

---

## Tegenstrijdig belang revisited

### Inleiding

Het is ruim twee jaar geleden dat de Hoge Raad zijn principiële uitspraak heeft gedaan over de vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang (HR 11 september 1998, NJ 1999, 171, Mediasafe; hierna: Mediasafe). Er is naar aanleiding van dit arrest en het eerdere arrest van de Hoge Raad in dezelfde zaak (waarin hij over het onderwerp prejudiciële vragen had gesteld aan het Hof van Justitie; HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568) uitgebreid gepubliceerd, onder meer in V&O door Van Olffen (V&O maart 1998) en Volwerk (V&O oktober 1998). Recentelijk heeft Schutte-Veenstra in Ondernemingsrecht verslag gedaan van rechtsvergelijkend onderzoek, verricht naar het onderwerp (Ondernemingsrecht 2000-14, p. 410-415).

In deze bijdrage wil ik het onderwerp nog eens onder de loep nemen, omdat – ondanks alle publicaties – de vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang een stiefkind van het vennootschapsrecht is gebleven. Mijn indruk is dat het belang van het onderwerp in de praktijk onderschat wordt. Het gevolg is dat niet altijd de juiste gevolgtrekkingen worden gemaakt met betrekking tot Mediasafe en dat veel rechtshandelingen in strijd met Mediasafe zijn gedaan en daarom, potentieel, vernietigbaar zijn.

De literatuur naar aanleiding van Mediasafe legt, begrijpelijkerwijs, de nadruk op het belangrijkste aspect van het arrest, de externe werking van de tegenstrijdig-belang-bepalingen en de voorwaarden waaronder de vennootschap een beroep kan doen op deze vernietigingsgrond. Voor de praktijk zijn, gegeven de externe werking, primair van belang de (potentiële) reikwijdte van het begrip ‘tegenstrijdig belang’ en de

maatregelen die kunnen worden genomen om een (potentieel) tegenstrijdig belang op te heffen.

De problematiek is voor juridische adviseurs van groot belang omdat hun veelal wordt gevraagd bij overnames en financieringen te bevestigen (in legal opinions) dat de betrokken vennootschappen bevoegd vertegenwoordigd zijn en dat de transactie geldig tot stand is gekomen. Maar ook zonder legal opinion kan ik mij voorstellen dat partijen zeker willen zijn dat het bestuur bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Ook om die reden zijn de adviseurs verplicht hun cliënten te wijzen op de Mediasafe-problematiek.

Deze bijdrage wil een praktische richtlijn geven voor situaties waarin een tegenstrijdig belang zich voordoet of kan voordoen.

#### Hoe een tegenstrijdig belang te herkennen

Het is voor juristen onmogelijk een werkelijk tegenstrijdig belang vast te stellen, omdat dit een feitelijke aangelegenheid is. De enige uitzondering vormt wellicht het 'direct tegenstrijdig belang' (de directeur van een vennootschap handelt met zichzelf). Het is soms even moeilijk om een potentieel tegenstrijdig belang met zekerheid te kennen. Vaak wordt niet geadviseerd over de hele transactie en zijn niet alle feiten bekend. Daardoor zijn de implicaties van de rechtshandelingen en de betrokken belangen niet goed te overzien. En zelfs als dat wel zo is, kan niet met zekerheid worden vastgesteld of er een (daadwerkelijk of potentieel) tegenstrijdig belang is.

In ieder geval zou een adviseur alert moeten zijn op een mogelijk tegenstrijdig belang zodra er meer dan één vennootschap (aan de ene kant) betrokken is bij een transactie. Maar zelfs dat uitgangspunt biedt geen uitsluitel. Het is goed mogelijk dat de ene rechtshandeling voortbouwt op een andere (waarbij ook andere vennootschappen betrokken zijn) en dat die, in samenhang met die andere, een (potentieel) tegenstrijdig belang oplevert. Deze onzekerheid is vergelijkbaar met de onzekerheid bij advisering over 'ultra vires' (doeloverschrijding; art. 2:7 BW), met dit verschil dat het tegenstrijdig belang oplosbaar is.

Bij het constateren van een potentieel tegenstrijdig belang moeten veiligheidshalve maatregelen worden genomen. In de praktijk betekent dit dat er veel vaker dan verwacht maatregelen moeten worden genomen.

