

De *subject to board approval*-bepaling nader beschouwd

Inleiding

Bij de vraag naar de geoorlooftheid van het afbreken van onderhandelingen spelen voorbehouden een rol van betekenis. Naast 'externe voorbehouden' zoals toestemming van de bevoegde mededingingsautoriteit en een financieringsvoorbehoud wordt in contracten veelvuldig gebruikgemaakt van 'interne voorbehouden' zoals een voorbehoud tot goedkeuring door bestuur, raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders. Met een dergelijk voorbehoud wordt beoogd de betreffende contractspartij slechts te binden aan een overeenkomst nadat het goedkeurende orgaan van de vennootschap zijn goedkeuring heeft verleend aan het onderhandelingsresultaat. In deze bijdrage zal ik mij concentreren op het interne voorbehoud van goedkeuring, ofwel de *subject to board approval*-bepaling en daarbij ingaan op het kader waarbinnen deze bepaling een rol speelt, hoe deze bepaling juridisch kan worden gekwalificeerd en de gevolgen die de bepaling kan hebben bij het gebruik in de praktijk.

Kader

Het beginsel van onderhandelingsvrijheid c.q. contractsvrijheid wordt in de rechtspraak op diverse wijzen gereguleerd. Zo bepaalde de Hoge Raad dat onderhandelende partijen in een bijzondere rechtsverhouding staan tot elkaar, die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid en dat men rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹ Bovendien kan het afbreken van onderhandelingen onder gegeven omstandigheden in strijd worden geacht met de redelijkheid en billijkheid en als gevolg daarvan een schadevergoedingsplicht meebrengen die zich kan uitstrekken tot zowel de gemaakte kosten als de gederfde winst.²

Afbreken van onderhandelingen

Met betrekking tot de vraag onder welke omstandigheden het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar moet worden geacht en wanneer derhalve een schadevergoedingsplicht ontstaat, bestaat een reeks arresten van de Hoge Raad, beginnend met het arrest Plas Valburg. Hierin is bepaald dat, afhankelijk van het stadium waarin onderhandelingen worden afgebroken, een plicht tot schadevergoeding kan bestaan. De omvang van de schadevergoeding is afhankelijk van de mate van gevorderdheid waarin de onderhandelingen zich bevonden op het moment dat deze werden beëindigd en kan variëren van geen vergoeding tot vergoeding van het negatief of het positief contractbelang. Het meest recentelijk gewezen arrest met betrekking tot dit onderwerp is het arrest CBB/JPO,³ waarin de Hoge Raad

de door hem in de diverse arresten ontwikkelde leer samenvat in de volgende passage:

'Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, NJ 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, NJ 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, NJ 1997, 481, rov. 3.6).'

De Hoge Raad geeft in ditzelfde arrest aan dat het voorstaande als een 'strengere en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden gezien'. Over de betekenis en implicaties van deze zinsnede wordt verschillend gedacht. Bespreking van de diverse opvattingen valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

Het belang van wat hiervoor is besproken voor gevallen waarin gebruik is gemaakt van het voorbehoud van goedkeuring, is af te leiden uit het arrest *Beliën/Staat*,⁴ waarin tussen de Provincie Noord-Brabant en *Beliën* een overeenkomst tot grondruil was gesloten en waarin door de provincie een voorbehoud van goedkeuring door gedeputeerde staten was opgenomen. De Hoge Raad heeft onder meer bepaald dat ook in een dergelijk geval de maatstaven die in de rechtspraak zijn ontwikkeld ter beantwoording van de vraag wanneer het afbreken van onderhandelingen jegens de wederpartij onaanvaardbaar is, van overeenkomstige toepassing zijn. Aan te nemen valt dat dit eveneens geldt wanneer een voorbehoud is gemaakt tot goedkeuring door de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders.

1. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

2. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

3. HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467, r.o.3.6 (*CBB/JPO*).

4. HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (*Beliën/Staat*).

Juridische vorm

Opschortende voorwaarde

Voor beantwoording van de vraag hoe een voorbehoud van goedkeuring juridisch dient te worden gekwalificeerd moet worden onderscheiden naar de situatie dat degene die de onderhandelingen voert al dan niet bevoegd is om de overeenkomst tot stand te brengen. Indien de onderhandelaar zelf bevoegd is om een overeenkomst namens de rechtspersoon te sluiten, heeft deze hiervoor formeel geen toestemming nodig van een ander orgaan. Dit is het geval wanneer onderhandeld wordt door de zelfstandig bevoegde statutair bestuurder of het bestuur gezamenlijk of wanneer een volledige volmacht is verleend aan de onderhandelaar. In die situatie moet volgens Van den Brande worden aangenomen dat het onderhandelingsresultaat gelijk is aan een overeenkomst onder opschortende voorwaarde.⁵ Ik ben het daarmee eens. Het voorbehoud heeft in een dergelijke situatie immers het gevolg dat de overeenkomst pas van kracht wordt wanneer het aangewezen orgaan zijn toestemming verleent, wat in principe een toekomstige onzekere gebeurtenis is.

Wanneer het voorbehoud tot goedkeuring gekwalificeerd wordt als een opschortende voorwaarde, is een aantal aspecten van belang. Ten eerste zijn hierop de regels van de artikelen 6:21 tot en met 6:26 BW van toepassing. Dit houdt in dat wanneer de partij die bij de niet-ervulling belang had, de vervulling heeft belet, de voorwaarde als vervuld geldt indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen (art. 6:23 lid 1 BW). De vraag rijst of dit ook het geval is wanneer de onderhandelaar zich niet voldoende inspanning heeft getoond om de benodigde goedkeuring te verkrijgen. Uit de arresten Tomlow/Zwietering⁶ en Electro/Ehrbecker⁷ valt af te leiden dat deze vraag een positieve beantwoording behoeft. In deze arresten was weliswaar geen sprake van een intern voorbehoud van goedkeuring, maar diende de ondernemingsraad goedkeuring op grond van de Wet op de ondernemingsraden te verlenen (Electro/Ehrbecker), waarbij de Hoge Raad bepaalde dat onderzocht had moeten worden of Ehrbecker het tot stand komen van een positief advies wel voldoende had bevorderd. In Tomlow/Zwietering speelde een financieringsvoorbehoud, waarbij men zich te weinig had ingespannen een financiering te verkrijgen zodat geen beroep kon worden gedaan op het financieringsvoorbehoud. Aannemelijk is dat hetzelfde geldt in het geval een voorbehoud tot goedkeuring van de directie, de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders is gemaakt. Wanneer een inspanningsverplichting bestaat voor de onderhandelaar, kan men zich echter afvragen of het voldoende is om een objectief beeld van de stand van zaken te schetsen of dat men daadwerkelijk een inspanningsverplichting heeft om te trachten de benodigde instemming te

verkrijgen. Is dit laatste het geval, dan ontstaat voor een bestuurder die de onderhandelingen heeft gevoerd een spanningsveld, aangezien deze eveneens de verplichting heeft om de ondernemingsraad of de raad van commissarissen objectief, controleerbaar, duidelijk en volledig te informeren.⁸

Potestatieve voorwaarde?

In zijn noot onder het arrest *Beliën/Staat*,⁹ waarin een overeenkomst van grondruil, gesloten tussen de Provincie Noord-Brabant en *Beliën*, een voorbehoud van goedkeuring van gedeputeerde staten bevatte, geeft Brunner aan dat dit voorbehoud niet als een opschortende voorwaarde gekwalificeerd zou moeten worden, maar als een potestatieve voorwaarde. Van een potestatieve voorwaarde is sprake wanneer de wil van de schuldenaar bepalend is voor het al dan niet vervuld zijn van de opschortende voorwaarde ('indien ik zal willen'). Onder artikel 1292 BW (oud) riep een dergelijke voorwaarde geen geldige verbintenissen in het leven. Het artikel is bij de invoering van het huidige BW komen te vervallen met het argument dat het artikel overbodig is. Onder het huidige BW scheidt een dergelijke voorwaarde ook geen verbintenis, omdat wordt aangenomen dat met een dergelijke voorwaarde nog geen definitieve wilsverklaring tot stand komt en derhalve geen verbintenis. Brunner vereenzelvigd in zijn redenering het goedkeurende orgaan (gedeputeerde staten) met het onderhandelende orgaan (commissaris van de Koningin). Of dit in casu juist is laat ik in het midden.

