

## 6 Het tegenstrijdige belang van de vennootschap en het handelsverkeer

Mr. M. Mussche

### 1 Inleiding

Scheiding van zeggenschap en economisch belang in een onderneming kan een loyaliteitsrisico met zich meebrengen. Bestuurders die geen financieel belang hebben in de onderneming die zij leiden, zijn wellicht geneigd minder toegewijd hun taak te vervullen. Adam Smith schreef in *The Wealth of Nations* daarover het volgende:

*'The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private coparnery frequently watch over their own. Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as not for their master's honour, and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company.'*<sup>1</sup>

Het door Smith geconstateerde risico staat bekend als het principaal-agent-probleem.<sup>2</sup> De scheiding van zeggenschap en economisch belang kan leiden tot kwistigheid, onzorgvuldigheid en bestuurders die de kantjes ervan aflopen. Bestuurders die geen direct financieel eigenbelang in een onderneming hebben, hebben een minder sterke prikkel om de belangen van aandeelhouders, crediteuren, werknemers en andere belanghebbenden te behartigen.<sup>3</sup> Het principaal-agent-probleem tekent zich nog scherper af wanneer een persoonlijk belang van een bestuurder conflicteert met het vennootschappelijk belang. In het vennootschapsrecht wordt die situatie aangeduid met de term tegenstrijdig belang. Door in een situatie van tegenstrijdig belang te kiezen voor realisatie van zijn eigenbelang, benadeelt de bestuurder de vennootschap. De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling kan worden gezien als een poging om dergelijk

---

<sup>1</sup> Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, geciteerd in: H. Fleischer, 'Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht', *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 2003, p. 1049.

<sup>2</sup> M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure', *Journal of Financial Economics* 1976, p. 305-360.

<sup>3</sup> Dat is dan ook een veelgehoord argument voor de toekenning aandelen- en optiepakketten aan bestuurders.

egoïsme te ontmoedigen. In deze bijdrage bespreek ik in hoeverre de huidige en de voorgestelde tegenstrijdigbelangregeling dat doel realiseren. De nadruk ligt daarbij op de balans tussen de bescherming van de vennootschap en haar kapitaalverstrekkers en de zekerheid in het handelsverkeer. Ik kom tot de conclusie dat de bescherming die de nieuwe regeling (de kapitaalverstrekkers van) de vennootschap biedt, onvoldoende afdwingbaar is. Ik doe naar aanleiding daarvan een tweetal suggesties om dit probleem te ondervangen.

## 2 De huidige tegenstrijdigbelangregeling

De regeling voor tegenstrijdigbelangsituaties is neergelegd in art. 2:256 BW. Ik bespreek dit artikel kort; er is al veel over geschreven.<sup>4</sup> De tekst van de bepaling luidt:

‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

De eerste zin van het artikel is een vertegenwoordigingsregel. Indien ten minste één bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, dan verliezen zowel de raad van bestuur als de individuele bestuurders de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen (voor zover zij die bevoegdheid hadden). De vennootschap dient dan te worden vertegenwoordigd door ‘commissarissen’. Volgens de communis opinio wordt daarmee bedoeld de raad van commissarissen, niet de individuele commissarissen.<sup>5</sup> De eerste zin van art. 2:256 BW is van regelend recht. In de statuten kan een andere vertegenwoordigingsregeling worden opgenomen. Zo kan worden bepaald dat het bestuur en de bestuurders bij een tegenstrijdig belang onverminderd vertegenwoordigingsbevoegd zijn. Dat wordt het ‘wegschrijven’ van de art. 2:256 BW genoemd. Daarnaast kunnen de statuten bepalen dat een ander dan de (raad van) commissarissen vertegenwoordigingsbevoegd is.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> De vraag wanneer sprak is van een tegenstrijdig belang laat ik achterwege. Zie hiervoor onder andere: HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (Bruil/Kombex).

<sup>5</sup> E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 278; Asser/Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, nr. 295; Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij NV en BV*, Deventer: Kluwer 1993, p. 35. Zie anders: Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 215.

<sup>6</sup> Timmerman merkt in zijn conclusie bij HR 21 maart 2008, *NJ* 2008/297 (Nieuwe Steen Investments) onder 3.7 en 3.8 op dat de statuten ook nog een andere invulling aan het begrip tegenstrijdig belang kunnen geven.

