

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74021>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Het begin van het einde van het tegenstrijdig belang?

Anne-Will van der Vegt (RU)*

Het leerstuk van het tegenstrijdig belang leidt binnen het vennootschapsrecht een roerig bestaan. Beoogde de wetgever begin twintigste eeuw slechts een regeling te geven voor de situatie waarin de vennootschap een rechtshandeling verricht met en rechtsgedingen voert tegen haar bestuurder; anno 2007 is de reikwijdte van het leerstuk enorm in omvang toegenomen waardoor er in steeds meer gevallen sprake is van een tegenstrijdig belang. Langzamerhand lijkt echter een einde te zijn gekomen aan deze 'oprekking' van het tegenstrijdig belang.

1 Inleiding

De regeling omtrent het tegenstrijdig belang krijgt voor de bv en de nv gestalte in de artikelen 2:146 en 2:256 BW. Hieruit volgt dat de vennootschap wordt vertegenwoordigd door commissarissen in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, tenzij er in de statuten een andere regeling is opgenomen. De algemene vergadering is echter steeds bevoegd een of meer andere personen tot vertegenwoordiging aan te wijzen. In het klassieke geval van een direct tegenstrijdig belang moet de vennootschap door commissarissen worden vertegenwoordigd als de bestuurder wederpartij is van de vennootschap. De rechtspraktijk heeft echter een enorme groei van het leerstuk te zien gegeven, waardoor er eveneens sprake is van een tegenstrijdig belang wanneer het belang van de bestuurder indirect bij de rechtshandeling van de vennootschap is betrokken.¹ Dat is het geval als een persoon tot wie de bestuurder in een bijzondere relatie staat, wederpartij is van de gewraakte rechtshandeling.²

De vraag die de rechtswetenschap al enige tijd verdeeld houdt is of een tegenstrijdig belang zich alleen in de persoon van de bestuurder kan voordoen, of eveneens in

zijn hoedanigheid van bestuurder. Aan de hand van onderstaande casus die ziet op een lening verstrekt door een bank aan een concern, in het bijzonder aan een dochtervennootschap, zal ik deze vraag verduidelijken. Wanneer de moedervennootschap zich voor deze lening garant stelt middels een overeenkomst die getekend is door haar bestuurder die eveneens bestuurder is van de dochtervennootschap en waarbij die garantstelling bovendien ziet op een deel van het geleende geld dat ten goede komt aan de zoon van de bestuurder, zal er sprake zijn van een tegenstrijdig belang.³ In deze casus is er namelijk sprake van een indirect tegenstrijdig belang vanwege de rol van de zoon van de bestuurder, gecombineerd met een kwalitatief tegenstrijdig belang omdat de bestuurder optreedt in hoedanigheid van bestuurder van beide vennootschappen. Maar hoe valt het oordeel uit als de zoon van de bestuurder uit de casus verdwijnt en er slechts sprake is van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang? Bovengenoemde vraag laat zich dan ook anders formuleren in de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt.

Recente rechtspraak van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad deze vraag in navolging van advocaat-generaal Timmerman

* Mr. A.W. van der Vegt is in september 2007 afgestudeerd middels dit artikel aan de Radboud Universiteit Nijmegen en is als promovendus werkzaam bij het Van der Heijden Instituut. Dit artikel is geactualiseerd tot en met maart 2008.

1 In HR 14 november 1940, *NJ* 1941, 321 (*Maas-Amazone*) verruimde de Hoge Raad reeds de reikwijdte van het tegenstrijdig belang door te bepalen dat een indirect tegenstrijdig belang onder de werking van art. 51 WvK viel. A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 38.

2 Asser/Maeijer 2000 (2-III), p. 391 & 392.

3 Deze fictieve casus is afgeleid van Hof Amsterdam 22 maart 1984, *NJ* 1985, 219 (*Nesolas*) en HR 8 december 2006, *JOR* 2007, 37.

negatief tracht te beantwoorden, vormde de aanleiding voor dit artikel waarin ik, aan de hand van de vraag of het zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang in de visie van de advocaat-generaal en de Hoge Raad nog deel uitmaakt van het wettelijk tegenstrijdig belang begrip, analyseer of er sprake is van een gewenste inkrimping van het tegenstrijdig belang begrip.⁴ Om deze vraag te beantwoorden ga ik hieronder kort in op de wetsgeschiedenis, gevolgd door een analyse van de voornaamste arresten van de Hoge Raad die leidden tot een oprekking van het leerstuk. Voordat ik in de conclusie tot beantwoording van de vraag overga, geef ik de opvattingen in de literatuur weer waarbij ik zijdelings mogelijke gevolgen van een veranderende opvatting aan de orde stel.

De vraag die de rechtswetenschap al enige tijd verdeeld houdt is of een tegenstrijdig belang zich alleen in de persoon van de bestuurder kan voordoen, of eveneens in zijn hoedanigheid van bestuurder

2.1 Van wetgever tot Hoge Raad

Bij wet van 3 september 1928 trad een wet in werking waarin de voorloper van ons huidige artikel 2:146/256 BW het levenslicht zag.⁵ Met de invoering van artikel 51 WvK beoogde de wetgever een regeling te geven voor de situatie waarin de vennootschap een rechtshandeling verricht met en rechtsgedingen voert tegen haar bestuurder.⁶ Het ontwerp vennootschaps-wetgeving van de Staatscommissie uit 1879 vormde de basis van dit wetsartikel. In het ontwerp was slechts sprake van een tegenstrijdig belang als de vennootschap een rechtsgeding voerde tegen haar bestuurder. In de wettekst van het Ontwerp 1910 werd deze bepaling echter verruimd, waardoor er ook sprake was van een tegenstrijdig belang als de vennootschap een rechtshandeling aanging met haar bestuurder. In 1925 werden deze gevallen onder de noemer van het 'tegenstrijdig belang' gebracht, waarbij de wetgever aangaf dat er ondanks deze redactionele wijziging, geen wijziging optrad in de gevallen

waarin de bepaling van toepassing was. In 1971 werd de bepaling van overeenkomstige toepassing verklaard op de bv. De overbrenging naar het huidige artikel 2:146/256 BW volgde ten slotte in 1976.⁷

