

Rechtspraak

Vennootschapsrecht

1 93

'Tegenstrijdig belang' ex art. 2:146/256 BW

Rechtbank Leeuwarden 31 oktober 2007, nr. 74362 / HA ZA 06-79, RO 2008, 6, RI 2008, 7, LJN BB6998 (Gustenhoven q.q./Groen)

Feiten

1. In het onderhavige geval is, voor zover relevant, de volgende situatie aan de orde:

a. J. Groen ('Groen') is enig aandeelhouder en bestuurder van Vamont B.V. ('Vamont'). Groen heeft een privé-schuld aan Vamont van € 187.313. Groen verkoopt en levert zijn aandelen in het geplaatste kapitaal van Vamont aan Braam Leeuwarden Beheer B.V. ('Braam'). De overeengekomen koopprijs van de aandelen bedraagt € 600.000. Een deel van de koopsom

groot € 100.087 voldoet Braam contant (via een bancaire lening aan Vamont waarvoor Braam zich hoofdelijk aansprakelijk stelt), een deel van de koopsom groot € 312.600 zetten partijen om in een - overeenkomst van - geldiening van Groen aan Braam (waarbij Braam de aandelen in Vamont tot zekerheid van terugbetaling verpandt aan Groen) en een deel van de koopsom groot € 187.313 voldoet Braam door overname van voornoemde privé-schuld. Vamont stemt met die schuldovername in, daarbij vertegenwoordigd door Groen. Krap een jaar later gaat Vamont failliet. Braam voldoet de van Groen overgenomen schuld niet aan Vamont.

b. De statuten van Vamont verschaffen Groen niet rechtstreeks vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang. Van een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing door Vamont's algemene vergadering van aandeelhouders (in wezen: Groen zelf) van Groen als bijzondere vertegenwoordiger van Vamont bij het instemmen met de schuldovername is geen sprake.

c. De curator van Vamont vecht de schuldovername in rechte aan met -

mede - een beroep op niet-gebondenheid van Vamont aan de schuldovername op de voet van art. 2:256 BW. De curator voert daartoe onder meer aan dat Groen belang had bij afwenteling van zijn schuld op een derde, terwijl Vamont belang had bij handhaving van Groen als debiteur boven Braam, nu Braam - anders dan Groen - nimmer in staat is geweest de schuld aan Vamont te voldoen bij gebreke aan enig actief. De curator suggereert daarbij dat de minder solvabele positie van Braam viel af te leiden uit diverse omstandigheden. Gelet op de statuten van Vamont, en het ontbreken van een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing door Vamont's algemene vergadering van aandeelhouders van Groen als bijzondere vertegenwoordiger van Vamont, is Vamont bij de schuldovername onbevoegd vertegenwoordigd door Groen. Aldus nog steeds de curator.

d. Groen betwist dat bij de schuldovername sprake was van een tegenstrijdig belang. Groen voert daartoe kort gezegd aan dat Vamont er met de aandelentransactie en schuldovername niet op voor- of achteruitging, terwijl er ten tijde van de aandelen-

transactie geen tekenen waren dat Braam minder solvabel zou zijn dan Groen. Gelet daarop was Groen bevoegd Vamont te vertegenwoordigen bij de schuldovername op de voet van art. 2:240 BW, aldus Groen. Mocht wel sprake zijn van een tegenstrijdig belang dan heeft te gelden dat, nu sprake was van een eenpersoonsvennootschap, uit de omstandigheden van het geval moet worden afgeleid dat Groen (impliciet) door de algemene vergadering van aandeelhouders van Vamont is 'gemachtigd' Vamont bij de schuldovername te vertegenwoordigen.

