

# JBN 2012(6) 36 Tegenstrijdig belang en Hoge Raad 14 oktober 2011

01-06-2012

Auteur(s): W. Bosse

## Samenvatting

In dit arrest bevestigt de Hoge Raad de regel van het Bruil/Kombexarrest dat de vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, moet worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Nieuw is dat ook vergadergerechtigden, zoals certificaathouders, door het bestuur over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang moeten worden geïnformeerd.

## Tekst

### 1. Inleiding

De bedoeling van de tegenstrijdigbelangregeling is omrechtspersonen te beschermen tegen bestuurders die hun persoonlijke belangen voor laten gaan boven het belang van de rechtspersoon. Deze regeling heeft externe werking, dat wil zeggen dat de vennootschap jegens de derde met wie een transactie in strijd met de tegenstrijdigbelangregeling is verricht, de nietigheid van die transactie kan inroepen.

Voor NV's en BV's staat de huidige tegenstrijdigbelangregeling in artikel 2:146 respectievelijk 256 BW. In beide artikelen wordt bepaald dat, tenzij bij de statuten anders is bepaald, de NV respectievelijk de BV in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, wordt vertegenwoordigd door commissarissen. In de tweede zin is bepaald dat de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) steeds bevoegd is een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.

Een handeling die namens de vennootschap in strijd met de tegenstrijdigbelangregeling is verricht, is nietig. Slechts de vennootschap kan een beroep op deze nietigheid doen. Veelal doet de curator in het faillissement van een vennootschap een beroep op de nietigheid van de namens de vennootschap verrichte rechtshandeling wegens tegenstrijdig belang.

Artikel 2:146/256 BW heeft externe werking, dat wil zeggen dat de vennootschap de onbevoegdheid van haar bestuurder die uit tegenstrijdig belang voortvloeit aan derden kan tegenwerpen indien de derde met de tegenstrijdigheid bekend was of bekend had behoren te zijn (Mediasafe II-arrest, HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171, *JBN* 1998, nr. 92 en 1999, nr. 42). Zie over de tegenstrijdigbelangregeling nader mijn artikel in *JBN* 2009, nr. 43.

### 2. De feiten

Vereenvoudigd weergegeven zijn de feiten die ten grondslag liggen aan het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2011, als volgt.

Na het overlijden van Eibrink op 10 mei 2005, die enig aandeelhouder en bestuurder was van M.E Beheer B.V. (hierna: M.E Beheer), liet Van Welie zich als bestuurder van ME Beheer bij de Kamer van Koophandel inschrijven. Van Welie verkocht op 9 augustus 2009 o.a. de (on)middellijke deelnemingen van ME Beheer in de Belgische onroerend goed vennootschappen Minnewater, Het Zoute en Hollebeke aan Zwarthoff (Van Welie en Zwarthoff hierna: Van Welie c.s.).

Op 8 maart 2006 werd Van Welie door de algemene vergadering als bestuurder van M.E Beheer ontslagen. De algemene vergadering werd gevormd door het bestuur van de Stichting Administratiekantoor M.E. Beheer (hierna: het STAK), dat vanaf het overlijden van Eibrink aanvankelijk alleen uit Van Welie bestond, maar dat op 15 juli 2005 was aangevuld met een door de certificaathouders benoemd lid en op 9 november 2005 met een derde, onafhankelijke bestuurder. De certificaathouders waren de echtgenote en de dochter van Eibrink, ieder voor 50% van de certificaten hadden geërfd (hierna: ME Beheer c.s.).

### 3. Gerechtelijke procedures

M.E Beheer c.s. hebben op 6 november 2006 Van Welie c.s. gedagvaard voor de rechtbank en vorderen de rechtbank onder andere voor recht te verklaren dat M.E Beheer c.s. niet gebonden zijn aan de verkoop van de aandelen in IJsselinvest, Minnewater, Het Zoute en Hollebeke, door onder andere M.E Beheer aan Zwarthoff van 9 augustus 2009.

De Rechtbank Zutphen heeft de vorderingen van M.E Beheer c.s. in conventie afgewezen.

