

1. Inleiding

Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen is een *hot topic*, zowel onder juristen als politici. Dat brengt mee dat het ook een belangrijk aandachtspunt is voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders van vennootschappen. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht zijn door verschillende fracties in de Tweede Kamer krachtige termen gebruikt bij de bespreking van vermeende uitwassen van handelen met tegenstrijdig belang, zoals “corruptie”, “obsceen rijk” en “perverse prikkels”.¹ Deze verwijzingen hadden voornamelijk betrekking op voordelen die bestuurders kunnen toucheren in verband met de overname van de vennootschap die zij besturen. Dit aspect van tegenstrijdig belang wordt thans bestreken door het wetsvoorstel claw back, waarvan de bespreking buiten dit hoofdstuk valt, evenals de meer algemene problematiek van bestuurdersbeloningen.²

Over tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen is na jaren van wetgevingsactiviteit een wetswijziging aanstaande, die deel uitmaakt van de Wet Bestuur en Toezicht, de wet die ons ook de *one tier board* brengt (hierna ook: de “Wet”).³ De Wet treedt op 1 januari 2013 in werking.

Volgens de wetgever bestaat een tegenstrijdig belang wanneer een bestuurder of commissaris een persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap. Er is geen tegenstrijdig belang indien de bestuurder een persoonlijk belang heeft dat parallel loopt met het belang van de vennootschap; dan wordt de vennootschap niet geschaad (aldus toenmalig minister Hirsch Ballin tijdens een wetgevingsoverleg met de Tweede Kamer).

De nieuwe besluitvormingsregel komt neer op een onthoudingsvoorschrift: aan een lid van het bestuur of de raad van commissarissen wordt het recht om te beraadslagen en te stemmen onzegd, indien hij bij het desbetreffende besluit een tegenstrijdig

¹ *Kamerstukken II*, 31 058, nr. 11, p. 4 en p. 19; nr. 22, p. 4-5.

² Over dit wetsvoorstel en de bestuurdersbeloning P. Vesterling in het Corporate Governance Jaarboek 2011-2012, hoofdstuk 7. Terecht zeer kritisch over het wetsvoorstel na de derde Nota van Wijziging is de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht in haar Advies van 29 maart 2012, te vinden op <http://www.knb.nl/adviezen-gcv>.

³ *Stb.* 2011, 275.

belang heeft.⁴ Loopt het persoonlijke belang parallel aan het belang van de vennootschap, dan is er geen reden om de bestuurder of commissaris uit te sluiten van de besluitvorming. Voor de toepassing van de regeling is relevant of er werkelijk een tegenstrijdig belang is; de enkele schijn van een tegenstrijdig belang is niet voldoende, zo volgt uit de wetsgeschiedenis.

Houdt de betrokkene zich niet aan dit voorschrift en ontstaat daardoor schade aan de vennootschap, dan kan hij of zij persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de vennootschap. Hetzelfde geldt voor de andere leden van het orgaan, indien zij toestaan dat een lid met een tegenstrijdig belang in strijd met deze regel aan de beraadslaging en besluitvorming deelneemt en daardoor schade voor de vennootschap ontstaat. Bovendien zal een in strijd met deze regel totstandgekomen besluit vernietigbaar zijn. Contractspartijen van de vennootschap (derden) zullen geen last hebben van een eventueel tegenstrijdig belang, behoudens in misbruikgevallen. Onder de oude regeling die met de invoering van de Wet komt te vervallen (art. 2:146/256 BW) kunnen derden wel last ondervinden van een tegenstrijdig belang van een bestuurder van hun wederpartij.⁵

Het bovenstaande bevat de nieuwe regeling in een notendop. De besluitvormingsregel geldt voor alle NVs en BVs, ongeacht of er een raad van commissarissen is en zowel voor *one tier* als *two tier* vennootschappen. Over de toepassing van dit onthoudingsvoorschrift en de gevolgen daarvan voor de – toekomstige - praktijk gaan de paragrafen 3.1 – 3.6. In paragraaf 2 besteed ik eerst aandacht aan enige andere rechtsbronnen van tegenstrijdig belang, omdat die niet minder belangrijk zijn dan de nieuwe besluitvormingsregels volgens de Wet.

2. Bronnen van recht over tegenstrijdig belang

2.1 *Het enquêterecht en de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW*

Een zeer belangrijke bron van tegenstrijdigbelangrecht vormen de gedragsregels die sinds 1978 in de rechtspraak over het enquêterecht zijn ontwikkeld. Het enquêterecht is primair ontworpen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Die bescherming kunnen zij onder meer nodig hebben tegen transacties van de vennootschap met verbonden partijen. Dat kunnen bestuurders of commissarissen en hun verwanten zijn, maar ook dominante aandeelhouders. Vanzelfsprekend hebben die bestuurders, commissarissen of aandeelhouders een persoonlijk belang bij die transacties en omdat zij met de vennootschap over hun eigen belang onderhandelen en

⁴ Voor aandeelhouders met een tegenstrijdig belang introduceert de Wet geen vergelijkbare onthoudingsregel.

⁵ Art. 2:146/256 BW bevat een vertegenwoordigingsregel bij tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders, die van toepassing zal blijven op alle voor inwerkingtreding van de Wet verrichte rechtshandelingen. Voor de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij blijft ook na invoering van de Wet een soortgelijke vertegenwoordigingsregel gelden. Voor de stichting bestaat nog steeds geen tegenstrijdigbelangregeling; zie hierover Asser/Rensen 2-III* (2012), nrs. 135, 258 en 336.

tevens invloed hebben op de besluitvorming door de vennootschap, bestaat het reële gevaar dat de vennootschap als gevolg van die transacties benadeeld wordt.