#### Reikwijdte begrip 'tegenstrijdig belang'

De wettelijke regeling voor tegenstrijdig belang (art. 2:256 BW voor de BV en, gelijkloidend, art. 2:146 BW voor de NV) luidt als volgt:

'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.'

Tot Mediasafe was niet duidelijk wanneer er sprake was van een tegenstrijdig belang (de wet geeft geen nadere uitleg en de wetsgeschiedenis is niet ondubbelzinnig). Zo kon in de procedure die heeft geleid tot Mediasafe nog worden aangevoerd dat tegenstrijdig belang alleen kon bestaan indien een bestuurder namens een vennootschap met zichzelf in privé handelde (direct tegenstrijdig belang).

Met deze enge uitleg heeft de Hoge Raad korte metten gemaakt. Ook bij rechtshandelingen waarbij de vennootschap en de bestuurder niet elkaars wederpartij zijn, maar tezamen partij zijn met derden, kan sprake zijn van een tegenstrijdig belang (indirect tegenstrijdig belang). Ter herinnering, in Mediasafe ging het om een aandeelhouder, tevens bestuurder van de dochter, die samen met de dochter een financieringsarrangement aanging met Rabobank. Hoewel de belangen van moeder en dochter grotendeels parallel liepen, was dat niet voor 100% het geval en had de dochter om die reden een tegenstrijdig belang met haar bestuurder (de moeder).

Volgens de Hoge Raad moet de ruime uitleg van het begrip tegenstrijdig belang volgen uit de woorden 'in alle gevallen' (van tegenstrijdig belang). Ik lees dit argument als 'indien de belangen van de vennootschap en de bestuurder niet voor de volle 100% samenvallen, bestaat er ten aanzien van het deel waarvoor die belangen niet samenvallen een tegenstrijdig belang en voor dat deel geldt de wettelijke regeling'. Dit is enigszins een cirkelredenering, want het veronderstelt de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. Ik zou menen dat de ruime interpretatie van het begrip tegenstrijdig belang volgt uit een algemeen beginsel van Nederlands vennootschapsrecht, namelijk dat elke rechtspersoon een zelfstandig rechtssubject is en dat de bestuurders van een vennootschap het belang van dit rechtssubject nastreven. De bestuurders moe-

ten zich primair richten (en kunnen richten) naar het vennootschapsbelang (zie Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, elfde druk, Deventer 1998, nr. 5, p. 26 en daar aangehaalde literatuur). De vergelijking dringt zich op met de discussie in het kader van doeloverschrijding bij concernfinancieringen over de verhouding tussen het vennootschappelijk belang en het concernbelang (zie Van Schilfgaarde, a.w., nr. 58, p. 174 en daar genoemde literatuur).

Uit dit algemene beginsel van Nederlands vennootschapsrecht volgt – mijns inziens – dat een bestuurder van een vennootschap die tevens bestuurder is van andere vennootschappen die partij zijn (of betrokken zijn) bij een transactie, gediskwalificeerd is op grond van tegenstrijdig belang (kwalitatief tegenstrijdig belang). De bestuurder kan namelijk niet meer de belangen van die ene vennootschap behartigen; hij komt tevens op voor de belangen van andere vennootschappen. Ook hier zal veelal gelden dat de belangen van de vennootschappen grotendeels parallel lopen, maar voorzover dat niet zo is, heeft die vennootschap een tegenstrijdig belang met haar bestuurder.

Het kwalitatief tegenstrijdig belang kan ook in combinatie met het indirect tegenstrijdig belang voorkomen (kwalitatief indirect tegenstrijdig belang), in situaties waarbij de bestuurder van een vennootschap aandeelhouder is van een andere vennootschap.

In het voorafgaande heb ik op sommige plaatsen het woord ‘transactie’ gebruikt in plaats van ‘rechtshandeling’ omdat een tegenstrijdig belang niet alleen bij een enkele rechtshandeling voorkomt, maar ook bij een samenstel van rechtshandelingen (een transactie). Als de grens niet bij een rechtshandeling ligt, rijst de vraag waar de grens ten aanzien van transacties getrokken moet worden. Met andere woorden, waar houdt een ‘transactie’ op één transactie te zijn?