Reeds in 1940 verruimde de Hoge Raad de reikwijdte van het tegenstrijdig belang door te bepalen dat de door de wetgever geformuleerde regeling in artikel 51 WvK niet alleen zag op het door de wetgever beoogde direct tegenstrijdig belang

2.2 De visie van de Hoge Raad

Reeds in 1940 met het arrest Maas-Amazone verruimde de Hoge Raad de reikwijdte van het tegenstrijdig belang door te bepalen dat de door de wetgever geformuleerde regeling in artikel 51 WvK niet alleen zag op het door de wetgever beoogde direct tegenstrijdig belang. Het persoonlijk belang van de bestuurder kon namelijk ook betrokken zijn bij een rechtshandeling van de vennootschap zonder dat de bestuurder daar zelf rechtstreeks bij betrokken was. De Hoge Raad bepaalde namelijk dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een tegenstrijdig belang ook ideële belangen in aanmerking moeten worden genomen, waardoor in de situatie dat een vennootschap een arbeids-overeenkomst sluit met de zoon van de bestuurder sprake is van een tegenstrijdig belang. Door de voldoening die een vader kan putten uit het feit dat zijn zoon een ruimer salaris voor zijn werkzaamheden bedingt mede in aanmerking te nemen, breidde de Hoge Raad het tegenstrijdig belang uit met een ideëel indirect tegenstrijdig belang.⁸ Op het eerste gezicht deed zich ook in de Astro/Pierson zaak een indirect tegenstrijdig belang voor. In deze zaak werd zekerheid verschaft door een moeder-vennootschap en haar dochter-vennootschappen voor een lening verstrekt door een bank wier dochter-vennootschappen het bestuur vormden van deze zekerheid verschaffende vennootschappen. De Hoge Raad concludeerde nu echter niet tot een tegenstrijdig belang, omdat sprake was van parallelle van belangen. De parallel-

4 HR 29 juni 2007, LjN: BA0033/JOR 2007, 169. In HR 8 december 2006, JOR 2007, 37 gaf advocaat-generaal Timmerman reeds te kennen dat in zijn visie een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke tegenstrijdig belang regeling valt. Met een verwijzing naar de recente arresten Joral (HR 3 mei 2002, JOR 2002, 111) en Duplicado (HR 9 juli 2004, JOR 2004, 266) interpreteerde de advocaat-generaal de aldaar door de Hoge Raad genoemde ratio van de wettelijke regeling aldus, dat er slechts sprake is van een tegenstrijdig belang als een kwalitatief tegenstrijdig belang verweven is met een persoonlijk belang.

5 Wet van 3 september 1928, Stb. 364. Gebr. Belinfante, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. VII.

6 Gebr. Belinfante, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 95 & 220.

7 A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 28-32.

8 HR 14 november 1940, NJ 1941, 321. In diezelfde lijn ligt de Nesolas uitspraak, waarin het Hof concludeerde tot een tegenstrijdig belang omdat de hypotheekverlening door de bestuurder en enig aandeelhouder van de vennootschap mede strekte tot zekerheid van een deel van het door een bank geleende geld dat ten goede kwam aan de vrouw van de bestuurder. Hof Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985, 219. Asser/Maeijer 2000 (2-III), p. 391 & 392.

lie bestond eruit dat zowel de zekerheid verschaffende vennootschappen als haar bestuurder, in casu de dochtervennootschappen van de bank, belang hadden bij de zekerheidsverstrekking, aangezien deze voorwaarde was voor de geldverstrekking in het voordeel van de vennootschappen.⁹

Met het wijzen van de Mediasafe arresten introduceerde de Hoge Raad de abstracte toetsing gelegen in de ratio van de wettelijke regeling inzake het tegenstrijdig belang

2.3 Van inhoudelijk naar abstract met toevoeging van externe werking

Werd de vraag of sprake is van een indirect tegenstrijdig belang ten tijde van het wijzen van het Astro/Pierson arrest nog beantwoord aan de hand van een inhoudelijke toetsing om te onderzoeken of het tegenstrijdig belang van de bestuurder daadwerkelijk aanwezig was; met het wijzen van de Mediasafe arresten introduceerde de Hoge Raad de abstracte toetsing gelegen in de ratio van de wettelijke regeling inzake het tegenstrijdig belang.¹⁰

Deze abstracte toetsing, waarbij het er niet toe doet of de belangen in concreto tegenstrijdig zijn, vloeit voort uit de door de Hoge Raad in het eerste Mediasafe arrest gegeven ratio van de wettelijke regeling inzake het tegenstrijdig belang. In de

visie van de Hoge Raad wil de wettelijke regeling juist voorkomen dat de weging van het vennootschappelijk belang wordt gemaakt door een bestuurder die eveneens een eigen belang bij de te sluiten overeenkomst heeft.¹¹ In zijn conclusie bij het Bruil-arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007 stelt advocaat-generaal Timmerman dat uit de in het eerste Mediasafe arrest genoemde ratio van de wettelijke regeling niet voortvloeit dat er nooit met succes een beroep op paralleliteit van belangen kan worden gedaan.¹² Ter staving hiervan verwijst hij naar een door de Hoge Raad aangehaalde rechtsoverweging van het hof waarin deze op grond van de concrete omstandigheden van het geval concludeert tot een tegenstrijdig belang.¹³ Naar mijn mening verliest de advocaat-generaal hier echter uit het oog dat het hof hiermee slechts aantoonde dat eigen belangen van de bestuurder in het geding zijn en dat het hof zich hiermee niet uitlaat over een eventuele paralleliteit van belangen. Pas in het Bruil-arrest stelt de Hoge Raad expliciet dat voor een geslaagd beroep op tegenstrijdig belang niet voldoende is dat de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang wordt aangetoond, maar dat uit de concrete omstandigheden van het geval moet blijken dat een bestuurder zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen.¹⁴

Omtrent de reikwijdte stelde de Hoge Raad in het eerste Mediasafe arrest dat de wettelijke regeling dient ter bescherming van het belang van de vennootschap en

