

Tegenstrijdig belang en vertegenwoordiging



Mr. dr. T.P. van Duuren*

1. Inleiding

De tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders en commissarissen van N.V.'s en B.V.'s omschrijft tegenstrijdig belang als een 'direct of indirect *persoonlijk belang* dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'.¹ De wetgever heeft bij de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht ook een duidelijk standpunt ingenomen met betrekking tot kwalitatief tegenstrijdig belang. Situaties waarin een bestuurder of commissaris geen persoonlijk belang heeft – dus wanneer zuiver kwalitatief tegenstrijdige belangen spelen – vallen niet onder het nieuwe tegenstrijdig belangbegrip.²

Indien bestuurders of commissarissen vooral door persoonlijke belangen worden gedreven is er een verhoogd risico dat de vennootschap nadeel zal lijden. Om dit gevaar in te dammen is in de Wet Bestuur en Toezicht gekozen voor het toepassen van gedragsregels³ die bij besluitvorming in acht moeten worden genomen. Bestuurders en commissarissen mogen niet deelnemen aan de besluitvorming (en beraadslaging) indien zij daarbij een tegenstrijdig belang hebben. In de nieuwe regeling is de nadruk dus komen te liggen op bescherming van de vennootschap door middel van regels met interne werking. De oude extern werkende regeling inhoudende dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang niet door bestuurders maar door commissarissen wordt vertegenwoordigd – hetgeen in beginsel door de vennootschap aan wederpartijen kon worden tegengeworpen – is volledig geschrapt. Het voorontwerp van de Wet Bestuur en Toezicht rechtspersonen volgt hetzelfde pad in die zin dat ook voor de stichting, vereniging, coöperatie en OWM wordt voorgesteld om de extern werkende vertegenwoordigingsregeling te vervangen door een intern werkende besluitvormingsregeling.

Voor de vraag wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang blijft het Bruil-arrest⁴ maatgevend. Naar het oordeel van de Hoge Raad is dit aan de orde in de gevallen waarin de betrokken bestuurder zich niet in staat mag achten het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen.

Het is de vraag of hiermee de kous af is. Vanuit het oogpunt van disciplinerende van bestuurlijk gedrag is

er mijns inziens wel wat voor te zeggen om de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder aan beperkingen te onderwerpen bij transacties waarbij persoonlijke belangen van de betreffende bestuurder een rol spelen.⁵ De nadruk van deze aanvullende regelingen ligt op het niet *mogen* vertegenwoordigen van de rechtspersoon in specifiek omschreven gevallen.⁶ In hoeverre is het naar huidig recht mogelijk dit te bewerkstelligen met behulp van statutaire voorzieningen? Alvorens op deze vraag in te gaan zal ik de mogelijkheden bespreken die beletregelingen bieden. Tot slot besteed ik aandacht aan de beperkingen die voortvloeien uit de eisen van het handelsverkeer.

2. Tegenstrijdig belang als vorm van belet?

Onder huidig recht wordt de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder niet aangetast door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. Uit de toelichting bij de Wet Bestuur en Toezicht blijkt dat de wetgever de tegenstrijdig belangregeling kwalificeert als een regeling die vooral is bedoeld om de vennootschap (en degenen die betrokken zijn bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming) te dienen.⁷ De consequenties van schending

* Notaris te Amsterdam en verbonden aan een internationaal advocatenkantoor te Amsterdam.
(tom.vanduuren@cms-dsb.com)

1. Art. 2: 129 (239) lid 6 en art. 2: 140 (250) lid 5 BW.
2. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 18.
3. Zie voor het onderscheid tussen gedragsnormen en structuurvragen L. Timmerman, *Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad*, *WPNR* 2013/6969, p. 245-248.
4. HR 21 maart 2008, *NJ* 2008,297 (*Bruil/Kombez*).
5. P.J. Dortmond, *Tegenstrijdig belang*, p. 20-21 in: P. van Schilfgaarde e.a., *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IVO reeks, deel 24, (1995) formuleerde al geruime tijd geleden het voorstel om voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering verplicht te stellen.
6. W.J.M. van Veen, *Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in rechtspersonenrecht*, p. 68 e.v. in: ZIFO reeks nr. 13 (2014), *Rechtszekerheid*, pleit voor een wettelijke tegenstrijdig belangregeling die toelaat dat in bepaalde gevallen schending van interne voorschriften leidt tot vertegenwoordigingsonbevoegdheid (mits wederpartijen te goeder trouw adequaat worden beschermd).
7. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 12.

