

Tegenstrijdig belang

WOORD VOORAF

Op 28 januari 2026 promoveerde mr. Fons Leijten aan de Radboud Universiteit op zijn studie naar tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen. Prof. mr. Gerard van Solinge en prof. mr. Claartje Bulten traden op als promotoren. Het proefschrift verschijnt als deel 199 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut. Het onderwerp van het proefschrift is maatschappelijk bijzonder relevant. Voor het goed functioneren van ondernemingen en andere organisaties is het van groot belang dat bestuurders en commissarissen integer en loyaal handelen, in het bijzonder wanneer zij te maken hebben met tegenstrijdig belang. Ook neemt het maatschappelijk draagvlak voor ondernemingen af bij berichten over misbruik en zelfverrijking bij tegenstrijdig belang.

De vorige dissertatie over tegenstrijdig belang, van de hand van Dorresteyn, verscheen in 1989. De studie van Leijten bevat onder meer een beschrijving en analyse van de vele wijzigingen in wetgeving en jurisprudentie die sinds 1989 hun beslag hebben gekregen. Leijten onderwerpt het fenomeen ‘tegenstrijdig belang’ aan een breed en diepgaand onderzoek. Hij geeft antwoord op de vraag wat onder tegenstrijdig belang moet worden verstaan en onderzoekt hoe tegenstrijdig belang beter kan worden gereguleerd.

In hoofdstuk 2 beargumenteert Leijten dat tegenstrijdig belang een feitelijke, op zichzelf niet verwijtbare situatie is waarin een bestuurder of commissaris verkeert en die wordt gekenmerkt door een inwendig conflict tussen belang en plicht of een conflict van plichten. De bestuurder of commissaris kan van die situatie misbruik maken of er goed mee omgaan. Tegenstrijdig belang is daarmee een gevaarzettingssituatie. Vanuit dit startpunt onderzoekt Leijten onder meer wat de wetgever heeft bedoeld met een ‘persoonlijk’ tegenstrijdig belang en de verschillende betekenissen van de kameleontische en daarom verwarrende term ‘belangenverstrengeling’.

Hoofdstuk 3 bevat, naast een onderbouwde schets van het *Mediasafe I*-arrest van de Hoge Raad (1996) die door Leijten wordt gekenschetst als een juridisch bedrijfsongeval, een analyse van de revolutie die het *Bruil*-arrest van de Hoge Raad (2007) teweegbracht door het abstracte begrip ‘tegenstrijdig belang’ te vervangen door een concreet begrip.

Met een deels rechtseconomische analyse worden in hoofdstuk 4 mogelijke reguleringsinstrumenten om de gevaren van tegenstrijdig belang te mitigeren, besproken.

In hoofdstuk 5 onderzoekt Leijten de voor- en nadelen van het aantasten van rechtshandelingen die met misbruik van tegenstrijdig belang worden verricht, een mogelijkheid die in andere jurisdicties nog wel voorkomt. Hij doet dit mede in het licht van (de

wetsgeschiedenis op) de per 1 januari 2013 vervallen wettelijke vertegenwoordigingsregel bij tegenstrijdig belang.

Hoofdstuk 6 bevat een uitvoerige analyse van de rechtspraak van de Ondernemingskamer over tegenstrijdig belang, zoals die in het enquêterecht is ontwikkeld. Leijten verdedigt dat de door de Ondernemingskamer (door)ontwikkelde *Linders/Hofstee*-regels universeel en toekomstbestendig zijn en superieur aan de tot nu toe door de wetgever geïntroduceerde regels.

Leijten ontleedt vervolgens in hoofdstuk 7 de wettelijke tegenstrijdig-belangregeling, die wordt gekenmerkt door een dwingendrechtelijk onthoudingsvoorschrift. Hij verdedigt dat de wettelijke regeling in veel opzichten tekortschiet als reguleringsmiddel van tegenstrijdig belang en dat de *Linders/Hofstee*-regels de voorkeur verdienen.

Hoofdstuk 8 gaat over de remedies van de rechtspersoon en minderheidsaandeelhouders bij tegenstrijdig belang en onderwerpt die aan een kritische beschouwing. De actie uit onrechtmatige daad blijkt, ook voor minderheidsaandeelhouders, een van de effectiefste strijdmiddelen te zijn ter preventie of redressering van tegenstrijdig-belangtransacties, iets dat in de literatuur en de rechtspraktijk volgens de auteur onderbelicht blijft.

Tot slot bevat hoofdstuk 9, naast een samenvatting en conclusies, enkele aanbevelingen aan de wetgever en de Ondernemingskamer. Zo wordt aan de wetgever dringend in overweging gegeven om de onthoudingsregel te vervangen door een goedkeuringsregel.

Het proefschrift van Leijten levert een belangrijke bijdrage aan de stand van de wetenschap op het gebied van tegenstrijdig belang. Het boek bevat heldere analyses van wat de wettelijke tegenstrijdig-belangregeling precies behelst en hoe deze zich verhoudt tot de rechtspraak van de Ondernemingskamer op grond van art. 2:8 BW met betrekking tot tegenstrijdig belang. Leijten deed grondig onderzoek naar de wetsgeschiedenis en de – op belangrijke punten uiteenlopende – opvattingen in de literatuur. Hij beschrijft de problemen en gevaren van tegenstrijdig belang uitvoerig, analyseert en biedt oplossingen voor diverse tegenstrijdig-belangsituaties. Mede door de volledige bestudering van de bronnen en de hoge informatiedichtheid is dit proefschrift een onmisbare inspiratiebron voor de praktijkjurist, de wetgever en de wetenschapper. Met veel genoegen nemen wij het in onze Serie op.

C.D.J. Bulten
G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
J.B.S. Hijink
T. Salemink

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / VII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Onderwerp en aanleiding / 1
- 1.2 Opzet van het onderzoek / 3
 - 1.2.1 Plan van behandeling / 3
 - 1.2.2 Onderzoeksmethoden en rechtsvergelijking / 3
 - 1.2.3 Afbakening van het onderzoek / 4
 - 1.2.4 Verantwoording en terminologie / 5

