



‘Onderzoeksrapport’

Het tegenstrijdig belang bij bestuurders van besloten vennootschappen

**Toetsing van:
Afstudeeronderzoek
RE 441C**



Hogeschool Leiden

Student:

Denise Plug
s1074354

Collegejaar, 2016/2017

Opleiding HBO-Rechten

Onderzoeksdocente:

mr. I.J.S. van Mierlo-Groot

Afstudeerbegeleidster:

mevrouw D. Westerveld

Onderzoeksorganisatie:

Notariskantoor Schrama

Datum: 19 januari 2017

Voorwoord

Beste lezer,

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport dat is geschreven in opdracht van notariskantoor Schrama. Ik wil hierbij notariskantoor Schrama bedanken voor alle mogelijkheden die zij mij geven en tevens het vertrouwen wat zij in mij hebben om voor hun een afstudeeronderzoek te mogen schrijven. Ik heb het schrijven van een onderzoek met betrekking tot een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V. als een echte uitdaging ervaren, het is een complex onderwerp maar juist hierom ook extra interessant om te onderzoeken.

Door middel van dit onderzoek hoop ik dat notariskantoor Schrama minder tijd kwijt is aan het zoeken van relevante informatie voor de beoordeling of er bij een bestuur sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang, zodat zij sneller kunnen concluderen wanneer er wel of geen notulen opgemaakt dienen te worden om een tegenstrijdig belang bij een bestuurder af te dekken.

Graag zou ik mijn dankwoord in het bijzonder willen richten aan Dorien Westerveld en Ingrid van Mierlo. Dankzij al hun aanwijzingen, feedback, tips en vertrouwen heb ik een mooi onderzoeksrapport kunnen realiseren. Zonder hen zou dit eindproduct niet tot stand zijn gekomen. Daarnaast zou ik graag mijn afstudeerbegeleider Kevin Arsenault willen bedanken voor het vertrouwen in mij en zijn hulp bij het vormgeven van mijn probleemanalyse. Mijn dankwoord gaat eveneens uit naar Ad Vink voor zijn input om mijn probleemanalyse vorm te geven. Tevens wil ik ook nog graag beide heren in het bijzonder bedanken voor hun enthousiasme voor dit onderwerp. Mijn laatste dankwoord gaat uit naar al mijn collega's bij notariskantoor Schrama voor hun medeleven en interesse in mijn afstudeeronderzoek, nogmaals allemaal enorm bedankt voor het vertrouwen.

Ik hoop dat u als lezer van dit onderzoeksrapport een duidelijk beeld geschetst krijgt omtrent het tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een besloten vennootschap.

Met vriendelijke groet,

Denise Plug



Samenvatting

Notariskantoor Schrama heeft de afgelopen jaren steeds meer zaken binnengekregen waarbij er gekeken dient te worden of er sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een besloten vennootschap (hierna genoemd: B.V.). De vraag wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang blijft een onduidelijk onderwerp voor notariskantoor Schrama omdat er steeds gekeken dient te worden naar alle concrete omstandigheden van het geval. Deze onduidelijkheid is een probleem omdat notariskantoor Schrama zijn cliënten niet voldoende kan informeren over wanneer het nodig is om notulen op te maken om een tegenstrijdig belang af te dekken. Wanneer namelijk na het voltrekken van de rechtshandeling blijkt dat er sprake is geweest van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder, kan deze door de B.V. persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de B.V. hierdoor lijdt of heeft geleden. De bestuurder kan tevens de notaris aansprakelijk stellen voor deze schade indien hij kan aantonen dat de notaris hem onvoldoende heeft geïnformeerd en gewaarschuwd over de gevolgen van zijn handelen, en de notaris dus niet aan zijn notariële zorgplicht heeft voldaan.

Het doel van dit onderzoek is om voor notariskantoor Schrama inzichtelijk te maken welke feiten en omstandigheden volgens jurisprudentieonderzoek doorslaggevend zijn voor een rechter om te oordelen dat er wel of geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V. De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt: " *Wat kan aan Notariskantoor Schrama geadviseerd worden in verband met hun zorgplicht over een tegenstrijdig belang conform art. 2:239 BW blijkens wet- en regelgeving en jurisprudentieonderzoek?*"

Allereerst is er gekeken naar de relevante wet- en regelgeving-, literatuur- en jurisprudentie om de juridische achtergrond over het tegenstrijdig belang begrip te formuleren en om de zorgplicht van de notaris ten aanzien van het tegenstrijdig belang in kaart te brengen. Daarnaast is er een jurisprudentieanalyse uitgevoerd waarbij er 39 uitspraken zijn geanalyseerd waarbij een belangrijk vraagstuk was of er wel of geen sprake van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) was. Deze methode is gekozen, omdat notariskantoor Schrama wil weten welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn voor een rechter om te oordelen of er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder van een B.V. In bijlage I zijn alle uitspraken weergegeven waar wel sprake is van een tegenstrijdig belang en in bijlage II zijn alle uitspraken weergegeven waar geen sprake is van een tegenstrijdig belang.

Er kan geconcludeerd worden dat er door de rechters geoordeeld wordt dat er wel sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) als:

1. er een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder van de B.V. is wat niet parallel loopt aan het belang van de B.V. blijkende uit voldoende bewezen omstandigheden, die;

2. van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder, dat;
3. hij zich op grond hiervan niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te kunnen behartigen, en;
4. de bestuurder hierdoor te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.

Tevens kan er geconcludeerd worden dat er door de rechters geoordeeld wordt dat er **geen** sprake is van een tegenstijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) als:

1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder parallel loopt aan dat van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming, en;
2. er onvoldoende aantoonbare omstandigheden zijn die er toe kunnen leiden dat de bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen, en;
3. de bestuurder hierdoor niet te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.

Naar aanleiding van de onderzoeksresultaten adviseer ik notariskantoor Schrama om altijd notulen op te maken om een tegenstijdig belang af te dekken als:

- er (gezien het bovenstaande) een grote kans bestaat dat er wel sprake is van een tegenstijdig belang bij de bestuurder van de B.V.;
- er twijfel bestaat bij notariskantoor Schrama of er sprake is van een tegenstijdig belang bij de bestuurder van de B.V.

Zo voorkomt notariskantoor Schrama de situatie dat een bestuurder in verband met een tegenstijdig belang door de B.V. persoonlijk aansprakelijk is gesteld voor de door de B.V. geleden schade, deze schade met succes kan verhalen op notariskantoor Schrama omdat zij niet aan hun notariële zorgplicht hebben voldaan. Door in deze situaties altijd notulen op te maken heeft notariskantoor Schrama altijd aantoonbaar bewijs dat er daadwerkelijk met de bestuurder over de mogelijkheid van een tegenstijdig belang gesproken is en hij gewaarschuwd is voor de eventuele gevolgen daarvan.

Inhoudsopgave

Samenvatting

Hoofdstuk 1 – Inleiding	7
§1.1 Aanleiding onderzoek en probleemanalyse	7
§1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen	9
§1.3 Onderzoeksmethode en verantwoording per deelvraag	10
§1.4 Leeswijzer	14
Hoofdstuk 2 – Wet en regelgeving over het tegenstrijdig belang	15
§2.1 De oude tegenstrijdig belangregeling	15
2.1.1. Uitwerking artikel 2:256 BW	16
2.1.2. Het “wegschrijven” van een tegenstrijdig belang in de statuten	17
2.1.3. Gevolgen van de oude tegenstrijdig belang regeling	18
§2.2 Het begrip “tegenstrijdig belang”	19
2.2.1. Moederarresten voor de invulling van het tegenstrijdig belang begrip	19
2.2.2. Conclusie arresten samengevat	24
§2.3 Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht in N.V.'s en B.V.'s	26
§2.4 De nieuwe tegenstrijdig belangregeling	26
2.4.1. Uitwerking artikel 2:238 lid 5 en 2:239 lid 6 BW	27
2.4.2. Gevolgen van de nieuwe tegenstrijdig belangregeling	29
§2.5 Conclusie	30
Hoofdstuk 3 - Zorgplicht notaris en het tegenstrijdig belang	32
§3.1. Wet en regelgeving over de notariële zorgplicht ten aanzien van tegenstrijdig belang	32
§3.2. Gevolgen niet nakoming notariële zorgplicht ten aanzien van tegenstrijdig belang	34
3.2.1. De tuchtrechtprocedure	34
3.2.2. De civielrechtelijke (aansprakelijkheid) procedure	36
§3.3. Conclusie	37
Hoofdstuk 4 – Toepassing van art. 2:239 BW (art. 2:256 BW oud) in de rechtspraktijk	38
§4.1. Bespreking jurisprudentie analyse	38

§4.2. Toewijzing van een beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud)	39
§4.3. Afwijzing van een beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud)	40
§4.4. Conclusie	41
Hoofdstuk 5 – Conclusie(s)	42
§5.1 Beantwoording centrale vraag	42
§5.2 Terugkoppeling naar doelstelling	44
§5.3 Bruikbaarheid onderzoek	44
Hoofdstuk 6 – Advies	45
Literatuur- en bronnenlijst	47
Bijlage I Uitspraken waar <u>wel</u> sprake is van een tegenstijdig belang	
Bijlage II Uitspraken waar <u>geen</u> sprake is van een tegenstrijdig belang	

Hoofdstuk 1 - Inleiding

§1.1. Aanleiding onderzoek en probleemanalyse

Notariskantoor Schrama heeft de afgelopen jaren steeds meer zaken binnengekregen waarbij er gekeken dient te worden of er sprake is van een vermoeden van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een besloten vennootschap (hierna genoemd: B.V.).

De notaris speelt (onder andere) een belangrijke rol bij de dienstverlening in het ondernemingsrecht. Hij vervult een grote rol bij de totstandkoming en vastleggingen van rechtshandelingen, maar ook bij de advisering van ondernemers.¹ Op de notaris rust een zwaarwegende zorgplicht “ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen” aldus de Hoge Raad.² De notaris wordt door de Hoge Raad neergezet als de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot.³ De Hoge Raad heeft recent uitspraak gedaan inzake de aansprakelijkheid van een advocaat voor de schade als gevolg van een onjuist advies. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad een zekere zorgvuldigheidsplicht geformuleerd.⁴ Deze uitspraak is tevens van belang voor het notariaat, omdat er door de Hoge Raad op vergelijkbare wijze als bij het notariaat tijdens de beoordeling onderscheidt wordt gemaakt tussen het wettelijke takenpakket (procedures) en het niet-wettelijke takenpakket (adviseren). Bij het wettelijke takenpakket geldt dat een cliënt niet onnodig moet worden geconfronteerd met voorzienbare en vermijdbare risico's.⁵ Bij het niet-wettelijke takenpakket geldt dat de cliënt in staat moet worden gesteld goed geïnformeerd te beslissen.⁶ Tevens heeft de notaris in het kader van zijn wettelijke taken een voorlichtende taak, ookwel de “Belehrungstaak” genoemd. Hij moet partijen bij een rechtshandeling informeren over de gevolgen daarvan. De zorgplicht van een notaris kan civielrechtelijk en tuchtrechtelijk worden getoetst. De tuchtrechtprocedure ziet op de goede wijze van beroepsuitoefening. De civielrechtelijke procedure is bedoelt om schade te vergoeden.⁷

De vraag wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang blijft een complex onderwerp. Voor de handelaren van Notariskantoor Schrama is dit een probleem omdat zij de cliënten niet voldoende kunnen informeren wanneer het nodig is notulen op te maken om een tegenstrijdig belang af te dekken. Het tegenstrijdig belang is geregeld in artikel 2:239 lid 5 en 2:239 lid 6 van het Burgerlijk Wetboek. Of er sprake is van een tegenstrijdig belang moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Deze

¹ Zaman & Grapperhaus 2016.

² HR 28 september 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0095.

³ HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198.

⁴ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.

⁵ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.4.2.

⁶ HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564.

⁷ Hendriksen & Rammeloo 2008.

omstandigheden moeten ertoe leiden dat de bestuurder een persoonlijk belang heeft of betrokken is bij een ander belang wat niet overeenkomt met dat van de B.V. en daardoor niet in staat moet worden geacht het belang van de B.V. te bewaken op de manier die van een onbevooroordeeld bestuurder mag worden geacht aldus de Hoge Raad.⁸

Twee voorbeelden van situaties waarin de behandelaren van Notariskantoor Schrama moeten onderzoeken of er sprake is van een tegenstrijdig belang zijn de volgende:

Voorbeeld 1

Indien twee tegenovergestelde partijen in een akte optreden (bijvoorbeeld verkoper/koper, hypotheeknemer/hypotheekgever etc.) en de ene partij zijnde een natuurlijk persoon is als bestuurder gelieerd aan de andere partij zijnde een rechtspersoon (B.V. en N.V.) dan kan er sprake zijn van een tegenstrijdig belang.

Voorbeeld 2

Op de afdeling onroerend goed hebben zij te maken met tegenstrijdig belang bij zakelijke hypotheek. Een B.V. verleent (mede) hypotheek ten behoeve van verplichtingen van de bestuurder, hierbij kan er sprake zijn van een tegenstrijdig belang. Een gevolg van een tegenstrijdig belang bij deze rechtshandeling zou kunnen zijn dat een eventuele curator in een faillissement van de B.V. de hypotheekverlening kan aantasten op grond van het tegenstrijdig belang.

Indien er sprake is van een vermoeden van een tegenstrijdig belang maakt Notariskantoor Schrama notulen op om het tegenstrijdig belang af te dekken. Het opmaken van notulen vloeit voort uit een arrest ABN AMRO/Dijkema van de Hoge Raad.⁹ Indien sprake is van een tegenstrijdig belang en dus vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbreekt, is een expliciet aanwijzingsbesluit (notulen) vereist. Door het vereisen van een expliciet aanwijzingsbesluit (notulen) wordt de (enig) aandeelhouder/bestuurder ertoe gedwongen nog eens goed na te denken of hij zichzelf wil aanwijzen als vertegenwoordiger, terwijl deze aanwijzing voor de B.V. nadelige gevolgen kan hebben in verband met het tegenstrijdig belang.¹⁰

Wanneer na het voltrekken van de rechtshandeling blijkt dat er sprake is geweest van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder, kan hij persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de B.V. hierdoor lijdt of heeft geleden.¹¹ De bestuurder kan de notaris aansprakelijk stellen voor deze schade. Echter alleen als blijkt dat de bestuurder door de notaris onvoldoende is geïnformeerd en gewaarschuwd over de gevolgen van zijn handelen, en hij de handeling niet had verricht als hij wel voldoende was geïnformeerd.¹² Er is dan sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de notaris zijn verplichtingen (zorgplicht) uit

⁸ HR 21 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1849.

