

De tegenstrijdigbelangregeling(en) in het enquêterecht

De Intergamma- en Staphorst-beschikkingen nader bekeken

Mr. M. C. Hoeba *

De Ondernemingskamer heeft het afgelopen jaar meerdere noemenswaardige beschikkingen gewezen waarbij het tegenstrijdig belang centraal stond. In het enquêterecht lijkt de Ondernemingskamer nu naast de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ook de norm van artikel 2:8 BW mee te pakken. Dit zorgt voor de nodige onduidelijkheid in de (rechts)praktijk. De auteur onderzoekt het concept van het tegenstrijdig belang in het enquêterecht aan de hand van de laatste ontwikkelingen.

‘L’intérêt, qui aveugle les uns, fait la lumière des autres.’¹

1 Inleiding

De Ondernemingskamer (hierna: OK) heeft in 2017 twee noemenswaardige beschikkingen gewezen, waarbij het tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in kapitaalvennootschappen centraal stond. Deze beschikkingen lijken gebaseerd te zijn op de Linders/Hofstee-beschikking uit 1983, waarin het vereiste handelen bij een tegenstrijdig belang voorzien is van een gedragslijn (hierna: enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling).² Deze regeling leunt op de redelijkheid-en-billijkheidsnorm van art. 2:8 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (aangezien de wettelijke regeling van art. 2:146/256 BW (oud) een te beperkte strekking had) en dient het handelen van bestuurders naar het vennootschappelijk belang te waarborgen. In 2007 kwam de Hoge Raad met de Bruil-uitspraak, waarin het vereiste handelen bij een tegenstrijdig belang werd uiteengezet.³ Vanaf dat moment was het voor de praktijk duidelijk waar een bestuurder en ook andere organen van de vennootschap al dan niet aan moesten voldoen om correct te handelen. In 2013 is de wettelijke regeling herzien met de invoering van de Wet bestuur en toezicht (opgenomen

in art. 2:129/239 lid 6 BW⁴ (hierna: wettelijke tegenstrijdigbelangregeling)). De laatste ontwikkelingen laten zien dat de OK in haar beschikkingen een breder tegenstrijdigbelangbegrip lijkt te (her)introduceren. Dit zorgt voor de nodige onduidelijkheid in de (rechts)praktijk, aangezien de vraag nu rijst of de OK boven op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling de bredere enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling zal gebruiken in haar ex-posttoetsing of er zorgvuldig gehandeld is. Eerst zal worden ingegaan op de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en vervolgens zal de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling de revue passeren. Daarna zullen achtereenvolgens de beschikking inzake Intergamma en de beschikking inzake Staphorst geduid worden om de recente ontwikkelingen binnen het enquêterecht te laten zien. Als laatste wordt een aantal aanwijzingen gegeven hoe de (rechts)praktijk zou kunnen handelen indien er sprake is van een (mogelijk) tegenstrijdig belang.⁵

2 De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling

2.1 Wettelijke gedragsnorm

De wet bevat een gedragsnorm die een bestuurder dient na te leven indien hij een persoonlijk belang heeft bij een (uitvoering van een) bepaald besluit, en waarbij een risico bestaat dat zijn handelen wordt beïnvloed door zijn persoonlijke belangen.⁶ De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is voor de NV en de BV opgenomen in artikel 2:129/239 lid 6 BW.⁷ Indien

* Mr. M.C. Hoeba is advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam.
1. François duc de La Rochefoucauld (1613-1680), *Maximes et réflexions morales du duc de La Rochefoucauld*, Parijs: Ménard et Desenne fils 1817, p. 10 (nr. 40).
2. Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Macijer (Linders/Hofstee).
3. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 m.nt. Macijer (Bruil).

4. Voor commissarissen geldt art. 2:140/250 lid 5 BW.
5. Indien in dit artikel gesproken wordt van een tegenstrijdig belang, kan ook een mogelijk tegenstrijdig belang daaronder worden begrepen, voor zover van toepassing. Zie voor een *mogelijk* tegenstrijdig belang Chr.M. Stokkermans, *Tegenstrijdig belang bij de rechtspersoon? Realistisch aanpakken*, WPNR 2017/7173, p. 945.
6. G.T.M.J. Raaijmakers, *Tegenstrijdig belang na de invoering van de Wet Bestuur & Toezicht*, in: G.C. Makking e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse, Nijmegen: Ars Aequi Libri* 2015, p. 359.
7. ‘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.’

een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft en dus kwalificeert als besmette bestuurder, is de onthoudingsregel van toepassing. Deze regel houdt in dat de besmette bestuurder zich dient te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming van het desbetreffende agendapunt waar hij een tegenstrijdig belang bij heeft.⁸ Voor de herziening van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling in 2013 verloor het (gehele) bestuur zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid,⁹ indien een bestuurder een persoonlijk tegenstrijdig belang had ten opzichte van de vennootschap. De huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is voor bestuurders en commissarissen van dwingend recht. Indien zowel het bestuur als de raad van commissarissen (hierna: RvC) geconfronteerd is, vindt beraadslaging en besluitvorming plaats door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: algemene vergadering); dit kan overigens statutair anders geregeld worden.¹⁰ De parlementaire geschiedenis verwijst voor de inkleuring en toepassing van het tegenstrijdigbelangbegrip naar de Bruil-uitspraak.¹¹

2.2 Hoge Raaduitspraak Bruil en de materiële toets

De Hoge Raad heeft in de Bruil-uitspraak een materiële toets aangelegd voor het vaststellen van een tegenstrijdig belang.¹² Dit houdt in dat ook feitelijk, gelet op alle relevante omstandigheden van het concrete geval,¹³ sprake moet zijn van een tegenstrijdig belang en niet enkel op formele basis.¹⁴ Als de bestuurder een *direct of indirect persoonlijk belang* heeft dat strijdig is en niet parallel loopt met het *belang van de vennootschap*, en waardoor de bestuurder niet geacht wordt het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te dienen met de vereiste *integriteit en objectiviteit*, heeft hij

een tegenstrijdig belang en dient hij zich te *onthouden van beraadslaging en besluitvorming*.¹⁵

Uit de Bruil-uitspraak valt allereerst op te maken dat een belang strijdig aan het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (hierna: vennootschappelijk belang) in beginsel kan kwalificeren als een tegenstrijdig belang. Wat houdt het vennootschappelijk belang in? Bij de vervulling van zijn taak dient de bestuurder¹⁶ – en heeft hij een verantwoordelijkheid¹⁷ – zich te richten naar het vennootschappelijk belang.¹⁸ De Hoge Raad heeft zich hierover in de Cancun-uitspraak uitgelaten en een binaire benadering gegeven aan de interpretatie voor het vennootschappelijk belang.¹⁹ Het vennootschappelijk belang wordt enerzijds bepaald door de bevordering van het bestendige succes van de onderneming,²⁰ en anderzijds door het betrachten van zorgvuldigheid omtrent de belangen van de betrokkenen van de vennootschap.²¹ Indien een onderneming onderdeel is van de vennootschap, wordt het vennootschappelijk belang in de regel ‘vooral’ bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.²² Het ‘bestendige succes van de onderneming’ wordt in de literatuur ook wel de continuïteit van de onderneming genoemd.²³ De zorgvuldigheidsverplichting *kan* volgens de Hoge Raad voorts meebrengen dat het vennootschappelijk belang inhoudt dat de belangen van de betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.²⁴

