

# Naar een adequate tegenstrijdig belang regeling in boek 2 BW



Mr. dr. Bastiaan F. Assink\*

## Inleiding

In maart 2008 heeft het Ministerie van Justitie het voorontwerp "Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen" het licht doen zien (hierna: het "Voorontwerp"), bestaande uit zowel voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW als een toelichting daarop (hierna: de "Toelichting").<sup>1</sup> Het Voorontwerp bevat een scala aan onderwerpen, waaronder een nieuwe tegenstrijdig belang regeling ter vervanging van art. 2:146/256 BW.<sup>2</sup> Hierna plaats ik kanttekeningen bij de voorgestelde tegenstrijdig belang regeling.

## Kanttekeningen bij de voorgestelde tegenstrijdig belang regeling

Over de werkbaarheid van de in art. 2:146/256 BW vervatte tegenstrijdig belang regeling (als nader ingevuld door de Hoge Raad), die beoogt de vennootschap te beschermen tegen belangenvermenging waarvan zij de dupe wordt, bestaat al geruime tijd discussie in de rechtsgeleerde literatuur. Daarbij speelt een belangrijke rol dat art. 2:146/256 BW is geplaatst in het leerstuk van de vertegenwoordiging. Bij schending van art. 2:146/256 BW komt de vennootschap, zij het in beginsel, een beroep toe jegens de derde op niet-gebondenheid aan de door de vertegenwoordigingsonbevoegde bestuurder verrichte rechtshandeling. Hierdoor ontstaat een spanningsveld tussen enerzijds bescherming van de vennootschap en anderzijds de zekerheid in het handelsverkeer.<sup>3</sup> De *communis opinio* lijkt te zijn dat art. 2:146/256 BW aan vervanging toe is.<sup>4</sup>

Het Voorontwerp beoogt hierin te voorzien, in essentie door in het voorgestelde art. 2:129/239 lid 6 BW een tegenstrijdig belang regeling te introduceren die – slechts – is geplaatst in de sleutel van de besluitvorming. Het voorgestelde art. 2:239 lid 6 BW<sup>5</sup> (hierna: de "Regeling") luidt:

"Een bestuurder neemt niet deel aan de besluitvorming over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5 (i.e. het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, BFA). Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen of als die er niet is de algemene vergadering. De statuten kunnen ten aanzien van het in de laatste volzin bedoelde geval anders bepalen."

Op zichzelf juich ik het toe dat de wet een bepaling bevat die ziet op de tegenstrijdig belang problematiek. Van het geheel ongeregeld laten van dit onderwerp gaat immers het verkeerde signaal uit, dat het onderwerp 'tegenstrijdig belang' door de wetgever niet echt van belang gevonden wordt en – dus – in de praktijk weinig aandacht behoeft. Op zichzelf juich ik het ook toe dat de wettelijke tegenstrijdig belang regeling uit het leerstuk van de vertegenwoordiging wordt gehaald. De bestaande kritiek in dit verband snijdt mijns inziens hout.

Waar ik echter sterke bedenkingen bij heb is de wijze waarop de Regeling is opgetuigd. Ik maak vier kanttekeningen.

### 1. *Het vertrekpunt van redenering van de Regeling is gebrekkig*

De Regeling gaat ervan uit dat een bestuurder niet mag deelnemen aan de besluitvorming over een onderwerp waarbij hij een persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.<sup>6</sup> Deze benadering acht ik onjuist, omdat de eerste volzin van de Regeling veel te categorisch is geformuleerd. Zo ontbreekt zelfs een nuancering in de zin dat "in het algemeen" te gelden heeft dat een bestuurder niet mag deelnemen aan de besluitvorming over een onderwerp waarbij hij een persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de

\* Advocaat te Amsterdam.  
([bastiaan.assink@nautadutilh.com](mailto:bastiaan.assink@nautadutilh.com))

