

# De nieuwe tegenstrijdig-belangregeling: een soepele overgang?

*Mr. N.A. Winthagen\**

## Inleiding

Medio 2008 heeft de wetgever met het naar de Tweede Kamer toegezonden wetsvoorstel bestuur en toezicht naamloze en besloten vennootschappen uitvoering gegeven aan zijn voorstellen tot het aantrekkelijker maken van het Nederlandse vestigingsklimaat.<sup>1</sup> Een deel van dit wetsvoorstel behelst een gemoderniseerde tegenstrijdig-belangregeling die van vertegenwoordigingsregel naar besluitvormingsregel wordt verschoven. De voorgestelde regeling heeft zich inmiddels mogen verheugen op warme belangstelling vanuit de literatuur.

Een van de in de literatuur gesignaleerde lacunes van de nieuwe tegenstrijdig-belangregeling betreft het ontbreken van een overgangsregeling. De wetgever heeft deze kritiek opgepakt door een op 17 februari 2009 ingediende nota van wijziging, die een tweetal bepalingen van overgangsrecht bevat.<sup>2</sup> Zoals hierna wordt betoogd, is het echter de vraag of dit overgangsrecht in de praktijk zal voldoen.

Deze bijdrage geeft een overzicht van de actuele ontwikkelingen rond de nieuwe tegenstrijdig-belangregeling. Hierbij wordt allereerst een schets gegeven van de huidige regeling. Vervolgens zal kort worden ingegaan op het wetsvoorstel en de reacties daarop in de literatuur. Daarna zal worden stilgestaan bij de in de nota van wijziging opgenomen overgangsregeling. Tot besluit wordt een samenvatting van de actuele stand van zaken gegeven, waarbij zal worden betoogd dat de in de literatuur door Leijten<sup>3</sup> en Nowak<sup>4</sup> bepleite overgangsregeling de voorkeur heeft boven de regeling die de minister heeft voorgesteld.

## Huidige regeling

De huidige tegenstrijdig-belangregeling uit artikel 2:146/256 BW beoogt te voorkomen dat een bestuurder zich bij zijn handelen laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van het belang van de vennootschap dat hij op grond van artikel 2:9 BW dient te behartigen.<sup>5</sup> Op grond van de regeling is het bestuur onbevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen in alle gevallen waarin deze een tegenstrijdig belang heeft met één of meer

bestuurders, tenzij bij de statuten anders is bepaald of de algemene vergadering één of meer bestuurders aanwijst. De nadruk van deze regeling ligt bij de vertegenwoordiging; heeft deze niet rechtsgeldig plaatsgevonden omdat er een tegenstrijdig belang was, dan is de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling gebonden. Een beroep van de vennootschap op nietigheid is niet voor verjaring vatbaar.<sup>6</sup>

De regeling heeft in de laatste jaren veel invulling van de Hoge Raad gekregen.<sup>7</sup> Sinds het Bruil-arrest wordt het 'tegenstrijdig belang'-begrip materieel uitgelegd, in die zin dat de enkele schijn van een tegenstrijdig belang niet genoeg is voor een geslaagd beroep op artikel 2:146/256 BW; op basis van het concrete geval dient te worden aangetoond dat de besluitvorming van de betrokken bestuurder(s) ondeugdelijk geweest is wegens een ontoelaatbare samenloop van belangen.<sup>8</sup>

Een daarnaast belangrijke klacht is dat de huidige regeling rechtsonzekerheid in het handelsverkeer in de hand zou werken.<sup>9</sup> Onder de huidige regeling kan de vennootschap namelijk op een later tijdstip een beroep doen op nietigheid (veelal gedaan door opvolgende bestuurders of de curator) van eerder namens de vennootschap verrichte rechtshandelingen, wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang dat ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling bekend was aan de wederpartij, dan wel aan haar bekend had behoren te zijn. Deze onderzoeksplicht van de wederpartij komt de rechtszekerheid niet ten goede. Er is herhaaldelijk voor gepleit om voor de bescherming van de vennootschap alleen aansluiting te zoeken bij de besluitvorming, en de huidige extern werkende vertegenwoordigingsregels te laten vallen.<sup>10</sup>

## Wetsvoorstel

De voorgestelde regeling beoogt een radicale wijziging ten opzichte van het huidige recht, waarbij artikel 2:146/256 BW worden

\* Mr. N.A. Winthagen is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance.

1. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 2.  
2. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 7.  
3. A.F.J.A. Leijten, *Overgangsrechtelijk tegenstrijdig belang*, Ondernemingsrecht 2009, nr. 44, p. 203-208.  
4. R.G.J. Nowak, *Tegenstrijdig belang in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht, Ondernemingsrecht* 2008, nr. 174, p. 590-593.  
5. HR 21 maart 2008, JOR 2008, 124 (NSI).

6. Zie ook: HR 21 maart 2008, JOR 2008, 124 (NSI), r.o. 3.5.4.  
7. HR 22 maart 1996, NJ 1996, 586 (Mediasafe I); HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 (Mediasafe II); HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 (Joral); HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (Duplicado); HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570 (ABN/AMRO – Dijkema q.q.); HR 29 mei 2007, JOR 2007, 169 (Bruil/Kombex); HR 21 maart 2008, JOR 2008, 124 (NSI).  
8. HR 29 mei 2007, JOR 2007, 169 (Bruil/Kombex), r.o. 3.4.  
9. M.L. Lennarts & H.E. Boschma, *Blijft het tabben met het tegenstrijdig belang?* WPNR (2008) 6770, p. 727; Nowak 2008, p. 593.  
10. Zie o.a. noot Leijten onder HR 14 juli 2006, JOR 2006, 179, 11 (ABN/AMRO – Dijkema q.q.); rapport Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht 2004, p. 260.

geschrapd.<sup>11</sup> In plaats hiervan worden er twee leden aan artikel 2:129/239 BW toegevoegd, die bepalen dat een bestuurder niet deelneemt aan de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang. Wanneer daardoor geen besluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij het ontbreken van een raad van commissarissen wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Consequentie hiervan is dat de externe werking van het tegenstrijdig belang wordt vervangen door de interne werking zelf. Gebreken in de besluitvorming op basis van tegenstrijdige belangen tasten de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurders dus niet meer aan. Een vordering tot vergoeding van eventuele schade die de vennootschap lijdt door de desbetreffende rechtshandeling, kan op grond van onbehoorlijke taakvervulling tegen het bestuur worden ingesteld.

In de toelichting van het wetsvoorstel zijn enkele punten ten opzichte van de eerdere toelichting bij het consultatiedocument gewijzigd.<sup>12</sup> Zo is verduidelijkt dat het begrip 'tegenstrijdig belang' materieelrechtelijk dient te worden uitgelegd, en zijn verwarrende passages die erop leken te wijzen dat de wettelijke definitie 'tegenstrijdig belang' ook een kwalitatief tegenstrijdig belang zou omvatten, verwijderd.<sup>13</sup> Ten slotte is bevestigd dat 'niet deelnemen aan besluitvorming' door de bestuurder tevens inhoudt dat de betreffende bestuurder zich dient te onthouden van deelname aan de beraadslaging.<sup>14</sup> Wel kan de besmette bestuurder voorafgaande aan of aan het begin van de bestuursvergadering worden gehoord door zijn medebestuurders, zodat hij hun bij hem bekende relevante informatie kan verschaffen.<sup>15</sup>

De voorgestelde regeling is inflexibel en bevoogdend, doordat de statuten slechts indien besluitvorming zowel door het bestuur als door de raad van commissarissen onmogelijk blijkt, mogen bepalen dat een bestuurder een besluit toch mag nemen ondanks zijn tegenstrijdig belang. Een punt hierbij is hoe de zinsnede 'wanneer hierdoor geen besluit kan worden genomen' van voorgesteld artikel 2:129/239 lid 6 BW dient te worden uitgelegd. Het is de vraag of hierbij statutaire besluitvormingseisen in aanmerking dienen te worden genomen, of dat het alleen gaat om de situatie dat alle bestuurders geconfronteerd zijn. Zijn er in het eerste geval besluitvormingsvereisten die door het wegvallen van een bestuurder vanwege tegenstrijdig belang niet gehaald kunnen worden, dan zou een deadlock kunnen ontstaan.<sup>16</sup>

