

JOR 2017/226 Rechtbank Rotterdam, 05-07-2017, HA ZA 16-861, ECLI:NL:RBROT:2017:5177 Stichtingen, Rechtsgeldigheid van opeenvolgende samenwerkingsovereenkomsten, Personele unie van bestuurders en leden RvC, Geen sprake van tegenstrijdig belang, Bestuurders moeten in staat worden geacht integer en onbevooroordeeld te hebben gehandeld, Zij dienen zich te richten naar belang van beide stichtingen, Verwijzing naar HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman (Bruil-arrest), Evenmin vernietigbaarheid rechtshandelingen wegens doeloverschrijding, Ruime doelomschrijving, Belangen van beide stichtingen gediend, Geschillen in hoofdzaak vloeien voort uit samenwerkingsovereenkomst, Bindendadviesclausule, Niet-ontvankelijkheid

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 7, BW BOEK 2 artikel 256, BW BOEK 2 artikel 292

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:RBROT:2017:5177, JIN 2017/159, RN 2017/90, RO 2017/78, TvA 2017/70

JOR 2017/226, Rechtbank Rotterdam, 05-07-2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5177, C/10/509092 / HA ZA 16-861 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Stichtingen, Rechtsgeldigheid van opeenvolgende samenwerkingsovereenkomsten, Personele unie van bestuurders en leden RvC, Geen sprake van tegenstrijdig belang, Bestuurders moeten in staat worden geacht integer en onbevooroordeeld te hebben gehandeld, Zij dienen zich te richten naar belang van beide stichtingen, Verwijzing naar HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman (Bruil-arrest), Evenmin vernietigbaarheid rechtshandelingen wegens doeloverschrijding, Ruime doelomschrijving, Belangen van beide stichtingen gediend, Geschillen in hoofdzaak vloeien voort uit samenwerkingsovereenkomst, Bindendadviesclausule, Niet-ontvankelijkheid

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	05-07-2017
Publicatie	JOR 2017/226 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2017
Annotator	• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2017:5177
Zaaknummer	C/10/509092 / HA ZA 16-861
Overige publicaties	• ECLI:NL:RBROT:2017:5177

- JIN 2017/159 met annotatie van E.A. van de Kuilen en P.A.A. Brink

Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Bouwman • mr. Muilwijk-Schaaij • mr. Roest
Partijen	<p>Stichting Humanitas Huisvesting te Rotterdam, eiseres in de hoofdzaak, verweerster in het incident, advocaat: mr. J. Fleming, tegen Stichting Humanitas te Rotterdam, gedaagde in de hoofdzaak, eiseres in het incident, advocaat: mr. G. Dietz.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 7 • BW Boek 2 - 256 • BW Boek 2 - 292 lid 3

Samenvatting

Humanitas Huisvesting en Humanitas Zorg hebben vanaf 1993 opeenvolgende samenwerkingsovereenkomsten gesloten. Daarin zijn partijen overeengekomen de tussen hen te rijzen geschillen door arbitrage dan wel bindend advies te beslechten. In dit incident voert Huisvesting verweer tegen het beroep van Zorg op niet-ontvankelijkheid.

Ten tijde van het aangaan van de samenwerkingsovereenkomsten bestonden de besturen en raden van commissarissen van enerzijds Zorg en anderzijds Huisvesting uit dezelfde personen. Er was sprake van een zogenoemde personele unie.

Aan de orde is of er in deze situatie sprake was van een tegenstrijdig belang van bestuurders dat meebrengt dat de samenwerkingsovereenkomsten op die grond aantastbaar/nietig zijn. Tegen de achtergrond van het Bruil-arrest (HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman) is overwogen, acht de rechtbank voor de beoordeling in het bijzonder van belang dat gesteld noch gebleken is dat er sprake was van persoonlijke belangen van de betrokken bestuurders in die zin dat zij er op enigerlei wijze persoonlijk voordeel van zouden ondervinden indien een van de stichtingen waarvan zij bestuurder waren, zou worden bevoordeeld ten opzichte van de andere stichting waarvan zij bestuurder waren. Bestuurders van twee stichtingen zullen in het geval van het bestaan van een personele unie oog moeten hebben voor het feit dat zij zich moeten richten naar het belang van beide stichtingen. Dat brengt mee dat zij bij het tot stand brengen van een overeenkomst tussen de twee door hen bestuurd stichtingen de belangen van beide stichtingen zullen moeten afwegen. Niet valt in te zien waarom dat in een geval als het onderhavige niet mogelijk zou zijn. Er doet zich hier niet de situatie voor dat de bestuurder door zijn betrokkenheid bij een ander, met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.

Vervolgens is de vraag of de door Huisvesting verrichte rechtshandelingen vernietigbaar zijn op grond van doeloverschrijding. Het doel van Huisvesting is zeer ruim omschreven. Het aangaan van samenwerkingsovereenkomsten met Zorg valt binnen die doelomschrijving. Zowel Huisvesting als Zorg hebben kunnen menen dat de (niet louter financiële) belangen van beide rechtspersonen werden gediend

met de betrokken rechtshandelingen. De uiteindelijke belangen die beide stichtingen beoogden te dienen, waren de belangen van mensen die behoefte hebben aan goede huisvesting in combinatie met goede zorg.

Verder acht de rechtbank het beroep dat door Zorg in het kader van dit incident is gedaan op de samenwerkingsovereenkomsten en meer in het bijzonder op de daarin opgenomen clausule inzake geschilbeslechting (art. 9) niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Voor het antwoord op de vraag welke betekenis partijen over en weer redelijkerwijs mochten toekennen aan art. 9 van de samenwerkingsovereenkomst en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, is van belang dat het, gelet op de verhoudingen en de parallelle belangen zoals die in het verleden bestonden, een voor de hand liggende keuze was om ter zake van eventueel noodzakelijke geschilbeslechting tussen beide stichtingen op voorhand bindend advies overeen te komen. Redelijkerwijs mochten partijen daarbij van elkaar verwachten dat art. 9 van de samenwerkingsovereenkomst ruim zou worden uitgelegd. Beide partijen hadden er immers belang bij om te voorkomen dat in geval van meerdere te beslechten geschillen voor enkele daarvan de weg van het bindend advies zou moeten worden gevolgd en voor andere een (andere) rechtsgang.