van de wettelijke regeling dienen volgens de wetgever beperkt te blijven tot de interne vennootschappelijke verhoudingen. Het risico dat contractspartijen van de vennootschap het tegenstrijdig belang krijgen tegengeworpen met als gevolg dat de vennootschap niet aan de overeenkomst is gebonden is in de nieuwe wettelijke regeling geëcarteerd.⁸ De keuze van de wetgever om het accent te leggen op een intern werkende regeling valt te billijken. Het was ook enigszins apocrief dat de oude tegenstrijdig belangregeling uitsluitend zag op vertegenwoordigingshandelingen en in het geheel geen aandacht besteedde aan zorgvuldige besluitvorming. Toch wil dit nog niet zeggen dat statutaire regelingen die tot gevolg hebben dat het tegenstrijdig belang van een bestuurder ook externe werking hebben niet mogelijk of ongewenst zouden zijn. Ik licht deze stelling graag als volgt toe.

Stel dat een vennootschap uit zorgvuldigheidsoverwegingen in de statuten wenst te regelen dat een bestuurder de vennootschap niet mag vertegenwoordigen in het geval deze bestuurder een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie. Indien de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang statutair wordt aangemerkt als een vorm van belet⁹ is het effect hiervan dat de positie van de geconflieeerde bestuurder tijdelijk wordt waargenomen door de beletfunctionaris die door de statuten wordt aangewezen of wordt benoemd door het orgaan dat in de statuten daartoe de bevoegdheid is toegekend. Stokkermans¹⁰ wijst in dit verband op een statutaire bepaling die inhoudt dat een bestuurder met tegenstrijdig belang belet heeft en dat een bestuurder met een potentieel tegenstrijdig belang belet kan vragen. Ingevolge art. 2:151 (261) lid 1 BW wordt in een dergelijk geval de beletfunctionaris wat zijn rechten en verplichtingen betreft ten opzichte van de vennootschap én van derden aangemerkt als bestuurder. De aangewezen of benoemde beletfunctionaris vervangt dan dus de bestuurder bij de besluitvorming over het onderwerp waarbij de laatstgenoemde een tegenstrijdig belang heeft en tevens bij de vertegenwoordigingshandeling namens de vennootschap. De geconflieeerde bestuurder staat, met andere woorden, tijdelijk buiten spel. Zijn functie wordt in alle opzichten waargenomen door de beletfunctionaris. Indien de bestuurder met tegenstrijdig belang desondanks de vennootschap zou vertegenwoordigen is de sanctie duidelijk: de transactie moet worden teruggedraaid wegens onbevoegde vertegenwoordiging.¹¹

In de literatuur is verschil van mening ontstaan over de vraag of tegenstrijdig belang statutair kan worden aangemerkt als een vorm van belet indien bij de vennootschap een raad van commissarissen is ingesteld en alle bestuurders (of de enige bestuurder) geconflieeerd zijn.¹² De gezamenlijke beletfunctionarissen vormen in dat geval het (tijdelijke) bestuur en kunnen het betreffende bestuursbesluit

nemen. Tegenstanders vrezen in deze situatie doorkruising van de dwingendrechtelijke verwijzingsregel die inhoudt dat indien geen besluit kan worden genomen door het bestuur, het besluit wordt genomen door de raad van commissarissen. Ik meen echter dat geen sprake is van doorkruising van het wettelijke verwijzingsstelsel. De wettelijke regeling en de route via de beletregeling staan mijns inziens naast elkaar. Deze visie vindt steun in de toelichting op de Wet Bestuur en Toezicht waar de minister opmerkt dat een statutaire beletregeling dienst kan doen bij het regelen van de tijdelijke vervanging van een bestuurder indien deze een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie, ook indien er slechts één bestuurder in functie is.¹³ Op grond hiervan zou ik niet willen aannemen dat het wettelijke verwijzingsstelsel ten principale de pas afsnijdt voor de vennootschap die het opportuun acht om het tegenstrijdig belang-probleem op te lossen met behulp van de beletregeling, zonder inmenging van de raad van commissarissen. Men denke bijvoorbeeld aan een joint venture-vennootschap met A- en B-aandeelhouders, A- en B-bestuurders en een raad van commissarissen. Doorgaans wenst men dat een tegenstrijdig belang van een A-bestuurder wordt afgewikkeld doordat de A-aandeelhouder een 'eigen' beletfunctionaris benoemt die de plaats inneemt van de geconflieeerde A-bestuurder. Hetzelfde geldt voor een tegenstrijdig belang van de B-bestuurder. Deze vrijheid kan mijns inziens de vennootschap worden gelaten.¹⁴

8. *Kamerstukken I*, 2010-2011, 31 763, C, p. 7.