8. A.F.J.A. Leijten, Een tegenstrijdigbelangregeling ontwerpen, WPNR 2017/7173, p. 953-954; vgl. Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 m.nt. Sinnighe Damsté (TMG), r.o. 3.15, 3.16 en 3.19.
9. Art. 2:156/246 BW (oud); zie o.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/400 en 410; H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 30-31; A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: statuten en reglementen van beursvennootschappen onderzocht, O&F (22) 2014, afl. 4, p. 24; R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, Ondernemingsrecht 2012/92, p. 501.
10. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 230 en I. Wassenaar, Tegenstrijdig belang: de nieuwe regels, TOP 2012, afl. 4, p. 149.
11. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.
12. A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: het paard achter de wagen, WPNR 2010/6836, p. 225.
13. Zie voor een overzicht van een aantal relevante factoren en kenmerken die hierbij kunnen helpen: G.T.M.J. Raaijmakers & A.H. Stoffels, De aandeelhouders-commissaris en tegenstrijdig belang, WPNR 2017/7173, p. 965-966.
14. Waarmee afscheid is genomen van de formeel-abstrakte benadering, die inhoudt dat elk belang van de bestuurder die mogelijk nadelig kan zijn voor de vennootschap voldoende is om het wettelijk gezien over een tegenstrijdig belang te hebben: S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, Van het concern, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 237.

15. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. J.M.M. Maeijer (Bruil), r.o. 3.4 en 3.7.
16. Indien in dit artikel gesproken wordt over een bestuurder of een bestuur, kan ook een commissaris of RvC daaronder begrepen worden, voor zover van toepassing.
17. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (Boskalis/Fugro), r.o. 3.3.6.
18. Art. 2:129/239 lid 5 BW.
19. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1 en 4.2.2.
20. Aangezien de Hoge Raad het voor wat betreft het eerste element heeft over ‘vooral’ bepaald worden door het bestendige succes van de onderneming, betekent dit ook dat andere factoren meegenomen dienen te worden, zie ook W.J.M. van Veen, Het belang van de rechtspersoon en zijn ‘raison d’être’, WPNR 2017/7162, p. 643.
21. L. Timmerman, De rol van het vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, afl. 1, p. 15; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1 en 4.2.2.
22. M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, Lange termijn waardecreatie van de beursvennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het bestendige succes van de (dochter)onderneming en het begrip ‘vennootschappelijk belang’: harmonie of disharmonie?, O&F (25) 2017, afl. 3, p. 9-10.
23. Zie o.m. annotatie punt 5 ad (2): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun) en S. Rensen, De turboliquidatie van de besloten vennootschap (diss. Maastricht; VDHI nr. 131), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 74-76.
24. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.2; Annotatie punt 5 ad (3): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun); Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965 m.nt. C.D.J. Bulten, r.o. 3.12; vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, JOR 2018/9 m.nt. Josephus Jitta (ZED+), r.o. 4.15; Van Veen 2017, p. 651.

De onthoudingsregel omvat enkel de plicht voor de bestuurder zich te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming in het bestuur. Het spreken in een ander orgaan valt niet onder de wettelijke onthoudingsregel, bijvoorbeeld indien een besmette commissaris wordt uitgenodigd door het bestuur om mee te praten.²⁵ Indien het gehele bestuur en de gehele RvC besmet zijn, komt het aan op de algemene vergadering, die zich dient te buigen over de beraadslaging en besluitvorming. De algemene vergadering handelt dan in de hoedanigheid van het bestuur.²⁶

Van belang is dat de bestuurder zich bij zijn handelen en zijn taakuitoefening uitsluitend laat leiden door het vennootschappelijk belang,²⁷ en dit belang dient te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder verwacht mag worden.²⁸ De bestuurder dient een zuivere afweging te kunnen maken en niet belemmerd te worden door persoonlijke belangen.²⁹ De bestuurder dient de belangen van de vennootschap met de vereiste objectiviteit en integriteit te bewaken. Wat houdt deze integriteit in? Voor een bestuurder is het relevant dat ingeval zijn (persoonlijke) belangen niet parallel lopen aan het vennootschappelijk belang, hij ervoor moet zorgen en voorkomen dat deze belangen zodanig gaan schuren, dat dit tot een situatie leidt waardoor objectief gezien twijfel kan ontstaan en het vertrouwen kan ontbreken dat uitsluitend het vennootschappelijk belang de overhand zal hebben.³⁰ De objectiviteit houdt tevens in dat schijn van een tegenstrijdig belang niet meer voldoende is.³¹ Ondanks dat schijn niet voldoende is voor het aannemen van een tegenstrijdig belang,³² ligt het op de weg van een bestuurder om elke schijn van belangenverstrengeling uit de weg te gaan.³³

Er kunnen thans twee soorten tegenstrijdigbelangsituaties worden onderscheiden.³⁴ De eerste situatie betreft het direct tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder de wederpartij is van de vennootschap in een transactie. De tweede situatie betreft het indirect tegenstrijdig belang, waarbij de bestuurder in een bijzondere verhouding staat tot de wederpartij van de vennootschap³⁵ en/of een belang heeft bij de transactie.³⁶ In de praktijk komt het veelvuldig voor dat aandeelhouders en andere stakeholders commissarissen 'leveren'.³⁷ Deze 'afhankelijke' commissarissen vervullen de taak naar het belang van de vennootschap. Niet ontkend kan worden dat deze commissarissen er ook zitten om in ieder geval het belang van hun initiële opdrachtgever in de vennootschap niet te laten verwaarlozen.³⁸ Er kan dan niet meteen worden gezegd dat er sprake is van een indirect tegenstrijdig belang bij deze afhankelijke commissarissen.³⁹ Van hen wordt verwacht dat ze met de vereiste integriteit en objectiviteit het vennootschappelijk belang laten prevaleren boven de belangen van hun 'benoemer'.⁴⁰

3 De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling

3.1 Vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid

De hierna te bespreken beschikkingen lijken hun wortels te hebben in de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. Het is dan ook van belang om voor een goed begrip van deze beschikkingen de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling nader te bestuderen. Deze regeling is om twee redenen in het leven geroepen door de OK met de Linders/Hofsteebeschikking in 1983. Allereerst omdat er volgens de OK weinig aandacht in Nederland was besteed aan de materie van het tegenstrijdig belang en er voor betrokkenen geen gedragslijn was waar zij zich naar konden richten.⁴¹ Daarnaast was de toentertijd geldende wettelijke regeling (art. 2:146/256 BW (oud)) volgens de OK te beperkt, aangezien deze slechts gold

25. Nowak & Leijten 2012, p. 504-505.

26. M.C.P. van Dongen, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd, TvOB 2013, afl. 2, p. 51.

27. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, NJ 2004/519 m.nt. J.M.M. Macijer, r.o. 3.5.2; zie ook Van Ginneken en Timmerman, die het waarschijnlijk achten dat indien het bestuur buiten zijn bevoegdheid handelt, de rechter zal oordelen dat het bestuur disproportioneel handelt: M.J. van Ginneken & L. Timmerman, De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2011/123, p. 603.