De tweede zin van art. 2:256 BW bepaalt dat een wettelijke of statutaire tegenstrijdigbelangregeling altijd moet zwichten voor een aanwijzingsbesluit van de ava. Deze regel is van dwingend recht. Het statutair wegschrijven van de eerste zin kan de aanwijsbevoegdheid van de ava niet beperken.<sup>7</sup> Een door de ava aangewezen bijzonder vertegenwoordiger is bij uitsluiting bevoegd de kwestieuze rechtshandeling namens de vennootschap te verrichten. Een aanwijzingsbesluit dient expliciet te worden genomen door de ava, zelfs als er maar één aandeelhouder is die tevens enig bestuurder is.<sup>8</sup> Het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin en deze uitdrukkelijkheidseis geven uiting aan de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan art. 2:256 BW. De ava wordt kennelijk beter in staat geacht het vennootschappelijk belang te beschermen dan een bestuurder met een tegenstrijdig belang. Daar is wat voor te zeggen. Aandeelhouders zijn weliswaar slechts deelbelanghebbenden – volgens wetgever en de Hoge Raad is art. 2:256 BW gericht op bescherming van het vennootschappelijk belang en dus niet alleen het belang van de aandeelhouders<sup>9</sup> – maar zij kunnen in ieder geval hun eigen belangen beter behartigen dan een bestuurder met een belangenconflict. Bovendien zal er niet zelden belangenparallèle bestaan tussen de belangen van aandeelhouders en de overige stakeholders.<sup>10</sup>

### 3 Kritiek op de huidige regeling

De huidige tegenstrijdigbelangregeling bevat een aantal probleempunten.<sup>11</sup> Allereerst kan de dwingendrechtelijke aanwijsbevoegdheid van de ava voor de nodige problemen zorgen. De ava dient tijdig in de gelegenheid te worden gesteld om van die bevoegdheid gebruik te maken.<sup>12</sup> Omdat het niet altijd duidelijk is wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW, kan er twijfel bestaan over de vraag of de ava moet worden ingelicht. In het Bruil-arrest is (waarschijnlijk) bepaald dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de bepaling valt.<sup>13</sup> Deze

<sup>7</sup> HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393, r.o. 3.5.2 (Joral).

<sup>8</sup> HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/519 (Duplicado).

<sup>9</sup> In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ‘Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen’ is te lezen op p. 12: “Een tegenstrijdig belang regeling dient eerst en vooral de vennootschap en degenen die betrokken zijn bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming.” Zie ook HR 22 maart 1996, *NJ* 1996/568, r.o. 3.3 (Mediasafe I).

<sup>10</sup> Deze dubbele positie van de ava komt in de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nog sterker naar voren.

<sup>11</sup> Zie ook het rapport van de ‘Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht’ van 6 mei 2004, p. 97-98 en A.F.M. Dorresteyn, ‘Een nieuwe wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang?’ *O&F* 2005, p. 24-26.

<sup>12</sup> HR 3 mei 2001, *NJ* 2002/393, r.o. 3.5.2 (Joral).

<sup>13</sup> HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420: “Bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten, zal een beroep op art. 2:256 BW ter aantasting van een namens

inperking maakt het scala aan beslissingen waarover de ava moet worden ingelicht overzichtelijker. Anderzijds is in hetzelfde arrest ook bepaald dat een transactie niet daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap hoeft te leiden om onder het toepassingsbereik van art. 2:256 BW te vallen. Deze weerslag van de beschermingsgedachte maakt het voor het bestuur bepaald niet makkelijker om te bepalen of de ava moet worden verwittigd van een tegenstrijdig belang. In de praktijk wordt het bestuur vaak ‘voor zover nodig’ door de ava aangewezen als vertegenwoordiger van de vennootschap, om aan alle onzekerheid een einde te maken. In vennootschappen met veel aandeelhouders kan het nemen van een aanwijzingsbesluit echter grote praktische problemen geven.

Daarnaast kan men kritiek hebben op de mogelijkheid art. 2:256 BW weg te schrijven. De memorie van toelichting bij het hierna te bespreken wetsvoorstel zegt hierover:

‘Uit beschermingsoogpunt enigszins merkwaardig is verder dat de statuten een andere regeling kunnen treffen en de aandeelhouders een andersluidend besluit kunnen nemen, zelfs een besluit waarbij de bestuurder ondanks het tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd blijft. De statutaire regeling kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid evenwel ook aan de bestuurder toekennen. Aldus behoeft de vennootschap niet te worden beschermd tegen beïnvloeding van de oordeelsvorming door een bestuurder indien de vennootschap besluit dat zij deze bescherming niet wenst, ook in het geval dat een minderheidsaandeelhouder daarbij juist veel baat zou - menen te - kunnen hebben.’<sup>14</sup>

Verder is het problematisch dat art. 2:256 BW slechts ziet op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder en zwijgt over de beslissingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang. Blanco Fernández neemt een standpunt in dat deze problematiek voorkomt. Hij ziet geen reden om de vertegenwoordigings- en bestuursbevoegdheid bij een tegenstrijdig belang te splitsen. Het eerste is immers complement van het tweede, en hetzelfde motief dat de wet beweegt om aan het bestuur de vertegenwoordigingsbevoegdheid te ontfemen, brengt mede dat ook de bestuursbevoegdheid ontnomen wordt.<sup>15</sup> De meeste auteurs menen echter dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang wel

---

de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden.” Zie over de twijfel die hierover mogelijk nog bestaat: M.L. Lennarts & H.E. Boschma, ‘Blijft het tobben met tegenstrijdig belang?’, *WPNR* 2008, p. 727.

<sup>14</sup> MvT, p. 11.