1. Te vinden op <<http://www.minjus.nl/onderwerpen/wetgeving/aanpassing>>.
2. De voorloper van deze bepaling, die vrij algemeen als verouderd wordt beschouwd, dateert uit de jaren twintig van de vorige eeuw.
3. Vgl. o.a. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer), ro. 3.7 en HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (ABN AMRO Bank/Dijkema q.q.), ro. 3.3.2.
4. Vgl. o.a. A-G Timmerman in 2.4 voor HR 14 juli 2006 (ABN AMRO Bank/Dijkema q.q.) en de Toelichting, p. 10-13.
5. Ik beperk mij hier kortheidshalve tot de bepaling die ziet op de besloten vennootschap.
6. Voor de invulling van dit 'tegenstrijdig belang' begrip lijkt de Toelichting, p. 12-13 aansluiting te zoeken bij HR 29 juni 2007 (Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer). Dat komt mij juist voor, vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag – Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, nr. 38.a, 38.e. Ik teken wel aan dat de Toelichting, p. 13 alleen rept over "gevallen waarin de bestuurder betrokkenheid heeft bij de wederpartij, direct of indirect" (in dat geval "neemt hij niet deel aan de beraadslaging en onthoudt hij zich van stemming"). Dit lijkt mij een te beperkte interpretatie van de zienswijze van de Hoge Raad.

vennootschap. Met uitzonderingen wordt geen rekening gehouden.<sup>7</sup> Er kunnen zich echter heel wel situaties voordoen waarin het – bezien vanuit de vennootschap – wenselijker is dat de ‘besmette’ bestuurder betrokken blijft bij de besluitvorming, bijvoorbeeld gelet op zijn kennis, ervaring en relaties (i.e. *know-how*) en/of de tijdsdruk waaronder het bestuur dient te opereren. Een standaarduitsluiting van de bestuurder met een tegenstrijdig belang komt hoe dan ook draconisch voor. Ik zou willen aannemen dat onvoldoende gronden bestaan om een ‘harde’ regel als nu vervat in de eerste volzin van de Regeling tot wet te maken, te meer nu ik er niet van overtuigd ben dat de huidige rechtsopvattingen een dergelijke ‘harde’ regel reeds voorschrijven.<sup>8</sup> Het Voorontwerp laat onbehandeld of goede gronden bestaan voor de wijze waarop de Regeling is opgetuigd en, zo ja, welke dat dan zijn, anders dan:

- een “volledigheidshalve” verwijzing naar de in paragraaf II.3.3 van de Nederlandse *corporate governance* code vervatte – niet in steen gehouden – *best practice* bepaling, waarbij aantekening verdient dat de code evenmin een onderbouwing verschaft en dat niet iedere in de code vervatte bepaling een algemeen toepasselijke norm behelst<sup>9</sup>; en
- een summiere en terloopse verwijzing naar het vennootschapsrecht van Frankrijk en België, waarbij overigens wordt verwezen naar een *hoofdregeel* maar onvermeld blijft wat de ervaringen met die hoofdregel daar zijn: is dat onderzocht, is er in het geheel wel rechtsvergelijkend onderzoek gedaan?<sup>10</sup>

Weliswaar behelst de Regeling de mogelijkheid dat de statuten van de vennootschap de ‘besmette’ bestuurder toestaan deel te nemen aan de besluitvorming<sup>11</sup>, maar dat neemt het rigide karakter van de eerste volzin niet weg (die van toepassing is, tenzij de statuten anders bepalen). Een denkbare oplossing is het minder rigide maken van deze regel. Dit spreekt mij niet echt aan, gelet op de hierna volgende kanttekeningen die ook dan opgaan.

## 2. De Regeling past niet goed in het Nederlandse model van vennootschapsbestuur

Inherent aan de Regeling is dat de algemene vergadering van aandeelhouders opeens het aangewezen vennootschapsorgaan kan zijn om een bepaald besluit te nemen. Dit is, in potentie, bepaald problematisch. Allereerst om redenen van praktische aard, met name waar het gaat om een kapitaalvennootschap waarvan de aandelen niet in – nagenoeg – een hand zijn. Zo is het denkbaar:

- dat een voorgenomen transactie, bijvoorbeeld om financiële en/of commerciële redenen, van groot belang is voor de vennootschap (die geen raad van commissarissen kent);
- maar de bestuurder(s) het besluit niet kan (kunnen) nemen wegens een tegenstrijdig belang;
- terwijl het praktisch ondoenlijk is de algemene vergadering van aandeelhouders op de – voor het door-

gaan van de voorgenomen transactie – vereiste termijn bijeen te roepen.

