

De Hoge Raad gaf onlangs uitleg aan de voor nv's en bv's geldende regeling van tegenstrijdig belang.<sup>1</sup> Deze regeling is van belang voor vennootschapsrechtjuristen, maar ook voor andere advocaten die te maken hebben met kapitaalvennootschappen. Een tegenstrijdig belang bij een cliënt kan een advocaat bovendien raken in de eigen praktijk. Hoe moet in die gevallen de vertegenwoordiging worden geregeld, wat zijn de gevolgen bij handelen in strijd met de regeling en wat wordt van de wederpartij verwacht?

# Tegenstrijdig belang in kapitaalvennootschappen

## Zie de omstandigheden van het geval

.....  
**Michaël S. van Knippenberg**  
advocaat te Enschede  
.....

**N**v's en bv's (verder: 'vennootschappen') kunnen rechtshandelingen verrichten doordat zij worden vertegenwoordigd. Deze vertegenwoordiging vindt plaats door of met volmacht van het bestuur. Indien de belangen van een vennootschap bij een bepaalde rechtshandeling tegenstrijdig zijn met de belangen van een of meer van haar bestuurders, verliest echter in beginsel het (gehele) bestuur haar bevoegdheid de vennootschap te vertegenwoordigen (art. 2:146 (nv)/ 256 (bv) BW). Vertegenwoordiging kan dan door commissarissen of een of meer door de algemene vergadering (van aandeelhouders) aangewezen bijzonder vertegenwoordigers plaatsvinden.

De vennootschap kan de onbevoegdheid van haar bestuur soms ook aan derden tegenwerpen. Daarnaast loopt de bestuurder die onbevoegd vertegenwoordigt het risico van persoonlijke

aansprakelijkheid. Een advocaat die adviseert bij een rechtshandeling waarbij een kapitaalvennootschap betrokken is, moet daarom controleren of er sprake is van een tegenstrijdig belang.

### 'Tegenstrijdig belang'

De wet geeft geen omschrijving van 'tegenstrijdig belang'. De literatuur onderscheidt verschillende soorten.<sup>2</sup> Een vennootschap kan een overeenkomst sluiten met een bestuurder of tegen deze een gerechtelijke procedure voeren, het directe of formele tegenstrijdig belang. Bij een rechtshandeling kan het belang spelen van een andere rechtspersoon waarbij een bestuurder ook een functie vervult, het kwalitatief tegenstrijdig belang. Een bestuurder kan een persoonlijk of kwalitatief belang bij een rechtshandeling met een derde hebben (het indirecte tegenstrijdig belang). Het tegenstrijdig belang kan ook immaterieel van aard zijn (het ideëel tegenstrijdig belang). In al deze gevallen kan art. 2:256 BW van toepassing zijn. Niet noodzakelijk is dat de bestuurder in privé bij de overeenkomst partij is of dat zeker is dat

de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap leidt.<sup>3</sup>

### Bijzonder vertegenwoordiger

De vennootschap kan volgens art. 2:256 BW in een geval van tegenstrijdig belang worden vertegenwoordigd 'door commissarissen'. Meestal wordt aangenomen dat daarmee de raad van commissarissen bedoeld is.<sup>4</sup> Heeft de vennootschap geen commissarissen, is het bestuur toch onbevoegd, en moet de algemene vergadering een bijzonder vertegenwoordiger aanwijzen.<sup>5</sup>

Van art. 2:256 BW kan statutair worden afgeweken. Regelmatig ziet men in statuten van vennootschappen de regeling dat het bestuur bij een tegenstrijdig belang toch bevoegd is. De bevoegdheid van de algemene vergadering bijzonder vertegenwoordigers aan te wijzen kan niet door de statuten worden uitgesloten.<sup>6</sup> Zij bestaat derhalve ook als vertegenwoordiging door commissarissen of het bestuur kan plaatsvinden.<sup>7</sup> De algemene vergadering mag de bestuurder met wie een tegenstrijdig belang bestaat



als bijzonder vertegenwoordiger aanwijzen.<sup>8</sup> Bij een vennootschap met één aandeelhouder die tevens bestuurder is kan stilzwijgende bekrachtiging van onbevoegde vertegenwoordiging niet zonder meer worden aangenomen. Het besluit tot aanwijzing van een bijzonder vertegenwoordiger dient expliciet te worden genomen.<sup>9</sup>