⁹ HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6954.

¹⁰ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

¹¹ Van Dongen 2013, p. 6.

¹² HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690.

het hoofd van de overeenkomst (de door de cliënt gevraagde dienst). Dit is uiteraard een situatie welke Notariskantoor Schrama door het opstellen van notulen wil voorkomen.

§1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Het doel van dit onderzoek is inzichtelijk maken welke feiten en omstandigheden volgens jurisprudentie doorslaggevend zijn voor een rechter om te oordelen dat er wel of geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V. zodat Notariskantoor Schrama met behulp van een door mij geschreven advies de dossiers sneller kunnen behandelen omdat zij sneller weten wanneer er notulen opgemaakt moeten worden om het tegenstrijdig belang af te dekken. Bovendien kan Notariskantoor Schrama de cliënten dan duidelijk informeren waarom er notulen moeten worden opgemaakt.

Om antwoord te krijgen op de vraag welke feiten en omstandigheden in de overwegingen van rechters doorslaggevend zijn om te beslissen of er wel of geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder, was het noodzakelijk om jurisprudentie te onderzoeken. De wet geeft namelijk geen concreet antwoord op de vraag wanneer er wel of geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder. De feitelijke omstandigheden van het geval zijn bepalend.

De centrale vraag is als volgt geformuleerd:

Wat kan aan Notariskantoor Schrama geadviseerd worden in verband met hun zorgplicht over een tegenstrijdig belang conform art. 2:239 BW blijkens wet- en regelgeving en jurisprudentieonderzoek?

Deze centrale vraag dient onderverdeeld te worden in deelvragen. Het is belangrijk dat de deelvragen aansluiten bij het onderwerp en dat door beantwoording van de deelvragen uiteindelijk de centrale vraag van dit praktijkonderzoek beantwoord kan worden.

Voor dit praktijkonderzoek zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Wat wordt volgens wet en regelgeving verstaan onder tegenstrijdig belang bij besloten vennootschappen?
2. Welke zorgplicht rust op de notaris met betrekking tot een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V.?
3. Welke feiten en omstandigheden zijn volgens jurisprudentie doorslaggevend voor een rechter om te oordelen dat er wel sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V.?
4. Welke feiten en omstandigheden zijn volgens jurisprudentie doorslaggevend voor een rechter om te oordelen dat er geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V.?

§ 1.3 Onderzoeksmethoden en verantwoording per deelvraag

Aangezien dit praktijkonderzoek is gericht op jurisprudentie, was jurisprudentie analyse de aangewezen methode om dit praktijkonderzoek uit te voeren. De uitspraken zijn geselecteerd van www.rechtspraak.nl met de volgende zoekopdracht:

Zoektermen

- Tegenstrijdig belang.

Instanties

- De Hoge Raad;
- Gerechtshoven, en;
- Rechtbanken.

Rechtsgebieden

- Ondernemingsrecht, en;
- Geen subrechtsgebied.

Uit voornoemde zoekopdracht kwamen vijf en tachtig (85) uitspraken naar voren, deze uitspraken heb ik gescand. Van de gescande uitspraken waren er negen en dertig (39) bruikbaar voor dit praktijkonderzoek de andere zesenvestig (46) uitspraken gingen over een ander rechtsgebied (bijvoorbeeld het erfrecht) en waren dus niet van toepassing voor dit praktijkonderzoek. De negenendertig (39) geselecteerde uitspraken heb ik geanalyseerd om antwoord te kunnen geven op deelvraag 3 en 4 van dit praktijkonderzoek. De uitspraken heb ik per gerechtelijke instantie geselecteerd en genummerd. De volgende uitspraken zijn geanalyseerd:

Twaalf (12) uitspraken van de Hoge raad:

1. Hoge Raad, 14 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR0119;
2. Hoge Raad, 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7129;
3. Hoge Raad, 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7141;
4. Hoge Raad, 21 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1849;
5. Hoge Raad, 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2199;
6. Hoge Raad, 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887;
7. Hoge Raad, 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033;
8. Hoge Raad, 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2655;
9. Hoge Raad, 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY5697;
10. Hoge Raad, 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6954;
11. Hoge Raad, 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394;
12. Hoge Raad, 16 april 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL6182.

Twaalf (12) uitspraken van Gerechtshoven:

13. Hof 's-Hertogenbosch, 24 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4734;
14. Hof Amsterdam, 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3892;

15. Hof Leeuwarden, 3 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK2018;
16. Hof Arnhem, 11 oktober 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU4512;
17. Hof Amsterdam, 5 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:278;
18. Hof Amsterdam, 12 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG1624;
19. Hof Leeuwarden, 27 januari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH3152;
20. Hof 's-Hertogenbosch, 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ1032;
21. Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1145;
22. Hof Arnhem, 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8328;
23. Hof Amsterdam, 11 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1801;
24. Hof Amsterdam, 20 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4991.

Vijftien (15) uitspraken van Rechtbanken:

25. Rechtbank Arnhem, 18 juli 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BE0020;
26. Rechtbank Amsterdam, 4 april 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA4577;
27. Rechtbank 's-Hertogenbosch, 7 mei 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD1146;
28. Rechtbank Amsterdam, 6 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0279;
29. Rechtbank Haarlem, 9 december 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU7748;
30. Rechtbank Rotterdam, 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8755;
31. Rechtbank Rotterdam, 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6281;
32. Rechtbank Amsterdam, 29 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9842;
33. Rechtbank Utrecht, 25 januari 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AV0662;
34. Rechtbank Maastricht, 20 juni 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW9953;
35. Rechtbank Leeuwarden, 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB6998;
36. Rechtbank Utrecht, 16 mei 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA5651;
37. Rechtbank Rotterdam, 12 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9372;
38. Rechtbank Arnhem, 2 mei 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY4099;
39. Rechtbank 's-Gravenhage, 23 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6463.

Bij het analyseren van de uitspraken was er één uitspraak van de Hoge Raad, namelijk nummer 12, en één uitspraak van de rechtbank Haarlem, namelijk nummer 29, welke alsnog niet bruikbaar waren voor dit praktijk onderzoek. Dit omdat in beide geschillen inhoudelijk niet werd geoordeeld waarom er wel of niet sprake was van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud).

Door het analyseren van voornoemde uitspraken heb ik geprobeerd inzichtelijk te maken of er overeenkomsten zijn in de feiten en omstandigheden genoemd in de overwegingen van de rechters welke doorslaggevend kunnen zijn of hij/zij besluit dat er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder. De uitspraken zijn geanalyseerd aan de hand van onderstaande tabel met de A. tot en met D. genoemde topics.

Nr.	A. Partijen	B. Wat voor rechtshandeling(en)?	C. Sprake van een (direct/indirect) persoonlijk belang bij de bestuurder wat niet parallel loopt aan het belang van de B.V. (tegenstrijdig belang?) Ja/nee	D. Vertegenwoordiger in staat het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen? Ja/nee
1.				

In mijn onderzoeksvoorstel had ik 4 meer topics opgenomen, deze topics bleken tijdens het analyseren van de uitspraken overbodig te zijn voor de beantwoording van mijn deelvragen. De topics gaven namelijk antwoord op de vraag of de bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd was, en niet op de vraag of er wel of geen sprake van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder van de B.V. aanwezig was.

Ik zal nu per deelvraag toelichten hoe ik aan een bruikbaar antwoord ben gekomen.

Deelvraag 1: Wat wordt verstaan onder tegenstrijdig belang bij B.V.'s?

Deze deelvraag heb ik beantwoord in het juridisch kader (hoofdstuk 2) van dit praktijkonderzoek. In hoofdstuk 2 geef ik in de eerste paragraaf uitleg over de oude tegenstrijdig belangregeling bij B.V.'s. In de tweede paragraaf zijn de belangrijke arresten van de Hoge Raad voor de invulling van het tegenstrijdig belang begrip onder de oude regeling behandeld. De derde paragraaf gaat over het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht in N.V.'s en B.V.'s welke de nieuwe tegenstrijdig belang regeling realiseerde. In de vierde paragraaf is de nieuwe tegenstrijdig belangregeling behandeld. In paragraaf vijf is de conclusie van dit hoofdstuk beschreven.

Deelvraag 2: Welke zorgplicht rust op de notaris met betrekking tot een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V.?

Deze deelvraag heb ik beantwoord in het juridisch kader (hoofdstuk 3) van dit praktijkonderzoek. In hoofdstuk 3 geef ik in de eerste paragraaf een korte omschrijving over de notariële zorgplicht ten aanzien van tegenstrijdig belang. De tweede paragraaf gaat over de gevolgen voor de notaris bij niet nakoming van de notariële zorgplicht ten aanzien van tegenstrijdig belang, kortom de gevolgen waar Notariskantoor Schrama zich voor wil behoeden. In de derde paragraaf is de conclusie van dit hoofdstuk beschreven.

Deelvraag 3: Welke feiten en omstandigheden zijn volgens jurisprudentie doorslaggevend voor een rechter om te oordelen dat er wel sprake is van tegenstrijdig belang bij het aangaan van rechtshandelingen door een bestuurder van een B.V.?

Deze deelvraag heb ik beantwoord na het analyseren van de uitspraken waarin de rechter besluit dat er wel sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V. Door het analyseren van de overwegingen van de rechters in voornoemde uitspraken heb ik getracht inzichtelijk te maken welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn voor de rechters om te concluderen dat er sprake is van een tegenstrijdig belang.

Deelvraag 4: Welke feiten en omstandigheden zijn volgens jurisprudentie doorslaggevend voor een rechter om te oordelen dat er geen sprake is van tegenstrijdig belang bij het aangaan van rechtshandelingen door een bestuurder van een B.V.?

Deze deelvraag heb ik beantwoord na het analyseren van de uitspraken waarin de rechter besluit dat er geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V. Door het analyseren van de overwegingen van de rechters in voornoemde uitspraken heb ik getracht inzichtelijk te maken welke feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn voor de rechters om te concluderen dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang.

De resultaten van mijn jurisprudentieanalyse voor deelvraag 3 en 4 zijn per deelvraag in de hierboven staande tabel weergegeven en met elkaar vergeleken. Na het vergelijken van de weergegeven feiten en omstandigheden heb ik aangegeven wat belangrijk is in de overwegingen van de rechters en, welke overeenkomsten er zijn in de overwegingen van de rechters welke doorslaggevend zijn voor de beslissing of er wel of geen sprake is van tegenstrijdig belang.

Naar aanleiding van de uitkomst uit vorenstaande tabel zijn de resultaten van dit praktijk onderzoek als volgt weergegeven:

1. bijlage I, hierin zijn alleen de uitspraken weergegeven waarin de rechters hebben besloten dat er wel sprake is van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder. **Bijlage I** is aan dit praktijkonderzoek **gehecht**;
2. bijlage II, hierin zijn de uitspraken weergegeven waarin de rechters hebben besloten dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder. **Bijlage III** is aan dit praktijkonderzoek **gehecht**.

Ik heb gekeken naar de verschillen en overeenkomsten in bovengenoemde bijlagen en hierdoor antwoord kunnen geven op deelvraag 3 en 4. De beantwoording van de deelvragen was nodig om het antwoord op mijn centrale vraag te kunnen formuleren.

§1.4. Leeswijzer

Dit praktijkonderzoek is verder als volgt opgebouwd:

- ❖ Allereerst wordt in hoofdstuk 2 (het juridisch kader) deelvraag 1 behandeld. In dit hoofdstuk wordt uitleg gegeven over de relevante wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie voor de invulling van het tegenstrijdig belang begrip.
- ❖ In hoofdstuk 3 (het juridisch kader) wordt deelvraag 2 behandeld. In dit hoofdstuk wordt uitleg gegeven over de zorgplicht van de notaris ten aanzien van tegenstrijdig belang en de gevolgen van het niet nakomen van die zorgplicht voor de notaris
- ❖ In hoofdstuk 4 worden de resultaten van de jurisprudentieanalyse beschreven en wordt er antwoord gegeven op deelvraag 3 en 4. In bijlage I en II zijn de resultaten van de jurisprudentieanalyse weergegeven.
- ❖ In hoofdstuk 5 wordt de conclusie van dit praktijkonderzoek gegeven.
- ❖ In hoofdstuk 6 wordt een advies naar aanleiding van dit praktijkonderzoek beschreven.

Hoofdstuk 2 – Wet en regelgeving over het tegenstrijdig belang

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 1 beantwoord: “Wat wordt volgens wet en regelgeving verstaan onder tegenstrijdig belang bij besloten vennootschappen?”. Het antwoord op deze deelvraag wordt geformuleerd door de wet en regelgeving, literatuur en belangrijke jurisprudentie te bespreken. Het hoofdstuk ziet in op de manier waarop het tegenstrijdig belang begrip zich in de loop van de jaren heeft ontwikkeld. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk behandel ik de oude tegenstrijdig belangregeling, in deze paragraaf ga ik tevens kort in op de situatie dat de statuten een tegenstrijdig belang (gedeeltelijk) hebben weggeschreven. Uiteraard is het van belang wat er in de statuten van de B.V. is opgenomen, maar gezien de tijd en omvang van dit praktijkonderzoek is het voor mij niet haalbaar om hier te diep op in te gaan. In de tweede paragraaf wordt de invulling van het begrip “tegenstrijdig belang” door middel van leidende moederarresten besproken. De derde paragraaf gaat over het door de Eerste Kamer op 31 mei 2011 aangenomen wetsvoorstel Bestuur en Toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, welke wetswijziging op 1 januari 2013 in werking is getreden. Deze wet voorziet in een wijziging van de gevolgen van de tegenstrijdig belangregeling, maar verandert niks aan de vraag wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang. In de vierde paragraaf wordt de nieuwe tegenstrijdig belangregeling behandeld. In de vijfde paragraaf is de conclusie van dit hoofdstuk beschreven.