Door de wijze waarop de Regeling is ingericht kan de voorgenomen transactie dan geen doorgang vinden (ervan uitgaande dat ernaar wordt gestreefd de wet na te leven), simpelweg omdat er niemand is die het besluit kan én mag nemen.<sup>12</sup> Ik wijs daarnaast op redenen van principiële aard. Voor het bestuur geldt dat het bij de vervulling van zijn bij wet of statuten opgedragen taken het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming voorop behoort te stellen en de belangen van *alle* betrokkenen, waaronder die van de aandeelhouders, bij zijn besluitvorming in aanmerking behoort te nemen.<sup>13</sup> Voor individuele aandeelhouders geldt dat niet: zij mogen in hoge mate in hun eigen belang handelen, waarbij de grens wordt gevormd door met name art. 2:8 BW.<sup>14</sup> Welbeschouwd wordt de algemene vergadering van aandeelhouders onder de Regeling opeens opgezadeld met besluitvorming die bij uitstek tot de bestuurstaak behoort.<sup>15</sup> Het gaat hier niet om goedkeuring van een bestuursbesluit (want dat ontbreekt nu juist), maar in wezen om een eigen besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders ten aanzien van het te voeren ondernemingsbeleid. Is dit vennootschapsorgaan in de regel wel afdoende geëquipeerd om dergelijke besluiten op verantwoorde wijze te nemen? Ik vraag mij dat sterk af. Betekent deze voorgestelde taakverdeling dat voor de – algemene vergadering van – aandeelhouders plotseling een afgeleide geldt van de normaliter voor het bestuur (althans de raad van commissarissen) geldende gedragsnorm? Zo ja:

- wie ziet op welke wijze toe op naleving van deze gedragsnorm; en

7. Vgl. in andere zin o.a. HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management), ro. 3.5.2.

8. Een dergelijke ‘harde’ regel lees ik niet in HR 14 september 2007, *NJ* 2007, 612 (Versatel), waarin bijvoorbeeld veel waarde wordt gehecht aan de omstandigheden van het geval. In enquêterechtspraak van de Ondernemingskamer is een dergelijke ‘harde’ regel niet uitgekristalliseerd, gelet ook op OK 17 april 2008, *LJN* BC9804 (ABN AMRO), ro. 3.44. Het komt telkens aan op de bredere vraag of, per saldo en gelet op alle omstandigheden van het geval, op voldoende zorgvuldige wijze met een tegenstrijdig belang situatie is/wordt omgegaan. Hiervoor bestaan geen *hard and fast rules*. Vgl. Assink (2007), nr. 38 e. Ik kom daarop terug.

9. Vgl. o.a. J.M.M. Maeijer in zijn noot sub 2 bij HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 (ABN AMRO). Ik stipte dit aan in Assink (2007), p. 512-513. Iets anders is dat een vennootschap deze *best practice* bepaling vrijwillig kan toepassen.

10. Zie de Toelichting, p. 12, 13. Delaware kent een dergelijke ‘enge’ benadering bijvoorbeeld niet. Vgl. Assink (2007), nr. 19 d.

11. Zie de Toelichting, p. 15. De tekst van de Regeling is niet glashelder.

12. Dit is overigens ook een makke onder art. 2:146/256 BW, wanneer de vennootschap geen raad van commissarissen kent en de statuten de bestuurder met een tegenstrijdig belang niet vertegenwoordigingsbevoegd maken.

13. Vgl. o.a. HR 13 juli 2007 (ABN AMRO), ro. 4.5 en OK 17 april 2008 (ABN AMRO), ro. 3.15, 3.22-3.23. Vgl. wat betreft de raad van commissarissen o.a. art. 2:140/250 lid 2 BW.