- 9 HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438.
 10 HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 438, HR 22 maart 1996, *JOR* 1996, 45 en HR 11 september 1998, *JOR* 1998, 146. W.J.M. van Veen, 'Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 93 & 94.
 11 HR 22 maart 1996, *JOR* 1996, 45. Opmerkelijk is dat Ph.M. Freijters in 1942 reeds dezelfde ratio voor ogen had, 'Tegenstrijdig belang', *De Naamloze Vennootschap* 1942, p. 57, A.F.M. Dorresteijn, 'Tegenstrijdig belang: de stand van zaken', *WPNR* 1998 (6337), p. 751, *WPNR* 1998 (6300), p. 81 en M.P. Van Achterberg, 'Concernfinanciering en tegenstrijdig belang', *De Naamloze Vennootschap* 1996, p. 170.
 12 HR 29 juni 2007, LjN: AB0033/ *JOR* 2007, 169, r.o. 3.16 en HR 22 maart 1996, *JOR* 1996, 45.
 13 HR 29 juni 2007, LjN: AB0033/ *JOR* 2007, 169, r.o. 3.16 en Hof Amsterdam 8 december 1994, *NJkort* 1995, 13, r.o. 4.2. Saillant detail in dit kader is dat advocaat-generaal Timmerman in zijn conclusie bij het arrest van 29 juni 2007 (HR 29 juni 2007, LjN: AB0033/ *JOR* 2007, 169, onder 3.25) naar aanleiding van het nog te bespreken Duplicado arrest (HR 9 juli 2004, *JOR* 2004, 266) wederom stelt dat een beroep op paralleliteit van belangen een rol speelt bij het bepalen of er sprake is van een tegenstrijdig belang, terwijl hij in zijn conclusie bij het ABN-Amro Dijkema arrest (HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179, onder 2.6 sub b) stelt dat uit de benadering van de Hoge Raad in het Duplicado arrest, inhoudende dat er voor de toepasselijkheid van art. 2:256 BW geen sprake hoeft te zijn van benadeling van de vennootschap, voortvloeit dat het voor de toepasselijkheid van art. 2:256 BW niet van belang is of er wel of niet sprake is van paralleliteit van belangen.
 14 HR 29 juni 2007, LjN: AB0033/ *JOR* 2007, 169, r.o. 3.7 en A.F.J.A. Leijten in zijn annotatie bij het arrest, par. 8.



- 15 J.B. Huizink, 'Artikel 146', in: J.B. Huizink (red.), *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.) 2005, suppl. 188, p. 11.
- 16 HR 22 maart 1996, *JOR* 1996, 45. In verband met een eventuele onverenigbaarheid met de eerste EG-richtlijn, aangezien deze externe werking van vertegenwoordigingsonbevoegdheid slechts toelaat als een orgaan van de vennootschap een bevoegdheid overschrijft welke door de wet aan het orgaan toekomt of kan worden toegekend. W. Bosse, 'Derdenwerking tegenstrijdig belang' *WPNR* 1998 (6334), p. 708 & 709.
- 17 De onbevoegdheid van de bestuurder hoefde voor de derde niet onmiskenbaar te zijn, aangezien dat afbreuk zou doen aan de door de wettelijke regeling beoogde bescherming van het belang van de vennootschap. Asser/Maeijer 2000 (2-III), p. 395 & 396 en HR 11 september 1998, *JOR* 1998, 146.
- 18 HR 3 mei 2002, *JOR* 2002, 111.
- 19 A.F. Verdam, 'Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen', *WPNR* 2005 (6626), p. 505. Ook in de besluitvormingsfase speelt het tegenstrijdig belang een rol, in diverse uitspraken heeft de Ondernemingskamer reeds normen ontwikkeld die in acht moeten worden genomen. In Hof Amsterdam 26 mei 1983, *NJ* 1984, 481 (*Linders-Hofstee*) bepaalde de Ondernemingskamer dat het in een tegenstrijdig belang situatie van groot belang is dat de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden worden gehouden en dat het betrachten van een zo groot mogelijke openheid daarvoor een waarborg oplevert. In Hof Amsterdam 3 december 1987, *NV* 1988, 66, p. 78-80 (*Ogem*) bepaalde de Ondernemingskamer wederom dat bij een transactie waarbij zich een verstrengeling van belangen voordoet, een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering is vereist. Een zo groot mogelijke openheid en het op zorgvuldige wijze gescheiden houden van de te onderscheiden belangen zijn daarbij van grote betekenis. In HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (*Ogem*) ▶

'alle gevallen' omvat waarin er sprake is van een tegenstrijdig belang van de vennootschap met een of meer bestuurders. Hierdoor verruimde de Hoge Raad de reikwijdte van het tegenstrijdig belang begrip aanzienlijk, waardoor alle vormen van tegenstrijdig belang binnen de reikwijdte van de wettelijke regeling kwamen te vallen.¹⁵

Door te bepalen dat het bestuur de belangen gescheiden moet houden en bovendien zoveel mogelijk openheid en zorgvuldigheid moet betrachten, vervaagde de Hoge Raad het reeds gemaakte onderscheid tussen de besluitvormings- en de vertegenwoordigingsfase

Naast een verruiming van het begrip, werd ook de werking van het tegenstrijdig belang aanzienlijk uitgebreid. De Hoge Raad stelde in het eerste Mediasafe arrest enkele prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie om de vraag te beantwoorden of de eventuele onbevoegdheid van een bestuurder door de vennootschap aan een derde kan worden tegengeworpen.¹⁶ Nadat het Hof te kennen had gegeven dat de externe werking tot de bevoegdheid van de nationale wetgever behoorde, bepaalde de Hoge Raad in het tweede Mediasafe arrest dat de onbevoegdheid van een bestuurder aan een

derde kan worden tegengeworpen als de tegenstrijdigheid van de belangen voor de derde kenbaar was dan wel had behoren te zijn.¹⁷

2.4 Handleiding bij tegenstrijdig belang

Met een beroep op de ratio van de wettelijke regeling, die gelegen is in het voorkomen van het risico dat een bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap, zijn persoonlijk belang laat prevaleren, creëerde de Hoge Raad in het Joral arrest een handleiding voor het bestuur die beschrijft hoe het moet handelen in een situatie waarin sprake is van een tegenstrijdig belang.¹⁸ Door te bepalen dat het bestuur de belangen gescheiden moet houden en bovendien zoveel mogelijk openheid en zorgvuldigheid moet betrachten, vervaagde de Hoge Raad het reeds gemaakte onderscheid tussen de besluitvormings- en de vertegenwoordigingsfase.¹⁹ In het bijzonder stelde de Hoge Raad dat in het algemeen op het bestuur de plicht rust om de algemene vergadering zo tijdig te informeren dat ze van haar dwingendrechtelijke aanwijsbevoegdheid gebruik kan maken.²⁰ Consequentie van het nalaten van deze informatieverschaffing is dat een ter zake door het bestuur genomen besluit door iedere belanghebbende kan worden vernietigd. Hetgeen in beginsel slechts interne gevolgen heeft.²¹ Omtrent de externe werking merkte de Hoge Raad nog op dat slechts de vertegenwoordigde vennootschap een beroep kan doen op gebreken in de vertegenwoordigingsfase.