2.1. De oude tegenstrijdig belangregeling

In deze paragraaf worden de wettelijke regels in verband met de oude tegenstrijdig belangregeling besproken. De oude tegenstrijdig belangregeling, welke was neergelegd in artikel 2:256 BW (oud), bevatte bijzondere regels voor vertegenwoordiging van de B.V. door een bestuurder die een tegenstrijdig belang had bij de te verrichten rechtshandeling. Zo leidde het tegenstrijdig belang van slechts één bestuurder ertoe dat ook de andere bestuurders de B.V. niet meer mochten vertegenwoordigen.¹³

Tevens werden er in de literatuur onder artikel 2:256 BW drie soort tegenstrijdig belang onderscheiden:

1. het direct tegenstrijdig belang, hierbij is de bestuurder wederpartij van de B.V.¹⁴ Een voorbeeld hiervan is dat de bestuurder een overeenkomst aangaat met de B.V.;
2. het indirect tegenstrijdig belang, hierbij staat de bestuurder in een bijzondere verhouding tot de wederpartij van de B.V., of hij heeft een belang bij de transactie met die wederpartij.¹⁵ Een voorbeeld hiervan is als de B.V. een overeenkomst aangaat met de moeder van de bestuurder van de B.V., en;
3. het kwalitatief tegenstrijdig belang, hierbij is de bestuurder, in zijn hoedanigheid van bestuurder betrokken bij een rechtshandeling met een andere B.V. waarvan hij eveneens

¹³ Van Dongen 2013, p. 4.

¹⁴ Van Dongen 2013, p. 1.

¹⁵ Van Dongen 2013, p. 1.

4. bestuurder is.¹⁶ Een voorbeeld van een kwalitatief tegenstrijdig belang is dat een persoon bestuurder is van twee B.V.'s die met elkaar een overeenkomst sluiten.

Ik zal nu in sub paragraaf 2.1.1. verder ingaan op de uitwerking van artikel 2:256 BW (oud).

2.1.1. Uitwerking artikel 2:256 BW (oud)

De tekst van artikel 2:256 BW luidde als volgt:

"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."

- Artikel 2:256 BW bestaat uit twee volzinnen. In de eerste volzin is de hoofdregel opgenomen hierin is de vertegenwoordigingsregeling neergelegd, dit was van regelend recht.¹⁷ De wet gaat uit van de hoofdregel dat bij tegenstrijdig belang tussen de B.V. en een van haar bestuurders, de B.V. dient te worden vertegenwoordigd door commissarissen. Van deze hoofdregel kan, zoals opgenomen in de eerste volzin, geheel of gedeeltelijk in de statuten worden afgeweken.¹⁸ Een voorbeeld van het afwijken in de statuten is het geheel of gedeeltelijk wegschrijven van een tegenstrijdig belang, denk aan een statutaire bepaling waarin is opgenomen dat de bestuurder bij een tegenstrijdig belang bevoegd bleef de vennootschap te vertegenwoordigen. Verderop in deze paragraaf ga ik nog kort in op afwijkende bepalingen in de statuten en de gevolgen daarvan.
- De in artikel 2:256 BW tweede volzin neergelegde aanwijfsbevoegdheid van de algemene vergadering was van dwingend recht. Hiervan kon in de statuten niet worden afgeweken.¹⁹ De algemene vergadering kon steeds een of meer personen aanwijzen die de B.V. bij de tegenstrijdig belangtransactie dienden te vertegenwoordigen. Ook als het tegenstrijdig belang in de statuten was weggeschreven. Het besluit van de algemene vergadering om een bijzonder vertegenwoordiger aan te wijzen dient expliciet te worden genomen, dit komt voort uit een in paragraaf 2 te behandelen moederarrest van de Hoge Raad.²⁰ Heeft de algemene vergadering een bijzonder vertegenwoordiger aangewezen, dan was uitsluitend deze door de algemene vergadering aangewezen bijzonder vertegenwoordiger bevoegd om de B.V. bij de tegenstrijdig belangtransactie te vertegenwoordigen. Was het tegenstrijdig belang niet weggeschreven in de statuten en had de algemene vergadering ook geen bijzonder vertegenwoordiger aangewezen, dan kon de B.V. dus niet rechtsgeldig vertegenwoordigd worden.²¹

¹⁶ Van Dongen 2013, p. 1.

¹⁷ Van Dongen 2013, p. 2.

¹⁸ Lennarts 2008, p. 1.

¹⁹ Van Dongen 2013, p. 2.

²⁰ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

²¹ Van Dongen 2013, p. 2.

Het was uiteraard wel van belang dat de algemene vergadering door het bestuur werd geïnformeerd over de mogelijkheid van een tegenstrijdig belang. De algemene vergadering kon natuurlijk alleen gebruik maken van haar aanwijzingsbevoegdheid als zij op de hoogte was van een mogelijk tegenstrijdig belang. Op het bestuur van de B.V. rustte dus de verplichting zo tijdig mogelijk te informeren.²²

2.1.2. Het “wegschrijven” van een tegenstrijdig belang in de statuten

Zoals onder 2.1.1. geschreven zal ik nu kort ingaan op de situatie wanneer de statuten een tegenstrijdig belang hebben weggeschreven.

In de statuten van een B.V. kan worden opgenomen dat de bestuurder(s) in geval van een tegenstrijdig belang alsnog hun vertegenwoordigingsbevoegdheid behouden. Het is mogelijk (en dat gebeurt steeds vaker) in de statuten te bepalen dat (1) de andere leden van het bestuur bevoegd blijven bij tegenstrijdig belang van een van hen, (2) het bestuur bevoegd blijft bij bepaalde gevallen van tegenstrijdig belang, of (3) het bestuur gewoon bevoegd blijft bij tegenstrijdig belang.²³ Dit is het zogenaamde ‘wegschrijven’ van tegenstrijdig belang. De van dwingend recht aan de algemene vergadering toekomende aanwijzingsbevoegdheid blijft echter in stand. Bij het wegschrijven van een tegenstrijdig belang in de statuten is de bestuurder met tegenstrijdig belang derhalve bevoegd om de B.V. alsnog te vertegenwoordigen, tenzij de algemene vergadering van zijn aanwijsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt en een ander persoon als bijzonder vertegenwoordiger heeft aangewezen. Wel is het weer van belang dat de algemene vergadering door het bestuur tijdig geïnformeerd is om van bovengenoemde bevoegdheid gebruik te kunnen maken. Indien de algemene vergadering geen gebruik wenst te maken van haar aanwijzingsbevoegdheid, dan is op grond van de statuten de bevoegde bestuurder (met tegenstrijdig belang) vertegenwoordigingsbevoegd.²⁴

Maar wat als de algemene vergadering niet (tijdig) is geïnformeerd door het bestuur over een tegenstrijdig belang. Is de bestuurder met een tegenstrijdig belang ondanks dat dit is weggeschreven in de statuten dan wel vertegenwoordigingsbevoegd? In het Nieuwe Steen Investments arrest oordeelt de Hoge Raad in deze situatie als volgt:

“(…) het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van artikel 2:256 BW brengt niet mee dat de geldigheid van de door een statutaire bepaling aan de bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang, afhankelijk zou zijn van een (expliciet) besluit van de algemene vergadering tot aanwijzing van die bestuurder als vertegenwoordiger althans van een besluit waarbij wordt afgezien van aanwijzing van een andere vertegenwoordiger dan die bestuurder.”²⁵

²² HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618.

²³ Jarigsmas 2007, p. 2.

²⁴ Lennarts 2008, p. 2.

²⁵ HR 21 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1849.

Kortom als het tegenstrijdig belang in de statuten is weggeschreven, en de bestuurder nalaat om de algemene vergadering (tijdig) te informeren, dan werd hij niet daardoor wegens tegenstrijdig belang onbevoegd om de B.V. te vertegenwoordigen. Natuurlijk zitten er wel gevolgen aan het niet tijdig informeren van de algemene vergadering. Deze gevolgen worden tevens hieronder in 2.1.3. behandelt.

2.1.3. Gevolgen van de oude tegenstrijdig belangregeling

De oude tegenstrijdig belangregeling had een sanctiestelsel met externe werking, aldus de Hoge Raad in het Mediasafe II arrest.²⁶ Deze externe werking hield in dat de onbevoegdheid van een bestuurder om de B.V. te vertegenwoordigen door de B.V. aan de wederpartij kon worden tegengeworpen. De onbevoegd verrichte rechtshandeling was ten opzichte van de B.V. als nietig te beschouwen, aldus de Hoge Raad in het arrest Nieuwe Steen Investments.²⁷ Tevens is in het Mediasafe II arrest beslist dat derden te goeder trouw moeten worden beschermd.²⁸ De B.V. kon de vertegenwoordigingsonbevoegdheid alleen aan de wederpartij tegenwerpen indien deze ten tijde van de rechtshandeling van het tegenstrijdig belang op de hoogte was of had moeten zijn.²⁹ Er rust op de derden wel een onderzoeksplicht naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder van de B.V. In het arrest ABN AMRO/Dijkema q.q. heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het onderzoek erop gericht zal dienen te zijn dat redelijke twijfel omtrent het bestaan van een tegenstrijdig belang wordt weggenomen.³⁰

Tevens zaten er gevolgen aan het niet (tijdig) informeren van de algemene vergadering door het bestuur over tegenstrijdig belang. Het niet (tijdig) informeren van de algemene vergadering leidde tot een gebrek in de besluitvorming van het bestuur waardoor het bestuursbesluit in aanmerking kon komen met vernietiging en er dus sprake was van een onbehoorlijke tijdvervulling van het bestuur in de zin van artikel 2:9 BW, woordelijk luidende als volgt:

- "1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*
- 2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden."*

Echter, ondanks de vernietiging van het bestuursbesluit bleef de B.V. gebonden aan de

²⁶ HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

²⁷ HR 21 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1849.

²⁸ HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

²⁹ Van Dongen 2013, p. 3.

³⁰ HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6954.

rechtshandeling. Enkel als de wederpartij ermee bekend was dat de algemene vergadering niet (tijdig) was geïnformeerd was, en er bijvoorbeeld sprake was van het feit dat de wederpartij zelf betrokken was bij de voor de B.V. nadelige tegenstrijdig belangtransactie, dan handelde de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid van de B.V. De wederpartij was dan onbevoegd om de B.V. aan de tegenstrijdig belangtransactie te houden.³¹ Het aanwijzingsbesluit diende expliciet door de algemene vergadering genomen te worden, dit gold tevens voor de éénpersoonsvennootschap.³²

Wel waren er “reparatiemogelijkheden” om gedane rechtshandelingen in strijd met artikel 2:256 BW in stand te houden. Een eerste mogelijkheid was om een rechtshandelingen verricht door een wegens tegenstrijdig belang onbevoegd bestuurder, konden worden bekrachtigd op grond van artikel 3:58 BW. Bekrachtiging op grond van artikel 3:58 BW vindt dan plaats doordat de algemene vergadering alsnog gebruikt maakt van haar aanwijzingsbevoegdheid en de bestuurder die de B.V. heeft vertegenwoordigd aanwijst als bijzonder vertegenwoordiger van de B.V.³³ Voorgaande moet wel gebeuren voordat de B.V. een beroep op het tegenstrijdig belang heeft gedaan. Ten tweede kan de B.V. de onbevoegd verrichte rechtshandeling bekrachtigen op grond van artikel 3:69 BW. Deze weg is wel langer dan de eerste optie, omdat in verband met het tegenstrijdig belang, alvorens de B.V. de rechtshandeling kan bekrachtigen, de algemene vergadering een bijzonder bestuurder moet aanwijzen welke de B.V. kan vertegenwoordigen bij de bekrachtiging van de gedane rechtshandeling.³⁴

Gezien de problemen die de externe werking van de oude tegenstrijdig belangregeling in de praktijk te weeg brachten en het feit dat artikel 2:256 BW niet aangeeft wat er moet worden verstaan onder tegenstrijdig belang, heeft de Hoge Raad getracht door middel van arresten de reikwijdte van het begrip tegenstrijdig belang in te perken. In paragraaf 2.2. van dit hoofdstuk worden deze arresten behandeld.

2.2. Het begrip “tegenstrijdig belang”

De jurisprudentie heeft een grote invloed gehad op de invulling en verduidelijking van het in artikel 2:256 BW neergelegde tegenstrijdig belang begrip in de praktijk. In deze paragraaf worden de belangrijke moederarresten besproken. In deze arresten heeft de Hoge Raad door de jaren heen getracht de betekenis van het tegenstrijdig belang begrip voor de praktijk bekend en duidelijk te maken.

2.2.1. Moederarresten voor de invulling van het tegenstrijdig belang begrip

Mediasafe I, 1996

³¹ Van Dongen 2013, p. 3.

³² HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

³³ Lennarts 2008, p. 3.

³⁴ Lennarts 2008, p. 3.

In dit arrest heeft de Hoge Raad getracht een formele benadering van het begrip tegenstrijdig belang ten grondslag te leggen. Hierna volgt een korte samenvatting van het arrest: *Holland Data Groep B.V. (HDG) houdt 99% van de aandelen in Mediasafe B.V. (Mediasafe) (1% wordt gehouden door een stichting). HDG is ook enig bestuurder van Mediasafe. Mediasafe heeft een raad van commissarissen. Rabobank is financier van HDG en haar dochters, waaronder Mediasafe. In het kader van de financiering wordt een hoofdelijkheidsovereenkomst getekend, waarin ook een verrekeningsbevoegdheid wordt toegekend aan Rabobank. HDG en Mediasafe zijn beide partij bij deze overeenkomst. Mediasafe gaat failliet en heeft op dat moment een creditsaldo op een rekening bij Rabobank. Rabobank verrekent dit saldo met vorderingen die zij heeft op andere groepsmaatschappijen. De curator van Mediasafe stelt een tegenstrijdig belang omdat HDG de overeenkomst had getekend (als bestuurder) en ook zelf partij was bij de overeenkomst.*³⁵

De Hoge Raad oordeelt dat er sprake is van tegenstrijdig belang. Niet alleen in de situatie dat de vennootschap (Mediasafe B.V.) een rechtshandeling aangaat met haar bestuurder (Holland Data Groep B.V.), dus waarbij de vennootschap en de bestuurder elkaars wederpartij zijn, maar ook indien de vennootschap en de bestuurder aan de dezelfde kant staan.³⁶

Tot de uitspraak van dit arrest was vorenstaande nog onzeker, ook omdat eerdere wettelijke regels veronderstelden dat er alleen van tegenstrijdig belang sprake was als er een overeenkomst met de bestuurder werd gesloten of een rechtsgeding tegen de bestuurder werd gevoerd.³⁷ De Hoge Raad baseert zich op de woorden 'alle gevallen' (art 2:256 B.W.(oud)) bij haar beslissing. Het argument dat Holland Data Groep B.V. en Mediasafe B.V. aan 'dezelfde' kant van de rechtshandeling staan en dus parallelle belangen hebben en er dus geen sprake is van een tegenstrijdig belang, wordt verworpen. De Hoge Raad volgt de uitspraak van het Hof dat had geoordeeld dat de regeling juist wilde voorkomen dat een bestuurder bij de belangafweging ook haar eigen belang bij de overeenkomst laat meewegen.³⁸

Mediasafe II, 1998

Hier wordt antwoord gegeven op de vraag of, als er bij het aangaan van een rechtshandeling sprake was van een tegenstrijdig belang, de vennootschap zich jegens derden op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van haar bestuurder kan beroepen.