## Overgangsrecht

Voor de praktijk is een vorm van overgangsrecht van belang, dat echter ontbrak bij het oorspronkelijke wetsvoorstel.<sup>17</sup> Ook de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht signaleerde dat overgangsrecht ontbrak, en merkte daarbij op dat vennootschappen met van het wetsvoorstel afwijkende statuten een 'dubbel' probleem zouden hebben: gevallen van tegenstrijdig belang zouden dan zowel de besluitvorming als de vertegenwoordiging raken. De commissie meende dat een overgangsregeling de vennootschap in staat zou moeten stellen het verleden 'schoon te wassen', opdat niet meer de ongedigtheid kan worden ingeroepen van in het verleden verrichte gebrekkige rechtshandelingen via een beroep op tegenstrijdig belang.<sup>18</sup>

Ook Lennarts en Boschma signaleren vorenstaande punten, en pleiten daarbij voor een overgangsregeling die voorziet in de mogelijkheid voor de algemene vergadering om oude, tegenstrijdig-belangtransacties te repareren.<sup>19</sup> Nowak pleit daarentegen voor de invoering van een generaal pardon voor alle door de vennootschap met tegenstrijdig belang aangegane rechtshandelingen. Hiermee doelt hij op het verlenen van terugwerkende kracht aan de afschaffing van de externe werking van de tegenstrijdig-belangregeling. Deze terugwerkende kracht zou volgens Nowak op een aantal manieren vorm kunnen worden gegeven. Zo zou indien gewenst de ingangsdatum van de nieuwe regeling kunnen worden uitgesteld, of zou de werking van de regeling kunnen worden beperkt tot een bepaalde periode in het verleden. Ook kan worden gedacht aan het maken van een uitzondering voor bepaalde gevallen.<sup>20</sup>

## Nota van wijziging

Mede naar aanleiding van vragen vanuit de vaste Kamercommissie is er door de minister op 17 februari 2009 een nota van wijziging ingediend, die een tweetal bepalingen van overgangsrecht bevat.<sup>21</sup> De bepalingen, die lijken te zijn ingegeven door de suggesties van de commissie, luiden als volgt:

'Artikel IIIA-1.: De algemene vergadering kan, indien een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet is vertegenwoordigd door het bestuur of een bestuurder terwijl er een tegenstrijdig belang was met een of meer bestuurders, die vertegenwoordiging bekrachtigen door de vertegenwoordiger of vertegenwoordigers daartoe aan te wijzen op of na de datum van inwerkingtreding van de wet.'

'Artikel IIIA-2.: Tenzij er uit de wet anders voortvloeit, kan geen beroep worden gedaan op een statutaire regeling die inhoudt dat de naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid wordt vertegen-

11. De eerdergenoemde punten van kritiek zijn een inspiratiebron geweest voor het eerdere door het ministerie van Justitie op 13 maart 2008 gecirculeerde consultatiedocument betreffende aanpassing van het bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen; zie <www.min-jus.nl>.

12. Rapport Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, 5 juni 2008. Te vinden op <www.notaris.nl/subsites/commissie>.

13. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.

14. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.

15. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.

16. Zie hierover uitgebreid Nowak 2008, p. 590-593.

17. Nowak 2008, p. 590-593; Lennarts & Boschma 2008, p. 725-736.

18. Rapport Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, 2008, p. 6.

19. Lennarts & Boschma 2008, p. 733.

20. Nowak 2008, p. 592.

21. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6 en 7.

woordigd door een ander dan het bestuur of een bestuurder in alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders.’

De minister heeft dus niet geopteerd voor een overgangsregeling met terugwerkende kracht. De consequentie hiervan is dat vennootschappen (vaak opvolgende bestuurders of curatoren) ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel ten opzichte van derde partijen een beroep kunnen blijven doen op de nietigheid van overeenkomsten die dateren uit de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Op deze wijze verandert het wetsvoorstel in de komende tientallen jaren niets aan de bestaande rechtsonzekerheid; het is de vraag of de wetgever dit voor ogen heeft gehad.

Ook Leijten pleit voor terugwerkende kracht. Tevens maakt hij korte metten met de in de nota van wijziging neergelegde bepalingen van overgangsrecht. Zo merkt hij met betrekking tot de in artikel IIIA-1. opgenomen ‘white wash’-regeling op dat deze (1) alleen aan de (algemene vergadering van de) vennootschap toekomt, en dit (2) slechts een bevoegdheid is, waarvan de vennootschap zonder dat zij daar een belang bij heeft geen gebruik zal maken. Bij artikel IIIA-2. acht hij het niet duidelijk welk probleem de wetgever heeft willen oplossen. Bestaande statutaire regelingen over het tegenstrijdig belang zullen over vertegenwoordiging gaan, waarbij het tegenstrijdig belang veelal zal zijn ‘weggeschreven’. Hoewel praktisch van geen nut meer, zijn deze regelingen niet strijdig met het komende recht, daar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet wordt ingeperkt. Indien in statutaire regelingen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur wel is beperkt, zal dit leiden tot strijd met artikel 2:130/240 lid 3 BW, waardoor deze regelingen als strijdig met dwingend recht geen gelding meer hebben.<sup>22</sup>