### Informatieplicht

De Hoge Raad heeft in het arrest *Brandao/Joral*<sup>10</sup> beslist dat het bestuur in het algemeen de algemene vergadering zodanig

tijdig over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dient te informeren, dat deze in de gelegenheid is de bevoegdheid tot aanwijzing van bijzonder vertegenwoordigers uit te oefenen. Het besluit van het bestuur tot het aangaan van de rechtshandeling kan anders worden vernietigd op vordering van iedere belanghebbende. Deze verplichting tot informeren bestaat naar mijn mening ongeacht of het bestuur volgens de statuten bevoegd is de vennootschap bij een tegenstrijdig belang te vertegenwoordigen.<sup>11</sup> Wordt dat uitgangspunt aanvaard,

dan lijkt bij vennootschappen met één aandeelhouder/bestuurder een statutaire regeling effectief die bepaalt dat het bestuur bij tegenstrijdig belang toch bevoegd is. Vennootschappen met een dergelijke statutaire regeling de algemene vergadering in ieder geval (tijdig) over het tegenstrijdig belang worden geïnformeerd.

Gezien de formulering van de Hoge Raad ('in het algemeen') zijn uitzonderingen mogelijk. Het tijdig informeren van de algemene vergadering zal soms niet praktisch uitvoerbaar zijn. Factoren

1 Hoge Raad 29 juni 2007, JOR 2007/169, JOL 2007/484, NJ 2007/420, LJN BA0033 (Kombex/Bruil).

2 Zie bijvoorbeeld Van Schilfgaarde/Winter, 'Van de B.V. en de N.V.' (2006) nr. 69, Asser-Maeijer 2-III (2000) nr. 295 en Dorresteijn, 'Een nieuwe wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang' in *O&F* nr. 65 (april 2005), p. 25.

3 Hoge Raad 9 juli 2004, NJ 2004/295, JOR 2004/266 (Duplicado/Goedkoop q.q.).

4 Zie onder meer Asser/Maeijer, t.a.p. en Van der Heijden/Van der Grinten Handboek (1992) nr. 278. Volgens Van Schilfgaarde/Winter (t.a.p.) zijn

echter de individuele commissarissen bevoegd.

5 Zie onder meer Rechtbank Amsterdam, 20 februari 1940, NJ 1940/303, Asser/Maeijer, nr. 296 en Van Schilfgaarde/Winter, t.a.p.

6 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 3 mei 2002, NJ 2002/393, JOR 2002/111 (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2.

7 Aangenomen wordt dat een dergelijke benoeming ten gevolge heeft dat (zonder dat besluit) bevoegde commissarissen dan wel het bestuur de bevoegdheid te vertegenwoordigen verliezen. Vergelijk Van Schilfgaarde/Winter, t.a.p., waarin de bevoegdheid

van de commissarissen 'voorwaardelijk' wordt genoemd.

8 Zie Rechtbank Haarlem, 14 januari 1947, NJ 1948/289, Rechtbank Rotterdam 21 april 1995, NJ 1996/398, Asser-Maeijer, t.a.p., Van der Grinten t.a.p., Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (2006), nr. 3.4.5; anders: Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht* (2005), paragraaf 70. Uit het arrest Duplicado-Goedkoop q.q. (zie noot 3) volgt impliciet dat de Hoge Raad van mening is dat een bestuurder met wie een tegenstrijdig belang bestaat, benoemd kan worden tot bijzonder vertegenwoordiger.

9 Duplicado/Goedkoop q.q., zie noot 3.

10 Zie noot 6.

11 De door de Hoge Raad in het arrest gebruikte argumenten zijn immers tevens van toepassing indien het bestuur volgens de statuten bij een tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd is. In dezelfde zin rechtbank Amsterdam 4 april 2007, JOR 2007/139 (Select/Tiscali), r.o. 7.3. Anders: Rutten, *Vennootschap & Onderneming* 2004, p. 172.

12 Zie voor het gebruik van de code in plaats van het op voorhand informeren van de algemene vergadering: Verdam in *WPNR* 6626, p. 505 e.v.

als de grootte van de vennootschap, het aantal aandeelhouders en het relatief geringe belang van een transactie zouden daarbij een rol kunnen spelen. Mijns inziens zou een vennootschap dan andere procedures moeten hanteren die waarborgen dat integer met een tegenstrijdig belang wordt omgegaan, zoals die opgenomen in de Nederlandse Corporate Governance Code.<sup>12</sup> Dergelijke interne procedures doen overigens niet af aan de eisen die aan de vertegenwoordiging worden gesteld. Deze eisen gelden bijvoorbeeld ook voor een beursgenoteerde nv.

## Bevoegdheden

Uit art. 130/240 BW lid 1 volgt mijns inziens dat bijzonder vertegenwoordigers en commissarissen geen vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben als er geen tegenstrijdig belang bestaat. In gevallen dat getwijfeld wordt of er wel of geen tegenstrijdig belang is, kan daarom onduidelijk zijn wie bevoegd is tot vertegenwoordiging. Dit probleem wordt ondervangen als de algemene vergadering bestuurders als bijzonder vertegenwoordigers aanwijst of als vertegenwoordiging plaatsvindt door het bestuur en commissarissen (dan wel bijzonder vertegenwoordigers) gezamenlijk.

Indien commissarissen of bijzonder vertegenwoordigers bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen, betekent dit nog niet dat zij de bevoegdheid hebben de beslissing waaraan uitvoer dient te worden gegeven te nemen.<sup>13</sup> De meeste auteurs nemen aan dat de beslissingsbevoegdheid blijft bij het orgaan dat (ook) beslist als er geen sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang, in veel gevallen het bestuur.<sup>14</sup> De commissarissen of bijzonder vertegenwoordigers kunnen vervolgens beslissen wel of niet te vertegenwoordigen. Zij vormen als het ware een sluis die zou moeten voorkomen dat uitvoering wordt gegeven aan een besluit waarbij het bestuur het belang van de vennootschap laat beïnvloeden door een eigen belang.

## Gevolgen onbevoegde vertegenwoordiging

### Intern

Een bestuurder die onbevoegd heeft

## Niet de enkele mogelijkheid maar de omstandigheden van het geval bepalen of er sprake is van een juridisch relevant tegenstrijdig belang



vertegenwoordigd kan door de vennootschap aansprakelijk worden gesteld voor de daardoor veroorzaakte schade. Van interne bestuurdersaansprakelijkheid kan pas sprake zijn bij ernstig verwijtbaar handelen van de bestuurder.<sup>15</sup> Echter, als de bestuurder statutaire voorschriften die de vennootschap beogen te beschermen niet in acht neemt, is hij aansprakelijk, behoudens door hem aan te voeren feiten en omstandigheden<sup>16</sup>. Het niet in acht nemen van art. 2:256 BW of de uit Brandao/Joral voortvloeiende informatieplicht zou wellicht dezelfde gevolgen kunnen hebben.

Het veronachtzamen van tegenstrijdige belangen dan wel het niet (tijdig) informeren van de algemene vergadering kan bovendien aanleiding zijn voor een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer.<sup>17</sup> Daarin zou geoordeeld kunnen worden dat sprake is van wanbeleid.

### Jegens derden

De Hoge Raad oordeelde in het tweede arrest in de zaak *Mediasafe* dat een vennootschap de uit art. 2:256 BW voortvloeiende vertegenwoordigingsonbevoegdheid van haar bestuur aan derden kan tegenwerpen indien de daarin bedoelde tegenstrijdigheid van belangen 'ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn'

(r.o. 2.2).<sup>18</sup>

Soms mag van de wederpartij enig onderzoek worden verwacht. Hoe dat onderzoek dient plaats te vinden en hoever het moet strekken, hangt af van de omstandigheden van het concrete geval. Het zal in ieder geval erop gericht dienen te zijn dat redelijke twijfel ten aanzien van het bestaan van het tegenstrijdig belang en de vraag of de voor dat geval eventueel aangewezen voorzieningen zijn getroffen, wordt weggenomen.<sup>19</sup> Waarschijnlijk mag van een professionele kredietverstrekker meer onderzoek verwacht worden dan van een 'gewone' wederpartij.<sup>20</sup> De mate van bekendheid met de belangen in de vennootschap zal tevens een rol spelen.

Een wederpartij kan zich niet beroepen op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid opgewekt door de hoedanigheid van enig aandeelhouder van een bestuurder die bij een rechtshandeling voor meerdere vennootschappen optreedt. Een beroep op art. 3:61 lid 2 BW zou slechts kunnen slagen indien de gewekte schijn betrekking heeft op het bestaan van een uitdrukkelijk aandeelhoudersbesluit tot aanwijzing van een bijzonder vertegenwoordiger.<sup>21</sup>

### Bevoegdheid beroep op 2:256 BW

Niet een wederpartij, alleen de vennootschap<sup>22</sup> en haar eventuele curator<sup>23</sup> kunnen zich beroepen op de onbevoegdheid van het bestuur. De rechter kan art. 2:256 BW niet ambtshalve toepassen<sup>24</sup>. Wel kan de feitenrechter aan procespartijen vragen zich uit te laten over de toepasselijkheid van het artikel als het feitencomplex daar aanleiding toe geeft en de vordering mede is gebaseerd op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van het bestuur.<sup>25</sup> De bevoegdheid een beroep te doen op art. 2:256 BW verjaart niet. Er is immers geen binding aan de rechtshandeling indien het bestuur de vennootschap niet rechtsgeldig heeft kunnen vertegenwoordigen.<sup>26</sup>

Bestuurders die de vennootschap onbevoegd hebben vertegenwoordigd, kunnen in beginsel door de wederpartij aansprakelijk worden gesteld op basis van art. 3:70 jo. 3:78 BW. Zij dienen in te staan voor hun bevoegdheid als vertegenwoordiger, tenzij de wederpartij wist of behoorde te begrijpen dat deze ontbrak.

### Onderzoeksplicht?

De Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten of een wederpartij dient te onderzoeken of de algemene vergadering (tijdig) door het bestuur is ingelicht over een tegenstrijdig belang. De lagere rechtspraak is verdeeld.<sup>27</sup> Het belang van een eventuele onderzoeksplicht zal wellicht beperkt zijn. Is de algemene vergadering niet tijdig ingelicht, kan alleen *het bestuursbesluit* dat aan de rechtshandeling ten grondslag ligt in rechte worden vernietigd. De vertegenwoordigingshandeling blijft intact. Het ontbreken van een besluit kan in beginsel niet aan derden worden tegengeworpen.<sup>28</sup> Een krachtens de rechtshandeling geldende regel zal echter niet van toepassing zijn voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>29</sup>

Mijns inziens zou een aansprakelijke bestuurder die zelf wederpartij bij de rechtshandeling is, kunnen worden veroordeeld tot het verrichten van rechtshandelingen om de aangevochten transactie ongedaan te maken als schadevergoeding in natura. De rechter zou ook de rechtshandeling zelf kunnen vernietigen bij wijze van schadevergoeding.<sup>30</sup> Een wederpartij die onrechtmatig handelde door te profiteren van het niet informeren van de algemene vergadering door het bestuur kan wellicht eveneens worden veroordeeld tot een dergelijke schadevergoeding in natura.

### Abstract of concreet: Kombex/Bruil

## Als een bestuurder met zichzelf in privé een overeenkomst sluit, kan een tegenstrijdig belang worden vermoed, behoudens duidelijke indicaties dat zijn belangen en die van de vennootschap parallel lopen

In het eerste Mediasafe-arrest had het gerechtshof een tegenstrijdig belang 'gegeven' geacht omdat de vennootschap bij een kredietovereenkomst met de Rabobank aansprakelijkheid aanvaardde voor de schulden van de bestuurder. De Rabobank betoogde dat de belangen van bestuurder en vennootschap parallel liepen en de rechtshandeling in belang van beiden was. Dit verweer was volgens de Hoge Raad door het hof voldoende gemotiveerd verworpen met de overweging 'dat de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang nu juist wil voorkomen dat de weging van het belang van de vennootschap zou worden gemaakt door een bestuurder die eveneens een eigen belang bij de te sluiten overeenkomst heeft'. Deze rechtsoverweging deed vermoeden dat een 'abstract tegenstrijdig belang' (de mogelijkheid dat er een tegenstrijdig belang is) al voldoende zou zijn voor toepasselijkheid van 2:256 BW.<sup>31</sup> In de praktijk is mede daarom zeer voorzichtig met tegenstrijdige belangen omgegaan. Vanwege de veronderstelde ruime toepassing hield men er rekening mee dat reeds een puur kwalitatief te-

genstrijdig belang zoals dat in concerns regelmatig voorkomt (een rechtshandeling tussen vennootschappen met dezelfde bestuurder) onder art. 2:256 BW zou vallen. Regelmatig werden daarom aandeelhoudersbesluiten tot aanwijzing van een bijzonder vertegenwoordiger 'voor zover vereist' genomen.

De Hoge Raad heeft met het arrest Kombex/Bruil de toepasselijkheid van 2:256 BW strikter dan verwacht begrenst.<sup>32</sup> Of er sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van de wet dient volgens deze uitspraak beoordeeld te worden naar de omstandigheden van het concrete geval, de enkele *mogelijkheid* van een tegenstrijdig belang is nog niet voldoende. Het ging in die zaak om een vastgoedtransactie waarbij de kopende en de verkopende vennootschap door dezelfde persoon als bestuurder waren vertegenwoordigd. De Hoge Raad oordeelde dat het enkele feit dat een aandeelhouder bestuurder is van meerdere bij een rechtshandeling betrokken vennootschappen nog niet voldoende is om 2:256 BW van toepassing te laten zijn. Het artikel *kan* van toepassing zijn als 'de bestuurder tevens enig aandeelhouder heeft gehandeld met een andere vennootschap waarbij hij nauw betrokken is' (r.o. 3.5). Echter, 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 art. 2:256 sprake zijn, omdat het juist de

13 Van een vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang dient onderscheiden te worden de situatie dat de commissarissen de vennootschap vertegenwoordigen bij ontstentenis of belet van bestuurders, zie art. 2:134/244 BW lid 4 en 2:151/261 BW; de beslissingsbevoegdheid berust dan bij de commissarissen, Hoge Raad 5 november 1954, NJ 1956/321 (Tactor/Ritz-Lounge).

14 Zie bijvoorbeeld Van der Grinten t.a.p., Huizink in Kluwer Rechtspersonen aant. 8 bij 2:146 BW en Van Schilfgaarde/Winter, t.a.p. Anders: Blanco Fernández, die verdedigt dat de bevoegdheid van de bijzonder vertegenwoordiger of commissarissen een afweging te maken een beslissingsbevoegdheid

impliceert (onder meer in *Onderneming en Recht*, deel 25, *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (2003), p. 434).

15 Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997/360, JOR 1997/29 (Staleman/Van der Ven).

16 Hoge Raad 29 november 2002, NJ 2003/455, JOR 2003/2 (Schwandt/Berghuizen Papierfabriek).

17 Zie Leijten, "Tegenstrijdig belang in het enquêterecht" in "Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005/2006", pagina 119 en verder, en de daarin besproken jurisprudentie, alsmede Huijgen/Lennarts, T&C BW (2007), art. 2:256 BW, aant. 1.

18 Hoge Raad 11 september 1998, NJ 1999/171, JOR 1998/146.

19 Hoge Raad 14 juli 2006, NJ 2006/570, JOR 2006/179 (ABN AMRO/Dijkema q.q.), r.o. 3.3.2.

20 In dezelfde zin bijvoorbeeld Gepken-

Jager 2006, SDU Commentaar Ondernemingsrecht, 310 BW art. 2:256 C1.

21 ABN AMRO/Dijkema q.q. (zie noot 19), r.o. 3.3.4.

22 art. 2:130/240 BW lid 3; zie ook Van der Grinten t.a.p. en Sanders/Westbroek/Buijn/Storm (2005), nr. 5.7.9.