Beslissing

2. Na de relevante art. 2:146/256 BW-rechtspraak van de Hoge Raad uitvoerig te hebben gememoreerd, komt de rechtbank tot de slotsom:

- dat sprake is van een 'tegenstrijdig belang' ex art. 2:256 BW tussen Groen en Vamont;
- dat Groen in het licht daarvan niet bevoegd was Vamont te vertegenwoordigen bij de schuldovername, gelet op de statuten van Vamont en het ontbreken van een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing door haar algemene vergadering van aandeelhouders van Groen als bijzondere vertegenwoordiger van Vamont;
- dat Vamont derhalve niet gebonden is aan de schuldovername; en
- dat de curator dus Groen kan aanspreken voor de schuld aan Vamont.

In deze bespreking beperk ik mij tot kanttekeningen bij de eerste stap, vervat in r.o. 4.8-4.9 waarnaar ik kortheidshalve verwijs.¹

Commentaar

3. Voor zover mij bekend heeft de rechtbank hier een primeur te pakken: de eerste uitspraak in de lagere rechtspraak waarin het begrip 'tegenstrijdig belang' ex art. 2:146/256 BW als ge (her)definieerd door de Hoge Raad in zijn *Bruil-Kombex-Arnheim/Bruil-Arnheim Beheer-arrest*² wordt toegepast.³ De essentie van de zienswijze van de Hoge Raad is mijns inziens vervat in r.o. 3.4 van dat arrest, waarnaar ik eveneens kortheidshalve verwijs.⁴

4. De rechtbank begint in r.o. 4.8 met de vaststelling dat Groen persoonlijk gebaat is bij de schuldovername, nu Groen daardoor niet langer een privé-schuld aan Vamont heeft (de schuldenaar bedoeld in art. 6:155 BW is dan ook niet een voor Groen willekeurige derde), maar snelt in één ruk door naar de vaststelling dat Vamont 'in ernstige mate tekort gedaan wordt' door de schuldovername, nu zij in de (rechts) persoon van Braam met een minder solvabele debiteur wordt opgezaaid.⁵

De rechtbank rondt r.o. 4.8 vervolgens af met de gemotiveerde overweging dat Groen zich 'deze benadeling van Vamont' redelijkerwijs had dienen te realiseren.⁶ Gelet 'hierop' – naar ik begrijp: hetgeen is overwogen in r.o. 4.8 als geheel – had Groen zich, aldus de rechtbank in r.o. 4.9, niet in staat mogen achten het belang van Vamont met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en had hij zich als bestuurder van Vamont van het geven van toestemming voor de overname van zijn privé-schuld aan Vamont door Braam dienen te onthouden. De rechtbank lijkt aldus vooral via de band van de *objectieve voorzienbaarheid van de benadeling van Vamont* te komen tot de slotsom dat Groen geraakt wordt door een diskwalificerend persoonlijk belang als bedoeld door de Hoge Raad, in de zin dat zonder die omstandigheid de slotsom een andere – namelijk: geen 'tegenstrijdig belang' ex art. 2:256 BW – zou zijn geweest.⁷

5. De redenering van de rechtbank oogt mijns inziens onzuiver, omdat daarin wel lippendienst wordt bewezen aan het door de Hoge Raad geëxpliciteerde mechanisme, maar dit mechanisme naar het lijkt uiteindelijk niet goed wordt toegepast.⁸ De nadruk die de rechtbank legt op – de objectieve voorzienbaarheid van – benadeling van de vennootschap leidt tot een benadering die volgens mij niet past bij de zienswijze van de Hoge Raad. De Hoge Raad benadrukt dat voor de toepassing van art. 2:146/256 BW niet vereist is dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, maar dat voldoende is 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'. Daarmee beoogt de Hoge Raad mijns inziens niet zozeer te zeggen dat – objectieve voorzienbaarheid van – concreet/aanwijsbaar dreigende benadeling wel vereist is,⁹ als wel dat het benadelingsaspect – definitief of dreigend – niet hét springende punt vormt bij de vaststelling van een 'tegenstrijdig belang' ex art. 2:146/256 BW: de nadruk ligt op het vereiste van redelijke twijfel dat de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap, aan te tonen door de vennootschap.¹⁰ Dit is niet hetzelfde, de focus is een andere. Waar het voor de – altijd achteraf toetsende¹¹ – rechter mijns inziens in de kern om moet gaan, is of:

a. in het licht van alle relevante om-

standigheden van het geval;

b. het – subjectieve – beoordelingsvermogen van de bestuurder geacht kan worden dusdanig te zijn gekleurd door een persoonlijk, niet aan het belang van de vennootschap parallel lopend, belang¹²;

c. dat het – objectief bezien¹³ – gerechtvaardigd is om aan te nemen dat, in algemene zin, het risico van belangenvermenging ten detrimente van de vennootschap¹⁴ manifest werd;

d. toen de bestuurder de zakelijke beleidsafweging maakte en vervolgens de vennootschap vertegenwoordigde.¹⁵

1. Zie over de tweede stap P.D. Olden, 'Vennootschapsrechtjuristen geloven niet in fabeltjes', *Ondernemingsrecht* 2008, 40, p. 139, afl. 4. Vgl. A-G Timmerman in 2.4 voor HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570, RO 2006, 2 (*ABN AMRO Bank/Dijkema g.q.*).
2. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420, RO 2007, 67 (*Bruil-Kombex-Arnheim/Bruil-Arnheim Beheer*).
3. Vgl. ook de annotaties van H.E. Boschma en M.L. Lennarts in *Tvl* 2008, 5, p. 24-25, afl. 1, S.M. Bartman in *JOR* 2008/7 en E.E.G. Geppen-Jager in *JIN* 2008/72.
4. Vgl. HR 29 februari 2008, RO 2008, 39, *JOR* 2008/93 (*Café Bar Caribbean/Licores Maduro*), r.o. 3.5, HR 14 september 2007, NJ 2007, 612, RO 2007, 86 (*Versatel*), r.o. 4.3 en A-G Timmerman in 2.1-2.4 voor HR 8 december 2006, *JOR* 2007/37 (*Breda Industries/Interpolis*) (art. 81 RO).
5. Groen nam zelf ook een zeker risico op de goedheid van Braam in het kader van de geldening.
6. De onderbouwing van dat oordeel laat ik daar. Vergelijk in kritische zin Bartman in sub 5.
7. Aldus ook Boschma/Lennarts, p. 25 en Bartman in sub 4.
8. Kennelijk anders Boschma/Lennarts, p. 25, Bartman in sub 5 en A.F.J.A. Leijten in zijn noot sub 12 bij HR 29 februari 2008 (*Café Bar Caribbean/Licores Maduro*). Olden, p. 139 twijfelt.
9. Vgl. HR 29 februari 2008 (*Café Bar Caribbean/Licores Maduro*), r.o. 3.5.
10. Vgl. HR 14 september 2007 (*Versatel*), r.o. 4.3.
11. Dit verklaart de woorden 'uitsluitend heeft laten leiden' in o.a. HR 29 juni 2007 (*Bruil-Kombex-Arnheim/Bruil-Arnheim Beheer*), r.o. 3.4. In het enquêterecht kan het ook gaan om toekomstig gedrag. Dit verklaart de woorden 'uitsluitend laten leiden' in HR 14 september 2007 (*Versatel*), r.o. 4.3.
12. Niet goed valt in te zien hoe art. 2:146/256 BW geactiveerd kan worden door een persoonlijk belang dat objectief bezien bestaat, maar waarvan de bestuurder geen weet heeft.
13. Dus: niet door de ogen van de bestuurder.
14. Door het – bewust of onbewust – niet vooropstellen door de bestuurder van het belang van de vennootschap.
15. Vgl. de consequente verwijzing in o.a. HR 29 juni 2007 (*Bruil-Kombex-Arnheim/Bruil-Arnheim Beheer*), r.o. 3.4 naar het vereiste dat de bestuurder zich uitsluitend moet laten leiden door het belang van de vennootschap.