14. Vgl. o.a. HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (Distilleerderij van J.F. Melchers Wzn.). Ik stipte dit aan in Assink (2007), p. 94.

15. Vgl. o.a. HR 13 juli 2007 (ABN AMRO), ro. 4.3 en OK 17 april 2008 (ABN AMRO), ro. 3.15. Ik zou dit geen “gebruikelijke wijze” van besluitvorming binnen de vennootschap willen noemen (vgl. de Toelichting, p. 13). Art. 2:146/256 BW kent dat mechanisme niet.

- is het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders dat in strijd met die gedragsnorm wordt genomen aantastbaar ex art. 2:8 BW *juncto* art. 2:15 lid 1 sub b BW?

Zo nee:

- wie bewaakt dan of de belangen van de andere *stakeholders*, zoals de werknemers en de crediteuren maar ook de minderheidsaandeelhouder(s), op deugdelijke wijze in acht worden genomen; rust die taak – vervolgens – op het bestuur, dat immers bevoegd is en blijft tot vertegenwoordiging van de vennootschap?

Dit zijn niet de enige vragen die rijzen. Het Voorontwerp ziet dit alles niet onder ogen. Wel wordt – als gezegd – verwezen naar de in paragraaf II.3.3 van de Nederlandse *corporate governance* code vervatte *best practice* bepaling, maar daarbij moet worden bedacht dat de code gericht is op *beursvennootschappen* en uitgaat van de *aanwezigheid* van een raad van commissarissen. In de praktijk zal de onderhavige problematiek zich in de regel juist voordoen bij niet-beursgenoteerde vennootschappen, reeds omdat er daarvan veel meer zijn. Die vennootschappen kennen lang niet altijd een raad van commissarissen. Dit is een wezenlijk verschil.

### 3. De strekking van de sanctie op schending van de Regeling is onduidelijk

Handelt de ‘besmette’ bestuurder in strijd met de Regeling, dan is sprake van een besluit dat tot stand is gekomen in strijd met de bepalingen die het tot stand komen van een besluit regelen als bedoeld in art. 2:15 lid 1 sub a BW. Het bestuursbesluit is daarmee vernietigbaar.<sup>16</sup> Of daarvoor benadeling van de vennootschap is vereist blijkt niet uit het Voorontwerp.<sup>17</sup> Gelet op het keurslijf van art. 2:15 lid 1 sub a BW waarin het Voorontwerp de Regeling dwingt, en de nadruk die dan – gelet op de wet – logischerwijs ligt op de *totstandkoming* van het besluit (en niet – ook – op de inhoud ervan), is het niet evident dat bij afwezigheid van benadeling van de vennootschap het besluit niet vernietigbaar is. De tekst van de Regeling wijst daar ook niet op. Dit wekt de suggestie van een nogalzijdige en mechanische benadering, waarbij niet *alle* omstandigheden van het geval in acht hoeven te worden genomen. Stel bijvoorbeeld:

- dat een ‘besmette’ bestuurder deelneemt aan de besluitvorming;
- maar dat de volledig geïnformeerde algemene vergadering van aandeelhouders, waarin geen enkele aandeelhouder een tegenstrijdig belang heeft, conform het verzoek van het bestuur de voorgenomen transactie – of: het genomen bestuursbesluit – vervolgens goedkeurt (dus voordat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt).

Komt het bestuursbesluit dan nog steeds onverkort in aanmerking voor vernietiging? Dat zou toch wel merkwaardig zijn. Het zal, naar mag worden verwacht, de nodige tijd duren voordat duidelijk is hoe aan deze

sanctie precies invulling gegeven dient te worden. Evenmin is duidelijk of een eventuele persoonlijke aansprakelijkheidsprocedure, gericht tegen de bestuurder die de Regeling schendt, voorafgegaan dient te worden door een vernietiging van het bestuursbesluit. Dat laatste is niet erg logisch en nogal onpraktisch, maar het Voorontwerp wekt wel die suggestie.<sup>18</sup> Het is mij overigens niet aanstonds helder hoe de vennootschap en/of belanghebbenden gebaat zijn bij vernietiging van het bestuursbesluit, nu daaraan normaliter geen externe werking toekomt en de bestuurder daarmee nog niet persoonlijk aansprakelijk is.<sup>19</sup> Deze vernietigingsmogelijkheid oogt wat gratuite<sup>20</sup>, en lijkt veeleer een onvermijdelijk gevolg van de wijze waarop de eerste volzin van de Regeling is opgetuigd dan een beoogd doel.