De rechtbank is tegen deze achtergrond van oordeel dat de geschillen tussen Huisvesting en Zorg die partijen in de hoofdzaak aan de orde wensen te stellen in de relevante zin uit de samenwerkingsovereenkomsten voortvloeien en dienen te worden beslecht door bindend advies.

Huisvesting is derhalve niet-ontvankelijk in haar vorderingen.

Uitspraak

(...; red.)

2. De beoordeling in het incident

2.1. Zorg vordert dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart, althans Huisvesting in haar vorderingen niet-ontvankelijk verklaart. Huisvesting voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

2.2. Zorg grondt haar vordering in het incident op de stelling dat partijen zijn overeengekomen om tussen hen te rijzen geschillen door arbitrage dan wel bindend advies te beslechten.

2.3. In de visie van Zorg vloeien de geschillen die Huisvesting bij dagvaarding aanhangig heeft gemaakt bij de rechtbank voort uit de samenwerkingsovereenkomsten die vanaf 1993 tussen partijen zijn gesloten. Zorg beroept zich op artikel 9 van die samenwerkingsovereenkomsten. Daarin is het volgende bepaald:

“Artikel 9 Geschillen

9.1. Geschillen tussen SHH [Huisvesting] en de Stichting [Zorg] die uit deze samenwerkingsovereenkomst voortvloeien, zullen worden beslecht door een bindend advies afkomstig van een arbitragecommissie van drie personen, die worden aangewezen binnen één maand nadat een geschil is ontstaan.

Iedere partij wijst een persoon aan en deze personen gezamenlijk een derde.

9.2. Een geschil wordt geacht te zijn ontstaan zodra één der partijen dit aanwezig acht en zulks bij aangetekend schrijven aan de andere partij heeft medegedeeld.

9.3. Bij gebreke van overeenstemming over de aanwijzing bedoeld in artikel 9.1. binnen de daarin gestelde termijn, wordt de kantonrechter van Rotterdam verzocht deze benoeming te verrichten.

9.4. De in artikel 9.1. bedoelde arbitragecommissie stelt de procedure vast. Zij kan de kosten van de procedure opleggen aan partijen in door haar te bepalen verhoudingen.”

2.4. Huisvesting voert hiertegen – kort weergegeven – de volgende verweren:

i. Huisvesting heeft de samenwerkingsovereenkomst opgezegd;

ii. Zorg komt om meerdere redenen geen beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst toe in verband met het feit dat het bestuur contrair aan de belangen van Huisvesting handelde en Zorg dit wist;

iii. Zorg komt geen beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst toe vanwege onder meer rechtsverwerking;

iv. een aanzienlijk deel van de vorderingen van Huisvesting vindt niet zijn grondslag in, althans vloeit niet uit de samenwerkingsovereenkomst voort.

2.5. De rechtbank zal voornoemde verweren hierna achtereenvolgens behandelen.

Ad i. Huisvesting heeft de samenwerkingsovereenkomst opgezegd

2.6. Huisvesting voert aan dat zij de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd en dat Zorg daarom geen beroep meer kan doen op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst.

2.7. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.8. Dat Huisvesting de samenwerkingsovereenkomst bij brief van 12 augustus 2016 heeft opgezegd, is niet in geschil. Wel twisten partijen over de vraag of Huisvesting bevoegd was tot die opzegging. Voor de door de rechtbank in dit incident te beoordelen geschilpunten is dat echter niet van belang.

2.9. Ook na beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst zijn partijen ter zake van geschillen die uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeien gebonden aan hetgeen zij in artikel 9 van die samenwerkingsovereenkomst over geschilbeslechting zijn overeengekomen. Aan de afspraak om uit een samenwerkingsovereenkomst eventueel voortvloeiende geschillen te doen beslechten door een bindend advies kan een partij zich achteraf niet onttrekken door eenvoudigweg de onderliggende overeenkomst op te zeggen. De aard van een geschilbeslechtingsclausule als de onderhavige brengt mee dat deze ook na opzegging van de overeenkomst van kracht blijft.

Ad ii. Zorg komt om meerdere redenen geen beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst toe in verband met het feit dat het bestuur contrair aan de belangen van Huisvesting handelde en Zorg dit wist

2.10. Huisvesting voert aan dat de bestuurders van Zorg de samenwerkingsovereenkomst met een tegenstrijdig belang sloten. In de visie van Huisvesting is de samenwerkingsovereenkomst om die reden nietig.

2.11. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.12. Ten tijde van het aangaan van de opeenvolgende samenwerkingsovereenkomsten bestonden de besturen en raden van commissarissen van enerzijds Zorg en anderzijds Huisvesting uit dezelfde personen. Er was sprake van een zogenoemde personele unie. Aangenomen mag worden dat het bestaan

en langdurig voortbestaan van die personele unie ermee samenhang dat de betrokken bestuurders en leden van de raden van commissarissen er destijds, vanaf 1992/1993, van uitgingen dat de twee nauw aan elkaar gerelateerde stichtingen activiteiten verrichtten die onderling samenhangen en elkaar aanvulden. Dat blijkt ook uit de considerans en inhoud van de vanaf 1992/1993 tussen partijen gesloten samenwerkingsovereenkomsten. Van de zijde van de toezichthouders bestonden tegen het bestaan van die personele unie destijds kennelijk geen bezwaren, althans daarvan is niet gebleken. Mede in het licht van de stellingen van partijen dient de vraag te worden beantwoord of er in deze situatie sprake was van een tegenstrijdig belang van bestuurders dat meebrengt dat de samenwerkingsovereenkomsten op die grond aantastbaar/nietig zijn.