De enquêterechter (de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (“OK”) en – in cassatie – de Hoge Raad) heeft een aantal gedragsregels voor dit soort gevallen geformuleerd: (i) het op zorgvuldige wijze gescheiden houden van de te onderscheiden belangen, (ii) het betrachten van een zo groot mogelijke openheid en (iii) eventuele inschakeling van deskundige derden. De OK besliste voorts in haar Ogembeschikking dat bij transacties met een tegenstrijdig belang een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering is vereist dan bij andere transacties.

Deze regels zijn gebaseerd op de “grondnorm” van art. 2:8 BW. Dat artikel bepaalt kort gezegd dat een rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken, zich jegens elkaar moeten gedragen naar het hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

In de regel dient openheid vooraf betracht te worden, in het bijzonder jegens de niet betrokken aandeelhouders. Wordt in besloten verhoudingen eerst achteraf openheid van zaken aan aandeelhouders verschaft, dan kan dat wanbeleid opleveren. Bij een beursvennootschap ligt dat anders: daar dient de raad van commissarissen (“RvC”) vooraf te worden ingelicht en kunnen de aandeelhouders nadien worden geïnformeerd over een door de RvC goedgekeurde transactie met een verbonden partij (zie hierna onder 2.3 en 2.4). De precieze invulling van deze regels hangt dus af van de omstandigheden van het geval; belangrijk is vooral dat een hoge mate van zorgvuldigheid wordt betracht zodra (mogelijk) sprake is van tegenstrijdig belang.

Opvallend is dat deze rechtspraak van de OK en Hoge Raad niet categorisch voorschrijft dat een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang zich afzijdig houdt van de besluitvorming, zoals de Wet bepaalt. Onder omstandigheden is onthouding van deelname aan de besluitvorming volgens de enquêterechter wel geboden, bijvoorbeeld indien de desbetreffende norm bij tegenstrijdig belang uit de Nederlandse Corporate Governance Code (de “Code”) van toepassing is.⁶

Van belang is dat bestuurders en commissarissen zich realiseren dat de invoering van de Wet (de onthoudingsregel) de ruimere gedragsregels die in de enquêterechtspraak van de OK en de Hoge Raad zijn ontwikkeld, onverlet laat. Louter toepassing van de nieuwe onthoudingsregel hoeft dus niet zonder meer te betekenen dat voldoende zorgvuldigheid is betracht.⁷ De beide normstelsels (wet en enquêterechtspraak) gelden cumulatief.

6 Zie bijvoorbeeld HR 14 september 2007, *NJ* 2007, 612 m. nt. Ma (*Versatel III*) en OK 3 maart 2010, *JOR* 2010/153 (*Océ*).

7 Bijvoorbeeld indien een bestuurder zijn tegenstrijdig belang verzwijgt en met een smoes niet deelneemt aan de besluitvorming, maar wel in de voorbereidingsfase bij zijn medebestuurders voor het voorstel heeft gelobbyd.

2.2 *De Nederlandse Corporate Governance Code*

Ook de Code bevat regels (principes en *best practice rules*) over tegenstrijdig belang. In de rechtspraak van de OK en de Hoge Raad worden die regels wel beschouwd als in Nederland levende rechtsovertuigingen waarmee rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid in een concreet geval eisen.⁸ Aldus is de Code een (indirecte) bron van recht geworden. De regels over omgaan met tegenstrijdig belang uit de Code luiden in de kern als volgt:

“II.3.2 Een bestuurder meldt een (potentieel) tegenstrijdig belang dat van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurder terstond aan de voorzitter van de raad van commissarissen en aan de overige leden van het bestuur (...). De raad van commissarissen besluit buiten aanwezigheid van de betrokken bestuurder of sprake is van een tegenstrijdig belang.(...) II.3.3 Een bestuurder neemt niet deel aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. II.3.4 (...) Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurders behoeven goedkeuring van de raad van commissarissen (...).”⁹

Deze regels vormen een uitwerking van Principes II.3 en III.6 van de Code:

(II.3) Elke vorm en schijn van belangenverstremming tussen vennootschap en bestuurders wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de raad van commissarissen.(III.6) Elke vorm en schijn van belangenverstremming tussen vennootschap en commissarissen wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van commissarissen spelen, die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende commissarissen, behoeven de goedkeuring van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdige belangen bij bestuurders, commissarissen, grootaandeelhouders en de externe accountant in relatie tot de vennootschap.

Uit de bewoordingen volgt dat deze principes en hun uitwerking alleen van toepassing kunnen zijn op vennootschappen met een RvC. Voor beursvennootschappen en – via de band van art. 2:8 BW – andere vennootschappen met een RvC bieden deze principes en regels een goed hanteerbare invulling van de hoge zorgvuldigheidsnorm die de enquêterechtspraak oplegt (hiervoor onder 2.1).

⁸ Art. 3:12 in verbinding met art. 2:8 BW. Zie ook de in de noot 6 genoemde Versatelbeschikking.

⁹ Vergelijkbare bepalingen voor commissarissen staan in III.6.1 – III.6.3. De bepalingen zijn niet gewijzigd bij de actualisering van de Code in december 2008. Zie www.commissiecorporategovernance.nl.

Het principe dat niet alleen elke vorm maar ook “elke schijn van belangenverstremgeling” wordt vermeden is iets te vroom, want niet realistisch. Dubbelfuncties en daarmee samenhangende verwevenheid van belangen zijn niet altijd te vermijden, maar kunnen wel de (enkele) schijn van belangenverstremgeling opleveren. Zolang daarover maar openheid wordt verschaft en op zorgvuldige wijze nadeel voor de vennootschap wordt vermeden is aan de (ook internationaal gangbare) standaard voor omgaan met tegenstrijdig belang voldaan en is er geen reden voor rechterlijk ingrijpen, zoals uit de enquêterechtspraak blijkt.

