

ANNOTATIE

# De Flevo Berry Holding- en Omines Services-beschikkingen

**S.L. Haanschoten**

*Annotatie bij Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 08-06-2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734 (OR-2022-0150)*

*Annotatie bij Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 28-04-2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287 (OR-2022-0150)*

*De Flevo Berry Holding- en Omines Services-beschikkingen vallen op vanwege het college dat de OK geeft over belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang. De kernoverwegingen zijn hetzelfde, maar in Omines Services corrigeert de OK een vergissing die in Flevo Berry Holding was geslopen. Dit heeft de OK ertoe bewogen alle kernoverwegingen nog eens integraal in Omines Services te herhalen.*

## **Achtergrond van de uitspraken**

Tegenstrijdig-belangzaken komen met regelmaat bij de OK voor en daardoor zijn de regels die bij dergelijke situaties gelden in tal van beschikkingen neergelegd en uitgediept. De eerste vraag die daarom opkomt, is waarom de OK het nodig heeft geacht dit college te geven. In de literatuur is in dit verband zelfs al gesproken van ‘overbodigheid’ (zie Leijten in zijn noot bij de beschikkingen, *JOR* 2022/175, par. 1).

Zo ver wil ik niet gaan. Ik sluit niet uit dat de reden gevonden kan worden in het feit dat de OK tegenstrijdig belang van oudsher anders toetste dan de ‘gewone’ civiele rechter. Dit zit zo. Reeds vanaf 1928 bepaalde de wet dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang de vennootschap niet mocht vertegenwoordigen (laatstelijk neergelegd in art. 2:146/256 BW

(oud)). Deze regel zag dus op de externe verhoudingen van de vennootschap. De OK dient echter te oordelen over de juistheid van het beleid, hetgeen ziet op de interne verhoudingen van de vennootschap. De OK toetste daarom tegenstrijdig-belangzaken niet aan het vertegenwoordigingsverbod, maar aan de mate van zorgvuldigheid die door de bestuurder al dan niet in acht is genomen bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van een overeenkomst waarbij belangenverstrengeling een rol kan spelen (zie De Jongh, *Ondernemingsrecht* 2019/68, par. 3.1). Deze regels hebben hun oorsprong in de *Linders/Hofstee*-beschikking uit 1983 (ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007) en zijn in latere jurisprudentie verder uitgewerkt.

Deze verschillende toetsingskaders konden goed naast elkaar bestaan. Dit veranderde in 2012, toen het vertegenwoordigingsverbod werd omgezet in een onthoudingsverbod (art. 2:129/239 lid 6 BW), op grond waarvan een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Het onthoudingsverbod verhoudt zich moeizaam met de zorgvuldigheidsregels van de OK. Indien een bestuurder van de wet niet mee mag doen aan de beraadslaging en besluitvorming, is het merkwaardig als die bestuurder van de OK wel mee mag doen onder het betrachten van extra zorgvuldigheid (zie ook De Jongh, 'Twee eeuwen tegenstrijdig belang', oratie Rotterdam, 2019, p. 63).

Ik vermoed daarom dat de OK met deze beschikkingen heeft geprobeerd om haar eigen, sinds 1983 voortgezette lijn, te harmoniseren met het sinds 2012 geldende wettelijke systeem. Dat de OK dit doet in een beschikking waarin wanbeleid wordt geconstateerd, kan eveneens geen toeval zijn. De kernoverwegingen zijn dan in beginsel toetsbaar in cassatie, hetgeen lastiger kan zijn indien geen wanbeleid is vastgesteld.

### **Verschil tussen belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang**

De OK ziet het begrip tegenstrijdig belang als een 'bijzondere vorm' van belangenverstrengeling. Alleen bij een tegenstrijdig belang dient de bestuurder zich te onthouden van beraadslaging en besluitvorming. Het begrip is uitgewerkt in het *Bruil*-arrest (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033) en latere uitspraken en wordt door de OK als volgt samengevat: de situatie waarin een bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen (direct of indirect) dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming.

Indien een bestuurder géén tegenstrijdig belang heeft in de zin van de wet, mag hij dus deelnemen aan de besluitvorming en beraadslaging. Echter, indien wel sprake is van (een reëel risico op) belangenverstrengeling van de bestuurder, dan dient hij volgens de OK op

grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW de nodige zorgvuldigheid te betrachten in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie waarbij de belangenverstrengeling mee kan spelen. Op deze manier heeft de OK de oude, op *Linders/Hofstee* gebaseerde zorgvuldigheidsnorm en de thans geldende wettelijke onthoudingsregel met elkaar geharmoniseerd.

