



## Tegenstrijdig belang revisited

### Inleiding

1. Aanleiding voor dit artikel is het hieronder te behandelen arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2002.<sup>1</sup>

In de spraakmakende Mediasafe-arresten heeft de Hoge Raad in de eerste plaats beslist dat art. 2:146/256 BW niet alleen van toepassing is op rechtshandelingen tussen vennootschap en bestuurder (het "directe tegenstrijdig belang") maar ook op rechtshandelingen met een derde indien daarbij belangen van de bestuurder zijn betrokken (het "indirecte tegenstrijdig belang").<sup>2</sup>

In de tweede plaats is komen vast te staan dat art. 2:146/256 BW externe werking kan hebben. Voorwaarde is dat de derde bekend was met het tegenstrijdig belang dan wel daarmee bekend had behoren te zijn.<sup>3</sup>

De tegenstrijdig belangregeling in art. 2:146/256 BW luidt:

"Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen".

In het hieronder te behandelen arrest van de Hoge Raad wordt onder andere de vraag beantwoord of het beroep op nietigheid van een vertegenwoordigingshandeling wegens tegenstrijdig belang alleen aan de vertegenwoordigde vennootschap toekomt of ook aan haar aandeelhouder of borg.

In het daarna volgende commentaar wordt nader op de inhoud en de gevolgen van dit arrest, de tegenstrijdig belang regeling, de in dit verband mogelijke statutaire bepalingen en de aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering.

### *Hoge Raad 3 mei 2002, RvdW 2002, 77*

#### 2. Feiten

Kort weergegeven zijn de feiten van het geding als volgt. Brandao bezit 50% van de geplaatste aandelen in Sundat Curaçao N.V. (hierna te noemen: Sundat). A. Moron bezit de overige 50% van de geplaatste aandelen en is tevens enig en onbezoldigd directeur van de vennootschap. Ruim twee maanden vóór zijn overlijden op 29 juni 1997 benoemt A. Moron op 17 april 1997 bij bestuursbesluit zijn twee zoons, J. en R. Moron, tot procuratiehouders van Sundat en sluit hij met de vennootschap Joral Management N.V. (hierna: Joral) een managementovereenkomst met een duur van 7 jaar waarin Sundat wordt verplicht om aan Joral excessieve honoraria voor de te verrichten diensten te betalen, welke diensten in eerste

1. HR 3 mei 2002, *RvdW* 2002, 77, *JOR* 2002, 111, m.n. Van den Ingh en *NJ* 2002, 393, m.n. Van Schilfgaarde.
2. Mediasafe I: HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 568.
3. Mediasafe II: HR 11 september 1998, *RvdW* 1998, 150C, door mij in deze rubriek besproken onder de titel: "Derdenwerking tegenstrijdig belang", *WPNR* 1998/6334, p. 707-709. Zie ook A.F.M. Dorresteyn, "Tegenstrijdig belang: de stand van zaken", *WPNR* 1998/6337, p. 750-754 en W.J.M. van Veen, "Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang", *Ondernemingsrecht* 1999-4, p. 92-97.

instantie verricht zullen worden door de twee zoons als procuratiehouders van Sundat.

Ingevolge artikel 7 lid 4 van de statuten van Sundat wordt deze vennootschap bij tegenstrijdig belang tussen vennootschap en een directeur, vertegenwoordigd door een andere directeur, en bij gebreke van deze door een daartoe door de algemene vergadering aangewezen persoon.

### 3. Hof

Brandao verwijt de vader dat hij, in het zicht van zijn naderende einde, de kas van Sundat heeft leeggezogen door de management overeenkomst met de vennootschap van zijn zoons (Joral) aan te gaan. Deze zoons zouden daardoor ten nadele van Brandao buitensporig zijn bevoordeeld. Brandao vordert onder meer:

- i. primair een verklaring van recht dat:
  - het bestuursbesluit tot het aangaan van de managementovereenkomst met Joral en tot benoeming van de zoons tot procureurs van Sundat nietig is of nietig dient te worden verklaard; en
  - de managementovereenkomst tussen Sundat en Joral nietig is of nietig dient te worden verklaard op grond van strijd met artikel 7 lid 4 van de statuten van Sundat of art. 124 van het Antilliaans Wetboek van Koophandel (is (vrijwel) gelijk aan art. 2:146/256 BW), en
- ii. subsidiair dat Sundat aan de overeenkomst niet is gebonden.