2.13. De wet bepaalt dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder van een stichting toekomt onbeperkt en onvoorwaardelijk is, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (artikel 2:292 lid 3 BW). In de relevante periode bestond er geen wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang voor de bestuurders van stichtingen. Een dergelijke regeling bestond wel voor de in beginsel vergelijkbare situatie met betrekking tot de bestuurders van vennootschappen. Tot 1 januari 2013 was die wettelijke regeling neergelegd in artikel 2:146/256 BW. Sedert 1 januari 2013 is die regeling neergelegd in artikel 2:129/239 leden 5 en 6 BW. Het richtinggevende arrest in het kader van de beoordeling of sprake is van een tegenstrijdig belang is het zogeheten Bruil-arrest (HR 29 juni 2007, («JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman; *red.*), ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007, 420). In dat arrest heeft de Hoge Raad onder meer als volgt overwogen:

“3.4. (...) De strekking van art. 2:256 BW is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen (HR 9 juli 2004, nr. C03/057, NJ 2004, 519). Deze bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van art. 2:256 is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.

3.5. Een tegenstrijdig belang als bedoeld in deze bepaling kan zich ook voordoen wanneer, zoals in dit geval, de bestuurder tevens enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is. Ook waar de hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder van de beide vennootschappen die de transactie aangaan, in één persoon zijn verenigd, zullen de belangen van deze vennootschappen niet noodzakelijkerwijs altijd parallel lopen. Zoals het onderdeel terecht aanvoert, hangt het ook dan af van de omstandigheden van het concrete geval of een tegenstrijdig belang bestaat dat aan de bestuurder zijn bevoegdheid als bedoeld in art. 2:256 ontnemt.

3.6. In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.

In dit verband verdient nog opmerking 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. Waar niettemin voldoende duidelijk is dat ook zonder een daarop gerichte afwijkende statutaire regeling de afweging van belangen van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming in

groepsverband aan de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder is toevertrouwd teneinde de desbetreffende rechtshandeling(en) aan te gaan, zal art. 2:256 niet zonder meer toepassing mogen vinden op grond van het enkele feit dat de bestuurder de belangen van twee onderscheiden vennootschappen heeft behartigd.

3.7. Op grond van het vorenstaande zal, bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten, een beroep op art. 2:256 BW ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, 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. Mede in aanmerking genomen de ingrijpende gevolgen die aan een geslaagd beroep op art. 2:256 BW zijn verbonden, is immers niet aanvaardbaar dat wordt volstaan met het aanvoeren van de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd op de wijze als hiervoor is omschreven. 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 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.”

2.14. Tegen deze achtergrond acht de rechtbank voor de beoordeling in dit geval in het bijzonder van belang dat gesteld noch gebleken is dat er sprake was van persoonlijke belangen van de betrokken bestuurders in die zin dat zij er op enigerlei wijze persoonlijk voordeel van zouden ondervinden indien een van de stichtingen waarvan zij bestuurder waren, zou worden bevoordeeld ten opzichte van de andere stichting waarvan zij bestuurder waren. Bestuurders van twee stichtingen zullen in het geval van het bestaan van een personele unie oog moeten hebben voor het feit dat zij zich moeten richten naar het belang van beide stichtingen. Dat brengt mee dat zij bij het tot stand brengen van een overeenkomst tussen de twee door hen bestuurde stichtingen de belangen van beide stichtingen zullen moeten afwegen. Niet valt in te zien waarom dat in een geval als het onderhavige niet mogelijk zou zijn. Kortom, hier doet zich niet voor de situatie dat de bestuurder door zijn betrokkenheid bij een ander, met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Reeds daarop stuit af het beroep dat Huisvesting doet op de aanwezigheid van tegenstrijdige belangen bij de betrokken bestuurders en de rechtsgevolgen die zij daaraan wenst te verbinden.

2.15. Ten overvloede overweegt de rechtbank nog het volgende. In de vanaf 5 september 2011 geldende statuten van Huisvesting was in artikel 6 lid 3 bepaald dat de stichting in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer leden van de raad van bestuur, wordt vertegenwoordigd door een door de raad van commissarissen aan te wijzen lid van die raad (productie 4 bij dagvaarding). Nu vanaf 1993 de personele unie zowel het bestuur als de raad van commissarissen van beide stichtingen betrof, lag toepassing van deze statutaire regeling van het tegenstrijdig belang op de onderhavige situatie reeds om die reden niet in de rede. Bovendien doet de statutaire regeling van voornoemd artikel 6 lid 3 van de statuten niet af aan de (externe) vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurders die ingevolge artikel 2:292 lid 3 BW “onbeperkt en onvoorwaardelijk” is, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Dat Zorg geacht mocht worden bekend te zijn met de in artikel 6 lid 3 van de statuten opgenomen regeling is in dit geval niet relevant. Dat zou relevant kunnen zijn indien uit de inhoud van die statutaire regeling evident zou voortvloeien dat sprake was van een voor het concrete geval relevante (interne) beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Dat is naar het oordeel van de rechtbank echter niet het geval.

2.16. Huisvesting beroept zich vervolgens op vernietigbaarheid van door Huisvesting verrichte rechtshandelingen op de grond dat daardoor het doel werd overschreden en Zorg dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten (artikel 2:7 BW).

2.17. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.18. In de visie van Huisvesting is sprake van doeloverschrijding bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomsten met Zorg omdat daarbij aan Huisvesting een irreëel aandeel in de kosten is toebedeeld.

2.19. Bij beantwoording van de vraag of door een bepaalde rechtshandeling het doel van de rechtspersoon is overschreden, moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen. De wijze waarop het doel in de statuten van de rechtspersoon is omschreven, is daarvoor niet alleen beslissend. Met name moet in aanmerking worden genomen of het belang van de rechtspersoon is gediend met de betrokken rechtshandeling.