Kort gezegd: kon de bestuurder op neutrale – of: integere en onbevooroordeelde – wijze handelen of niet, waarbij ik aantekende dat voor de aanwezigheid van een vertroebeld beoordelingsvermogen geen subjectieve kwade trouw vereist is. Het materiële karakter van de maatstaf schuilt daarin dat niet ieder ‘papieren’ belangenconflict (i.e. niet ieder geval waarin belangen niet volkomen parallel lopen) de conclusie rechtvaardigt dat de bestuurder zich denkbaar – met name – laat leiden door het vennootschapsvreemde belang in plaats van – uitsluitend – het belang van de vennootschap: ‘besmetting’ van de bestuurder in het kader van art. 2:146/256 BW, en daarmee de aanwezigheid van een ‘tegenstrijdig belang’ als bedoeld in die bepaling, vereist een aanwijsbaar belangenconflict met een *substantieel* – en niet een *de minimis* – karakter. Ik noem dat een substantieel tegenstrijdig belang.¹⁶ Dit is niet onlosmakelijk verbonden met – kenbare – benadeling van de vennootschap, al is deze omstandigheid ook weer niet per definitie irrelevant. Staat vast:

(i) dat de bestuurder zich tijdens zijn handelen daadwerkelijk bewust was van de op handen zijnde benadeling van de vennootschap als gevolg van de uitgezette koers (althans van het risico daarvan); en

(ii) dat hij de vennootschap toch heeft vertegenwoordigd;

dan is dat een sterke – maar niet noodzakelijke – aanwijzing dat de bestuurder niet-neutraal was. Hier ligt zelfs het ontbreken van subjectieve *bona fides* in de rede. Dit is anders wanneer vaststaat:

(i) dat de inmiddels ingetreden benadeling van de vennootschap weliswaar objectief voorzienbaar was ten tijde van het bestuurlijk handelen;

(ii) maar dat de bestuurder zich tijdens dat handelen niet daadwerkelijk bewust was van die op handen zijnde benadeling (althans van het risico daarvan).

Juist vanwege het subjectieve karakter van de ‘tegenstrijdig belang’-maatstaf ex art. 2:146/256 BW mag de rechter de enkele objectieve voorzienbaarheid van benadeling (althans van het risico daarvan) mijns inziens niet doorslaggevend laten zijn in zijn oordeelvorming. Een dergelijke benadering is te ongenueanceerd, want abstraheert teveel van de kernvraag of het beoordelingsvermogen van de bestuurder – naar in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag worden aangenomen – werd beïnvloed door het aan-

wijsbare belangenconflict. Dat lijkt de rechtbank in het onderhavige geval te hebben miskend, door zich niet af te vragen of het beoordelingsvermogen van Groen vertroebeld was (i.e. waarvan was Groen zich bewust?), maar cruciaal te achten dat Groen ‘zich deze benadeling van Vamont (...) *redelijkerwijs [had] dienen te realiseren* bij het namens Vamont verlenen van toestemming voor de schuldovername’ (i.e. waarvan had Groen zich bewust behoren te zijn?).¹⁷ Nu de rechtbank:

– niet – kenbaar – heeft vastgesteld dat Groen zich bewust was van de op handen zijnde benadeling van Vamont (althans van het risico daarvan); en
– overigens niet – kenbaar – heeft onderzocht of het gesignaleerde persoonlijke belang van Groen bij de beoogde schuldovername dat niet volkomen parallel liep aan het belang van Vamont (dat Groen een schuld aan Vamont had en daar wel vanaf wilde garderdeerde op zichzelf Vamont niet), een ontoelaatbare kleuring van zijn beoordelingsvermogen opleverde;¹⁸

kan de motivering van de rechtbank – zoals ik die begrijp – dat *in casu* sprake is van een ‘tegenstrijdig belang’ ex art. 2:256 BW mij niet overtuigen.¹⁹ Dat de rechtbank geen belang hechtte aan de omstandigheid dat Groen enig-aandeelhouder van Vamont was is overigens wel goed te rechtvaardigen, nu de schuldovername juist deel uitmaakte van de transactie waarbij Groen alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Vamont overdroeg aan Braam. Ik sluit niet uit dat het belang van de vennootschap²⁰ en het persoonlijke belang van de bestuurder soms zozeer kunnen samenvallen dat van een ‘tegenstrijdig belang’ welbeschouwd geen sprake kan zijn; het belang van de vennootschap valt dan te vereenzelvigen met het persoonlijke belang van de bestuurder.²¹ Maar daarvan was in het onderhavige geval geen sprake.