Het belang van Brandao is gelegen in haar aandeelhouderschap van Sundat alsmede in het feit dat zij voor de schulden van deze vennootschap borg staat. Het Hof heeft geoordeeld dat de beperking van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging slechts door de vennootschap zelf (Sundat) kan worden ingeroepen en niet door een aandeelhouder of een borg van die vennootschap.

### 4. Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt dat de wettelijke tegenstrijdig belangregeling ervan uitgaat dat het risico, voortspruitende uit de mogelijkheid dat de bestuurder bij zijn handelen dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap, zijn persoonlijk belang laat prevaleren, moet worden vermeden. Onder tegenstrijdig belang moet in dit verband ook worden verstaan een indirect tegenstrijdig belang zoals zich voordoet in de onderhavige zaak, waarin een vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuurder, handelt met een vennootschap waarbij die bestuurder en directe familieleden (in het onderhavige geval de zoons) betrokken zijn. Op grond van de strekking van genoemde bepalingen zal in tegenstrijdig belangsituaties van het bestuur mogen worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zo veel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. Indien een vennootschap zoals in het onderhavige geval Sundat, geen raad van commissarissen heeft, is de algemene vergadering van aandeelhouders ingevolge de tweede volzin van art. 124 WvKNA (art. 2:146/256 BW) bevoegd om in gevallen van tegenstrijdig belang een bijzondere vertegen-

woordiger aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht. Gezien de reeds gereleveerde strekking van genoemde bepalingen, zal in het algemeen op het bestuur de plicht rusten om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Wordt nagelaten deze informatie te verschaffen, dan kan een door het bestuur in een dergelijke geval genomen besluit op vordering van iedere belanghebbende, onder wie de aandeelhouder, in rechte worden vernietigd. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat weliswaar alleen de vennootschap een beroep kan doen op de nietigheid van de overeenkomst op grond van veronachtzaming van een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid als de onderhavige, maar dat dit niet geldt voor het bestuursbesluit dat ten grondslag ligt aan de overeenkomst. De nietigheid van een zodanig bestuursbesluit kan door iedere belanghebbende worden ingeroepen.

### Commentaar

5. Zoals hierboven onder 1. geschreven kende de Hoge Raad in het Mediasafe I-arrest een ruime werking toe aan art. 2:146/256 BW. Van tegenstrijdig belang is niet alleen sprake wanneer de bestuurder de directe wederpartij is van de vennootschap, maar ook indien het persoonlijk belang is betrokken bij een rechtshandeling van de vennootschap zonder dat die bestuurder in persoon de formele wederpartij is van de vennootschap. Men spreekt dan van een indirect tegenstrijdig belang: de rechtshandeling vindt plaats tussen de vennootschap en een derde tot wie de bestuurder in een bijzondere verhouding staat.

Ook in het onderhavige geval waarin door vader als bestuurder van een vennootschap (Sundat) een overeenkomst wordt gesloten met een vennootschap (Joral) waarin naast vader tevens zijn zoons aandeelhouders en directeur zijn, een casus die vergelijkbaar is met die van het Maas/Amazone-arrest<sup>4</sup>, was sprake van een indirect tegenstrijdig belang<sup>5</sup>, hetwelk volgens de Hoge Raad, ook in het onderhavige arrest, onder de werking van art. 2:146/256 BW valt.

Bij statuten wordt veelal bepaald dat de tegenstrijdig belangregeling alleen geldt bij direct tegenstrijdig belang, dat wil zeggen dat bepaald wordt dat van tegenstrijdig belang alleen sprake is in geval van een overeenkomst of rechtsgeding tussen de vennootschap en bestuurders in privé.<sup>6</sup> Op het in de statuten "wegschrijven" van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling ga ik hierna onder 8 van dit artikel nader in.