2.20. De door Huisvesting als productie 4 bij dagvaarding overgelegde notariële akte vermeldt hoe de statuten hebben geluid van 5 september 2011 tot 24 augustus 2016. Artikel 2 vermeldt onder het kopje “Doel, middelen en werkgebied” het volgende:

“Artikel 2

1. De Stichting is uitsluitend werkzaam op het gebied van de volkshuisvesting.

2. De Stichting tracht haar doel onder meer te verwezenlijken door:

a. het stichten, in eigendom verkrijgen en exploiteren van nieuwe en bestaande woningen en woongebouwen voor verhuur en verkoop;

b. samen te werken met andere organisaties die een soortgelijk doel nastreven;

c. het verrichten van alle verdere handelingen die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.

3. De Stichting zal kunnen deelnemen in, financieren van, samenwerken met, het bestuur voeren over, zich sterk maken voor de verplichtingen van, of zich op enigerlei wijze interesseren bij andere ondernemingen of vennootschappen.

(...)

5. De Stichting beoogt niet het maken van winst.”

2.21. Artikel 2 van voornoemde versie van de statuten van Huisvesting wijkt op de voor de beoordeling in dit incident relevante punten niet wezenlijk af van artikel 2 van de vanaf 1 juli 1992 geldende statuten (productie 3 bij dagvaarding).

2.22. Het doel van Huisvesting is derhalve zeer ruim omschreven. Het aangaan van samenwerkingsovereenkomsten met Zorg valt binnen die doelomschrijving. Goede huisvesting en goede zorg voor (kwetsbare) groepen in de samenleving die gelijktijdig van beide afhankelijk zijn, hangen met elkaar samen. Dat dit de oprichters van Huisvesting ook voor ogen stond, blijkt uit de samenwerkingsovereenkomsten die vanaf 1 januari 1993 de basis hebben gevormd voor de samenwerking tussen partijen. De considerans van die overeenkomsten die in de opvolgende (bekende) samenwerkingsovereenkomsten vanaf 1 januari 1993 tekstueel ongewijzigd is gebleven, luidt als volgt:

“in overweging nemend dat:

– uit de afdeling Rotterdam van de Vereniging Humanitas is voortgekomen de Stichting tot huisvesting en verzorging van bejaarden ‘Humanitas’, waarvan de Stichting Humanitas te Rotterdam de rechtsopvolger is;

– op grond van wettelijke vereisten de huisvestingsfunctie met ingang van 1 januari 1993 wordt uitgeoefend in een uitzonderlijke daartoe dienende rechtspersoon:

Stichting Humanitas Huisvesting;

– beide Stichtingen eenheid van beleid en werkwijze nastreven en uit doelmatigheidsoverwegingen verregaand willen samenwerken, waarvan een gezamenlijke directie en exploitatie van een gezamenlijk facilitair bedrijf een uitvloeisel zijn;”

2.23. Indien, zoals Huisvesting in de kern betoogt, de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomsten en de in het verlengde daarvan tussen partijen tot stand gekomen nadere overeenkomsten tot gevolg heeft gehad dat middelen die bestemd waren voor huisvesting per saldo zijn besteed aan zorg, zou de conclusie kunnen zijn dat die middelen onjuist zijn aangewend. Denkbaar is dat betrokkenen daarvan een verwijt zou kunnen worden gemaakt. Dat rechtvaardigt echter niet de conclusie dat reeds door het aangaan van de samenwerkingsovereenkomsten het doel van Huisvesting werd overschreden.

2.24. Dat bepaalde transacties voor een stichting zonder winstoogmerk vanuit economisch perspectief beoordeeld nadeliger zouden zijn dan voor de contractuele wederpartij brengt niet mee dat sprake is van doeloverschrijding. Zowel Huisvesting als Zorg hebben kunnen menen dat de (niet louter financiële) belangen van beide rechtspersonen werden gediend met de betrokken rechtshandelingen. Daarbij speelt een rol dat Huisvesting en Zorg niet in een vacuüm opereerden waarbinnen van scherp te onderscheiden eigen belangen sprake was. De uiteindelijke belangen die beide stichtingen beoogden te dienen, waren de belangen van mensen die behoefte hebben aan goede huisvesting in combinatie met goede zorg.

2.25. Huisvesting beroept zich tevens op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

2.26. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.27. De rechtbank acht het beroep dat door Zorg in het kader van dit incident is gedaan op de samenwerkingsovereenkomsten en meer in het bijzonder op de daarin opgenomen clause inzake geschilbeslechting (artikel 9) niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Dergelijke onaanvaardbaarheid vloeit niet voort uit het feit dat de bij de besluitvorming betrokken bestuurders bestuurder van beide stichtingen waren. Het vloeit evenmin voort uit de gestelde omstandigheid dat de samenwerkingsovereenkomsten vanuit economisch perspectief veel gunstiger waren voor Zorg dan voor Huisvesting.

2.28. Ook overigens zijn geen bijzondere feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die het onaanvaardbaar maken dat door Zorg een beroep wordt gedaan op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomsten. Niet valt in te zien waarom het voor Huisvesting bijzonder bezwarend is dat partijen vanaf 1992/1993, en kennelijk jaarlijks opnieuw in gelijkkluidende bewoordingen, zijn overeengekomen dat geschillen tussen Huisvesting en Zorg die uit de samenwerkingsovereenkomst(en) voortvloeien, zullen worden beslecht door een bindend advies afkomstig van een arbitragecommissie van drie personen. Het komt de rechtbank voor dat een dergelijke wijze van geschilbeslechting een adequate (relatief snelle en relatief voordelige) wijze van geschilbeslechting kan zijn waarvan niet direct is in te zien waarom deze voor Huisvesting nadelig zou zijn.

2.29. De door Huisvesting aangevoerde argumenten die hiervoor zijn besproken brengen derhalve niet mee dat Zorg geen beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst toekomt.

Ad iii. Zorg komt geen beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst toe vanwege onder meer rechtsverwerking

2.30. Huisvesting voert aan dat Zorg haar rechten ten aanzien van artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst heeft verwerkt.