De Hoge Raad oordeelt dat de vennootschap zich inderdaad jegens derden kan beroepen op de tegenstrijdig belang bepalingen. Dat wil zeggen, dat de vennootschap zich 'in beginsel' kan beroepen op de onbevoegdheid van de bestuurder. De Hoge Raad overweegt: "Een evenwichtige afweging tussen het belang van de vennootschap en dat van zekerheid in het handelsverkeer".³⁹ Deze uitspraak zorgt ervoor dat de vennootschap de onbevoegdheid van

³⁵ HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022.

³⁶ HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022.

³⁷ Artikel 51 WvK (inmiddels vervallen).

³⁸ HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022.

³⁹ HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

haar bestuurder(s) aan derden kan tegenwerpen indien de tegenstrijdigheid tussen het belang van de vennootschap en dat van de betrokken bestuurder(s) ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn”.⁴⁰

Brandao/Joral, 2002

In dit arrest geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag hoe er moet worden omgegaan met de aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders. Hierna volgt een korte samenvatting van het arrest:

*Mevrouw Brandao is 50% aandeelhouder van Sundat Curacao N.V. (Sundat), een Antilliaanse vennootschap. Alfred John Moron (Moron) is enig bestuurder en houder van de andere aandelen in Sundat. Moron gaat, namens Sundat een management- overeenkomst aan met Joral Management N.V., een vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door Moron en zijn zonen. De statuten van Sundat bepalen dat bij een tegenstrijdig belang, de andere bestuurders bevoegd zijn en, als die er niet zijn (zoals in dit geval), een door de aandeelhouders aan te wijzen persoon. Er was niemand aangewezen. Brandao vraagt vernietiging van het besluit tot het aangaan van de management-overeenkomst.*⁴¹

De Hoge Raad oordeelt dat de aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering een regel van dwingend recht is. Dwingend recht houdt in dat deze bevoegdheid van de algemene vergadering niet door een statutaire bepaling weggeschoven kan worden.⁴² Tevens zorgt deze uitspraak ervoor dat de aandeelhouders deze bevoegdheid kunnen toepassen ongeacht wat er in de statuten van de vennootschap is opgenomen, denk bijvoorbeeld aan een bepaling waarin staat dat het bestuurder altijd bevoegd blijft.

Voorts oordeelt de Hoge Raad dat aan die bevoegdheid van de algemene vergadering alleen inhoud gegeven kan worden als een bestuur de algemene vergadering tijdig informeert over een tegenstrijdig belang. Het gevolg van het niet (tijdig) informeren van de algemene vergadering is dat iedere belanghebbende kan verzoeken om vernietiging van het besluit om de rechtshandeling aan de gaan.⁴³

Duplicado/Goedkoop q.q., 2004

In dit arrest geeft de Hoge Raad antwoord op de vraag op welke wijze de aandeelhouders van hun aanwijzingsbevoegdheid gebruik moeten of kunnen maken. Hierna volgt een korte samenvatting van het arrest wat bijzonder is aangezien het een éénpersoonsvennootschap betreft:⁴⁴

Landzaat was enig bestuurder en 100% aandeelhouder van F. Graphics B.V. (Graphics). Graphics was enig aandeelhouder van een aantal vennootschappen, waaronder Graphic

⁴⁰ Jarigsmas 2007, p. 3.

⁴¹ HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618.

⁴² Jarigsmas 2007, p. 3 en 4.

⁴³ HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618.

⁴⁴ Bartman 2005, p. 1..

Relation Sneldruk B.V. (Sneldruk20) en Reproservice B.V. (Reproservice). Landzaat was vennoot in VOF Landzaat en Van Hoof Advertising (de VOF). Graphics wordt partij bij een hoofdelijkheidsakte, waardoor zij aansprakelijk wordt voor alle verplichtingen van Reproservice jegens de VOF, Sneldruk en Landzaat. Ook verpand Graphics al haar activa aan Sneldruk en de VOF21. Kort na de verpanding gaan Graphics en Reproservice failliet. Sneldruk dient haar vordering op Graphics in bij de curator. De curator van Graphics betwist de vordering. Landzaat had zowel de hoofdelijkheidsakte als de zekerheidsoverdracht voor alle betrokken partijen getekend. De statuten bepaalden dat de bestuurder bevoegd bleef bij een tegenstrijdig belang, behalve in bepaalde in de statuten genoemde gevallen. In dat geval was de door de aandeelhouders aan te wijzen persoon bevoegd.⁴⁵

De Hoge Raad oordeelt dat er sprake is van een tegenstrijdig belang. Wat bijzonder is aan dit arrest is dat de Hoge Raad het feit dat de rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap leidt onnodig acht.⁴⁶ Er kan dus ook sprake zijn van een tegenstrijdig belang als een bestuurder/aandeelhouder handelt met een vennootschap waarbij hij nauw betrokken is of, de bestuurder/aandeelhouder van beide vennootschappen in één persoon verenigd is.⁴⁷ Voorts oordeelt de Hoge Raad dat in verband met de bescherming van de vennootschap een expliciet besluit van de algemene vergadering nodig is om een vertegenwoordigingsbevoegd persoon aan te wijzen.⁴⁸ Door het vereisen van een expliciet aanwijzingsbesluit wordt de (enig) aandeelhouder/bestuurder ertoe gedwongen nog eens goed na te denken of hij zichzelf wil aanwijzen als vertegenwoordiger, terwijl deze aanwijzing voor de B.V. nadelige gevolgen kan hebben in verband met het tegenstrijdig belang.⁴⁹ Ook stelt de Hoge Raad het feit dat de bestuurder/aandeelhouder in die hoedanigheden partij was bij het tekenen van de akten onvoldoende om aan te nemen als een expliciet aanwijzingsbesluit.⁵⁰

ABN AMRO/Dijkema q.q., 2006

In dit arrest heeft de Hoge Raad antwoord op de vraag hoever de onderzoeksplicht van een derde gaat wil zij te goeder trouw zijn.⁵¹ Hierna volgt een korte samenvatting van het arrest: *BHV Holding B.V. (Holding) was enig aandeelhouder van een drietal vennootschappen, BHV Duhout B.V. (Duhout), BHV Bouwhout B.V. (Bouwhout) en BHV Olie B.V. (Olie). Holding was ook bestuurder van de vennootschappen. De groep gaat met ABN AMRO Bank een aantal kredietfaciliteiten aan, waardoor de vennootschappen hoofdelijk verbonden worden. Op het moment dat de vennootschappen failliet gaan, hebben Holding en haar dochter Duhout een negatief saldo, terwijl Bouwhout en Olie een positief saldo hebben. ABN AMRO wil verrekenen,*

⁴⁵ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

⁴⁶ Jarigsmas 2007, p. 4.

⁴⁷ Bartman 2005, p. 1.

⁴⁸ Van Veen 2010, p. 1.

⁴⁹ Heck-Vink 2008, p. 2.

⁵⁰ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

⁵¹ Bartman 2007, p. 2.

*maar de curator stelt dat Bouwhout en Olie niet gebonden zijn omdat Holding een tegenstrijdig belang had toen zij als bestuurder deze vennootschappen vertegenwoordigde. De statuten van de vennootschappen hebben het tegenstrijdig belang niet 'weggeschreven', zodat een aanwijzing door de aandeelhouders nodig was geweest. Die aanwijzing was er niet, althans niet expliciet.*⁵²

De Hoge Raad oordeelt als volgt: de eerste stelling van de ABN AMRO dat er slechts externe werking is als het tegenstrijdig belang 'onmiskenbaar' aanwezig is voor de derde, wordt door de Hoge Raad verworpen (de Hoge Raad oordeelde in het Mediasafe II arrest hier al over).⁵³ De tweede stelling van de ABN AMRO dat een expliciet aanwijzingsbesluit niet nodig is als de aandeelhouder zelf partij is bij de rechtshandeling, wordt tevens door de Hoge Raad verworpen, zoals in het Duplicado arrest bepaald is een expliciet aanwijzingsbesluit verplicht.⁵⁴ De derde stelling van de ABN AMRO dat een derde geen onderzoeksplicht heeft als zij handelt met een bestuurder die tevens enig aandeelhouder is, wordt ook door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat van een derde die vermoedt dat er sprake is van een tegenstrijdig belang, redelijkerwijs kan worden gevergd dat hij onderzoek doet naar een mogelijke vertegenwoordigingsonbevoegdheid. Het doel van het onderzoek is om twijfel weg te nemen over de vertegenwoordigingsonbevoegdheid of indien er sprake van blijkt te zijn maatregelen te nemen.⁵⁵

Bruil/Kombex, 2008

In dit arrest heeft de Hoge Raad gekozen voor de materiële benadering van het tegenstrijdig belang begrip, namelijk alle concrete omstandigheden van het geval spelen een rol.⁵⁶ Hierna volgt een korte samenvatting van het arrest:

Bruil was directeur-grootaandeelhouder van Bruil Arnhem Beheer B.V. (Bruil Arnhem) en van Bruil-Kombex-Arnhem B.V. (Kombex). In 1984 verkoopt en levert Bruil Arnhem een perceel aan Kombex en verleent Bruil Arnhem een voorkeursrecht van koop aan Kombex ter zake een ander perceel. Op niet-nakoming door Bruil Arnhem van het voorkeursrecht wordt een boete van 250.000,- gesteld. Beide partijen worden in deze transacties vertegenwoordigd door Bruil, ondanks dat de statuten van Bruil Arnhem bepalen dat de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang wordt vertegenwoordigd door 'iedere commissaris'. De aandelen in Bruil Arnhem worden tien jaar later verkocht aan Ballast Nedam. In 1998 verkoopt Bruil Arnhem het perceel dat is belast met het voorkeursrecht aan een derde, zonder het eerst aan Kombex aan te bieden. Een jaar later treedt Bruil af als bestuurder van Bruil Arnhem. Kombex vordert betaling van de boete, omdat zij niet in de gelegenheid is gesteld gebruik te maken van haar voorkeursrecht. Bruil Arnhem verweert zich met een beroep op de nietgebondenheid van Bruil

⁵² HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6954.

⁵³ HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

⁵⁴ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

⁵⁵ Bartman 2007, p. 2.

⁵⁶ Van Dongen 2013, p. 2.

*Arnhem wegens een tegenstrijdig belang van bestuurder Bruil. Het Hof Arnhem honoreert het beroep van Bruil Arnhem en wijst (dus) de vordering van Kombex af.*⁵⁷

De Hoge Raad oordeelt als volgt: voor de toepassing van art. 2:256 B.W. (oud) is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.⁵⁸ Of er sprake is van een tegenstrijdig belang moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.⁵⁹ Deze omstandigheden moeten ertoe leiden dat de bestuurder een persoonlijk belang heeft of betrokken is bij een ander belang wat niet overeenkomt met dat van de B.V. en daardoor niet in staat moet worden geacht het belang van de B.V. te bewaken op de manier die van een onbevooroordeeld bestuurder mag worden geacht, aldus de Hoge Raad. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat gelet op de ingrijpende gevolgen die aan een geslaagd beroep op art. 2:256 B.W. (oud) zijn verbonden, het niet aanvaardbaar is dat enkel de kans van een tegenstrijdig belang voldoende is voor de vernietiging van het besluit, zonder dat dit beroep wordt verduidelijkt op de wijze als hiervoor is omschreven.⁶⁰ Het is niet in het belang van het handelsverkeer en komt niet overeen met de strekking van art. 2:256 B.W. (oud) dat achteraf met een beroep op een tegenstrijdig belang een rechtshandeling van de vennootschap zou kunnen worden vernietigd zonder dat is aangetoond dat de daaraan verbonden besluitvorming van de betrokken bestuurder inhoudelijk niet correct was wegens een ontoelaatbare samenloop van (persoonlijke) tegenstrijdige belangen.⁶¹

2.2.2. De uitkomst van de arresten samengevat

Ter verduidelijking van het tegenstrijdig belang begrip in artikel 2:256 BW (oud) heeft de Hoge Raad als volgt in de hierboven genoemde arresten geoordeeld:

- 1.** Artikel 2:256 BW wil voorkomen dat een bestuurder bij de belangafweging ook haar eigen belang bij de overeenkomst laat meewegen. Dit is de grondslag van de formele benadering van het begrip tegenstrijdig, *Mediasafe I*⁶²;
- 2.** Indien eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een tegenstrijdig belang, is het niet van belang of de vennootschap nadeel heeft ondervonden, *Mediasafe I*⁶³ en *Duplicado/Goedkoop q.q*⁶⁴

⁵⁷ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁵⁸ Jarigsmas 2007, p. 5.

⁵⁹ Van Dongen 2013, p. 2.

⁶⁰ Van Dongen 2013, p. 4.

⁶¹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁶² HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022.

⁶³ HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022.

