

43. De tegenstrijdig belangregeling voor NV's en BV's, thans en in de toekomst

Met als sluitstuk het Nieuwe Steen Investments-arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2008 LJN: BC1849, NJ 2008, 297 inzake tegenstrijdig belang, wordt in dit artikel vanuit praktisch oogpunt de huidige stand van zaken met betrekking tot dit leerstuk voor NV's en BV's weergegeven. Ook wordt de toekomstige tegenstrijdig belangregeling volgens het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht, zoals dat thans luidt, beschreven.

1. Inleiding

De bedoeling van de tegenstrijdig belangregeling is om rechtspersonen te beschermen tegen bestuurders die hun persoonlijke belangen voor laten gaan boven het belang van de rechtspersoon. Deze regeling heeft derdenwerking, dat wil zeggen dat de vennootschap jegens de derde met wie een transactie in strijd met de tegenstrijdig belangregeling is verricht, de nietigheid van die transactie kan inroepen.

Voor NV's en BV's staat de huidige tegenstrijdig belangregeling in de wet, namelijk artikel 2:146 respectievelijk 256 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In beide artikelen wordt bepaald dat tenzij bij de statuten anders is bepaald, de NV respectievelijk de BV in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, wordt vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering van aandeelhouders (ava) is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen, zo luidt de tweede zin van genoemde wetsartikelen.

Een handeling die namens de vennootschap in strijd met de tegenstrijdig belangregeling is verricht, is nietig. Slechts de vennootschap kan een beroep op deze nietigheid doen. Veelal doet de curator in het faillissement van een vennootschap een beroep op de nietigheid van de namens de vennootschap verrichte rechtshandeling wegens tegenstrijdig belang. Artikel 2:146/256 BW heeft externe werking, dat wil zeggen dat de vennootschap de onbevoegdheid van haar bestuurder die uit tegenstrijdig belang voortvloeit aan derden kan tegenwerpen indien de derde met de tegenstrijdigheid bekend was of bekend had behoren

te zijn (Mediasafe II-arrest, HR 11 september 1998, NJ 1999, 171, JBN 1998, nr. 92 en 1999, nr. 42).

2. Statutaire afwijking van de eerste zin van artikel 2:146/256 BW

Op drie manieren kan in de statuten van de eerste zin van artikel 2:146/256 BW worden afgeweken. In de eerste plaats kan in de statuten worden bepaald dat een bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Dit wordt ook wel het wegschrijven van het tegenstrijdig belang genoemd. De statuten kunnen ook bepalen dat andere personen dan commissarissen (bijvoorbeeld de overige bestuurders) bevoegd zijn tot vertegenwoordiging. Ten slotte kan voor wat betreft de eerste zin van artikel 2:146/256 BW een andere invulling worden gegeven aan het tegenstrijdig belang (zie hieronder).

3. Tegenstrijdig belang

In statuten wordt nog wel eens bepaald in welke gevallen sprake is van tegenstrijdig belang. Dan wordt bijvoorbeeld geregeld dat alleen sprake is van een tegenstrijdig belang in geval van een overeenkomst of een procedure tussen de vennootschap en een bestuurder in privé; het indirect tegenstrijdig belang wordt daarmee weggeschreven.

Is dit niet in de statuten geregeld, dan is de tegenstrijdig belangregeling ook van toepassing in geval van een indirect tegenstrijdig belang. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de bestuurder van de vennootschap een

overeenkomst sluit met een vennootschap waarvan de zoon van de bestuurder directeur/enig aandeelhouder is. Voorts kan van tegenstrijdig belang sprake zijn indien het gaat om een handeling tussen een vennootschap, handelende zowel voor zichzelf als in haar hoedanigheid als bestuurder van een andere vennootschap, het zogenaamde kwalitatief tegenstrijdig belang. In het Bruil/Kombex-arrest van 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 m.nt. Maeijer, «JOR» 2007, 169 m.nt. Leijten en m.nt. Bartman, heeft de Hoge Raad de werking van de tegenstrijdig belangregeling aanzienlijk beperkt door het tegenstrijdig belangbegrip te verstaan als een beperkt *materieel* begrip. Volgens de Hoge Raad in r.o. 3.4 laatste volzin van dit arrest is *‘Voor de toepassing van art. 2:256 (...) 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.’*

De Hoge Raad overweegt vervolgens in r.o. 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, (...)’* en dat in zo'n geval *‘slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn’*, en ten slotte in r.o. 3.7: *‘bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten’, zal ‘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 (...) tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap (...) 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 (...) 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 Bruil/Kombex-criterium is toegepast door Hof Leeuwarden 27 januari-2009 LJN: BH3152 / «JOR»

2009, 101, m.nt. Leijten en Hof Den Bosch 24 maart 2009, JOR 2009, 126 m.nt. Blanco Fernández.