6. Er kleven daarnaast ook noemenswaardige nadelen aan het leggen van de nadruk op de objectieve (on)voorzienbaarheid van de op handen zijnde benadeling (los van het – uit de omstandigheden van het geval afleidbare – daadwerkelijke bewustzijn van de bestuurder) bij de beoordeling of sprake is van een ‘tegenstrijdig belang’ ex art. 2:146/256 BW, zoals de rechtbank doet. Ik noem er twee.

a. De onderhavige uitspraak wekt de suggestie dat als de op handen zijnde benadeling van Vamont niet objectief voorzienbaar was geweest, van een ‘tegenstrijdig belang’ ex art. 2:256 BW geen sprake was geweest. Die suggestie

kan in de praktijk door bestuurders gemakkelijk worden vertaald in de aanname dat als maar geen benadeling van de vennootschap in het verschieft ligt, de tegenstrijdig-belangproblematiek vervat in art. 2:146/256 BW per saldo niet kan spelen. Dit is een te beperkte benadering, die de bestuurder *ex ante* onvoldoende dwingt tot het stellen van de juiste, bredere vraag: legt mijn persoonlijk, niet aan het belang van de vennootschap parallel lopend, belang dusdanig gewicht in de schaal dat ik niet als een neutrale – of: integere en onbevooroordeelde – bestuurder kan optreden? Het ligt in de rede dat deze beperkte benadering eerder de kans vergroot dan verkleint dat de op zich *bona fide* bestuurder, ingegeven door het vooruitzicht van persoonlijk voordeel, omstandigheden die aan verzilvering van dat voordeel in de weg zouden kunnen staan (dan

16. Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag – Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, nr. 11.c, 19.a, 20, 22.b, 38.a, 38.e, 42.b-c.

17. Cursivering van mij. Vgl. Boschma/Lennarts, p. 25 en Bartman in sub 4.

18. Zo is het toch niet ondenkbaar dat een dusdanig grote rijkdom van Groen dat € 187 313 – en betaling daarvan aan Vamont – *peanuts* voor hem is een omstandigheid vormt, die een ontoelaatbare kleuring van het beoordelingsvermogen van Groen onaannemelijk maakt. Vergelijk in Delaware o.a. *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 1991 WL 111134 (Del. Ch. 1991): ‘(...) in some instances an arguable or an established personal benefit may, when viewed in context, be found to be immaterial in fact to the exercise of a judgment motivated entirely to achieve the best available result for the corporation’ en *Gantler v. Stephens*, 2008 WL 401124 (Del. Ch. 2008): ‘The benefit (or detriment) must be “of such subjective material significance to that particular director that it is reasonable to question whether that director objectively considered the advisability of the challenged transaction to the corporation and its shareholders.”’

19. Bij het afronden van deze noot viel mijn oog op Rb. ‘s-Hertogenbosch 7 mei 2008, *IJN* BD1146 <www.rechtspraak.nl> (TPN Consultants/Bouwbedrijf H. Pennings en Zn.), r.o. 2.3-2.7. Dit is de tweede mij bekende rechtbankuitspraak waarin de aangescherpte zienswijze van de Hoge Raad omtrent art. 2:146/256 BW wordt toegepast. Ik volsta met de kanttekening dat de motivering ook hier niet loepzuiver – want onvolledig – oogt, onder verwijzing naar het voorgaande.

20. Dat omvat doorgaans meer dan alleen de belangen van aandeelhouders. Vgl. o.a. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, *RO* 2007, 69 (ABN AMRO), r.o. 4.5.