⁶⁴ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

3. Een geslaagd beroep op artikel 2:256 BW heeft externe werking, *Mediasafe II*⁶⁵;
4. Voor de toepassing van artikel 2:256 BW is vereist dat de wederpartij van de vennootschap het tegenstrijdig belang van de bestuurder kende of behoorde te kennen, *Mediasafe II*⁶⁶;
5. De tweede zin van art. 2:256 BW is van dwingend recht en bepaalt dat de algemene vergadering steeds bevoegd is een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Dit heeft tot gevolg dat de algemene vergadering in elk geval van een tegenstrijdig belang een besluit moet nemen waarbij een bijzondere vertegenwoordiger wordt aangewezen, *Brandao/Joral*⁶⁷;
6. Indien het tegenstrijdig belang is weggeschreven in de statuten neemt dit de verplichting een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen niet weg, *Brandao/Joral*⁶⁸;
7. Het aanwijzingsbesluit van de algemene vergadering dient expliciet te zijn, *Duplicado/Goedkoop q.q.*⁶⁹;
8. Op derden rust een onderzoeksplicht naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder van de B.V. Het doel van het onderzoek is om twijfel weg te nemen over de vertegenwoordigingsonbevoegdheid of indien er sprake van blijkt te zijn maatregelen te nemen, *ABN AMRO/Dijkstra q.q.*⁷⁰;
9. De strekking van art. 2:256 BW is te voorkomen dat de bestuurder zich bij zijn handelen laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de B.V. dat hij heeft te dienen, dit is de materiële benadering van het tegenstrijdig belang begrip. Een beroep op art. 2:256 BW ter aantasting van een namens de B.V. verrichte rechtshandeling kan slechts slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder tegenstrijdig was met het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming, op grond van voldoende aantoonbare omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder, dat hij zich op grond van artikel 2:256 BW niet in staat had mogen achten het belang van de B.V. te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden, *Bruil/Kombex*.⁷¹

Wanneer een persoonlijk belang van een bestuurder conflicteert met het vennootschappelijk belang (*Bruil/Kombex* arrest) wordt in de praktijk die situatie aangeduid met de term tegenstrijdig belang.⁷² Doordat een bestuurder in een situatie van tegenstrijdig belang kiest voor de realisatie van zijn eigen (persoonlijk) belang, benadeelt de bestuurder de vennootschap. De wettelijke tegenstrijdig belangregeling kan worden gezien als een middel om

⁶⁵ HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

⁶⁶ HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

⁶⁷ HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618.

⁶⁸ HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618.

⁶⁹ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394.

⁷⁰ HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6954.

⁷¹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁷² HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

die belangen van een bestuurder te ontmoedigen.⁷³

2.3 Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht in N.V.'s en B.V.'s

Zoals hierboven in paragraaf 1 besproken brengt de oude tegenstrijdig belang regeling door zijn externe gevolgen de nodige rechtsonzekerheid met zich mee. Op 13 maart 2008 is het voorontwerp *"Aanpassing van bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen"* gepubliceerd.⁷⁴ Het voorontwerp bevat een aantal onderwerpen waaronder een nieuwe tegenstrijdig belang regeling. Artikel 2:256 BW (oud) beïnvloedt de vertegenwoordigingsbevoegd en zal daarom worden vervangen door een besluitvormingsregeling in artikel 2:239 lid 6 BW. Deze regeling moet voorkomen dat het aan de vertegenwoordiging voorafgaande besluitvormingsproces wordt beïnvloed door een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft. In de memorie van toelichting werd deze nieuwe benadering als volgt gemotiveerd:

*"Een tegenstrijdig belang regeling dient eerst en vooral de vennootschap en degenen die betrokken zijn bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. Daarbij past dat zo'n regeling ook binnen het vennootschappelijke veld vorm krijgt. De norm is in wezen niet een vertegenwoordigingskwestie, maar, zoals ook uit rechtsoverweging 3.7 van het arrest Bruil/Kombex blijkt, een gedragsnorm die de besluitvorming door de bestuurder raakt."*⁷⁵

Op 31 mei 2011 werd door de Eerste Kamer het wetsvoorstel "Bestuur en Toezicht in naamloze en besloten vennootschappen" aangenomen, welke nieuwe wet op 1 januari 2013 in werking is getreden.⁷⁶ Deze nieuwe tegenstrijdig belangregeling richt zich op de materiële uitleg van het tegenstrijdig belang begrip, zoals door de Hoge Raad in 2007 uiteengezet in het Bruil/Kombex arrest.⁷⁷

2.4. De nieuwe tegenstrijdig belangregeling

In deze paragraaf worden de wettelijke regels in verband met de nieuwe tegenstrijdig belangregeling besproken. In de nieuwe regeling van tegenstrijdig belang voor de B.V. is de wettelijke omgang met tegenstrijdig belang van de vertegenwoordigingsfase naar de besluitvormingsfase verschoven.

De nieuwe tegenstrijdig belangregeling, welke voortkomt uit het door de Eerste Kamer op 31 mei 2011 aangenomen wetsvoorstel *"Bestuur en Toezicht in naamloze en besloten vennootschappen"*, borduurt voort op de materiële uitleg van het tegenstrijdig belang begrip in het Bruil/Kombex arrest van de Hoge Raad.⁷⁸ In het huidige artikel 2:239 lid 6 BW wil de wetgever voorkomen dat de bestuurder van een B.V. zich bij zijn handelen laat leiden door zijn

⁷³ Dorresteyn 2010, p. 3.

⁷⁴ Lennarts 2007, p. 1.

⁷⁵ Lennarts 2007, p. 6.

⁷⁶ Rensen 2013, p. 1.

⁷⁷ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁷⁸ Rensen 2013, p. 1.

persoonlijk belang in plaats van uitsluitend het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Het feit dat de bestuurder zich moet richten naar het vennootschappelijk belang en de met haar verbonden onderneming vloeit sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet voort uit artikel 2:239 lid 5 BW.⁷⁹

2.4.1. Uitwerking artikel 2:239 lid 5 en 2:239 lid 6 BW

De tekst van artikel 2:239 lid 5 en 2:239 lid 6 BW luidt als volgt:

- "5. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.*
- 6. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen."*

- Artikel 2:239 lid 6 BW bestaat uit drie volzinnen. De kern van de regeling is uiteraard te vinden in de eerste volzin en van dwingend recht. Een bestuurder mag niet deelnemen aan de beraadslaging en stemming over een onderwerp waarbij een tegenstrijdig belang speelt. Deze regel laat evenwel onverlet dat dat wanneer de bestuurdersbevoegdheid wordt verschoven naar de algemene vergadering van aandeelhouders, de bestuurder die tevens aandeelhouder is in de aandeelhoudersvergadering wel zijn stem mag uitbrengen over het bestuursbesluit waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft.⁸⁰
- Artikel 2:239 lid 6 BW tweede volzin ziet in op de situatie dat er geen bestuursbesluit kan worden genomen omdat een tegenstrijdig belang aanwezig is bij de (enig) bestuurder(s). Indien hier sprake van is verschuift de bevoegdheid om het bestuursbesluit te nemen naar de raad van commissarissen.
Het kan echter voorkomen dat een commissaris ook een tegenstrijdig belang heeft. Indien dit zich voordoet mag de betreffende commissaris ook niet deelnemen aan de besluitvorming door de raad van commissarissen, aldus artikel 2:250 lid 5 BW. Wanneer **alle** commissarissen een tegenstrijdig belang hebben dan dient het besluit te worden genomen voor de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij in de statuten anders is bepaald.
- Artikel 2:230 lid 6 BW derde volzin, in de statuten van de vennootschap kunnen andere regels omtrent de besluitvorming door de algemene vergadering in verband met het tegenstrijdig belang worden vastgelegd. Een voorbeeld hiervan is een bepaling in de statuten waarin is opgenomen dat het bestuur bij het ontbreken van een raad van commissarissen, ondanks een tegenstrijdig belang, alsnog bevoegd blijft om het besluit te

⁷⁹ Rensen 2013, p. 1.

⁸⁰ Van Dongen 2013, p. 3.

nemen. Er kan bijvoorbeeld ook een bepaald persoon in de statuten worden aangewezen om bij een tegenstrijdig belang en het ontbreken van een raad van commissarissen het besluit te nemen.⁸¹

Indien er geen afwijkende regeling is opgenomen in de statuten van de B.V. en de B.V. geen raad van commissarissen kent, dan is de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd om het besluit te nemen. Aandeelhouders kunnen natuurlijk ook een tegenstrijdig belang hebben, dit zal vooral voorkomen indien de (enig) aandeelhouder tevens de bestuurder met het tegenstrijdig belang is.⁸²

In de nieuwe regeling spreekt de wet van een 'direct of indirect persoonlijk belang'. Volgens de beschrijving van de Hoge Raad in het Bruil/Kombex arrest gaat het om:

*"[...] de aanwezigheid van een persoonlijk belang of [...] betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang, waardoor de bestuurder niet in staat moet worden 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."*⁸³

Door de toevoeging van het woord 'persoonlijk' kan men opmaken dat het zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet valt onder de nieuwe regeling.⁸⁴ In de nieuwe tegenstrijdig belangregeling is namelijk expliciet opgenomen dat het over een *direct* of *indirect persoonlijk* moet gaan wat tegenstrijdig is met het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming. Situaties waarin de bestuurder geen persoonlijk belang heeft, hetgeen het geval is bij een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, vallen niet onder de nieuwe tegenstrijdig belangregeling. Voorgaande wordt tevens bevestigd door de minister:

"In concernverband, bij joint ventures en bij familiebedrijven met een directeur-groootaandeelhouder kan zich eenvoudig de vraag voordoen of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft omdat hij in verschillende hoedanigheden optreedt. Een gebruikelijk voorbeeld is het geval dat een persoon bestuurder is van verschillende concernvennootschappen die met elkaar contracteren. In de literatuur is veel discussie geweest over de vraag of in z'n geval, vanwege een zogenoemd zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, toepassing moet worden gegeven aan artikel 2:256 BW. Het wetsvoorstel beëindigt die discussie. In aansluiting op de uitspraak van de Hoge Raad inzake Bruil (HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420) volgt uit het wetsvoorstel dat een zuiver kwalitatief belang niet leidt tot de toepassing van de regeling terzake tegenstrijdig belang (artikel 2:239 lid 6 BW). De desbetreffende bestuurder mag echter niet een direct of indirect persoonlijk belang hebben bij de besluitvorming (terwijl dat belang tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap). In het laatste geval mag hij niet

⁸¹ Lennarts 2008, p. 7.

⁸² Lennarts 2008, p. 7.

⁸³ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁸⁴ Van Dongen 2013, p. 4.

2.4.2. Gevolgen van de nieuwe tegenstrijdig belangregeling

Door de wetswijziging is het sanctiestelsel veranderd. Een rechtshandeling gedaan door een bestuurder met een tegenstrijdig belang is niet nietig. Overtreding van de in artikel 2:239 lid 6 BW neergelegde tegenstrijdig belangregeling maakt het besluit vernietigbaar wegens strijd met bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, artikel 2:15 lid 1 onder a BW.⁸⁶ Op grond van artikel 2:15 lid 3 onder a BW kan eenieder (denk aan bijvoorbeeld een minderheidsaandeelhouder, werknemers of zelfs de ondernemingsraad) die een redelijk belang heeft bij de naleving van artikel 2:239 BW een vernietigingsvordering instellen tegen de vennootschap. Natuurlijk wordt met de vernietiging van het besluit nog niet de benadeling van de vennootschap ongedaan gemaakt, deze is immers gelegen in de gedane transactie op grond van het interne bestuursbesluit.⁸⁷

Degene die de vernietiging vordert zal moeten stellen, en indien nodig bewijzen, dat hij een redelijk belang heeft bij de vernietiging van het besluit. Van een redelijk belang is geen sprake als de vernietiging van het besluit geen effect sorteert. De vernietiging van een bestuursbesluit heeft 'in beginsel' slechts nog interne werking, indien de wederpartij namelijk bewust profiteert van de wanprestatie van de bestuurder kan hij alsnog schadeplichtig worden gesteld jegens de vennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad artikel 6:162 BW.⁸⁸ De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder(s) wordt bij gebreken in de besluitvorming niet aangetast. De door de vennootschap gedane rechtshandeling is geldig en de vennootschap blijft ook aan deze rechtshandeling gebonden.⁸⁹ Een belangrijk punt om voor ogen te houden is dat een vernietigingsvordering onderhevig is aan verjaring! Op grond van artikel 2:15 lid 5 BW bedraagt de verjaringstermijn slechts één jaar. Echter kan een besluit dat is genomen in strijd met de nieuwe tegenstrijdig belangregeling op grond van artikel 2:15 lid 6 BW alsnog worden bevestigd (met terugwerkende kracht) doordat het besluit wederom wordt genomen in afwezigheid van de besmette bestuurder(s).

Een bestuurder die ondanks een tegenstrijdig belang deelneemt aan de beraadslaging of besluitvorming, riskeert persoonlijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling zoals omschreven in artikel 2:9 BW of onrechtmatige daad artikel 6:162 BW indien de B.V. is geschaad door zijn handelswijze.⁹⁰ Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW is vereist dat de bestuurder schade heeft veroorzaakt en dat hem een ernstig verwijt treft in verband met de vervulling van zijn bestuurstaak, aldus de Hoge Raad in het

⁸⁵ Kamerstukken II 2008/09.

⁸⁶ Van Dongen 2013, p. 5.

⁸⁷ Lennarts 2008, p. 8.

⁸⁸ Van Dongen 2013, p. 6.

⁸⁹ Van Dongen 2013, p. 5.

⁹⁰ Van Dongen 2013, p. 5 en 6.

arrest Staleman/Van de Ven.⁹¹ Krachtens het nieuwe lid 5 van artikel 2:239 BW behoort tot de bestuurstaak dat bestuurders zich richten naar het belang van de B.V. en de daarmee verbonden onderneming. Tevens kunnen de overige bestuurders persoonlijke aansprakelijkheid riskeren indien zij van het tegenstrijdig belang op de hoogte waren en hier niets tegen gedaan hebben.⁹²

2.5. Conclusie

Kortom, de nieuwe tegenstrijdig belangregeling richt zich op de materiële uitleg van het tegenstrijdig belang begrip, zoals door de Hoge Raad in 2007 uiteengezet in het Bruil/Kombex arrest.⁹³ In het Bruil/Kombex arrest is afscheid genomen van de formele benadering van het tegenstrijdig belang ten gunst van een materieel criterium.⁹⁴ Volgens het Bruilcriterium is er sprake van een tegenstrijdig belang als:

*"(..) 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 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 geacht."*⁹⁵

Zo zwart/wit gezien heeft de nieuwe regeling echter geen toegevoegde waarde ten opzichte van het feit dat een bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak zoals neergelegd in artikel 2:9 BW.⁹⁶

Het verschil van de formele benadering van het tegenstrijdig belang begrip, welke de Hoge Raad hanteerde voorafgaand aan het Bruil/Kombex arrest⁹⁷, en de materiële benadering van het nieuwe tegenstrijdig belang begrip luidt als volgt:

- In de (oude) formele benadering was sprake van een tegenstrijdig belang zodra bij de besluitvorming een belang van de bestuurder (of van een derde tot wie de bestuurder in een bijzondere verhouding stond) is betrokken.⁹⁸ In het Brandao/Joral arrest vatte de Hoge Raad dit als volgt samen:

*"De (...) tegenstrijdig belangregeling (...) gaat ervan uit dat het risico, voortspruitend uit de mogelijkheid dat de bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap, zijn persoonlijk belang laat prevaleren, moet worden vermeden. (...). Op grond van de strekking van genoemde bepalingen zal in tegenstrijdig belangsituaties van het bestuur mogen worden verwacht dat het verschillende belangen gescheiden houdt en dat het zo veel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht."*⁹⁹

⁹¹ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.