9. Dit is overigens een ander aangrijppunt dan Nowak hanteert in *WPNR* 2013/6969 p. 471. Hij merkt als 'belet' aan: het niet mogen deelnemen aan besluitvorming ten gevolge van een tegenstrijdig belang.

10. *WPNR* 2013/6969, p. 259.

11. Overigens moet worden toegegeven dat een en ander niet erg praktisch kan zijn, bijvoorbeeld in het geval het tegenstrijdig belang van een bestuurder het aangaan van slechts één bepaald contract raakt.

12. R.G.J. Nowak, Tegenstrijdig belang als vorm van belet, *WPNR* 2013/6969 p. 471-472, P.H.N. Quist, Belet of ontstentenis, that is the question, *WPNR* 2013/6990, p. 833-837, G.J.C. Rensen, Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk, *WPNR* 2013/6979, p. 458-463 en J.D.M. Schoonbrood en J.J. Meppelink, Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen van een N.V./B.V. en de invloed van tegenstrijdig belang daarop, *WPNR* 2016/7113, p. 520/532 zijn voorstanders van het gebruik van de beletregeling voor dit doel. H. Boschma, M.L. Lennarts, en H. Schutte/Veenstra, Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse N.V.-recht? *Ondernemingsrecht* 2014/14, p. 70-84 en G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, Reactie op Belet of ontstentenis, that is the question van P.H.N. Quist in *WPNR* 2013/6990, *WPNR* 2014/7002, p. 55-57 hebben echter grote twijfels.

13. *Kamerstukken II* 2008/09 31 763, nr. 3, p. 19.

14. Dit neemt overigens niet weg dat het in sommige gevallen verstandig kan zijn om een commissaris aan te wijzen als beletfunctionaris. Het incidenteel vertegenwoordigend optreden door een commissaris in die gevallen past mijns inziens goed bij de toezichthoudende functie van een commissaris.

3. Tegenstrijdig belang en belet bij de stichting, vereniging, coöperatie en OWM

Tegenstrijdig belang is ook in de praktijk van het stichtingenrecht aan de orde van de dag. De wet voorziet thans nog niet in een wettelijke tegenstrijdig belangregeling. Er is echter mijns inziens naar huidig en toekomstig recht geen beletsel om statutair de afwikkeling van een tegenstrijdig belang op bestuursniveau te regelen. Hoewel de wetgever ten aanzien van stichtingen geen melding maakt van de mogelijkheid van belet- of ontstentenisregelingen wordt algemeen aangenomen dat (plaats)vervanging van bestuurders mogelijk is. Tegen het opnemen van een beletregeling waarbij in de statuten van een stichting de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang wordt aangemerkt als vorm van belet lijkt mij dan ook geen enkel bezwaar.

Bij de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappijen ligt de situatie anders aanzien ten aanzien van deze rechtspersonen wel is voorzien in een wettelijke regeling met externe werking. Ten aanzien van de vereniging bepaalt de wet dat in alle gevallen waarin de vereniging een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders of commissarissen, de algemene vergadering een of meer personen *kan* aanwijzen die bevoegd zijn om de vereniging te vertegenwoordigen.¹⁵ Voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappijen geldt evenwel dat de rechtspersoon in alle gevallen van een tegenstrijdig belang tussen de rechtspersoon en één of meer bestuurders *wordt* vertegenwoordigd door de raad van commissarissen tenzij de statuten anders bepalen.¹⁶ In de literatuur wordt verschillend gedacht over de externe werking van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling voor deze rechtspersonen. Ik laat deze kwestie hier verder onbesproken. Waar het mij om gaat is dat op gelijke wijze als bij de N.V., B.V. en stichting kan worden voorzien in een statutaire tegenstrijdig regeling waarbij tegenstrijdig belang als een vorm van belet geldt. Een extra complicatie is wel dat de algemene vergadering steeds een of meer (andere) personen kan aanwijzen tot vertegenwoordiging. Deze aanwijzing stelt de aanwijzing van een beletfunctionaris krachtens een statutaire regeling immers terzijde. Het is naar huidig recht dan ook verstandig om de statutaire regeling zodanig in te kleden dat de algemene vergadering de keuze heeft om hetzij vast te stellen dat een bestuurslid geconflicteerd is en de beletregeling toepassing vindt, hetzij vast te stellen dat een bestuurslid geconflicteerd is maar in het onderhavige geval een (andere) bijzonder vertegenwoordiger wordt aangewezen.