HOOFDSTUK 2

Wat is tegenstrijdig belang? / 7

- 2.1 Een conflict met een plicht / 7
 - 2.1.1 Definitie / 7
 - 2.1.2 Een feitelijk, geen normatief begrip; gedragsregels bij tegenstrijdig belang / 9
 - 2.1.3 Een neutraal begrip; risico van misbruik, dreiging van nadeel / 10
 - 2.1.4 Tegenstrijdig belang volgens *Linders/Hofstee, Bruil* en *Versatel III* / 13
 - 2.1.5 De eis van een concreet conflict met een plicht / 18
 - 2.1.6 Aandeelhouders hebben geen tegenstrijdig belang; tegenstrijdig belang in oneigenlijke zin; positie van feitelijke bestuurders, vereffenaars en OK-bestuurders / 20
 - 2.1.7 Een relatief begrip; verschil met (on)afhankelijkheid / 23
 - 2.1.8 Een digitaal begrip; geen tussencategorie 'belangenverstrengeling' / 26
 - 2.1.9 De invloed van de omstandigheden van het geval / 27
 - 2.1.10 Tegenstrijdig belang hoeft niet te worden vermeden, benadeling wel; duty of loyalty / 30
 - 2.1.11 Tegenstrijdige belangen en belangenconflicten die geen tegenstrijdig belang zijn / 32
 - 2.1.12 De aard van het belang is niet van belang: *Maas/Amazon* en *Bruil* / 34
- 2.2 Problemen en misverstanden / 37
 - 2.2.1 Inleiding / 37
 - 2.2.2 Tegenstrijdig belang is niet een slecht definieerbaar, mystiek begrip / 37
 - 2.2.3 Persoonlijk en (zuiver) kwalitatief tegenstrijdig belang; samenloop / 41

- 2.2.4 De wetgever en persoonlijk tegenstrijdig belang / 42
- 2.2.5 De verwarrende term 'belangenverstrengeling' / 57
- 2.2.6 Potentieel tegenstrijdig belang = (nog) geen tegenstrijdig belang / 74
- 2.2.7 Geen tegenstrijdig belang zonder beleidsvrijheid / 75
- 2.2.8 De bestuurder-rechtspersoon en tegenstrijdig belang; toerekening van belang? / 79
- 2.2.9 Geen generieke concernexceptie / 82
- 2.3 Tegenstrijdig belang/belangenverstrengeling buiten het rechtspersonenrecht / 85
 - 2.3.1 Wettelijke bepalingen / 85
 - 2.3.2 Belangenverstrengeling buiten het rechtspersonenrecht is vaak ook tegenstrijdig belang / 86
- 2.4 Slotbeschouwing / 87

HOOFDSTUK 3

Schijnbare tegenstrijdigheid: de fout van *Mediasafe I* (Hoge Raad 1996) / 91

- 3.1 Concrete versus abstracte toets van tegenstrijdig belang / 91
 - 3.1.1 De noodzaak van een conflict met een plicht / 91
 - 3.1.2 De wettelijke vertegenwoordigingsregel geldend ten tijde van *Mediasafe I* en *Bruil* / 91
- 3.2 Het arrest *Mediasafe I* (1996) / 92
 - 3.2.1 Inleiding: komt de abstracte toets wellicht nog terug? / 92
 - 3.2.2 Casus en procesverloop / 92
 - 3.2.3 Oordeel van de rechtbank / 94
 - 3.2.4 Formulering van de abstracte toets door het Amsterdamse hof / 95
 - 3.2.5 Beslissing van de Hoge Raad: abstracte toets / 98
 - 3.2.6 Nadere analyse van de beslissing van de Hoge Raad in *Mediasafe I* over de abstracte toets / 100
 - 3.2.7 De eerste commentaren op *Mediasafe I* / 101
 - 3.2.8 Het *Mediasafe I*-arrest (1996) bezien in het licht van het *Bruil*-arrest (2007) / 102
 - 3.2.9 Slotbeschouwing *Mediasafe I* / 105
- 3.3 De ommekeer: het *Bruil*-arrest (2007) / 109
 - 3.3.1 Betekenis voor het huidige recht / 109
 - 3.3.2 Casus, procesverloop en beslissing / 110
 - 3.3.3 De procedure na verwijzing door de Hoge Raad / 111
 - 3.3.4 Slotbeschouwing: het *Bruil*-arrest als stille revolutie / 113

HOOFDSTUK 4

Regulering van tegenstrijdig belang: doel en middelen / 115

- 4.1 Reguleringsdoelen (tegenstrijdig belang als gevaarstelling) / 115
 - 4.1.1 Inleiding / 115
 - 4.1.2 Preventie van nadeel voor de rechtspersoon / 115
 - 4.1.3 Nadeel voor de rechtspersoon redresseren / 115
 - 4.1.4 Het menselijk tekort; basale psychologie / 116

- 4.2 Reguleringsmiddelen: beginselen, (gedrags)regels, sanctionering en strategieën / 117
 - 4.2.1 Wisselwerking tussen gedragsregels vooraf en sanctie-instrumentarium achteraf / 117
 - 4.2.2 Ex-ante- en ex-post-regels / 117
 - 4.2.3 Algemene ex-post-normen vangen lacunes van ex-ante-tegenstrijdig-belangregels op / 118
 - 4.2.4 Verschillende strategieën: tegenstrijdig belang definiëren / 118
 - 4.2.5 Verschillende strategieën: middelen ter preventie en redressering van nadeel / 121
 - 4.2.6 Bestuurstransacties en aandeelhouderstransacties / 121
- 4.3 Iets over het ontstaan en de achtergrond van het 'leerstuk' tegenstrijdig belang / 122
 - 4.3.1 Inleiding / 122
 - 4.3.2 De VOC en haar voorlopers, de East India Company en de WIC / 123
 - 4.3.3 Agency-probleem en opportunisme / 125
 - 4.3.4 Zelfbediening en tunneltjes graven / 125
- 4.4 Strategieën voor het reguleren van opportunistisch gedrag van agenten / 127
 - 4.4.1 Opportunisme als gedragsprobleem / 127
 - 4.4.2 Regels en beginselen: het vermijdingsprincipe (onthouding), verboden (diskwalificatie) en het gevaar van overkill / 128
 - 4.4.3 Het loyaliteitsbeginsel als reguleringsstandaard; lastgeving / 130
- 4.5 Transparantievoorschriften / 132
 - 4.5.1 Ex-ante-transparantievoorschriften / 132
 - 4.5.2 Verantwoording en transparantie achteraf / 132
 - 4.5.3 Nederlandse ex-post-voorschriften over tegenstrijdig belang en transacties met verbonden partijen / 133
- 4.6 Goedkeuringsvoorschriften: *trusteeship strategy* en *decision rights strategy* / 137
 - 4.6.1 Goedkeuring vooraf / 137
 - 4.6.2 Goedkeuring en onthouding hoeven niet samen te gaan / 138
 - 4.6.3 Goedkeuring door bestuurders en interne toezichthouders; vertegenwoordigingsregels / 138
 - 4.6.4 Goedkeuring door aandeelhouders / 139
- 4.7 Formele onafhankelijkheid en de *trusteeship strategy* bij beursvennootschappen / 140
 - 4.7.1 De Aanbeveling van de Europese Commissie over de taak van interne toezichthouders / 140
 - 4.7.2 Formele onafhankelijkheid van (uitvoerende) bestuurders? / 143
 - 4.7.3 Onafhankelijkheid in buitenlandse corporate governance codes / 144
 - 4.7.4 Onafhankelijkheid van personen die selecteren en benoemen? / 146
- 4.8 Slotbeschouwing / 147