28. Asser/Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/402.

29. Stokkermans 2017, p. 943.

30. Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 963.

31. J.B. Wezerman, Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels, in: L. Timmerman e.a., Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 81; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; Leijten 2017, p. 956.

32. Vgl. de OK die oordeelde in de TMG-beschikking dat het denkbaar zou zijn geweest en mogelijk de voorkeur zou hebben verdiend ter voorkoming van elke schijn van belangenverstrengeling om de besmette commissaris niet te laten deelnemen aan de RvC-vergaderingen. De OK geeft hier een ruime betekenis aan de onthoudingsregel. Niet enkel onthouding bij het relevante agendapunt om schijn te voorkomen, maar onthouding bij de gehele RvC-vergadering lijkt in bepaalde gevallen geboden te zijn: Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 m.nt. Sinnighe Damsté (TMG), r.o. 3.15, 3.16 en 3.19.

33. Stokkermans 2017, p. 946.

34. Het kwalitatief tegenstrijdig belang valt hier niet meer onder: Van Dongen 2013, p. 44-45 en 47; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 964-965; Stokkermans 2017, p. 945; Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.31.

35. HR 14 november 1940, ECLI:NL:HR:1940:AG1920, NJ 1941/321 (Maas/Amazone); HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, NJ 2002/393 (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2.

36. Zie o.m. Asser/Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/403; HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022, NJ 1996/568 (Mediasafe I), r.o. 3.4; W. Bosse, Tegenstrijdig belang revisited, WPNR 2002/6506, p. 721.

37. Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 961.

38. Vgl. best practice bepaling 2.1.8 onderdeel vi en vii Nederlandse Corporate Governance Code 2016.

39. In de literatuur wordt onderkend dat geen enkele bestuurder voldoet aan het irreële ideaalbeeld dat een bestuurder geen persoonlijke belangen heeft en louter geïnteresseerd is in het vennootschappelijk belang (*structural bias*): Raaijmakers 2015, p. 363; B.F. Assink, Samenwerking in het bestuur, in: L. Timmerman e.a., Samenwerken in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, p. 14-15; B.F. Assink & W.J. Slagter, Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, par. 51, p. 988-991.

40. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.3.

41. Annotatie punt 2: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Macijer (Linders/Hofstee).

voor bestuurders en alleen van toepassing was bij vertegenwoordigingshandelingen.⁴² De OK concretiseerde het tegenstrijdig belang dan ook door middel van artikel 2:7 BW (oud), vergelijkbaar met de huidige redelijkheid-en-billijkheidsnorm van artikel 2:8 BW.⁴³ De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling is ruimer dan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, onder meer omdat in het enquêterecht het belang van de vennootschap centraal staat en in mindere mate het belang van het relevante vennootschappelijke orgaan of de betrokkene bij de vennootschap.⁴⁴

3.2 Gedragslijn

De OK creëerde in de Linders/Hofstee-beschikking de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. Deze bestaat uit drie elementen: (1) het betrachten van zorgvuldigheid, (2) het betrachten van transparantie en (3) het overwegen deskundige derden in te schakelen. In het geval er een tegenstrijdig belang aanwezig zou kunnen zijn, dienen de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze te worden gescheiden. Voor wat betreft de besluitvorming dient naast de zorgvuldigheid ook een zo groot mogelijke transparante houding te worden aangenomen. Hierbij staat vast dat de schijn dat de besluitvorming is beïnvloed door de tegenstrijdige belangen, vermeden dient te worden. Verder acht de OK dat inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden kan zijn. Het hanteren van zorgvuldigheid en transparantie bij de procedure ingeval er een tegenstrijdig belang speelt, is van essentieel belang.⁴⁵

3.3 Relevante jurisprudentie na Linders/Hofstee

De OK heeft – behalve de bovenstaande gedragslijn – niet nader omschreven hoe de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling kan worden gekenmerkt, hoe zij gedefinieerd moet worden en wat er precies onder kan worden verstaan.⁴⁶ De OK oordeelde in de beschikking inzake OGEM dat bepaalde besluiten naar hun aard niet onaanvaardbaar waren, maar dat er na toetsing aan de regels uit Linders/Hofstee sprake was van wanbeleid bij de gang van zaken rondom de voorbereiding en het nemen van de betreffende besluiten waarbij een functionaris met een tegenstrijdig belang was betrokken.⁴⁷ De OK verwoordde dat er gehandeld was in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.⁴⁸ De OK bevestigde het belang van zorgvuldigheid ook nog eens in de

Butôt-beschikking. Daar eiste de OK een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering bij het sluiten van – in vergelijking met overigens in het maatschappelijk verkeer voorkomende transacties – overeenkomsten waar belangenverstrengelingen kunnen spelen.⁴⁹ Volgens Maciej dient de openheid in bepaalde gevallen ertoe te leiden dat bestuurder zich onthoudt van het bijwonen van en deelname aan de besluitvorming over het betreffende punt waarbij de besmette bestuurder een persoonlijk belang heeft.⁵⁰ Opmerking verdient dat de OK zich niet heeft uitgesproken over een eventuele onthouding.⁵¹ Niet helder is of onthouding vereist is op basis van artikel 2:8 BW. In *Xeikon II* lijkt de OK overigens wel te oordelen dat de onthoudingsregel in artikel 2:8 BW besloten ligt.⁵² De OK overwoog recent dat inschakeling van onafhankelijke derden een bijzondere waarborg is in het kader van transparantie.⁵³ De transparante houding kenmerkt zich verder door het verstrekken van alle relevante informatie aan de relevante betrokkenen en hier nauwgezet overleg over te voeren.⁵⁴ Indien goedkeuring vereist is van een orgaan, eist de redelijkheid en billijkheid dat dit orgaan ook tijdig (schriftelijk) wordt geïnformeerd over het relevante tegenstrijdig belang. De enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling werd met de Linders/Hofstee-gedragslijn geïntroduceerd. De hierboven genoemde uitspraken van de OK lijken te hinten op een vernieuwing van deze gedragslijn. Wellicht een enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling 2.0, waarbij (unieke) elementen van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling zoals onthouding ook opgenomen zijn in de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling?