⁹² Kamerstukken I 2010/11.

⁹³ Rensen 2013, p. 1.

⁹⁴ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁹⁵ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁹⁶ Dorresteyn 2010, p. 1.

⁹⁷ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

⁹⁸ Dorresteyn 2010, p. 1.

⁹⁹ HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618.

- Anders dan de formele benadering vergt de materiële benadering van het nieuwe tegenstrijdig belang begrip een inhoudelijke toets.¹⁰⁰ Volgens de Hoge Raad in het Bruil/Kombex arrest moet aan een tegenstrijdig belang pas gevolg worden verbonden indien de bestuurder, woordelijk luidende als volgt:

*"(...) zich (...) niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap (...) met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden."*¹⁰¹

Het verschil van de gevolgen van de oude tegenstrijdig belangregeling (art. 2:256 BW) en de huidige tegenstrijdig belangregeling (art. 2:239 lid 5 en 6 BW) is als volgt: de oude tegenstrijdig belangregeling had een sanctiestelsel met externe werking.¹⁰² Deze externe werking hield in dat de onbevoegdheid van een bestuurder om de B.V. te vertegenwoordigen door de B.V. aan de wederpartij kon worden tegengeworpen. De onbevoegd verrichte rechtshandeling was ten opzichte van de B.V. als nietig te beschouwen.¹⁰³ De B.V. kon de vertegenwoordigingsonbevoegdheid alleen aan de wederpartij tegenwerpen indien deze ten tijde van de rechtshandeling van het tegenstrijdig belang op de hoogte was of had moeten zijn.¹⁰⁴ Er rust op de derden wel een onderzoeksplicht naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder van de B.V.¹⁰⁵

- onder de huidige tegenstrijdig belangregeling is een rechtshandeling gedaan door een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet nietig. Overtreding van de in artikel 2:239 lid 6 BW neergelegde tegenstrijdig belangregeling maakt het genomen besluit vernietigbaar. De vernietiging van een bestuursbesluit heeft slechts nog interne werking. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder(s) wordt bij gebreken in de besluitvorming niet aangetast. De door de vennootschap gedane rechtshandeling is geldig en de vennootschap blijft ook aan deze rechtshandeling gebonden. Een bestuurder die ondanks een tegenstrijdig belang deelneemt aan de beraadslaging of besluitvorming, riskeert persoonlijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling zoals omschreven in artikel 2:9 BW of onrechtmatige daad artikel 6:162 BW indien de B.V. is geschaad door zijn handelswijze.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Dorresteyn 2010, p. 2.

¹⁰¹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033.

¹⁰² HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698.

¹⁰³ HR 21 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1849.

¹⁰⁴ Van Dongen 2013, p. 3.

¹⁰⁵ Bartman 2007, p. 2.

¹⁰⁶ Van Dongen 2013, p. 5 en 6.

Hoofdstuk 3 – Zorgplicht notaris en het tegenstrijdig belang

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 2 beantwoord: “Welke zorgplicht rust op de notaris met betrekking tot een tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V.?” Voor de beantwoording van deze deelvraag wordt de wet en regelgeving alsmede belangrijke jurisprudentie besproken. In de eerste paragraaf behandel ik de wet en regelgeving in verband met de notariële zorgplicht van de notaris ten aanzien van tegenstrijdig belang. In de tweede paragraaf worden de gevolgen van de niet nakoming van de notariële zorgplicht door de notaris ten aanzien van tegenstrijdig belang behandeld. In de derde paragraaf van dit hoofdstuk wordt de conclusie van de in paragraaf 1 en 2 behandelde onderwerpen beschreven.

3.1. Wet en regelgeving over de notariële zorgplicht ten aanzien van tegenstrijdig belang

Zoals in hoofdstuk 2 paragraaf 2.4.2. van dit praktijkonderzoek beschreven riskeert een bestuurder die ondanks een tegenstrijdig belang deelneemt aan de beraadslaging of besluitvorming, en de B.V. door zijn handelswijze is geschaad, persoonlijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling zoals omschreven in artikel 2:9 BW of onrechtmatige daad artikel 6:162 BW.¹⁰⁷ De betreffende bestuurder kan dan door de B.V. persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de B.V. lijdt of heeft geleden door de (op grond van het genomen besluit) gedane rechtshandeling. De bestuurder kan de notaris aansprakelijk stellen voor deze schade. Echter alleen als blijkt dat de bestuurder door de notaris onvoldoende is geïnformeerd en gewaarschuwd over de gevolgen van zijn handelen, en hij de handeling niet had verricht als hij wel voldoende was geïnformeerd.¹⁰⁸ Er is dan sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de notaris zijn verplichtingen (zorgplicht) uit het hoofd van de overeenkomst (de door de cliënt gevraagde dienst). Dit is uiteraard een situatie welke de notaris wil voorkomen. Momenteel maakt Notariskantoor Schrama daarom bij een vermoeden van een tegenstrijdig belang notulen op, welke door de cliënt wordt getekend, om het tegenstrijdig belang af te dekken. Tevens kan de notaris op deze manier aantonen dat er daadwerkelijk met de cliënt over de eventuele aanwezigheid van een tegenstrijdig belang is gesproken. In deze paragraaf zal ik de notariële zorgplicht ten aanzien van het ondernemingsrecht verder behandelen.

De notaris speelt een belangrijke rol bij de dienstverlening in het ondernemingsrecht. Hij vervult een grote rol bij de totstandkoming en vastleggingen van rechtshandelingen, maar ook bij de advisering van ondernemers.¹⁰⁹ De notaris wordt door de wetgever bij op de wet gebaseerde rechtshandelingen beschouwd als bewaker van rechtszekerheid, denk aan de waarborging van de wettelijke en statutaire formaliteiten waarmee onder meer aantastbare aandeelhoudersbesluiten zoveel mogelijk worden voorkomen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Van Dongen 2013, p. 5 en 6.

¹⁰⁸ HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690.

¹⁰⁹ Zaman & Grapperhaus 2016, p. 1.

¹¹⁰ Zaman & Grapperhaus 2016, p. 1.

Op de notaris rust een zwaarwegende zorgplicht "ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen" aldus de Hoge Raad.¹¹¹ Deze zorgplicht van de notaris geldt jegens alle belanghebbenden, dus niet alleen de partijen die bij het passeren van de akte aanwezig zijn, maar een ieder die een belang heeft bij de rechtshandeling. In artikel 17 lid 1 van de Wet op de Notarisambt staat namelijk het volgende beschreven:

"1. De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootste mogelijke zorgvuldigheid."

De notaris wordt door de Hoge Raad neergezet als de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot.¹¹² De Hoge Raad heeft recent uitspraak gedaan inzake de aansprakelijkheid van een advocaat voor de schade als gevolg van een onjuist advies. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad een zekere zorgvuldigheidsplicht geformuleerd.¹¹³ Uit de literatuur blijkt dat deze uitspraak tevens van belang is voor het notariaat, omdat er door de Hoge Raad op vergelijkbare wijze als bij het notariaat tijdens de beoordeling onderscheid wordt gemaakt tussen het geval dat de advocaat voor zijn cliënt een procedure voert (wettelijke takenpakket) en het geval dat de advocaat zijn cliënt adviseert (niet-wettelijke takenpakket).¹¹⁴ Bij het wettelijke takenpakket geldt dat een cliënt niet onnodig moet worden geconfronteerd met voorzienbare en vermijdbare risico's.¹¹⁵ Bij het niet-wettelijke takenpakket geldt dat de cliënt in staat moet worden gesteld goed geïnformeerd te beslissen.¹¹⁶ Indien een cliënt door de notaris dus niet voldoende is geïnformeerd over de eventuele aanwezigheid van een tegenstrijdig belang van zijn kant bij de besluitvorming (in verband met de te realiseren rechtshandeling) en/of niet gewezen is op de risico's hiervan, heeft de notaris niet aan zijn zorgvuldigheidsplicht voldaan en zich dus niet als een bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot gedragen.

In het kader van de wettelijke taken (procedures) van de notaris op het gebied van het ondernemingsrecht, zal hij vaak ook de (voorafgaande aan de akte) bijbehorende besluitvorming opmaken, zoals ontwerp notulen.¹¹⁷ Bijvoorbeeld bij een levering van aandelen volgt uit de basisregel van artikel 3:84 BW dat de levering dient plaats te vinden op basis van een geldige titel en door een beschikkingsbevoegde. Dit levert voor de notaris een onderzoeksplicht op naar de beschikkingsbevoegdheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurder.¹¹⁸ Indien er sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang bij de

¹¹¹ HR 28 september 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0095.

¹¹² HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198.

¹¹³ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.

¹¹⁴ Zaman & Grapperhaus 2016, p. 2.

¹¹⁵ HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.4.2.

¹¹⁶ HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564.

¹¹⁷ Zaman & Grapperhaus 2016, p. 4.

¹¹⁸ De Vries 2016, p. 3.

besluitvorming zal de notaris moeten nagaan wat er in de statuten van de B.V. over een tegenstrijdig belang is bepaald. Dit uiteraard voorafgaand aan het op te stellen besluit. De notaris heeft in het kader van zijn wettelijke taken (procedures) tevens een voorlichtende taak, ookwel de "Belehrungstaak" genoemd.¹¹⁹ Hij moet partijen bij een rechtshandeling welke wordt aangegaan door de B.V. informeren over de gevolgen daarvan. Denk aan: wat er kan gebeuren bij een tegenstrijdig belang van de bestuurder en dus gebrekkige besluitvorming of wat de gevolgen zijn bij onbevoegde vertegenwoordiging, en hoe men moet omgaan met tegenstrijdig belang en de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders als gevolg van wettelijke of statutaire taken die zij moeten naleven.¹²⁰

Kortom mede ten aanzien van het tegenstrijdig belang in het ondernemingsrecht speelt de notaris een belangrijke rol voor de ondernemer: informierend, adviserend, regulerend, ordenend en beschermend.¹²¹ Dit alles doet de notaris uit hoofde van zijn zorgplicht.

3.2. Gevolgen niet nakoming notariële zorgplicht ten aanzien van tegenstrijdig belang

De in paragraaf 3.1. behandelde zorgplicht van een notaris kan civielrechtelijk en tuchtrechtelijk worden getoetst. De tuchtrechtprocedure ziet op de (goede) wijze van beroepsuitoefening. De civielrechtelijke procedure is bedoeld om schade te vergoeden.¹²²

3.2.1. De tuchtrechtprocedure

De tuchtrechtprocedure, welke vaak voorafgaand aan de civielrechtelijke (aansprakelijkheid) procedure, met de daarin te handhaven beroeps- en gedragsregels voor het notariaat heeft als doel het ordenen van de beroepsgroep.¹²³ De Hoge Raad is standvastig over het oordeel dat: een tuchtprocedure dient ter bevordering van een goede wijze van beroepsuitoefening en dus in het algemeen belang is.¹²⁴ Het gaat in de tuchtprocedure niet om de klager en zijn vergoeding en dus ook niet om vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dit onderscheid zorgt ervoor dat een notaris bij een tuchtcollege op een andere manier verantwoording aflegt over zijn handelen dan bij een civiele rechter.¹²⁵ Kortom, in een tuchtrechtelijke procedure wordt alleen de manier van het handelen van de notaris beoordeeld. Artikel 99 lid 1 Wna luidt als volgt:

"1. Klachten tegen notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen kunnen, schriftelijk en met redenen omkleed, door een ieder met enig redelijk belang worden ingediend bij de kamer voor het notariaat waaronder de notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris ressorteert. Indien de klager daarom verzoekt, is de secretaris van de

¹¹⁹ Zanman & Grapperhaus 2016, p. 2.

¹²⁰ Zanman & Grapperhaus 2016, p. 2.

¹²¹ Zaman & Grapperhaus 2016, p. 2.

¹²² Hendriksen & Rammeloo 2008, p. 3.

¹²³ De Vries 2016, p. 2.

¹²⁴ Hendriksen & Rammeloo 2008, p. 3.

¹²⁵ Hendriksen & Rammeloo 2008, p. 4.

kamer hem behulpzaam bij het op schrift stellen van de klacht. Van de klacht wordt een afschrift gezonden aan de KNB en het Bureau.". Volgens de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en art. 103 Wna kan de Kamer van Toezicht als gevolg van een gegrond verklaarde klacht één van de volgende sancties aan de notaris opleggen:

- 1.** waarschuwing (zoals in het voorbeeld);
- 2.** berisping;
- 3.** een geldboete;
- 4.** schorsing in de uitoefening van het ambt (maximaal zes maanden);
- 5.** ontzetting uit het ambt.

Het is ook mogelijk dat de kamer voor het notariaat de klacht gegrond verklaart zonder een maatregel op te leggen.

Een mooi voorbeeld van een tuchtrechtprocedure ten aanzien van het tegenstrijdig belang is de volgende uitspraak van de Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen te Rotterdam, waarin de klacht gegrond wordt verklaard met een waarschuwing voor de notaris als gevolg. De klacht luidt als volgt:

"3.1

Klagers verwijten de notaris dat hij tekort is geschoten in de op hem rustende zorgplicht door de onder 2.1 genoemde hypotheekakte te passeren zonder klagers van tevoren daarover te verwittigen respectievelijk te raadplegen en zich onvoldoende rekenschap te geven van het tegenstrijdig belang tussen de heer [Y] en de aandeelhouder van [naam] B.V.

3.2

Klagers stellen dat de heer [Y] in deze transactie een met het belang van [naam] B.V. strijdig eigen belang had, aangezien hij daarbij namens [naam] B.V. zekerheid stelde voor zijn privé-schulden en de schulden van zijn eigen onderneming. De heer [Y] was volgens klagers daardoor niet gerechtigd om als vertegenwoordiger van [naam] B.V. op te treden. Ook menen klagers dat sprake is van een tegenstrijdig belang op het niveau van VDPH Holding B.V., omdat VDPH Holding B.V. als enig aandeelhouder van [naam] B.V. belang heeft bij transacties die door [naam] B.V. worden aangegaan. Daarom was volgens klagers voor het rechtsgeldig vestigen van het hypotheekrecht ook een aanwijzingsbesluit van de AVA van VDPH Holding B.V. nodig. Om van die bevoegdheid gebruik te kunnen maken had de heer [Y] volgens klagers aan de AVA van VDPH Holding B.V. mededeling moeten doen van het bestaan van het tegenstrijdig belang.