Op het door M.E Beheer c.s. ingestelde hoger beroep heeft het hof te Arnhem het vonnis van de rechtbank te Zutphen vernietigd en de vorderingen van M.E Beheer c.s. in conventie alsnog grotendeels toegewezen.

Het Hof Arnhem heeft, verkort weergegeven, overwogen, dat Van Welie een tegenstrijdig belang had omdat zijn positie binnen M.E Beheer zeer wankel was geworden en dat hij redelijke grond had te vrezen dat zijn rol binnen afzienbare tijd uitgespeeld zou zijn. Er was daarom voor hem een belangrijk persoonlijk belang mee gemoeid dat een deel van de activiteiten buiten de organisatie en buiten de invloedssfeer van de erven kon worden gebracht zodat hij daarin zijn werkzaamheden zou kunnen voortzetten. Hij had er belang bij dat de verkoop aan Zwarthoff zou slagen, met wie hij al jaren zakelijk omging, die hem en zijn kwaliteiten kende en vertrouwen in hem stelde. Hij mocht verwachten dat na verkoop van de Belgische activiteiten aan Zwarthoff zijn positie daarin aanmerkelijk sterker zou zijn dan in de organisatie van M.E Beheer. Dat is ook uitgekomen want hij heeft na de verkoop zijn werkzaamheden kunnen voortzetten en zijn positie was wel zo sterk dat hij na enige

tijd een zeer substantiële verhoging van zijn honorarium wist te verkrijgen.

Hier tegen gaan Van Welie c.s. in cassatie bij de Hoge Raad.

### 3. Hoge Raad

De Hoge Raad herhaalt de overwegingen uit het Bruil/ Kombex-arrest van 29 juni 2007 LJN BA0033, *NJ* 2007, 420, «*JOR*» 2007/169, m.nt. Leijten en Bartman, waarover W. Bosse, *JBN* 2009, nr. 43.

Kort weergegeven houden die in dat voor de toepassing van artikel 2:256 BW niet is vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden getwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.

En dat laatste had het hof volgens de Hoge Raad niet voldoende gedaan. Het hof was namelijk volgens de Hoge Raad niet ingegaan op de stellingen van Van Welie c.s. dat de verkoop van de aandelen IJsselinvest in verband met de liquiditeitsproblemen van M.E Beheer de enige optie was en de vereiste liquiditeiten opleverde, de koopprijs reëel was en onder zakelijke omstandigheden tot stand gekomen, de Belgische vennootschappen contractueel alleen aan Zwarthoff konden worden verkocht tegen een vaste prijs, hetgeen met instemming van Eibrink met Zwarthoff was overeengekomen bij overeenkomst van 14 april 2005 en dat de vergoeding van Van Welie is verhoogd vanwege de intensivering van de werkzaamheden van Van Welie.

Een andere klacht was dat Van Welie niet voldaan had aan zijn verplichting de algemene vergadering zo tijdig te informeren dat deze in de gelegenheid was haar in artikel 2:256, tweede volzin, BW bedoelde bevoegdheid uit te oefenen (Joral-arrest, HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 m.nt. PvS, «*JOR*» 2002/111, m.nt. Van den Ingh en Van Hees, waarover W. Bosse in *JBN* 2009, nr. 43).

Deze klacht acht de Hoge Raad gegrond. Maar, zo oordeelt de Hoge Raad, indien de statuten van een vennootschap bepalen (zoals het geval is met die van M.E Beheer en Embo, zie hiervoor onder paragraaf 2) dat haar bestuurder ook in geval van tegenstrijdig belang bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen, zal die bestuurder weliswaar gehouden zijn de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is de haar in artikel 2:256, tweede volzin, BW toegekende bevoegdheid uit te oefenen, maar is de bestuurder die nalaat de algemene vergadering aldus te informeren niet reeds daardoor wegens tegenstrijdig belang onbevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Met deze overweging herhaalt de Hoge Raad de regel in het Nieuwe Steen-arrest (HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297, «*JOR*» 2008/124, waarover W. Bosse in *JBN*, 2009, nr. 43).