In het Duplicado arrest gaf de Hoge Raad als het ware een handleiding voor de algemene vergadering omtrent haar dwingendrechtelijke aanwijsbevoegdheid. Aangezien de wettelijke regeling niet alleen in het belang van de aandeelhouders is geschreven, maar strekt ter bescherming van de vennootschap, is telkens een uitdrukkelijk besluit tot aanwijzing van een bijzondere vertegenwoordiger vereist. In casu ging het om een eenpersoonsvennootschap en stond de vraag centraal of de enig aandeelhouder/bestuurder geacht mag worden zichzelf namens de algemene vergadering (hijzelf) te hebben aangewezen om als vertegenwoordiger van de vennootschap op te treden. In navolging van de advocaat-generaal eiste de Hoge Raad een uitdrukkelijk besluit en was het niet toegestaan deze af te leiden uit de omstandigheden van het geval.²² De Hoge Raad gaf echter op geen enkele wijze invulling aan dit 'expliciteitsvereiste' waardoor het onduidelijk is wat de Hoge Raad hieronder verstaat en waar dit uitdrukkelijke besluit op wordt gebaseerd, te meer omdat ons recht geen uitdrukkelijk besluit kent.²³

Het Duplicado arrest is qua reikwijdte van het tegenstrijdig belang begrip interessant, aangezien er in de visie van de Hoge Raad ook sprake is van een tegenstrijdig belang wanneer de bestuurder/enig aandeelhouder handelt met een vennootschap waarbij hij nauw betrokken is. Bovendien hoeft niet vast te staan dat de gewraakte rechtshandeling tot benadeling zal leiden.²⁴

Na een jarenlange oprekking van het tegenstrijdig belang begrip is de rek er nu dan toch eindelijk uit

2.5 Verwevenheid

De voorgaande opsomming van de voornaamste arresten die leidden tot een oprekking van het tegenstrijdig belang begrip laat zien dat de Hoge Raad zich al snel heeft gedistantieerd van het oordeel van de wetgever, inhoudende dat de wettelijke regeling slechts zag op een direct tegenstrijdig belang. Met een beroep op de ratio van de wettelijke regeling heeft de Hoge Raad middels de genoemde ar-

resten een zeer ruim toepassingsgebied gecreëerd. Zo dient de wettelijke regeling ter bescherming van het belang van de vennootschap en omvat het 'alle gevallen' waarin er sprake is van een tegenstrijdig belang van de vennootschap met een of meer bestuurders. In verband met de vraagstelling in dit artikel is echter van belang of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder die genoemde gevallen valt. In het Bruil-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beroep op de wettelijke regeling slechts slaagt als een persoonlijk belang van de bestuurder tegenstrijdig was met het belang van de vennootschappen op grond van aangevoerde omstandigheden die van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat hij zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschappen met de benodigde integriteit en objectiviteit te behartigen.²⁵ Na een jarenlange oprekking van het tegenstrijdig belang begrip is de rek er nu dan toch eindelijk uit.²⁶

Naar mijn mening valt een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regeling

3.1 De stand van het tegenstrijdig belang in de literatuur

Door te stellen dat de wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang niet zonder meer van toepassing is wanneer een bestuurder in een concernsituatie de belangen van meerdere vennootschappen behartigt, komt de Hoge Raad in het Bruil-arrest tot de hierboven omschreven toetsing. Dit, gecombineerd met de door de Hoge Raad in datzelfde arrest gegeven nadere uitwerking van de beschermingsgedachte, inhoudende dat een bestuurder de vertegenwoordigingsbevoegdheid moet worden ontzegd als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht, leidt er naar mijn mening toe dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regeling

werd dit oordeel door de Hoge Raad bevestigd. Asser/Maeijer 2000 (2-III), p. 396-398, P. Sanders & W. Westbroek/F.K. Buijn & P.M. Storm (bew.), *BV en NV*, Deventer: Kluwer 2005, p. 350 & 351 en A.F.M. Dorresteijn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht) 1982, Deventer: Kluwer 1989, p. 62-70.

20 Op de mogelijke consequenties van deze zegswijze kom ik in paragraaf 4 terug.

21 A.F. Verdam, 'Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen', *WPNR* 2005 (6626), p. 507. In HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 (*Bibolini*) bepaalde de Hoge Raad dat het in bepaalde omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou kunnen zijn als de gewraakte handelwijze slechts interne gevolgen zou hebben, in gelijke zin Voorzieningen-rechter 's-Gravenhage 21 maart 2005, *JOR* 2005, 139 (*Audilux*).

22 HR 9 juli 2004, *JOR* 2004, 266. In Rechtbank Utrecht 25 januari 2006, *JOR* 2006, 63 was er geen expliciet aanwijzingsbesluit genomen, maar werd deze ingelezen in een voorafgaand aan de rechtshandeling gesloten managementovereenkomst in tegenstelling tot het Duplicado arrest alwaar er geen enkel besluit van de algemene vergadering was. De mogelijke consequenties hiervan bespreek ik in paragraaf 4.

23 S.M. Bartman, 'De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang', *WPNR* 2005 (6615), p. 241 & 242 en J.M. Blanco Fernández, 'Reactie op "De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang"', *WPNR* 2005 (6630), p. 605.

24 HR 9 juli 2004, *JOR* 2004, 266.

25 HR 29 juni 2007, L.J.N.: BA0033/ *JOR* 2007, 169, r.o. 3.7. Met deze zegswijze maakt de Hoge Raad duidelijk dat het niet voldoende is dat er eigenbelangen van een bestuurder in het geding zijn, maar dat uit de concrete omstandigheden van het geval moet blijken dat het persoonlijk belang van de bestuurder daadwerkelijk tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.

