

---

## Tegenstrijdig belang van bestuurders

### Inleiding

Bij beschikking van 30 december 2002 van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (hierna: OK) heeft de OK wanbeleid geconstateerd bij Aesculaap Beheer B.V. (hierna: Aesculaap Beheer) (ARO 2003, 18). De OK treft onder meer de volgende voorzieningen: vernietiging van de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders van Aesculaap Beheer tot decharge van de bestuurders voor het door hen gevoerde beleid, schorsing van de twee bestuurders zonder behoud van salaris en eventuele overige nevenverdiensten en tijdelijke benoeming van een bestuurder die niet de statutair voorgeschreven goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft voor bestuursbesluiten.

### Feiten

Florica Beheer B.V. (hierna: Florica), waarvan B.T.J. Floor (hierna: Floor) enig aandeelhouder en enig bestuurder is, houdt 24% van de aandelen in Aesculaap Beheer. De overige aandelen in Aesculaap Beheer worden gehouden door respectievelijk J.W. Masman Beheer B.V. (hierna: Masman Beheer), met als directeur en enig aandeelhouder J.W. Masman, en Stok Beheer B.V. (hierna: Stok Beheer), met als directeur en enig aandeelhouder D. Masman, de broer van J.W. Masman. J.W. Masman, D. Masman en Floor vormden oorspronkelijk

eveneens de statutaire directie van Aesculaap Beheer. In juni 1996 heeft Floor zijn activiteiten wegens gezondheidsproblemen moeten beperken en uiteindelijk geheel moeten staken, waarna hem een WAO-uitkering is toegekend.

Aesculaap Beheer hield alle aandelen in de vennootschap naar Belgisch recht Aesculaap N.V. en in Aesculaap B.V. (hierna: Aesculaap), alsmede 60% van de aandelen in Leadd B.V. (hierna: Leadd). De overige 40% van de aandelen in Leadd wordt gehouden door de Universiteit Leiden. J.W. Masman en Floor waren voornamelijk werkzaam ten behoeve van Aesculaap en Aesculaap N.V. D. Masman verrichtte in het bijzonder werkzaamheden voor Leadd. Aesculaap Beheer, Aesculaap en Aesculaap N.V. zijn werkzaam op het terrein van de groothandel in en ontwikkeling van diergeneeskundige middelen. De werkzaamheden van Leadd zijn voornamelijk gericht op onderzoek op dat terrein. Mede om die reden waren er in Aesculaap Beheer, Aesculaap en Leadd verschillende immateriële activa aanwezig in de vorm van octrooien en registraties.

Medio juni 1998 heeft Aesculaap Beheer, vertegenwoordigd door J.W. Masman, alle aandelen in Aesculaap voor f 60.000 verkocht aan Animal Box B.V. en alle door haar gehouden aandelen in Leadd (60% van het geplaatste kapitaal) verkocht voor f 24.000 aan Aesculaap Beheer Biotechnology B.V. Animal Box B.V. en Aesculaap Beheer Biotechnology B.V. zijn opgericht op 29 mei 1998 en de aandelen in beide vennootschappen worden gehouden door Masman Beheer en Stok Beheer gezamenlijk.

### Procedure bij de OK

Florica heeft op 8 mei 2000 verzocht een enquête te bevelen bij Aesculaap Beheer. Bij beschikking van 27 juli 2000 heeft de OK dit onderzoek bevolen in het bijzonder naar de gang van zaken met betrekking tot de verkoop van de aandelen in Aesculaap en Leadd.

Dit onderzoek is uitgevoerd en ingevolge een beschikking van 6 augustus 2002 bij de griffie van de OK ter inzage gelegd voor belanghebbenden. Hierna heeft Florica een verzoek tot het treffen van voorzieningen gedaan op grond van artikel 2:355 BW.

Bij beschikking van 30 december 2002 heeft de OK wanbeleid geconstateerd, onder meer wegens de overdracht van aandelen in Aesculaap en Leadd in strijd met de statutaire voorschriften en tegen een aanzienlijk lagere koopsom dan de waarde in het economisch verkeer, waarbij de bestuurders J.W. en D. Masman de belangen van aan hen gelieerde vennootschappen hebben vermengd met het belang van Aesculaap Beheer, en voorzieningen getroffen.