<sup>15</sup> Blanco Fernández, a.w., p. 36.

mag deelnemen aan de besluitvormingsfase. Het feit dat de raad van commissarissen vertegenwoordigingsbevoegd is, betekent volgens hen immers niet dat zij ook beslissingsbevoegd zijn.<sup>16</sup> Die bevoegdheid blijft voorbehouden aan de bestuurders. Slechts onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer een rechtsvordering tegen een bestuurder aanhangig gemaakt moet worden, kan van dat uitgangspunt worden afgeweken.<sup>17</sup> Indien men deze opvatting aanhangt, moet volgens mij wel worden aangenomen dat de raad van commissarissen steeds kan weigeren de vennootschap te vertegenwoordigen wanneer vertegenwoordiging in strijd zou zijn met een behoorlijke uitoefening van de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen. Een andere opvatting zou de raad van commissarissen tot marionetten maken en elke betekenis aan art. 2:256 BW ontnemen. De vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de bestuurders geeft de raad van commissarissen dan feitelijk een veto over bestuursbesluiten waarbij sprake is van een tegenstrijdig belang.

Tot slot is de externe werking van art. 2:256 BW onderwerp van (misschien wel de voornaamste) kritiek. Uit het Mediasafe II-arrest volgt dat de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van een bestuurder aan een derde kan worden tegengeworpen als het tegenstrijdig belang ten tijde van de rechtshandeling aan de derde kenbaar was of had behoren te zijn.<sup>18</sup> De Hoge Raad komt tot die uitleg na “evenwichtige afweging tussen [het belang van de vennootschap] en dat van zekerheid in het handelsverkeer.”<sup>19</sup> Volgens critici wordt in deze opvatting echter te veel waarde toegekend aan het belang van de vennootschap. Derde contractspartijen worden daarvan de dupe. Die kritiek werd verder aangewakkerd naar aanleiding van het arrest ABN AMRO/Dijkema, waarin de Hoge Raad overwoog:

‘ (...) dat redelijkerwijs kan worden gevegd van de derde, die een transactie aangaat met de vennootschap en ten tijde daarvan aanleiding heeft te veronderstellen dat sprake kan zijn van een zodanig tegenstrijdig belang, dat deze onderzoek verricht naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder van de vennootschap. Hoe dat onderzoek dient plaats te vinden en hoever het moet strekken, hangt af van de omstandigheden van het concrete geval, maar het zal in ieder geval erop gericht dienen te zijn dat redelijke twijfel t.a.v. het bestaan van een tegenstrijdig belang, alsmede t.a.v. de vraag of de voor dat geval eventueel aangewezen voorzieningen zijn getroffen, wordt weggenomen.’<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Van Schilfgaarde/Winter, a.w., p. 217; Van der Heijden/Van der Grinten, a.w., nr. 278; A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 1989, p 55.

<sup>17</sup> Van Schilfgaarde/Winter, a.w., p. 217.

<sup>18</sup> HR 11 september 1998, *NJ* 1999/171.

<sup>19</sup> R.o. 2.2.

<sup>20</sup> HR 14 juli 2006, *NJ* 2006/570, r.o. 3.3.2.

In casu betekende dit dat een derde die met de vennootschap had gecontracteerd er niet zonder meer vanuit mocht gaan dat de directeur-groootaandeelhouder vertegenwoordigingsbevoegd was.

#### 4 De Bibolini-correctie op de huidige regeling

In tegenstelling tot een vertegenwoordigingsbeperking, kan een intern geldende bevoegdheidsbeperking in beginsel niet aan derden worden tegengeworpen. In het Bibolini-arrest is daarop echter een uitzondering geformuleerd. Onder omstandigheden kan een derde geen nakoming vorderen op grond van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:248 lid 2 BW. De Hoge Raad overwoog:

‘De NV kan zich (...) op een bevoegdheidsbeperking (...) jegens derden niet beroepen. Daarbij maakt het - anders dan door het Hof is aangenomen - in beginsel geen verschil of degene die met de NV handelde van deze bevoegdheidsbeperking - waaraan in de verhouding tussen directeur en NV wel werking toekomt - op de hoogte was. Wel kan het zich voordoen dat in de omstandigheden van het gegeven geval degene die met de NV handelde zich in strijd met de goede trouw zou gedragen door de NV aan de met deze gesloten overeenkomst te houden, indien hij ondanks de hem bekende bevoegdheidsbeperking toch deze overeenkomst aanging, waarbij mede van belang kan zijn dat hijzelf bij de totstandkoming van het Besluit van de aandeelhoudersvergadering waarbij deze bevoegdheidsbeperking werd opgelegd, betrokken is geweest.’<sup>21</sup>