2.31. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.32. De Hoge Raad heeft in HR 11 november 2016, («JOR» 2017/2, m.nt. Spruitenburg; *red.*), ECLI:NL:HR:2016:257 (bedoeld is: 2574; *red.*), onder 4.2, het volgende overwogen over rechtsverwerking:

“Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt (vgl. onder meer HR 24 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2635, NJ 1998/621 en HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543, NJ 2013/317). Tijdsverloop kan wel als een van de relevante omstandigheden meewegen bij beoordeling van de vraag of de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid.”

2.33. Door Huisvesting zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld op grond waarvan aangenomen zou kunnen worden dat bij haar gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Zorg geen beroep op artikel 9 zou doen, of waardoor de positie van Huisvesting onredelijk verzwaard of benadeeld zou worden nu Zorg dat beroep heeft gedaan (kort) nadat de dagvaarding was uitgebracht.

2.34. Bij dagvaarding onder 425 heeft Huisvesting artikel 9.2 van de samenwerkingsovereenkomsten besproken. Evident is dat zij zich bewust was van het bestaan en de relevantie van die bepaling. Tegen deze achtergrond had het in de rede gelegen dat Huisvesting vóór het opstellen/uitbrengen van de dagvaarding bij Zorg zou hebben geverifieerd of zij zich al dan niet op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst zou gaan beroepen. Huisvesting had Zorg eenvoudig kunnen vragen om zich daarover binnen een bepaalde termijn uit te laten. Dat Huisvesting dit niet heeft gedaan, maar in plaats daarvan ertoe is overgegaan om een dagvaarding op te stellen en Zorg te dagvaarden voordat Zorg een formeel beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomsten had gedaan, brengt niet mee dat Zorg het recht heeft verwerkt om na dagvaarding (bij aangetekend verzonden brief van 5 september 2016) alsnog een beroep op artikel 9 te doen. Daarbij merkt de rechtbank op dat het niet onlogisch is dat Zorg niet eerder een formeel beroep op artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst heeft gedaan. Zorg heeft immers gesteld dat het haar wens was om te trachten in overleg tot beëindiging van de geschillen te geraken. Zorg wenste de geschillen derhalve (nog) niet te doen beslechten. Het lag onder die omstandigheden eerder op de weg van Huisvesting, die (verdere) onderhandelingen zinloos achtte, om de bindend adviesprocedure te entameren.

2.35. Huisvesting voert voorts aan dat Zorg zich aan schuldeisersverzuim schuldig maakt. Huisvesting meent dat Zorg gehouden was om binnen één maand na haar beroep op “de Arbitrageclausule” een arbiter aan te wijzen en om bij gebreke daarvan de rechter te adieren. Daarin komt Zorg in de visie van Huisvesting toerekenbaar tekort. Om deze reden wenst Huisvesting dat thans wordt bepaald dat Huisvesting van haar verbintenis uit hoofde van artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomsten bevrijd zal zijn.

2.36. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.37. De rechtbank verwijst naar de hiervoor onder 2.3 weergegeven tekst van artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomsten. Uit lid 1 vloeit voort dat binnen één maand nadat een geschil op grond van het in lid 2 bepaalde wordt geacht te zijn ontstaan een commissie van drie personen zal worden aangewezen, waarbij iedere partij een persoon aanwijst en deze personen gezamenlijk een derde. In lid 3 is bepaald dat bij gebreke van overeenstemming over de aanwijzing bedoeld in lid 1 binnen de daarin gestelde termijn de kantonrechter van Rotterdam wordt verzocht om deze benoeming te verrichten. Het initiatief daartoe kon derhalve van elk van partijen komen.

2.38. Dat tot nu toe geen van beide partijen een persoon heeft aangewezen en/of de kantonrechter heeft benaderd, brengt niet mee dat er thans aanleiding bestaat om op grond van artikel 6:59 juncto 6:60 BW te bepalen dat Huisvesting van haar verbintenis uit artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomsten bevrijd zal zijn. De overeengekomen geschillenregeling kan op ieder moment alsnog verder worden toegepast zodra een van partijen daartoe actie onderneemt.

2.39. Zolang partijen om hen moverende redenen nog geen verdere actie ondernemen ten aanzien van de bindend adviesprocedure, bestaat er geen aanleiding om hen daartoe te verplichten, dan wel om aan dat nog niet ondernomen zijn van verdere actie ingrijpende rechtsgevolgen te verbinden. Daarbij is van belang dat partijen ook kunnen proberen om in overleg een oplossing voor de gerezen geschillen te bereiken, dan wel om alsnog overeenstemming te bereiken over de wijze van geschiloplossing.

Ad iv. een aanzienlijk deel van de vorderingen van Huisvesting vindt niet zijn grondslag in, althans vloeit niet uit de samenwerkingsovereenkomst voort

2.40. Huisvesting voert aan dat hooguit een aantal van de deelvorderingen uit de samenwerkingsovereenkomsten voortvloeit. De overige vorderingen of schadeposten van Huisvesting vinden in de visie van Huisvesting hun grondslag in andere rechtsverhoudingen, zoals aparte schriftelijke overeenkomsten tussen partijen.

2.41. De rechtbank overweegt hierover als volgt.

2.42. Ter zitting heeft de rechtbank met partijen besproken dat het ter voorkoming van (verdere) juridische complicaties op processueel gebied, met alle daaraan verbonden nadelen van dien (hoge kosten, vertraging, onzekerheid, negatieve publiciteit), wellicht wenselijk zou zijn om in ieder geval processuele afspraken te maken teneinde het zoveel mogelijk daarheen te leiden dat binnen afzienbare termijn en tegen aanvaardbare kosten alle geschillen definitief zouden kunnen worden beslecht, zulks niet alleen in het belang van beide stichtingen maar ook van alle andere belanghebbenden. Partijen hebben medegedeeld daartoe niet in staat te zijn. Derhalve dient de rechtbank ook te beslissen over het geschilpunt dat in de kern de vraag betreft of de geschillen (in hoofdzaak) al dan niet uit de samenwerkingsovereenkomsten voortvloeien.