Wanneer sprake is van belangenverstrengeling legt de OK in deze beschikkingen niet uit. Wel verwijst zij onder andere naar de *Zwagerman*-beschikking (HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*)), waarin de Hoge Raad spreekt over ‘ontoelaatbare verstrengeling van belangen’. Leijten betoogt in zijn noot bij *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* dat dit op hetzelfde neerkomt als tegenstrijdig belang, zoals uitgelegd in het *Bruil*-arrest en dat belangenverstrengeling dus niet iets anders of ruimer is dan tegenstrijdig belang (*JOR* 2022/175, par. 6).

Ik denk dat het verschil gezocht moet worden in de achtergrond van enerzijds het wettelijke tegenstrijdig belang en anderzijds de door de OK ontwikkelde zorgvuldigheidsregels bij belangenverstrengeling. Zoals De Jongh in zijn hiervoor aangehaalde oratie beschrijft, heeft het wettelijke tegenstrijdig belang zijn origine in de verhouding tussen de aandeelhouder en het bestuur. Een bestuurder is een soort rentmeester van het vermogen van de vennootschap (oftewel van de aandeelhouder) en tegenstrijdig-belangregels werden ingevoerd om te voorkomen dat het bestuur misbruik kon maken van het in hem gelegde vertrouwen.

De zorgplichtjurisprudentie, die met name sinds *Zwagerman* een grote opkomst heeft gemaakt binnen het ondernemingsrecht, heeft een andere achtergrond. Daar draait het om de bescherming van een partij die niet of minder goed in staat is om zijn eigen belangen te beschermen, zoals minderheidsaandeelhouders of werknemers. Zoals de Hoge Raad in *Zwagerman* oordeelde, en de OK in de *Flevo Berry Holding*- en *Omines Services*-beschikkingen ook weergeeft, is de uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Relevante factoren zijn of sprake is van een meerderheids- en minderheidsaandeelhouder, of de meerderheidsaandeelhouder tevens bestuurder is, en of sprake is van ‘besloten verhoudingen’ (bijv. een familievennootschap of een joint venture). Onder dergelijke omstandigheden kan volgens zowel de OK als de Hoge Raad eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van belangen van de vennootschap en van bij de vennootschap betrokken personen – doorgaans de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder. Op grond van die zorgplicht dient het bestuur maatregelen te nemen om de belangen van degenen die door zijn handelen nadeel kunnen ondervinden zoveel mogelijk te beschermen. Zo kan de inschakeling van een deskundige derde gewenst zijn. Ook kan geboden zijn dat het bestuur ruimhartig openheid betracht. Dit kan zelfs zover gaan dat de minderheidsaandeelhouder zelf een individueel informatierecht

heeft buiten het bestek van de algemene vergadering (zie o.a. de *Fuelplants*-beschikking, OR 2020-0113).

Ik denk daarom dat de OK in *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* bedoelt te zeggen dat de zorgvuldigheidsregels al in acht moeten worden genomen indien sprake is van omstandigheden waarbij een *verhoogd risico* bestaat dat belangen zouden kunnen worden vermengd, niet dat daadwerkelijk sprake moet zijn van (ontoelaatbare) belangenverstrengeling of een wettelijk tegenstrijdig belang. De zorgvuldigheidsregels zijn er immers voor bedoeld de andere partijen, doorgaans de minderheidsaandeelhouders, tegen dat risico van belangenverstrengeling te beschermen.

### **Artikel 2:239 lid 6 BW ook van toepassing op beslissingen**

Vervolgens overweegt de OK dat een geconflicteerde bestuurder niet aan de beraadslaging en besluitvorming mag deelnemen van besluiten, 'ongeacht of de artikelen 2:14-16 BW van toepassing zijn'. De OK doelt hier op het onderscheid dat in de literatuur wordt gemaakt tussen besluiten in formele zin van Boek 2 BW en overige besluiten, ook wel 'beslissingen' genoemd (zie o.a. conclusie A-G Timmerman in *NJ 2011/55 (Silver Lining/Perstorp)*). Alleen besluiten met rechtsgevolg, zoals de wijziging van statuten of de uitkering van dividend, zijn besluiten in formele zin. Besluiten waarin wel de wil van het bestuur wordt gevormd maar die geen rechtsgevolg hebben, zijn dat niet. Denk aan het besluit om een bepaalde transactie aan te gaan. Met louter het nemen van dat besluit is de transactie zelf nog niet aangegaan, dit vereist een vertegenwoordigingshandeling. Een dergelijk besluit, dat dus ook wel wordt aangeduid als een beslissing, valt niet onder het regime van de artikelen 2:14-16 BW.