### 4. De Regeling lost het tegenstrijdig belang probleem niet op en verplaatst bestaande knelpunten

Het is ten slotte een illusie te denken dat de tegenstrijdig belang problematiek min of meer is opgelost door de Regeling, los van de haken en ogen die aan deze benadering zitten. Zo is het goed denkbaar dat, al onthoudt de ‘besmette’ bestuurder zich van de besluitvorming, zijn mede-bestuurders zich bij het uitzetten van de te varen koers – (on)bewust – mede laten sturen door het persoonlijke belang van de ‘besmette’ bestuurder bij een bepaalde koers. Dit kan komen:

- doordat de ‘besmette’ bestuurder de overige bestuurders *de facto* domineert;
- doordat die overige bestuurders – in meerderheid – anderszins in een van de ‘besmette’ bestuurder (niet on)afhankelijke positie verkeren; maar bijvoorbeeld ook
- door het fenomeen dat in de Verenigde Staten kortweg *structural bias* wordt genoemd.

*Structural bias* komt er in de kern op neer dat het gedrag van mensen en hun beoordelingsvermogen nogal eens – mede – beïnvloed/gekleurd wordt door groepsdynamiek, waaronder professionele en sociale verstandhoudingen en daarmee verband houdende sympathieën (die soms lastig te detecteren zijn). Uit psychologische onderzoeken blijkt dat *structural bias* zich op diverse – subtiele, maar krachtige – wijzen kan manifesteren; dit hoeft helemaal niet gepaard te gaan met kwade trouw. Het enkele feit dat de ‘besmette’ bestuurder niet deelneemt aan de besluitvorming betekent dus geenszins dat de besluitvorming door de overige bestuurder(s) volkomen neutraal ge-

16. Aldus de Toelichting, p. 13.

17. Zie de Toelichting, p. 13-14. De aandacht gaat vooral uit naar mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid.

18. Zie de Toelichting, p. 13-14.

19. De Toelichting, p. 15 onderkent dit ook.

20. Dit geldt overigens ook voor de in HR 3 mei 2002 (Da Costa Gomez-Brandao/Joral Management), ro. 3.5.2 vervatte vernietigingsregeling.

schiedt.<sup>21</sup> Hiermee is belangenvermenging ten detrimente van de vennootschap nog niet gegeven, maar duidelijk is wel dat van uitsluiting van de ‘besmette’ bestuurder geen wonderen verwacht moeten worden. Goed voorstelbaar is ook het geval dat de ‘besmette’ bestuurder van een besloten vennootschap zonder raad van commissarissen (wat doorgaans het geval is) zowel enig bestuurder als meerderheidsaandeelhouder is. Dan controleert de ‘besmette’ bestuurder de algemene vergadering van aandeelhouders en kan hij dat orgaan het besluit doen nemen dat hij als bestuurder volgens de Regeling niet mag nemen. Het Voorontwerp staat hierbij niet stil. Bovendien leidt de Regeling ertoe dat, nu de statuten een afwijkend regime mogelijk maken, de praktijk niet af is van de complexiteit die art. 2:146/256 BW in dit opzicht kenmerkt: ongetwijfeld zullen vele statuten weer – lang niet altijd even eenvoudig te interpreteren – subregelingen gaan bevatten, die gebaseerd zijn op diverse verschijningsvormen van tegenstrijdig belang.<sup>22</sup> De Regeling verplaatst dit knelpunt alleen naar de besluitvormingscontext. Dat is niet een erg aantrekkelijk vooruitzicht. Loont het dan nog wel om een benadering zoals de Regeling op te tuigen, waaraan al zoveel haken en ogen zitten?