2.43. In feite is hier aan de orde uitleg van de inhoud en betekenis van de samenwerkingsovereenkomsten en van de inhoud en betekenis van artikel 9 van die samenwerkingsovereenkomsten. Bij uitleg van de bewoordingen die zijn gebruikt bij het opstellen van de overeenkomsten komt het aan op de zin die partijen daaraan in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De bewoordingen van de uit te leggen passages zijn uiteraard niet zonder betekenis; onder omstandigheden kan ook daaraan een beslissende betekenis toekomen.

2.44. De rechtbank acht evident dat partijen hebben beoogd met de samenwerkingsovereenkomsten de basis voor een nauwe samenwerking vast te leggen. Dat vloeit reeds voort uit de hiervoor onder 2.22 weergegeven considerans. Het blijkt ook uit de verdere inhoud van de samenwerkingsovereenkomsten. Zo zijn in de samenwerkingsovereenkomsten van 14 september 1999 artikelen opgenomen waarin partijen afspraken hebben vastgelegd over onderwerpen die zijn aangeduid als “Algemeen”, “Beheer”, “Zorg”, “Verhuur”, “Personeel”, “Financiën”, “Onderhoud”, “Projectontwikkeling”, “Geschillen”, “Overleg” en “Duur van de samenwerking”. Ook uit de inhoud van die artikelen in samenhang met de considerans is de vanaf 1993 tot 2016 bestaande intentie tot nauwe samenwerking af te leiden. Daar is in al die jaren ook uitvoering aan gegeven.

2.45. Dat er tussen partijen ook aparte schriftelijke overeenkomsten zijn gesloten, brengt niet mee dat die losstaan van de structurele samenwerking zoals partijen die in de samenwerkingsovereenkomsten hebben beoogd tot uitdrukking te brengen. Veeleer betreffen die overeenkomsten de uitwerking met betrekking tot concrete projecten van hetgeen partijen door middel van de samenwerkingsovereenkomsten zijn overeengekomen en aan intenties hebben vastgelegd. Behoudens

voor zover partijen bij dergelijke nadere overeenkomsten specifiek anders zijn overeengekomen, staan die overeenkomsten er niet aan in de weg dat partijen gebonden zijn aan hetgeen zij reeds door middel van de samenwerkingsovereenkomsten, inclusief artikel 9 daarvan, zijn overeengekomen.

2.46. Voor het antwoord op de vraag welke betekenis partijen over en weer redelijkerwijs mochten toekennen aan artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, acht de rechtbank van belang dat het, gelet op de verhoudingen en de parallelle belangen zoals die in het verleden bestonden, een voor de hand liggende keuze was om ter zake van eventueel noodzakelijke geschilbeslechting tussen beide stichtingen op voorhand bindend advies overeen te komen. Redelijkerwijs mochten partijen daarbij van elkaar verwachten dat artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomst ruim zou worden uitgelegd. Beide partijen hadden er immers belang bij om te voorkomen dat in geval van meerdere te beslechten geschillen voor enkele daarvan de weg van het bindend advies zou moeten worden gevolgd en voor andere een (andere) rechtsgang. Daar zou, in ieder geval beoordeeld naar de toenmalige situatie, geen van partijen belang bij hebben.

2.47. De tekst van artikel 9 van de samenwerkingsovereenkomsten vermeldt dat partijen zijn overeengekomen geschillen te doen beslechten door middel van bindend advies. Artikel 9 lid 1 vermeldt immers: “zullen worden beslecht door een bindend advies”. Weliswaar vermeldt het artikel 9 lid 1 tevens dat dat het bindend advies “van een arbitragecommissie” zal zijn, maar daar kan niet uit worden afgeleid dat partijen arbitrage in plaats van bindend advies zijn overeengekomen. Er zijn ook geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die een dergelijke van de tekst afwijkende uitleg zouden kunnen rechtvaardigen.

2.48. De clause inzake geschillenbeslechting bevat geen gedetailleerde regeling. Dat brengt echter niet mee dat de regeling gebrekkig is en om die reden niet kan worden toegepast. Dat zich met betrekking tot de toepassing van de regeling complicaties kunnen voordoen, brengt evenmin mee dat Huisvesting zich aan toepassing van de overeengekomen wijze van geschilbeslechting kan onttrekken. Voor zover uitleg van de bewoordingen van de geschilbeslechtingsclausule nodig is, komt het aan op de zin die partijen daaraan in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De verdere uitwerking is aan de bindend adviseurs.

2.49. De rechtbank is tegen deze achtergrond van oordeel dat de geschillen tussen Huisvesting en Zorg die partijen in de hoofdzaak aan de orde wensen te stellen in de relevante zin uit de samenwerkingsovereenkomsten voortvloeien en dienen te worden beslecht door bindend advies.

2.50. Uit hetgeen hiervoor is overwogen en beslist, vloeit voort dat Huisvesting niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vorderingen.

2.51. Huisvesting zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het incident worden veroordeeld. (...; *red.*).

2.52. Huisvesting zal in de proceskosten van de hoofdzaak worden veroordeeld, nu zijodeloos kosten heeft veroorzaakt door die hoofdzaak bij de rechtbank aanhangig te maken. (...; *red.*).

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. verklaart Huisvesting niet-ontvankelijk in haar vorderingen,

3.2. veroordeelt Huisvesting in de proceskosten (...; *red.*).

Noot

1. Stichting Humanitas Huisvesting (“Huisvesting”) daagt Stichting Humanitas (“Zorg”) voor de Rechtbank Rotterdam. Zorg werpt een incident op waarin zij zich beroept op een bindendadviesbepaling in de samenwerkingsovereenkomst die de twee stichtingen in 1993 met elkaar zijn aangegaan. Huisvesting voert in het incident een reeks verweren aan, maar zonder succes. De rechtbank acht het incidentele verweer van Zorg gegrond en verklaart Huisvesting niet-ontvankelijk in haar vorderingen.