In plaats van pogingen om schijn te vermijden zou het beter zijn indien het beginsel van het betrachten van maximale openheid in Principes II.3 en III.6 zou worden verwerkt. Ook na invoering van de Wet staat dat beginsel nergens in onze wetgeving. Een praktische uitwerking van dat beginsel zien we alleen in BPR II.3.2 en III.6.1 van de Code, maar dat is geen wet in formele zin. Dat iedere burger de wet behoort te kennen is al een illusie, maar dat iedere bestuurder en commissaris de rechtspraak van de OK en de Hoge Raad zou moeten kennen gaat nog veel verder. In de ons omringende landen staat dit belangrijke beginsel van *full disclosure* bij (potentieel) tegenstrijdig belang wel in de wet; in zoverre is de Wet Bestuur en Toezicht een gemiste kans.

2.3 *Jaarrekeningrecht (transacties met verbonden partijen); verantwoording aan de AVA*

Het jaarrekeningrecht bevat voorschriften over verantwoording van transacties met verbonden partijen in de jaarrekening. Voor ons onderwerp is van belang IAS standaard 24 aangaande informatieverschaffing over verbonden partijen. De tekst van IAS 24 is gewijzigd vastgesteld met ingang van 23 juli 2010.¹⁰ De definitie van verbonden partij in IAS 24 is bepaald gecompliceerd. Samengevat is een natuurlijke persoon of diens nauwe verwant verbonden partij van de verslaggevende entiteit (*reporting entity*, hierna gemakshalve: ‘de vennootschap’) indien deze persoon (a) zeggenschap of gezamenlijke zeggenschap over de vennootschap uitoefent, (b) invloed van betekenis over de vennootschap uitoefent, dan wel (c) behoort tot de managers op sleutelposities in de vennootschap of in een moedermaatschappij van de vennootschap.

Ook niet-beursvennootschappen moeten in de toelichting op de jaarrekening vermelden welke van betekenis zijnde transacties niet onder normale marktvoorwaarden met verbonden partijen zijn aangegaan (art. 2:381 lid 3 BW). Voor kleine vennootschappen en middelgrote BV’s geldt het voorschrift niet, voor middelgrote NV’s slechts gedeeltelijk.¹¹ Voor de definitie van “verbonden partijen” wordt verwezen naar IAS 24.

¹⁰ Verordening nr. 632/2010/EU van 19 juli 2010 (*PbEUL* 186), houdende wijziging van Verordening nr. 1126/2008/EG (*PbEUL* 320).

¹¹ Zie art. 2:396 lid 7 en 2:397 lid 6 BW.

IAS 24 mijdt het begrip tegenstrijdig belang. Het gaat de opstellers van IAS 24 niet om persoonlijke (financiële) belangen, maar om aanzienlijke belangen in stemrechten, om zeggenschap of invloed van betekenis dus. De invalshoek is in zoverre een andere dan die van de eerder genoemde rechtsbronnen dat IAS 24 een juist inzicht in de financiële positie en de bedrijfresultaten van de verslaggevende onderneming wil bevorderen, niet primair de beteugeling van het gevaar dat voor de vennootschap te duchten is van een gebrek aan loyaliteit van bestuurders, commissarissen of grootaandeelhouders. Dat de opstellers van IAS 24 laatstgenoemd gevaar wel onderkennen, blijkt onder meer uit alinea 6. Daar staat dat verbonden partijen transacties kunnen aangaan die niet-verbonden partijen niet zouden aangaan, zoals de verkoop van goederen tegen kostprijs door een vennootschap aan haar moedermaatschappij.

De genoemde voorschriften leiden in ieder geval tot een situatie waarin aandeelhouders achteraf bestuurders en commissarissen ter verantwoording kunnen roepen over de transacties die zijn verricht met verbonden partijen. Op grond daarvan kunnen aandeelhouders desgewenst in de jaarvergadering van hun afkeuring laten blijken dan wel aansturen op bijstelling van het beleid op dit punt. In extreme gevallen kan op grond van de afgelegde verantwoording een enquêteprocedure worden begonnen.

Deze verantwoordingsplicht vloeit volgens de wetgever ook rechtstreeks voort uit de bestuurstaak, waarbij verwezen wordt naar het hierna in paragraaf 2.4 nog te noemen art. 2:9 BW.

Overigens bevat ook de Code een verantwoordingsplicht ten aanzien van transacties waarbij tegenstrijdige belangen spelen. Transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of commissarissen spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurders of commissarissen worden gepubliceerd in het jaarverslag met vermelding van het tegenstrijdig belang en de verklaring dat de desbetreffende best practice bepalingen zijn nageleefd. Hetzelfde geldt voor transacties met (rechts)personen die ten minste 10% van de aandelen in de vennootschap houden die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor deze personen.¹² In het hierboven geciteerde Principe III.6.2 wordt in dit verband gesproken van “tegenstrijdige belangen bij grootaandeelhouders”.

2.4 Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen

In de paragrafen 1 en 2.3 is al terloops verwezen naar de interne aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (art. 2:9 BW). Het ligt voor de hand dat, behoudens bijzondere rechtvaardigende omstandigheden, een bestuurder of commissaris die zijn persoonlijke belangen tot schade van de vennootschap laat prevaleren boven het belang van de vennootschap zijn taak onbehoorlijk vervult en dat hem terzake

¹² BPR II.3.4, III.6.4 en III.6.5

een persoonlijk ernstig verwijt treft. Hij zal dan aansprakelijk zijn jegens de vennootschap voor de dientengevolge door de vennootschap geleden schade.¹³

Er is veel te zeggen voor het standpunt dat regels over tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen hun wortels hebben in de jegens de vennootschap in acht te nemen norm van behoorlijke taakvervulling. Regels ter uitwerking van die norm, zoals de onthoudingsregel uit de Wet, beogen preventief te werken, zodat aansprakelijkheid van bestuurders, in of buiten faillissement, wordt voorkomen.