Een Bibolini-verweer kan slechts in uitzonderlijke situaties slagen. Het is niet voldoende dat de derde op de hoogte is van een intern werkende bevoegdheidsbeperking. Aanvullende, bijzondere omstandigheden zijn vereist. In het Bibolini-arrest bleef wegens een te grote verwevenheid met de feiten in het midden of daarvan sprake was. De eerste zaak waarin een Bibolini-verweer werd aanvaard is het Tiscali-arrest.<sup>22</sup> In die zaak kwam een bestuurder van Tiscali een riante regeling ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst overeen met een werknemer waarmee hij getrouwd was. Hij was daartoe op grond van de statuten in beginsel bevoegd, maar had de ava niet in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van haar aanwijzingsbevoegdheid. Het Hof oordeelde dat zich de uitzonderlijke situatie voordeed waarin de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg stond dat de vrouw van de bestuurder de vennootschap aan de beëindigingsregeling kon houden. Het Hof overwoog dat de regeling een in het oog springende nadelige transactie voor Tiscali is, omdat de arbeidsovereenkomst tegen een veel lager bedrag zou kunnen worden ontbonden. Bovendien wist of behoorde de werknemer te weten dat die nadeligheid werd beïnvloed doordat zij met de bestuurder getrouwd was. Daarbij heeft de bestuurder onvoldoende met zijn medebestuurder, tevens enig

<sup>21</sup> HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (Bibolini).

<sup>22</sup> Hof Amsterdam, 12 augustus 2008, *JOR* 2007/170 (Tiscali).

aandeelhouder, overlegd over de regeling, noch daarvoor vooraf goedkeuring gekregen. Onder deze bijzondere omstandigheden prevaleert het belang van de vennootschap boven dat van de ‘zekerheid in het rechtsverkeer’.

Aan de andere kant kunnen de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat de vennootschap zich jegens een derde niet op onbevoegde vertegenwoordiging kan beroepen. Dit spiegelbeeld van het Biboliniverweer is geformuleerd in het Pinakel-arrest.<sup>23</sup> De Hoge Raad overwoog:

‘(...) dat onder bijzondere omstandigheden de uitoefening door de vennootschap (veelal de curator in haar faillissement) van de bevoegdheid zich op de voet van art. 2:256 op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichte rechtshandeling te beroepen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van art. 2:256.’<sup>24</sup>

Deze rechtsoverweging houdt een verschuiving in van de bescherming van de vennootschap, naar bescherming van derden. In wetsvoorstel ‘Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen’ (het wetsvoorstel) wordt de keuze voor bescherming van derden van uitzondering tot regel gemaakt. De rechtsregel uit het Pinakel-arrest verliest dan zijn relevantie.

## 5 De voorgestelde tegenstrijdigbelangregeling

Het wetsvoorstel bewerkstelligt een verschuiving van de bescherming van het vennootschappelijk belang naar het belang van het handelsverkeer. Het voorstel vervangt de vertegenwoordigingsregel uit art. 2:256 BW door een besluitvormingsregel in art. 2:129 BW. Aan art. 2:129 BW worden twee leden toegevoegd, die luiden:

- ‘5. Bij de vervulling van zijn taak richt het bestuur zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
6. Een bestuurder neemt niet deel aan de besluitvorming over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen of als die er niet is de algemene vergadering. De statuten kunnen ten aanzien van het in de laatste volzin bedoelde geval anders bepalen.’

Aan art. 2:140 BW wordt een vijfde lid toegevoegd:

- ‘5. Een commissaris neemt niet deel aan de besluitvorming over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met

---

<sup>23</sup> HR 21 maart 2008, *NJ* 2008/297 (ook wel ‘Nieuwe Steen Investments’ genoemd).

<sup>24</sup> R.o. 3.5.5.

het belang bedoeld in lid 2. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, dan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.’

De verschuiving van de vertegenwoordigingsfase naar de besluitvormingsfase is in lijn met de Code Tabaksblat.<sup>25</sup> Het voorstel krijgt over het algemeen bijval in de literatuur. De nieuwe bepaling geeft duidelijkheid over de vraag wie bevoegd is tot besluitvorming bij een tegenstrijdig belang. In beginsel zijn dat de overige bestuurders. Indien dat niet mogelijk is omdat alle bestuurders besmet zijn of omdat er maar een bestuurder is, neemt de raad van commissarissen het besluit. De besluitvorming verplaatst mijns inziens niet naar de raad van commissarissen indien de stemmen in het bestuur staken doordat de besmette bestuurder niet mag deelnemen aan de besluitvorming. De onmogelijkheid om een besluit te nemen is dan immers geen gevolg van het tegenstrijdig belang, maar van een meningsverschil tussen de overige bestuurders. Indien er geen raad van commissarissen is of de commissarissen ook een tegenstrijdig belang hebben, verschuift de besluitvormingsbevoegdheid naar de ava.