26 In gelijke zin: R.F. Hofstede, 'Tegenstrijdig belang genuanceerd', *Vennootschap & Onderneming* 2007, p. 159 en I. Wassenaar, 'Hoge Raad haalt angel uit leerstuk "tegenstrijdig belang"', *Bedrijfsjuridische Berichten* 2007, p. 161.

27 HR 29 juni 2007, LjN: BA0033/ JOR 2007, 169. Weliswaar was er in deze zaak geen sprake van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, maar zoals reeds in de hoofdtekst gezegd, leidt de nadere uitwerking door de Hoge Raad van de beschermingsgedachte in r.o. 3.4, gecombineerd met de vereiste toetsing om te bepalen of een beroep op tegenstrijdig belang kan slagen in r.o. 3.7 tot de conclusie dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt. Door de zegswijze van de Hoge Raad in deze rechtsoverwegingen wordt namelijk bevestigd dat de tegenstrijdigheid van de belangen gelegen moet zijn in de persoon van de bestuurder en niet kan worden afgeleid uit het enkele zijn van bestuurder.

28 Met een verwijzing naar WPNR 1930 (3169), p. 580.

29 P.J. Dortmund, 'Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', in: P. van Schilfgaarde (red.), *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1995, p. 8 & 9 en E.J.J. van der Heijden/ W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar nederlands recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1950, p. 455, 1955, p. 489, 1962, p. 519 & 520, 1968, p. 460, 1976, p. 491, 1984, p. 528, 1989, p. 527, 1992, p. 486.

30 Asser/Maeijer 2000 (2-III), p. 392. Zie ook J.M.M. Maeijer, 'Bestuurders en tegenstrijdig belang', in: L. Timmerman (red.), *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, Kluwer: Deventer 1993, p. 14. Dit oordeel is gebaseerd op de White Products zaak, waarin het Hof een persoonlijk en indirect tegenstrijdig belang afleidde uit een kwalitatief tegenstrijdig belang, Hof Den Bosch 25 april 1990, NJ 1991, 136.

31 P. Dortmund & L. Timmerman, 'Reactie op "Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen" van A.F.M. Verdam in WPNR 6626', WPNR 2006 (6649), p. 17 & 18 en A.F.J.A. Leijten, 'Tegenstrijdig belang als strijdmiddel voor curatoren', in: *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation*, Kluwer: Deventer 2002, p. 143 & 144.

32 A.F.M. Dorresteyn, 'Naschrift "kwalitatief tegenstrijdig belang en art. 2:146 (256) BW"', WPNR 2006 (6649), p. 19. In zijn dissertatie merkt Dorresteyn slechts op dat niet vaststaat of de wettelijke bepalingen van toepassing zijn bij een kwalitatief tegenstrijdig belang. A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 99.

33 R.W. Jarigsmas, 'Tegenstrijdig belang een overzicht', *Onderneming & Financiering* 2007, p. 46 en 'Tegenstrijdig belang revisited', *Vennootschap en Onderneming* 2001, p. 59 & 60.

34 HR 29 juni 2007, LjN: AB0033/ JOR 2007, 169.

valt.²⁷ In de literatuur zijn over de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt verscheidene opvattingen verschenen; van het enkel met ja of nee beantwoorden van de vraag tot een gedetailleerd antwoord gebaseerd op de ratio van de wettelijke regeling.

3.2 Veranderende opvattingen

In verschillende drukken van het Handboek veranderde Van der Grinten van opvatting over de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt. In de vijfde en zesde druk beantwoordde hij deze vraag positief,²⁸ maar na een onderzoek naar de wetgeschiedenis stelde hij in de zevende tot en met twaalfde druk als voorwaarde dat de bestuurder een persoonlijk belang bij de transactie moet hebben wil er sprake zijn van een tegenstrijdig belang in de zin van de wet.²⁹ Een soortgelijk oordeel is te vinden in de Asser-Maeijer alwaar een kwalitatief tegenstrijdig belang verweven moet zijn met een persoonlijk tegenstrijdig indirect belang van de bestuurder, wil zij onder de reikwijdte van de wettelijke regeling vallen.³⁰

3.3 De ratio

Bij de beantwoording van de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt, speelt de ratio van deze regeling een belangrijke rol. Dortmund en Leijten beantwoordden de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt dan ook door te verwijzen naar de ratio van de wettelijke regeling zoals de Hoge Raad deze in onder andere het Duplicado arrest heeft geformuleerd. In hun visie moet bovengenoemde vraag negatief worden beantwoord, aangezien de wettelijke regeling dient ter vermindering van het risico dat een bestuurder zijn persoonlijk belang laat prevelaren boven het belang van de vennootschap.³¹ Dorresteyn is echter van mening dat die conclusie nu nog niet getrokken kan worden. In zijn arresten heeft de Hoge Raad meermalen geoordeeld dat er aan de tegenstrijdig belang regeling een beschermingsgedachte ten grondslag ligt. Aangezien de regeling

primair dient ter bescherming van de vennootschap doet het er niet toe of het risico van benadeling gelegen is een privé belang van de bestuurder of dat deze voortvloeit uit zijn hoedanigheid van bestuurder van meerdere vennootschappen. Als aanwijzing dat de vorm van het tegenstrijdig belang niet van belang is, wijst Dorresteyn op een passage uit het Duplicado arrest waarin de Hoge Raad overweegt dat de bestuurder uitsluitend het belang van de vennootschap moet dienen.³² Jarigsmas gaat nog een stapje verder en oordeelt dat een bestuurder reeds gediskwalificeerd is als hij bestuurder is van meerdere vennootschappen die allen partij zijn bij de gewraakte rechtshandeling, aangezien niet uit te sluiten is dat hij ook de belangen van de andere vennootschappen laat meewegen.³³

Ik ben van mening dat de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan de wettelijke regeling, bij de beantwoording van de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt, een rol speelt

