

# College 'Vertegenwoordiging en tegenstrijdig belang'

Mr. K. Frielink

Universiteit van de Nederlandse Antillen

Dinsdag 9 februari 2010 van 19.00 - 20.30 uur

## Vertegenwoordiging en tegenstrijdig belang

1. Bestuur bevoegd tot vertegenwoordiging, maar ook iedere individuele bestuurder, tenzij de statuten anders bepalen (10 lid 1<sup>1</sup>). Gaat om optreden naar buiten toe: rechtshandelingen. Een (interne) taakverdeling tussen bestuurders levert geen beperking wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid op.
2. We bespraken vorige week al de beperkingen die gelden voor de besluitvorming. Er zijn ook beperkingen in het kunnen vertegenwoordigen van de RP. In de eerste plaats zegt de wet dat de eerder besproken beperkingen ook gelden voor wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid (10 lid 2). Als dus de algemene vergadering bevoegd is tot uitgifte van aandelen, dan mag het bestuur daartoe niet besluiten. Maar het bestuur mag die aandelen dan ook niet zomaar uitgeven, dus geen rechtshandeling verrichten tot uitgifte van aandelen zonder dat de algemene vergadering daartoe heeft besloten.

Een wettelijke beperking is bijvoorbeeld de regeling bij tegenstrijdig belang (11 lid 1): bij een rechtshandeling met of rechtsgeding tegen een bestuurder wordt de RP vertegenwoordigd door de RvC en als die er niet is dan door de overige bestuurders gezamenlijk, en als die ontbreken dan door een door de algemene vergadering aan te wijzen persoon (bij de stichting door de rechter).

Vraag: is die RvC of aangewezen persoon nu ook (voor dit geval) bestuurder? Er moet bijvoorbeeld ook worden besloten of die rechtshandeling wel wenselijk is en dat is een bestuursaan gelegenheid.

---

<sup>1</sup> Verwezen wordt steeds naar Boek 2 Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen, tenzij anders is aangegeven. De afkorting RP staat voor rechtspersoon.

Statutaire beperkingen (of bij de aandeelhouderbestuurde BV in de aandeelhoudersovereenkomst; 241 lid 1) zijn ook mogelijk, bijvoorbeeld dat alleen twee gezamenlijk handelende bestuurders de RP mogen vertegenwoordigen, of dat bepaalde transacties (registergoederen) of transacties boven een bepaald bedrag alleen na van de RvC verkregen goedkeuring mogen worden aangegaan.

3. Een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan aan een wederpartij die de beperking kent of behoort te kennen worden tegengeworpen, tenzij de statuten anders bepalen (10 lid 3). Het gaat hier om de zogeheten externe werking. Het is dus niet voldoende om in het handelsregister na te gaan wie de bestuurders zijn: ook de statuten moeten worden bekeken. Alle daarin voorkomende beperkingen wordt de wederpartij geacht te kennen. Voor het overige worden wederpartijen te goeder trouw beschermd.

4. Stel nu dat in de statuten is bepaald dat een registergoed (bedrijfspand) alleen mag worden gekocht nadat de RvC daaraan zijn goedkeuring heeft gegeven. Hoe weet de verkoper dat? Hij weet op grond van de statuten dat die goedkeuring vereist is, dus gewoon de verkoop doen kan hij niet te goeder trouw. De verkoper moet uitsluitel vragen en krijgen. Iedere bestuurder van de RP is te allen tijde bevoegd en desgevraagd verplicht om aan een wederpartij uitsluitel te geven over de vraag of aan een statutaire, wettelijke of andere voorwaarde voor het intreden van vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of een bestuurder is voldaan (10 lid 4).