HOOFDSTUK 5

Een toekomst voor vertegenwoordigingsbeperking en diskwalificatieregels? / 151

- 5.1 Inleiding / 151
 - 5.1.1 Doel en opzet van dit hoofdstuk / 151
 - 5.1.2 Weinig specifieke wettelijke bepalingen over tegenstrijdig belang / 152
- 5.2 Diskwalificatiebepalingen in (ontwerp)wetgeving vanaf 1871 / 154
 - 5.2.1 De eerste diskwalificatiebepaling / 154
 - 5.2.2 Het ontwerp van de Staatscommissie / 156
 - 5.2.3 Het wetsontwerp Nelissen / 157
 - 5.2.4 Afwijkingen ten opzichte van § 252 Handelsgesetzbuch / 158
 - 5.2.5 Diskwalificatie van aandeelhoudersstemmen volgens art. 44c WvK: een dode letter / 160
 - 5.2.6 Uitbreiding van de diskwalificatiebepaling tot andere organen in art. 2:12 BW / 163
 - 5.2.7 Diskwalificatie: het initiatief-Hoogervorst en het Vrijstellingsbesluit openbare biedingen / 167
 - 5.2.8 De diskwalificatiebepaling van artikel 2:118a lid 4 BW / 169
 - 5.2.9 Heeft art. 2:12 BW nut? / 170
- 5.3 Vertegenwoordigingsbeperking bij tegenstrijdig belang van bestuurders / 172
 - 5.3.1 Geen verandering in wetgeving tussen 1929 en 2013 / 172
 - 5.3.2 De wetgeving van 1838 en het Ontwerp Jolles / 172
 - 5.3.3 Het ontwerp van de Staatscommissie / 172
 - 5.3.4 Het ontwerp 1910 en het ambtelijk voorontwerp; de bestuurder-rechtspersoon / 174
 - 5.3.5 De gewijzigde ontwerpen van 1925 en 1927: de introductie van de term 'tegenstrijdig belang' / 183
 - 5.3.6 De eerste commentaren / 188
 - 5.3.7 Buitenlandse vertegenwoordigingsregels bij tegenstrijdig belang van bestuurders / 190
- 5.4 Slotbeschouwing, ook voor het huidige recht / 192

HOOFDSTUK 6

Tegenstrijdig belang in het enquêterecht / 197

- 6.1 Inleiding / 197
- 6.2 De ontwikkeling van gedragsregels bij tegenstrijdig belang door de OK / 198
 - 6.2.1 Inleiding / 198
 - 6.2.2 De eerste uitspraak (1978) / 198
 - 6.2.3 Landmark decision *Linders/Hofstee* (1983) / 199
 - 6.2.4 De *Ogem*-beschikking (1987): een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering / 202
 - 6.2.5 Bestendiging: de beschikkingen inzake *Butôt* (2009) en *Marrobel* (2020) / 203
 - 6.2.6 Verfijningen van de *Linders/Hofstee*-regels na *Marrobel I* (2020) / 205
 - 6.2.7 Samenvatting *Linders/Hofstee*-regels (gedragsregels bij tegenstrijdig belang) / 206

- 6.2.8 De grondslag van de *Linders/Hofstee*-gedragsregels (artikel 2:8 BW); cumulatieve toepassing daarvan met de wettelijke onthoudingsregel / 207
- 6.2.9 Volle toetsing / 211
- 6.3 Welk begrip hanteert de OK voor tegenstrijdig belang? / 213
 - 6.3.1 Zowel het conflict tussen belang en plicht (persoonlijk tegenstrijdig belang) als het conflict van plichten (kwalitatief tegenstrijdig belang) / 213
 - 6.3.2 De OK en het *Bruil*-criterium / 216
 - 6.3.3 Voorbeelden van tegenstrijdig-belangsituaties in enquêtezaken / 219
- 6.4 Terminologie van de OK (anders dan 'tegenstrijdig belang') / 220
 - 6.4.1 De geconflieeerde bestuurder of commissaris / 220
 - 6.4.2 Belangenverstrengeling, belangenvermenging; potentieel tegenstrijdig belang / 221
 - 6.4.3 Tegenstrijdig belang als species van belangenverstrengeling volgens *Flevo Berry* en *Omines*; een afgebroken ontwikkeling / 226
- 6.5 Bijzondere zorgplicht: ook zonder tegenstrijdig belang? / 232
 - 6.5.1 Inleiding / 232
 - 6.5.2 De bijzondere zorgplicht: openheid in asymmetrische situaties / 232
 - 6.5.3 Asymmetrische situaties en tegenstrijdig belang / 233
 - 6.5.4 Naleving van de *Linders/Hofstee*-regels als bijzondere zorgplicht? / 239
 - 6.5.5 Publiek belang zonder tegenstrijdig belang en de *Linders/Hofstee*-regels / 241
 - 6.5.6 Analoge toepassing van zorgvuldigheidseisen bij tegenstrijdig belang op emissiebesluiten / 242
- 6.6 De verhouding tussen de jurisprudentie van de OK en de wettelijke regeling / 243
 - 6.6.1 Inleiding: een moeizame verhouding / 243
 - 6.6.2 Het conflict van plichten en de wettelijke regeling volgens de OK / 246
- 6.7 Slotbeschouwing / 257

HOOFDSTUK 7

De wettelijke regeling ontleed / 261

- 7.1 Inleiding: een besluitvormingsregel vervangt de vertegenwoordigingsregel / 261
 - 7.1.1 Samenhang met de invoering van een monistisch stelsel / 261
 - 7.1.2 Kern van de regeling / 264
 - 7.1.3 Evaluatie WBT (2017) / 266
 - 7.1.4 Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (2021) / 267
- 7.2 Voorgeschiedenis: Europa, Expertgroep, Corporate Governance Code / 269
 - 7.2.1 Europa: het voorstel voor een Vijfde Richtlijn (1972-2004) / 269
 - 7.2.2 De Nederlandse Corporate Governance Code 2003 / 273
 - 7.2.3 De voorstellen van de expertgroep flex-BV / 274
 - 7.2.4 Europa: het voorstel voor een SPE-verordening / 275
 - 7.2.5 Afrondende observaties over de eerdere voorstellen; de gewijzigde Richtlijn aandeelhoudersrechten (2017) / 275
 - 7.2.6 Het Wetsontwerp bestuur en toezicht / 276