Een voor de praktijk moeilijk aspect van de regeling van het tegenstrijdig belang blijft de betrekkelijk vage normstelling met – ook nog eens – toetsing aan het vennootschapsbelang. De Hoge Raad heeft met de formulering van het Bruil-criterium gekozen voor een benadering waarbij de geadresseerde van de

norm een bestuurder (of commissaris) is die niet in staat moet worden geacht om het belang van de vennootschap te behartigen op een wijze die van een integer bestuurder (of commissaris) mag worden verwacht. De vraag of daadwerkelijk daarvan sprake is moet uiteindelijk door de rechter worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval. De vraag die ik mij in dit kader heb gesteld is deze: is het naar huidig recht mogelijk om regelingen in statuten op te nemen die voorschrijven dat een bestuurder voor bepaalde rechtshandelingen de goedkeuring van een orgaan van de rechtspersoon nodig heeft en dat zonder verkregen goedkeuring de bestuurder de rechtspersoon niet mag vertegenwoordigen?¹⁷ Het doel van deze bepalingen is dus niet om tot een nadere statutaire invulling te komen van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling maar om het aangaan van bepaalde rechtshandelingen waarbij risico op nadeel voor de rechtspersoon aanwezig is te onderwerpen aan interne goedkeuring.¹⁸ Indien deze opzet slaagt snijdt het mes aan twee kanten: de rechtspersoon werpt een extra beschermingswal op tegen mogelijke benadeling en de betrokken bestuurder wordt *guidance* geboden hoe te handelen in gevallen waarbij zijn persoonlijke belangen een rol gaan spelen of sprake is van een loyaliteitsconflict. Bij het denken hierover is het inspirerend kennis te nemen van de rechtspraak over Bibolini-excepties.

4. Bibolini, Tiscali, Triple Jump en Fairstar

In het Bibolini-arrest¹⁹ stond een besluit van de algemene vergadering centraal waarbij het bestuur van een Antilliaanse N.V. de bevoegdheid was ontzegd om een tweetal draaibanken te verkopen. Bij het nemen van dit besluit was Bibolini, de latere koper van de draaibanken, aanwezig. Desondanks verkocht de N.V. (vertegenwoordigd door bestuurder Lombardi) de draaibanken aan Bibolini. De N.V. beriep zich er vervolgens op dat Lombardi niet bevoegd was om de verkoopovereenkomst met betrekking tot de draaibanken aan te gaan. Het gerecht in eerste aanleg in Willemstad onderschreef deze stelling en in hoger beroep was het Hof van

15. Art. 2:47 BW.

16. Art. 2:57 lid 4 BW waarin tevens een uitzondering wordt gemaakt voor vertegenwoordigingshandelingen ter gelegenheid van het aangaan of wijzigen van overeenkomsten zoals deze met alle leden in gelijke omstandigheden worden gesloten.

17. De uitkomst van een eventueel voorafgaande besluitvormingsproces, *if any*, is dus voor de toepassing van deze regeling niet van belang.

18. In de Corporate Governance Code wordt bij de toelichting op de best practice bepalingen onder 2.7 gememoreerd dat beoogd is een verdere invulling te geven aan de tegenstrijdig belangregeling in de wet. Gezien het dwingendrechtelijk gehalte van de wettelijke regeling lijkt dat niet goed mogelijk indien voor ogen staat om bestuurders en commissarissen in de situaties genoemd in best practice bepaling 2.7.3 het vergader- en stemrecht te ontnemen.

19. HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480.

Justitie van de Nederlandse Antillen het daarmee eens. Bibolini ging vervolgens in cassatie. De Hoge Raad oordeelde dat de bevoegdheidsbeperking volgens het Antilliaanse recht géén externe werking had. Daarbij maakte het volgens de Hoge Raad in beginsel geen verschil of degene die met de N.V. handelde deze bevoegdheidsbeperking – waaraan in de verhouding tussen bestuurder en N.V. wél werking toekomt – op de hoogte was. Wel kan het zich voordoen, zo vervolgt de Hoge Raad, dat in de omstandigheden van het gegeven geval degene die met de N.V. handelde zich in strijd met de goede trouw zou gedragen door de N.V. aan de gesloten overeenkomst te houden. De omstandigheid dat degene die met de vennootschap handelde zelf bij de totstandkoming van het besluit van de aandeelhoudersvergadering waarbij de bevoegdheidsbeperking werd opgelegd betrokken is geweest is daarbij van belang maar niet doorslaggevend. De conclusie die uit deze uitspraak van de Hoge Raad kan worden getrokken is dat voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat beperkende besluiten van vennootschapsorganen geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid opleveren, méér nodig is dan alleen de wetenschap hiervan aan de zijde van de wederpartij.

Sinds het Bibolini-arrest staat ook, naar algemeen wordt aangenomen, naar Nederlands recht vast dat onder bijzondere omstandigheden op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering kan worden gemaakt op de hoofdregel dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onbeperkt en onvoorwaardelijk is.

De Tiscali-zaak²⁰ geeft een mooi voorbeeld van een geslaagd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid met als gevolg dat een vennootschap zich aan nakoming van een overeenkomst kon onttrekken. De casus draaide om de beëindiging van het dienstverband van een bestuurder, Spuijbroek, die in juni 2004 naast Huisman en Tiscali International B.V. was benoemd tot bestuurder van Tiscali B.V. In februari 2005 zijn Spuijbroek en Huisman getrouwd. Daarna sluiten Spuijbroek en Tiscali B.V. (vertegenwoordigd door Huisman) een overeenkomst waarin de gevolgen worden geregeld van de eventuele beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen Spuijbroek en Tiscali B.V. Deze regeling kwam erop neer dat bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan Spuijbroek drie (bruto) jaarsalarissen ten bedrage van in totaal € 731.507,76 en het voortgezet gebruik van de ter beschikking gestelde lease auto gedurende een periode van drie jaar moest worden uitgekeerd. Al met al was dit een ongerijmd hoge beëindigingsvergoeding. Spuijbroek wordt vervolgens in december 2005 ontslagen. Rechtbank Utrecht stelt in mei 2006 de totale vergoeding voor Spuijbroek vast op € 214.000 en laat de overeengekomen beëindigingsregeling geheel buiten beschouwing. In de procedure bij Hof Amsterdam gaat het om de vraag of Spuijbroek het recht

heeft om de beëindigingsregeling jegens Tiscali B.V. geldend te maken. Het geding spitst zich in de eerste plaats toe op de tegenstrijdig belangregeling van art. 2:256 BW (oud). Het hof oordeelde onder toepassing van de maatstaf die de Hoge Raad heeft aangelegd in het Bruil-arrest dat bij bestuurder Huisman een tegenstrijdig belang aanwezig was toen hij namens Tiscali B.V. de beëindigingsovereenkomst sloot met zijn echtgenote, maar omdat de statuten van Tiscali B.V. bepaalden dat een bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang bevoegd was tot vertegenwoordiging, was Huisman in beginsel bevoegd om Tiscali B.V. te binden aan de beëindigingsregeling. Van de kant van de Tiscali B.V. wordt vervolgens de Bibolini-exceptie in stelling gebracht: de redelijkheid en billijkheid staat – gelet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval – aan afdwingbaarheid in de weg. Het hof honoreert vervolgens dit verweer en wijst op de volgende bijzondere omstandigheden. Spuijbroek had wetenschap van het tegenstrijdig belang van bestuurder Huisman die namens Tiscali B.V. optrad, zij was immers getrouwd met Huisman. Voorts was de beëindigingsvergoeding op zichzelf een in het oog springende nadelige transactie voor Tiscali B.V. waarbij het hof aannam dat Spuijbroek wist, althans behoorde te weten, dat die nadeligheid voor Tiscali B.V. werd beïnvloed door het tegenstrijdige belang van bestuurder Huisman.