Wordt niet binnen een redelijke termijn uitdrukkelijk verklaard dat dat het geval is dan kan de wederpartij de rechtshandeling als ongeldig van de hand wijzen, tenzij hij uit anderen hoofde met het vervuld zijn van de voorwaarde bekend is of behoort te zijn. Met de uitspraak (juist of niet) van een bestuurder dat aan de vereiste voorwaarden is voldaan, vervalt voor de RP de mogelijkheid zich op overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid te beroepen. Geeft de bestuurder onjuiste informatie dan pleegt hij niet alleen jegens de RP wanprestatie en/of handelt hij onrechtmatig, maar ook jegens de wederpartij (indien deze schade mocht lijden).

5. Ook aan andere personen dan bestuurders kan vertegenwoordigingsbevoegdheid worden toegekend, al dan niet tezamen met bestuurders. De statuten moeten daarvoor dan een bepaling bevatten (10 lid 5). Die personen kunnen door of krachtens de statuten worden aangewezen. Doorgaans gaat het om procuratiehouders. Dit staat los van de mogelijkheid dat degene die tot vertegenwoordiging bevoegd is, van die bevoegdheid gebruik maakt door middel van een volmacht. Die volmacht kan ook stilzwijgend worden verleend; denk bijvoorbeeld aan de caissières bij de supermarkt.
6. In het arrest van de HR van 29 juni 2007, JOR 2007, 169 m.nt. Leijten en Bartman inzake Bruil vs Kombex komt de vraag aan de orde wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang. Het betreft een Nederlandse zaak, waar een aanzienlijk ruimere tegenstrijdig belangregeling geldt, maar de overwegingen zijn ook voor ons relevant.

De casus:

Bruil was directeur en grootaandeelhouder van Bruil Arnhem Beheer B.V. (Bruil Arnhem) en van Bruil-Kombex-Arnhem B.V. (Kombex). In 1984 verkoopt en levert Bruil Arnhem een perceel aan Kombex en verleent Bruil Arnhem een voorkeursrecht van koop aan Kombex ter zake een ander perceel. Op niet-nakoming door Bruil Arnhem van het voorkeursrecht wordt een boete van NLG 250.000,- gesteld. Beide partijen worden in deze transacties vertegenwoordigd door Bruil, ondanks dat de statuten van Bruil Arnhem bepalen dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang wordt vertegenwoordigd door 'iedere commissaris'.

De aandelen in Bruil Arnhem worden tien jaar later verkocht aan Ballast Nedam. In 1998 verkoopt Bruil Arnhem (waarvan Ballast Nedam nu de aandeelhouder is) het perceel dat is belast met het voorkeursrecht aan een derde, zonder het eerst aan Kombex aan te bieden. Een jaar later treedt Bruil af als bestuurder van Bruil Arnhem. Hierop vordert Kombex betaling van de boete, omdat zij niet in de gelegenheid is gesteld gebruik te maken van haar voorkeursrecht.

Bruil Arnhem verweert zich met een beroep op de niet-gebondenheid van Bruil Arnhem wegens een tegenstrijdig belang van bestuurder Bruil. Het Hof Arnhem honoreert het beroep van Bruil Arnhem en wijst (dus) de vordering van Kombex af. De HR denkt daar anders over.

De HR overweegt eerst, dat de strekking (de ratio) van de Nederlandse tegenstrijdig belangregeling is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Niet is vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, maar 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.

De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Meer specifiek overweegt de HR dat in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere groepsvennootschappen, niet snel sprake zal zijn van een tegenstrijdig belang. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.

Er moet dus daadwerkelijk sprake zijn van een tegenstrijdig belang en wel zodanig dat de betrokken bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.

Een tegenstrijdig belang is in dit soort gevallen derhalve niet meer het uitgangspunt. Er is eerder sprake van een uitzondering te zijn. Het enkele feit dat de bestuurder in meerdere hoedanigheden betrokken is bij een bepaalde rechtshandeling (aandeelhouder en/of bestuurder van meerdere bij een transactie betrokken partijen), is voor het aannemen van een tegenstrijdig belang in ieder geval niet meer voldoende.

