

Opnieuw tegenstrijdig belang

Inleiding

De belangstelling voor de tegenstrijdig- belangregeling is nog niet verdwenen. In korte tijd heeft de Hoge Raad weer twee arresten gewezen, betrekking hebbend op deze regeling die neergelegd is in artikel 2:256 BW (2:146 BW), het arrest van 21 maart 2008 (wordt gepubliceerd in Rechtspraak Insolventierecht) en het arrest van 29 februari 2008, JOR 2008, 93. Daar waar in het tweede arrest van 29 februari 2008 de vraag of sprake was van een tegenstrijdig belang centraal staat, gaat het in het in deze te bespreken arrest met name over de verhouding tussen de eerste en tweede volzin van artikel 2:256 BW en de vraag of een rechtshandeling die tot stand is gekomen in strijd met artikel 2:256 BW vatbaar is voor vernietiging en verjaring. Hierna zal eerst kort de casus wordt uiteengezet, alsmede het oordeel van de Hoge Raad. Vervolgens zal dit oordeel worden voorzien van een toelichting.

Feitelijke gang van zaken

NSI was enig bestuurder en aandeelhouder van Pinakel Holding B.V. ("Pinakel"). NSI heeft alle aandelen in Pinakel Holding B.V. verkocht en overgedragen aan Interglobia Investments B.V. ("Interglobia"). Daarbij heeft Interglobia een schuld in rekening-courant van NSI aan Pinakel van ruim € 60.000.000,-- overgenomen van NSI bij wijze van koopprijs voor de aandelen in Pinakel. NSI heeft daarbij als enig bestuurder van Pinakel goedkeuring verleend voor deze schuldoverneming. Zowel Pinakel als Interglobia zijn in 2004 ontbonden. De vereffenaar van Interglobia heeft heropening van de vereffening van Pinakel verzocht en zich daarbij op het standpunt gesteld dat Pinakel bij het geven van haar goedkeuring tot de schuldoverneming vanwege het bestaan van een tegenstrijdig belang en bij gebreke van een aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering van aandeelhouders niet bevoegdelijk werd vertegenwoordigd door haar bestuurder NSI. Het gevolg hiervan zou zijn dat de vordering van Pinakel op NSI niet rechtsgeldig op Interglobia is overgegaan, zodat Pinakel haar vordering nog steeds op NSI kan verhalen, aldus de vereffenaar.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in zijn arrest erop gewezen dat de statuten van Pinakel bepalen dat ook in gevallen waarin de vennootschappen een tegenstrijdig belang met een directeur heeft, die directeur tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd is. Op grond daarvan was NSI ook bij het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd Pinakel te vertegenwoordigen bij het geven van goedkeuring voor de schuldoverneming door Interglobia.

Weliswaar kan volgens de Hoge Raad een dergelijke bepaling niet aan de algemene vergadering van aandeelhouders de haar door de tweede zin van artikel 2:256 BW verleende bevoegdheid ontnemen om in het geval van een tegenstrijdig belang een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen, en rust op het bestuur van de vennootschap de plicht om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat deze in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen (VGL. HR 3 mei 2002, R00/110, NJ 2002, 393).

Maar als de algemene vergadering haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent, blijft volgens de Hoge Raad bevoegd degene die krachtens de statutaire bepaling in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd is, in dit geval NSI als bestuurder.

Anders dan van de zijde van de vereffenaar werd betoogd, brengt het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van artikel 2:256 BW volgens de Hoge Raad niet mee dat de geldigheid van de door een statutaire bepaling aan de bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang, afhankelijk zou zijn van een (uitdrukkelijk) besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger althans van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder.

Indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht doch, anders dan het onderhavige geval, vanwege een tegenstrijdig belang onbevoegd was de vennootschap daarbij te vertegenwoordigen, leidt dit ertoe dat de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de vennootschap als ongeldig, of anders uitgedrukt: nietig, te beschouwen. Zij is dus niet vernietigbaar. In een dergelijk geval is er nog geen sprake van een rechtsvordering tot vernietiging welke in gevolge (alle logische toepassingen van) artikel 3:52 BW vatbaar is voor verjaring. Daarbij dient niettemin in het oog te worden gehouden dat onder bijzondere omstandigheden de uitoefening door de vennootschap (veelal de curator in haar faillissement) van de bevoegdheid zich op de voet van artikel 2:256 BW op de ongeldigheid van onbevoegdelijk verrichte rechtshandeling te beroepen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht, vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van artikel 2:256 BW.

