

Tegenstrijdig belang

De wet is slechts het halve verhaal

Freek Haasjes

Inleiding

Bijna elke bestuurder loopt er vroeg of laat tegenaan: een tegenstrijdig belang. Het hebben van een tegenstrijdig belang is op zich niet verwijtbaar. Het is wel van belang om een tegenstrijdig belang tijdig te signaleren en daar op de juiste wijze mee om te gaan. Gebeurt dat niet of onvoldoende, dan kan besluitvorming worden aangetast, ligt bestuurdersaansprakelijkheid op de loer en kan de Ondernemingskamer eventueel ingrijpen in de onderneming. In deze bijdrage treft u enkele tips over hoe u het beste kunt omgaan met een tegenstrijdig belang.



Freek Haasjes



Wat is een tegenstrijdig belang?

De Hoge Raad heeft in het Bruil-arrest uit 2007 aangegeven wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang. Dat is het geval als een bestuurder:

“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 [oud] BW is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende 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.”

De bestuurder van een rechtspersoon heeft de plicht om het belang van die rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie te dienen. Een tegenstrijdig

belang kan bestaan uit (i) een met dat belang strijdig (ander) *belang* of (ii) een met dat belang strijdige *plicht*. De eerste variant wordt in de regel een persoonlijk tegenstrijdig belang genoemd, de tweede variant een kwalitatief tegenstrijdig belang.

Een klassiek voorbeeld van de eerste variant speelde in het aloude arrest Maas/Amazone uit 1940. Het belang van de vennootschap N.V. Amazone bracht mee dat haar bestuurder Maas het salaris van zijn zoon Maas jr. verlaagde. Als vader had bestuurder Maas echter juist een persoonlijk belang bij een zo hoog mogelijke beloning van zijn oogappel.

De tweede variant kan bijvoorbeeld bestaan wanneer twee rechtspersonen met elkaar contracteren die allebei worden bestuurd door dezelfde bestuurder. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen binnen groepen waar de uiteindelijke zeggenschap in één hand ligt. Vroeger werd daar strenger naar gekeken, maar sinds het Bruil-arrest is duidelijk dat er in zulke situaties niet snel sprake zal zijn van een tegenstrijdig belang.

De kwalificatie van het type tegenstrijdig belang is relevant bij de vraag hoe daarmee moet worden omgegaan. Daarnaast kan dit onderscheid helpen om tegenstrijdige belangen te

leren herkennen. Hoe dan ook blijft het tegenstrijdig belang een feitelijk en geen normatief begrip. Het hebben van een tegenstrijdig belang op zich is niet 'verboden'. Maar een bestuurder moet wel in elke concrete situatie nagaan of er misschien sprake is van een tegenstrijdig belang. Als dat zo is, komt aan de orde hoe daarmee op een juiste wijze om te gaan.

Wettelijke regeling

De wettelijke regeling met betrekking tot het tegenstrijdig belang is opgenomen in artikel 2:129 lid 6 / 2:239 lid 6 BW. Dit artikel bepaalt dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang zich moet onthouden van beraadslaging en besluitvorming over dat onderwerp. Dat is de zogenaamde 'onthoudingsregel'. Als door het tegenstrijdig belang geen bestuursbesluit genomen kan worden, bijvoorbeeld omdat alle bestuurders *conflicted* zijn, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Is er geen raad van commissarissen, of hebben alle commissarissen eveneens een tegenstrijdig belang, dan dient de algemene vergadering het besluit te nemen. Deze getrapte regeling wordt aangeduid als de 'escalatieregeling'. Voor de raad van commissarissen geldt eenzelfde regeling in artikel 2:140 lid 5 / 2:250 lid 5 BW.

Statutair kan van deze regelingen worden afgeweken, zij het in beperkte mate. Zo kan worden bepaald dat het besluit toch kan worden genomen door de bestuurder/commissaris met het tegenstrijdige belang of dat een andere tijdelijke bestuurder/commissaris wordt aangewezen om het besluit te nemen, maar zo'n statutaire regeling geldt alleen als alle bestuurders/commissarissen een tegenstrijdig belang hebben. Het is daarom van belang om bijvoorbeeld bij het formuleren van meerderheids- en quorumeisen rekening te houden met de onthoudingsregel, zodat besluitvorming ook mogelijk blijft als één of enkele maar niet alle bestuurders of commissarissen zich van de besluitvorming moeten onthouden.

In beginsel heeft een schending van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling slechts interne werking. Daarmee wordt bedoeld dat het interne besluit aantastbaar kan zijn, maar dat de externe handelingen die daarop volgden, de vennootschap wel binden. Ook dit was vroeger anders, maar tegenwoordig ligt de nadruk meer op de zekerheid van het rechtsverkeer: wie met een vennootschap handelt, moet er zoveel mogelijk van uit kunnen gaan dat die handelingen geldig zijn en blijven.



