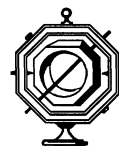


■ De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap ■



Derdenwerking tegenstrijdig belang

1. Inleiding

Op 11 september 1998 heeft de Hoge Raad¹ beslist dat de onbevoegdheid van de bestuurder wegens tegenstrijdig belang (art. 2:146/256 BW) derdenwerking heeft.

Deze beslissing is een vervolg op het Mediasafe-arrest² waarin de Hoge Raad over deze derdenwerking in het kader van de Eerste Richtlijn een prejudiciële beslissing heeft gevraagd aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.

Het Europese Hof van Justitie³ vond dat deze vraag buiten het gebied van de Eerste Richtlijn viel en door de nationale wetgever geregeld moest worden. Daarop kwam bovengenoemde beslissing van de Hoge Raad.

De derdenwerking van de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders is voor het ondernemingsrecht, het notariaat en vooral voor de (rechts-)praktijk, van groot belang en heeft ingrijpende gevolgen. Welke gevolgen de beslissing van de Hoge Raad voor de praktijk kan hebben, zal in dit artikel worden aangegeven aan de hand van de casus van het Mediasafe-arrest. Nader zal worden ingegaan op het leerstuk van het tegenstrijdig belang en de mogelijke statutaire bepalingen welke hiermee verband houden.

Voorts zal worden behandeld het leerstuk van de derdenwerking van de beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders.

Het notariaat kan een rol spelen bij het beperken van de nadelige gevolgen van de beslissing van de Hoge Raad voor de (rechts-)praktijk. Hiervoor worden suggesties gedaan alsmede voor de verklaring van de notaris omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders van Nederlandse vennootschappen (de zogenaamde legal-opinion), welke vaak in het internationale rechtsverkeer wordt verlangd.

2. De tegenstrijdig belangregeling

De tegenstrijdig belangregeling is te vinden in artt. 2:146 BW voor de NV en 2:256 voor de BV. De regeling luidt:

'Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de (naamloze)⁴ vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met één of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen.

De algemene vergadering is steeds bevoegd één of meer andere personen daartoe aan te wijzen.'

De statuten kunnen de wettelijke bepalingen inzake tegenstrijdig belang geheel of gedeeltelijk terzijde stellen, met uitzondering van de aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering in de tweede zin van genoemde wetsartikelen.

Bij de statuten wordt veelal anders bepaald⁵. Meestal wordt in de statuten bepaald dat alleen sprake is van tegenstrijdig belang ingeval van overeenkomsten (dus niet rechtshandelingen in het algemeen) en rechtsgedingen tussen de vennootschap en bestuurders in privé⁶.

Verder bevatten zij in veel gevallen een nadere regeling van de vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang, meestal inhouden-

de dat de Raad van Commissarissen (RvC) bevoegd is daartoe iemand aan te wijzen uit een beperkte kring van personen.

De meest gangbare statutaire regeling blijkt te bestaan uit een combinatie van beide elementen:

- zij beperkt tegenstrijdig belang tot overeenkomsten met en rechtsgedingen tegen een bestuurder in privé;
- en draagt de vertegenwoordiging op aan een andere bestuurder of aan een door de RvC aangewezen commissaris⁷.

3. Het Mediasafe-arrest

De tegenstrijdig belangregeling in de statuten van Mediasafe BV (art. 12) bevat alleen het tweede bovengenoemde element. Deze luidt:

'3. Ingeval van tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en één of meer directeuren is/zijn de overblijvende directeur/directeuren bevoegd de vennootschap te verbinden.

4. Indien er slechts één directeur is of indien het tegenstrijdig belang bestaat ten aanzien van alle directeuren, wordt de vennootschap vertegenwoordigd door de Raad van Commissarissen.'