Als er een tegenstrijdig belang is ten aanzien van één bestuurder, wordt nog wel eens aangevoerd dat de andere bestuurders nog wel bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen. Dat is een misverstand: indien één bestuurder gediskwalificeerd is, dan is het gehele bestuur onbevoegd. Dit volgt uit de tekst van de wet en hangt samen met het collegiaal bestuur van de vennootschap (en de verhouding tussen interne besluitvorming door het bestuur als college en de bevoegdheid van de individuele bestuurders om de vennootschap te vertegenwoordigen). De andere

bestuurders zijn in dat geval alleen bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen indien de statuten dat toelaten of de aandeelhouders dit zo hebben bepaald.

Een ander misverstand dat opduikt, betreft de situaties waar slechts één Nederlandse vennootschap bij de transactie betrokken is. Het argument luidt dat een Nederlandse vennootschap alleen met een andere Nederlandse bestuurder/vennootschap een tegenstrijdig belang kan hebben. Dat is niet het geval; als een Nederlandse dochter een niet-Nederlandse aandeelhouder heeft die tevens haar bestuurder is, dan kan zij – net als wanneer die bestuurder een Nederlander is – een tegenstrijdig belang met die bestuurder hebben. Hetzelfde is het geval indien de Nederlandse vennootschap een niet-Nederlandse bestuurder heeft die tevens bestuurder is van andere niet-Nederlandse vennootschappen. Ook is niet van belang of die andere (niet-)Nederlandse vennootschappen besloten vennootschappen zijn of een andere rechtsvorm hebben.

Uit het voorafgaande volgt dat – in het bijzonder in concernverband – er praktisch altijd een potentieel tegenstrijdig belang is. De vraag is of dat erg is. Het antwoord luidt: wel als er geen adequate maatregelen worden genomen.

#### **De te nemen maatregelen**

De wet zelf biedt een (limitatief) overzicht van de mogelijke maatregelen om het tegenstrijdig belang op te heffen of uit te sluiten.

Indien er sprake is van een tegenstrijdig belang, wordt de vennootschap vertegenwoordigd door commissarissen (als de vennootschap een raad van commissarissen heeft). Dit betekent dat elk lid van de raad van commissarissen (en niet de raad van commissarissen als zodanig) vertegenwoordigingsbevoegd is. Gelet op artikel 2:261 BW (dat commissarissen die bestuurshandelingen verrichten, gelijkstelt met bestuurders) zouden de commissarissen zelf ook een tegenstrijdig belang kunnen hebben.

Tenzij zowel de bestuurder als de commissaris tekent voor de vennootschap, lost de vertegenwoordiging door commissarissen het probleem niet op. Het is niet met zekerheid vast te stellen of er werkelijk een tegenstrijdig belang is. Blijkt achteraf dat er geen tegenstrijdig belang was, dan mochten de commissarissen niet tekenen (zie HR 14 november 1940, NJ 1941, 321, Maas/Amazone).

ten zich primair richten (en kunnen richten) naar het vennootschapsbelang (zie Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, elfde druk, Deventer 1998, nr. 5, p. 26 en daar aangehaalde literatuur). De vergelijking dringt zich op met de discussie in het kader van doeloverschrijding bij concernfinancieringen over de verhouding tussen het vennootschappelijk belang en het concernbelang (zie Van Schilfgaarde, a.w., nr. 58, p. 174 en daar genoemde literatuur).

Uit dit algemene beginsel van Nederlands vennootschapsrecht volgt – mijns inziens – dat een bestuurder van een vennootschap die tevens bestuurder is van andere vennootschappen die partij zijn (of betrokken zijn) bij een transactie, gediskwalificeerd is op grond van tegenstrijdig belang (kwalitatief tegenstrijdig belang). De bestuurder kan namelijk niet meer de belangen van die ene vennootschap behartigen; hij komt tevens op voor de belangen van andere vennootschappen. Ook hier zal veelal gelden dat de belangen van de vennootschappen grotendeels parallel lopen, maar voorzover dat niet zo is, heeft die vennootschap een tegenstrijdig belang met haar bestuurder.

Het kwalitatief tegenstrijdig belang kan ook in combinatie met het indirect tegenstrijdig belang voorkomen (kwalitatief indirect tegenstrijdig belang), in situaties waarbij de bestuurder van een vennootschap aandeelhouder is van een andere vennootschap.

In het voorafgaande heb ik op sommige plaatsen het woord ‘transactie’ gebruikt in plaats van ‘rechtshandeling’ omdat een tegenstrijdig belang niet alleen bij een enkele rechtshandeling voorkomt, maar ook bij een samenstel van rechtshandelingen (een transactie). Als de grens niet bij een rechtshandeling ligt, rijst de vraag waar de grens ten aanzien van transacties getrokken moet worden. Met andere woorden, waar houdt een ‘transactie’ op één transactie te zijn?