De OK meent dat deze discussie voor wat betreft de tegenstrijdig-belangregels irrelevant is. Ook bij 'beslissingen' acht de OK artikel 2:239 lid 6 BW van toepassing. Dit vind ik terecht en het sluit ook aan bij de bewoording van artikel 2:239 lid 6 BW, dat in algemene termen spreekt van 'beraadslaging en besluitvorming'. Dat hoeft inderdaad niet alleen te zien op besluiten in formele zin.

De OK verwijst bij deze overweging onder meer naar de *Eetcafé de Stip*-beschikking (OR 2021-0182), een uitspraak die in de literatuur amper is opgepikt. In deze zaak was een aandeelhouder/bestuurder eigenaar van een pand dat werd gehuurd door de vennootschap. Als eigenaar van het pand zegde zij eenzijdig de huurovereenkomst met de vennootschap op, om vervolgens als bestuurder namens de vennootschap met deze beëindiging in te stemmen. De OK oordeelde dat deze bestuurder op grond van artikel 2:239 lid 6 BW niet had mogen beslissen over de instemming met de opzegging van de huurovereenkomst.

Hoewel ik de uitkomst van de zaak bevredigend vond, uit ik wel enige bedenkingen bij de

redenering door de OK. De instemming met de beëindiging van een huurovereenkomst lijkt mij namelijk op zichzelf noch een besluit noch een beslissing, maar een daad van vertegenwoordiging. Dat valt hoe dan ook buiten het bestek van artikel 2:239 lid 6 BW. Mijns inziens behoeft een daad van vertegenwoordiging niet vooraf te worden gegaan aan een beslissing van het bestuur. Bovendien kan een bestuurder van een tweehoofdig bestuur in beginsel in het geheel niet in zijn eentje besluiten (of beslissingen) nemen.

### **De verwijzing naar Intergamma**

Ten slotte verwijst de OK in *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* naar *Intergamma* (OR 2018-0017), wanneer zij overweegt dat afhankelijk van de omstandigheden, geboden kan zijn dat de geconflicteerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd of dat hij (een deel van) zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder. Dat is op het eerste gezicht verwarrend. In *Intergamma* werd juist beslist dat (in het geval van die uitspraak) een commissaris op grond van artikel 2:8 BW zich onder bepaalde omstandigheden moet onthouden van beraadslaging en besluitvorming, zelfs als hij *niet* een tegenstrijdig belang heeft in de zin van artikel 2:250 lid 5 BW. Nu past de OK gedragsregels die zij heeft geformuleerd voor een bestuurder/commissaris *zonder* tegenstrijdig belang (zoals bij *Intergamma*) toe op bestuurders met *wel* een tegenstrijdig belang. De OK spreekt immers over een geconflicteerde bestuurder.

Heel vreemd is het echter allemaal niet. Als een geconflicteerde bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming, is het niet ondenkbaar dat hij onder omstandigheden ook zou moeten afzien van voorbereidingshandelingen en dat hij minder dan normaal wordt geïnformeerd. Dergelijke informatie kan immers concurrentiegevoelig zijn.

### **Conclusie**

In *Flevo Berry Holding* en *Omines Services* is de OK op zoek gegaan naar een manier om de van oudsher door haar gehanteerde zorgvuldigheidsregels bij tegenstrijdig-belangzaken te harmoniseren met de wettelijke onthoudingsregel. Alleen wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang zoals bedoeld in artikel 2:129/239 lid 6 BW, dient een bestuurder zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Maar ook als een bestuurder geen formeel tegenstrijdig belang heeft, is niet gezegd dat hij kan handelen zoals hij wil. Indien sprake is van bijzondere omstandigheden die het risico verhogen dat de bestuurder zijn persoonlijke belangen vermengt met die van de vennootschap, bijvoorbeeld omdat de bestuurder tevens meerderheidsaandeelhouder is, dient hij de nodige zorgvuldigheid te betrachten jegens degenen – doorgaans de minderheidsaandeelhouder(s) –

die nadeel van zijn handelen kunnen ondervinden.