4. HR 14 november 1970, *NJ* 1971, 321

5. J.M.M. Macijer in Asser/Macijer 2-III (2000), nr. 295 spreekt in een dergelijk geval over een kwalitatief tegenstrijdig belang.

6. A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 71. Zie ook A.F.M. Dorresteyn, "Statutaire bepalingen inzake tegenstrijdig belang", *WPNR* 1988/5864, p. 137/138 en 140.

6. Voor een beroep op nietigheid wegens tegenstrijdig belang moet onderscheid gemaakt worden tussen het bestuursbesluit en de daarop gebaseerde vertegenwoordigingshandeling. Volgens de Hoge Raad in het onderhavige arrest kan slechts de vertegenwoordigde vennootschap zelf de nietigheid van een overeenkomst wegens strijd met art. 2:146/256 BW inroepen.

Een beroep op nietigheid van een bestuursbesluit wegens tegenstrijdig belang kan volgens de Hoge Raad in het onderhavige arrest door iedere belanghebbende (in casu Brandao) worden gedaan. De ongeldigheid van een op een nietig bestuursbesluit gebaseerde vertegenwoordigingshandeling kan slechts aan een derde worden tegengeworpen indien deze wist of behoorde te weten dat het daaraan ten grondslag liggende bestuursbesluit ongeldig was.<sup>7</sup>

7. Wat moet het bestuur van de vennootschap doen als zich tegenstrijdig belang voordoet? In het onderhavige arrest geeft de Hoge Raad hiervoor regels. Van het bestuur wordt verwacht dat het zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. Op het bestuur rust de plicht om de algemene vergadering zo tijdig mogelijk te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen. Wordt nagelaten deze informatie te verschaffen, dan kan een door het bestuur in een dergelijk geval genomen besluit op vordering van iedere belanghebbende, onder wie de aandeelhouders, in rechte worden vernietigd. Het besluit dat genomen<sup>8</sup> is zonder dat deze regels in acht zijn genomen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW<sup>9</sup>, dan wel in strijd met de wettelijke (of statutaire) bepalingen die de totstandkoming van besluiten regelen (art. 2:15 lid 1 onder a BW).<sup>10</sup>

8. In de hierboven onder 1 geciteerde wettekst staan de woorden: "Tenzij bij de statuten anders is bepaald". Op deze woorden wordt in de literatuur de mogelijkheid gebaseerd om in de statuten de tegenstrijdig belangregeling "weg te schrijven", met uitzondering van de aanwysbevoegdheid van de algemene vergadering.<sup>11</sup>

Zo komt in statuten wel de bepaling voor dat ook in geval van tegenstrijdig belang de desbetreffende bestuurder bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.<sup>12</sup> Het is naar mijn mening evenwel niet ondenkbaar dat een dergelijke statutaire bepaling in strijd wordt geacht te zijn met de hierboven onder 5 genoemde strekking van de wet en derhalve nietig is. Tenzij wordt geoordeeld dat er een uitzondering geldt voor éénpersoonsvennootschappen. Een parallel kan getrokken worden met de hierna onder 9. te behandelen aanwijzing door de algemene vergadering van de bestuurder die het tegenstrijdig belang betreft. De vennootschap dient beschermd te worden tegen mogelijke benadeling van haar bestuurder doordat deze zijn persoonlijk belang laat prevaleren.

Het wetsartikel regelt slechts de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Door in de statuten op te nemen dat de bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, worden niet

andere mogelijke juridische sancties, zoals het instellen van een enquêteprocedure en aantasting van de besluitvorming wegens benadeling door tegenstrijdig belang, uitgesloten.

Het komt mij raadzaam voor om in iedere statutaire regeling van de vertegenwoordigingsbevoegdheid in geval van tegenstrijdig belang, op te nemen dat de bevoegdheid van de algemene vergadering om een ander persoon aan te wijzen, onverminderd geldt.<sup>13</sup>