Als er een tegenstrijdig belang is ten aanzien van één bestuurder, wordt nog wel eens aangevoerd dat de andere bestuurders nog wel bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen. Dat is een misverstand: indien één bestuurder gediskwalificeerd is, dan is het gehele bestuur onbevoegd. Dit volgt uit de tekst van de wet en hangt samen met het collegiaal bestuur van de vennootschap (en de verhouding tussen interne besluitvorming door het bestuur als college en de bevoegdheid van de individuele bestuurders om de vennootschap te vertegenwoordigen). De andere

bestuurders zijn in dat geval alleen bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen indien de statuten dat toelaten of de aandeelhouders dit zo hebben bepaald.

Een ander misverstand dat opduikt, betreft de situaties waar slechts één Nederlandse vennootschap bij de transactie betrokken is. Het argument luidt dat een Nederlandse vennootschap alleen met een andere Nederlandse bestuurder/vennootschap een tegenstrijdig belang kan hebben. Dat is niet het geval; als een Nederlandse dochter een niet-Nederlandse aandeelhouder heeft die tevens haar bestuurder is, dan kan zij – net als wanneer die bestuurder een Nederlander is – een tegenstrijdig belang met die bestuurder hebben. Hetzelfde is het geval indien de Nederlandse vennootschap een niet-Nederlandse bestuurder heeft die tevens bestuurder is van andere niet-Nederlandse vennootschappen. Ook is niet van belang of die andere (niet-)Nederlandse vennootschappen besloten vennootschappen zijn of een andere rechtsvorm hebben.

Uit het voorafgaande volgt dat – in het bijzonder in concernverband – er praktisch altijd een potentieel tegenstrijdig belang is. De vraag is of dat erg is. Het antwoord luidt: wel als er geen adequate maatregelen worden genomen.

#### **De te nemen maatregelen**

De wet zelf biedt een (limitatief) overzicht van de mogelijke maatregelen om het tegenstrijdig belang op te heffen of uit te sluiten.

Indien er sprake is van een tegenstrijdig belang, wordt de vennootschap vertegenwoordigd door commissarissen (als de vennootschap een raad van commissarissen heeft). Dit betekent dat elk lid van de raad van commissarissen (en niet de raad van commissarissen als zodanig) vertegenwoordigingsbevoegd is. Gelet op artikel 2:261 BW (dat commissarissen die bestuurshandelingen verrichten, gelijkstelt met bestuurders) zouden de commissarissen zelf ook een tegenstrijdig belang kunnen hebben.

Tenzij zowel de bestuurder als de commissaris tekent voor de vennootschap, lost de vertegenwoordiging door commissarissen het probleem niet op. Het is niet met zekerheid vast te stellen of er werkelijk een tegenstrijdig belang is. Blijkt achteraf dat er geen tegenstrijdig belang was, dan mochten de commissarissen niet tekenen (zie HR 14 november 1940, NJ 1941, 321, Maas/Amazone).

Ten tweede kunnen de statuten van de wettelijke bepaling afwijken. Artikel 2:256 BW is op zodanige wijze geredigeerd dat de suggestie bestaat dat de statuten alleen een ander orgaan (of leden daarvan of derden) mogen aanwijzen bij een tegenstrijdig belang. In de praktijk gebeurt dit al veelvuldig door bij een tegenstrijdig belang toch het bestuur bevoegd te maken. Dit is toegestaan. De vraag is of de reikwijdte van het begrip tegenstrijdig belang beperkt kan worden, bijvoorbeeld door in de statuten te bepalen dat alleen bij een direct tegenstrijdig belang het bestuur niet bevoegd is en de commissarissen (of de andere bestuurders) bevoegd zijn. Hoewel dit tegenstrijdig lijkt met de overweging van de Hoge Raad ('in alle gevallen'), zou ik menen dat dit is toegestaan. Ten eerste omdat er materieel (dat wil zeggen vanuit het perspectief van de vennootschap) geen verschil is tussen de aanwijzing van het bestuur in alle gevallen van tegenstrijdig belang en het beperken van de definitie van tegenstrijdig belang. Ten tweede omdat de statutaire bepaling de aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders onverlet laat. Een andere vraag (van meer theoretische aard) is of het mogelijk is het begrip tegenstrijdig belang in de statuten uit te breiden. Als dit zou voorkomen, dan is die vraag relevant in verband met artikel 2:6 lid 2 BW.

