

69. Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang; HR 14 juli 2006 en stand van zaken

In het arrest van 14 juli 2006 bevestigt de Hoge Raad eerder geformuleerde rechtspraak met betrekking tot de tegenstrijdig belangregeling waar het gaat over de onderzoeksplicht van de derde en een schriftelijk aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de stand van zaken wat betreft de tegenstrijdig belangregeling en wordt ingegaan op de praktische toepasbaarheid daarvan.

1. Inleiding

In het hieronder te behandelen arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006 wordt eerdere rechtspraak met betrekking tot tegenstrijdig belang bevestigd. In zijn conclusie bij dit arrest geeft A-G Timmerman een overzicht van de meest recente uitspraken van de Hoge Raad inzake tegenstrijdig belang. Dit geeft een goed beeld van de huidige stand van zaken met betrekking tot de tegenstrijdig belangregeling, die in de eerstvolgende paragraaf, voorafgaand aan de behandeling van het arrest van de Hoge Raad, zal worden weergegeven. In het commentaar bij dit arrest wordt ingegaan op de gewenste toekomst van de tegenstrijdig belangregeling. Daarnaast komt aan de orde de praktische toepasbaarheid van de tegenstrijdig belangregeling, zoals de jurisprudentie die thans interpreteert, waarmee wij hebben te leven, zolang de wetgever de regeling niet heeft aangepast.

2. Stand van zaken

Volgens artikel 2:256 BW wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met één of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen, tenzij bij de statuten anders is

bepaald. Van dwingend recht is de tweede zin van genoemd artikel waarin wordt bepaald dat de algemene vergadering steeds bevoegd is één of meer andere personen daartoe aan te wijzen.

In het Mediasafe I-arrest (HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568; JBN 1998, nr. 92) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet alleen sprake is van tegenstrijdig belang indien het gaat om een handeling tussen de vennootschap en haar bestuurder (zoals het geval was bij de voorloper van artikel 2:256 BW), maar ook indien het gaat om een handeling verricht tussen de vennootschap en een derde.

In het Mediasafe II-arrest (HR 11 september 1998, NJ 1997/171; JBN 1998, nr. 92, 1999, nr. 42) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 2:256 BW externe werking heeft en dat de vennootschap de onbevoegdheid van haar bestuurders uitsluitend aan de derde kan tegenwerpen indien de tegenstrijdigheid van belangen voor de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn.

De in de wet opgenomen tegenstrijdig belangregeling, zo oordeelde de Hoge Raad in het Brandao-arrest (HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393; JBN 2003, nr. 8), gaat ervan uit dat het risico moet worden vermeden dat de bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op belang van de vennootschap, zijn persoonlijk belang

laat prevaleren. Onder tegenstrijdig belang moet ook worden verstaan een indirect tegenstrijdig belang, zoals het geval waarin een vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuurder, handelt met een vennootschap waarbij die bestuurder en/of zijn directe familieleden (in het onderhavige geval de zonen) betrokken zijn. Indien de vennootschap geen raad van commissarissen heeft, is de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd om in gevallen van tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht. De Hoge Raad herhaalt in het Duplicado-arrest (HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519; JBN 2005, nr. 13) dat van een tegenstrijdig belang ook sprake kan zijn wanneer een directeur/enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is. Niet noodzakelijk is dat de bestuurder van de vennootschap in privé bij de overeenkomst partij is. Een tegenstrijdig belang kan eveneens bestaan wanneer de hoedanigheden van bestuurder/enig aandeelhouder die de transactie aangaan, in één persoon zijn verenigd. Van daadwerkelijke benadeling van de vennootschap hoeft geen sprake te zijn. Onvoldoende is (stilzwijgende) bekrachtiging; een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouder is nodig om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Tot zover de weergave van de stand van zaken. In het hierna te behandelen arrest van 14 juli 2006 worden door de Hoge Raad het Duplicado- en het Mediasafe II-arrest bevestigd.