3.4 De beschermingsgedachte

Bij het voorgaande moet in het oog worden gehouden dat de Hoge Raad zich voor het wijzen van het Bruil-arrest nooit expliciet heeft uitgelaten over de wijze van toetsing ter vaststelling of er sprake is van een tegenstrijdig belang.³⁴ Voor 29 juni 2007 zou naar mijn mening dan ook te beredeneren zijn geweest dat niet uitgesloten is dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt. De ratio van de wettelijke regeling is namelijk gebaseerd op een feitencomplex waarin zich telkens een persoonlijk (in)direct tegenstrijdig belang voordeed, aangezien zich nooit een casus heeft voorgedaan waarin een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang speelde. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de strekking van de wettelijke regeling gelegen is in het vermijden van het risico dat een bestuurder bij zijn handelen zijn persoonlijk belang laat overwegen in plaats van zich te richten

naar het belang van de vennootschap en de onderneming. Met Dorrestejn ben ik van mening dat de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan de wettelijke regeling, bij de beantwoording van de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt, een rol speelt. De Hoge Raad heeft immers herhaaldelijk bepaald dat de wettelijke regeling dient ter bescherming van het belang van de vennootschap.³⁵ In die visie doet het er niet toe waar de benadeling van de vennootschap in is gelegen. In het Bruil-arrest steekt de Hoge Raad naar mijn mening echter een stokje voor deze verruimde visie, door te bepalen dat de wettelijke regeling weliswaar dient ter bescherming van de vennootschap, maar op een wijze waarop de bestuurder de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt ontzegd als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap op zodanige wijze te bewaken als van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.³⁶ Door op deze wijze de beschermingsgedachte nader in te vullen is er slechts sprake van een tegenstrijdig belang als het risico van benadeling van de vennootschap voortvloeit uit een persoonlijk belang van de bestuurder. Hierdoor sluit de Hoge Raad dan ook aan bij het door Dortmund en Leijten verdeelde standpunt.

4.1 Gevolgen van de verschillende opvattingen

Hierboven draaide het om de vraag welke situaties er in de literatuur en de jurisprudentie als een tegenstrijdig belang worden aangemerkt. Wat daar echter de gevolgen van zijn voor de praktijk is tot nu toe onderbelicht gebleven. In deze paragraaf analyseer ik dan ook of de geschetste ontwikkeling, die na een oprekking een inkrimping van het wettelijk tegenstrijdig belang begrip te zien geeft, een gewenste is.

De wettelijke regeling maakt het mogelijk dat een vennootschap in haar statuten afwijkt van het ruime tegenstrijdig belang begrip dat in de jurisprudentie is ontstaan. Dit houdt echter niet in dat de vraag of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt louter van academische waarde is, aan-

gezien het zogenaamde wegschrijven in de statuten er niet toe leidt dat het in de wet en jurisprudentie voorgeschreven stramien niet gevolgd hoeft te worden.

4.2 De aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering

In het Joral arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering van dwingend recht is.³⁷ Hierdoor heeft de algemene vergadering het recht om bij een tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen, ongeacht wat de statuten bepalen.³⁸ In de praktijk kan het bijeenroepen van de algemene vergadering echter op problemen stuiten. Vooral bij grote beursvennootschappen met een gespreid aandelenbezit kan het bijeenroepen van een algemene vergadering bezwaarlijk zijn. Niet alleen staan de kosten van het bijeenroepen van de algemene vergadering vaak in geen verhouding met het bedrag dat met de gewraakte rechtshandeling is gemoeid, ook de tijd die het organiseren van een algemene vergadering in beslag neemt kan van negatieve invloed zijn op de voorgenomen rechtshandeling. Daarnaast kan in het kader van de informatieverplichting aan de algemene vergadering nog gewezen worden op het feit dat het bestuur niet altijd alle met de rechtshandeling gepaard gaande informatie naar buiten wil brengen.³⁹

De algemene vergadering heeft het recht om bij een tegenstrijdig belang een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen, ongeacht wat de statuten bepalen. In de praktijk kan het bijeenroepen van de algemene vergadering echter op problemen stuiten

Door deze bezwaren doemt de vraag op of de tegenstrijdig belang regeling in de praktijk nog wel te hanteren is of dat zij juist leidt tot onzekerheid in het handelsverkeer.⁴⁰ De zegswijze van de Hoge Raad in het Joral arrest, inhoudende dat op het bestuur in het algemeen de plicht rust om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat zij in de gelegenheid is haar aanwijsbe-

35 A.F.M. Dorrestejn, 'Naschrift "kwalitatief tegenstrijdig belang en art. 2:146 (256) BW"', *WPNR* 2006 (6649), p. 19, HR 22 maart 1996, *JOR* 1996, 45 (*Mediasafe I*) r.o. 3.3, HR 11 september 1998, *JOR* 1998, 146 (*Mediasafe II*) r.o. 2.2 en HR 9 juli 2004, *JOR* 2004, 266 (*Duplicado*) r.o. 3.4.2. 36 HR 29 juni 2007, LJN: AB0033/ *JOR* 2007, 169, r.o. 3.4.

37 HR 3 mei 2002, *JOR* 2002, 111.

38 S.M. Bartman, 'De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang', *WPNR* 2005 (6615), p. 238 & 239, Huizink 2005, art. 2:146 BW, suppl. 188, p. 23 en I. Wassenaar, 'Tegenstrijdig belang in de praktijk', *Bedrijfsjuridische berichten* 2006, p. 173.