De Hoge Raad merkt daarbij op dat de Nederlandse regeling ruimte laat voor een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten. Je kunt dan denken aan het in de statuten aanwijzen van een bestuurder als bijzonder wettelijk vertegenwoordiger; als de algemene vergadering niet gebruik maakt van de bevoegdheid in een bepaald geval een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen, dan blijft de statutair aangewezen bestuurder bevoegd, ook in het geval dat sprake is van een tegenstrijdig belang.

Indien een bestuurder namens de RP een rechtshandeling heeft verricht maar vanwege een tegenstrijdig belang onbevoegd was de RP daarbij te vertegenwoordigen, leidt dit ertoe dat de RP in beginsel niet aan de rechtshandeling is gebonden. In zoverre is de rechtshandeling ten opzichte van de RP als ongeldig, of anders uitgedrukt: nietig, te beschouwen. Zij is dus niet vernietigbaar.

7. Terug naar de Nederlandse Antillen. De regeling die hier geldt is beperkt tot rechtshandelingen van de RP met en rechtsgedingen tegen een *bestuurder* (11 lid 1). Daaronder valt dus bijvoorbeeld niet een rechtshandeling tussen de RP en een RP van de bestuurder (indirect tegenstrijdig belang), maar ook niet de rechtshandeling tussen de RP en een commissaris of aandeelhouder. Voorbeeld: als de bestuurder een registergoed van de RP wil kopen is sprake van een tegenstrijdig belang; als een persoonlijke BV van de bestuurder dat doet of een vriendje van hem dan niet. In mijn boek staat dat niet goed. De regeling lijkt wat gek, maar is goed te begrijpen als wordt bedacht dat in de praktijk de kleine RP-en, in het bijzonder de eenpersoonsvennootschappen, het meest voorkomen en een ruimer toepassingsgebied dus niet nodig is.

Wil met toch een ruimer toepassingsgebied dan kan dat natuurlijk wel. In de statuten (of in een reglement krachtens de statuten) kan niet alleen van de hoofdregel worden afgeweken, maar kunnen nadere regels worden opgenomen. Daarbij kunnen ook bijzondere regels inzake de besluitvorming bij tegenstrijdig belang worden vastgesteld. De regeling kan mede betrekking hebben op tegenstrijdige belangen tussen de RP enerzijds, een commissaris, lid of aandeelhouder anderzijds (11 lid 2).

Bijzonder is voorts dat de algemene vergadering voor alle gevallen, met terzijdestelling van de wettelijke hoofdregel en met terzijdestelling van statutaire of reglementaire bepalingen, een of meer bijzondere vertegenwoordigers kan aanwijzen, al dan niet voor een bepaalde periode (11 lid 3). Een dergelijke aanwijzing kan ook betrekking hebben op andere gevallen van tegenstrijdig belang tussen de RP en een bestuurder, commissaris, lid of aandeelhouder dan uit de wet, de statuten en/of het reglement voortvloeien.

Als de algemene vergadering niet in algemene zin van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, moet zij wel in staat zijn dat in individuele gevallen te doen. Als wel een bijzonder vertegenwoordiger is aangewezen, moet ook hij weten wanneer er een geval van tegenstrijdig belang is. Daarom is in de wet de verplichting opgenomen voor de bestuurder of commissaris die weet of behoort te begrijpen dat ter zake van een voorgenomen rechtshandeling sprake is van een tegenstrijdig belang tussen hem en de RP, ervoor te zorgen dat de algemene vergadering, dan wel de bijzonder vertegenwoordiger, daarvan tijdig op de hoogte wordt gesteld (11 lid 4). Voor beursvennootschappen geldt een bijzondere regeling.