Daarnaast maakt het wetsvoorstel een einde aan de problemen rondom de externe werking. Een besluit dat is genomen in strijd met het voorgestelde art. 2:129 BW is vernietigbaar op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW wegens strijd met wettelijke bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen.<sup>26</sup> De vernietiging van een bestuursbesluit in strijd met art. 2:129 BW werkt in beginsel echter slechts intern en heeft dus geen gevolgen heeft voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid. In beginsel, want een derde mag geen misbruik maken of welbewust profiteren van de wanprestatie van een ander, aldus de memorie van toelichting. Hoewel Lennarts en Boschma menen dat de memorie van toelichting zwijgt over de toepasselijkheid van de Bibolini-exceptie onder nieuw recht, komt deze zin mij voor als een parafrase van die rechtsregel.<sup>27</sup> De zinsnede ‘de wanprestatie van een ander’ doelt volgens mij op de contractbreuk door een bestuurder jegens de vennootschap bij overtreding van de tegenstrijdigbelangregeling. Ik meen dan ook, overigens met voornoemde auteurs, dat de Bibolini-exceptie haar betekenis onder het komende recht zal behouden. Iedereen die een redelijk belang heeft bij de naleving van art. 2:129 BW kan een vordering tot vernietiging instellen, zie art. 2:15 lid 3 sub a BW. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld een minderheidsaandeelhouder die door de transactie is geschaad.<sup>28</sup> Hiermee komt het beschermingsdoel van de bepaling tot uiting. Het is echter de vraag of de

---

<sup>25</sup> Best practice bepalingen II.3.2, II.3.3 en II.3.4 van de Nederlandse Corporate Governance Code.

<sup>26</sup> Lennarts & Boschma menen dat overtreding van het voorgestelde art. 2:129 lid 6 BW tot nietigheid leidt, wanneer zonder de (nietige) stemmen die in strijd met art. 2:129 lid 6 BW zijn uitgebracht, de vereiste stemmenmeerderheid niet zou zijn gehaald (Lennarts & Boschma, a.w., p. 732).

<sup>27</sup> Lennarts & Boschma, a.w., p. 732.

<sup>28</sup> MvT, p. 13



regeling de beoogde bescherming wel kan bieden. Door de afschaffing van de externe werking bereiken aandeelhouders niets met vernietiging van het bestuursbesluit.

## 6 Het handhavingsprobleem onder de voorgestelde regeling

Een groot probleem van de regeling van art. 2:129 BW is het gebrek aan adequate handhavingsmiddelen voor aandeelhouders.<sup>29</sup> De memorie van toelichting merkt op dat de vennootschap schade door een tegenstrijdigbelangtransactie op grond van art. 2:9 jo. 6:162 BW kan verhalen op de bestuurder die zijn boekje te buiten is gegaan.<sup>30</sup> Voor aansprakelijkheid op grond van dat artikel moet de bestuurder een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van onbehoorlijk bestuur.<sup>31</sup> Wanneer hij heeft gehandeld in strijd met een bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen, zoals de tegenstrijdigbelangregeling, is dat in beginsel het geval.<sup>32</sup> Het probleem van dit handhavingsmechanisme is echter dat de vennootschap voor het instellen van een 2:9-vordering moet worden vertegenwoordigd door het bestuur of eventueel de raad van commissarissen. Indien zij dat weigeren, is het voor de aandeelhouders vrijwel onmogelijk om afgeleide schade door een tegenstrijdigbelangtransactie vergoed te krijgen. Dat geldt temeer voor de minderheidsaandeelhouder, die niet de macht heeft om het bestuur te (dreigen te) ontslaan met het doel een nieuw bestuur een 2:9-vordering te laten instellen. Het enquêterecht is mijns inziens ontoereikend. Aandeelhouders zouden in een enquêteprocedure kunnen verzoeken om de benoeming van een tijdelijke bestuurder die een 2:9-vordering zou kunnen instellen. Dit is een omslachtige weg die ook naar huidig recht, voor zover ik dat kan beoordelen, zelden door aandeelhouders wordt bewandeld om afgeleide schade vergoed te krijgen. Bovendien mag de OK aan de door hem aangestelde bestuurders

---

<sup>29</sup> Dit geldt voor crediteuren in mindere mate. Crediteuren lijden pas schade bij een faillissement. Bovendien hebben zij (veelal vertegenwoordigd door de curator) een behoorlijk arsenaal aan middelen om hun schade te verhalen. De handhavingsproblematiek voor aandeelhouders bestaat overigens tot op zekere hoogte ook al onder de huidige regeling.

<sup>30</sup> MvT, p 13. Waarom 'jo. 6:162 BW' is toegevoegd is mij onduidelijk, een vordering op grond van art. 2:9 BW volstaat. Wel is het zo dat een vordering van de vennootschap jegens een bestuurder op grond van art. 6:162 BW, wordt ingekleurd naar de norm van art. 2:9 BW. Zie: HR 2 maart 2007, *NJ* 2007/240 (Nutsbedrijf Westland).

<sup>31</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

<sup>32</sup> HR 29 november 2002, *NJ* 2003/455 (Berghuizer papierfabriek). Lennarts & Boschma, a.w., p. 732 merken mijns inziens terecht op dat de regel uit dit arrest niet alleen van toepassing is op statutaire, maar ook op wettelijke bepalingen die beogen de rechtspersoon te beschermen.