2. Uit het vonnis wordt niet duidelijk wat de eis van Huisvesting in de hoofdzaak was. In r.o. 2.23 staat wel vermeld dat Huisvesting in de procedure heeft betoogd dat Zorg gelden die bestemd waren voor huisvesting, aan de verlening van zorg heeft besteed. Ik vermoed daarom dat Huisvesting eiste dat Zorg dat geld terug zou moeten betalen. Dat sluit ook aan op berichtgeving in de media uit maart 2016 dat Huisvesting een bedrag van € 16 miljoen van Zorg zou hebben geclaimd.

3. De samenwerkingsovereenkomst bepaalt in art. 9 dat geschillen “*die uit deze samenwerkingsovereenkomst voortvloeien, zullen worden beslecht door een bindend advies afkomstig van een arbitragecommissie van drie personen*”. Hoewel het woord “arbitragecommissie” wellicht wat verwart, is dit op zich een duidelijke keuze voor bindend advies. Het gaat daarbij om een zogenoemd onzuiver bindend advies, waarin een beslissing wordt genomen in een geschil tussen partijen. Is er geen sprake van een geschil maar wensen partijen wel een beslissing, dan spreekt men van een zuiver bindend advies. Een standaardvoorbeeld daarvan is de bepaling van de koopprijs. Het bindend advies vult dan een leemte in de overeenkomst op. Anders dan voor arbitrage, bevat de wet voor bindend advies slechts een handvol bepalingen (art. 7:900 e.v. BW). Hierdoor is het bindend advies een tamelijk ongeregelde en dus informele manier van geschilbeslechting. Dat kan op zich aantrekkelijk zijn. Partijen kunnen bijvoorbeeld heel specifiek zijn in hun keuze voor de bindend adviseur, de inbreng van partijen kan informeel verlopen en er kan tempo worden gemaakt. Een belangrijk nadeel van bindend advies is dat indien een partij het “advies” niet naleeft, de nakoming moet worden afgedwongen bij de overheidsrechter.

4. Als partijen bindend advies overeen zijn gekomen maar een partij zich desondanks tot de overheidsrechter wendt, zal deze de eiser niet-ontvankelijk moeten verklaren (HR 22 november 1985, *NJ* 1986/275). Het beroep op de bindendadviesbepaling wordt dus als een principaal verweer aangemerkt. Een beroep op een arbitragebeding wordt daarentegen als een exceptief verweer aangemerkt en leidt op grond van art. 1022 lid 1 Rv tot een onbevoegdverklaring van de rechter. Voor een nadere toelichting op dit onderscheid verwijs ik naar Ernste, *Bindend advies*, Serie Onderneming en Recht, deel 74, p. 45 e.v. Dat een beroep op een bindendadviesbepaling als een principaal verweer kwalificeert, neemt natuurlijk niet weg dat het (proces)efficiënt en toegestaan is dat de rechter het als incident eerst en vooraf behandelt. Dat gebeurde ook in het onderhavige geval.

5. Van de lange reeks weren die Huisvesting in het incident aanvoerde, wil ik er twee uitlichten. Als eerste het verweer dat een aanzienlijk deel van de vorderingen van Huisvesting niet zijn grondslag in de samenwerkingsovereenkomst zou vinden, maar in andere overeenkomsten die tussen partijen zijn gesloten (r.o. 2.40 e.v.). Kennelijk bevatten die andere overeenkomsten géén bindendadviesbepaling. Volgens de rechtbank komt het voor de beantwoording van dit vraagstuk aan op de bedoeling van partijen ten tijde van het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst, in het bijzonder de bindendadviesbepaling. De rechtbank hanteert dus de Haviltex-maatstaf en dat is terecht omdat het nu eenmaal over de uitleg van een contractuele bepaling gaat. Zij leidt vervolgens uit de inhoud van de samenwerkingsovereenkomst en de daaropvolgende jarenlange samenwerking tussen partijen af dat partijen destijds door de samenwerkingsovereenkomst een nauwe en structurele samenwerking beoogden (r.o. 2.45/46). De overeenkomsten die partijen daarnaast nog zijn aangegaan, staan niet los van die samenwerking, maar moeten veeleer als een uitwerking daarvan worden gezien. Zij staan niet in de weg aan de gebondenheid van partijen aan de samenwerkingsovereenkomst, inclusief de bindendadviesbepaling. Daarbij overweegt de rechtbank dat partijen mochten verwachten dat die bepaling ruim zou worden uitgelegd. Op deze manier “veegt” de rechtbank dus ook de vorderingen die kennelijk (hoofdzakelijk) uit andere overeenkomsten voortvloeien, onder de bindendadviesbepaling uit de samenwerkingsovereenkomst. Dat is best ingrijpend, omdat voor bindend advies, op grond van vaste jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot art. 6 EVRM, vereist is dat partijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de gang naar de overheidsrechter. Zie o.m. EHRM 27 februari 1980, *NJ* 1980/561 (*Deweert*) en Knigge en Ribbers in *TVA* 2017/20. Die vrijwillige en

ondubbeltzinnige keuze bleek kennelijk niet uit de andere overeenkomsten. Toch is de aanpak van de rechtbank in deze situatie goed te verdedigen, nu de samenwerkingsovereenkomst kennelijk de basis was tussen partijen en de andere overeenkomsten daarvan het (deel)gevolg. In deze “hiërarchische” benadering biedt de bewoording van de bepaling zelf verdere houvast: “die uit deze samenwerkingsovereenkomst voortvloeien”. Overigens lijkt het mij uit praktisch oogpunt voor beide partijen onwenselijk dat de bindend adviseur over het ene deel van de vorderingen beslist en de overheidsrechter over het andere. Daardoor ontstaat ten minste de kans op tegenstrijdige beslissingen en er kunnen bijvoorbeeld problemen ontstaan rondom de executie.