Leijten bepleit om op grond van artikel 81 Overgangswet NBW (hierna: ONBW) beperkte terugwerkende kracht te verlenen aan het vervallen van artikel 2:146/256 BW; een dergelijke regeling zou de huidige rechtsonzekerheid bij wederpartijen wegnemen, doordat de vennootschap dan geen beroep meer toekomt op het inroepen van nietigheid op grond van tegenstrijdig belang van haar rechtshandelingen die dateren van voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet.<sup>23</sup> Een gevolg van toepassing van artikel 81 ONBW is dat een beroep van de vennootschap op artikel 2:146/256 BW gedaan vóór inwerkingtreding van de nieuwe regeling niet door de terugwerkende kracht van deze regeling wordt geraakt. Leijten opteert hiermee voor een beperkte terugwerkende kracht, namelijk voor gevallen waarin de vennootschap een beroep op artikel 2:146/256 BW reeds heeft ingeroepen voor inwerkingtreding van de nieuwe regeling.

De wetgever heeft blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel de keus gemaakt om de rechten van de aandeelhouders enigszins

in te perken omwille van de rechtszekerheid in het handelsverkeer.<sup>24</sup> Deze keus voor de rechtszekerheid verdient instemming. Het feit dat de vennootschap in de toekomst de schade als gevolg van een met tegenstrijdig belang verrichte rechtshandeling nog slechts met een actie jegens de bestuurder kan beperken, werkt als stimulans voor bestuurders om extra alert te zijn op een mogelijk tegenstrijdig belang.

Het is daarom merkwaardig dat de wetgever kiest voor een breuk met de huidige tegenstrijdig-belangregeling, maar de rechtspraktijk zit er nog decennialang mee opscheept. Ik sluit mij derhalve aan bij het pleidooi dat pleit voor het verlenen van terugwerkende kracht aan schrapping van artikel 2:146/256 BW. Verlening van terugwerkende kracht zou volgens de door Leijten voorgestelde regeling onder het regime van artikel 81 ONBW kunnen worden gebracht, en daarmee in de plaats kunnen treden van de huidige twee bepalingen van overgangsrecht, die weinig aan een overgangsregeling lijken toe te voegen.

## Slot

De wetgever heeft met het wetsvoorstel bestuur en toezicht op naamloze en besloten vennootschappen de mogelijkheid aangegrepen om de in de praktijk vaak moeilijk werkbare tegenstrijdig-belangregeling te moderniseren. De wetgever heeft daarbij de vertegenwoordigingsregeling verplaatst naar een besluitvormingsregeling.

De plenaire behandeling van het wetsvoorstel zal in september plaatsvinden. Dit geeft de bij het wetsvoorstel betrokken partijen de kans om de door de minister voorgestelde overgangsregeling kritisch te bekijken. Het is te hopen dat men hierbij de pleidooien voor het toekennen van terugwerkende kracht aan de afschaffing van de externe werking niet over het hoofd ziet. Vooral de door Leijten via artikel 81 ONBW uitgewerkte regeling van beperkte terugwerkende kracht vormt hierbij een aantrekkelijke en genuanceerde optie, daar vennootschappen die reeds voor inwerkingtreding van de nieuwe wet een beroep op nietigheid van rechtshandelingen op grond van artikel 2:146/256 BW hebben gedaan, niet door de terugwerkende kracht van de nieuwe regeling worden geraakt. Het verlenen van een dergelijke beperkte terugwerkende kracht aan de nieuwe tegenstrijdig-belangregeling zou de rechtszekerheid verder ten goede komen, wat zou bijdragen aan het doel van het wetsvoorstel: het aantrekkelijker maken van Nederland als vestigingsplaats.

22. Leijten 2009, p. 207; Nowak 2008, p. 592; anders: Lennarts & Boschma 2008, p. 733.

23. Leijten 2009, p. 207.

24. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 11-13.