Een zwart-wit regel zoals vervat in de Regeling is te ongenueanceerd, snijdt te willekeurig en draagt niet echt bij aan een minder beknellend vennootschapsrecht (waarnaar de wetgever toch lijkt te streven).<sup>23</sup> Het vorenstaande in ogenschouw nemend luidt mijn conclusie dat de Regeling haar doel voorbij schiet. Het Ministerie van Justitie zou er goed aan doen terug te gaan naar de tekentafel om een nieuwe – doordachte – tegenstrijdig belang regeling te ontwerpen. Daarvoor geef ik graag een voorzet.

#### Waar moeten we naar toe?

Mijns inziens kunnen deze bezwaren worden weggenomen door art. 2:146/256 BW te schrappen, maar daarvoor niet de Regeling – of een bepaling met een soortgelijke starre regel – in de plaats te stellen.

Dat leidt niet tot een situatie waarin de bestuurder met een tegenstrijdig belang zijn gang maar kan gaan. Wenst een belanghebbende een bestuursbesluit aan te tasten dat beweerdelijk is gekleurd door een tegenstrijdig belang dan staat daarvoor de route van art. 2:8 BW *juncto* art. 2:15 lid 1 sub b BW open. Is voldaan aan het bepaalde in art. 2:346 BW dan kan ook een verzoek tot het gelasten van een enquête worden gedaan, eventueel gecombineerd met een verzoek tot het treffen van een of meer onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a lid 2 BW. Gelet op art. 2:355 BW *juncto* art. 2:356 BW behoort, bij vastgesteld wanbeleid, vernietiging van een bestuursbesluit tot de mogelijkheden. Wenst de vennootschap een (oud-)bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen en geleden schade op hem te verhalen, dan staat daarvoor primair de weg van art. 2:9 BW (*juncto* art. 6:162 BW) open. Ik laat dan nog buiten

beschouwing de mogelijkheid van het introduceren van een afgeleide actie, waardoor aandeelhouders van de vennootschap de *geclausuleerde* mogelijkheid wordt geboden ten behoeve van de vennootschap het bestuurlijk gedrag ter toetsing voor te leggen aan de rechter in een art. 2:9 BW-procedure.<sup>24</sup> Bij al deze routes geldt dat de rechter alle omstandigheden van het geval dient te verdisconteren, waaronder de mate waarin de ‘besmette’ bestuurder zich met de besluitvorming heeft ingelaten. De hamvraag dient mijns inziens telkens te zijn of het bestuurlijk gedrag de relevante toets der kritiek kan doorstaan. Als sprake is van zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of het bestuur<sup>25</sup> zich uitsluitend heeft laten leiden – of: zal laten leiden – door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, zodat de mogelijkheid van belangenvermenging ten detrimente van de vennootschap manifest wordt<sup>26</sup>, kan de rechterlijke toetsing ter bescherming van de vennootschap beduidend strenger zijn voor het bestuur dan normaal. Daarbij kan op het ‘besmette’ bestuur de stel- en bewijsplicht rusten, onder meer ten aanzien van de inhoudelijke billijkheid van zijn handelwijze jegens de vennootschap; het zal in de regel geen sinecure zijn daarin te slagen. Bij neutraliserende goedkeuring van een ‘besmet’ bestuursbesluit binnen de vennootschap, bijvoorbeeld door de algemene vergadering van aandeelhouders, ligt een voor het bestuur mildere rechterlijke toetsing in de rede. De lat ligt dan voorzienbaar hoger voor het bestuur, waarvan een preventieve werking uitgaat.<sup>27</sup> Hiervoor is de Regeling niet nodig.<sup>28</sup>

Dient dan alles in Boek 2 BW op dit punt bij het oude te blijven, afgezien van het schrappen van art. 2:146/256 BW? Nee. Zoals gezegd juich ik het toe dat de wet een bepaling bevat die raakt aan de tegenstrijdig belang problematiek, om het belang daarvan te onderstrepen. Ik heb