7.3	Totstandkoming van de tegenstrijdig-belangregels in het Wetsvoorstel / 277
7.3.1	De nota Modernisering van het Ondernemingsrecht (2004) / 277
7.3.2	De verdere behandeling van de Nota Modernisering Ondernemingsrecht (2005-2008) / 278
7.3.3	Het Voorontwerp en de reacties daarop / 279
7.3.4	Behandeling van de tegenstrijdig-belangbepalingen uit het Ontwerp / 280
7.4	Uitgangspunten en keuzes van de wetgever / 281
7.4.1	Inleiding / 281
7.4.2	Rechtszekerheid voor contractpartijen van de vennootschap; geen externe werking / 281
7.4.3	Eerst en vooral bescherming van de vennootschap / 282
7.4.4	Gedragssnorm; gedwongen abstinentie; geldigheid van de stem / 283
7.4.5	Het <i>Bruil</i> -arrest als inspiratiebron / 285
7.4.6	De Corporate Governance Code als inspiratiebron? / 286
7.4.7	Kritiek op de onthoudingsregel / 286
7.4.8	Kritiek op 'one size fits all' en inflexibel karakter / 290
7.4.9	Het <i>Bruil</i> -criterium; tegenstrijdig versus parallel / 290
7.4.10	Direct of indirect belang; bestuurders-rechtspersonen / 293
7.4.11	Persoonlijk tegenstrijdig belang versus zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang; de WBTR brengt geen wijziging / 294
7.4.12	Kritiek op het <i>Bruil</i> -criterium als maatstaf voor het wettelijk begrip 'tegenstrijdig belang' / 298
7.4.13	Over het <i>Bruil</i> -criterium kan niet gedisponeerd worden / 300
7.4.14	Melding van (potentieel) tegenstrijdig belang; het belang van openheid / 301
7.4.15	Geen voorgeschreven openheid jegens de raad van commissarissen / 303
7.4.16	Ook de WBTR introduceert geen meldplicht of openheidsvoorschrift / 305
7.4.17	Waarom geen goedkeuring door een ander orgaan? / 308
7.4.18	Een goedkeuringsregeling ter voorkoming van 'structural bias' / 310
7.5	Toepassing van de onthoudingsregel; statutaire aanvullingen en afwijkingen / 315
7.5.1	Melding en vaststelling van tegenstrijdig belang; bewustheid; ontdekking zonder melding / 315
7.5.2	Onthouding alleen binnen het orgaan waarvan de geconflicteerde lid is; geen bepaling van concernrecht; dubbelrollen; raadgevende stem onaangetast / 319
7.5.3	Wat valt onder deelname aan de besluitvorming? / 322
7.5.4	Informeel besluitvorming van het bestuur of de rvc; ontbreken van besluit; besluitvormingsvoorschrift bij stichting / 323
7.5.5	De gedragsregels van onthouding; wat is dwingendrechtelijk? / 325
7.5.6	Wat betekent: 'Wanneer hierdoor geen (bestuurs)besluit kan worden genomen'? / 327
7.5.7	Meer flexibiliteit door opknippen van besluiten of ex-ante-vaststelling van tegenstrijdig belang? / 330
7.5.8	'... wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen.' / 332
7.5.9	De bevoegdheid van de algemene vergadering / 333

- 7.5.10 Statutaire afwijking via de beletregeling / 336
- 7.5.11 Statutaire uitbreiding met het conflict van plichten / 339
- 7.6 Rechtsgevolgen van overtreding van de wettelijke regeling / 341
 - 7.6.1 Inleiding: voor wie heeft vernietiging van het besluit nut? / 341
 - 7.6.2 Redelijk belang bij vernietiging zal vaak ontbreken / 343
 - 7.6.3 Vernietigbaarheid versus nietigheid / 345
 - 7.6.4 Vernietigbaarheid van het besluit; beslissingen versus besluiten / 347
 - 7.6.5 Vernietiging van emissiebesluiten van het bestuur op vordering van een aandeelhouder / 353
 - 7.6.6 Vernietiging van besluiten tot benoeming, ontslag en schorsing op vordering van de aandeelhouder / 355
 - 7.6.7 Onthouding zonder tegenstrijdig belang; ten onrechte uitsluiting van de besluitvorming wegens vermeend tegenstrijdig belang / 356
 - 7.6.8 Verkeerde toepassing van de regeling leidt tot het niet tot stand komen van een besluit / 358
 - 7.6.9 Bevestiging op de voet van art. 2:15 lid 6; bevestiging van besluiten in strijd met totstandkomingsbepalingen in statuten of reglement / 358
 - 7.6.10 Bekrachtiging ex art. 2:14 lid 2 of art. 3:58 BW; dubbele besluitvorming / 360
- 7.7 De onthoudingsregel bij enkele bijzondere vennootschappen / 361
 - 7.7.1 (Structuur)vennootschap met one tier board; schorsing en bezoldiging van uitvoerende bestuurders / 361
 - 7.7.2 Eenpersoonsvennootschap; de positie van de curator; de onthoudingsregel is geen crediteurenbescherming / 366
 - 7.7.3 Besloten verhoudingen; joint ventures en aandeelhoudersovereenkomsten; statutaire afwijking / 368
 - 7.7.4 Beursvennootschappen / 371
- 7.8 Overgangsrecht / 374
 - 7.8.1 Inleiding: geen terugwerkende kracht / 374
 - 7.8.2 Geen beroep mogelijk op statutaire vertegenwoordigingsregel bij tegenstrijdig belang / 375
 - 7.8.3 Bekrachtiging door aanwijzing achteraf van bijzonder vertegenwoordiger door algemene vergadering dan wel op de voet van art. 3:69 BW / 379
 - 7.8.4 Alleen beperkte terugwerkende kracht biedt wederpartijen van voor 2013 onderscheidenlijk 2021 bescherming / 381
- 7.9 Slotbeschouwing / 384

HOOFDSTUK 8

Actierechten en verweermiddelen / 389

- 8.1 Inleiding: wie verdient bescherming tegen misbruik van tegenstrijdig belang? / 389
- 8.2 Actiemogelijkheden en verweermiddelen van de rechtspersoon / 391
 - 8.2.1 Beroep op nietigheid rechtshandeling wegens onbevoegde vertegenwoordiging / 391
 - 8.2.2 Bibolini-verweer: externe werking zonder nietigheid / 392

- 8.2.3 Onrechtmatige daad: (profiteren van) misbruik van bevoegdheid; verband met *Bibolini*-exceptie / 396
- 8.2.4 Toerekening van kennis van de bestuurder aan de rechtspersoon en verjaringsverweer / 399
- 8.2.5 Beroep op nietigheid of vernietiging van rechtshandelingen met externe werking in Boek 2 BW (doeloverschrijding, transacties met de enige aandeelhouder, Nachgründung, steunverbod) / 406
- 8.2.6 Beroep op nietigheid of vernietiging van rechtshandelingen met externe werking in het vermogens- en faillissementsrecht / 408
- 8.2.7 Interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap ex art. 2:9 BW of onrechtmatige daad; 'Berghuizer vermoeden' / 410
- 8.2.8 Zelfenquête / 415
- 8.2.9 Vernietiging van besluiten op vordering van de rechtspersoon / 416
- 8.3 Actiemogelijkheden en verweermiddelen van minderheidsaandeelhouders / 416
 - 8.3.1 Wat de minderheidsaandeelhouder wel en niet kan; vernietiging van besluiten / 416
 - 8.3.2 Actie uit onrechtmatige daad, mede gebaseerd op art. 2:8 BW / 417
 - 8.3.3 Enquêteverzoek: mogelijkheden en onmogelijkheden / 420
 - 8.3.4 Uittreding met billijke verhoging / 423
- 8.4 Tegenstrijdig belang als processueel strijdmiddel / 424
- 8.5 Slotbeschouwing: evaluatie van het sanctie-instrumentarium / 427