6. Het tweede verweer dat ik uitlicht, is de stelling van Huisvesting dat de samenwerkingsovereenkomst nietig is vanwege tegenstrijdige belangen van de bestuurders bij het aangaan daarvan. Hier speelt het feit dat het bestuur en de raad van commissarissen van Huisvesting en die van Zorg destijds een personele unie vormden. In r.o. 2.10 staat dat Huisvesting de bestuurders van Zorg een tegenstrijdig belang verwijten, maar ik vermoed dat Huisvesting doelde op haar eigen bestuurders destijds (die dus dezelfde waren als die van Zorg). Het tegenstrijdigbelangverweer was voor Huisvesting op zich best lastig om te voeren. De wet bevatte destijds geen tegenstrijdigbelangregeling voor de stichting en dat is nu nog steeds zo. De wet verbindt aan tegenstrijdigheid van belangen dus ook geen consequenties. Het uitgangspunt is nu juist dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het stichtingsbestuur onbeperkt en onvoorwaardelijk is (art. 2:292 lid 3 BW). Desondanks slaagt Huisvesting er in de rechtbank een heel eind mee te nemen in haar verweer. In r.o. 2.13 schakelt de rechtbank voor de beoordeling geruisloos over naar de bepalingen zoals die destijds voor de nv en de bv golden, art. 2:146/256 BW. Die artikelen voorzagen in geval van een tegenstrijdig belang in de zware sanctie van vertegenwoordigingsonbevoegdheid en daar stuurde Huisvesting op aan. Deze analoge toepassing van art. 2:146/256 is niet onomstreden. In de literatuur heerste daarover destijds, toen art. 2:146/256 BW nog van kracht waren, verdeeldheid. Zo pleitten Dijk/Van der Ploeg (2007, bewerking Overes e.a., p. 235) en Van Veen (*TvOB* 2005, p.175 e.v.) vóór analoge toepassing. Delfos-Roy (*TvOB* 2015, p.129 e.v.) maakte onderscheid tussen vertegenwoordiging in geval van een direct tegenstrijdig belang (géén vertegenwoordigingsbevoegdheid) en andere gevallen van tegenstrijdig belang (wel vertegenwoordigingsbevoegdheid). Quist (*WPNR* 2008/6745) bijvoorbeeld pleitte tégen analoge toepassing. In lijn met die laatste opvatting verbond het Hof Leeuwarden, 9 september 2008 («JOR» 2008/329) in een tegenstrijdigbelangsituatie bewust géén consequentie aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het stichtingsbestuur, gelet op de uitdrukkelijke bepaling dat deze bevoegdheid onbeperkt en onvoorwaardelijk is. Daar voel ik in mee. Een dergelijk vergaande consequentie zou, mede gelet op de heldere bepaling van art. 2:292 lid 3 BW, een duidelijke basis moeten hebben, in elk geval méér dan een analoge interpretatie. Een nuancering is dat het Hof Leeuwarden liet meewegen dat de stichting geen raad van commissarissen had, waardoor er, zonder statutaire regeling, niemand bevoegd zou zijn om te vertegenwoordigen, althans een vertegenwoordiger aan te wijzen. Dat speelde in het onderhavige geval bij Huisvesting niet, die had immers wel een RvC. Maar daar zou je weer tegenover kunnen stellen dat dit argument in het onderhavige geval geen gewicht toekomt omdat het dezelfde personen betrof als in de RvC van Zorg (personele unie) en het tegenstrijdige belang zich aldus ook over hen uitstreckte. De relevantie van deze discussie is overigens maar relatief. Ten eerste is ze beperkt tot stichtingen en ten tweede tot vertegenwoordigingshandelingen die vóór 1 februari 2013 plaatsvonden. Op die dag trad Bestuur en Toezicht in werking en is (ook) bij de bv en nv de sanctie van vertegenwoordigingsonbevoegdheid komen te vervallen, maar niet met terugwerkende kracht voor “oude gevallen”, vgl. *Kamerstukken I*, 2009/10, 31 763, MvA, p. 4.

7. Ondanks dat zij de rechtbank meekrijgt in de analoge toepassing van art. 2:146/256 BW, slaagt Huisvesting uiteindelijk niet in haar verweer. De rechtbank concludeert dat er geen sprake was van een tegenstrijdig belang bij het bestuur van Huisvesting ten tijde van het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst. De rechtbank beoordeelt dit terecht aan de hand van Bruil (HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169, m.nt. Leijten en m.nt. Bartman). De te beantwoorden vraag is of de bestuurders van Huisvesting een persoonlijk belang hadden bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst; hadden zij te maken met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend door het belang van Huisvesting en de daaraan verbonden onderneming hebben laten leiden (vgl. r.o. 3.4 HR Bruil)? De rechtbank vindt dus van niet en dat verbaast niet. De geconstateerde structurele en nauwe samenwerking en de kennelijk bewuste keuze voor een personele unie in de besturen én de raden van commissarissen doen sterk denken aan een groepsstructuur. Met

Bruil is de abstracte benadering van tegenstrijdig belang verlaten en is de focus komen te liggen op persoonlijke tegenstrijdige belangen van bestuurders. Binnen groepsstructuren betekent dit dat kwalitatieve tegenstrijdige belangen in beginsel geen punt meer zijn. Onderkend wordt dat het juist de bedoeling is dat de zeggenschap uiteindelijk in één hand ligt. Slechts in bijzondere omstandigheden kan er in groepsstructuren nog sprake zijn van een tegenstrijdig belang, daar waar er persoonlijke belangen van de betrokken bestuurder in het spel zijn die niet parallel lopen met die van de betrokken vennootschap. De bewijslast van die persoonlijke belangen rust bij – in dit geval – Huisvesting en daar mag het nodige van worden verwacht (“voldoende geadstrueerde”, r.o. 3.7 HR Bruil), mede gelet op de vergaande consequentie die Huisvesting daaraan wenst te verbinden; nietigheid van de samenwerkingsovereenkomst (wegens gebrek aan vertegenwoordigingsbevoegdheid). In r.o. 2.14 staat dat Huisvesting een dergelijk persoonlijk belang niet had gesteld en dat daarvan ook niet was gebleken.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon