

Tegenstrijdig belang en informatieplicht directie aan AvA

Hoge Raad 3 mei 2002, NJ 2002, 393 m.nt. PvS en JOR 2002, 111 m.nt. I en JJvH (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management N.V.) gepubliceerd in Bedrijfsjuridische berichten 2002-23, p. 200-202.

In het algemeen rust op het bestuur de plicht om de algemene vergadering van aandeelhouders te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. Niet-nakoming van deze plicht leidt tot vernietigbaarheid van het betreffende bestuursbesluit en mogelijk tot aansprakelijkheid van het bestuur jegens de vennootschap en derden.

Inleiding

In dit arrest komen verschillende interessante leerstukken aan de orde. Een van die leerstukken betreft het – in de praktijk nogal eens onderschatte – leerstuk van het tegenstrijdig belang. Het onderdeel van het arrest met betrekking tot dit leerstuk is ondanks zijn Antilliaanse basis ook van belang naar Nederlands recht omdat de regeling van het tegenstrijdig belang naar Nederlands en Antilliaans recht nauwelijks verschillend is (artt. 124 WvKNA en 2:146 BW). Artikel 124 WvKNA (gelijk aan art. 51 WvK (oud) en (vrijwel) gelijk aan artikel 2:146 BW) luidt als volgt:

"Tenzij bij akte van oprichting ('statuten' ex art. 2:146 BW; JDE) anders is bepaald, wordt de naamloze vennootschap in alle gevallen, waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd één of meer andere personen daartoe aan te wijzen." (Art. 2:256 BW bepaalt hetzelfde voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid onder Nederlands recht.)

Voorts geldt dat de Antilliaanse regeling inzake de nietigheid/vernietigbaarheid (een onderscheid dat het Antilliaanse recht niet kent) overeenkomstig de Nederlandse regeling terzake mag worden geïnterpreteerd (art. 101 WvKNA en de artt. 2:14 en 2:15 BW).

Feiten en procesverloop

Voor zover relevant voor deze bijdrage zijn de feiten die ten grondslag liggen aan dit arrest en het procesverloop als volgt. Brandao en Moron zijn beide voor 50% aandeelhouder van de Antilliaanse vennootschap Sundat Curacao N.V. (hierna: "Sundat"), terwijl Moron tevens enig bestuurder is van Sundat. Daarnaast is Moron, samen met zijn twee zonen, bestuurder van de Antilliaanse vennootschap Joral Management N.V. (hierna: "Joral"). Op basis van een managementovereenkomst tussen Sundat en Joral ontving Joral ten gunste van de twee zonen van Moron een forse managementfee van Naf 50.000 per maand. Bij het ondertekenen van

deze managementovereenkomst is Sundat vertegenwoordigd door Moron en Joral door de twee zonen van Moron. Kort nadat de managementovereenkomst is gesloten overlijdt Moron, waarna Brandao het besluit tot het aangaan van de managementovereenkomst en de managementovereenkomst zelf aanvecht onder andere omdat Sundat bij het tekenen van de managementovereenkomst niet rechtsgeldig is vertegenwoordigd omdat sprake was van een tegenstrijdig belang. Ingevolge (artikel 7 lid 4 van) de statuten van Sundat wordt deze vennootschap bij een tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en haar directeur, vertegenwoordigd door een andere directeur, en bij gebreke van deze door een daartoe door de algemene vergadering aangewezen persoon (een bepaling die men ook in veel statuten van Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen aantreft). Het Gerecht in Eerste Aanleg te Curacao (hierna: het "Gerecht") wijst de vordering van Brandao toe en vernietigt het besluit van het bestuur van Sundat om de managementovereenkomst te sluiten wegens strijd met de goede trouw en de managementovereenkomst zelf op grond van de – overigens niet door Brandao gestelde – actio pauliana. Op het door Joral ingestelde hoger beroep beslist het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het "Hof") echter dat de managementovereenkomst niet kan worden vernietigd vanwege de actio pauliana omdat Brandao geen schuldeiser is van Sundat. Daarnaast wijst het Hof ook de vordering tot vernietiging van de managementovereenkomst wegens tegenstrijdig belang af op de overigens juiste grond dat alleen de vennootschap daarop een beroep kan doen. Voor wat betreft de overige vorderingen, waaronder de nietigverklaring van het bestuursbesluit oordeelt het Hof dat voor toewijzing te weinig feiten zijn gesteld. Vervolgens gaat Brandao in cassatie en haar cassatieberoep slaagt.

Bespreking van het arrest van de Hoge Raad

Voor zover relevant voor deze bijdrage oordeelt de Hoge Raad, kort samengevat, als volgt (r.o. 3.5.2). De in de wet opgenomen tegenstrijdig-belangregeling beoogt te vermijden dat een bestuurder bij zijn handelen zijn persoonlijk belang laat prevaleren boven dat van de vennootschap. Onder tegenstrijdig belang moet ook worden verstaan een indirect tegenstrijdig belang zoals zich hier voordoet, waarin een vennootschap, vertegenwoordigd door haar bestuurder, een managementovereenkomst sluit met een vennootschap waarbij die bestuurder en directe familieleden van die bestuurder betrokken zijn. Op grond van de strekking van de wettelijke regeling zal in tegenstrijdig-belangsituaties van het bestuur mogen worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zoveel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. Indien een vennootschap, zoals in deze Sundat, geen raad van commissarissen heeft, is de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: de "AvA") krachtens artikel 124 WvKNA (artt. 2:146 en 2:256 BW) bevoegd om in gevallen van tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze bepaling is van dwingend recht. Gezien de strekking van de wettelijke tegenstrijdig-belangregeling, zal