Ik ben van mening dat in een geval waarin een voorbehoud van goedkeuring is gemaakt en het goedkeurende orgaan daadwerkelijk valt te vereenzelvigen met het onderhandelende orgaan, sprake zou kunnen zijn van een potestatieve voorwaarde. Volgens Maathuis¹⁰ had in de uitspraak van het Hof Arnhem van 26 augustus 2003¹¹ hiertoe moeten worden geconcludeerd, aangezien het hof in deze zaak de onderhandelaar (tevens aandeelhouder) met de algemene vergadering van aandeelhouders vereenzelvigd (tot wiens goedkeuring een voorbehoud was gemaakt) en de algemene vergadering vervolgens vereenzelvigd met de vertegenwoordigde vennootschap. Het hof heeft in deze zaak echter besloten dat geen beroep op het voorbehoud van goedkeuring mocht worden gedaan en niet tot het nietig verklaren van het onderhandelingsresultaat.

Informatieve bepaling

Indien de onderhandelaar niet zelf bevoegd is om een overeenkomst te sluiten, hetgeen het geval is wanneer de rechtspersoon niet door de statutair bestuurders wordt vertegenwoordigd in de onderhandelingen en wanneer de onder-

5. J. van den Brande, *De vrijheid om onderhandelingen af te breken*, O&F (2005) 69, p. 10.

6. HR 21 juni 1996, NJ 1996, 698 (Tomlow/Zwietering).

7. HR 14 mei 1993, NJ 1993, 446 (Electro/Ehrbecker).

8. M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Mon. Privaatrecht 5, Deventer: Kluwer 2005, p. 61.

9. HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Staat)..

10. M. Maathuis, *Opgewekt vertrouwen in de overnamepraktijk*, Bedrijfsjuridische berichten (2004) 18, p. 67.

11. Hof Arnhem 26 augustus 2003, JOR 2003, 250 (ATP/PSL).

handelaar een beperkte volmacht heeft, dient het voorbehoud te worden gezien als een informatieve bepaling die de beperkte bevoegdheid van de onderhandelaar en het feit dat deze niet zelfstandig een overeenkomst kan sluiten slechts benadrukt. Volgens De Kluiver en Schwarz is hiervan ook sprake wanneer een volledig bevoegde onderhandelaar een voorbehoud maakt in uitdrukkelijke opdracht van de principaal, wat gezien kan worden als een beperking van de eerder verleende volmacht.¹²

Gevolgen

Nu bezien is hoe het interne voorbehoud van goedkeuring in verscheidene situaties juridisch dient te worden beschouwd, volgt de vraag of het gebruik daarvan ook het beoogde resultaat tot gevolg heeft. Beschermde een zodanig voorbehoud tegen de verplichting tot schadevergoeding zoals door de Hoge Raad geformuleerd in zijn arresten met betrekking tot het afbreken bij onderhandelingen?

Invloed op contractuele binding

In de situatie dat het voorbehoud dient te worden beschouwd als een opschortende voorwaarde, derhalve in de situatie dat de onderhandelaar volledig bevoegd is een overeenkomst tot stand te brengen, wordt de tot stand gekomen overeenkomst dankzij het voorbehoud pas van kracht wanneer de opschortende voorwaarde (goedkeuring van het daartoe aangewezen orgaan) is vervuld en is de vertegenwoordigde rechtspersoon derhalve slechts gebonden aan de overeenkomst wanneer de goedkeuring is verleend. Van belang is dan wat hiervoor is opgemerkt bij de kwalificering als opschortende voorwaarde, alsmede de rol die de redelijkheid en billijkheid spelen. Met betrekking tot dit laatste verwijs ik ook naar hetgeen hierna vermeld wordt bij de behandeling van de invloed van het voorbehoud op de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen. Het daadwerkelijk handelen van een onderhandelende partij of van het goedkeurende orgaan (of de daaromtrent opgewekte schijn) kan meebrengen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid geen beroep meer openstaat op een eerder uitdrukkelijk overeengekomen goedkeuringsvoorbehoud. Bovendien dient geen misbruik te worden gemaakt van de bepaling door op het laatste moment de onderhandelingen open te breken of af te breken met een beroep op het voorbehoud tot goedkeuring wanneer de partij om oneigenlijke redenen onder de transactie uit wil. Dit kan het geval zijn wanneer een aantrekkelijke transactie met een derde partij zich aandient.