(waarschijnlijk) niet de concrete taak meegeven om een vordering ex art 2:9 BW in te stellen.<sup>33</sup>

Een afgeleide actie zou dit handhavingsprobleem kunnen oplossen. Indien aandeelhouders zelf een vordering tegen bestuurders kunnen instellen wanneer zij schade hebben geleden via hun aandelen, zijn ze niet afhankelijk van (onwelwillende) bestuurders of commissarissen. De afgeleide actie kan worden beschouwd als het sluitstuk van een effectieve interne tegenstrijdigbelangregeling. Kroeze zegt:

‘[E]en afgeleide actie [is] welbeschouwd niets anders dan een tegenstrijdigbelangregeling die ziet op de besluitvorming en vertegenwoordiging bij het instellen van een vordering tegen een (oud-) bestuurder, (oud-)commissaris of nauw verbonden derde.’<sup>34</sup>

In Nederland hebben aandeelhouders niet de bevoegdheid een afgeleide actie in te stellen.<sup>35</sup> Dat probleem wordt na invoering van het wetsvoorstel wellicht nijpender. Vernietiging van een in strijd met art. 2:129 lid 6 BW gemaakt bestuursbesluit doet in beginsel immers geen afbreuk aan de geldigheid van de daaruit voortvloeiende rechtshandeling. De benadeling van de vennootschap blijft na vernietiging dus in stand. In het vervolg van deze bijdrage doe ik twee suggesties die dit handhavingsprobleem zouden kunnen verzachten.

## 7 Oplossing 1: een 2:9-vordering door de ava?

De praktijk wijst uit dat bestuurders zelden een aansprakelijkheidsvordering tegen een collega instellen. Waarschijnlijk spelen onder andere gevoelens van loyaliteit en collegialiteit daarbij een rol.<sup>36</sup> Het is de vraag of de raad van commissarissen dan een vordering kan instellen. Indien de bestuurder nog op zijn stoel zit, is dat zoals gezegd onder de huidige regeling mijns inziens het geval. De betrokken bestuurder heeft immers per definitie een tegenstrijdig belang met de vennootschap ten aanzien van een actie op grond van art. 2:9 BW. De vertegenwoordigingsbevoegdheid (en wellicht de daaraan gekoppelde beslissingsbevoegdheid) verschuift dan naar de raad van commissarissen, die de vordering kan instellen.

Onder de voorgestelde regeling ligt dat iets gecompliceerder. De bevoegdheid tot besluitvorming verschuift pas naar de raad van commissarissen of de ava indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. De besluitvormings-

<sup>33</sup> Vgl. de conclusie van AG Timmerman bij HR 14 maart 2008, *JOR* 2008/123 (Begemann).

<sup>34</sup> M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 343.

<sup>35</sup> HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (Poot/ABP).

<sup>36</sup> Kroeze, a.w., p. 130-144.

bevoegdheid houdt waarschijnlijk niet tevens de vertegenwoordigingsbevoegdheid in.<sup>37</sup> Het bestuur en de bestuurders blijven dus vertegenwoordigingsbevoegd (voor zover ze dat waren). Mijns inziens dienen zij de vennootschap dan in beginsel te vertegenwoordigen conform de besluitvorming in de raad van commissarissen of de ava.<sup>38</sup> Doen zij dat niet, dan blijft er van een effectieve tegenstrijdigbelangregeling weinig over. Weigert het bestuur de besluiten van de raad van commissarissen of de ava op te volgen dan zouden laatstgenoemden een bijzonder vertegenwoordiger kunnen aanstellen die zorg draagt voor de benodigde vertegenwoordigingshandeling. Voor de aanstelling van de bijzonder vertegenwoordiger zelf is geen vertegenwoordigingshandeling nodig, omdat dit een direct extern werkend besluit is.

Als alle zittende bestuurders betrokken zijn geweest bij een tegenstrijdigbelangtransactie, is het bestuur niet bevoegd te besluiten tot het instellen van een 2:9-vordering wegens die transactie. De taak is dan weggelegd voor de raad van commissarissen. Als na de transactie één of meer nieuwe bestuurders zijn toegetreten, zijn zij bevoegd om dat besluit te nemen. De bevoegdheid van de raad van commissarissen verschuift dan naar die nieuwe, ‘niet besmette’ bestuurders. Letterlijke lezing van art. 2:129 BW kan in theorie leiden tot een merkwaardig pokerspel. De raad van commissarissen zou alle bestuurders aansprakelijk kunnen stellen, zelfs als er redelijkerwijs slechts vraagtekens kunnen worden gezet bij de taakvervulling door een aantal bestuurders. Een vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder die een aansprakelijkheidsclaim vreest, zou uit zelfverdediging alvast een collega aansprakelijk kunnen stellen.<sup>39</sup> Daarmee ontnemt hij de raad van commissarissen de mogelijkheid om namens de vennootschap het gehele bestuur aansprakelijk te stellen.

Men zou nog een stap verder kunnen theoretiseren. De commissarissen hebben onder omstandigheden een tegenstrijdig belang bij het instellen van een aansprakelijkheidsactie jegens het bestuur. Dat kan het geval zijn als zij al commissaris waren toen de transactie werd verricht. De aansprakelijkheid van een bestuurder zou immers een aanleiding kunnen zijn om het toezicht op het bestuur ook eens grondig onder de loep te nemen. Vanwege dit tegenstrijdig belang komt de beslissingsbevoegdheid tot het instellen van een aansprakelijkheidsactie toe aan de aandeelhoudersvergadering. Dat is uiteraard ook steeds het geval indien de vennootschap geen raad van commissarissen

---

<sup>37</sup> B.F. Assink, ‘Deel I – Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur’, in: B.F. Assink en D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse* (preadvies van de vereniging ‘Handelsrecht’ 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 74.