in het algemeen op het bestuur de plicht rusten om de AvA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat zij haar bevoegdheid om een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen kan uitoefenen. Wordt nagelaten deze informatie (tijdig) te verschaffen, dan kan een door het bestuur genomen besluit op vordering van iedere belanghebbende, met inbegrip van de aandeelhouder, in rechte worden vernietigd.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad nog dat het Hof onvoldoende onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds de vordering met betrekking tot het bestuursbesluit tot het aangaan van de managementovereenkomst en, anderzijds, de vordering met betrekking tot de managementovereenkomst zelf. Weliswaar kan slechts de vennootschap de (ver)nietig(baar)heid van de managementovereenkomst invoeren op grond van veronachtzaming van (in dit geval) de tegenstrijdig-belangregeling, maar dit geldt niet ten aanzien van het bestuursbesluit. De (ver)nietig(baar)heid van een zodanig bestuursbesluit kan door iedere belanghebbende, waaronder Brandao als aandeelhouder worden ingeroepen. Het Hof had moeten onderzoeken of het door Brandao gestelde tegenstrijdig belang zich had voorgedaan. Volgt vernietiging van het arrest van het Hof en verwijzing, conform de conclusie van de A-G.

Commentaar

De Hoge Raad aanvaardt in dit arrest de in de literatuur verdedigde opvatting dat, in verband met de dwingendrechtelijke aanwijzingbevoegdheid van de AvA, in het algemeen op het bestuur de plicht rust om de AvA tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. Het gevolg hiervan is dat als het bestuur namens de vennootschap heeft gehandeld ondanks een tegenstrijdig belang en zonder dat door de AvA een bijzondere vertegenwoordiger is aangewezen, bijvoorbeeld omdat zij niet van dit tegenstrijdige belang en/of de die handeling op de hoogte is gesteld, het daaraan ten grondslag liggend bestuursbesluit door iedere belanghebbende in rechte kan worden vernietigd. Onder omstandigheden kan vervolgens de vennootschap de vertegenwoordigingshandeling waarbij een tegenstrijdig belang heeft gespeeld aantasten op grond van onbevoegde vertegenwoordiging, met die kanttekening dat derden die niet bekend zijn of behoren te zijn met de onbevoegdheid van de bestuurder in kwestie vanwege een (indirect) tegenstrijdig belang worden beschermd (HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 m.nt. Ma en JOR 1998/146 m.nt. I (Mediasafe)). Namens de vennootschap kan een beroep op onbevoegde vertegenwoordiging in een dergelijk geval slechts worden gedaan door de raad van commissarissen, de AvA of de statutair aangewezen bijzondere vertegenwoordiger (of de curator van de vennootschap). Een individuele aandeelhouder – zoals Brandao – kan een zodanig beroep niet doen om dezelfde redenen waarom aan de vennootschap toegebrachte vermogensschade, in beginsel alleen door de vennootschap kan worden gevorderd en niet door de aandeelhouder wiens aandelen in waarde zijn verminderd door het handelen van de derde (HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 m.nt. Ma (Poot/ABP)) (ofschon een individuele aandeelhouder in kort geding een bevel zou kunnen vorderen en ver-

krijgen om de kwestie aan de AvA voor te leggen). Een beroep op onbevoegde vertegenwoordiging vanwege een tegenstrijdig belang heeft uiteraard consequenties voor de positie van de bestuurder in kwestie. Indien de vennootschap met succes een beroep doet op de onbevoegde vertegenwoordiging, kan degene met wie de bestuurder in kwestie de vernietigbare overeenkomst heeft gesloten de bestuurder aansprakelijk stellen voor zijn schade. Indien deze derde wist of behoorde te weten van het tegenstrijdig belang, zal de bestuurder niet snel aansprakelijk kunnen worden gehouden, tenzij de bestuurder bij de derde de indruk heeft gewekt dat hij beschikte over een machtiging van de algemene vergadering van AvA of de raad van commissarissen, al naar gelang het geval. Indien de vennootschap wel gebonden is aan de overeenkomst, bijvoorbeeld omdat de derde te goeder trouw bleek, dan kan de vennootschap de bestuurder aansprakelijk stellen wegens onbehoorlijk bestuur. Opmerkelijk aan dit alles is dat de Hoge Raad in casu niet duidelijk maakt op welke grond het bestuursbesluit kan worden aangetast: artikel 2:14 of 2:15 BW. Mijns inziens is de enige juiste grond artikel 2:15 lid 1 sub a BW, te weten: vernietigbaarheid wegens strijd met een wettelijke (of statutaire) bepaling die de totstandkoming van besluiten regelen. Voorafgaand aan ieder besluit moet het bestuur toetsen of sprake is van een (indirect) tegenstrijdig belang. Indien zij meent dat zulks het geval is (of kan zijn), dan brengt de wettelijke tegenstrijdig-belangregeling mee dat het bestuur (en de raad van commissarissen zo die er is) in beginsel verplicht is de AvA te informeren. Het bestuur dient de AvA op zodanige wijze en tijdstip te informeren dat de AvA ook daadwerkelijk gebruik kan maken van haar bevoegdheid een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Doet het bestuur zulks niet, dan kan het bestuursbesluit door iedere belanghebbende in rechte worden vernietigd met alle mogelijke (bestuurdersaansprakelijkheids)gevolgen van dien.

Mr. J. den Engelsman is advocaat bij NautaDutilh.