Er wordt wel aan getwijfeld of vennootschappen in de praktijk bereid zijn bestuurders of oud-bestuurders die op deze wijze schade aan de vennootschap hebben toegebracht aansprakelijk te stellen. Daaraan zouden psychologische factoren in de weg staan.¹⁴ Veel empirische gegevens bestaan hierover niet. De indruk die in en buiten de Kamer bestaat dat alleen faillissementscuratoren (oud-)bestuurders en commissarissen aansprakelijk stellen is in ieder geval niet juist.¹⁵

3. De nieuwe regels volgens de Wet Bestuur en Toezicht

De praktijk zal zich moeten instellen op de nieuwe besluitvormingsregels die de Wet brengt. De hoofdregel oogt tamelijk simpel: de bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming over het onderwerp dat zijn tegenstrijdige belang betreft. De andere bestuurders of commissarissen nemen het besluit zonder het geconflicteerde lid. Dit is dwingend recht.

Indien geen enkele bestuurder kan besluiten, omdat alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en de vennootschap heeft een RvC, dan neemt de RvC het bestuursbesluit (in plaats van het bestuur). Ook dit is dwingend recht. Het wordt alleen minder dwingend indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en er geen RvC is, of indien alle bestuurders *en* alle commissarissen een tegenstrijdig belang hebben. Dat zijn situaties die zich niet snel zullen voordoen (behalve bij eenpersoonsvennootschappen). De nieuwe besluitvormingsregels zijn dus weinig flexibel, ook voor de BV; en dat ondanks de op 1 oktober 2012 in werking getreden wetten ter flexibilisering van het BV-recht.

13 Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van aansprakelijkheid jegens derden (aandeelhouders of crediteuren) op grond van onrechtmatige daad of voor het tekort in de boedel na faillissement van de vennootschap (art. 2:138/248 BW). Derden kunnen art. 2:9 BW echter niet gebruiken.

14 Bijv. M.J. Kroeze, *Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen*, in de bundel *Gedrag en privaatrecht* (BJu: Den Haag 2008) onder redactie van W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, p. 423 e.v.

15 Zie het WODC-rapport "Het aansprakelijk stellen van bestuurders", aangeboden aan de Tweede Kamer op 10 mei 2012, te vinden op www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/05/13/aanbieding-wodc-onderzoek-over-bestuursaansprakelijkheid.html. Uit een bijlage bij dat rapport blijkt dat er tussen 2002 en 2012 in minstens 70 zaken gepubliceerde vonnissen zijn geweest waarbij niet-failliete vennootschappen hun oud-bestuurders op grond van onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk hebben gesteld voor de door de vennootschap geleden schade. Aannemelijk is dat in veel andere gevallen dergelijke aansprakelijkstellingen zijn geschikt voorafgaand aan of tijdens een aanhangige procedure, zodat het niet tot een vonnis is gekomen.

3.1 De keuze van de wetgever

Hierna volgen eerst de regels voor bestuurders in een NV of BV met een *one tier* of een *two tier board*, dat maakt niet uit. Ook niet uitvoerende bestuurders in een *one tier board* vallen dus onder de nieuwe bepalingen van art. 2:129 (239):

5. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

6. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

De regel voor commissarissen met een tegenstrijdig belang (noodzakelijkerwijs in een *two tier board*) is identiek, maar dan uitgewerkt voor het functioneren van een RvC. Het nieuwe lid 5 van art. 2:140 (250) luidt:

5. Een commissaris neemt niet deel aan de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 2.¹⁶

Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Dit is het. Geen voorschrift tot het verschaffen van openheid; daarover lezen we alleen iets in de toelichting op het wetsvoorstel. Evenmin een voorschrift dat transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen de goedkeuring van de RvC behoeven (of van de AVA indien er geen RvC is). De wetgever vindt dat niet nodig; een dergelijke goedkeuringsregel kan desgewenst in de statuten worden opgenomen. Ook voorziet de wet niet expliciet in een verantwoordelijke of coördinerende rol voor de RvC bij de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdige belangen bij bestuurders, commissarissen of grootaandeelhouders, zoals de Code voorschrijft.

Over de achtergronden van deze keuzes valt niet veel te zeggen, want de wetsgeschiedenis bevat geen uitvoerige (rechtsvergelijkende) beschouwingen ter onderbouwing van de gemaakte keuzes. De praktijk zal moeten roeien met de door de wetgever aangereikte riemen. Eenvoudig zal dat vermoedelijk niet zijn. Dat hangt samen met de moeilijkheden die optreden bij het vaststellen van een relevant

¹⁶ Het al bestaande lid 2 is voor de bestuurder gekopieerd in het nieuwe lid 5 van art. 2:129 (239): zowel bestuurder als commissaris dient zich te richten naar het vennootschappelijk belang.

tegenstrijdig belang.¹⁷ Omdat dit de hamvraag blijft voor de toepassing van de nieuwe regels dien ik hieraan wat ruimere aandacht te besteden.

3.2 *Wanneer is sprake van een tegenstrijdig belang?*

Voor het antwoord op deze cruciale voorvraag verwijst de wetgever naar rechtspraak van de Hoge Raad over het begrip tegenstrijdig belang zoals dat voorkomt in art. 2:146/256 BW, voor het eerst geformuleerd in het *Bruil*-arrest uit 2007.¹⁸ Uit die rechtspraak volgt in de eerste plaats dat die vraag slechts kan worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Dit vereist dat de betrokkenen bij een voorgenomen besluit de relevante omstandigheden kennen of kunnen vaststellen *en* dat zij daaruit de conclusie kunnen trekken dat er al dan niet sprake is van een tegenstrijdig belang.