9. In lagere rechtspraak is wel goedgekeurd dat in geval van een éénpersoonsvennootschap de bestuurder die het tegenstrijdig belang betrof, niettemin door de algemene vergadering wordt aangewezen als persoon bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen.<sup>14</sup> Bartman<sup>15</sup> en Slagter<sup>16</sup> menen evenwel dat de algemene vergadering een ander persoon moet aanwijzen dan de bestuurder of commissaris ten aanzien van wie juist een tegenstrijdig belang met de rechtspersoon wordt geconstateerd. Evenals ik hierboven onder 8. heb geschreven ten aanzien van een statutaire regeling met dezelfde strekking, ben ik van mening dat het niet ondenkbaar is dat de aanwijzing door de algemene vergadering van de bestuurder of commissaris die het tegenstrijdig belang betreft, in strijd wordt

- 
7. Zie A.G. Bakels in nr. 2.14 van zijn conclusie bij het onderhavige arrest. Van Schilfgaarde onder 11 in zijn noot onder dit arrest in de NJ, meent evenwel dat, zo er al sprake was van een besluit (hetgeen hij ontkent), de managementovereenkomst met Joral geen "voortbouwende rechtshandeling" was.
  8. In de enquête-jurisprudentie is in dit verband een aantal spelregels ontwikkeld: zie OK 26 mei 1983, *NJ* 1984, 481, m.n. Ma. (Linders-Hofstee), OK 3 december 1987, *De NV* 66, p. 78 e.v. (Ogem) en OK 26 september 1991, *NJ* 1992, 310 (VHS) en meer recent OK 28 februari 2002, *JOR* 2002, 124 (Triple P). Deze rechtspraak is samengevat in *De NV* 72, p. 18 e.v. Zie over de vraag of een besmette bestuurder mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming F.J.P. van den Ingh, *Privaatrecht Actueel*, WPNR 1998/6311, p. 269-270.
  9. In deze zin A.F.M. Dorresteijn, "Rechtsvorderingen bij tegenstrijdig belang", *TVVS* 1990, p. 83 en J.M.M. Maeijer, Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 297.
  10. In deze zin P. van Schilfgaarde in zijn noot onder het onderhavige arrest in de NJ.
  11. A.F.M. Dorresteijn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 71. Zie ook het door genoemde schrijver uitgevoerde statutenonderzoek in "Statutaire bepalingen inzake tegenstrijdig belang", WPNR 1988/5864, p. 135-140.
  12. E. Roerdink en S.A.H. Smits, "Tegenstrijdig belang, een onderschat belang in de registergoedpraktijk?!", *De Notarisklerk* 2002/1413, p. 119, adviseren een dergelijke bepaling in de statuten op te nemen in geval van een éénpersoonsvennootschap (enig bestuurder/enig aandeelhouder). Zie ook mijn genoemd artikel in WPNR 1998/6334, p. 709 en het genoemde artikel van A.F.M. Dorresteijn, WPNR 1998/6337, p. 754.
  13. Hoe in de (rechts)praktijk gehandeld moet worden met de tegenstrijdig belangregeling is te lezen in de vorige noot genoemde artikel van Roerdink en Smits.
  14. Rb. Haarlem 14 januari 1947, *NJ* 1948, 289 en Rb. Rotterdam 21 april 1995, *NJ* 1996, 389. In deze zin A.F.M. Dorresteijn, diss., p. 50 en WPNR 98/6337, p. 754, P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Deventer: Gouda Quint 2001, nr. 69 en P.J. Dortmund in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 1995, p. 7-21 en J.B. Huizing, *Rechtspersonen*, art. 146, aant. 9, Deventer: Kluwer (losbladig)
  15. S.M. Bartman, "Gewijzigd voorstel inzake structuurregeling bij coöperaties en onderlingen", *Stichting & Vereniging* 1988, p. 8.
  16. W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 257.

geacht te zijn met de strekking van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling. Tenzij ook ten aanzien hiervan wordt geoordeeld dat er uitzondering geldt voor éénpersoonsvennootschappen.

De bijzonder vertegenwoordiger heeft een soort goedkeuringsrecht, geen beslissingsrecht. Hij is niet verplicht slechts uit te voeren wat het bestuur besluit.<sup>17</sup>

*Mr. W. Bosse* \*

---

17. Zie voor deze standpunten de literatuurverwijzen in noten 40 en 41 in de conclusie van de A.G. Bakels bij het onderhavige arrest.

\* Notaris te Amsterdam.