Mediasafe BV (Mediasafe) werd op 21 november 1989 opgericht door Holland Data Groep BV (HDG) en de Stichting Nieuwegein. HDG nam 99 aandelen en de Stichting 1. HDG was directeur van Mediasafe. Mediasafe kende een Raad van Commissarissen (RvC) waarvan de leden op voordracht van de Stichting werden benoemd. Rabobank "Vecht en Plassengebied" was financier van HDG en haar werkmaatschappijen. Op 11 december 1989 is tussen Rabobank, HDG en haar werkmaatschappijen een overeenkomst tot stand gekomen waarin renteverrekening werd afgesproken over de gecombineerde rekeningen.

Rabobank had op grond van de overeenkomst ook de mogelijkheid debet- en creditsaldi van de betrokken concernvennootschappen met elkaar te verrekenen. Ook verklaarden de concernvennootschappen zich over en weer aansprakelijk voor elkaars schulden aan de Rabobank. Het saldo van de rekening van Mediasafe bij de Rabobank bedroeg op 11 december 1989 f 223.751,89 credit. Op 22 mei 1990 is Mediasafe failliet verklaard. Haar rekening bij de Rabobank vertoonde op dat moment een creditsaldo van f 447.117,60. De Rabobank heeft bij brief aan de curator van 5 juni 1990 op basis van de overeenkomst van 11 december 1989 een beroep gedaan op verrekening van de debet- en creditsaldi van de rekeningen-courant.

Na de compensatie bedroeg het tegoed van Mediasafe bij de Rabobank f 67.337,36.

1. HR 11 september 1998, RvdW 1998, 150C.

2. HR 22 maart 1996, RvdW 1996, 76C en NJ 1996, 568.

3. HvJEG 16 december 1997, zaak C-104/96, JUR 1998, p. I-1

4. In art. 2:256 BW ontbreekt het woord "naamloze".

5. Voor een overzicht zie A.F.M. Dorresteyn, Statutaire bepalingen inzake tegenstrijdig belang, WPNR (1988) 5864, p. 135-140. Ook P. Sanders en W. Westbroek, BV en NV, bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm, 7e druk Kluwer Deventer, 1994, p. 189-191 geven voorbeelden.

6. Dit is het zogenaamde direct tegenstrijdig belang. Hierover meer onder paragraaf 4.

7. A.F.M. Dorresteyn, tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, deel 8 in de serie Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Kluwer Deventer 1989, p. 71/72.

De curator heeft van de Rabobank betaling gevorderd van het verschil tussen het tegoed van Mediasafe vóór en na de compensatie. De rechtbank heeft overwogen dat HDG wegens een tegenstrijdig belang als bedoeld in art. 2:256 BW (tegenstrijdig belang) niet bevoegd was geweest op 11 december 1989 de genoemde overeenkomst met Rabobank namens Mediasafe aan te gaan. Rabobank had dit als professionele tegenpartij moeten beseffen. De rechtbank heeft de vordering van de curator toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bevestigd.

Het tegenstrijdig belang tussen Mediasafe en HDG bestond, omdat sprake was van een rechtshandeling waarbij zowel Mediasafe als haar bestuurder HDG partij waren en Mediasafe krachtens deze rechtshandeling jegens derde - Rabobank - aansprakelijk werd voor schulden van haar bestuurder HDG jegens deze derde.

Rabobank gaat in cassatie.

In zijn arrest van 22 maart 1996, RvdW 1996, 76C⁸. Beslist de Hoge Raad onder andere als volgt:

1. Van een tegenstrijdig belang als bedoeld in art. 2:256 BW is niet slechts sprake indien het gaat om een handeling verricht tussen de vennootschap en haar bestuurder, maar ook indien het gaat om een handeling verricht tussen de vennootschap en anderen.

2. Over de vraag of de eventuele onbevoegdheid van de bestuurder op grond van art. 2:256 BW in beginsel externe werking heeft bestaat in de literatuur geen eenstemmigheid en bestaat ook geen vaste rechtspraak. Ingeval deze vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst volgens de Hoge Raad vervolgens de vraag of art. 2:256 BW zo ruim moet worden uitgelegd dat de vennootschap enkel dan de onbevoegdheid van haar bestuurder niet aan de derde kan tegenwerpen indien de tegenstrijdigheid van belangen voor deze niet kenbaar was, dan wel juist zo beperkt dat zij die onbevoegdheid uitsluitend aan de derde kan tegenwerpen indien de tegenstrijdigheid voor de derde onmiskenbaar was.