39 A.F.M. Dorrestejn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 56.

40 S.M. Bartman, 'De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang', *WPNR* 2005 (6615), p. 240.

- 41 HR 3 mei 2002, *JOR* 2002, 111.
- 42 A.F.M. Dorresteyn, 'Reactie op "Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhouders vergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen"', *WPNR* 2005 (6635), p. 723.
- 43 Annotatie bij HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 392 en P. van Schilfgaarde, *Van de bv en de nv*, Deventer: Kluwer 2006, p. 218.
- 44 Huizink 2005, art. 2:146 BW, suppl. 188, p. 30.
- 45 Hiertoe zal het bestuur een belangenafweging moeten maken waarbij niet alleen de interne verhoudingen een rol spelen, maar ook de mate van betrokkenheid van de aandeelhouders bij het bestuur, de relatie tussen bestuurders en commissarissen en het belang van de rechtshandeling. A.F. Verdam, 'Tegenstrijdig belang en de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen', *WPNR* 2005 (6626), p. 506 & 510-512. Verdam is van mening dat bij een beursvennootschap met een gespreid aandelenbezit die zich richt naar de Code Tabaksblat, het bestuur er redelijkerwijs vanuit mag gaan dat de algemene vergadering niet in staat behoeft te worden gesteld om van haar aanwijfsbevoegdheid gebruik te maken.
- 46 HR 21 maart 2008, LJN: BC1849, (*NSD*).
- 47 HR 21 maart 2008, LJN: BC1849, r.o. 3.4, (*NSD*).
- 48 HR 21 maart 2008, LJN: BC1849, r.o. 3.4, (*NSD*).
- 49 HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179 en S.M. Bartman, 'Onderzoeksplicht bij tegenstrijdig belang: Biedt de Hoge Raad de praktijk toch een sprankje hoop in ABN Amro-Dijkema q.q.?', *WPNR* 2007 (6694), p. 53 & 54.
- 50 In zijn noot bij het ABN Amro-Dijkema arrest wijst M.J.G.C. Raaijmakers op de onzekerheid in het handelsverkeer waar deze verzwaarde onderzoeksplicht toe leidt, AA, 2007, p. 154.
- 51 A.F.J.A. Leijten in zijn annotatie bij HR 14 juli 2006, *JOR* 2006, 179.
- 52 J.M.M. Maeijer, 'Bestuurders en tegenstrijdig belang', in: L. Timmerman (red.), *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, Kluwer: Deventer 1993, p. 17, advocaat-generaal Eggens in HR 7 december 1951, *NJ* 1952, 566 en HR 14 november 1940, *NJ* 1941, 321 (*Maas-Amazone*) waar de commissarissen vertegenwoordigingsbevoegd waren omdat zich een tegenstrijdig belang voordeed.
- 53 De vaststelling van de problemen rondom de dwingendrechtelijke aanwijfsbevoegdheid was voor P.J. Dortmund en L. Timmerman al voldoende voor de aanname van de stelling dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt, 'Reactie op "Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen"', *WPNR* 2006 (6649), p. 18 en A.F.M. Dorresteyn, 'Naschrift "kwalitatief tegenstrijdig belang en art 2:146 (256) BW"', *WPNR* 2006 (6649), p. 19.

voegdheid uit te oefenen, is in dit verband interessant.⁴¹ De vraag is echter of de Hoge Raad door de woorden 'in het algemeen' een beoordelingsruimte voor het bestuur heeft gecreëerd omtrent het activeren van de aanwijfsbevoegdheid.⁴² Van Schilfgaarde beantwoordt deze vraag positief en merkt daarbij op dat de ingewikkeldheid van het bijeenroepen van de algemene vergadering een rol kan spelen, mede met het oog op het geringe belang van de rechtshandeling.⁴³ Huizink brengt hetzelfde oordeel onder de noemer van de aard van de vennootschap,⁴⁴ terwijl Verdam van mening is dat er op het bestuur geen informatieplicht rust als aangenomen mag worden dat de aandeelhoudersvergadering geen gebruik zal maken van haar aanwijfsbevoegdheid.⁴⁵

Onlangs heeft de Hoge Raad zich over de aanwijfsbevoegdheid van de algemene vergadering uitgesproken.⁴⁶ De Hoge Raad herhaalt dat de aanwijfsbevoegdheid van dwingend recht is en stelt dat op het bestuur de plicht rust om de algemene vergadering zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang dat deze in de gelegenheid is haar aanwijfsbevoegdheid uit te oefenen met een verwijzing naar het Joral arrest.⁴⁷ Hierdoor lijkt de onduidelijkheid omtrent de woorden 'in het algemeen' in het Joral arrest tot een einde te zijn gekomen. Het zou immers ook zeer tegenstrijdig zijn eerst te bepalen dat de aanwijfsbevoegdheid van dwingend recht is en dan via de informatieplicht van het bestuur een ongedefinieerde uitzondering op deze regel te geven. Ondanks de geuite bezwaren moet een bestuurder in het geval zich een tegenstrijdig belang voordoet, ervoor zorg dragen dat de algemene vergadering van haar aanwijfsbevoegdheid gebruik kan maken om interne gevolgen zoals de vernietiging van het genomen bestuursbesluit en interne aansprakelijkheid te voorkomen. De stelling van de Hoge Raad in het recentere arrest inhoudende dat wanneer het tegenstrijdig belang in de statuten van de vennootschap is weggeschreven, het niet expliciet aanwijzen van de besmette bestuurder door de algemene vergadering of het expliciet nalaten een andere vertegenwoordiger aan te wijzen er niet toe leidt dat de in de statuten aangegeven bestuurder niet vertegenwoordigingsbevoegd is, doet aan het bovengenoemde dan ook niets af aangezien de Hoge Raad zich middels deze stelling slechts uitspreekt over de externe gevolgen.⁴⁸

4.3 De Onderzoeksplicht

Vanuit het gezichtspunt dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt heeft de bank in de door mij in de eerste paragraaf geschetste casus, aanleiding te veronderstellen dat sprake is van een tegenstrijdig belang wanneer beide vennootschappen vertegenwoordigd worden door dezelfde bestuurder. Om op grond van het ABN Amro-Dijkema arrest, waarin de in het tweede Mediasafe arrest omschreven onderzoeksplicht nader is geconcretiseerd, externe werking te voorkomen wordt vervolgens van de bank verwacht dat deze onderzoekt of de vennootschap de eventueel aangewezen voorzieningen heeft getroffen.⁴⁹ Dit leidt echter tot onzekerheid in het handelsverkeer aangezien de Hoge Raad niet verduidelijkt wat 'eventueel aangewezen voorzieningen' zijn.⁵⁰ De bank in mijn voorbeeld kan er dus nooit met zekerheid vanuit gaan dat de aangegane rechtshandeling in stand blijft, waardoor het risico bestaat dat de lening niet wordt afgelost met alle gevolgen van dien voor de financieringspraktijk. De onzekerheid over een eventuele aflossing zal voor veel banken immers een gegronde reden zijn voor een forse rentestijging bij kredietverlening, die uiteindelijk resulteert in een belemmering van het handelsverkeer.