Als de algemene vergadering gebruik maakt van de bevoegdheid om een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen, dan heeft degene wiens tegenstrijdig belang in het geding is geen stemrecht. Dat geldt ook voor een door de betrokkene beheerste RP (11 lid 5). Stel nu dat u 90% van de aandelen in een BV bezit waarvan u ook de enig bestuurder bent. De BV speculeert in onroerend goed: het aankopen van panden en het met winst doorverkopen. U wilt nu een keer zelf een pand van de BV kopen om in te gaan wonen. U wilt dat voor een zakelijke prijs. Omdat het om een rechtshandeling tussen u en de RP gaat is sprake van een tegenstrijdig belang. Er is geen RvC en er zijn geen medebestuurders, dus u brengt de algemene vergadering van uw voornemen netjes op de hoogte. Aha, zegt de 10% aandeelhouder: dan moet er een bijzonder vertegenwoordiger worden benoemd en ter zake daarvan mag de 90% aandeelhouder niet meestemmen. Met de 10% aandeelhouder leeft u al enige tijd in onmin, dus als verwacht benoemt hij iemand waarvan hij op voorhand weet dat deze persoon niet met de transactie zal instemmen. Is dat redelijk? De wetgever heeft niet aan een dergelijk geval gedacht. Bij de herziening van Boek 2 BW zal deze bepaling dan ook worden aangepast.

### **De aandeelhouderbestuurde BV**

1. De aandeelhouderbestuurde BV is een a-typische rechtsvorm, waaraan in dit verband kort aandacht wordt besteed. Deze rechtsvorm is oorspronkelijk in het leven geroepen om een semicontractuele vennootschap te creëren; zeg maar een vennootschap onder firma (VOF) met rechtspersoonlijkheid. In de praktijk lijkt deze vorm met name voor eenpersoonsvennootschappen geschikt.
2. De statuten kunnen bepalen dat de vennootschap een aandeelhouderbestuurde vennootschap is. In dat geval moet in de wet telkens in plaats van bestuurder worden gelezen: aandeelhouder, en in plaats van het bestuur: de algemene vergadering van aandeelhouders (2:239 lid 1). Een besluit tot wijziging van de statuten waardoor dit bestuursmodel wordt ingevoerd of afgeschaft kan slechts tot stand komen met de uitdrukkelijke instemming van alle stemgerechtigde aandeelhouders.
3. Bij dit bestuursmodel worden er geen bestuurders benoemd of ontslagen. Behoudens beperkingen in de wet, de statuten of de aandeelhoudersovereenkomst, is iedere aandeelhouder bevoegd tot vertegenwoordiging van de vennootschap (art. 2:241 lid 1 BW-NA). Ook de

aandeelhoudersovereenkomst kan dus beperkingen inzake de vertegenwoordigingsbevoegdheid bevatten.

4. De aandeelhouders kunnen de wijze waarop de vennootschap door hen zal worden bestuurd, de daarbij toepasselijke taakverdeling en beloning en de wijze van totstandkoming van beslissingen dienaangaande, nader vastleggen in een aandeelhoudersovereenkomst, mits alle aandeelhouders en ook de vennootschap daarbij partij zijn. De aandeelhoudersovereenkomst wordt schriftelijk vastgelegd en door alle partijen getekend (geen nietigheidssanctie; een beroep op mondelinge afspraken is dus mogelijk). Een dergelijke overeenkomst heeft vennootschappelijke werking en dus vergelijkbare kracht als statuten.
5. Tenzij de aandeelhoudersovereenkomst anders bepaalt worden alle beslissingen aangaande het bestuur genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders met toepassing van de voor die vergadering geldende regels. Denkbaar is dat in zo'n overeenkomst ten aanzien van bepaalde besluiten de bevoegdheid bij slechts één of meer van de aandeelhouders wordt gelegd, een soort dagelijks bestuur. De statuten kunnen bepalen dat ook de wijze van totstandkoming van besluiten van de algemene vergadering wordt geregeld in de aandeelhoudersovereenkomst (art. 2:240 BW-NA).

\* \* \* \* \*