In het dispuut rondom de waardering van het aandelenbelang in Triple Jump B.V.²¹ lag de kwestie als volgt. Hartman en Visser waren ieder zelfstandig bevoegd om H&V GCV B.V. (middellijk) te vertegenwoordigen en hielden bovendien via hun persoonlijke holdings ieder 50% van de aandelen in moedermaatschappij H&V Investments B.V. In augustus 2008 werd door H&V GCV B.V. een belang van 3600 aandelen in Triple Jump voor € 3600 (de nominale waarde van de aandelen) verkocht aan NOTS Foundation, een stichting waarvan Hartman enig bestuurder was. Het eigen vermogen van Triple Jump B.V. beliep op dat moment ongeveer € 1.500.000 en er werd ongeveer € 900.000 winst gemaakt. In de statuten van H&V GCV B.V. was bepaald dat ingeval deze vennootschap een tegenstrijdig belang had met een bestuurder, deze bestuurder niettemin bevoegd was om te vertegenwoordigen. Hof Amsterdam constateert dat Hartman het aandelenbelang in Triple Jump B.V. voor de nominale waarde had verkocht aan een stichting waarin hij als enige bestuurder de zeggenschap had in het besef dat de (middellijke) medegerechtigde, Visser, daar niet bijtijds van zou weten hetgeen Hartman ernstig te verwijten is. Opmerkelijk is tenslotte dat naar het oordeel van het hof Hartman als bestuurder van H&V GCV B.V. een

20. Hof Amsterdam 12 augustus 2008, JOR 2008/264 (Tiscali).

21. Hof Amsterdam 22 september 2015, JOR 2016, 117.

tegenstrijdig belang had als bedoeld in art. 2:256 BW (oud) aangezien een kwalitatief tegenstrijdig belang (zoals in casu) onder het vroegere wettelijke tegenstrijdig belangbegrip viel.

Een geslaagd beroep op de Bibolini-exceptie vinden we ook terug in de overnamestrijd rondom het zeetransportbedrijf Fairstar.²² Fairstar Heavy Transport N.V. exploiteerde twee vrachtschepen en onder tekende in 2011 een Letter of Intent voor de aanschaf van een derde schip. Op grond van de statuten was voor deze koop de goedkeuring van de raad van commissarissen vereist. In juli 2010 gaf de raad van commissarissen deze goedkeuring maar verbond daaraan de voorwaarden dat (i) aankoopfinanciering kon worden verkregen en (ii) er voldoende opdrachten waren voor een derde schip. Hoewel aan beide voorwaarden niet was voldaan verbond de CEO de vennootschap onvoorwaardelijk tot de aankoop van het derde vrachtschip. Deze aankoopverplichting werd echter door het bestuur zowel voor de raad van commissarissen als voor de buitenwereld verzwegen. In april 2012 valt de vennootschap ten prooi aan een vijandig overnamebod van Dockwise. Dit motiveerde de CEO om de aankoop van het derde vrachtschip alsnog naar buiten te brengen, zowel in de oproeping voor een algemene vergadering van aandeelhouders als in een persbericht. Twee van de vier commissarissen traden vervolgens af. In de periode daarna kwam de voorzitter van de raad van commissarissen namens de vennootschap met de CEO en COO *Settlement Agreements* overeen waarin de laatstgenoemden zeer hoge vergoedingen en vrijwaringen werden toegekend. De beide bestuurders tekenden op hun beurt *Indemnity Agreements* waarin de commissarissen vrijwaringen werden verstrekt.²³ Rechtbank Amsterdam stelt onder meer vast dat bij de totstandkoming van de *Settlement Agreements* tussen de vennootschap enerzijds en de bestuurders van de vennootschap anderzijds sprake was van een tegenstrijdig belang en oordeelt dat de bestuurders de vennootschap niet kunnen houden aan de *Settlement Agreements*. Het tegenstrijdig belang van de bestuurders was in de statuten weliswaar weggeschreven zodat er in beginsel een rechtsgeldige overeenkomst tot stand was gekomen maar met toepassing van de Bibolini-exceptie snijdt de rechtbank alsnog de pas af aan de eis tot nakoming van de *Settlement Agreements*.

Met bovengenoemde praktijkgevallen in het achterhoofd zou men bij het implementeren van beschermende statutaire regelingen kunnen denken aan bepalingen die met zoveel woorden rechtshandelingen dan wel categorieën van rechtshandelingen onderwerpen aan voorafgaande goedkeuring van een orgaan van de rechtspersoon in het geval één of meer bestuurders bij deze rechtshandelingen een persoonlijk belang hebben of een loyaliteitsconflict speelt.²⁴ Pas nadat goedkeuring is verkregen mogen zij de rechtspersoon terzake vertegenwoordigen.