3.3

Volgens klagers rustte op de notaris de plicht de interne bevoegdheidsbeperkingen te onderzoeken, aangezien dergelijke beperkingen niet ongebruikelijk zijn en het tegenstrijdig belang zo evident was dat er alle reden voor was te twijfelen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de heer [Y]. In het kader van deze onderzoeksverplichting had de notaris zich ervan moeten vergewissen of de heer [Y] de AVA van VDPH Holding B.V. van het bestaan van het tegenstrijdig belang op de hoogte had gebracht.

3.4

Voorts stellen klagers dat de notaris [naam] B.V. had moeten uitnodigen voor de op 15 december 2008 gehouden AVA en de notulen van deze vergadering aan haar had moeten verstrekken."¹²⁶

De Kamer van Toezicht oordeelde dat er, gelet op de omstandigheden waaronder de transactie heeft plaatsgevonden, sprake van een tegenstrijdig belang.¹²⁷ Nu de heer [Y] namens [naam] B.V. zekerheid heeft gesteld voor zijn privé-schulden en de schulden van zijn persoonlijke vennootschap en daaraan voorafgaand tevens als vertegenwoordiger van de AVA van VDPH Holding B.V. goedkeuring heeft verleend voor deze transactie, zijn de belangen van zowel [naam] B.V. en VDPH Holding B.V. als de heer [Y] in privé en [naam] Holding B.V. in één persoon verenigd.¹²⁸

Tevens oordeelde de Kamer van Toezicht dat de notaris in de gegeven omstandigheden had moeten nagaan of voor het nemen van het aanwijzingsbesluit door de AVA van [naam] B.V. en het vestigen van het hypotheekrecht de interne goedkeuring van de AVA van VDPH Holding B.V. was verkregen.¹²⁹ Gesteld noch gebleken is dat de notaris onderzoek daarnaar heeft verricht.¹³⁰ Gelet op al deze omstandigheden is de Kamer van oordeel dat de notaris in dit geval te lichtvaardig heeft gehandeld. Nu het tegenstrijdig belang zo duidelijk aanwezig was en het de notaris bekend kon zijn dat VDPH Holding B.V. meerdere aandeelhouders had, had de notaris alerter moeten zijn en terughoudender moeten handelen.¹³¹ De klacht is derhalve gegrond. De Kamer acht het handelen van de notaris zodanig onzorgvuldig dat zij de maatregel van waarschuwing passend acht.¹³²

3.2.2. De civielrechtelijke (aansprakelijkheid) procedure

De civielrechtelijke (aansprakelijkheid) procedure heeft als doel om schade geleden door de B.V., verhaald op de bestuurder die deze schade weer verhaald op de notaris als gevolg van de tegenstrijdig belangtransactie te vergoeden, mits die daadwerkelijk is geleden en voor vergoeding in aanmerking komt.¹³³ Het algemeen belang (zoals bij de tuchtrechtprocedure) heeft daar weinig mee te maken. In een civielrechtelijke procedure staat het belang van de bestuurder en de gevolgen van het handelen van de notaris centraal. De schade vordering wordt daarom getoetst aan alle vereisten voor civiele aansprakelijkheid.¹³⁴ Aangezien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de notaris zijn verplichtingen (zorgplicht) uit het hoofd van de overeenkomst (de door de cliënt gevraagde dienst) zal artikel 6:74 lid 1 BW de wettelijke basis vormen van de civielrechtelijke procedure. Artikel 6:74 lid 1 BW luidt als volgt:

¹²⁶ Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹²⁷ Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹²⁸ Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹²⁹ Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹³⁰ Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹³¹ Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹³² Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

¹³³ De Vries 2016, p. 2.

¹³⁴ Hendriksen & Rammeloo 2008, p. 4.

"1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend."

Het belangrijkste element van de civiele procedure is de schade. Als de B.V. nog geen schade heeft geleden door de gedane tegenstrijdig belangtransactie is er geen sprake van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Daarom geeft de civiele rechter alleen een verklaring voor recht wanneer het bestaan van enige schade aannemelijk is.¹³⁵

3.3. Conclusie

Gelet op de in paragraaf 3.1 behandelde notariële zorgplicht en de in paragraaf 3.2. behandelde gevolgen bij de niet nakoming door de notaris daarvan, is het momenteel opmaken van notulen door Notariskantoor Schrama bij enkel al een vermoeden van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder een veilige manier van handelen. Door het vereiste van een door de cliënt getekende notulen voldoet Notariskantoor Schrama aan de notariële zorgplicht. De cliënt wordt immers voor het opmaken van de notulen door de notaris voldoende geïnformeerd over de eventuele aanwezigheid van een tegenstrijdig belang (in verband met de te realiseren rechtshandeling) en gewezen op de risico's hiervan.

Tevens voorkomt de notaris door het opmaken van de notulen het risico op een tuchtrechtprocedure en/of een civiele procedure. De getekende notulen dient immers als bewijs dat de cliënt wel degelijk door de notaris is geïnformeerd en gewezen op de gevolgen van zijn handelen. Hierdoor is de tuchtrechtprocedure ongegrond omdat de notaris wel degelijk aan zijn zorgplicht heeft voldaan en een civiele procedure niet van toepassing omdat de notaris niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de door de B.V. geleden schade.

¹³⁵ Hendriksen & Rammeloo 2008, p. 4.

Hoofdstuk 4 – Toepassing van art. 2:239 BW (art. 2:256 BW oud) in de rechtspraak

Omdat het in de praktijk voor notariskantoor Schrama nog onduidelijk is wanneer er nu wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang heb ik een jurisprudentie onderzoek verricht. In dit hoofdstuk worden de deelvragen 3 en 4 beantwoord aan de hand van de uitkomsten van het jurisprudentieonderzoek. Er zijn 39 uitspraken geanalyseerd waarbij een belangrijk vraagstuk was of er wel of geen sprake van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) was. Allereerst zal in paragraaf 4.1 de manier waarop de jurisprudentieanalyse is uitgevoerd worden besproken. Daarna zal in paragraaf 4.2 deelvraag 3 worden beantwoord: " *Welke feiten en omstandigheden zijn volgens jurisprudentie doorslaggevend voor een rechter om te oordelen dat er wel sprake is van tegenstrijdig belang bij het aangaan van rechtshandelingen door een bestuurder van een B.V.?*", waarbij er in de rechtspraak wordt geoordeeld dat er wel sprake is van een tegenstrijdig belang. Vervolgens zal in paragraaf 4.3 deelvraag 4 worden beantwoord: " *Welke feiten en omstandigheden zijn volgens jurisprudentie doorslaggevend voor een rechter om te oordelen dat er geen sprake is van tegenstrijdig belang bij het aangaan van rechtshandelingen door een bestuurder van een B.V.?*", waarbij er in de rechtspraak wordt geoordeeld dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang. Tot slot wordt er in paragraaf 4.4 een conclusie gegeven.

4.1 Bespreking jurisprudentie analyse

Van de 39 geanalyseerde uitspraken zijn 12 uitspraken van de Hoge Raad, 12 uitspraken van de gerechtshoven en 15 uitspraken van de rechtbanken. De onderwerpen (rechtshandelingen) van het ondernemingsrechtelijke geschil variëren, deze staan vermeld in de bijlagen. Bij het analyseren van de uitspraken was er één uitspraak van de Hoge Raad, namelijk nummer 12, en één uitspraak van de rechtbank Haarlem, namelijk nummer 29, welke alsnog niet bruikbaar waren voor dit praktijk onderzoek. Dit omdat in beide geschillen inhoudelijk niet werd geoordeeld waarom er wel of niet sprake was van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). In totaal zijn er dus 37 uitspraken geanalyseerd.

De uitspraken zijn geanalyseerd aan de hand van de vier hierna genoemde stappen:

1. wie zijn de partijen?;
2. over welke rechtshandeling gaat het geschil?;
3. is er sprake van een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder van de B.V. wat niet parallel loopt aan het belang van de B.V. blijken uit voldoende bewezen omstandigheden? Zo ja;
4. kunnen deze aangetoonde omstandigheden van zodanige invloed zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat hij zich op grond hiervan niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te kunnen behartigen, en hierdoor de bestuurder te maken heeft met zodanige onverenigbare

belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming?

In **bijlage I** zijn alle uitspraken opgenomen waar de rechter oordeelt dat er wel sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). In **bijlage II** zijn alle uitspraken opgenomen waar de rechter oordeelt dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). Bijlage I en II zijn aan dit praktijkonderzoek **gehecht**.

4.2. Toewijzing van een beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud)

Uit mijn jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de rechters geen concrete feiten en omstandigheden noemen wanneer er altijd sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). Omdat ieder geschil anders is dient er door de rechters altijd gekeken te worden naar alle concrete omstandigheden van het geval. Er dienen voldoende aantoonbare omstandigheden te worden aangedragen om een beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud) te kunnen laten slagen. Deze aantoonbare omstandigheden dienen dan ook door de wederpartij onvoldoende te worden betwist.

Blijkend uit de in bijlage I weergegeven 25 geanalyseerde uitspraken van mijn jurisprudentieonderzoek zijn er wel steeds terugkomende criteria in de overwegingen van de rechters waaraan zij toetsen of er sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). Er is wel sprake van een tegenstrijdig belang als:

1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder van de B.V. niet parallel loopt aan het belang van de B.V. blijken uit voldoende bewezen omstandigheden,¹³⁶ die;
2. van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder, dat;
3. hij zich op grond hiervan niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te kunnen behartigen,¹³⁷ en;
4. de bestuurder hierdoor te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.¹³⁸

Een voorbeeld van een voldoende bewezen omstandigheid is bijvoorbeeld: het kwijtraken van een grote schuld die de bestuurder heeft aan de B.V. door middel van verkoop van de aandelen waarbij de schuldoverneming onderdeel van de koopprijs is en de B.V. hierdoor met een minder solvabele (kapitaalkrachtige) schuldenaar wordt opgezaaid¹³⁹.

Tevens is uit mijn jurisprudentieonderzoek gebleken dat door de jaren heen de criteria voorafgaand aan de beoordeling of er sprake is van een tegenstrijdig belang duidelijker zijn

¹³⁶ Bijlage I, uitspraak 3, 4 en 27.

¹³⁷ Bijlage I uitspraak 15.

¹³⁸ Bijlage I, uitspraak 11 en 18.

¹³⁹ Bijlage IV, uitspraak 15 en 35.

geworden. Waar voorheen enkel al het feit dat er in “abstracto” sprake was van een tegenstrijdig belang genoeg was voor een rechter om te oordelen dat er sprake is van een tegenstrijdig belang, wordt er tegenwoordig gekeken naar alle concrete omstandigheden van het geval.¹⁴⁰ Blijkens mijn jurisprudentie onderzoek zal de partij die stelt dat er sprake is van een tegenstrijdig belang dit ook met concrete bewijzen moeten aantonen.¹⁴¹ Dat eerst bij de aanwezigheid van een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder al werd geoordeeld door de rechters dat er inderdaad sprake was van een tegenstrijdig belang, waarbij de vraag of dit persoonlijke belang wel of niet parallel liep aan dat van de B.V. buiten beschouwing werd gelaten, is na het Bruil/Kombex arrest niet meer toelaatbaar.¹⁴² De aanwezigheid van een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder zorgt er niet direct voor dat de bestuurder niet meer in staat mag worden geacht het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze zoals die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. De rechters dienen hedendaags tevens te onderzoeken of de bestuurder te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.¹⁴³

Kortom uit dit jurisprudentieonderzoek is gebleken dat hedendaags een beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud) slechts kan slagen als een (direct/indirect) persoonlijk belang van een bestuurder tegenstrijdig is met het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming en, op grond van de daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde (bewezen), omstandigheden dit persoonlijke belang van zodanig invloed kan zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Een persoonlijk belang van de bestuurder wat niet parallel loopt aan het belang van de B.V. leidt er toe dat de bestuurder te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming. Het aanvoeren van de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd is dus onvoldoende voor de beoordeling daarvan.¹⁴⁴

4.3. Afwijzing van een beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud)

Uit de in bijlage II weergegeven 11 geanalyseerde uitspraken van mijn jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de rechter oordeelt dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) als:

- 1.** een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder parallel loopt aan dat van de

¹⁴⁰ Bijlage I, uitspraak 7 en 24.

¹⁴¹ Bijlage II, uitspraak 19.

¹⁴² Bijlage II, uitspraak 7.

¹⁴³ Bijlage II, uitspraak 13.

¹⁴⁴ Bijlage II, uitspraak 7.

B.V. en de daaraan verbonden onderneming,¹⁴⁵ en;

2. er onvoldoende aantoonbare omstandigheden zijn die er toe kunnen leiden dat de bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen,¹⁴⁶ en;
3. de bestuurder hierdoor niet te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.¹⁴⁷

4.4. Conclusie

Kortom, naar aanleiding van de resultaten van mijn jurisprudentieonderzoek concludeer ik dat:

- A. een beroep op art. 2:239 BW (2:265 BW oud) slaagt en er dus wel sprake is van een tegenstrijdig belang als:
 1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder van de B.V. niet parallel loopt aan het belang van de B.V. blijken uit voldoende bewezen omstandigheden,¹⁴⁸ die;
 2. van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat;
 3. hij zich op grond hiervan niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te kunnen behartigen,¹⁴⁹ en;
 4. de bestuurder hierdoor te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming¹⁵⁰;
- B. een beroep op art. 2:239 BW (2:265 BW oud) faalt en er dus geen sprake is van een tegenstrijdig belang als:
 1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder parallel loopt aan dat van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming,¹⁵¹ en;
 2. er onvoldoende aantoonbare omstandigheden zijn die er toe kunnen leiden dat de bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen,¹⁵² en;
 3. de bestuurder hierdoor niet te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.¹⁵³

¹⁴⁵ Bijlage II, uitspraak 20 en 21.

¹⁴⁶ Bijlage II, uitspraak 30.

¹⁴⁷ Bijlage II, uitspraak 13.

¹⁴⁸ Bijlage I, uitspraak 3, 4 en 27.

¹⁴⁹ Bijlage I uitspraak 15.