Om de hierboven genoemde gevaren af te wenden ontstaat een praktijk waarin de algemene vergadering standaard de bevoegde bestuurder als bijzondere vertegenwoordiger aanwijst voor het geval zich een tegenstrijdig belang voordoet.⁵¹ Uit de literatuur blijkt echter dat de algemene vergadering slechts een bijzondere vertegenwoordiger mag aanwijzen als er sprake is van een tegenstrijdig belang.⁵²

De problemen en onduidelijkheden ten aanzien van de dwingendrechtelijke aanwijfsbevoegdheid van de algemene vergadering,⁵³ gecombineerd met de onlangs verzwaarde onderzoeksplicht, die niet alleen tot onzekerheid in het handelsverkeer leidt, maar ook aanzet is tot de hierboven genoemde grote problemen in de financieringspraktijk, rechtvaardigen naar mijn mening dan ook de stelling dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regel valt.

5 Conclusie

Om de vraag te beantwoorden of het zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang in de visie van de advocaat-generaal en de Hoge Raad nog deel uitmaakt van het wettelijk tegenstrijdig belang begrip, moet eerst duidelijk zijn wat zij door de jaren heen onder de reikwijdte van dit begrip hebben geschaard. Het startsein voor de 'oprekking' van het tegenstrijdig belang werd door de Hoge Raad gegeven in het Maas/Amazonzone arrest alwaar hij korte metten maakte met het standpunt van de wetgever van begin twintigste eeuw, inhoudende dat de wettelijke regeling slechts zag op de situatie waarin de vennootschap een rechtshandeling verricht met en rechtsgedingen voert tegen haar bestuurder, door te bepalen dat de tegenstrijdig belang regeling ook ziet op een indirect tegenstrijdig belang.⁵⁴ Als hoogtepunt van de 'oprekking' kan gewezen worden op het eerste Mediasafe arrest waarin de Hoge Raad omtrent de reikwijdte heeft bepaald dat de wettelijke regeling dient ter bescherming van het belang van de vennootschap en 'alle gevallen' omvat waarin er sprake is van een tegenstrijdig belang van de vennootschap met een of meer bestuurders.⁵⁵ Gevolg hiervan was dat alle vormen van tegenstrijdig belang binnen de reikwijdte van de wettelijke regeling vielen.⁵⁶ De eerste barstjes in het ruime tegenstrijdig belang begrip ontstonden door de conclusie van advocaat-generaal Timmerman bij het arrest van 8 december 2006, waar hij met een verwijzing naar de recente arresten Joral en Duplicado de ratio van de wettelijke regeling zo interpreteerde dat er slechts sprake is van een tegenstrijdig belang als een kwalitatief tegenstrijdig belang verweven is met een persoonlijk belang.⁵⁷ Hierdoor beantwoordde hij de vraag die de rechtswetenschap al enige tijd verdeeld houdt, namelijk of een tegenstrijdig belang zich alleen in de persoon van de bestuurder kan voordoen of eveneens in zijn hoedanigheid van bestuurder, aldus dat een tegenstrijdig belang zich niet kan voordoen in sec de hoedanigheid van bestuurder.

Tot op heden heeft de Hoge Raad nooit inhoudelijk geoordeeld over een zaak waarin zich een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang voordoet.⁵⁸ Toch bevat het Bruil-arrest niet mis te verstane aanknopingspunten die erop wijzen dat de Hoge Raad in navolging van advocaat-generaal Timmerman van mening is dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang niet onder de reikwijdte van de wettelijke regeling valt.⁵⁹ In dit kader kan gewezen worden op rechtsoverweging 3.4 waarin de Hoge Raad stelt dat de

wettelijke regeling dient ter bescherming van de vennootschap, inhoudende dat een bestuurder de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt ontzegd als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap op zodanige wijze te bewaken als van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.⁶⁰ Daarnaast is rechtsoverweging 3.7 van belang waarin de Hoge Raad de stelplicht en bewijslast van de vennootschap aanzienlijk aanscherpt door te stellen dat een beroep op de wettelijke regeling slechts slaagt als blijkt dat een persoonlijk belang van de bestuurder tegenstrijdig was met het belang van de vennootschappen op grond van aangevoerde omstandigheden die van zodanige invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat hij zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschappen met de benodigde integriteit en objectiviteit te behartigen.⁶¹ Dit, gecombineerd met de stelling dat de wettelijke regeling in concernverband niet zonder meer van toepassing is op grond van het enkele feit dat de bestuurder de belangen van meerdere vennootschappen heeft behartigd,⁶² duidt erop dat de inkrimping van het tegenstrijdig belang in de visie van advocaat-generaal Timmerman en de Hoge Raad zodanig is gevorderd dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang geen deel uitmaakt van het wettelijk tegenstrijdig belang begrip.

Ik concludeer dat er sprake is van een gewenste inkrimping van het tegenstrijdig belang

Met het oog op de hierboven geconstateerde problemen en onduidelijkheden ten aanzien van de dwingendrechtelijke aanwijsbevoegdheid van de algemene vergadering, gecombineerd met de onlangs verzwaarde onderzoekspllicht, die niet alleen tot onzekerheid in het handelsverkeer leidt, maar ook aanzet is tot grote problemen in de financieringspraktijk, ben ik het volledig met de visie van de advocaat-generaal en de Hoge Raad eens en concludeer ik dan ook dat er sprake is van een gewenste inkrimping van het tegenstrijdig belang. Of dit echter het begin van het einde van het tegenstrijdig belang inhoudt of slechts het einde van het zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, is een vraag waar alleen de Hoge Raad het antwoord op weet.

54 HR 14 november 1940, NJ 1941, 321 en Gebr. Belinfante, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 95 & 220.

55 HR 22 maart 1996, JOR 1996, 45.

56 Huizink 2005, art. 2:146 BW, suppl. 188, p. 11.

57 HR 8 december 2006, JOR 2007, 37, HR 3 mei 2002, JOR 2002, 111 en HR 9 juli 2004, JOR 2004, 266.

58 In het arrest van 8 december 2006 deed zich weliswaar een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang voor, maar de Hoge Raad heeft de zaak verworpen met toepassing van art. 81 RO. HR 8 december 2006, JOR 2007, 37.

59 HR 29 juni 2007, LjN: BA0033/ JOR 2007, 169, S.M. Bartman in zijn annotatie bij het arrest, par. 1 en A.F.J.A. Leijten in zijn annotatie bij het arrest, par. 10.

60 HR 29 juni 2007, LjN: BA0033/ JOR 2007, 169.

61 HR 29 juni 2007, LjN: BA0033/ JOR 2007, 169.

62 HR 29 juni 2007, LjN: BA0033/ JOR 2007, 169, r.o. 3.6.