4 De Intergamma-beschikking

4.1 Project Guinness

In de Intergamma-procedure staat Project Guinness centraal. Dit project betreft de voorgenomen overname van alle activiteiten en aandelen Intergamma gehouden door Van Neerbos Groep (hierna: VNG) door Intergamma B.V. (hierna: Intergamma). CRH (zijnde de moeder van VNG) gaat over tot overleg met zowel Bricorama B.V. (een aandeelhouder van

42. Annotatie punt 1: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maciej (Linders/Hofstee).

43. Raaijmakers 2015, p. 361.

44. Assink 2011, p. 17.

45. Dit is ook later door de Hoge Raad erkend in o.a. HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618 m.nt. P. van Schilfgaarde (Brandao/Joral), r.o. 3.5.2; A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang, O&F 2002/54, p. 40-41.

46. Leijten 2017, p. 953.

47. A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 62-63.

48. Hof Amsterdam (OK) 3 december 1987, De NV 1988/66, p. 79-80; zie ook annotatie punt 5 ad (5): HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun).

49. Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. G. van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

50. Annotatie punt 1: Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 m.nt. J.M.M. Maciej (Linders/Hofstee).

51. Dit is verklaarbaar volgens Leijten, aangezien de gedragslijn is overgevaaid uit Anglo-Amerikaans tegenstrijdigbelangrecht, waar onthouding in beginsel geen onderdeel van is; annotatie punt 12: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst); zie ook UK Companies Act 2006, section 175.

52. Annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

53. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.32.

54. Volgens de OK vereist de redelijkheid en billijkheid dat serieus inhoudelijk overleg in acht dient te worden genomen in bepaalde gevallen; zie annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:616, JOR 2018/120 m.nt. H.J. ter Meulen, r.o. 3.24.

Intergamma; hierna: Bricorama) als Intergamma, waarbij overdracht van haar aandelen in Intergamma centraal staat. Intergamma troeft Bricorama af en bereikt overeenstemming met CRH voor overname van de aandelen gehouden door VNG. De RvC van Intergamma heeft op 4 april 2017 zijn (vereiste) goedkeuring unaniem verleend voor het voorgenomen besluit tot overname van de Intergamma-aandelen die in bezit zijn van VNG. Drie van de commissarissen in de RvC zijn benoemd door VNG (hierna: VNG-commissarissen),⁵⁵ en deze commissarissen hebben ook meegedaan aan de beraadslaging en besluitvorming van de voorgenomen aandelenoverdracht. Bricorama meent dat de RvC zich geen rekenschap heeft gegeven van het tegenstrijdig belang van enig bestuurder Stoter, die een bonus ontvangt indien Project Guinness zal slagen, en de drie afhankelijke VNG-commissarissen.

4.2 Tegenstrijdig belang bestuurder

Bricorama meent dat Stoter, enig bestuurder van Intergamma, een tegenstrijdig belang heeft. Stoter zou namelijk een financiële vergoeding ontvangen indien Project Guinness doorgang vindt. Deze vergoeding is gelijk aan een jaarsalaris, aldus Intergamma. Deze bonus is niet afhankelijk van een bepaalde vorm waarmee de overname van de aandelen en certificaten van VNG tot stand komt. Hieruit volgt volgens de OK niet dat Stoter een zodanig tegenstrijdig belang heeft bij Project Guinness dat Stoter niet geacht kan worden zich te laten leiden door het belang van Intergamma.⁵⁶ Mijns inziens is Bricorama's standpunt niet geheel onterecht. Stoter heeft als enig bestuurder in ieder geval de schijn van een tegenstrijdig belang tegen, aangezien hij financieel verrijkt wordt indien Project Guinness wordt afgerond.⁵⁷ Hierdoor kan worden getwijfeld of Stoter uitsluitend de belangen van de vennootschap zal laten prevaleren.⁵⁸ Oplettendheid is in ieder geval geboden.⁵⁹ Mijns inziens kan een (afhankelijke) bonuscomponent zorgen voor een verstoring van een zorgvuldige en evenwichtige

besluitvorming,⁶⁰ zeker als het bestuur bestaat uit een enkele bestuurder.⁶¹

4.3 Tegenstrijdig belang afhankelijke commissarissen

Voordat de RvC overging tot beraadslaging en besluitvorming over Project Guinness, heeft hij intern besproken of de VNG-commissarissen zouden kunnen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Tevens is om een notitie over de reikwijdte van artikel 2:250 lid 5 BW van externe juridische adviseurs verzocht. Hierna is door de RvC geconcludeerd dat de VNG-commissarissen geen persoonlijk tegenstrijdig belang hebben dat hun belet om het belang van Intergamma met de vereiste objectiviteit en integriteit te behartigen,⁶² mede omdat de VNG-commissarissen niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst tussen Intergamma en CRH.⁶³

De OK kan zich niet vinden in de gedachtewijze van de RvC. De OK overweegt allereerst dat de RvC daarmee blijk heeft gegeven van een te beperkte opvatting van de ingevolge artikel 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheid met betrekking tot de besluitvorming. De OK onderstreept dat het in casu gaat om een complexe transactie tussen Intergamma en de enig aandeelhouder van VNG, waarmee een belang van meer dan een half miljard euro gemoeid is, resulterend in navenante risico's en lasten voor Intergamma, tezamen met een verstrekken van wijziging van de structuur en *governance* van de vennootschappelijke organisatie en diepgaande consequenties voor de franchisenemers.⁶⁴ De OK concludeert dat zowel VNG als CRH en Intergamma een tegenstrijdig belang hebben bij de voorwaarden van de koopovereenkomst tussen CRH en Intergamma. Onduidelijk is waarom in dit verband het tegenstrijdig belang van CRH genoemd wordt. De OK benoemt vervolgens dat uit de besluitvormingsnotitie blijkt dat in maart 2016 de VNG-commissarissen enkele malen met de voorzitter van

55. Art. 20 lid 3 sub a statuten Intergamma B.V. d.d. 17 maart 2005.

56. Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.33.

57. Vgl. de Duitse Mannesmann-uitspraak, waar het Bundesgerichtshof feitelijk oordeelde – volgens Assink – dat, aangezien de bonussen die werden toegekend aan onder meer de bestuurders van Mannesmann het belang op geen enkele wijze konden dienen, er sprake was van een verkanseling van vennootschappelijke middelen: B.F. Assink, De Mannesmann-zaak. Een verhaal over irrationeel gedrag, hoogmoed en de bijbehorende val, *Ondernemingsrecht* 2006/50, p. 165; zie ook F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen (IVOR nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 445-446.