3. Een bepaling als de onderhavige wordt zoveel mogelijk in overeenstemming met de Eerste Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 maart 1968 (nr. 68/151 EEG), en in het bijzonder de artt. 3 en 9, te worden uitgelegd.

De Hoge Raad legt deze vragenuitleg voor aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.

4. Direct en indirect tegenstrijdig belang

Ad 1. De Hoge Raad staat een ruime werking van art. 2:256 BW voor. 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.

Deze ruime opvatting van de Hoge Raad van art. 2:256 BW is in overeenstemming met eerdere jurisprudentie⁹.

Zoals hierboven onder 2. vermeld kan in de statuten de gevallen waarin sprake is van tegenstrijdig belang worden beperkt tot overeenkomsten en rechtsgedingen tegen een bestuurder in privé; het zogenaamde direct tegenstrijdig belang.

Hiermee wordt het indirect tegenstrijdig belang buiten de werking van genoemd wetsartikel gebracht.

5. Derdenwerking vertegenwoordigingsonbevoegdheid wegens tegenstrijdig belang

Ad 2. Zoals de Hoge Raad in het Mediasafe-arrest heeft overwogen wordt de vraag of de eventuele onbevoegdheid van de bestuurder op grond van art. 2:256 BW in beginsel externe werking heeft, in de literatuur verschillend beantwoord¹⁰.

Ingevolge de tweede zin van lid 3 van art. 2:130 lid 3 BW voor de NV en art. 2:240 BW voor de BV hebben slechts wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders externe werking. Deze bepaling is een uitwerking van de Eerste Richtlijn tot coördinatie van het vennootschapsrecht die door de Raad van de Europese Economische Gemeenschap op 9 maart 1968 (Publicatieblad 14 maart 1968, nr. L65) (hierna: Eerste Richtlijn) was uitgevaardigd.

Volgens lid 1 van art. 9 van de Eerste Richtlijn wordt de vennootschap ten opzichte van derden door rechtshandelingen welke door haar organen worden verricht, slechts dan niet gebonden indien deze organen de bevoegdheden overschrijden welke aan deze organen volgens de wet toekomen of kunnen worden toegekend.

In lid 2 van art. 9 van de Eerste Richtlijn wordt bepaald dat de grenzen welke door de statuten of door een beslissing van de bevoegde organen van de bevoegdheden van de organen van een vennootschap worden gesteld, nooit aan derden kunnen worden tegengeworpen, zelfs niet indien zij bekend zijn gemaakt. Als ratio voor deze regeling werd in de commentaren destijds aangegeven dat in het internationale handelsverkeer van derden niet kan worden gevergd, dat zij nauwkeurig kennis nemen van de statuten van een vennootschap, ook al zijn deze gepubliceerd.

Met dit stelsel vindt mevrouw J.N. Schutte-Veenstra het aannemen van externe werking van de onbevoegdheid van de bestuurder wegens tegenstrijdig belang, in tegenspraak¹¹.

Uiteindelijk betreft het hier interpretatie van de Eerste Richtlijn, zoals de Hoge Raad in het Mediasafe-arrest ook vaststelde.

Op 16 december 1997 is door het Hof van Justitie de prejudiciële beslissing gegeven waartoe door de Hoge Raad was verzocht¹². Kort weergegeven houdt deze beslissing in dat de regeling met betrekking tot de werking ten aanzien van derden van handelingen die door de leden van vennootschapsorganen worden verricht in een situatie waarin zij tegenstrijdige belangen met de vertegenwoordigende vennootschap hebben, buiten het normale karakter van de Eerste Richtlijn valt en tot de bevoegdheid van de nationale wetgever behoort.

In zijn arrest van 11 september 1998, nr. 15.915¹³ oordeelt de Hoge Raad dat in hetgeen de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.