23 Duplicado-Goedkoop q.q. (zie noot 3), r.o. 3.4.2.

24 Dit volgt uit de strekking van de wet, zie ook de conclusie van A-G Timmerman bij Breda Industries/Interpolis Onroerend Goed, opgenomen in Hoge Raad 8 december 2006 (RvdW 2007/1147, NJB 2007/21, JOR 2007/37).

25 Dit deed het gerechtshof in Duplicado-Goedkoop q.q.

26 Zie r.o. 3.4.2 uit het Duplicado-arrest en de conclusie van A-G Timmerman bij Kombex/Bruil (noot 1), 4.22. In dat laatste arrest spreekt de Hoge Raad

zelf in r.o. 3.7 van vernietigen, doch dat lijkt een vergissing; zie Maciej in diens noot in NJ 2007/420.

27 De rechtbank Amsterdam ging er in de zaak Select/Tiscali (zie noot 11) vanuit dat een dergelijke onderzoeksplicht niet bestaat. De rechtbank Utrecht oordeelde op 16 mei 2007 (JOR 2007/170) in een eveneens tegen Tiscali aangespannen zaak echter anders.

28 Art. 2:130/240 BW lid 3, zie ook Huijgen/Lennarts, t.a.p., aant. 3 bij art. 2:240, Verdam, t.a.p., p. 507 en Hoge Raad, 9 juli 1990, NJ 1991/51 (Sluis), r.o. 3.2.

29 art. 6:2 BW lid 2, zie Van Schilfgaarde/Winter, t.a.p. nr. 57, Huijgen/Lennarts, t.a.p., aant. 5 bij art. 256, Leijten in diens noot onder JOR 2007/170 en Hoge Raad 17 december 1982, NJ 1983/480 (Bibolini).

30 Zie Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 411, Oosterveen, T&C BW (2007), art. 6:103

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' (r.o. 3.6).

Voor toepassing van art. 2:256 BW is vereist 'dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend zal laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming' (r.o. 3.4). Er dient sprake te zijn van een situatie dat de bestuurder zich vanwege een met het belang van de vennootschap strijdig persoonlijk belang niet in staat zou mogen achten het belang van de vennootschap met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling zou moeten onthouden (r.o. 3.7).

### Vermoeden

De kern van het arrest is dat naar de omstandigheden van het concrete geval beoordeeld dient te worden of een persoonlijk belang van een bestuurder strijdig is met dat van de vennootschap. Is de Hoge Raad daarmee teruggekomen op het oordeel in het eerste Mediasafe-arrest? De meningen daarover zijn verdeeld.<sup>33</sup> Wellicht zou een verweer dat de belangen van het bestuur en de vennootschap parallel liepen thans meer inhoudelijk worden beoordeeld dan het gerechtshof indertijd in het geval van Mediasafe deed.

De uitleg van de Hoge Raad heeft de praktijk er echter maar voor een gedeelte eenvoudiger op gemaakt. Voor rechtshandelingen tussen concernvennootschappen met eenzelfde bestuurder die daarbij evident geen persoonlijk belang heeft, behoort geen bijzonder vertegenwoordiger te worden aangewezen. Waarschijnlijk is er echter in alle

## Een bestuur kan een tegenstrijdig belang hebben en stellen dat het niet gebonden is aan de opdracht die aan de advocaat is gegeven

gevallen waarin een bestuurder met zichzelf in privé een overeenkomst sluit, aanleiding om de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang te vermoeden, tenzij er duidelijke indicaties zijn dat diens belang en het belang van de vennootschap parallel lopen.<sup>34</sup>

De eerder door de Hoge Raad gewezen jurisprudentie, die meer ingaat op de gevolgen van een tegenstrijdig belang, heeft nog niet aan relevantie verloren. In het geval een persoonlijk belang van een bestuurder strijdig is met dat van de vennootschap, kunnen de gevolgen nog altijd ingrijpend zijn, onder meer door de externe werking van art. 2:256 BW. Ondanks het arrest blijft voorzichtigheid geboden.