58. Zie ook G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen (IVOR nr. 92), Deventer: Kluwer 2013, p. 148-149, 155 en 160-162.

59. C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames (VDHI nr. 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 183.

60. Ook als er sprake is van een ander voordeel, zoals een bestuurszetel in bijv. de overnemende vennootschap: Kemperink 2013, p. 164.

61. Anders wanneer het bestuur slechts een marginale toets dient uit te voeren, zoals de uitkeringstest van art. 2:216 BW. In dit geval heeft het bestuur een beperkte opdracht gekregen om te toetsen of na uitkering de vennootschap kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden en al dan niet goedkeuring voor de uitkering te verlenen. Het bestuur kan alleen blokkerend optreden en heeft hiervoor een noodrem in handen gekregen: R.E.H. Canisius & M.B.F. Canisius, De verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdigbelangregeling opnieuw belicht, *TvOB* 2015, afl. 4, p. 147 en 149 en B.C. Cornelisse, Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest van art. 2:216 BW, *TvOB* 2013, afl. 6, p. 212-215 en 217-218; zie ook S.C.E.F. Moulen Janssen, Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen van een BV: terecht onrust?, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 378-379.

62. Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.4 en 3.33.

63. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4666, JOR 2015/98 m.nt. M. Holtzer, r.o. 3.21 (Xeikon); en bevestigd in Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.34 (Xeikon II).

64. Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma), r.o. 3.35.

de RvC hebben gecommuniceerd, waarbij de vraag aan de orde kwam of het vertrek van VNG als aandeelhouder/franchisenemer niet tot een voor beide partijen betere situatie zou kunnen leiden. Het feit dat VNG haar aandelen en certificaten in Intergamma verkoopt aan Intergamma en dat de VNG-commissarissen hebben gesproken over een vertrek door VNG uit Intergamma met de voorzitter van de RvC doet volgens de OK wezenlijk afbreuk aan de mate waarin de VNG-commissarissen in staat zijn om op onbevooroordeelde wijze het vennootschappelijk belang van Intergamma te dienen bij de beraadslaging en besluitvorming binnen de RvC over de goedkeuring van Project Guinness.

Het leidt volgens de OK niet tot een ander onderdeel dat (1) externe juridische adviseurs zijn ingeschakeld door de RvC; (2) de VNG-commissarissen geen privébelang hebben bij het al dan niet slagen van Project Guinness; (3) de VNG-commissarissen niet persoonlijk betrokken zijn geweest bij de uiteindelijke onderhandelingen tussen CRH en Intergamma; en (4) de RvC tot een unaniem oordeel is gekomen. Voor een tegenstrijdig belang doet het er niet toe of er juridisch advies is verzocht. Het geeft hoogstens aan dat er met het mogelijk tegenstrijdig belang zorgvuldig is omgesprongen. Dat er geen privébelang aanwezig is, is niet noodzakelijk, aangezien het hier lijkt te gaan om een indirect tegenstrijdig belang. Hetzelfde geldt mijns inziens voor het aanwezig zijn van een unaniem genomen besluit. Een besmette functionaris kan namelijk de rest van het orgaan beïnvloeden tijdens de beraadslaging, zodat er daarna sprake is van unanieme besluitvorming. Het is helder dat de OK alle relevante omstandigheden van het concrete geval meeweegt in het oordeel of er sprake is van een tegenstrijdig belang. De OK wijst op het gewicht dat aandeelhouders/franchisenemers kunnen hechten aan de besluitvorming van de RvC tot goedkeuring. De OK begrijpt dan ook niet goed waarom de RvC niet heeft besloten de VNG-commissarissen te laten onthouden van de beraadslaging en besluitvorming over de goedkeuring, zelfs indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. Deze overweging suggereert dat een potentieel besmette commissaris zich in bepaalde gevallen dient te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, ook indien de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing zou zijn. Hierdoor is onduidelijk of de omstandigheden van het concrete geval enkel getoetst zouden moeten worden aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, of dat eveneens een toetsing aan de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling geboden is. Daarnaast kan de vraag gesteld worden of dit enkel speelt bij complexe, omvangrijke transacties, of bij gevallen waarin er een verwevenheid van functies aan belangen aanwezig is,⁶⁵ of dat dit zelfs geldt voor alle gevallen in het enquêterecht waarbij een tegenstrijdig belang speelt.

65. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.27.

5 De Staphorst-beschikking

5.1 Vertegenwoordigingsbevoegdheid Dons en Welles

In deze procedure staan de handelingen van Staphorst Ontwikkeling B.V. (hierna: Staphorst), waar bestuurder Welles persoonlijke tegenstrijdige belangen bij heeft, centraal. Exploitatie Maatschappij Staphorst V.O.F. (hierna: EMS) (vertegenwoordigd door bestuurder Dons) en MEGA Projecten B.V. (hierna: MEGA) (vertegenwoordigd door Welles) hebben een overeenkomst gesloten waarbij de gezamenlijke ontwikkeling van gronden behorende tot de woningbouwlocatie Staphorst Zuid centraal staat.⁶⁶ Om deze gezamenlijke ontwikkeling vorm te geven richten EMS en MEGA samen een vennootschap op, zijnde Staphorst. Dons en Welles zijn gezamenlijk bevoegd om Staphorst te vertegenwoordigen. Welles heeft zich, wellicht om de gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid te ontduiken, buiten wetenschap van Dons als gevolmachtigde met een beperkte volmacht in het handelsregister laten inschrijven.

5.2 Welles' solistische handelingen

NEBO heeft alle projectontwikkelingen (indirect) toebehorend aan MEGA overgenomen. Staphorst (vertegenwoordigd door Welles) gaat geldleningsovereenkomsten aan met NEBO (vertegenwoordigd door Schüssler).⁶⁷ Welles heeft onder meer twee stichtingen, zijnde Stichting NMTwo en Stichting NMThree, opgericht die kort gezegd het doel hebben om het famili kapitaal van de familie Welles in stand te houden. De aandelen NEBO van Welles zijn overgedragen aan NMTwo en de aandelen MEGA van Welles zijn overgedragen aan NMThree.⁶⁸ De aandelen NEBO en MEGA vallen respectievelijk in het vermogen van NMTwo en NMThree. Welles is van zowel NMTwo als NMThree bestuurder en is bij beide vennootschappen zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. NEBO heeft meerdere malen (aanzienlijke) kosten voor interne uren en onderhoud in rekening gebracht bij Staphorst, waarbij een administratieve onderbouwing en verantwoording niet aanwezig waren.⁶⁹ De OK is helder. Aangezien Welles met Dons gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd was, had Welles zijn collega-bestuurder Dons moeten informeren en dienen te betrekken bij (de besluitvorming over) de vergaande rechtshandelingen waarbij onder andere Staphorst verplicht

66. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.2-2.4.