Van Welie c.s. verweerde zich hier tegen met het betoog dat hij de algemene vergadering niet meer behoefde te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, omdat Van Welie als bestuurder van de STAK beschikte over 'relevante informatie' en de STAK als enig aandeelhouder geacht moet worden in de persoon van Van Welie over die informatie te beschikken.

Deze klacht faalt volgens de Hoge Raad, omdat ook al zou de STAK als enig aandeelhouder op deze wijze van het tegenstrijdig belang op de hoogte zijn, Van Welie daarmee nog niet heeft voldaan aan de plicht alle daartoe gerechtigde deelnemers aan de aandeelhoudersvergadering ter zake te informeren. De houders van door de STAK uitgegeven certificaten zijn immers met medewerking van de vennootschap (M.E. Beheer) uitgegeven en daardoor op de voet van artikel 2:227 lid 2 BW gerechtigd aan de aandeelhoudersvergadering deel te nemen en daarin het woord te voeren.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling.

### 4. Ter overweging

In dit arrest bevestigt de Hoge Raad de regels in het Bruil/Kombex-arrest, het Joral-arrest en het Nieuwe Steen-arrest (zie hierover W. Bosse, *JBN* 2009, nr. 43). Deze regels houden in:

- dat de vraag wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang slechts moet worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (Bruil/Kombex) (zie hierover nader B.F. Assink en M. Verburgh, in de rubriek: Rechtspraak Vennootschapsrecht, nr. 39, *Tijdschrift Ondernemingsrecht*, afl. 5, april 2012, p. 203-204);
- dat ook als in de statuten het tegenstrijdig belang is weggeschreven, de bestuurder gehouden is de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is de haar in artikel 2:256, tweede volzin, BW toegekende bevoegdheid uit te oefenen (Joral), maar dat, indien een bestuurder dit nalaat, hij niet reeds daardoor wegens tegenstrijdig belang onbevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.

Het schenden van de informatieplicht heeft onder deze omstandigheden in beginsel slechts interne werking, maar levert volgens A-G Timmerman in zijn conclusie bij dit arrest, in beginsel een ernstig verwijt op, hetgeen kan leiden tot aansprakelijkheid van Van Welie voor onbehoorlijk bestuur.

Nieuw is dat de Hoge Raad in dit arrest beslist dat de verplichting van het bestuur om de algemene vergadering tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders, meebrengt, dat alle vergadergerechtigden, zoals houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten, daarover moeten worden geïnformeerd.

In de wenk bij dit arrest in *RN* 2012, 2, wordt de vraag gesteld of nu de conclusie kan worden getrokken dat als de statuten voorzien in vertegenwoordigingsbevoegdheid in het geval van tegenstrijdig belang, er altijd vertegenwoordigingsbevoegdheid is. Als antwoord wordt daarop gegeven dat dit wellicht te snel gaat. Als er een notaris betrokken is bij de rechtshandeling, zal deze moeten toezien op de naleving

van vormvoorschriften. Als de notaris van mening is dat er sprake is van tegenstrijdig belang, zal hij niet kunnen meewerken voordat de algemene vergadering - en nu dus ook de vergadergerechtigden, zoals de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten - goed geïnformeerd is (zijn), omdat een handelen in strijd met deze bepaling tot een onrechtmatige daad of bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden.

In de wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Stb.* 2011, 275), komt de huidige tegenstrijdigbelangregeling in artikel 2:256 BW met externe werking te vervallen. De tegenstrijdigbelangregeling wordt dan gegoten in de vorm van een regeling omtrent de wijze van besluitvorming van bestuurders en commissarissen, en heeft alleen interne werking (artikel 2:129/239 lid 5-6 (nieuw) BW. Zie hierover nader W. Bosse, *JBN* 2009, nr. 43. De invulling van het daarin vervatte begrip 'tegenstrijdig belang' dient geschoeid te worden op de leest van het *Bruil-Kombex*-arrest (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p.12). Deze wet is thans nog niet in werking getreden.

*HR, 14 oktober 2011, LJN BR0119, RvdW 2011, 1250, NJ 2012, 110, m.nt. Van Schilfgaarde, «JOR» 2011/363, m.nt. Leijten*

*W. Bosse*

Copyright 2019 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.