“ De bestuurder van een rechtspersoon heeft de plicht om het belang van die rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie te dienen. ”

Eerder kwam aan de orde dat er twee varianten van het tegenstrijdig belang zijn. Het is nog geen uitgemaakte zaak of de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling van toepassing is op zowel het persoonlijk tegenstrijdig belang als het kwalitatieve tegenstrijdig belang, of alleen geldt voor een persoonlijk tegenstrijdig belang. Wie het zekere voor het onzekere neemt, past de wettelijke regeling in beide scenario's toe. Dat wil overigens niet zeggen dat een bestuurder of commissaris die zich bij een kwalitatief tegenstrijdig belang niet onthoudt, maar wel de hierna te bespreken zorgvuldigheidsnormen naleeft, verwijtbaar handelt.

Zorgvuldigheidsnormen

Bij een tegenstrijdig belang vertelt de wet eigenlijk maar het halve verhaal. Het is daarom van belang om te kijken hoe er in de rechtspraak wordt omgegaan met een tegenstrijdig belang. De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam heeft zorgvuldigheidsnormen ontwikkeld die bij beide varianten van het tegenstrijdig belang moeten worden toegepast. Dat stelsel is gebaseerd op de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid. Deze normen gaan al lang terug en vinden hun oorsprong in de uitspraak Linders/Hofstee uit 1983.





De Ondernemingskamer formuleerde in die uitspraak een aantal zorgvuldigheidseisen die in acht moeten worden genomen bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van overeenkomsten waarbij belangenverstrengeling kan spelen. Deze regels houden in dat een bestuurder in het geval van een (dreigend) tegenstrijdig belang:

1. de verschillende belangen scherp uit elkaar houdt;
2. openheid betracht omtrent de verschillende belangen;
3. onder omstandigheden een deskundige derde inschakelt om te waarborgen dat een overeenkomst onder marktconforme voorwaarden wordt aangegaan (*fairness opinion*).

In recente rechtspraak heeft de Ondernemingskamer dit normenstelsel verder uitgebreid en aangescherpt. Zo mag een geconflicteerde bestuurder ook niet betrokken zijn bij het voorbereiden en uitvoeren van het betreffende besluit. Dat is een belangrijke uitbreiding ten opzichte van de wettelijke onthoudingsregel, want die verplicht alleen tot onthouding in de fase van beraadslaging en besluitvorming. Verder past de Ondernemingskamer de



Freek Haasjes

wettelijke onthoudingsregel inmiddels ook toe op een kwalitatief tegenstrijdig belang van een commissaris, opnieuw langs de band van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid. Er is al veel geschreven over de vraag hoe de normen van de Ondernemingskamer zich verhouden tot de wettelijke regeling, maar algemeen wordt aangenomen dat ze zoveel mogelijk naast en tegelijk met de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling moeten worden toegepast.

Conclusie

Het criterium voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een tegenstrijdig belang is uiteengezet in het Bruil-arrest. Kort gezegd: een bestuurder of commissaris heeft een tegenstrijdig belang als deze door de aanwezigheid van (i) een conflict tussen een belang en een plicht of (ii) een conflict tussen plichten niet in staat moet worden geacht om het belang van de vennootschap integer en onbevooroordeeld te dienen.

Heeft een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang, dan dwingt de wettelijke regeling hem tot onthouding van de beraadslaging en de besluitvorming. Kan hierdoor geen besluit worden genomen, dan dwingt de regeling tot escalatie van de besluitvorming naar een ander orgaan van

de vennootschap: de raad van commissarissen, of als die er niet is of niet kan besluiten, de algemene vergadering.

De jurisprudentie van de Ondernemingskamer bevat zorgvuldigheidsnormen voor de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van besluiten. Een geconflicteerde bestuurder of commissaris moet strijdige belangen scherp uit elkaar houden, moet daarover openheid betrachten en moet eventueel een deskundige derde inschakelen. In voorkomende gevallen zal de geconflicteerde bestuurder of commissaris zich helemaal afzijdig moeten houden van de voorbereiding of uitvoering van een bepaalde overeenkomst. Deze normen uit de jurisprudentie gelden tegelijk met de wettelijke regeling.

Voor de praktijk is van belang te onthouden dat het hebben van een tegenstrijdig belang *an sich* niet verwijtbaar is. *It's simply a state of affairs*. Bepalend is hoe met het tegenstrijdige belang wordt omgegaan. Staar u in elk geval niet blind op de wettelijke regeling: dat is slechts de helft van het verhaal!

Twijfelt u of er sprake is van tegenstrijdig belang of hoe hiermee om kan worden gegaan? Wij helpen u graag.

Neem contact op met **Freek Haasjes**:
haasjes@dvdw.nl

De sectie Corporate Litigation & Dispute Resolution van DVDW kent diverse specialisten op dit gebied. Kijk op de website voor meer informatie.