Omdat de wederpartij niet altijd zal kunnen verlangen dat de statuten worden aangepast in het kader van de tegenstrijdig-belang-problematiek, zal in de praktijk het meest gebruik worden gemaakt van de aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Uitoefening van de aanwijzingsbevoegdheid vergt ondertussen wel de bijeenroeping van een vergadering. In overnames, waar de aandeelhouders vaak zelf partij zijn, zal dit minder problemen opleveren dan bij financieringen. Echt praktisch is deze route dan ook alleen indien de statuten de mogelijkheid openen om besluiten buiten vergadering te nemen (en er geen certificaten van aandelen op naam zijn uitgegeven of er vruchtgebruikers of pandrechthouders zijn, zie art. 2:238 BW). In dit verband wijs ik op artikel 2:227 lid 4 BW, op grond waarvan het bestuur en de commissarissen een raadgevende stem hebben in de algemene vergadering (maar ook bij een besluit buiten vergadering). Dat is van belang omdat de Hoge Raad (HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595, Janssen/Pers) heeft geoordeeld dat een besluit genomen zonder dat het advies van het bestuur of de commissarissen is ingewonnen,

vernietigbaar is. Als het besluit vernietigd wordt, is de aanwijzing door de aandeelhouders niet geschied en is daarmee onbevoegd vertegenwoordigd. Een aanwijzingsbesluit zal dus altijd vergezeld moeten gaan van een besluit van het bestuur en de commissarissen waaruit blijkt dat zij hetzij hun raadgevende stem hebben kunnen uitoefenen, hetzij van dat recht afstand hebben gedaan. (Ten overvloede, ook deze besluiten moeten conform de statuten worden genomen.)

De aanwijzing door de aandeelhouders zou, omdat tevoren niet vaststaat dat er daadwerkelijk een tegenstrijdig belang is, aan de bestuurders moeten zijn. Is er geen tegenstrijdig belang, dan gelden de 'normale' regels; was er wel een tegenstrijdig belang, dan is de vertegenwoordiging gesanctioneerd door de aanwijzing door de aandeelhouders.

#### Tot slot

Er is het nodige geschreven over de ratio van het toekennen van externe werking aan de tegenstrijdig-belang-regeling en, in het bijzonder, de voorwaarden waaronder de vennootschap daarop een beroep kan doen, namelijk als de wederpartij het tegenstrijdig belang 'kende of behoorde te kennen' (overigens zonder dat die een zelfstandig onderzoek hoeft te doen). Dit is enigszins in strijd met de praktijk. In de praktijk is het voor adviseurs, zoals hiervoor betoogd, onmogelijk om het tegenstrijdig belang met zekerheid te kennen. Hetzelfde zal voor een wederpartij van de vennootschap gelden. Tegelijkertijd zullen die wederpartijen in het kader van de transactie wel een onderzoek doen. Bij een bank zal er een onderzoek worden gedaan in het kader van de kredietanalyse; bij een overname zal een due diligence-onderzoek worden gehouden. In Mediasafe werd bevestigd dat een partij, zoals een bank, in die situaties de interne verhoudingen zal kennen en geacht wordt te kennen, en uit dien hoofde ook zal weten of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Een beroep op onbekendheid met het tegenstrijdig belang is dan vrijwel onmogelijk. Daarmee is de voorwaarde van de Hoge Raad in de meeste van dergelijke transacties zinledig.

En loopt het nu zo'n vaart met het inroepen van de vernietiging? Zowel vóór Mediasafe als daarna is er weinig jurisprudentie geweest over het onderwerp. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het een louter theoretisch probleem is.

Mijn verwachting is dat eerst bij een economische teruggang en een toename van het aantal faillissementen zal blijken of curatoren zich op grote schaal van Mediasafe zullen bedienen. Anders dan vennootschappen zelf zullen zij minder problemen hebben met het invoeren van de tegenstrijdig-belang-bepalingen. Dan zal ook blijken of het begrip tegenstrijdig belang zo ruim moet worden uitgelegd als juridische adviseurs nu veiligheidshalve doen. En ook zal blijken in hoeverre vennootschappen de correcte maatregelen hebben genomen om het tegenstrijdig belang op te heffen.

*Mr. R.W. Jarigsmā  
Loyens & Loeff*

---