HOOFDSTUK 9

Samenvatting, conclusies en aanbevelingen / 429

- 9.1 Inleiding / 429
- 9.2 Samenvatting en conclusies / 429
 - 9.2.1 Inleiding / 429
 - 9.2.2 Wat moet onder 'tegenstrijdig belang' worden verstaan? / 429
 - 9.2.3 Schijnbare tegenstrijdigheid: abstracte toets denatureert begrip 'tegenstrijdig belang' / 435
 - 9.2.4 Reguleringsdoelen en reguleringsmiddelen / 435
 - 9.2.5 Diskwalificatiebepalingen en vertegenwoordigingsbeperking / 438
 - 9.2.6 Tegenstrijdig belang in het enquêterecht / 442
 - 9.2.7 De wettelijke regeling ontleed / 445
 - 9.2.8 Actierechten en verweermiddelen van rechtspersoon en aandeelhouders / 448
- 9.3 Aanbevelingen / 453
 - 9.3.1 Aanbevelingen aan de wetgever / 453
 - 9.3.2 Aanbevelingen aan de Ondernemingskamer / 456

HOOFDSTUK 10

Summary, conclusions and recommendations / 459

- 10.1 Introduction / 459
- 10.2 Summary and conclusions / 459
 - 10.2.1 Introduction / 459
 - 10.2.2 What is meant by conflict of interest? / 459
 - 10.2.3 Seeming conflict: abstract test distorts the concept of conflict of interest / 465
 - 10.2.4 Regulatory objectives and regulatory instruments / 465
 - 10.2.5 Disqualification provisions and restrictions on representation / 468
 - 10.2.6 Conflict of interest in inquiry proceedings / 471
 - 10.2.7 Analysis of the statutory provisions / 474
 - 10.2.8 Rights of action and defences of legal entities and shareholders / 478
- 10.3 Recommendations / 483
 - 10.3.1 Recommendations to the legislature / 483
 - 10.3.2 Recommendations to the Enterprise Chamber / 486

Literatuur / 487

Jurisprudentie / 511

Parlementaire stukken / 525

Trefwoordenregister / 527

Inleiding

1.1 Onderwerp en aanleiding

Wie zich laat benoemen tot bestuurder of commissaris van een rechtspersoon, aanvaardt een taak: het behartigen van het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming of organisatie. Bestuurders en commissarissen zijn gehouden tot een behoorlijke taakvervulling.¹ Het is hun plicht om de belangen van de rechtspersoon boven andere belangen te stellen, de loyaliteitsplicht.

Strijdt het belang van de rechtspersoon in concrete zin met een belang van de bestuurder of commissaris, dan doet zich een conflict voor tussen belang en plicht (de plicht om het rechtspersoonlijk belang te behartigen). Strijdt het belang van de rechtspersoon in concreto met het belang van een (rechts)persoon wiens belangen de bestuurder of commissaris ook moet behartigen, dan is er een conflict van plichten (de plicht om het rechtspersoonsbelang te behartigen strijdt met de plicht om een ander belang te behartigen). In beide gevallen is sprake van tegenstrijdig belang in eigenlijke zin.

Omdat aandeelhouders geen taak binnen de vennootschap hebben, hebben zij in die hoedanigheid geen actieve plicht om het vennootschappelijk belang te behartigen, zoals bestuurders en commissarissen. Bij aandeelhouders kan zich dus geen conflict tussen plicht en belang voordoen, en evenmin een conflict van plichten. Dat neemt niet weg dat belangen van een aandeelhouder kunnen strijden met het belang van de vennootschap. Het gaat dan om een belangenstrijd zonder strijd met een plicht, geen tegenstrijdig belang in eigenlijke zin dus.²

Dit boek gaat over (gedrags)regels die gelden of zouden moeten gelden indien zich een situatie van tegenstrijdig belang voordoet en over de mogelijkheden voor de rechtspersoon en de bij zijn organisatie betrokken personen om (schade door) overtreding van die regels te voorkomen of te redresseren. Daarbij ligt veel nadruk op kapitaalvennootschappen, omdat het leeuwendeel van de wetgeving en jurisprudentie over tegenstrijdig belang over NV's en BV's gaat. De belangrijkste vragen die in wetgeving en jurisprudentie aan de orde worden gesteld zijn: wat wordt verstaan onder tegenstrijdig belang en welke gedagregels horen daarbij?

-
- 1 In navolging van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, *Stb.* 2020, 507 gebruik ik de term 'commissarissen' voor alle interne toezichthouders van rechtspersonen. Niet-uitvoerende bestuurders in een *one tier board* zijn geen interne toezichthouders, maar bestuurders.
 - 2 Bij het gebruik van de term 'tegenstrijdig belang van een aandeelhouder' is sprake van tegenstrijdig belang in oneigenlijke zin.

De laatste dissertatie over tegenstrijdig belang, van de hand van Dorresteyn, verscheen in 1989.³ Sindsdien zijn de ontwikkelingen in het tegenstrijdig-belangrecht ingrijpend en bij tijden stormachtig en slingerend geweest. De wetgever heeft in 2013 de vertegenwoordigingsregel bij tegenstrijdig belang van een bestuurder veranderd in een besluitvormingsregel bij tegenstrijdig belang van bestuurders én commissarissen. De essentie van laatstgenoemde regel is dat de bestuurder of commissaris die bij een onderwerp een tegenstrijdig belang heeft, zich onthoudt van de besluitvorming daarover.

De Hoge Raad hanteerde vanaf 1996 een abstract begrip ‘tegenstrijdig belang’ (*Mediasafe I*), om die in 2007 in te ruilen voor een concreet begrip ‘tegenstrijdig belang’ (*Bruil*).⁴ De wetgever van 2013 heeft dat concrete begrip overgenomen op een wijze die in de literatuur tot verdeeldheid heeft geleid, onder meer over de vraag of de wetgever het conflict van plichten heeft begrepen onder het wettelijke begrip ‘persoonlijk tegenstrijdig belang’,⁵ een vraag die door de Ondernemingskamer (‘OK’) inmiddels bevestigend lijkt te zijn beantwoord. De OK introduceerde in 2022 een onderscheid tussen tegenstrijdig belang en belangenverstrengeling, waarbij het eerstgenoemde begrip een species zou zijn van het laatstgenoemde, om dat onderscheid in 2023 weer los te laten (zie hoofdstuk 2, § 2.2.5.5 en hoofdstuk 6, § 6.4.3).

Dorresteyns proefschrift verkende niet alleen de destijds beperkte jurisprudentie van de Hoge Raad over de vertegenwoordigingsregel bij tegenstrijdig belang, maar ook de daarvan los staande enquêtejurisprudentie van de OK over het omgaan door bestuurders en commissarissen met tegenstrijdig belang. Die rechtspraak begon in 1983, toen de OK aan het Amerikaanse recht ontleende gedragsregels bij tegenstrijdig belang formuleerde. De OK heeft deze regels, die bekend staan als de *Linders/Hofstee*-regels, sindsdien vele malen toegepast en sinds 2022 verder verfijnd, overigens zonder de kern van die regels te wijzigen.

De *Linders/Hofstee*-regels komen in essentie neer op het betrachten van maximale openheid, het uit elkaar houden van onderscheiden belangen (het vermijden van voor de rechtspersoon schadelijke belangenvermenging) en het zo nodig inschakelen van externe deskundigen. De verhouding tussen de reikwijdte van de huidige wettelijke onthoudingsregel bij tegenstrijdig belang enerzijds en de andersluidende *Linders/Hofstee*-regels anderzijds is onderwerp geweest van jurisprudentie van de OK, waarover de literatuur wel, maar de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten.

Ruim 35 jaar na het proefschrift van Dorresteyn biedt het vorenstaande voldoende reden voor een nieuwe studie over het leerstuk van tegenstrijdig belang, dat tot de moeilijkste onderwerpen van het ondernemingsrecht wordt gerekend.

3 Dorresteyn 1989.

4 HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2022, NJ 1996/568, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mediasafe I*), onderscheidenlijk HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 2007/169, m.nt. A.F.J.A. Leijten & S.M. Bartman (*Bruil*).

5 Parafrase van de wettekst ‘persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang’ van de rechtspersoon.

1.2 Opzet van het onderzoek

1.2.1 Plan van behandeling

Dit onderzoek beoogt in essentie antwoord te geven op de volgende hoofdvragen: wat is tegenstrijdig belang, dient tegenstrijdig belang specifiek gereguleerd te worden, en zo ja, wat is de optimale reguleringswijze?

De hoofdvragen leiden tot de volgende onderzoeksvragen: wat dient onder tegenstrijdig belang te worden verstaan? Hoofdstuk 2 ('Wat is tegenstrijdig belang?') bevat theorievorming over deze wezensvraag. De vervolgvraag luidt: wat verstaan de wetgever en de rechter (in het bijzonder de Hoge Raad en de OK) onder tegenstrijdig belang? Over deze vraag gaan de hoofdstukken 2, 3 en (deels) 5 en 6.

Hoofdstuk 4 bevat theorievorming over de zoektocht naar de optimale manier om tegenstrijdig belang te reguleren. Hoofdstuk 5 beschrijft en analyseert de (wetsgeschiedenis van) twee bepalingen waarmee de wetgever tot 2013 tegenstrijdig belang heeft gereguleerd: art. 2:2146-256 BW (oud) en art. 2:12 BW. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag naar het (huidige) nut van een vertegenwoordigingsregel bij tegenstrijdig belang.

Hoofdstuk 6 analyseert de toepassing van het enquêterecht op tegenstrijdig-belang-situaties en de rol van de OK als pseudo-wetgever, in het bijzonder door de introductie van de *Linders/Hofstee*-regels. Ook de verhouding van die regels tot de wettelijke ont-houdingsregel komt daarin aan de orde.

Hoofdstuk 7 bevat een analyse van de wordingsgeschiedenis, inhoud en toepassing van de huidige wettelijke besluitvormingsregel bij tegenstrijdig belang.

Hoofdstuk 8 beschrijft en analyseert de bestaande actie- en verweermiddelen van de rechtspersoon en aandeelhouders bij (dreigend) misbruik van tegenstrijdig belang door bestuurders of commissarissen.

De samenvatting in hoofdstuk 9 bevat conclusies en enkele aanbevelingen voor de wetgever en de Ondernemingskamer.

1.2.2 Onderzoeksmethoden en rechtsvergelijking

Dit proefschrift bestaat vooral uit een analyse van wetgeving en rechtspraak over tegenstrijdig belang. Ik beschrijf en analyseer het geldend recht aan de hand van wet- en regelgeving, zelfregulering in de vorm van governancecodes, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur. Empirisch onderzoek heeft niet plaatsgevonden, anders dan dat ik sporadisch geput heb uit eigen praktijkervaring.

Dit boek bevat passages van interne en externe rechtsvergelijking, maar is niet rechtsvergelijkend van opzet. Omdat niet gezegd kan worden dat één bepaalde jurisdictie een duidelijke voorsprong heeft in het denken over tegenstrijdig belang, heb ik afgezien van het systematisch beschrijven van buitenlands recht dat ter vergelijking dient. In plaats daarvan bevatten de thematische hoofdstukken rechtsvergelijkende passages waar mij dit voor het onderzoek nuttig of noodzakelijk voorkwam. De rechtsvergelijkende passages betreffen voornamelijk Engels, Amerikaans, Duits en Belgisch recht. Ook Europese (concept)regels over tegenstrijdig belang komen aan bod, in het bijzonder in hoofdstuk 7.

1.2.3 Afbakening van het onderzoek

Ik beperk mij in deze studie tot het ondernemingsrecht, in het bijzonder het rechtspersonenrecht. Daarmee valt tegenstrijdig belang in het financiële recht, het strafrecht, het vermogensrecht en het bestuursrecht buiten mijn onderzoek, behoudens als onderdeel van enige interne rechtsvergelijking. Het onderzoek bestrijkt alle rechtspersonen, behalve kerkgenootschappen en publieke rechtspersonen. Tegenstrijdig belang bij personenvennootschappen valt buiten mijn onderzoek.

Het onderwerp van dit boek vertoont raakvlakken met andere onderwerpen. Ik denk daarbij onder meer aan de redenen voor het invoeren van een afgeleide actie in ons recht. Het gaat daarbij om gevallen waarin de vennootschap een vordering kan instellen tegen een (voormalig) bestuurder, (voormalig) commissaris of nauw verbonden derde. Het gevaar dat een afgeleide actie moet keren is dat bestuurders of commissarissen vanwege een tegenstrijdig belang nalaten om een dergelijke vordering in te stellen en te vervolgen ('passief tegenstrijdig belang'). Een afgeleide actie stelt aandeelhouders in de gelegenheid om een dergelijke vordering namens de vennootschap in te stellen. In Nederland bestaat de figuur van de afgeleide actie als zodanig (nog) niet, in veel andere jurisdicties wel.

Een ander nauw verwant onderwerp is dat van de *corporate opportunities*, gevallen waarin een bestuurder of commissaris een voor de rechtspersoon realiseerbare zakelijke kans waarneemt en ten eigen bate aanwendt of wenst aan te wenden. Een zorgvuldige procedure kan ertoe leiden dat de corporate opportunity namens de rechtspersoon aan de betrokken bestuurder of commissaris wordt vrijgegeven. Wordt over het afleiden van een corporate opportunity geen openheid verschaft, dan maakt de betrokken bestuur of commissaris misbruik van zijn tegenstrijdig belang.