4. De ava is altijd tot aanwijzing bevoegd

De tweede zin van artikel 2:146/256 BW is van dwingend recht. Dit blijkt al uit de MvT bij het oude artikel 51 K (oud), dat de voorloper is van het huidige artikel 2:146/256 BW. Dit is door de Hoge Raad bevestigd in het Joral-arrest (HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 m.nt. PvS, «JOR» 2002, m.nt. Van den Ingh en Van Hees). De ava is derhalve te allen tijde, dus ook als de tegenstrijdig belangregeling in de statuten is weggeschreven of als er een raad van commissarissen is, bevoegd om een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen. De ava kan ook de bestuurder aanwijzen ten aanzien van wie het tegenstrijdig belang geldt.

In verband hiermede heeft de Hoge Raad in het Joral-arrest bepaald dat in het algemeen op het bestuur de plicht zal rusten om de ava zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Uit het Duplicado-arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 m.nt. Maeijer, «JOR» 2004, 266 m.nt. Van den Ingh, blijkt dat een uitdrukkelijk besluit van de ava nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger (mag dezelfde bestuurder zijn) aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is. Niet voldoende is bijvoorbeeld om die aanwijzing af te leiden uit een volmacht van de enig aandeelhouder om de akte te tekenen of uit het verlenen van de ingevolge de statuten vereiste goedkeuring voor de overdracht van aandelen.

5. Nieuwe Steen Investments-arrest (HR 21 maart 2008)

In het Nieuwe Steen Investments-arrest (NSI), HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297, «JOR» 2008/124, heeft de Hoge Raad nadere invulling gegeven aan de tegenstrijdig belangregeling zoals hierboven weergegeven. De statuten van de vennootschap met betrekking tot welke het tegenstrijdig belang speelde, bepaalden dat de bestuurder ook vertegenwoordigingsbevoegd was in geval van tegenstrijdig belang. De tegenstrijdig belangregeling was dus in de statuten weggeschreven (eerste zin van art.2:146/256 BW; zie hierboven onder 2). Deze bepaling kan volgens de Hoge Raad niet afdoen aan de bevoegdheid van de ava om in geval van tegenstrijdig belang een andere vertegenwoordiger aan te wijzen (tweede zin van art. 2:146/256 BW; zie hierboven onder 4). Bovendien rust op het bestuur de plicht om de ava zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat deze in

de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen (HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (Joral). Maar indien – zoals in dit geval – de ava haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent (zie hierboven onder 4) blijft bevoegd degene die krachtens de statutaire bepaling in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd is, in dit geval NSI als bestuurder. De geldigheid van de door een statutaire bepaling aan een bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid is niet afhankelijk van een (uitdrukkelijk) besluit van de ava tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger of van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder.

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de mogelijkheid om een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen niet door verjaring teloor kan gaan. De vennootschap is niet gebonden. Wel kan een beroep door de vennootschap op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichte rechtshandeling op de voet van artikel 2:146/256 BW volgens de Hoge Raad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn vanwege ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van artikel 2:146/256 BW.

6. Aanbevolen handelwijze bij huidige tegenstrijdig belang

De huidige jurisprudentie met betrekking tot tegenstrijdig belang samenvattend, geldt dat:

- de tegenstrijdig belang regeling externe werking heeft (Mediasafe II-arrest);
- van tegenstrijdig belang alleen sprake is in het concrete geval waarin een persoonlijk belang van een bestuurder tegenstrijdig is met dat van de vennootschap en niet in abstracto (Bruil/Kombex-arrest);
- in de statuten de tegenstrijdig belangregeling kan worden weggeschreven in die zin dat de bestuurder ook bevoegd is in geval van tegenstrijdig belang (Nieuwe Steen Investments-arrest);
- de ava te allen tijde, dus ook als de tegenstrijdig belangregeling in de statuten is weggeschreven of als er een raad van commissarissen is, bevoegd is om een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen (Joral-arrest);
- in het algemeen op het bestuur de plicht zal rusten om de ava zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te

oefenen (Joral-arrest);

- een uitdrukkelijk besluit van de ava nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger (mag dezelfde bestuurder zijn) aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is (Duplicado-arrest);
- de statutaire bepaling waarbij aan een bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang geldig is ook bij afwezigheid van een (uitdrukkelijk) besluit van de ava tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger of van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder (Nieuwe Steen Investments-arrest);
- een beroep op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid te doen niet door verjaring teloor kan gaan (Nieuwe Steen Investments-arrest).