67. Hierbij is ook een onherroepelijke volmacht aan NEBO verleend voor vestiging van het recht van eerste hypotheek op alle in haar bezit zijnde en nog te verkrijgen gronden: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.15.

68. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 2.18-2.20.

69. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.10.

tingen jegens in het bijzonder NEBO is aangegaan.⁷⁰ Een passieve werkwijze van Dons,⁷¹ waarbij hij een aantal facturen voor gezien tekende, is niet voldoende.⁷²

5.3 Indirect persoonlijk belang Welles

Het feit dat Welles (1) een beslissende stem in het bestuur van NMTwo heeft en deze vennootschap zelfstandig kan vertegenwoordigen,⁷³ en (2) de aandelen NEBO in het vermogen van NMTwo vallen, maakt dat hij hierdoor een indirect persoonlijk belang in NEBO heeft. De OK oordeelt hierom dat Welles handelde met een persoonlijk tegenstrijdig belang door onder meer voor Staphorst rechtshandelingen aan te gaan met NEBO waaruit (mogelijk onredelijke) verplichtingen voor Staphorst jegens NEBO voortvloeiden. De OK gaat voorbij aan het feit dat de persoonlijke belangen strijdig moeten zijn en niet parallel moeten lopen aan het vennootschappelijk belang. In deze casus is het mijns inziens evident dat Welles (indirecte) persoonlijke belangen had in de vennootschappen waarmee Staphorst zaken deed. Deze persoonlijke belangen van Welles liepen niet parallel met het belang van Staphorst om onder meer rechtmatige vorderingen te voldoen en zo het bestendige succes van de onderneming te waarborgen. Betoogd zou kunnen worden dat de betreffende vorderingen een onzakelijk karakter hebben. Deze vorderingen hebben mijns inziens in ieder geval een schijn van onzakelijkheid, waar Staphorst niet (optimaal) van profiteert. De OK vervolgt dat hieraan niet afdoet dat de rechtshandelingen *at arm's length* waren.⁷⁴ Het is bekend dat (geleden) nadeel voor de vennootschap geen vereiste is voor een tegenstrijdig belang.⁷⁵ Desalniettemin zijn er juristen die menen dat een *at arm's length*-verweer wel zou kunnen slagen.⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Stokkermans, die meent dat een tegenstrijdig belang in veel gevallen

'in concreto' ongedaan kan worden gemaakt. Als er bijvoorbeeld een onredelijke tegenprestatie wordt overeengekomen, kan het effect van het tegenstrijdig belang worden verwijderd door tegen een marktconform tarief te voldoen.⁷⁷ Volgens Leijten had de OK ook kunnen oordelen dat het verweer van Welles niet opging omdat hij geen deskundige had ingeschakeld die dit *at arm's length*-karakter had kunnen verifiëren.⁷⁸ De OK overweegt verder dat er geen enkele noodzaak of verplichting was voor Staphorst om de leningsovereenkomsten aan te gaan met NEBO.⁷⁹ Hiermee, en tezamen met de onherroepelijke volmacht,⁸⁰ heeft Welles Staphorst in een zeer kwetsbare positie gebracht, waarbij het gehele vermogen voor verhaal vatbaar was door NEBO. Welles heeft hiermee de continuïteit van Staphorst in gevaar gebracht.⁸¹ Alles overziend heeft Welles alleen zijn persoonlijk belang, tegenstrijdig aan het belang van Staphorst, behartigd. Welles heeft overigens mijns inziens niet eens gedeeltelijk het vennootschappelijk belang van Staphorst behartigd, doordat hij de continuïteit van de onderneming in gevaar heeft gebracht.⁸²

5.4 Het voorbereiden en uitvoeren van rechtshandelingen

De OK maakt bovendien een opmerkelijke overweging, waarin zij de wettelijke en enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling lijkt samen te voegen of door elkaar te halen:

'Voor zover al niet moet worden geoordeeld dat Welles zich op grond van artikel 2:239 lid 6 BW van die *rechtshandelingen* had dienen te onthouden, had hij die *rechtshandelingen* in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om mogen voorbereiden en uitvoeren.' (cursivering MCH)

De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling weerhoudt de besmette bestuurder er niet van de betreffende rechtshandeling (tezamen met het bestuur) aan te gaan, indien de overige bestuurders het besluit hebben genomen in te stemmen.⁸³ De (huidige) wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ziet namelijk op de besluitvorming en heeft het over een bestuursbesluit. Zij ziet niet meer op vertegenwoordiging of rechtshandelingen.⁸⁴

70. Aangezien Welles tezamen met Dons vertegenwoordigingsbevoegd was, heeft Welles niet rechtens gehandeld. Deze rechtshandelingen hadden kunnen worden bekrachtigd door Dons toen hij nog bestuurder was, of de wederpartijen van Staphorst hadden de nietigheid van deze alleen door Welles gedane rechtshandelingen kunnen inroepen; zie ook noot Leijten, waarin hij opmerkt dat de OK in r.o. 4.14 overweegt dat Welles deze rechtshandelingen niet had mogen doen zonder Dons en niet dat hij dat niet heeft kunnen doen; annotatie Leijten, punt 3: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 (Staphorst).

71. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5049, JOR 2018/9 m.nt. Josephus Jitta (ZED+), r.o. 4.15.

72. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.13.

73. Zie voor de kennelijke verschrijving van de OK annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

74. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.14; vgl. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.30 en 3.34.

75. M. Das, Tegenstrijdig belang, O&F 2005/68, p. 34; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4394, JOR 2004/266 m.nt. F.J.P. van den Ingh (Duplicado), r.o. 3.5.2; A.J.P. Schild, Het begrip tegenstrijdig belang, Mediasafe revisited, MvV 2007, afl. 9, p. 180.

76. Leijten is nieuwsgierig naar de vraag waarom een *at arm's length*-verweer niet voldoet; annotatie punt 7: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst); Leijten 2017, p. 953.

77. Stokkermans 2017, p. 944.

78. Annotatie punt 7: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

79. Dit hoeft geen tegenstrijdig belang met het vennootschappelijk belang op te leveren indien het concernbelang erbij gebaat is: Van Veen 2017, p. 652-653.

80. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.19.

81. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst), r.o. 4.15.

82. De OK concludeert onder meer dat er in de onderzoeksperiode sprake was van wanbeleid bij onder meer Staphorst, waarbij dit hoofdzakelijk is te wijten aan Welles: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten, r.o. 4.25 en 4.27.