De wetgever schiet de praktijk niet te hulp met voorbeelden van transacties die in ieder geval een tegenstrijdig belang opleveren. De Code doet dat wel:

Een tegenstrijdig belang bestaat in ieder geval wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon

- i) waarin een bestuurder of commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt;*
- ii) waarvan een bestuurslid een familierechtelijke verhouding heeft met een bestuurder of commissaris van de vennootschap; of*
- iii) waarbij een bestuurder of commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult.¹⁹*

De toelichting op de Wet verwijst voor de (gedeeltelijke) invulling van hetgeen een tegenstrijdig belang inhoudt niet naar deze bepalingen uit de Code en evenmin naar de definitie van transacties met verbonden partijen uit IAS 24, zodat die schijnbare aanknopingspunten geen werkelijk houvast bieden.²⁰ We moeten daarvoor dus terugvallen op de rechtspraak van de Hoge Raad waarnaar de wetgever verwijst. Minister van Justitie Hirsch Ballin hield de Tweede Kamer geruststellend voor dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt wat tegenstrijdig belang is en dat als je moet weten of je met een situatie van tegenstrijdig belang te maken hebt, je daarvoor de criteria uit de jurisprudentie van de Hoge Raad hebt.

17 Senator Franken (CDA) merkte (terecht) op dat tegenstrijdig belang op zichzelf al een moeilijk af te bakenen begrip is. *Handelingen I* 2010/11, nr. 28, item 2, p. 4.

18 HR 29 juni 2007, NJ 2007,420; *JOR* 2007/169.

19 Geconsolideerde laatste zinnen van BPR II.3.2 en III.6.1. Ik merk terzijde op dat situatie iii) (ook wel genoemd het geval van "twee petten") kan bestaan zonder dat een persoonlijk belang aanwezig is. Onder het systeem van de Wet kunnen alleen persoonlijke belangen een tegenstrijdig belang opleveren: *Kamerstukken II*, 31 763, nr. 6, p. 18.

20 De MvT verwijst in ander verband overigens wel naar de Code en IAS 24. Zie *Kamerstukken II*, 31 763, nr. 3, p. 12-13.

Nu is het lastige dat de uitspraken van de Hoge Raad minstens drie, in bewoordingen verschillende criteria voor tegenstrijdig belang bevatten. In de wetsgeschiedenis worden er twee als volgt geciteerd:

“...moet de bestuurder niet in staat worden geacht om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.”

En:

“... het gaat om een situatie waarin in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder of commissaris zich bij de besluitvorming uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap.”

Aan de laatstgenoemde toets lijkt eerder te zijn voldaan dan aan de eerstgenoemde. Kan van een bestuurder met aandelen in de vennootschap waarvan hij bestuurder is immers niet snel in redelijkheid worden betwijfeld of hij zich uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap? Hij zal zich toch ook, al is het maar een beetje, laten leiden door zijn aandelenbezit?

Aan de andere kant: waarom zou die bestuurder niet in staat zijn integer en onbevooroordeeld te kijken naar – bijvoorbeeld - de vraag of het bestuur goedkeuring moet verlenen aan een uitkering aan aandeelhouders? De toets daarvoor is - vgl. het nieuwe lid 2 van art. 2:216 BW - of de vennootschap na de voorgenomen uitkering in staat zal blijven om haar opeisbare schulden te betalen. Heeft hij te maken met “zodanig onverenigbare belangen” (een andere frase van de Hoge Raad) dat hij niet meer in staat is zijn persoonlijke belang als aandeelhouder te scheiden van het belang van de vennootschap bij het aanleggen van deze continuïteitstoets?

Het antwoord moet ontkennend luiden. In de eerste plaats omdat elke bestuurder in staat moet zijn om te beoordelen of de vennootschap na de voorgenomen uitkering in staat zal blijven om haar opeisbare schulden te betalen, ongeacht of hij zelf aandeelhouder is. In de tweede plaats omdat in de toelichting herhaaldelijk wordt opgemerkt dat de aanwezigheid van een persoonlijk belang nog geen tegenstrijdig belang oplevert en dat ook het enkele bezit van aandelen in de vennootschap op zichzelf nog geen tegenstrijdig belang oplevert. Ook dit is in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad. De werkelijkheid is nu eenmaal dat de Hoge Raad niet altijd even consistent is in zijn uitspraken en dat termen als “uitsluitend” en “in redelijkheid kan worden betwijfeld” zich slecht laten rijmen met de notie dat van tegenstrijdigheid van belangen in concreto moet blijken. Maar dat laatste is onmiskenbaar door de wetgever en de Hoge Raad bedoeld.²¹ De Memorie

21 Bruil-arrest r.o. 3.7 (“...is immers niet aanvaardbaar dat wordt volstaan met de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd...”), geparafraseerd weergegeven in *Kamerstukken II*, 31 763, nr. 3, p. 12, 1^e hele alinea. Zie ook paragraaf 1 hiervoor: de enkele schijn van tegenstrijdig belang is niet voldoende.

van Toelichting stelt voorop: of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld. In bijvoorbeeld een overnamesituatie, waarin wordt onderhandeld over de toekomst van de vennootschap en alle daarbij betrokkenen, is alertheid van bestuurders en commissarissen op een mogelijk tegenstrijdig belang gepast, onder meer indien een bestuurder een vergoeding in het vooruitzicht is gesteld bij het welslagen van de overname; aldus de toelichting van de wetgever.

Ik trek hieruit drie conclusies. In de eerste plaats dat we ons niet blind moeten staren op de – hierboven geciteerde - goedbedoelde pogingen van de Hoge Raad om het begrip tegenstrijdig belang te ‘vangen’ in een aantal in algemene bewoordingen vervatte criteria, omdat elke situatie om zijn eigen beoordeling in concreto vraagt. Zo is er een belangrijk concreet verschil tussen het hiervoor genoemde geval waarin het bestuur een voorgenomen uitkering aan aandeelhouders aan een duidelijk omlinjd wettelijk criterium moet toetsen en de overnamesituatie die in de toelichting als voorbeeld wordt genoemd, waarbij een bestuurder een vergoeding in het vooruitzicht is gesteld bij het welslagen van de overname. Een wettelijk criterium voor het antwoord op de vraag of een overnamemogelijkheid door het bestuur moet worden omarmd ontbreekt; de overnamepremie betreft een specifiek persoonlijk belang van de bestuurder dat bij zijn afweging of de overname in het belang is van de vennootschap en alle *stakeholders* een vertroebelende rol kan spelen.