8. Ook gepubliceerd in NJ 1996/568, m.nt. J.M.M. Maeijer, alsmede JOR 96/45, m.nt. F.J.B. van den Ingh en besproken door L. Timmerman in TVVS 96/5, p. 144-146.

9. Zo achtte de Hoge Raad in zijn arrest van 14 november 1940 (Maas-Amazone), NJ 1941, 321 een tegenstrijdig belang van de directeur van de vennootschap aanwezig toen het ging om een arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de zoon van de directeur; de vennootschap werd vertegenwoordigd door commissarissen. In Hof Amsterdam 22 maart 1984 (Nesolas) NJ 1985, 219 ging het om een hypotheekverlening waarbij in het kader van de transactie tevens een hypotheek aan de echtgenote van de bestuurder die in privé wederpartij was, werd afgelost.

In HR 7 februari 1992 (Astro-Pierson), NJ 1992, 438 ging het om een rechtshandeling tot hoofdelijkheidsverklaring door de moedervennootschap Astro verricht jegens een derde, Pierson, tot wie de statutaire bestuurder van de vennootschap, Offshore Management Company, dochter van Pierson, in een bijzondere verhouding stond.

10. Zie voor een overzicht F.J.P. van den Ingh, JOR 1996, 45, p. 304 en J.B. Huizink, Rechtspersonen, Losbl. Kluwer, art. 160 aant. 6.

11. N.J. Schutte-Veenstra, column: Mediasafe: een gemiste kans, De NV 76/1 januari 1998, p. 1.

12. HvJEG 16 december 1997, zaak C-104/96, JUR. 1998, p. I-1. Zie hierover mevrouw N.J. Schutte-Veenstra in de NV 76/1 januari 1998, p. 1-2 (zie vorige noot).

13. HR 11 september 1998, RvdW 1998, nr. 150C, besproken door H.J. de Kluiver in WPNR (1998) 6329, p. 615-616.

van zijn tussenarrest heeft overwogen, ligt besloten, dat de onbevoegdheid van een bestuurder wegens tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW in beginsel externe werking heeft.

Vervolgens geldt de vraag welke mate van goede trouw bij de derde aanwezig dient te zijn wil hij bescherming verdienen. De Hoge Raad heeft in het Mediasafe-arrest twee varianten van te goeder trouw aan het Hof van Justitie voorgelegd:

a. de onbevoegdheid van de bestuurder kan alleen aan de derde worden tegengeworpen indien hij ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling met de tegenstrijdigheid van belangen bekend was of bekend kon zijn op grond van de gegevens die hem toen ter beschikking stonden.

b. De onbevoegdheid is alleen tegenstelbaar, indien de tegenstrijdigheid van belangen zo duidelijk is dat geen redelijk denkende derde zou kunnen menen dat van tegenstrijdigheid geen sprake is. In opvatting b) is de derde snel te goeder trouw. Het Hof Amsterdam is aanhanger van opvatting a).

De Hoge Raad kiest in zijn laatstgenoemd arrest eveneens voor opvatting a).

Voor het te goeder trouw zijn is volgens het Hof en A-G Mok in het Mediasafe-arrest, niet vereist dat de derde een onderzoek verricht naar de vraag of er een tegenstrijdig belang is. Basis van de goede trouw zijn uitsluitend de gegevens die de derde ter beschikking staan.

Volgens H.J. de Kluiver¹⁴ impliceert de formule van de Hoge Raad op voet van art. 3:11 BW een onderzoeksplicht, welke onderzoeksplicht bestaat indien er reden tot twijfel is. Reden tot twijfel bestaat als de rechtshandeling nadelig lijkt voor de NV of BV Ook zullen een rol kunnen spelen het gewicht van de handeling en de druk waaronder die handeling verricht moest worden.

In de Mediasafe-zaak had het Hof geoordeeld dat het tegenstrijdig belang kenbaar was voor de bank die zelf partij was bij de overeenkomst en die als financier van de HDG Groep op de hoogte was van de verhoudingen binnen de groep. Onder die omstandigheden kan aan Rabo de onbevoegdheid van de bestuurder van Mediasafe BV op grond van art. 2:256 BW door de curator worden tegengeworpen.