Wanneer het voorbehoud de functie van informatieve bepaling vervult, derhalve wanneer de onderhandelaar niet zelf bevoegd is de overeenkomst tot stand te brengen, komt reeds op deze grond geen overeenkomst tot stand. Het voor-

behoud onderstreept slechts deze beperking in bevoegdheid en heeft geen zelfstandige betekenis of gevolg. De normale regels van vertegenwoordiging gelden in een dergelijk geval. Die regels kunnen meebrengen dat in sommige gevallen (bijvoorbeeld bij overschrijding en overschatting van de bevoegdheid van de onderhandelaar die toerekenbaar zijn aan de principaal) toch tot gebondenheid van de rechtspersoon (de principaal) aan het onderhandelingsresultaat leiden. Dit mag echter bij het bestaan van een voorbehoud minder snel worden aangenomen, omdat de wederpartij daardoor uitdrukkelijk op de hoogte is van de beperkte bevoegdheid van de onderhandelaar.

Invloed op schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen

Een voorbehoud van goedkeuring ziet in eerste instantie op het voorkomen van contractuele gebondenheid. Als het voorbehoud verder niet uitdrukkelijk vermeldt wat de invloed daarvan is op de gevolgen van het afbreken van onderhandelingen, ben ik net als De Kluiver en Schwarz¹³ van mening dat het voorbehoud slechts ziet op het voorkomen van deze contractuele gebondenheid. Echter, het voorbehoud kan wel invloed hebben op de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij en daarmee op de schadevergoedingsplicht van het positief contractsbelang bij het afbreken van onderhandelingen. Immers, voor vergoeding van het positief contractsbelang dient sprake te zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst. Dit vertrouwen is niet snel gerechtvaardigd wanneer een uitdrukkelijk goedkeuringsvoorbehoud is gemaakt. Dit is slechts anders wanneer het goedkeurende orgaan zich zodanig gedraagt tijdens de onderhandelingen dat hem kan worden verweten dat hij geacht wordt afstand te hebben gedaan van het gemaakte voorbehoud, het recht om zich hierop te beroepen heeft verwerkt, of dat een beroep op het voorbehoud op grond van de redelijkheid en billijkheid niet meer openstaat.

Daarvan kan volgens Ruygvoorn sprake zijn indien het goedkeurende orgaan van (de inhoud van) de onderhandelingen op de hoogte is en nalaat in te grijpen wanneer hij had kunnen zien aankomen dat de onderhandelingen een ongewenste richting opgingen.¹⁴ Het staat het goedkeurende orgaan in een dergelijk geval niet meer vrij zijn toestemming te onthouden, omdat hij ondanks zijn kennis van het onderhandelingsproces toch heeft nagelaten in te grijpen en daardoor het rechtens relevante vertrouwen gewekt zou hebben dat hij de toestemming niet zou onthouden. Volgens Vranken¹⁵ mag een voorbehoud van goedkeuring echter ten volle worden uitgeoefend, ook al is voordien wellicht contact geweest met het goedkeurende orgaan. Een laatste overall-toets van het conceptcontract als geheel blijft vol-

12. H.J. de Kluiver en C.A. Schwarz, *Onderhandelen onder voorbehoud*, in het bijzonder met rechtspersonen, in: L.G. Eyckman en A.N. Labohm en J.S. van der Meij (red.), *Onderhandelen, bemiddelen en schikken*, Serie Praktijkhandleidingen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk 1998, p. 109.

13. De Kluiver/Schwarz 1998, p. 109.

14. Ruygvoorn 2005, p. 61.

15. J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 108-109.

gens deze geoorloofd. Wel wordt de vrijheid om te beslissen de goedkeuring te onthouden aanzienlijk beperkt wanneer het goedkeurende orgaan heeft toegestaan dat de wederpartij vooruitloopt op het contract of reeds met de uitvoering begint en dit is toe te rekenen aan het goedkeurende orgaan. Ter illustratie wordt door Vranken onder andere melding gemaakt van het arrest *Werkvoorzieningschap/Koma*,¹⁶ waarin partijen overeenstemming hadden bereikt over een huurovereenkomst die nog de goedkeuring behoefde van het algemeen bestuur van WVS. Koma begon met medeweten en op instigatie van de voorzitter van het dagelijks bestuur van WVS (tevens voorzitter van het algemeen bestuur en wethouder van de betrokken gemeente) reeds met een aantal kleine verbouwingen. Mede omdat de juridische organisatie en bevoegdheidsverdeling niet geheel duidelijk hoefden te zijn voor Koma, heeft de lagere rechter volgens de Hoge Raad terecht aangenomen dat Koma ervan uit mocht gaan dat de vereiste goedkeuring verleend was.