Toelichting

Tegenstrijdig belang: de ratio

De ratio van de tegenstrijdig-belangregeling is om het risico te vermijden dat de bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap, zijn persoonlijk belang laat overwegen. Artikel 2:256 BW strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontfemen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.

Voor de toepassing van artikel 2:256 BW is niet vereist dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden. Voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 29 februari 2008, JOR 2008, 93. Dat betekent niet dat mogelijke benadeling geen rol speelt. De mogelijkheid of waarschijnlijkheid van benadeling zal veelal doorslaggevend zijn bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat hij moet afzien van vertegenwoordiging: vergelijk Rechtbank Leeuwarden 31 oktober 2007, JOR 2008, 7 en de noot van A.F.J.A. Leijten onder HR 29 februari 2008, JOR 2008, 93.

Hoofregel

Hoofregel van artikel 2:256 BW is dat in geval van tegenstrijdig belang de vennootschap vertegenwoordigd wordt door de Raad van Commissarissen. De eerste volzin van artikel 2:256 BW bepaalt echter dat de statuten anders kunnen bepalen. Van belang is te onderkennen dat deze eerste volzin van regelend recht is en zodoende ook ruimte laat voor een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten (zie HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420, R.O. 3.6). In de literatuur worden drie manieren onderscheiden waarop bij statuten van de eerste zin van artikel 2:256 BW kan worden afgeweken. De betreffende bepaling kan geheel worden weggeschreven zoals ook in de onderhavige zaak in de statuten van Pinakel was geschied. De statuten kunnen echter ook bepalen dat andere personen dan de commissarissen (bijvoorbeeld de overige bestuurders) bevoegd zijn de vennootschap te

vertegenwoordigen. Ten derde kan voor wat betreft de eerste zin van artikel 2:256 BW een andere invulling worden gegeven aan het begrip tegenstrijdig belang (zie ook Asser-Maeijer 2, III (2000) nr. 295).

Daarnaast bepaalt artikel 2:256 BW in de tweede volzin dat de algemene vergadering steeds bevoegd is één of meer andere personen aan te wijzen de vennootschap te vertegenwoordigen in geval van een tegenstrijdig belang. Deze aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering is evenwel van dwingend recht (zie HR 3 mei 2002, JOR 2002, 111, RO 3.5.2). Uit het Duplicado-arrest (HR 9 juli 2004, JOR 2004, 266) blijkt dat uit de aan artikel 2:256 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgt dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is. Volgens het Gerechtshof Amsterdam (20 november 2007, JOR 2008, 8) is in dat kader voldoende dat een bevoegd vertegenwoordiger van de aandeelhouder een document waarin de betreffende rechtshandeling is vervat "voor akkoord" ondertekend heeft, nu dat volgens het Hof beschouwd kan worden als een uitdrukkelijk (instemmings)besluit buiten vergadering van de aandeelhoudersvergadering. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de uitleg daarvan. De vraag doet zich wel voor wat dan het rechtsgevolg van een dergelijk besluit van de aandeelhoudersvergadering is. Verwezen zij hierbij naar de noot van R.G.J. Nowak onder dit arrest. Nowak is van oordeel dat, als het Hof bedoeld heeft te oordelen dat een uitdrukkelijke instemming voldoende is en dat een uitdrukkelijke aanwijzing niet noodzakelijk is, zulks onjuist is nu een enkele instemming nog geen vertegenwoordigingsbevoegdheid meebrengt. Het kan ook zijn dat het Hof bedoeld heeft de instemming te beschouwen als een besluit tot aanwijzing. Dat is echter een kwestie van uitleg en volgens Nowak is de uitlegruimte wat dat betreft beperkt.

Aanwijzingsbevoegdheid in relatie tot het "wegschrijven" van de eerste volzin van 2:256 BW

De vraag is nu welke betekenis aan aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering heeft in de situatie waarin de eerste zin van artikel 2:256 BW is "weggeschreven" c.q. de bestuurder ondanks het tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.