83. Een verbod volgt in ieder geval niet uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, zie ook annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

84. Art. 2:146/256 BW (oud).

De tweede volzin, namelijk dat de rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om hadden moeten worden voorbereid en uitgevoerd, lijkt dan ook meer te slaan op de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, die (ook) in acht dient te worden genomen jegens de collega-bestuurder.⁸⁵ De OK kan ook inspiratie hebben geput uit de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, waarbij zij mogelijk de Butôt-beschikking in gedachten had.⁸⁶

6 Wettelijke en enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, een tweeluik?

6.1 De overwegingen van de OK nader bekeken

Uit de Intergamma- en Staphorst-beschikking kan worden afgeleid dat de OK de normen van zowel de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling als de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling gebruikt.⁸⁷ Wie op twee hazen jaagt, vangt er geen. Uit beide beschikkingen kan niet duidelijk worden afgeleid wanneer bestuurders zich al dan niet dienen te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, of wanneer zij slechts met maximale openheid en zorgvuldigheid jegens de andere betrokkenen van de vennootschap redelijk en billijk handelen. In Intergamma oordeelde de OK dat ook indien verdedigbaar is dat er geen sprake is van een wettelijk tegenstrijdig belang, het kan volgen dat de potentieel besmette bestuurder zich toch dient te onthouden van beraadslaging en besluitvorming op grond van de redelijkheid en billijkheid. In Staphorst oordeelde de OK dat mogelijk de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is overtreden, maar dat in ieder geval de potentieel besmette bestuurder de rechtshandelingen niet had mogen voorbereiden en uitvoeren buiten de collega-bestuurder om. De OK lijkt hier terug te grijpen op de vertegenwoordigingsregel,⁸⁸ zoals die gold in artikel 2:146/256 BW (oud), en lijkt de vertegenwoordiging van besmette bestuurders nu in te perken via ofwel de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:8 BW, ofwel de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling. De OK heeft overigens zeer recent expliciet overwogen dat bij een tegenstrijdig belang ofwel (een schijn van) belangenverstrengeling art. 2:239 lid 6, 2:250 lid 5 en 2:8 BW van belang zijn.⁸⁹

Leijten geeft aan dat uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling enkel onthouding van de beraadslaging en besluitvorming

voortvloeit en niet onthouding van de voorbereiding van die rechtshandeling. Hier zou ik graag een nuancering bij willen plaatsen. Als dit zo restrictief dient te worden geïnterpreteerd, dan betekent dit dat de onthoudingsregel pas gaat gelden op het moment dat er formeel met een hamerslag wordt gesproken over het betreffende punt. Ik meen dat dit niet zo eng dient te worden geïnterpreteerd en dat voorbereidingshandelingen en voorbereidingsbesprekingen ook onder de noemer beraadslaging⁹⁰ dienen te worden geschaard.⁹¹ Mijns inziens geldt de onthoudingsregel dus ook voor voorbereidingshandelingen en voorbereidingsbesprekingen. In Intergamma waren wat mij betreft vier commissarissen al bezig met de (informele) beraadslaging, doordat de VNG-commissarissen voor de eigenlijke bespreking van het agendapunt meermaals spraken met de RvC-voorzitter. De RvC bestond uit zeven personen, van wie er drie VNG-commissarissen waren. Betoogd zou kunnen worden dat de VNG-commissarissen een beslissende invloed hebben gehad tijdens de beraadslaging en besluitvorming, doordat zij mogelijk de onafhankelijke RvC-voorzitter hebben overtuigd van hun standpunt. Dit lijkt niet aan bod te komen in Intergamma, maar het concept van beslissende invloed komt in een andere beschikking van de OK wel aan bod. In de Xeikon II-beschikking oordeelt de OK dat het al dan niet hebben van beslissende invloed niet belangrijk is bij de vraag of er sprake is van deelname aan beraadslaging en besluitvorming. In Xeikon II heeft de besmette commissaris zes van de zeven vergaderingen bijgewoond,⁹² waar de RvC zorg had moeten dragen voor onthouding, aangezien het tegenstrijdig belang bekend was bij de RvC.⁹³ Voorts lijkt de OK te oordelen in de DeSeizoenen-beschikking dat ingeval er diverse belangen spelen, er bij uitstek een taak voor de onafhankelijke leden van de RvC aanwezig is.⁹⁴ Leijten trekt bovendien op basis van de Intergamma-beschikking de conclusie dat een bestuurder zich onder omstandigheden, op basis van artikel 2:8 BW, dient te onthouden van de beraadslaging

90. Een beraadslaging kan worden gezien als 'een proces van een bespreking, van een gedachtewisseling' volgens de Taalunie, zie taaladvies.net/taal/advies/vraag/101/beraadslaging/. Zie anders: Dikke Van Dale Online 2015 t/m 2017, die beraadslaging definieert als 'iets met elkaar ernstig overwegen en overleggen'. Zelfs als aangehaakt zou moeten worden bij de laatste definitie, kan betoogd worden dat er bij de bespreking tussen de VNG-commissarissen en de RvC-voorzitter sprake was van ernstige overwegingen en overleggen, aangezien het ging om het al dan niet uitreden van een grootaandeelhouder.

91. Vgl. Stokkermans, die verwijst naar Linders/Hofstee, voor de volgende overweging: 'Waar tegenstrijdige belangen spelen is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering (...) aldus reeds OK 26 mei 1983, NJ 1984/481 (Linders/Hofstee)'; Stokkermans 2017, p. 945. Mijns inziens volgt dit niet uit Linders/Hofstee, maar uit de Butôt-beschikking van de OK, waarbij dit ook nog eens van toepassing lijkt te zijn bij bijzondere gevallen en geen algemene norm lijkt te zijn: Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. Van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

92. Cok was zowel commissaris van Xeikon als commissaris van target Accentis.

93. De RvC zelf heeft commissaris Cok uitgenodigd: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II), r.o. 4.1 en 5.38.

94. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.32.

85. Zie ook annotatie punten 9 en 10: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

86. Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR 2009/129 m.nt. Van Solinge (Butôt), r.o. 3.14.

87. Vgl. Raaijmakers en Stoffels, die zich afvragen of de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling geheel overeenkomen; Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 962; Assink en Slagter menen dat er geen goede reden bestaat om tegenstrijdig belang in het enquêterecht anders in te vullen; Assink & Slagter 2013, par. 51, p. 969.

88. De OK gaat in de Staphorst-beschikking overigens voorbij aan de vraag of er sprake is van rechtsgeldige vertegenwoordiging door Welles.

89. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.21.

en besluitvorming. Ook indien formeel de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing is. Hij geeft aan dat onthouding, op basis van artikel 2:8 BW, ook vereist kan zijn zonder dat vaststaat dat er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang.⁹⁵ De OK lijkt echter aan te geven dat onthouding een optie is, ook indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. De OK verwijst hiervoor naar het oordeel van de RvC, dat een dusdanig gewicht heeft, waaraan bepaalde aandeelhouders waarde kunnen hechten. De OK laat in het midden of de VNG-commissarissen een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben. De OK laat met de hierboven besproken beschikkingen onzekerheid achter. Betekent dit dat ingeval onzeker is of er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang ook aan de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling getoetst dient te worden?⁹⁶ De OK lijkt eveneens in Intergamma te oordelen dat indien er sprake is van een *potentieel* persoonlijk tegenstrijdig belang, de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling gevolgd dient te worden, waarbij zorgvuldigheid door de OK expliciet genoemd is. Hier valt niet meteen mee te rijmen dat de onthoudingsregel dan overwogen dient te worden, wat bij uitstek gelieerd is aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling.

6.2 Tips voor de praktijk

In de literatuur is eerder gepleit voor het betrachten van zo veel mogelijk openheid en zorgvuldigheid bij situaties waar een tegenstrijdig belang zou kunnen spelen, aangezien de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling niet voldoende toereikend zou zijn.⁹⁷ Betoogd zou kunnen worden dat de overwegingen van de OK dus niet verrassend zijn. Daarentegen valt veel te zeggen voor het feit dat de normen uit de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling tot nu toe leidend zijn geweest en de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling wel erg lang afwezig lijkt te zijn geweest in de rechtspraak van de OK. Enfin, als er een tegenstrijdig belang speelt bij een bestuurder, is het aanbevelenswaardig voor zowel de besmette bestuurder als de overige organen van de vennootschap waakzaam te zijn.⁹⁸ Het lijkt verder van belang om de relevante omstandigheden van het concrete geval te (laten) toetsen (door externe juridische adviseurs)⁹⁹ aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling én de

enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling.¹⁰⁰ Hierdoor is mijns inziens mogelijk voldaan aan de inspanningsverplichting,¹⁰¹ waarmee voorkomen zou kunnen worden dat de rechter oordeelt dat er sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling.¹⁰² Een volgende stap is om nauwgezet overleg over het tegenstrijdig belang te voeren. Tevens dienen externe (niet-juridische) deskundigen te worden ingeschakeld om de schijn van belangenverstremgeling tegen te gaan, indien er wel voor wordt gekozen om de besmette bestuurder te laten deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming.¹⁰³ *Last but not least* dient een besmette bestuurder te worden weerhouden van het meewerken aan de uitvoering van het besluit waarmee hij geconfronteerd is.¹⁰⁴ Al met al geven deze voorzorgsmaatregelen geen garantie. De rechter toetst *ex post*,¹⁰⁵ en kan oordelen dat alle genomen maatregelen nog steeds niet voldoende waren om niet te kiezen voor onthouding.

7 Conclusie

In dit artikel is stilgestaan bij het concept van tegenstrijdig belang en de laatste ontwikkelingen in het enquêterecht. Het vennootschappelijk belang dient vooral te zijn gericht op bestendig succes en de continuïteit ingeval er een onderneming aanwezig is. Er is sprake van een tegenstrijdig belang indien – kort gezegd – een persoonlijk belang in strijd is en niet parallel loopt met het vennootschappelijk belang. Om te bezien welke gedragsnorm geldend was bij een tegenstrijdig belang was tot voor kort helder dat de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling leidend was na de Hoge Raaduitspraak inzake Bruil. Voordat Bruil gewezen was, gold ook de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, die is gebaseerd op art. 2:8 BW. Deze beide regelingen hebben allebei eenzelfde doel, namelijk zorgen voor zuivere belangenbehartiging door de bestuurder. De inhoud van beide gedragsnormen is daarentegen anders. Bij de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling geldt een onthoudingsregel voor de besmette bestuurder en bij de bredere enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling staan kort gezegd de zorgvuldigheid en transparantie (naar de overige betrokkenen toe) centraal. De laatste ontwikkelingen binnen het enquêterecht tonen dat de OK voor het tegenstrijdig

95. Annotatie punt 14: Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst).

96. '(...) bij tegenstrijdig belang werpt de rechter een extra kritische blik op de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen'; A.F.M. Dorresteyn, Rechtsvorderingen bij tegenstrijdig belang, TVVS (90) 1990, afl. 4, p. 81-82.

97. Zie o.m. Van Schilfgaarde 2016, p. 228-232.

98. G.J.C. Rensen, Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk, WPNR 2013/6979, p. 459.

99. Advocaten dienen mijns inziens waakzaam te zijn indien zij ingeschakeld worden door een vennootschap waarbij de bestuurder met een tegenstrijdig belang, die tevens (groot)aandeelhouder is, de opdracht uitzet. Bij de advisering omtrent het tegenstrijdig belang dient met het vennootschappelijk belang en de belangen van de andere aandeelhouders rekening te worden gehouden; vgl. HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2444, JOR 2017/285 m.nt. J.M. Blanco Fernández, r.o. 3.5.5 en 3.7.5 en annotatie punt 9.

100. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.21.

101. Dit kan ook door zorg te dragen voor adequate governance, waarmee schijn van belangenverstremgeling wordt voorkomen; vgl. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.24.

102. Art. 2:9 lid 5 BW (wetsvoorstel).

103. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (DeSeizoenen), r.o. 3.24, Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta, r.o. 5.44 (Xeikon II); P.L. Hezer, Het special committee naar Amerikaans model bij openbare biedingen, MvO 2017, afl. 10-11, par. 3.2.

104. Annotatie punt 6: Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

105. Raaijmakers & Stoffels 2017, p. 966; Bartman e.a. 2016, p. 237; Dorresteyn 2014, p. 27; Rensen 2013, p. 463; E. Zwerus & S.R. Brand, Tegenstrijdig belang – recente ontwikkelingen sinds de wetwijziging in 2013, MvV 2016, afl. 9, p. 250-251; Boschma e.a. 2017, p. 119; Nowak & Leijten 2012, p. 502.

belang deze beide regelingen gebruikt in haar beoordeling of er afdoende is gehandeld door de besmette bestuurder en de relevante organen van de vennootschap. Overigens is het betrachten van zorgvuldigheid, maximale openheid en het voeren van overleg over het tegenstrijdig belang niet nieuw; te zien is dat dit de laatste jaren steeds meer aan bod is gekomen in de literatuur. Wel lijkt nieuw te zijn dat de OK de onthoudingsregel ook onder de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling schaaft. Deze ontwikkelingen scheppen helaas geen duidelijkheid en zorgen dan ook voor onzekerheid bij bestuurders en (rechts)praktijk. Voor nu lijkt het raadzaam de relevante omstandigheden van het concrete geval te toetsen aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling én de enquêterechtelijke tegenstrijdigbelangregeling, waarbij voor de laatste regeling ook onthouding bij de beraadslaging en besluitvorming door de besmette bestuurder overwogen dient te worden.