Voor de vergoeding van het negatief contractsbelang na het afbreken van onderhandelingen is niet vereist dat een gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij bestaat, zodat mijns inziens een voorbehoud van goedkeuring dat niet uitdrukkelijk melding maakt van enige invloed op eventuele kosten als gevolg van het afbreken van onderhandelingen hierop geen invloed heeft.

Het voorbehoud in de jurisprudentie

De Hoge Raad heeft meerdere arresten gewezen waarin de *subject to (board) approval*-clausule een rol speelde,¹⁷ maar heeft hierover om processuele redenen nooit zelf een oordeel kunnen vellen. Hoe de Hoge Raad derhalve over de toepassing van een goedkeuringsvoorbehoud denkt is niet bekend. Wel hebben lagere rechters zich hierover uitgesproken. In de zaak *VSH/Shell*¹⁸ overwoog de rechtbank dat met een *subject to board approval*-clausule de vrijheid is voorbehouden om een transactie op het moment van de definitieve beoordeling te kunnen toetsen aan de laatst verkregen gegevens en recentste ontwikkelingen en inzichten. Het hof heeft dit oordeel bevestigd. Zoals gezegd is het in cassatie echter niet meer aan de orde gekomen. Voor een overzicht en bespreking van jurisprudentie met betrekking tot het interne goedkeuringsvoorbehoud verwijs ik naar de bijdrage in dit blad van Schaafsma en Elsenga uit 2004,¹⁹ waarbij een beroep op een voorbehoud zowel wordt gehonoreerd als afgewezen. Geconcludeerd kan worden dat in Nederland het beroep op het goedkeuringsvoorbehoud veelal gehonoreerd wordt.²⁰

Conclusie

In het voorgaande is naar voren gekomen dat het voorbehoud van goedkeuring een rol speelt bij het beïnvloeden van de gevolgen van het afbreken van onderhandelingen en bij het tot stand komen van een overeenkomst. Daarbij kan het voorbehoud in de situatie dat onderhandeld wordt door een volledig bevoegde onderhandelaar, gekwalificeerd worden als opschortende voorwaarde, waarbij de normale regels die daarvoor in de wet zijn opgenomen een rol spelen en zelfs, wanneer sprake is van vereenzelviging van het goedkeurende en het onderhandelende orgaan, sprake zou kunnen zijn van een potestatieve voorwaarde. In de situatie dat de onderhandelaar niet bevoegd is zelf een overeenkomst tot stand te brengen, moet het goedkeuringsvoorbehoud geacht worden slechts een informatieve functie te hebben die echter wel het vertrouwen van de wederpartij op de totstandkoming van een overeenkomst beïnvloedt en daarmee de mogelijke plicht tot vergoeding van het positief contractsbelang. In alle gevallen spelen de redelijkheid en billijkheid uiteindelijk een beslissende rol. Wanneer in strijd daarmee wordt gehandeld, staat een beroep op het goedkeuringsvoorbehoud niet meer open en zal derhalve wel kunnen worden besloten tot het bestaan van een overeenkomst of de verplichting tot vergoeding van schade bij afgebroken onderhandelingen.

*Mr. S.E. Hoytema van Konijnenburg
Allen & Overy*

16. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 545 (*Werkvoorzieningschap/Koma*).

17. Bijvoorbeeld: HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*VSH/Shell*) en HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*MBO/De Ruitertij*).

18. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*VSH/Shell*).

19. A.C. Schaafsma en O.S. Elsenga, *Afgebroken onderhandelingen; de betekenis van een voorbehoud toestemming (vennootschappelijk orgaan)*, *Vennootschap & Onderneming* (2004) 2, p. 29-33.

20. H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 19.