

[33.]

Zie Asser-Maeijer II-2 (1997) nr. 88 (anders nog Van der Grinten in de vorige druk van dit werk, zie de volgende voetnoot); M.P. Nieuwe Weme in zijn annotatie nr. 3 onder Hof Leeuwarden, 6 oktober 2004, *JOR* 2004, 323 (*ABN AMRO Bank N. V./Dijkema*).

[34.]

Asser-Van der Grinten II-2 (1991) nr. 88, op p. 76: 'Slechts de rechtspersoon kan beroep doen op de beperking van de vertegenwoordigingsmacht (art. 45 lid 3, 130 lid 3, 240 lid 3, 292 lid 3). De 'nietigheid' kan als vernietigbaarheid worden gekwalificeerd.' Van Schilfgaarde/Winter (2006) nr. 53, p. 168: 'Uitdrukkelijk bepaalt art. 240 (130) lid 3 dat een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking of voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging slechts dóór de vennootschap kan worden ingeroepen. Men kan dit ook zo uitdrukken: de rechtshandeling kan slechts door de vennootschap worden vernietigd'.

[35.]

HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519, m.nt. Ma; *JOR* 2004, 266, m.nt. I (*Duplicado*) r.o. 3.4.2.

[36.]

De iets afwijkende terminologie valt te verklaren door het feit dat het hier een Nederlands-Antilliaanse zaak betreft. Zie ook nr. 4 van de annotatie van Van Schilfgaarde onder HR 3 mei 2002, *NJ* 2002,393 (*Joral*): 'Meer kans zou Brandao hebben gehad [...] als zij [...] tegen Sundat een bevel had gevraagd om zich tegenover Joral te beroepen op de nietigheid van de overeenkomst (vernietigbaarheid, zouden wij zeggen).' Aldus ook Van Schilfgaarde in zijn annotatie nr. 4 onder HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 (*Joral*).

[37.]

HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393, m.nt. PvS; *JOR* 2002, 111, m.nt. I en JJvH (*Joral*) r.o. 3.5.3. Het Hof Arnhem, 11 oktober 2005, *JOR* 2005, 294, m.nt. Bartman (*Bruil Kombex/Bruil Arnhem*) komt in r.o. 4.11 tot de conclusie dat (o.a.) de regels omtrent vernietiging niet rechtstreeks van toepassing zijn op onbevoegde vertegenwoordiging door bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen. Dit lijkt ons in het licht van voornoemde rechtspraak van de Hoge Raad onjuist. Onder meer tegen dit aspect van het arrest van het Hof Arnhem is inmiddels beroep in cassatie ingesteld.

[38.]

Zie Timmerman, *RMTh* (1992) p. 162–163. Het Hof Arnhem, 11 oktober 2005, *JOR* 2005, 294 (*Bruil Kombex/Bruil Arnhem*) komt in r.o. 4.11 tot de conclusie dat (o.a.) de regels omtrent vernietiging niet analoog van toepassing zijn op onbevoegde vertegenwoordiging door bestuurders van vennootschappen. Dit lijkt ons in het licht van de in de hoofdtekst aangevoerde argumenten onjuist. Onder meer tegen dit aspect van het arrest van het Hof Arnhem is inmiddels beroep in cassatie ingesteld.

[39.]

HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519, m.nt. Ma; *JOR* 2004, 266, m.nt. I (*Duplicado*) r.o. 3.4.2.

[40.]

Zie expliciet Timmerman, *RMTh* (1992) p. 162.

[41.]

Zie expliciet Timmerman, *RMTh* (1992) p. 162–163.

[42.]

Zie nr. 2 hierboven.

- [1.] Tenzij anders vermeld zijn de onderstaande feiten ontleend aan rov. 1.2 en 9 van het bestreden arrest van het hof 's-Gravenhage van 17 oktober 2006. Rov. 1.2 wordt weliswaar gepresenteerd als een samenvatting van de feiten die Uoti aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, maar het hof is blijkens rov. 9 eveneens van deze feiten uitgegaan.
- [2.] Pinakel heette in het verleden NSI Holding 9 B.V. en later Interglobia Holdings B.V. (zie bijv. de weergave van partijen door de rechtbank. Zie ook de documenten genoemd in voetnoot 1 van het verzoekschrift in cassatie).
- [3.] Zie bijlage 2 bij prod. 13 bij inleidend verzoekschrift Uoti.
- [4.] Zie Prod. C verweerschrift NSI in hoger beroep en par. 2.3 Verweerschrift Uoti in cassatie.’
- [5.] Verzoekschrift Uoti nr. 17 en productie 7.
- [6.] Verzoekschrift Uoti nr. 37 e.v.
- [7.] Het verzoekschrift is op 17 januari 2007 ter griffie ingekomen.
- [8.] HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 194 m.nt. PvS.
- [9.] *NJ* 2007, 420 m.nt. Ma; *JOR* 2007, 169 m.nt. Leijten. Over dit arrest ook P.J. Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 430–433; A.J.P. Schild, *Maanblad voor Vermogensrecht* 2007, p. 178–185 en I.Wassenaar, *Bedrijfsjuridische berichten* 2007, p. 159–163.
- [10.] Zie ook J.B. Huizink, art. 2:146 BW, aant. 1 (2005).
- [11.] In het oorspronkelijk ontwerp was de strekking van de bepaling (genummerd art. 51e K) beperkter. Zij had slechts betrekking op ‘rechtshandelingen, door haar [de vennootschap — LT] met een of meer bestuurders aan te gaan, alsmede in rechtsgedingen, door haar tegen een of meer bestuurders te voeren’ (*TK* 1909–1910, 217, nr. 2, p. 10).
- [12.] *TK* 1909–1910, 217, nr. 3, p. 40.’
- [13.] Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 295.’
- [14.] Sanders-Westbroek- Buijn-Storm, BV en NV (2005), p. 176.’
- [15.] *TK* 1909–1910, 217, nr. 3, p. 40.’
- [16.] Conclusie AG-Bakels, par. 2.11 vóór HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 m.nt. PvS, *JOR* 2002, 111 m.nt. Van den Ingh en Van Hees (Joral).
- [17.] In vergelijkbare zin Van Schilfgaarde in par. 9 van zijn noot onder het arrest.
- [18.]

- HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 m.nt. Ma; *JOR* 2004, 266 m.nt. I.
- [19.] HR 3 mei 2002, *JOR* 2002, 111, rov. 3.1 (iv) en (v).
- [20.] Zie mijn conclusie voor het arrest, par. 2.13.
- [21.] Hierover mijn conclusie par. 3.14.
- [22.] Evenzo A.F.J.A. Leijten, Tegenstrijdig belang als strijdmiddel voor curatoren, in: *Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation*, 2005, p. 152.
- [23.] Hierover uitvoerig A.F. Verdam, Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen, *WPNR* 6626 (2005), p. 505 e.v.
- [24.] Vgl. ook HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 m.nt. Ma; *JOR* 2006, 179 m.nt. Leijten, rov. 3.3.2.
- [25.] Vgl. hierover ook par. 2.4 van mijn conclusie vóór HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 m.nt. Ma; *JOR* 2006, 179 m.nt. Leijten (ABN AMRO/Dijkema q.q.).
- [26.] HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 m.nt. Ma (Sluis). Vgl. reeds HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 317 m.nt. Ma (Slijkerman).
- [27.] HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 m.nt. Ma (Bibolini).
- [28.] Vgl. Van Schilfgaarde - Winter, Van de BV en de NV (2006), nr. 57.
- [29.] Vgl. ook Mediasafe II en ABN/AMRO Bank/Dijkema qq waarin de Hoge Raad in rov. 2.2 resp. 3.3.2 eveneens spreekt van onbevoegdheid tot vertegenwoordiging.’
- [30.] Van Schilfgaarde - Winter, Van de BV en de NV (2006), nr. 53.’
- [31.] W.C.L. van der Grinten, *Handboek* (1992), p. 418. Op p. 421 stelt hij dat de rechtshandeling in beginsel nietig is.
- [32.] De tussen haken vermelde wetsartikelen zijn de door mij ‘vertaalde telefoonnummers.’
- [33.] Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6 (Boek 3; Vermogensrecht in het algemeen), p. 1181. Zie ook p. 1183.’
- [34.] A.S. Hartkamp, Bekrachtiging van nietige rechtshandelingen, in: *Non Sine Causa*, G.J. Scholten-bundel, 1979, p. 131. Overigens lijkt Hartkamp thans veel minder aan het onderscheid te hechten; zie Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 462–463.’
- [35.] Asser-Van der Grinten-Kortmann 2 - I (2004), nr. 83. Evenzo W.A.M. van Schendel, in Jac. Hijma (red.), *Rechtshandeling en overeenkomst* (2007), nr. 108.’
- [36.] Asser-Van der Grinten-Kortmann, 2-I (2004), nr. 15.
- [37.]

- P.H.M. Gerver en P.J. van der Korst, art. 3:68, aant. 1.
- [38.] Van Schaick, a.w., nr. 37.
- [39.] Parl Gesch. Boek 3, p. 276.
- [40.] Een natuurlijk persoon, anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf.
- [41.] W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving*, Mon. NBW B81, 1993, p. 39.
- [42.] *TK* 1982–1983, 171779, nr. 3, p. 9: ‘Overtreding van artikel [7:416] leidt tot vernietigbaarheid van de krachtens de last verrichte rechtshandeling. (...). Overtreding van artikel [7:417] tast daarentegen de geldigheid van de (...) handeling niet aan, zoals voortvloeit uit de woorden ‘mag’ (i.t.t. ‘kan’) en ‘geoorloofdheid.’
- [43.] Aldus reeds HR 31 oktober 1934, *NJ* 1934, 1675.
- [44.] Tevens van toepassing op de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.
- [45.] Parl .Gesch. Aanpassing BW (Inv. Boek 3,5 en 6), p. 248, 289, 307 en 323.’
- [46.] Parl Gesch. Aanpassing BW (Inv. Boek 3,5 en 6), p. 250.’
- [47.] Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. Boek 3,5 en 6), p. 251.’
- [48.] Parl Gesch. Aanpassing BW (Inv. Boek 3,5 en 6), p. 250–251.’
- [49.] J.B. Huizink, Enkele aspecten van ongeldigheid van rechtshandelingen in het vennootschaps- en ondernemingsrecht, preadvies KNB 2003, p. 178–180.
- [50.] W. Snijders, Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren, *WPNR* 6547 (2003), p. 708–709. Evenzo R.G.J. Nowak, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 282–283, alsmede A.J.P. Schild, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007, p. 183.’

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 15-03-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.