De leerstukken *corporate opportunities* en afgeleide actie (ter bestrijding van passief tegenstrijdig belang) kunnen worden beschouwd als verschijningsvormen van tegenstrijdig belang. Beide leerstukken zien op een specifiek conflict tussen belang en plicht. Over deze onderwerpen zijn in 1995 en 2004 diepgravende studies verschenen.⁶ De rechtspraak van de OK over *corporate opportunities* wordt behandeld in hoofdstuk 6 over het enquêterecht. In hoofdstuk 8 onderzoek ik onder meer of het Nederlandse onrechtmatige-daadrecht het gemis aan een afgeleide actie kan ondervangen, naast de mogelijkheden die het enquêterecht biedt.

Ook het onderwerp 'transacties van beursvennootschappen met verbonden partijen' bevat raakvlakken met tegenstrijdig belang. De begrippen overlappen elkaar inhoudelijk niet volledig. Een transactie met een verbonden partij als bedoeld in afdeling 8 van titel 4 van Boek 2 BW kan immers bestaan zonder dat een bestuurder of commissaris daarbij een tegenstrijdig belang heeft.⁷ Ik beperk mij daarom tot het aanstippen van de parallellen tussen de wettelijke regeling van transacties van beursvennootschappen met verbonden partijen en de regulering van tegenstrijdig belang.

Een ander nauw verwant onderwerp is beloning van bestuurders en commissarissen. In overwegende mate is het tegenstrijdig-belangaspect hiervan opgelost wanneer, zoals in Nederland, de algemene vergadering in beginsel het bevoegde orgaan is om daarover

⁶ Verdam 1995 en Kroeze 2004.

⁷ Deze afdeling implementeert art. 9quater van Richtlijn 2017/828/EU (*PbEU* 2017, L 132). Over deze afdeling zie Groenland 2025, hoofdstuk 4.

te beslissen. In zoverre valt ook dit onderwerp buiten mijn onderzoek. De rechtspraak laat echter zien dat in veel gevallen bestuurders in staat zijn om zichzelf te belonen boven hetgeen door de algemene vergadering of de raad van commissarissen als zodanig aan hen als remuneratie is toegekend. Die vorm van *self-dealing* valt wel binnen de kaders van mijn onderzoek.

Dit boek beoogt, behoudens de genoemde uitzonderingen, een integrale visie te bieden op de onderzoeksvragen over tegenstrijdig belang, zonder een uitputtende visie te zijn. In de praktijk zijn veel situaties denkbaar waarin een tegenstrijdig belang aanwezig is of kan zijn. Ik pretendeer niet dat dit boek al die mogelijke voorbeelden van tegenstrijdig belang bestrijkt of uitputtend behandelt.

1.2.4 Verantwoording en terminologie

De totstandkoming van dit boek kent een lange aanloop.⁸ Over tegenstrijdig belang en aanpalende onderwerpen, zoals afgeleide actie en transacties met verbonden partijen, heb ik gepubliceerd sinds 2005.⁹ Sommige passages in dit boek zijn aan deze eerdere publicaties ontleend, voor zover niet door ontwikkelingen of voortschrijdend inzicht achterhaald.¹⁰

Voor sommige van de uitspraken die in dit werk worden behandeld geldt dat ik zelf of (oud-)kantoorgenoten van mij optraden voor een van de partijen, vrijwel alleen in de feitelijke instanties. Ik heb daarvan niet steeds melding gemaakt in de voetnoten.

De uitspraken van de Hoge Raad en de OK worden in dit boek veelal slechts met een (schuingedrukte) roepnaam aangeduid: *Bruil, Versatel III, Linders/Hofstee, Mediasafe I*. De raad van commissarissen kort ik veelal af tot 'rvc', de Wet bestuur en toezicht tot 'WBT' en de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen tot 'WBTR'. Een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang duid ik soms aan met de term 'geconflieeerde bestuurder of commissaris.' De Ondernemingskamer kort ik af als 'OK'.

Ik verwijt een enkele keer naar adviezen van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ('GCV'). Ik was vanaf 1 januari 2014 tot 1 januari 2026 lid van de GCV, vanaf 1 januari 2019 als voorzitter. Aan adviezen van de GCV die vanaf mijn toetreding zijn gepubliceerd heb ik in meer of mindere mate meegewerkt.

Het manuscript is afgesloten op 1 maart 2025. Nadien verschenen wetgeving, jurisprudentie en literatuur is niet of slechts in zeer beperkte mate verwerkt.

8 Dit is een understatement. Robert Harris, *Lustrum* (2009), p. 30: '*Immersing oneself in the law is a little like bathing in freezing water – bracing in moderation, shivering in excess.*'

9 Leijten 2005, p. 135-169. Afgezien van JOR-noten voorts Leijten 2006, p. 119-141; Leijten 2006, p. 373-391; Leijten, annotatie bij HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY5697, *Ondernemingsrecht* 2007/6 (*The Mill Resort*); Leijten, *Ondernemingsrecht* 2009/44; Leijten 2010; Leijten, WPNR 2010/6827; Leijten, *Ondernemingsrecht* 2011/69; Leijten 2012, p. 89-104; Leijten 2012, p. 229-243; Nowak & Leijten, *Ondernemingsrecht* 2012/92; Leijten, annotatie bij HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804, *Ondernemingsrecht* 2014/101 (*Cancun*); Leijten 2015, p. 281-284; Leijten 2016, p. 233-243; Leijten, WPNR 2017/7173; Leijten 2017, p. 169-178; Leijten 2018, p. 105-112; Leijten, *Ondernemingsrecht* 2019/80; Leijten 2020; Leijten 2022, p. 1039-1076.

10 Vanwege de fragmentarische wijze van ontleening geschiedt dit niet altijd met bronvermelding.

Wat is tegenstrijdig belang?

2.1 Een conflict met een plicht

2.1.1 Definitie

Met 'tegenstrijdig belang' wordt bedoeld een situatie waarin een bestuurder of commissaris van een rechtspersoon zich bevindt en die wordt gekenmerkt door een conflict met zijn plicht om het belang van de rechtspersoon te dienen.¹ Strijdt een belang van de bestuurder met zijn plicht, dan is er een conflict tussen belang en plicht. Strijdt een andere plicht van de bestuurder met zijn voornoemde plicht, dan gaat het om een conflict van plichten. Een bestuurder heeft een tegenstrijdig belang in geval van een conflict tussen belang en plicht of een conflict van plichten. De eerstgenoemde vorm wordt doorgaans 'persoonlijk tegenstrijdig belang' genoemd, de tweede 'kwalitatief tegenstrijdig belang'. Deze gebruikelijke benamingen kunnen door hun nadruk op het woord 'belang' (in plaats van 'conflict') tot problemen en een verkeerd begrip leiden. Zie § 2.2.3.