3. Feiten

BHV Holding BV ('Holding') is enig aandeelhouder en bestuurder van BHV Bouwhout BV ('Bouwhout'), BHV Olie BV ('Olie') en BHV Duhout BV ('Duhout'). Op 1 juli 1996 sluit ABN AMRO een overeenkomst tot kredietverstrekking met de vier BHV vennootschappen; zij zijn kredietnemers. Holding vertegenwoordigt daarbij haar drie dochters. Alle BHV vennootschappen maken gebruik van het krediet. Zij failleren in januari 2001. Bouwhout en Olie hebben een creditsaldo bij de bank van bijna € 700.000. Holding en Duhout hebben een debetsaldo van ruim € 600.000. De bank beroept zich op verrekening krachtens haar algemene voorwaarden, waarin, voor zover hier van belang, is bepaald dat iedere kredietnemer hoofdelijk verbonden is voor al hetgeen ABN AMRO zowel van hen tezamen als ieder van hen afzonderlijk te vorderen heeft of zal hebben. De statuten van Bouwhout en Olie bevatten een bepaling over vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang die materieel gelijk is aan artikel 2:256 BW. De aandeelhoudersvergaderingen van Bouwhout en Olie hebben geen uitdrukkelijk besluit genomen tot aanwijzing van een bevoegde vertegenwoordiger.

De curator van de vier BHV vennootschappen stelt namens Bouwhout en Olie:

1. dat Holding als bestuurder van Bouwhout en Olie wegens tegenstrijdig belang niet bevoegd was om Bouwhout en Olie te vertegenwoordigen bij het aangaan van de kredietovereenkomst met de bank;
2. dat daaraan niet afdoet dat alle BHV vennootschappen van de kredietfaciliteit profiteerden en materieel gezien wellicht geen tegenstrijdig belang hadden; en
3. dat de bank van dit tegenstrijdig belang op de hoogte was, dan wel had behoren te zijn.

Hij stelt dat Bouwhout en Olie derhalve niet aan de kredietovereenkomst zijn gebonden en dat de bank zich niet op verrekening met de schulden van Holding en Duhout kan beroepen.

4. In cassatie bij de Hoge Raad

De curator krijgt bij de rechtbank en bij het hof gelijk. In cassatie bij de Hoge Raad betoogt de bank dat het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat op de bank een onderzoeksplicht rustte, inhoudende dat de bank, wetende en waarnemende dat Holding bij de totstandkoming van de hoofdelijkheidsakten tevens optrad als bestuurder en daarom als vertegenwoordiger van Bouwhout en Olie, vragen omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Holding had moeten stellen. De bank stelt dat de bestuurder weliswaar een tegenstrijdig belang met de vennootschap heeft, maar diezelfde bestuurder tegelijkertijd 100% aandeelhouder van die vennootschap is en de bevoegdheid heeft om de bestuurder aan te wijzen als degene die ondanks het tegenstrijdig belang de vennootschap mag vertegenwoordigen. Het mag er volgens de bank voor worden gehouden dat in dit geval de bestuurder handelt met de volle instemming van de enig aandeelhouder. De onderzoeksplicht levert een te grote inbreuk op de rechtszekerheid in het handelsverkeer.

De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat bij het overeenkomen van de hoofdelijkheid Bouwhout en Olie een tegenstrijdig belang hadden met Holding en dat noch ten aanzien van Bouwhout, noch ten aanzien van Olie de vergadering van aandeelhouders een besluit als bedoeld in artikel 2:256, tweede volzin, BW had genomen. Daarnaast stelt de Hoge Raad voorop dat in het onderhavige geval de belangen van beide vennootschappen niet noodzakelijkerwijs samenlopen en dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat de aandeelhoudersvergadering het onbevoegde handelen van de bestuurder (stilzwijgend) heeft bekrachtigd. Uit de aan artikel 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk

besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen (Duplicado-arrest). De onbevoegdheid kan aan derden worden tegengeworpen indien de tegenstrijdigheid tussen het belang van de vennootschap en dat van de betrokken bestuurder aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn (Mediasafe II-arrest).

Volgens de Hoge Raad berust het cassatiemiddel van de bank derhalve op de onjuiste opvatting dat rechtens niet tot het bestaan van een onderzoeksplicht van een derde, als door het hof aangenomen, kan worden geconcludeerd in een geval, waarin de bestuurder van een vennootschap weliswaar een tegenstrijdig belang met die vennootschap heeft, maar diezelfde bestuurder tegelijkertijd 100% aandeelhouder van die vennootschap is en de bevoegdheid heeft om de bestuurder aan te wijzen als degene die ondanks het tegenstrijdig belang de vennootschap mag vertegenwoordigen. De andere cassatiemiddelen van de bank worden eveneens verworpen, de ene op grond van het ontbreken van een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders, de andere wegens het niet voldoen door de bank aan de op haar rustende onderzoeksplicht met betrekking tot het bestaan van de bevoegdheid van Holding tot vertegenwoordiging van Bouwhout en Olie bij de totstandkoming van de hoofdelijkheidsakten, in verband met de mogelijke aanwezigheid van een tegenstrijdig belang tussen Holding als bestuurder enerzijds en Bouwhout en Olie anderzijds.