In de tweede plaats dat ook in het overnamevoorbeeld de wetgever niet categorisch van een tegenstrijdig belang spreekt. Nee, bij een dergelijk mogelijk tegenstrijdig belang is “alertheid van bestuurders en commissarissen gepast”. Dit doet sterk denken aan de hiervoor onder 2.1 genoemde, al veel langer bestaande, gedragsregels uit het enquêterecht. In die regels uit de rechtspraak van de OK zoekt men tevergeefs naar een definitie of omschrijving van het begrip “tegenstrijdig belang”. Toch is er goed mee te werken. Deze regels en de MvT geven in ieder geval richting en een beetje houvast; niet het concrete houvast van de drie *per se* voorbeelden van tegenstrijdig belang uit de Code, maar meer een aansporing tot het inzetten van gezond verstand. Dit is de keuze van de wetgever en, om met de rijdende rechter te spreken, daar zullen we het mee moeten doen.

3.3 *Vaststelling van een tegenstrijdig belang door wie? Wat zijn de gevolgen indien die vaststelling achteraf niet door de rechter gedeeld wordt?*

In de passage uit de toelichting over de overnamepremie ligt mijns inziens ook het antwoord verscholen op de vraag wie in een concreet geval het oordeel velst of er sprake is van een tegenstrijdig belang bij een of meer bestuurders of commissarissen. Dat doen die bestuurders en commissarissen zelf (derde conclusie).

Iedere bestuurder of commissaris dient “alert” te zijn²² op een mogelijk tegenstrijdig belang van hem zelf of zijn collega’s. Potentiële tegenstrijdige belangen dienen te worden gemeld aan de andere leden van het orgaan. Is er een RvC, dan ligt voor de hand dat de voorzitter van de RvC wordt geïnformeerd, zoals de Code bepaalt. De Code neemt ook als uitgangspunt dat over de vaststelling van een tegenstrijdig belang beslist wordt buiten aanwezigheid van de betrokkene.²³ Dit staat allemaal niet in de tekst van de Wet, maar kan afgeleid worden uit de bestaande gedragsregels uit het enquêterecht en de Code, in verbinding met art. 2:8 BW. Zo beschouwd is er dus niets nieuws onder de zon.

Zoals uit de jurisprudentie blijkt kan de rechter achteraf oordelen dat de vaststelling door bestuurders (en commissarissen) van de aan- of afwezigheid van een tegenstrijdig belang in een concrete situatie onjuist is geweest. Dat is niet te voorkomen. Het kan niettemin praktisch zijn om in de statuten of een reglement op te nemen in welke gevallen een potentieel tegenstrijdig belang gemeld moet worden en hoe de verdere procedure verloopt tot aan de vaststelling van het tegenstrijdige belang. Het kan zelfs praktisch zijn om daarin op te nemen welke situaties binnen de vennootschap in ieder geval als tegenstrijdig hebben te gelden, bijvoorbeeld door de voorbeelden uit de Code te kopiëren.

Maar dat ontslaat de betrokkenen niet van de plicht om per geval een oordeel te vellen over de vraag of een persoonlijk belang in concreto tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap, een oordeel dat altijd in rechte toetsbaar zal zijn. Een andersluidend oordeel van de rechter zal echter, anders dan onder de vigeur van art. 2:146/256 BW, geen gevolgen meer hebben voor de gebondenheid van de vennootschap jegens derden; anders gezegd: zal geen externe werking meer hebben. Dat geldt ongeacht of het besluit dat aan de externe rechtshandeling ten grondslag ligt, bij rechterlijke uitspraak vernietigd wordt omdat een bestuurder met een tegenstrijdig belang aan de besluitvorming heeft deelgenomen. De vernietiging van het besluit heeft voor de rechtshandeling van de vennootschap en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of een bestuurder geen gevolgen (behoudens misbruiksituaties).

Ook de interne gevolgen van een achteraf onjuist bevonden, door alerte betrokkenen tot stand gekomen oordeel over de *afwezigheid* van een tegenstrijdig belang, zijn overzichtelijk te noemen. Indien de overige bestuurders of de RvC, na *full disclosure* van alle relevante feiten door de bestuurder met een persoonlijk belang, gemotiveerd oordelen dat geen sprake is van een *tegenstrijdig* belang, dan zal vrijwel nooit sprake kunnen zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurder die vervolgens aan de besluitvorming meedoet.²⁴ Bovendien zal in dat geval door de vennootschap niet aan

22 De Hoge Raad heeft het in zijn Zwagerman I-beschikking (HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296) over “attent” zijn op ontoelaatbare belangenverstrengeling, hetgeen op hetzelfde neerkomt.

23 Bij een eenhoofdig orgaan kan dat natuurlijk niet. Bij de eenpersoonsvennootschap zonder rvc is de gehele inhoudingsregel zinledig. Toch zondert de wetgever de eenpersoonsvennootschap niet van de werking van de nieuwe besluitvormingsregel uit, mijns inziens ten onrechte.

24 Behalve indien zijn collega’s “in het complot” zitten en hun oordeel dus inhoudelijk niet deugt.

te tonen zijn dat er een causaal verband is tussen zijn deelname aan de besluitvorming en de gevolgen van het desbetreffende besluit. Ook indien hij niet zou hebben deelgenomen, zo zal hij stellen, zouden zijn medebestuurders tot hetzelfde besluit zijn gekomen: zij waren immers volledig op de hoogte van alle relevante omstandigheden zijn persoonlijke belang betreffende. Dit onderstreept het cruciale belang van het verschaffen van volledige openheid van zaken voor het voorkómen van persoonlijke aansprakelijkheid.