5. Vertegenwoordiging in tegenstrijdig belangsituaties en de positie van wederpartijen

Voor alle rechtspersonen van Boek 2 geldt, zoals bekend, dat het bestuur van de rechtspersoon vertegenwoordigingsbevoegd is, voorzover uit de wet niet anders voortvloeit.²⁵ De bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder toekomt is bovendien in beginsel onbeperkt en onvoorwaardelijk.²⁶ Uit deze wettelijke bepalingen kan worden afgeleid dat een statutaire regeling inhoudende dat voor bepaalde rechtshandelingen de interne goedkeuring vereist is, geen beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid oplevert: een dergelijke goedkeuringsbepaling heeft kracht van een intern werkend voorschrift. Een bestuurder die in strijd met een dergelijk voorschrift handelt maakt zich schuldig aan onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW en handelt mogelijk in strijd met art. 2:8 lid 1 BW, maar de vennootschap wordt door de in haar naam verrichte rechtshandeling gebonden. Men spreekt van het 'richtlijnstelsel'.²⁷

In het Mediasafe II-arrest²⁸ lag expliciet de kwestie voor of de vroegere tegenstrijdig belangregeling externe werking had zodat de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van een bestuurder in beginsel door de vennootschap aan de wederpartij kon worden tegengeworpen. Alvorens te beslissen had de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie gesteld.²⁹ Het Europese Hof heeft deze vragen echter niet beantwoord omdat naar zijn oordeel de regeling van de vertegenwoordiging van de vennootschap in situaties van tegenstrijdig belang buiten het normatieve kader van het richtlijnstelsel valt. Er was, met andere woorden,

22. Rb. Amsterdam 30 september 2015, JOR 2016, 182 (*Fairstar*).

23. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, IVO reeks nr. 100, p. 230 spreekt in een dergelijke geval beeldend van 'ik help jou, jij helpt mij' besluitvorming.

24. Best practice bepaling 2.7.3 van de Corporate Governance Code gaat onder meer uit van de potentiële aanwezigheid van een tegenstrijdig belang wanneer een bestuurder van een vennootschap namens deze vennootschap een transactie aangaat met een (andere) rechtspersoon waarin deze bestuurder persoonlijk een materieel belang houdt of indien een bestuurder van een vennootschap namens deze vennootschap een transactie aangaat met (andere) rechtspersoon en deze bestuurder een familierechtelijke verhouding heeft met de bestuurder van die (andere) rechtspersoon. Dit laatste lijkt mij overigens te duiden op een vorm van kwalitatief tegenstrijdig belang dat juist is uitgezonderd van het nieuwe tegenstrijdig belangbegrip.

25. Voor de N.V. en B.V. is dit bepaald in art. 2:130 (240) lid 1 BW, voor de vereniging in art. 2:45 lid 1 BW, voor de coöperatie en OWM in art. 2:53a jo art. 45 lid 1 BW en voor de stichting in art. 2:292 lid 1 BW.

26. Art. 2:130 (240), 45 respectievelijk 292 lid 3 BW.

27. Eerste Europese richtlijn op het gebied van vennootschapsrecht uit 1968 (thans Richtlijn EU 2017/1132, in werking getreden op 20 juli 2017).

28. HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 (*Mediasafe II*).

29. HvJEG 16 december 1997, zaak C-104/96 Jur. 1997, p. I-7211.

geen verplichting tot de richtlijnconforme uitleg van het nationale recht op dit punt. De Hoge Raad besliste uiteindelijk dat de tegenstrijdig belangregeling van art. 2:146 (256) BW (oud) externe werking had maar bracht daarbij een belangrijke beperking aan: de vennootschap kan de onbevoegdheid van de bestuurder slechts aan de wederpartij tegenwerpen indien het tegenstrijdig belang ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de wederpartij bekend was dan wel bekend had behoren te zijn.³⁰ De vennootschap kan de vertegenwoordigingsonbevoegdheid derhalve alleen inroepen jegens een wederpartij die niet te goeder trouw is.