¹⁵⁰ Bijlage I, uitspraak 11 en 18.

¹⁵¹ Bijlage II, uitspraak 20 en 21.

¹⁵² Bijlage II, uitspraak 30.

¹⁵³ Bijlage II, uitspraak 13.

Hoofdstuk 5 – Conclusie(s)

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 5.1. antwoord gegeven op de centrale vraag van dit praktijkonderzoek. In paragraaf 5.2. zal worden toegelicht of de doelstelling van dit onderzoek is behaald. Tot slot wordt in paragraaf 5.3. beargumenteert hoe bruikbaar dit praktijkonderzoek is voor Notariskantoor Schrama.

5.1. Beantwoording centrale vraag

In deze paragraaf geef ik mijn conclusie naar aanleiding van de resultaten van dit praktijkonderzoek over een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) in verband met de notariële zorgplicht om een antwoord te kunnen geven op de centrale vraag. De centrale vraag van dit praktijkonderzoek was als volgt geformuleerd: *Wat kan aan Notariskantoor Schrama geadviseerd worden in verband met hun zorgplicht over een tegenstrijdig belang conform art. 2:239 BW blijkens wet- en regelgeving en jurisprudentieonderzoek?*

Blijkende uit de behandelde wet- en regelgeving alsmede de jurisprudentieanalyse is er sprake van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud) indien:

1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder van de B.V. niet parallel loopt aan het belang van de B.V. blijkende uit voldoende bewezen omstandigheden (bijvoorbeeld: het kwijtraken van een grote schuld die de bestuurder heeft aan de B.V. door middel van verkoop van de aandelen waarbij de schuldoverneming onderdeel van de koopprijs is en de B.V. hierdoor met een minder solvabele (kapitaalkrachtige) schuldenaar wordt opgezadeld¹⁵⁴), die;
2. van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder, dat;
3. hij zich op grond hiervan niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te kunnen behartigen, en;
4. de bestuurder daardoor te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.

Een geslaagd beroep op art. 2:239 BW (2:256 BW oud) maakt het genomen besluit vernietigbaar, de B.V. blijft wel gebonden aan de gedane rechtshandeling. Een beroep op vernietiging van een bestuursbesluit moet door de B.V. worden gedaan en heeft slechts interne werking. De bestuurder die ondanks een tegenstrijdig belang heeft deelgenomen aan de beraadslaging en besluitvorming riskeert persoonlijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling ex. art. 2:9 BW of onrechtmatige daad ex. Art. 6:162 BW indien de B.V. is geschaad door zijn handelswijze. De bestuurder kan door de B.V. persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de B.V. lijdt of heeft geleden door de (op grond van het genomen besluit) gedane rechtshandeling. De bestuurder die persoonlijk aansprakelijk is

¹⁵⁴ Bijlage IV, uitspraak 15 en 35.

gesteld door de B.V. voor de geleden schade kan de notaris aansprakelijk stellen voor deze schade. Echter alleen als blijkt dat de bestuurder door de notaris onvoldoende is geïnformeerd en gewaarschuwd over de gevolgen van zijn handelen en de bestuurder de handeling niet had verricht als hij wel voldoende was geïnformeerd en gewaarschuwd door de notaris. Als van het hiervoor genoemde sprake is handelt de notaris in strijd met zijn notariële zorgplicht. Er is dan sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de notaris zijn verplichtingen (zorgplicht) uit hoofd van de overeenkomst (de door de cliënt gevraagde dienst). De notaris kan dan zowel tuchtrechtelijk (beroepsuitoefening) als civielrechtelijk (aansprakelijkheid) worden beoordeeld.

Het opmaken van notulen door notariskantoor Schrama bij enkel al een vermoeden van een tegenstrijdig belang zorgt ervoor dat zij altijd aantoonbaar kunnen maken dat zij de bestuurder hebben geïnformeerd en gewaarschuwd over de risico's daarvan. Zij voldoen hierdoor dus ook aan hun notariële zorgplicht. Tevens voorkomt notariskantoor Schrama zo het feit dat zij door de bestuurder, die door de B.V. persoonlijk aansprakelijk is gesteld voor de (op grond van het genomen besluit) gedane rechtshandeling geleden schade, aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld voor die schade.

Voor het opmaken van de notulen worden er door notariskantoor Schrama wel extra kosten in rekening gebracht voor de cliënt. Gelet de resultaten van het gedane jurisprudentieonderzoek is de aanwezigheid van een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder bij de besluitvorming voorafgaand aan de rechtshandeling niet direct een grond om te concluderen dat er daadwerkelijk sprake is van een tegenstrijdig belang. Zoals hierboven beschreven is er pas sprake van een tegenstrijdig belang als met voldoende bewezen omstandigheden kan worden aangetoond dat het (direct/indirect) persoonlijke belang van de bestuurder niet parallel loopt aan dat van de B.V. en er in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laat leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming. Indien er dus onvoldoende aantoonbare omstandigheden zijn die ervoor (kunnen) zorgen dat het persoonlijke belang van de bestuurder niet parallel loopt aan dat van de B.V. is het opmaken van notulen niet direct noodzakelijk. Wel is het voor notariskantoor Schrama een zekerheid om aansprakelijkheid te voorkomen.

Blijkend uit de resultaten van mijn jurisprudentieonderzoek is er geen sprake is van een tegenstrijdig belang als:

1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder parallel loopt aan dat van de B.V., en;
2. er onvoldoende aantoonbare omstandigheden worden aangedragen toe ertoe leiden dat de bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen, en;
3. de bestuurder dus niet te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in

redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.

Er hoeven dan dus ook geen notulen door notariskantoor Schrama opgemaakt te worden. Als er geen sprake is van een tegenstrijdig belang kan de bestuurder ook niet door de B.V. persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de geleden schade.

5.2. Terugkoppeling naar doelstelling

In deze paragraaf blik ik terug op de doelstelling van dit onderzoek en geef ik aan of deze (gedeeltelijk) behaald is ja of nee.

De doelstelling van dit onderzoek was het inzichtelijk maken welke feiten en omstandigheden volgens jurisprudentie doorslaggevend zijn voor een rechter om te oordelen dat er wel of geen sprake is van tegenstrijdig belang bij een bestuurder van een B.V. zodat notariskantoor Schrama met behulp van een door mij geschreven advies de dossiers sneller kunnen behandelen omdat zij sneller weten wanneer er notulen opgemaakt moeten worden om het tegenstrijdig belang af te dekken. Bovendien kan Notariskantoor Schrama de cliënten dan duidelijk informeren waarom er notulen moeten worden opgemaakt.

De doelstelling is niet volledig behaald. Uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek heb ik geen concrete feiten en omstandigheden kunnen vastleggen wanneer er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang. Elke situatie is anders, en er dient telkens door de rechter gekeken te worden naar alle concrete omstandigheden van het geval. Tevens hangt de beoordeling of er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang vaak af van het feit of er voldoende of onvoldoende aantoonbare omstandigheden worden aangedragen die wel of niet zorgen voor het bestaan van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). Wel zijn er uit mijn jurisprudentieonderzoek duidelijke toetsingscriteria naar voren gekomen die gebruikt kunnen worden door Notariskantoor Schrama om sneller te kunnen oordelen of er sprake is van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder zodat zij sneller weten wanneer er wel of geen notulen opgemaakt moeten worden om het tegenstrijdig belang af te dekken.

5.3. Bruikbaarheid onderzoeken

Ondanks het feit dat de doelstelling van dit praktijkonderzoek niet volledig is behaald, zijn de resultaten van dit praktijkonderzoek zeker bruikbaar voor notariskantoor Schrama. Uit de jurisprudentieanalyse zijn, zoals hierboven beschreven duidelijke toetsingscriteria naar voren gekomen waaraan de rechters oordelen of er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang ex art. 2:239 BW (2:256 BW oud). In mijn advies omschrijf ik deze toetsingscriteria in de vorm van een richtlijn voor notariskantoor Schrama zodat zij dit bij de behandeling van de dossiers kunnen gebruiken om sneller te kunnen oordelen of er sprake is van een tegenstrijdig belang (ex art. 2:239 BW) bij de bestuurder en dus sneller weten wanneer er notulen opgemaakt moeten worden om het tegenstrijdig belang af te dekken.

Hoofdstuk 6 – Advies

In dit afsluitende hoofdstuk wordt een advies gegeven aan notariskantoor Schrama wat zij kunnen gebruiken om sneller te bepalen of het nodig is om notulen op te maken tijdens de behandeling van dossiers waar sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder van een B.V.

Zoals in hoofdstuk 5 paragraaf 5.2 al beschreven is de doelstelling van mijn praktijkonderzoek niet volledig behaald. Uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek heb ik namelijk geen concrete feiten en omstandigheden kunnen vastleggen wanneer er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang. Elke situatie is anders, en er dient telkens door de rechter gekeken te worden naar alle concrete omstandigheden van het geval. Wel zijn er uit mijn jurisprudentieonderzoek duidelijke criteria naar voren gekomen waaraan de rechters toetsen of er wel of geen sprake is van een tegenstrijdig belang. Deze toetsingscriteria kunnen in de vorm van een richtlijn door Notariskantoor Schrama gebruikt worden om sneller te kunnen oordelen of er sprake is van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder zodat zij sneller weten wanneer er wel of geen notulen opgemaakt moeten worden om het tegenstrijdig belang af te dekken.

Gelet op het bovenstaande wordt notariskantoor Schrama geadviseerd het onderstaande mee te nemen in de behandeling van de dossiers.

Tijdens de behandeling van de dossiers adviseer ik notariskantoor Schrama **altijd** notulen op te maken om een tegenstrijdig belang af te dekken en zo aan de notariële zorgplicht te voldoen, indien er sprake is van de volgende omstandigheden:

1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder van de B.V. wat niet parallel loopt aan het belang van de B.V. blijkende uit voldoende bewezen omstandigheden (*bijvoorbeeld: het kwijtraken van een grote schuld die de bestuurder heeft aan de B.V. door middel van verkoop van de aandelen waarbij de schuldoverneming onderdeel van de koopprijs is en de B.V. hierdoor met een minder solvabele (kapitaalkrachtige) schuldenaar wordt opgezadeld¹⁵⁵*), die;
2. van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat;
3. hij zich op grond hiervan niet instaat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te kunnen behartigen, en;
4. de bestuurder dus te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.

Wanneer er bij de behandeling van de dossiers **twijfel** bestaat of het (direct/indirect) persoonlijke belang van de bestuurder wel of niet parallel loopt aan het belang van de B.V. en

¹⁵⁵ Bijlage IV, uitspraak 15 en 35.

de daaraan verbonden onderneming adviseer ik notariskantoor Schrama om ook altijd notulen op te blijven maken om een tegenstrijdig belang af te dekken. Zo voorkomt notariskantoor Schrama de situatie dat een bestuurder die door de B.V. persoonlijk aansprakelijk is gesteld voor de door de B.V. geleden schade, deze schade met succes kan verhalen op notariskantoor Schrama omdat zij niet aan hun notariële zorgplicht hebben voldaan. Door het opmaken van notulen heeft notariskantoor Schrama altijd aantoonbaar bewijs dat er daadwerkelijk met de bestuurder over de mogelijkheid van een tegenstrijdig belang gesproken is en hij gewaarschuwd is voor de eventuele gevolgen daarvan.

Tot slot adviseer ik notariskantoor Schrama dat het tijdens de behandeling van de dossiers **niet** nodig is om notulen op te maken om een tegenstrijdig belang af te dekken als:

1. een (direct/indirect) persoonlijk belang van de bestuurder parallel loopt aan dat van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming, en;
2. er onvoldoende aantoonbare omstandigheden zijn die er toe kunnen leiden dat de bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de B.V. met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen, en;
3. de bestuurder niet te maken heeft met zodanige onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de B.V. en de daaraan verbonden onderneming.

Literatuur- en bronnenlijst

Artikelen

1. **Bartman 2005**

S.M. Bartman, 'De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang', *WPNR* 2005, 6615 p. 1-9;

2. **Bartman 2007**

S.M. Bartman, 'Onderzoeksplicht bij tegenstrijdig belang: Biedt de Hoge Raad de praktijk toch een sprankje hoop in ABN Amro-Dijkema q.q.?', *WPNR* 2007, 6694 p. 1-5;

3. **Dorresteijn 2010**

A.F.M. Dorresteijn, 'Tegenstrijdig belang: het paard achter de wagen', *WPNR* 2010, 6836 p. 1-3;

4. **De Vries 2016**

P.P. de Vries, 'De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV', *WPNR* 2016, 7119 p. 1-10;

5. **Hendriksen & Rammeloo**

W.F. Hendriksen en L.H. Rammeloo, 'Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen', *WPNR* 2008, 6778 p. 952-957;

6. **Heck-Vink 2008**

C. Heck-Vink, 'Uit de Praktijk van het Notarieel Juridisch Bureau', *WPNR* 2008, 6738 p. 1 en 2;

7. **Jarigsmas 2007**

R.W. Jarigsmas, 'Tegenstrijdig belang – een overzicht', *O & F* 2007, afl. 74, p. 42-49;

8. **Lennarts 2008**

M.L. Lennarts, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang?', *WPNR* 2008, 6770 p. 1-14;

9. **Rensen 2013**

G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013, 6979 p. 1-7;

10. **Van Dongen 2013**

M.C.P. van Dongen, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2013, afl. 2, p. 44-49;

11. **Van Veen 2010**

W.J.M. van Veen, 'Twee nieuwe arresten inzake vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', *WPNR* 2010, 6850 p. 1-9;

12. **Zaman & Grapperhaus 2016**

D.F.M.M. Zaman en J.J.M. Grapperhaus, 'De notaris als bewaker van zuivere verhoudingen binnen de BV', *WPNR* 2016, 7115 p. 1-9;

Internet

www.rechtspraak.nl

www.knb.nl

Jurisprudentie

- HR 28 september 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0095;
 - HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198;
 - HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406;
 - HR. 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564;
 - HR 21 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1849;
 - HR 14 juli 2006, ECLI:NL:2006:HR:AV6954;
 - HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394;
 - HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690;
 - HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618;
 - HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2698;
 - HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022;
 - HR 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA0033;
 - HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.
-
- Kamer van Toezicht, 11 maart 2010, ECLI:NL:TNOKROT:2010:YC0439.

Parlementaire documentatie

- *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 6, p.18;
- *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, nr. C, p. 8 en 9.