**Commentaar***Tegenstrijdig belang*

In de beschikking blijft het tegenstrijdig-belang-aspect naar mijn mening onderbelicht. In de beschikking van 27 juni 2000 overweegt de OK reeds dat de overdracht van aandelen in Aesculaap en Leadd op zijn minst de sfeer van benadeling ademt en in ieder geval voorwerp is van een ernstige belangenverstrengeling. In de beschikking van 30 december 2002 worden hier weinig woorden aan vuil gemaakt. Wederom duidt de OK op een ontoelaatbare belangenverstrengeling. Het tegenstrijdig belang is er in gelegen dat de gebroeders Masman als statutaire bestuurders van Aesculaap Beheer (waarvan hun persoonlijke vennootschappen Masman Beheer en Stok Beheer aandeelhouders zijn) een transactie hebben uitgevoerd namens Aesculaap Beheer, waarbij de aandelen in Aesculaap en Leadd zijn verkocht aan vennootschappen waar Masman Beheer en Stok Beheer tevens aandeelhouders in waren en de gebroeders Masman óók de functie van directeur uitoefenden. Het 'conflict of interest' lijkt me als een paal boven water te staan. De bijzondere verhouding waarin J.W. en D. Masman respectievelijk hun persoonlijke houdstervenootschappen als aandeelhouders van de kopende vennootschappen tot deze vennootschappen staan, zorgt ervoor dat de gebroeders aan beide kanten belangen moeten afwegen. Dit kwalificeert als een kwalitatief tegenstrijdig belang. Het gaat hier immers om de situatie dat de vennootschap – Aesculaap Beheer – handelt met een derde tot wie haar bestuurders in een bijzondere rechtsbetrekking staan, namelijk als aandeelhouders en bestuurders. In het Mediasafe I-arrest (HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568) heeft de Hoge Raad bepaald – onder verwijzing naar de woorden 'in alle gevallen' van artikel 2:146/256 BW – dat ook handelingen met een derde onder de strekking van de bepaling kunnen vallen.

Hoewel het in het Mediasafe I-arrest om een indirect tegenstrijdig belang ging, is er, denk ik, geen reden om aan te nemen dat de Hoge Raad bedoeld heeft het kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van artikel 2:146/256 BW te laten vallen.

Naast dit kwalitatieve tegenstrijdig belang kan ook worden verdedigd dat de bestuurders een indirect tegenstrijdig belang hebben, nu zij tevens een vermogensrechtelijk belang bij de transactie hebben als aandeelhouders van de kopende vennootschappen die de aandelen voor een aanzienlijk te lage koopprijs verkrijgen.

Op grond van artikel 2:146/256 BW kan alleen de vennootschap zelf zich op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van haar bestuur beroepen door een beroep te

doen op het bestaan van tegenstrijdig belang. Aangezien de OK in deze beschikking een tijdelijke bestuurder heeft aangesteld, lijkt mij hier een schone taak voor hem weggelegd. In beginsel wordt een bestuurder in geval van tegenstrijdig belang onbevoegd geacht de vennootschap te vertegenwoordigen. Die bevoegdheid ligt, indien uit de statuten niets anders blijkt, bij de raad van commissarissen dan wel bij een door de algemene vergadering van aandeelhouders daartoe aangewezen persoon. Uit de beschikking blijkt niet dat er bij Aesculaap Beheer een speciale statutaire regeling bestaat voor vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang. De wettelijke bepaling van artikel 2:256 BW is derhalve van toepassing. Aesculaap Beheer is onbevoegd vertegenwoordigd bij de overdracht van de aandelen. Uit het arrest Mediasafe II (HR 11 september 1998, NJ 1999, 171) vloeit voort dat artikel 2:256 BW externe werking heeft in de situatie dat de derde met wie de rechtshandeling verricht is, bekend was of had behoren te zijn met het feit dat er ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling sprake was van een tegenstrijdig belang, en de handelende persoon onbevoegd was de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Dit lijkt mij in het geval van de gebroeders Masman en hun vennootschappen onomstotelijk het geval, nu zij handelden als bestuurders en aandeelhouders van zowel de kopende vennootschappen als Aesculaap Beheer. Ook het onbevoegd vertegenwoordigen van Aesculaap Beheer zou mijns inziens als wanbeleid kunnen worden gekwalificeerd.

*Aansprakelijkheid van de bestuurders*

De gebroeders Masman hebben de aandelen verkocht zonder de vereiste goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders, en hebben Floor – als minderheidsaandeelhouder – in het geheel niet over deze overdracht van aandelen geïnformeerd. Recentelijk heeft de Hoge Raad in een arrest de aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW nader ingekleurd (HR 29 november 2002, JOR 2003, 2, Schwandt/BPF). Handelen in strijd met een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen, levert een ernstig verwijt op als bedoeld in artikel 2:9 BW, en in een dergelijk geval is de aansprakelijkheid van een bestuurder in beginsel gegeven. Hoewel het in het arrest Schwandt/BPF gaat om een goedkeuringsbevoegdheid van de raad van commissarissen, vraagt Bartman zich in zijn noot onder dit arrest af of hetzelfde geldt voor de goedkeuringsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders zoals vervat in artikel 2:107a van het wetsvoorstel tot herziening van de structuurregeling (TK 2001-2002, 28 179), dat in beginsel bij uitstek ziet op de verbetering van de positie van de aandeelhouders en dus niet op het eerste gezicht

---

het belang van de vennootschap in zijn geheel. Bartman is van mening dat schending van het statutaire goedkeuringrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders tevens in beginsel onbehoorlijk bestuur oplevert. Ik deel de mening van Bartman en vraag me dan ook af of in het geval van Aesculaap Beheer – in de lijn met het Schwandt/BPF-arrest – de aansprakelijkheid van de gebroeders Masman niet gegeven is, nu zij niet alleen hebben gehandeld in strijd met het statutaire goedkeuringrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders en daarvoor vooralsnog geen rechtvaardigingsgrond lijkt te zijn, maar daarenboven lijken te hebben gehandeld in strijd met artikel 2:256 BW.

*Mr. K.N. Claassens  
Stibbe*