In het licht van de hierboven weergegeven stand van zaken in de jurisprudentie met betrekking tot de huidige tegenstrijdig belangregeling kan voor de wederpartij van de vennootschap die het aangaat, de volgende handelwijze worden aanbevolen:

1. onderzoek of er sprake is van tegenstrijdig belang (zie hierboven onderdeel 3);
2. raadpleeg de statuten en constateer of het tegenstrijdig belang in de statuten al dan niet is weggeschreven (zie hierboven onderdeel 2);
3. doe navraag naar het eventueel bestaan van een besluit van de ava waarbij een bijzondere vertegenwoordiger is aangewezen of is afgezien om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen. Mag hierbij worden afgegaan op de mededeling van het bestuur dat de ava geen andere bijzondere vertegenwoordiger heeft aangewezen? Dat hangt af van de omstandigheden van het geval. Een feit is dus dat alleen echte zekerheid wordt verschaft omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid, indien de ava een expliciet besluit ter zake heeft genomen (aanwijzing dan wel afzien van aanwijzing). Het is te adviseren in ieder geval aan te dringen op een schriftelijke verklaring van de bestuurder indien hij aangeeft dat een dergelijk besluit ontbreekt.

Het is aan te raden om in statuten van vennootschappen waarvan de bestuurder tevens enig aandeelhouder is, op te nemen dat de bestuurder ook bij tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. In andere gevallen moet het belang van snel en eenvoudig kunnen handelen worden afgewogen tegen de noodzaak van checks en balances.

7. Tegenstrijdig belangregeling in Wetsvoorstel Bestuur en toezicht

Op 7 november 2008 heeft de Minister van Justitie

Wetsvoorstel 31763 tot Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, ingediend bij de Tweede Kamer. Daarin verdwijnt de externe werking van de tegenstrijdig belangregeling (zie hierboven onderdeel 1) en krijgt deze nog slechts interne werking door deze uit te werken als een wijze van besluitvorming binnen het bestuur en de raad van commissarissen.

In dit wetsvoorstel komt artikel 2:146/256 BW te vervallen. In plaats hiervan wordt aan artikel 2:129/239 BW een zesde lid toegevoegd, waarin wordt bepaald dat een bestuurder niet deelneemt aan de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, bijvoorbeeld omdat alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de ava, tenzij de statuten anders bepalen.

In de statuten kan worden bepaald dat het bestuur of een bestuurder toch tot besluitvorming mag overgaan, ondanks het tegenstrijdige belang.

Een besluit dat mede door een bestuurder met een tegenstrijdig belang is genomen, is vernietigbaar. Daardoor is een tegenstrijdig belang slechts van belang voor de interne verhoudingen en heeft dit geen derdenwerking.

Met betrekking tot de bestuurder die zich niet aan de nieuwe tegenstrijdig belangregeling heeft gehouden kan de vraag gesteld worden of hij zijn taak goed heeft vervuld en zo nee, of hij de vennootschap heeft geschaad en aansprakelijk kan worden gehouden. Indien die vraag positief wordt beantwoord, kan de vennootschap een aansprakelijkheidsprocedure starten

tegen de bestuurder (artikel 2:9 BW).

Voor commissarissen zal een vergelijkbare tegenstrijdig belangregeling als voor bestuurders gaan gelden. Hiertoe zal aan artikel 2:140/250 BW een nieuw vijfde lid worden toegevoegd: een commissaris met een direct of indirect tegenstrijdig belang mag niet deelnemen aan de besluitvorming. Als hierdoor geen besluit kan worden genomen, neemt de ava het besluit (tenzij de statuten anders bepalen).

Zoals Leijten in zijn noot onder Hof Leeuwarden 27 januari 2009, «JOR» 2009, 101 constateert, behelst het bij nota van wijziging van 17 februari 2009 toegevoegde overgangsrecht geen terugwerkende kracht, maar alleen de mogelijkheid voor de ava om nietige rechtshandelingen die vóór de inwerkingtreding van de toekomstige wet zijn aangeaan te helen. Doet de ava dat om welke reden dan ook niet, dan blijft de – in beginsel in tijd niet beperkte – mogelijkheid voor de vennootschap bestaan om terzake van die ‘oude’ rechtshandelingen een beroep op nietigheid te doen en blijft de huidige jurisprudentie nog geruime tijd van belang. Leijten pleit daarom, mijns inziens terecht, voor het toekennen van terugwerkende kracht aan het nieuwe recht.

8. Conclusie

De huidige tegenstrijdig belangregeling is, vanwege de mogelijke derdenwerking, in het rechtsverkeer onpraktisch.

Het opheffen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht van de externe werking van de huidige tegenstrijdig belangregeling komt de rechtspraktijk en de rechtszekerheid ten goede en kan worden toegejuicht.

HR 21 maart 2008, LJN: BC1849, NJ 2008, 297

W. Bosse