
Tegenstrijdig belang genuanceerd

Inleiding

Op 29 juni 2007 is door de Hoge Raad opnieuw een arrest gewezen over tegenstrijdig belang.¹ Het arrest beperkt de (tot op heden veronderstelde ruime) reikwijdte van artikel 2:256 BW. Tot voor kort werd zowel een direct, een indirect als een kwalitatief tegenstrijdig belang geacht te kunnen vallen onder de reikwijdte van artikel 2:256 BW. Als gevolg van deze ruime uitleg van de tegenstrijdig-belangbepaling werd een bestuurder, die tevens bestuurder/aandeelhouder bij de wederpartij is, doorgaans geacht een tegenstrijdig belang te kunnen hebben. Het tegenstrijdig belang leek te volgen uit de *hoedanigheid* van de bestuurder. Deze benadering had, vanwege de externe werking van het tegenstrijdig belang, nadelige gevolgen voor de (vennootschapsrechtelijke) praktijk. Met name in concernverband, waarbij een bestuurder zowel de holding als de dochtervennootschap(pen) vertegenwoordigt, heeft dit niet zelden geleid tot een veelheid aan bestuurs- en aandeelhoudersbesluiten.² De algemene vergadering van aandeelhouders heeft krachtens artikel 2:256 BW immers steeds de bevoegdheid om één of meer personen aan te wijzen die de vennootschap in geval van een tegenstrijdig belang mag/mogen vertegenwoordigen. Uit het, in deze bijdrage te bespreken, arrest Bruil-Kombex/Bruil Arnhem blijkt dat het tegenstrijdig-belangbegrip minder ruim dient te worden uitgelegd dan voorheen werd aangenomen.

Tegenstrijdig belang

Artikel 2:256 BW (vergelijk art. 2:146 BW voor de NV) bepaalt:

‘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 de commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

De eerste zin ziet op de *vertegenwoordiging* van de vennootschap bij tegenstrijdig belang en is van regelend recht. De tweede zin handelt over de dwingendrechtelijke aanwijfsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders. De strekking van de bepaling is te voorkomen dat een bestuurder zich bij het uitoefenen van zijn functie laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van het

-
1. HR 29 juni 2007, LJN BA0033 (Bruil-Kombex/Bruil Arnhem). Deze uitspraak is geannoteerd door A.F.J.A. Leijten, alsmede door S.M. Bartman in JOR 2007, 169.
 2. Zie hierover onder meer de column van R.J. Abendroth, Voor het geval dat, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 225-226, alsmede G. Kreuze, Tegenstrijdig belang. Art. 2:256 BW, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 516-520 (bespreking ABN Amro/Dijkema q.q.).

belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Een succesvol beroep op de tegenstrijdig-belangregeling heeft niet-gebondenheid van de vennootschap tot gevolg.

In de statuten van de vennootschap kan evenwel een bepaling worden opgenomen die ertoe strekt dat de bestuurders, in geval van een tegenstrijdig belang, niettemin bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen. Het niet in acht nemen van de besluitvormingsregels heeft, indien het tegenstrijdig belang is 'weggeschreven' in de statuten, in beginsel slechts interne werking en laat de gebondenheid van de vennootschap en de wederpartij aan de transactie onverlet. Alleen bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen als zij de vennootschap, ondanks de gebrekkige besluitvorming, toch aan de transactie wil houden. Dit kan voorkomen in een tegenstrijdig-belang-situatie waarin de wederpartij op de hoogte is van het gebrek in de interne besluitvorming en niettemin nakoming eist.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Mediasafe I*³ een ruime uitleg gegeven aan het begrip tegenstrijdig belang. Een ruime uitleg van artikel 2:256 BW doet recht aan de op bescherming van het belang van de vennootschap gerichte strekking van die bepaling. In het arrest *Mediasafe II*⁴ heeft de Hoge Raad overwogen dat artikel 2:256 BW, in beginsel, externe werking heeft. Voorts overweegt de Hoge Raad in het arrest *Brandao/Joral*⁵ dat onder tegenstrijdig belang ook moet worden verstaan: indirect tegenstrijdig belang, waarbij een vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuurder, handelt met een vennootschap waarbij die bestuurder en directe familieleden betrokken zijn. In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad de aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders van dwingend recht geoordeeld. Uit het arrest *Duplicado*⁶ blijkt dat van een tegenstrijdig belang ook sprake kan zijn, wanneer de directeur/enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is, of wanneer de hoedanigheden van bestuurder/enig aandeelhouder die de transactie aangaat, in één persoon zijn verenigd (kwalitatief tegenstrijdig belang). Bovendien is in het *Duplicado*-arrest door de Hoge Raad overwogen dat bij het bestaan van een tegenstrijdig belang een uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders nodig is om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Een stilzwijgende aanwijzing of bekrachtiging van het onbevoegde handelen van de bestuurde door de algemene vergadering volstaat niet. De rechtspraak aangaande tegenstrijdig belang leek de laatste jaren te wijzen in de richting van een ruime strekking van artikel 2:256 BW. Het arrest *Bruil-Kombex/Bruil Arnhem* betekent evenwel een aanzienlijke nuancering van de ruime uitleg van het tegenstrijdig-belangbegrip.

3. HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568 m.nt. Ma (*Mediasafe I*).

4. HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 m.nt. Ma (*Mediasafe II*).

5. HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 m.nt. PvS (*Brandao/Joral*).

6. HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 m.nt. Ma (*Duplicado*).

Feiten

In augustus 1984 verkoopt *Bruil Arnhem Beheer B.V.* (hierna: *Bruil Arnhem*) een perceel industrieterrein te Arnhem, met daarop bedrijfsgebouwen, aan *Bruil-Kombex-Arnhem B.V.* (hierna: *Bruil-Kombex*) voor de koopprijs van f 580.000. De heer Bruil was ten tijde van de koopovereenkomst en levering directeur en grootaandeelhouder van zowel *Bruil-Kombex* (enig aandeelhouder) als *Bruil Arnhem* (samen met zijn vader en zijn zuster). De heer Bruil heeft beide vennootschappen bij de koopovereenkomst en de levering vertegenwoordigd. De statuten van *Bruil Arnhem* bepalen evenwel dat de vennootschap, in geval van een tegenstrijdig belang, wordt vertegenwoordigd door iedere commissaris. In het kader van de koopovereenkomst is onder meer een voorkeursrecht van koop verleend door *Bruil Arnhem* aan *Bruil-Kombex* voor de door *Bruil Arnhem* in eigendom behouden (en dus niet aan *Bruil-Kombex* verkochte) gedeelten van de kadastrale percelen. Dit voorkeursrecht speelt in de procedure een centrale rol. Op 10 november 1994 worden de aandelen in *Bruil Arnhem* verkocht aan *Ballast Nedam Bouw B.V.* Een aantal jaren daarna vervreemdt *Bruil Arnhem* een perceel industrieterrein aan een derde zonder het eerder aan *Bruil-Kombex* verleende voorkeursrecht te respecteren. *Bruil-Kombex* vordert van *Bruil Arnhem* betaling van de boete, die is gesteld op overtreding van het aan *Bruil-Kombex* verleende voorkeursrecht. *Bruil Arnhem* weigert echter tot betaling over te gaan.

Bruil-Kombex dagvaart in 2000 *Bruil Arnhem* en vordert betaling van de boete (groot EUR 250.000) en naleving van het voorkeursrecht. De rechtbank veroordeelt *Bruil Arnhem* tot betaling van een gematigde contractuele boete van EUR 22.689,01 vermeerderd met de wettelijke rente wegens gedeeltelijke schending van het voorkeursrecht.⁷ *Bruil Arnhem* stelt tegen dit vonnis hoger beroep in bij het hof te Arnhem. Het hof oordeelt dat *Bruil Arnhem* niet aan het voorkeursrecht is gebonden, daar zij destijds wegens tegenstrijdig belang onbevoegd is vertegenwoordigd. Het hof is uitgegaan van de opvatting dat het moet beoordelen of 'in abstracto' een tegenstrijdig belang bestaat, en is tot de conclusie gekomen dat niet relevant is of de betrokken belangen, achteraf bezien, ook daadwerkelijk en in de concrete omstandigheden van dit geval, tegenstrijdig waren.⁸

Beslissing in cassatie

De Hoge Raad overweegt dat artikel 2:256 BW in de eerste plaats strekt tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder van de vennootschap de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen, als hij 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

7. Zie voor de overwegingen: Rb. Arnhem 21 februari 2002, NJkort 2003, 4.

8. Hof Arnhem 11 oktober 2005, JOR 2005, 294, r.o. 4.4-4.6.

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. Daarbij is voor de toepassing van artikel 2:256 BW niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden. Het is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld dat 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 volgens de Hoge Raad slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.⁹ Voorts overweegt de Hoge Raad dat een tegenstrijdig belang zich ook kan voordoen als, zoals in dit geval, de bestuurder (de heer Bruil) tevens enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere BV, waarbij hij nauw betrokken is. Ook wanneer de hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder van de betrokken BV's in één persoon zijn verenigd, zullen de belangen van de BV's niet noodzakelijkerwijs altijd parallel lopen. Óf een tegenstrijdig belang bestaat, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het concrete geval.¹⁰

De Hoge Raad vervolgt onder r.o. 3.6:

‘In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van artikel 2:256 sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn. In dit verband verdient nog opmerking dat het voorschrift van artikel 2:256, eerste zin, BW van regeland recht is en dienaangaande ruimte laat voor een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten. Waar niettemin voldoende duidelijk is dat ook zonder een daarop gerichte afwijkende statutaire regeling de afweging van belangen van de vennootschap(en) en de daaraan verbonden onderneming in groepsverband aan de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder is toevertrouwd teneinde de desbetreffende rechtshandeling(en) aan te gaan, zal artikel 2:256 niet zonder meer toepassing mogen vinden op grond van het enkele feit dat de bestuurder de belangen van twee onderscheiden vennootschappen heeft behartigd.’