21. Hierop wijst ook HR 29 juni 2007 (*Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer*), r.o. 3.5-3.6. Stroken deze passages wel met HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (*Duplicado/Goedkoop q.q.*), r.o. 3.4.27 Ik betwijfel dat.

slechts: benadeling van de vennootschap) onbewust 'weg rationaliseert'/ bagatelliseert (door het voor zichzelf zo te plooiën dat de voorgenomen transactie, 'welbeschouwd', per saldo de vennootschap niet zal benadelen).²² Deze beperkte benadeling vergroot het risico dat bestuurders te snel over art. 2:146/256 BW – en de daarvan deel uitmakende regels – heenstappen, hoewel het achteraf bezien wel degelijk gerechtvaardigd is om aan te nemen dat hun beoordelingsvermogen ontoelaatbaar was gekleurd door een persoonlijk belang dat niet parallel liep aan het belang van de vennootschap. Een dergelijke benadering miskent niet alleen de beschermingsgedachte van art. 2:146/256 BW en de zienswijze van de Hoge Raad omtrent het daarin vervatte begrip 'tegenstrijdig belang' (in het licht van alle relevante omstandigheden van het geval), maar bevordert ook dat de rechter in meer zaken een streep zal dienen te halen door de handelwijze van de bestuurder omdat – de geest van – art. 2:146/256 BW is geschonden. Daarbij is het door de Hoge Raad herhaaldelijk benadrukte belang van zekerheid in het handelsverkeer niet gebaat. Kortom: deze suggestie biedt schijnzekerheid.

b. Een bekend fenomeen in de psychologische wetenschap is dat als mensen eenmaal weten dat een bepaalde handeling heeft geresulteerd in nadelige gevolgen, zij sterk de neiging hebben de mate van voorzienbaarheid van die nadelige gevolgen fors te overdrijven. Dit verraderlijke fenomeen (i.e. de *hindsight bias*), waarvoor moet worden gewaakt, is ook voor rechters van belang.²³ Als in het kader van art. 2:146/256 BW een grote betekenis wordt toegekend aan de objectieve voorzienbaarheid van op handen zijnde benadeling, is het niet ondenkbaar dat de *ex post* toetsende rechter terugredenerend vanuit ingetreden – forse – benadeling van de vennootschap een relatief onbeduidend belangenconflict opblaast tot een 'tegenstrijdig belang' ex art. 2:146/256 BW, hoewel onaannemelijk is dat het persoonlijke belang van de bestuurder op zichzelf bezien zijn beoordelingsvermogen ontoelaatbaar heeft gekleurd. Het toekennen van die betekenis is niet alleen onzuiver, het strookt ook niet met de bedoeling van de Hoge Raad – zoals ik die begrijp – om art. 2:146/256 BW waar mogelijk buiten toepassing te laten bij niet-substantieel tegenstrijdige belangen.²⁴

Ik rond af met een relativerende opmerking over art. 2:146/256 BW.

7. Het ontbreken van de vereiste neutraliteit is op zichzelf niet iets onoorbaars, het kan iedere bestuurder

overkomen. Het draait er uiteindelijk om hoe de niet-neutrale bestuurder daarmee omgaat.²⁵ Zo activeert een substantieel tegenstrijdig belang het mechanisme van art. 2:146/256 BW. Daaraan dient de bestuurder dan te voldoen. Ik laat de precieze elementen van deze bepaling daar, maar wijs er wel op dat:

a. als de statuten de niet-neutrale bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd maken²⁶ (en de algemene vergadering van aandeelhouders niet tijdig bij uitdrukkelijk besluit een andere vertegenwoordiger heeft aangewezen); of
b. als de niet-neutrale bestuurder bij uitdrukkelijk besluit als vertegenwoordiger is aangewezen door de algemene vergadering van aandeelhouders;²⁷