<sup>38</sup> Een uitzondering is denkbaar als het bestuur meent dat het voorgenomen besluit in strijd met het belang van de vennootschap is.

<sup>39</sup> De theoretische complicatie dat hij daarbij eventueel ook weer een tegenstrijdig belang heeft omdat hij zijn eventuele eigen aansprakelijkheid daarmee dwarsboomt, laat ik verder rusten.

heeft. De ava heeft in die gevallen de bevoegdheid om te besluiten tot het instellen van een 2:9-vordering (eventueel met behulp van een bijzonder vertegenwoordiger). Een eventuele schadevergoeding vloeit in het vermogen van de vennootschap. De 2:9-vordering vordering die wordt geïnitieerd door de ava is dan ook geen afgeleide actie. Het resultaat komt echter aardig in de buurt. De schadevergoeding is even afgeleid als de schade zelf. Men zou dan ook van een ‘afgeleide schadevergoeding’ kunnen spreken.

De door mij beschreven implicaties van het nieuwe art. 2:129 BW zijn hoogstwaarschijnlijk niet beoogd. Dat deze (studeerkamer)situaties in theorie toch mogelijk zijn, komt doordat de regeling alleen geschreven lijkt voor actieve handelingen.<sup>40</sup> Art. 2:129 BW houdt kennelijk geen rekening met tegenstrijdige belangen bij besluiten tot een nalaten, zoals het *niet* instellen van een 2:9-vordering.<sup>41</sup> Dat zou niet zo moeten zijn: de argumenten voor het ontnemen van de beslissingsbevoegdheid aan het bestuur bij een doen gaan immers evenzeer op voor een nalaten. Indien art. 2:129 BW enkel zou zien op een actief handelen, zou de raad van commissarissen niet bevoegd zijn te besluiten tot het instellen van een 2:9-actie. Dat zou een achteruitgang ten opzichte van het huidige recht betekenen en de ratio van de regeling ernstig ondermijnen. De opvatting dat de raad van commissarissen wél kan besluiten tot instelling van een 2:9-vordering brengt mijns inziens mee dat die bevoegdheid bij afwezigheid van een raad van commissarissen toekomt aan de ava. Men zou daar principiële problemen mee kunnen hebben. Besluitvorming, een aspect van ondernemingsbeleid, behoort ‘bij uitstek tot de bestuurstaak’.<sup>42</sup> Deze kritiek is gegrond, maar het uitgangspunt waarop zij steunt lijkt mij niet absoluut. De ava is vaker betrokken bij besluitvorming en ondernemingsbeleid, denk aan de benoeming van bestuurders en goedkeuring van besluiten ex art. 2:107a BW. Bovendien is de raad van commissarissen naar geldend recht ook bevoegd een 2:9-vordering jegens het bestuur in te stellen. De besluitvormingsbevoegdheid van de ava schept mijns inziens niet alleen problemen, maar biedt ook mogelijkheden. Onder het motto ‘een oester maakt van zijn probleem een parel’, zou de besluitvormingsbevoegdheid van de ava kunnen worden omarmd als een effectief handhavingsmiddel van art. 2:129 BW.

<sup>40</sup> Zie ook: A.F.J.A. Leijten, ‘Besluitvorming bij tegenstrijdig belang naar komend recht’ in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems’ wegen*, Deventer: Kluwer 2010.

<sup>41</sup> Dat geldt evenzeer voor stilzitten als voor een expliciet besluit tot nalaten. Aandeelhouders zouden via het agenderingsrecht overigens een expliciet besluit tot nalaten kunnen afdwingen via het agenderingsrecht.

<sup>42</sup> Assink, a.w., p. 73.