Indien het tegenstrijdig belang niet is ‘weggeschreven’ in de statuten, kan een beroep op artikel 2:256 BW alleen slagen als het tegenstrijdig belang op grond van daartoe naar voren gebrachte omstandigheden ertoe leidt dat de bestuurder het vennootschappelijk belang niet met de vereiste integriteit en objectiviteit kan behartigen. De Hoge Raad overweegt onder r.o. 3.7 als volgt:

‘Bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten zal een beroep op artikel 2:256 BW ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin 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. Mede in aanmerking genomen de ingrijpende gevolgen die aan een geslaagd beroep op artikel 2:256 BW zijn verbonden, is immers niet aanvaardbaar dat wordt volstaan met het aanvoeren van de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd op de wijze als hiervoor is omschreven. Het is niet in het belang van het handelsverkeer en het strookt niet met de strekking van artikel 2:256 BW dat achteraf met een beroep op deze bepaling een rechtshandeling van de vennootschap zou kunnen worden vernietigd zonder dat is aangetoond dat de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming van de betrokken bestuurder inhoudelijk ondeugdelijk was wegens een ontoelaatbare samenloop van tegenstrijdige belangen.’

De nuance toegelicht

De centrale vraag in onderhavig arrest is of het tegenstrijdig-belangbegrip van artikel 2:256 BW meer formeel (abstract) dan wel meer materieel (concreet) dient te worden ingevuld. Een formele invulling van de tegenstrijdig-belangregeling leidt tot een ruime reikwijdte van artikel 2:256 BW, terwijl een materiële invulling resulteert in een meer beperkte strekking. De vraag of sprake is van een tegenstrijdig-belangsituatie ‘betreft een feitelijke vraag die beoordeeld dient te worden naar de omstandigheden van het geval waarbij het vooral van belang is na te gaan of in de omstandigheden van het geval de belangen van de bestuurder en de vennootschap parallel liepen’, aldus A-G Timmerman in zijn conclusie voor het arrest Bruil-Kombex/Bruil Arnhem.¹¹ Hij licht dit nader toe onder 3.42:

9. HR 29 juni 2007, LJN BA0033 (Bruil-Kombex/Bruil Arnhem), r.o. 3.4.

10. HR 29 juni 2007, LJN BA0033 (Bruil-Kombex/Bruil Arnhem), r.o. 3.5.

11. Conclusie mr. L. Timmerman onder 3.39.

‘Bij de beoordeling of (...) sprake is van een tegenstrijdig belang zal men dienen na te gaan of ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling een eigen belang bij de bestuurder bestond op grond waarvan het aannemelijk is dat die eigen belangen van de bestuurder/aandeelhouder hebben geprevaleerd boven het belang van de vennootschap. Daarbij behoort aandacht te worden besteed aan alle relevante omstandigheden van het geval, zoals de aard en de opzet van de betrokken rechtshandeling en de concrete belangen van de betrokken vennootschappen daarbij en de omvang van de aandelenbelangen van de bestuurder in de beide vennootschappen.’

De A-G trekt voor zijn belangwekkende conclusie ruim vijftien pagina's uit, waarin hij onder meer de materiële benadering van het tegenstrijdig belang (in navolging van Maeijer¹²) verdedigt. Timmerman acht een formele invulling onwenselijk, omdat de reikwijdte van artikel 2:256 BW ‘dan wel heel ruim wordt’.¹³ Een dergelijke ruime reikwijdte vindt hij bezwaarlijk gezien de verstrekkende gevolgen van een geslaagd beroep op artikel 2:256 BW:

‘Er moet echt iets mis zijn met de van een bestuurder door de wet geëiste zuivere behartiging van de belangen van de vennootschap, wil het gerechtvaardigd en proportioneel zijn dat deze verstrekkende gevolgen intreden.’

Het tegenstrijdig-belangbegrip dient materieel te worden getoetst. Het door de vennootschap aanvoeren van de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang volstaat niet.

Tot besluit

De uitspraak Bruil-Kombex/Bruil Arnhem kan, mijns inziens, worden beschouwd als een aanzienlijke nuancering van het tegenstrijdig-belangbegrip. De feitelijke vraag of sprake is van een tegenstrijdig-belangssituatie, moet worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, waarbij het voornamelijk van belang is na te gaan of in de omstandigheden van het geval de belangen van de bestuurder en de vennootschap parallel liepen. Dit arrest zal, naar verwachting, mogen rekenen op overwegend instemmende reacties vanuit de vennootschapsrechtelijke praktijk. Evenwel blijft het in de praktijk lastig om feitelijk vast te stellen of een tegenstrijdig belang zich daadwerkelijk voordoet. Het is dan ook nog maar de vraag in hoeverre dit arrest zal leiden tot een afname van het aantal bestuurs- en aandeelhoudersbesluiten in de transactiepraktijk.

*Mr. R.F. Hofstede
Loyens & Loeff*

12. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 295. Vgl. conclusie mr. L. Timmerman onder 3.32.

13. Conclusie mr. L. Timmerman onder 3.40.