In deze lijn doordenkend ben ik met F.J.P. van den Ingh¹⁵ van mening dat eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat niet meer wordt verlangd dat de betrokken derde op de hoogte is - althans op grond van de hem bekende gegevens had kunnen zijn - van de aanwezigheid van het tegenstrijdig belang tussen de vennootschap met wie hij contracteert en de bestuurder van die vennootschap.

Als aan deze eis niet wordt voldaan, wordt ook de kans op strijd met de Eerste Richtlijn groter.

6. Slot. Gevolgen voor de notariële praktijk

Ingevolge de eerste zin van art. 2:146 en 2:256 BW bij de statuten de vertegenwoordiging van de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang anders worden geregeld. Hierboven onder 2. zijn de meest gangbare statutaire regelingen genoemd.

Ook kan in de statuten worden bepaald dat een bestuurder, ook ingeval van tegenstrijdig belang, bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Dit wordt veelal gedaan in statuten welke niet voorzien in een Raad van Commissarissen. Hiermee komt de vraag naar de statutaire onbevoegdheid van de bestuurder ingeval van tegenstrijdig belang niet meer aan de orde. Door het opnemen van deze bepaling in de statuten kan het notariaat tegemoetkomen aan de nadelige gevolgen van de beslissing van de

Hoge Raad aan de (rechts-)praktijk. Deze statutaire bepaling verlicht enigszins de onderzoeksplicht van de wederpartij. Enigszins, omdat bedoelde statutaire bepaling onverlet laat de onderzoeksplicht van de wederpartij naar de aanwijzing door de algemene vergadering van één of meer andere personen die ingeval van tegenstrijdig belang bevoegd is/zijn de vennootschap te vertegenwoordigen. Deze bevoegdheid van de algemene vergadering vloeit voort uit de tweede zin van genoemde wetsartikelen. Deze bepaling is van dwingend recht; statutaire bepalingen kunnen hieraan niet afdoen.

De beslissing van de Hoge Raad heeft ook gevolgen voor de bevoegdheidsverklaring (legal opinion) omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders van vennootschappen, waarom de notaris in internationale zaken veelal wordt gevraagd¹⁶.

De notaris dient zich in deze verklaring te beperken tot hetgeen hem blijkt uit het uittreksel uit het handelsregister van de vennootschap, waarnaar hij in zijn verklaring verwijst: "de bestuurder van de vennootschap is blijkens het uittreksel handelsregister zelfstandig bevoegd/gezamenlijk handelend met één of meer andere bestuurders bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen."

Het uittreksel kan indien gewenst vertaald worden door een beëdigd vertaler (met apostille) en aan de verklaring worden gehecht. Door de bevoegdheidsverklaring te beperken tot hetgeen blijkt uit het uittreksel handelsregister, geeft de notaris geen verklaring omtrent de eventuele onbevoegdheid van de bestuurder wegens doeloverschrijding (art. 2:7 BW) of tegenstrijdig belang (art. 2:146 en 2:256 BW), welke door de notaris ook niet kan worden nagegaan. Volledigheidshalve kan aan de bevoegdheidsverklaring worden toegevoegd dat deze niet uitsluit de onbevoegdheid van de bestuurder op grond van doeloverschrijding of tegenstrijdig belang.

*Mr W. Bosse**

14. H.J. de Kluiver, Mediasafe: het eindspel, WPNR (1998) 6329, p. 616 onder verwijzing naar de aldaar in noot 2 vermelde literatuur.

15. F.J.P. van den Ingh, JOR 1996, 45, p. 301-313.

16. Zie hieromtrent het rapport Certificat d'identité et de capacité des sociétés ematriculés au registre du commerce van de Union International du Notariat Latin waarvan de uitgave wordt verzorgd door de Stichting tot bevordering der notariële wetenschap te Amsterdam; zie hierover W. Bosse, vennootschapsrecht in de Union WPNR (1998) 6328, p. 598.

* Notaris te Amsterdam.