Het oogmerk van de huidige regeling van het tegenstrijdig belang is overigens evenmin het bieden van bescherming aan wederpartijen te kwader trouw. De parlementaire geschiedenis zegt daarover het volgende:

Voor een derde, die bijvoorbeeld een contract aangaat met de vennootschap, geldt dat hij normaliter mag afgaan op de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister om te bepalen of een bestuurder tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd is. Hij behoeft in het algemeen geen navraag te doen over interne procedures van de vennootschap. Dat is echter anders wanneer de derde wist of moest weten van een tegenstrijdig belang van de bestuurder. In dat geval is er geen reden om de derde te beschermen; de derde heeft niet het recht om misbruik te maken van het niet naleven van interne afspraken in het geval hij een contract aangaat met de vennootschap. Zou een derde welbewust profiteren van de wanprestatie van de bestuurder jegens de vennootschap, dan handelt de derde onrechtmatig. Indien het onrechtmatige handeling van de derde schade heeft toegebracht aan de vennootschap, kan de derde aansprakelijk zijn op grond van artikel 6:162 BW.³¹

Ik zou denken dat in situaties waarin een ongerijmd nadeel voor de rechtspersoon kan ontstaan of loyaliteitsconflicten spelen het opnemen van een statutaire goedkeuringsregeling aangewezen is.³² Ik denk dan aan de situatie dat een bestuurder (ontslag)-vergoedingen bedingt voor zichzelf of voor familieleden. Of aan het geval dat namens de rechtspersoon vrijwaringen worden verstrekt aan bestuurders en commissarissen. Daarnaast kan men denken aan situaties waarin een bestuurder namens een verkopende rechtspersoon contracteert met een kopende rechtspersoon waarvan hij (of een ander familielid) eveneens bestuurder is of waarin hij (of een ander familielid) een significant belang houdt.

De belangen van wederpartijen te goeder trouw en het handelsverkeer blijven evenwel gelden als randvoorwaarden. Een 'reguliere' wederpartij mag afgaan

op de inschrijving van de rechtspersoon bij het handelsregister zonder zich rekenschap te hoeven geven van mogelijke interne goedkeuringen. Alleen in het geval een wederpartij niet te goeder trouw is zijn er mogelijkheden voor de rechtspersoon tot het succesvol inzetten van de redelijkheid en billijkheid als correctiemiddel.³³ Dergelijke goedkeuringsregelingen hebben dan nog steeds geen externe werking³⁴, maar kunnen via de Bibolini-exceptie wel extern effect verkrijgen.

6. Slotbeschouwing

Het is naar huidig recht mogelijk om – als aanvulling op de wettelijke besluitvormingsregels bij tegenstrijdig belang – statutaire bepalingen in het leven te roepen die de rechtspersoon extra bescherming bieden en niet-integer gedrag van bestuurders indammen. In dat kader heb ik de mogelijkheden van statutaire beletregelingen besproken. Daarnaast heb ik een pleidooi gehouden voor het opnemen van regelingen in statuten die het vertegenwoordigend handelen van bestuurders in bepaalde gevallen onderwerpen aan interne goedkeuring. Het gaat om regelingen van het type 'niet mogen, wel kunnen'. Voorgeschreven wordt dat bestuurders in bepaalde gevallen zonder voorafgaande goedkeuring van een (ander) orgaan geen rechtshandelingen namens de rechtspersoon mogen aangaan. Doen zij dat toch dan zal – uitgaande van wederpartijen te goeder trouw – de 'verboden' overeenkomst in beginsel rechtsgeldig en afdwingbaar zijn en heeft het ontbreken van de goedkeuring slechts interne werking. In andere gevallen kunnen er echter wel externe effecten optreden. Bij schending van de goedkeuringsbepalingen zal de rechtspersoon zich immers jegens wederpartijen die niet te goeder trouw zijn kunnen beroepen op de Bibolini-exceptie. Bij een geslaagd beroep zal de rechtspersoon niet gebonden zijn aan de inhoud van de overeenkomst. En dat is winst.

30. r.o. 2.2.

31. *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, C, p. 9.

32. Uit HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer Papierfabriek) volgt bovendien dat het handelen in strijd met een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen een zwaarwegende omstandigheid is die in beginsel leidt tot bestuursaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW.

33. Indien een bestuurder in strijd met een statutair voorgeschreven goedkeuring de rechtspersoon bindt kan men mijns inziens ook denken aan de toepassing van het leerstuk misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Dit zou overigens leiden tot een vergelijkbaar resultaat: de te vergaande uitoefening van de vertegenwoordigingsbevoegdheid leidt tot niet-afdwingbaarheid of zelfs ongebondenheid.

34. Ik stel mij voor dat aan de statutaire regeling waarin de voorafgaande goedkeuring van een orgaan wordt geëist voor het aangaan van specifieke rechtshandelingen de volgende bepaling wordt toegevoegd: 'Het ontbreken van de goedkeuring levert geen beperking op van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.'