### In de advocatenpraktijk

Een advocaat die een bv of nv als cliënte of wederpartij heeft, behoort bedacht te zijn op een tegenstrijdig belang. Zonodig dient de advocaat op aanwijzing van een bijzonder vertegenwoordiger aan te dringen. Bij rechtshandelingen die in het verleden hebben plaatsgevonden, kan controle van de statuten en de besluitvorming geboden zijn.

Indien een vennootschap onbevoegd vertegenwoordigd is geweest, is be-

krachtiging ex art. 3:58 BW lid 1 jo. 3:59 BW mogelijk. De huidige algemene vergadering kan de indertijd vertegenwoordigende bestuurders alsnog als bijzonder vertegenwoordigers aanwijzen.<sup>35</sup> Is een bestuurder slechts impliciet als bijzonder vertegenwoordiger aangewezen, kan op basis van art. 2:15 BW lid 6 de aanwijzing worden bevestigd met een expliciet besluit.

Een wederpartij kan geen beroep doen op de onbevoegde vertegenwoordiging van een vennootschap. Naar mijn mening kan de wederpartij wel op basis van art. 3:69 lid 4 jo. 3:78 BW de vennootschap een termijn voor bekrachtiging stellen. Blijft die bekrachtiging uit, zou de rechtshandeling definitief ongeldig zijn.<sup>36</sup>

In de praktijkvoering kan een advocaat tevens op een tegenstrijdig belang stuiten. Een bestuur dat namens een cliënte een advocaat een opdracht geeft, kan een tegenstrijdig belang hebben. Alledaagse voorbeelden zijn het opstellen van een huurovereenkomst voor door een bestuurder aan de vennootschap te verhuren bedrijfsruimte en begeleiding van het ontslag van een bestuurder. De vennootschap zou achteraf kunnen stellen dat ze niet gebonden is aan de opdracht die aan de advocaat gegeven is.<sup>37</sup> De advocaat dient er tevens alert op te zijn dat het bestuur niet altijd instructies zal geven die in het belang zijn van de cliënte, de vennootschap.<sup>38</sup>

BW, aant. 2 en Parl. Geschiedenis Boek 3, p. 213 e.v.

31 Zie Van Schilfgaarde/Winter, t.a.p. en Van Veen, "Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang", *Ondernemingsrecht* 1999, p. 93.

32 Zie noot 1.

33 Leijten geeft in zijn noot in de JOR aan dat de Hoge Raad van de abstracte benadering die werd gehanteerd in Mediasafe is afgestapt. Hij merkt daarbij wel op dat A-G Timmerman in

diens conclusie de huidige benadering in lijn met eerdere arresten acht. Ook Maeijer meent, in zijn noot in NJ 2007/420, dat de Hoge Raad oordeelt "in de lijn van zijn eerdere, echter op dit punt nog niet zo duidelijk geformuleerde uitspraken".

34 Zie de conclusie van A-G Timmerman bij Kombex/Bruil onder 3.39 en Maeijer in diens noot onder dat arrest.

35 Een bekrachtiging ex art. 3:69 BW lid 1 jo. 3:78 BW is ook mogelijk, doch

minder praktisch, zie Nieuwe Weme in diens noot onder het arrest van het Hof Leeuwarden in ABN AMRO/Dijkema q.q., 6 oktober 2004, JOR 2004/323 en Huijgen/Lennarts, t.a.p., aant. 6.

36 Toepasselijkheid van art. 3:69 BW lid 4 op 2:130/240 BW blijkt uit Hoge Raad 30 april 1948, NJ 1949/253, Van Schilfgaarde/Winter nr. 53, Van der Grinten nr. 235.1, Slagter par. 19 onder f; zie verder Hijma, *T&C BW* (2007), art. 3:69 BW, aant. 6 en Asser-Kortmann 2-I

(2004) nr. 90.

37 Dit laatste gebeurde in de kwestie die leidde tot rechtbank Arnhem 11 april 2007, JOR 2007/168 (Gyömörei-Pondac).

38 In sommige gevallen zal optreden voor zowel de vennootschap als het bestuur voor de advocaat zelf een andersoortig 'tegenstrijdig belang' opleveren (in de zin van regel 7 van de Gedragsregels 1992).