## 8 Oplossing 2: verruiming van de Bibolini-correctie?

De hoofdregel van art. 2:256 BW is dat de vennootschap extern niet gebonden is aan rechtshandelingen verricht door een besmette bestuurder. De hoofdregel van art. 2:129 BW is daarentegen externe gebondenheid van de vennootschap. De bescherming van de vennootschap heeft dus voor een belangrijk deel moeten wijken voor het belang van derden. Zoals hierboven uiteengezet zijn daar goede gronden voor, waarvan de belangrijkste is het verhogen van de zekerheid in het handelsverkeer. Wat echter niet uit het oog verloren mag worden, is de ratio van de tegenstrijdigbelangregeling: bescherming van het vennootschappelijk belang tegen de privébelangen van bestuurders en commissarissen. Dat belang komt onder de nieuwe regeling mogelijk in het gedrang. Er wordt dan ook wel gezegd dat met de afschaffing van de externe werking van art. 2:256 BW, het kind met het badwater wordt weggegooid.<sup>43</sup> De scherpe kantjes van de nieuwe regeling zouden kunnen worden afgevlind door het toepassingsbereik van het Biboliniverweer te verruimen. Voor toepassing van het Biboliniverweer is het onvoldoende dat de derde op de hoogte is van een bevoegdheidsbeperking. Aanvullende omstandigheden zijn vereist. De eis van extra, bijzondere omstandigheden zou moeten worden verworpen. Het gebrek aan een adequaat handavingsmechanisme zou bestuurders in de verleiding kunnen brengen vennootschapsvermogen aan zijn privévermogen ten goede te laten komen. Een transactie met zichzelf, een familielid of een vennootschap waar hij een belang in heeft is daarvoor een mogelijke methode. Het welbewust profiteren van tegenstrijdigbelangtransacties mag niet worden aanvaard. Uit de eisen van redelijkheid en billijkheid – de grondslag van het Bibolini-verweer – vloeit mijns inziens voort dat kennis van benadeling van de vennootschap voldoende is om een contractspartij zijn recht tot nakoming te ontzeggen. De voorwaarden voor het Bibolini-verweer onder art. 2:256 BW zijn streng, omdat toepassing ervan een extra verzwakking betekent van de toch al onzekere positie van de derde. De nieuwe regeling waarborgt als hoofdregel het belang van derden. Een verruiming van de Bibolini-correctie zou kunnen dienen ter compensatie van de aantasting van de positie van de vennootschap – het belang dat de regeling uiteindelijk beoogt te dienen.

Verruiming van de Bibolini-correctie zou niet zo ver moeten gaan dat zij een onderzoeksplicht naar een eventueel tegenstrijdig belang inhoudt. De onzekerheid voor het handelsverkeer die de onderzoeksplicht onder de huidige regeling meebrengt, is een doorn in het oog van wetenschap en praktijk. Zelfs in geval van twijfel mag niet van een derde contractspartij worden gevergd dat hij zich verdiept in de interne vennootschapsverhoudingen van zijn wederpartij. Verruiming van de Bibolini-correctie heeft naar mijn mening als hoofddoel het voorkomen van misbruik van de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling. Weten omvat daarom niet behoren te weten. De subjectieve kennis van de

---

<sup>43</sup> Noot A.F.J.A. Leijten bij Hof Amsterdam, 12 augustus 2008, *JOR* 2007/170 (Tiscali).

bevoegdheidsbeperking zal overigens vaak moeten worden afgeleid uit objectieve omstandigheden. Evidente benadeling van het vennootschapsvermogen kan daarbij een rol spelen. Een geslaagd Bibolini-verweer heeft tot gevolg dat de derde de vennootschap ‘niet meer aan de overeenkomst kan houden’. De precieze betekenis van die zinsnede, is niet glashelder. Mijns inziens zou het moeten inhouden dat de derde door een geslaagd Bibolini-verweer niet alleen zijn vorderingsrecht, maar ook zijn rechtsvordering verliest. Reeds verrichte rechtshandelingen zouden dan kunnen worden teruggedraaid op grond van onverschuldigde betaling. Dat biedt een aantal voordelen ten opzichte van een schadevergoedingsactie. Allereerst wordt insolvabiliteit van de aan te spreken bestuurder ondervangen. Daarnaast kunnen weggesluisde unieke bedrijfsmiddelen zoals octrooien worden teruggevorderd. De complicatie dat alleen de vertegenwoordigde vennootschap zich kan beroepen op de niet-gebondenheid aan een tegenstrijdigbelangtransactie, kan worden ondervangen via de in de vorige paragraaf besproken constructie.

## 9 Slot

De tegenstrijdigbelangregeling beoogt te voorkomen dat bestuurders hun privébelangen laten prevaleren boven het vennootschappelijk belang. De huidige tegenstrijdigbelangregeling beschermt als hoofdregel de belangen van de vennootschap. De externe werking van de regeling gaat ten koste van de zekerheid in het handelsverkeer. Het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht komt tegemoet aan de kritiek daarop, maar het is de vraag of daarmee het doel van de regeling niet te zeer wordt ondermijnd. Bij gebrek aan een afgeleide actie hebben aandeelhouders nauwelijks mogelijkheden om de tegenstrijdigbelangregeling te handhaven. In deze bijdrage heb ik een tweetal mogelijke remedies gesuggereerd. Allereerst zou art. 2:129 BW kunnen voorzien in de mogelijkheid voor de *ava* om een 2:9-vordering in te (doen) stellen. Daarnaast zou het Bibolini-verweer kunnen worden verruimd tot alle situaties waarin een derde weet dat hij handelt met een onbevoegde bestuurder. De eisen van redelijkheid en billijkheid die ten grondslag liggen aan het verweer verzetten zich tegen het stellen van bijzondere, aanvullende eisen. *Stewards* dienen, in de woorden van Adam Smith, niet al te kwistig om te gaan met het vermogen van hun *rich man*. Het recht dient het dan ook te beletten als zij dat wel doen.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Met dank aan Arnoud Pijls, Vino Timmerman en Bastiaan Assink voor hun commentaar.