Denkbaar is voorts dat een oordeel van betrokkenen dat *wel* van een tegenstrijdig belang sprake was, bijvoorbeeld omdat de Code het als een tegenstrijdig belang aanmerkt, later door de rechter anders wordt beoordeeld. Aangenomen dat de desbetreffende bestuurder of commissaris het oordeel van zijn collega's deelde en dus vrijwillig heeft afgezien van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming, zal geen sprake zijn van een aantastbaar besluit. Evenmin zal hij intern aansprakelijk zijn, louter omdat hij zich bij het oordeel van zijn collega's heeft neergelegd en van deelname heeft afgezien, ook al meent de rechter achteraf dat hij geen tegenstrijdig belang had en dus wel had mogen deelnemen.

3.4 *Wat is beraadslaging en besluitvorming?*

Ik neem in het navolgende aan dat is vastgesteld dat bestuurder A een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie die de vennootschap zou kunnen aangaan. Dat betekent dat A niet deelneemt "aan de beraadslaging en besluitvorming." Wat betekent dat?

In de eerste plaats gaat het bij dit voorschrift om de besluitvorming van het bestuur. Stel dat de desbetreffende transactie ook aan de orde komt in de AVA, dan wordt de raadgevende stem die A als bestuurder q.q. in de AVA heeft²⁵ niet door zijn tegenstrijdig belang aangetast. Dat geldt overigens ook indien de AVA over zijn schorsing of ontslag beraadslaagt.

Een commissaris die ten aanzien van dezelfde transactie een tegenstrijdig belang heeft moet zich binnen de RvC onthouden van beraadslaging en stemming, maar mag – indien daartoe door het bestuur uitgenodigd – wel over de transactie meepraten in de bestuursvergadering. Dat lijkt in strijd met de ratio achter het onthoudingsvoorschrift: het elimineren van het tegenstrijdige belang uit de fase van de besluitvorming over het desbetreffende onderwerp. Het bestuur zou er goed aan doen de commissaris met het tegenstrijdige belang uit zijn beraadslaging en besluitvorming te weren. Het bestuur mag immers ook aan een bestuurder met een tegenstrijdig belang de deelname aan de besluitvorming ontzeggen.

25 Dit geldt ook voor commissarissen. Art. 2:117 lid 4, 2:227 lid 7. Zie ook art. 2:238 lid 2 BW voor de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen voorafgaand aan besluitvorming door de AVA buiten vergadering.

Met “beraadslaging en besluitvorming” doelt de wetgever op de afrondende fase van het proces dat tot een bestuursbesluit moet leiden: het uiteindelijke besluit en de onmiddellijk daaraan voorafgaande discussie over een geagendeerd voorstel ter vergadering van het bestuur, waarbij verschillende (deel)belangen moeten worden afgewogen. De voorbereidingsfase – van idee tot onderbouwd voorstel – valt er niet onder. A mag aan die informele voorbereiding dus gewoon meedoen, hij mag zelfs de initiator van het plan zijn, mits hij zijn persoonlijke belang aan zijn collega’s heeft gemeld. Die kunnen dan eventueel om die reden het plan in de kiem doen smoren.

Komt het voorstel ter vergadering, dan blijkt uit de wetsgeschiedenis dat A desgewenst voorafgaand aan de bestuursvergadering of zelfs bij de introductie van het agendapunt in de bestuursvergadering door zijn medebestuurders kan worden gehoord. A kan dan informatie verschaffen over de kwestie ten aanzien waarvan het tegenstrijdige belang bestaat. De overige bestuursleden, die aan deze informatie behoefte kunnen hebben, moeten zich er overigens wel bewust van zijn dat die informatie door A kan zijn gekleurd, aldus nog steeds de toelichting. Vervolgens kan dan de beraadslaging en stemming over het agendapunt buiten aanwezigheid van A plaatsvinden. Dit klinkt enerzijds niet onlogisch, nu A toch ook in de voorbereidingsfase actief heeft kunnen zijn. Anderzijds relativeert deze passage uit de wetsgeschiedenis in sterke mate het belang van de onthouding in die laatste fase van de besluitvorming. Indien een onzuiver element in het besluitvormingsproces heeft kunnen sluipen doordat A zijn eigen belang niet goed heeft kunnen scheiden van het belang van de vennootschap, dan is het maar de vraag of die invloed niet meer aanwezig is nadat A de vergadering heeft verlaten.

Hoe men hierover ook denkt, dit zijn de regels en hun reikwijdte. Indien deze gedragsregels worden nageleefd (en bij voorkeur genotuleerd), dan zal een eventueel besluit van de overige bestuursleden om de transactie aan te gaan niet aantastbaar zijn en loopt A geen risico persoonlijk tegenover de vennootschap aansprakelijk te zijn.

3.5 *Wanneer is besluitvorming niet meer mogelijk vanwege tegenstrijdig belang?*

Ik neem nu aan dat A twee collega-bestuurders heeft, B en C. A heeft een tegenstrijdig belang, is voorstander van het voorstel, maar mag niet meestemmen. B en C zijn verdeeld zodat hun stemmen staken. Er is een RvC die unaniem voorstander is van het voorstel en waarbij geen tegenstrijdige belangen spelen. Brengt de wettelijke regeling nu mee dat de RvC het besluit kan nemen? Het antwoord luidt ontkennend. De wet bepaalt weliswaar: “*Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen*”, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat daarmee uitsluitend het geval wordt bedoeld dat *alle* bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. Het Tweede Kamerlid Irrgang heeft de bovengenoemde casus nog aan de minister voorgelegd. De minister antwoordde dat indien de andere bestuurders tot een patstelling komen, het besluit niet doorgaat: doorschuiven naar de raad van commissarissen gaat alleen op als het besluit van het bestuur niet kan

worden genomen ten gevolge van het tegenstrijdig belang, aldus de minister. Hetzelfde geldt indien bij een tegenstrijdig belang van een of meer, maar niet alle bestuurders een bepaalde gekwalificeerde meerderheids- of unanimiteitseis niet gehaald wordt. Er kan dan geen besluit worden genomen, ook niet door de RvC of de AVA.