21. In de Toelichting, p. 12 lees ik dat niet terug, integendeel. Bij het vormen van art. 2:146/256 BW lijkt dit ‘doorsijpel’ gevaar wel te zijn onderkend, gelet op het systeem dat een tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders de vertegenwoordigingsbevoegdheid van alle bestuurders raakt. Ik bepleit een andere benadering van de tegenstrijdig belang problematiek dan collectieve diskwalificatie, zonder dit gevaar te veronachtzamen. Ik licht dat hierna toe (zie ook noot 25).
22. Vgl. Assink (2007), p. 543, 558-559.
23. Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 058, nr. 3 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht).
24. Vgl. Assink (2007), p. 621-622. Hiervoor bestaan goede redenen. Vgl. o.a. M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss.), Deventer: Kluwer 2004, p. 341 e.v. Het Voorontwerp laat zich hierover niet uit.
25. Vgl. Assink (2007), nr. 38.e voor mijn – verkennende – gedachten omtrent de vraag wanneer *het bestuur* geacht mag worden te zijn geraakt door een rechtens relevant tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders.
26. Vgl. HR 29 juni 2007 (Bruil-Kombex-Arnhem/Bruil-Arnhem Beheer), ro. 3.4. Ik noem dat een *substantieel* tegenstrijdig belang, ter onderscheiding van een op papier bestaand maar in werkelijkheid niet-diskwalificerend tegenstrijdig belang. Vgl. Assink (2007), nr. 38.
27. In Assink (2007), nr. 32-42 zet ik concreet uiteen hoe dit binnen de context van het enquêterecht en art. 2:9 BW vorm kan krijgen.
28. De verplichting tot informatieverstopping waarnaar de Toelichting, p. 14 verwijst blijft overigens gewoon bestaan, evenals de mogelijkheid tot schorsing of ontslag van de bestuurder als geregeld in Boek 2 BW en tot het entameren van een kort geding.

sterk de indruk dat dit voor het Ministerie van Justitie ook de voornaamste drijfveer is geweest om de Regeling op te tuigen. Daarbij denk ik aan een overkoepelende bestuurlijke gedragsnorm<sup>29</sup> in een nieuw art. 2:129/239 lid 5 BW, dat als volgt verwoord zou kunnen worden:

“Bestuurders geven op loyale en zorgvuldige wijze invulling aan hun taak. Zij richten zich daarbij naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, dat prevaleert in alle gevallen waarin een of meer bestuurders een daarmee tegenstrijdig persoonlijk belang hebben.”<sup>30</sup>

Art. 2:129/239 BW lijkt mij de meest logische plaats voor codificatie, gelet ook op het huidige art. 2:140/250 lid 2 BW dat ziet op de commissarissen. Art. 2:140/250 lid 2 laatste volzin BW dient dan in lijn daarmee te worden aangepast. Zowel het voorgestelde art. 2:129/239 lid 6 BW als het voorgestelde art. 2:140/250 lid 5 BW dient dan te

worden geschrapt. Aanpassing van art. 2:9 BW in deze zin is een alternatief dat niet mijn voorkeur heeft, mede omdat deze materie – die ook in de context van art. 2:9 BW relevant is – dan teveel in de sleutel van interne bestuurdersaansprakelijkheid wordt geplaatst. Dat is niet erg zuiver.

Het voorgaande biedt een redelijke en flexibele benadering met minder haken en ogen, die beter aansluit bij de – moeilijk te anticiperen maar onvermijdelijke – noden van de weerbarstige praktijk. Dát lijkt mij een adequate tegenstrijdig belang regeling in Boek 2 BW.

29. Te onderscheiden van de in het concrete geval toepasselijke rechterlijke toetsingsnorm. Vgl. Assink (2007), nr. 38.

30. Vgl. voor de uitwerking van de bestuurlijke loyaliteits- en zorgvuldigheidsplicht Assink (2007), nr. 34. Doet zich geen *substantieel* tegenstrijdig belang voor, dan ligt het in de rede de rechterlijke toets *qua* strengheid voor het bestuur niet in hoge mate op te schroeven. Vgl. Assink (2007), nr. 38-39, 42 (over onder meer de invoering van een Nederlandse *business judgment rule*).