desalniettemin sprake is van bevoegde vertegenwoordiging en art. 2:146/256 BW in zoverre is uitgespeeld. Doet de niet-neutraliteit van de bestuurder in rechte dan nog ter zake? Jazeker. Zo laat de enkele vertegenwoordigingsbevoegdheid onverlet dat het gedrag van de niet-neutrale bestuurder ten aanzien van de gemaakte zakelijke beleidsafweging, in het licht van alle omstandigheden van het geval, in voorbereidend en/of inhoudelijk opzicht – toerekenbaar – onzorgvuldig jegens de vennootschap kan zijn. Dan is er wél iets onoorbaars aan de hand. Dergelijk gedrag kan bijvoorbeeld leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap ex art. 2:9 BW wegens 'onbehoorlijke taakvervulling' of de (dis)kwalificatie 'wanbeleid' van de vennootschap ex art. 2:355 lid 1 BW in een enquêteprocedure.²⁸ Art. 2:146/256 BW is wel belangrijk,²⁹ maar zeker niet allesbepalend waar het gaat om de tegenstrijdig belang problematiek. Dat is maar goed ook: alle aandacht in rechtspraak en literatuur voor art. 2:146/256 BW ten spijt blijkt deze complexe regeling in de praktijk nog altijd lastig toepasbaar en, zoals wordt geïllustreerd door het voorgaande, een dankbaar onderwerp van discussie.

Bastiaan F. Assink

22. Vergelijk in Delaware o.a. *City Capital Associates, L.P. v. Interco, Inc.*, 551 A.2d 787 (Del. Ch. 1988) over de realiteit dat 'human nature may incline even one acting in good faith to rationalize as right that which is merely personal beneficial'.

23. Zie Assink (2007), nr. 3.c.

24. Vgl. A-G Timmerman in 3.33 voor HR 21 maart 2008, LjN BC1849, RO 2008, 32 <www.rechtspraak.nl> (Nieuwe Steen Investments/Uoti q.q.).

25. Zie Assink (2007), p. 560-561.

26. Dit laat onverlet de ex HR 3 mei 2002, NJ

2002, 393 (Da Costa Gomez-Brandao/foral Management), r.o. 3.5.2 in het algemeen op het bestuur rustende plicht om de algemene vergadering van aandeelhouders zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een 'tegenstrijdig belang' dat zij in de gelegenheid is haar aanwijsbevoegdheid uit te oefenen.

27. Dit is in geval van sub a niet nodig. Zie HR 21 maart 2008 (Nieuwe Steen Investments/Uoti q.q.), r.o. 3.4.

28. In mijn optiek activeert een dergelijk 'tegenstrijdig belang' – in beginsel – ook een voor de bestuurder strenge rechterlijke toetsing in het kader van bijvoorbeeld art. 2:9 BW en het enquêterecht. Zie Assink (2007), nr. 38.e-g, 42.a-c.

29. Maar zie het voorontwerp inzake 'Aanpassing bestuur en toezicht in nv's en bv's', specifiek de memorie van toelichting, p. 10-15 (<www.minjus.nl>). Mijn bezwaren tegen de voorgestelde regeling bewaar ik voor een andere gelegenheid.

Berichten

Verschenen uitgaven

94

C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht, 2e druk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, ISBN 978-90-5454-828-7, € 69,815 p.

P.J. van der Korst, G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme, *Delegatie van emissiebevoegdheid*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 96, Deventer: Kluwer 2008, 124 p., € 34,50, ISBN 978-90-1305-479-8.

De lezers worden van harte uitgenodigd om weer 'Vragen uit de rechtspraktijk' in te zenden. Tot voor kort was 'Vragen uit de rechtspraktijk' een levendige rubriek in *Ondernemingsrecht* die vaak fungeerde als startpunt van discussie en meningsvorming. De redactie zal net als in het verleden proberen een zo passend mogelijk antwoord op vragen van lezers te geven. U kunt uw vragen – die vanzelfsprekend anoniem behandeld zullen worden – per e-mail naar het redactiesecretariaat sturen.