Voor deze en dergelijke problemen zijn statutaire oplossingen mogelijk. Van gekwalificeerde meerderheidseisen kan bepaald worden dat bij het niet halen daarvan een tweede vergadering zal worden gehouden waarin die eis niet meer geldt. Bij stakende stemmen, wat daarvan de oorzaak ook moge zijn, kan de beslissing statutair aan de RvC of een derde worden opgedragen. Gaat het om een joint venture met bijvoorbeeld twee bestuurders A en twee bestuurders B, dan zou bepaald kunnen worden dat indien een bestuurder A of een bestuurder B zich van stemming moet onthouden op grond van een wettelijk of statutair voorschrift, de andere bestuurder A onderscheidenlijk B twee stemmen heeft.²⁶ Het lijkt geraden dat vennootschappen zich afvragen of de introductie van het onthoudingsvoorschrift bij tegenstrijdig belang noopt tot aanpassing van hun statuten op het punt van besluitvorming van het bestuur of de RvC.

3.6 *Wat geldt indien alle bestuurders en/of commissarissen een tegenstrijdig belang hebben?*

Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, dan kan het bestuur geen besluit nemen. Heeft de vennootschap een RvC, dan wordt het bestuursbesluit genomen door de RvC. De wetgever acht het onwenselijk indien een besluit dat in het belang van de vennootschap is, niet genomen zou kunnen worden doordat geen enkel bestuurslid aan de besluitvorming zou kunnen deelnemen. Dit betekent dat de RvC het besluit neemt als ware hij het bestuursorgaan.

Is er geen RvC, dan neemt de AVA het bestuursbesluit als ware zij het bestuursorgaan, tenzij de statuten een andere regeling bevatten. Het zal in besloten verhoudingen raadzaam kunnen zijn om voor dat geval toch het bestuur besluitbevoegd te maken: de AVA hoeft dan niet op de stoel van het bestuur te gaan zitten. De AVA moet dan wel het vertrouwen hebben dat de tegenstrijdige belangen van de bestuursleden geen gevaar opleveren voor de behartiging van het vennootschappelijk belang. De statuten kunnen ook bepalen dat in een dergelijk geval de AVA bevoegd is om hetzij zelf het besluit te nemen, hetzij het besluit terug te leggen bij het bestuur. Andere regelingen zijn ook mogelijk en denkbaar.

Ten slotte het onwaarschijnlijke geval dat alle bestuurders *en* alle commissarissen een tegenstrijdig belang hebben. Onwaarschijnlijk, omdat bij een juist samengestelde RvC met voldoende onafhankelijke leden het niet zou mogen voorkomen dat alle commissarissen een concreet tegenstrijdig belang hebben bij een onderwerp. Hetzelfde geldt voor alle niet-uitvoerende leden van een one tier board. Mocht dat toch

²⁶ Vgl. lid 2 van art. 2:129(239) BW.

het geval zijn, dan beslist de AVA, opnieuw tenzij de statuten anders bepalen. Voor dit onwaarschijnlijke geval – er moet dan wel iets heel vreemds aan de hand zijn - lijkt het mij niet raadzaam dat de statuten zonder meer bepalen dat dan toch de RvC of het bestuur het besluit zal nemen. Ook – of juist - indien het om een beursvennootschap gaat, waarvan de RvC volgens de Code slechts één niet onafhankelijk lid mag bevatten, zou de AVA in een dergelijk zeldzaam geval iets te zeggen moeten hebben.

Overigens kan mijns inziens ook zonder statutaire bepaling de AVA, indien zij volgens de Wet bevoegd is het bestuursbesluit te nemen, besluiten dat het desbetreffende bestuursbesluit moet worden genomen door bestuur en/of RvC.

4. **Conclusie: wees alert**

Het in de praktijk omgaan met tegenstrijdig belang bij NV en BV zal met de invoering van de nieuwe besluitvormingsregels uit de Wet Bestuur en Toezicht niet ingrijpend veranderen. Alle betrokkenen bij het besluitvormingsproces dienen (nog steeds) alert te zijn op potentieel tegenstrijdige belangen bij bestuurders, commissarissen en grootaandeelhouders. Persoonlijke belangen moeten aan elkaar worden gemeld, opdat de betrokkenen een oordeel kunnen vellen over de vraag of die persoonlijke belangen in concreto ook tegenstrijdig zijn met het belang van de vennootschap. Bij dat proces moet een hoge mate van zorgvuldigheid worden betracht, hetgeen kan meebrengen dat deskundige derden worden ingeschakeld, bijvoorbeeld ter bepaling van het *arm's length* karakter van een voorgenomen transactie met een verbonden partij. Openheid en zorgvuldigheid zijn daarbij de sleutelbegrippen.

De veranderingen ten opzichte van het oude systeem zijn tweërlei. Indien een bestuurder of commissaris een – op zorgvuldige wijze vastgesteld – persoonlijk belang bij een onderwerp heeft dat concreet tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap (en daaraan dus niet parallel loopt), dan dient die bestuurder of commissaris niet deel te nemen aan de beraadslaging en stemming over dat onderwerp. Als wettelijk voorschrift is deze gedragsnorm nieuw. De tweede verandering is dat schending van de nieuwe regels alleen interne werking heeft en niet aan wederpartijen van de vennootschap kan worden tegengeworpen. Dat is in het belang van het handelsverkeer en een grote verbetering ten opzichte van het oude systeem.

De nieuwe regels bieden – evenals het huidige recht – geen eenvoudig hanteerbaar houvast om in een concreet geval vast te stellen of sprake is van tegenstrijdig belang in de zin van de Wet. Tegenstrijdig belang is als gevolg van de rechtspraak van de Hoge Raad sinds 2007 een “open gedragsnorm” geworden, afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. De wetgever van de Wet Bestuur en Toezicht heeft zich daarbij aangesloten. Naleving van die norm dient op zorgvuldige wijze te geschieden en vooral met een dosis gezond verstand. Desondanks blijft, zoals uit het voorgaande blijkt, tegenstrijdig belang een flinke kluit voor *corporate* Nederland.