5. Commentaar

In het onderhavige arrest van de Hoge Raad worden twee elementen van de tegenstrijdig belangregeling bevestigd die reeds ontwikkeld waren in eerdere rechtspraak:

- a. onbevoegdheid wegens tegenstrijdig belang kan worden tegengeworpen aan de derde die daarmee bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn (Mediasafe II-arrest). Hieruit vloeit een onderzoeksplicht van de derde voort naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder indien de derde aanleiding heeft te veronderstellen dat er sprake is van een tegenstrijdig belang. In het onderhavige geval was de bank ermee bekend dat de Holding bij de totstandkoming van de hoofdelijkheidsakten tevens als bestuurster van de overige vennootschappen optrad. Daarom had zij moeten informeren naar de bevoegdheid van de Holding om de andere vennootschappen te vertegenwoordigen. Door dit na te laten heeft de bank niet voldaan aan haar onderzoeksplicht;
- b. een schriftelijk besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot aanwijzing van een bijzondere vertegenwoordiger is vereist, ook al is

er sprake van een bestuurder die tevens 100% aandeelhouder is; van een (stilzwijgende) bekrachtiging door de aandeelhoudersvergadering van het onbevoegd handelen van de bestuurder mag niet worden uitgegaan (Duplicado-arrest).

De bank bracht in cassatie nog naar voren dat onder andere de eis van rechtszekerheid in het handelsverkeer met zich meebrengt dat het beroep van de curator op vertegenwoordigingsonbevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad doet dit af door erop te wijzen dat de bank niet heeft voldaan aan haar onderzoeksplicht naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Holding.

In zijn conclusie vindt, met de bank, ook A-G Timmerman dat in de huidige tijd een wettelijke besluitvormingsregeling beter passend is. Tegenstrijdig belang wordt in zo'n besluitvormingsregeling in beginsel een zaak die intern, binnen de vennootschap speelt en daar wordt afgehandeld. De A-G vindt dat artikel 2:256 BW een voorbeeld is van een wettelijk voorschrift dat niet is aangepast aan een veranderd maatschappelijk decor.

Ook in de meeste commentaren op het ambtelijk voorontwerp tot wijziging van Boek 2 in verband met flexibilisering van het BV-recht wordt de wetgever opgeroepen om de externe werking van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling te veranderen in een interne. In de zelfde zin Leijten in zijn noot onder het onderhavige arrest in de JOR en Van den Ingh in zijn noot onder het Duplicado-arrest in de JOR. Maar ondertussen moeten wij het doen met de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Uiteraard kan de onbevoegdheid achteraf bekrachtigd worden doordat de algemene vergadering van aandeelhouders alsnog de desbetreffende bestuurder als vertegenwoordiger aanwijst. Twijfelachtig is of het mogelijk is dat de algemene vergadering van aandeelhouders de normaal bevoegde bestuurder uitdrukkelijk (bij voorbaat) als bijzonder vertegenwoordiger aanwijst voor het geval er toch een (niet ontdekt) tegenstrijdig belang is. In dat geval is de algemene vergadering van aandeelhouders niet bekend om welk tegenstrijdig belang het in concreto zou kunnen gaan. Ook ontbreekt dan de reflectie die in de rechtspraak met betrekking tot tegenstrijdig belang wordt geëist. Dit zou daarom in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever. Hetzelfde kan gesteld worden met betrekking tot het wegschrijven van het tegenstrijdig belang in de statuten door te bepalen dat de bestuurder ook in het geval van tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Dit laat onverlet de dwingendrechtelijke bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders om in geval van tegenstrijdig belang een bijzondere

vertegenwoordiger aan te wijzen (dit mag dezelfde bestuurder zijn). Doorredenerend zou gesteld moeten worden dat er in geval van tegenstrijdig belang altijd een specifiek en schriftelijk aanwijzingsbesluit van de

algemene vergadering van aandeelhouders zou moeten zijn, althans dit gebiedt de rechtszekerheid.
HR 14 juli 2006, JOR 2006, 179 m.nt. A.F.J.A. Leijten, LJN AV6954

W. Bosse