In het onderhavige arrest was sprake van een situatie waarin in de statuten was opgenomen dat de bestuurder tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd is, ook al is sprake van een geval waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang met die betreffende directeur heeft. Dat neemt echter volgens de Hoge Raad niet weg dat de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid heeft om in het geval van een tegenstrijdig belang één of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen. Het "wegschrijven" van de eerste volzin van artikel 2:256 BW betekent derhalve niet een einde van de

aanwijzingsbevoegdheid. Een andere opvatting zou immers betekenen dat ook de tweede volzin van artikel 2:256 BW van regelend recht zou zijn en zou in tegenspraak zijn met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad.

In een dergelijk geval rust op het bestuur van de vennootschap wel de plicht om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is haar aanwijzingsbevoegdheid uit te oefenen (vergelijk HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393). Als echter de algemene vergadering de aanwijzingsbevoegdheid niet uitoefent, blijft diegene die krachtens de statutaire bepaling in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is, bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van artikel 2:256 BW brengt dus niet mee dat de geldigheid van een krachtens de statuten geldende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang afhankelijk zou zijn van een (uitdrukkelijk) besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger althans van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder.

Wel rust op het bestuur van de vennootschap de plicht om de AVA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is haar aanwijzingsbevoegdheid uit te oefenen (vergelijk HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393). Als echter de AVA de aanwijzingsbevoegdheid niet uitoefent, blijft diegene die krachtens de statutaire bepaling in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is, bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. In r.o. 3.4 ligt besloten dat als de AVA wel iemand anders heeft aangewezen, de statutair bevoegde vertegenwoordiger niet langer meer bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.

De statutair bevoegde vertegenwoordiger, die nalaat de AVA in de gelegenheid te stellen een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen, is/ blijft vertegenwoordigingsbevoegd. Voornoemd nalaten heeft derhalve géén externe werking. Een andere opvatting zou er ook toe leiden dat het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van art. 2:256 BW het regelend karakter aan de eerste zin zou ontnemen. Dit kan anders zijn indien er sprake zou zijn van (grovelijk) misbruik van vertegenwoordigingsbevoegdheid (de rechtshandeling bindt de vennootschap niet) dan wel in het geval de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de derde belet nakoming af te dwingen (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 25 april 1990, *NJ* 1991, 136 en HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 en A-G in het onderhavige arrest onder 3.18 en 3.19 van diens conclusie). Het gaat hier om uitzonderlijke gevallen, zoals samenspanning of "een in het oog springende voor de vennootschap nadelige transactie, waarbij de wederpartij weet of geacht wordt zonder eigen onderzoek te weten dat sprake is van tegenstrijdig belang, terwijl de transactie ten onrechte niet ter goedkeuring is voorgelegd", aldus de A-G.

Verjaring en tegenstrijdig belang

In deze zaak had NSI betoogd dat het beroep door de vereffenaar op de onbevoegdheid van NSI om Pinakel te vertegenwoordigen verjaard is. Hoewel de Hoge Raad geoordeeld heeft dat van onbevoegdheid geen sprake is, is de Hoge Raad toch op dit betoog van NSI ingegaan. De Hoge Raad heeft hierover geoordeeld dat de vennootschap in beginsel niet gebonden is aan een rechtshandeling, die een daartoe niet bevoegde bestuurder namens de vennootschap heeft verricht. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de vennootschap als ongeldig, of anders uitgedrukt, nietig te beschouwen. Deze rechtshandeling is dus niet vernietigbaar zodat ook geen sprake kan zijn van een rechtsvordering tot vernietiging die ingevolge art. 3:52 BW vatbaar zou zijn voor verjaring.

Dat wil niet zeggen dat de vennootschap in alle gevallen de bevoegdheid kan uitoefenen zich krachtens art. 2:256 BW op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichte rechtshandeling te beroepen. De Hoge Raad heeft ter zake geoordeeld dat zulks onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van art. 2:256 BW (vgl. HR 29 juni 2006. JOR 2006, 169).

Theo P.J. Hanssen