Het onderscheid tussen enerzijds conflict tussen belang en plicht en anderzijds conflict van plichten is duidelijker en leidt minder snel tot misverstanden. Ik ontleen dit onderscheid aan zowel de Engelse *Companies Act* (zie § 2.1.4) als aan het onderscheid tussen *Selbsteintritt* (art. 7:416 BW) en het dienen van twee heren (art. 7:417 BW). Het onderscheid is ook te vinden in rechtspraak van de Hoge Raad (zie § 2.1.4).

Een voorbeeld van een conflict tussen belang en plicht is de bestuurder die een aan haar echtgenoot toebehorend bedrijfspand wil verhuren aan de door haar bestuurd rechtspersoon. Haar belang bij een zo hoog mogelijke huuropbrengst voor haar echtgenoot conflicteert met het belang van de rechtspersoon bij een zo laag mogelijke huur. In dit voorbeeld is sprake van een transactie van de rechtspersoon. Ik noem twee voorbeelden van een conflict tussen belang en plicht zonder een transactie van de rechtspersoon: de bestuurder die in de gelegenheid is om een *corporate opportunity* van de vennootschap waarvan hij bestuurder is, voor zichzelf te benutten of om anderszins met de vennootschap te concurreren; en de bestuurder die door stil te zitten in staat is om een vordering van de rechtspersoon op hemzelf of een nauw met hem verbonden derde niet geldend te

1 In het vervolg zal ik veelal verkort spreken over 'bestuurder' waar ik ook de commissaris bedoel. Voor zowel de bestuurder als de commissaris geldt dat hij het belang van de rechtspersoon moet dienen; dat is zijn taak. Uit de context zal blijken dat ik soms met 'bestuurder' alleen de bestuurder en niet ook de commissaris bedoel.

maken. Laatstgenoemd voorbeeld is een vorm van een conflict tussen belang en plicht die ik 'passief tegenstrijdig belang' noem.²

Een conflict van plichten doet zich bijvoorbeeld voor indien iemand commissaris is van twee vennootschappen die met elkaar een commerciële transactie willen aangaan. De door de dubbelcommissaris te behartigen belangen conflicteren zodanig dat hij niet beide belangen tegelijkertijd optimaal kan behartigen. Eenzelfde conflict van plichten betreft het geval waarin een bestuurder van een moedermaatschappij tevens commissaris van de dochter is, terwijl een zakelijke transactie tussen moeder en dochter wordt voorbereid. Een ander voorbeeld betreft de bestuurder van een vennootschap, die tevens opdrachtnemer is van een meerderheidsaandeelhouder, over een onderwerp waarbij het belang van die aandeelhouder tegenstrijdig is aan het belang van de vennootschap bij het behartigen van de belangen van alle stakeholders, inclusief de minderheidsaandeelhouders.³ Het andere, conflicterende belang dat de bestuurder ook moet behartigen hoeft dus niet voort te vloeien uit een plicht als bestuurder of commissaris, maar kan ook een plicht uit andere hoofde zijn. In het *Bruil*-arrest formuleert de Hoge Raad de conflicterende plicht van de bestuurder daarom heel algemeen als 'zijn betrokkenheid' bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang.⁴ In al deze voorbeelden is er een tegenstrijdig belang, waarmee de betrokkene al dan niet goed kan omgaan.

Lopen de belangen van de bestuurder, of andere door hem te behartigen belangen, parallel aan die van de rechtspersoon, dan is er geen conflict met zijn plicht en dus geen tegenstrijdig belang.

Een voorbeeld van belangenparallelie is het belang van de bestuurder tevens aandeelhouder bij een reguliere dividenduitkering. Met 'regulier' bedoel ik een uitkering die aan alle wettelijke vereisten voldoet en (dus) niet strijdig is met het belang van de vennootschap. Het belang van de bestuurder bij die uitkering loopt parallel aan het belang van de vennootschap; hij heeft daarom geen conflict tussen belang en plicht en dus geen tegenstrijdig belang.

Een ander voorbeeld van parallelie betreft de bestuurder van twee concernvennootschappen die gezamenlijk een standaard financieringsovereenkomst aangaan met een bank, inclusief hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de bank en verplichtingen tot zekerheidsverschaffing, zulks in het belang van het concern waarvan de vennootschappen deel uitmaken en zonder dat een belang van de bestuurder een rol speelt. De bestuurder moet de belangen van twee vennootschappen behartigen (heeft 'twee petten op'), maar omdat die belangen ten aanzien van de transactie met de bank parallel lopen, conflicteren zijn twee plichten niet; hij heeft daarom geen conflict van plichten en dus geen tegenstrijdig belang.

Dit voorbeeld illustreert dat 'twee petten op hebben' niets zegt over de vraag of de betrokkene al dan niet een conflict van plichten heeft. Deze term kan dus beter worden vermeden.⁵

2 Ik gebruik de term in deze zin in hoofdstuk 1 en hierna in de hoofdstukken 5, 6 en 9.

3 Zie OK 12 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2725, r.o. 4.8 (*TAF Asset 11*).

4 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, r.o. 3.4, NJ 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil*).

5 Ik zal de verwarrende term 'twee petten' in dit boek dan ook verder niet gebruiken. Verwarrend was overigens ook de waarschuwing van een Nederlandse curator aan leden van een crediteurencommissie dat hij 'two pets on my head' had.

De hier bedoelde plicht van de bestuurder of commissaris is niet een willekeurige rechtsplicht; het is een plicht die voortvloeit uit een taak. Een persoon die zich als bestuurder of commissaris laat benoemen aanvaardt de taak om zich te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming of organisatie.⁶

Essentieel voor het bestaan van een tegenstrijdig belang is dus een conflict met een plicht van een bestuurder of commissaris. De Nederlandse term 'tegenstrijdig belang' bevat niet het woord conflict, zoals in de Engelse term ('*conflict of interest*'), de Duitse term ('*Interessenkonflikt*') en de Franse term ('*conflict d'interêts*') wel het geval is.⁷ De neiging kan dan ontstaan om de kern van het begrip 'tegenstrijdig belang' te zoeken in het bestaan van een bijzonder soort belang in plaats van het bestaan van een conflict met een plicht.

In 1989 definieerde Dorresteyn tegenstrijdig belang als volgt: 'Een belang, privé of kwalitatief, dat slechts ten koste van de rechtspersoon kan worden gediend en dat van invloed kan zijn op de belangenafweging door een bestuurder of commissaris in de uitoefening van zijn functie'.⁸ Het vertrekpunt van deze definitie is dat een belangvorm moet worden geduid, niet een conflictvorm. Dat het desbetreffende belang slechts ten koste van de rechtspersoon kan worden gediend is een andere manier van zeggen dat belangenparallelle moet ontbreken. Dat dit belang van invloed kan zijn op de wijze waarop de bestuurder of commissaris zijn plicht vervult betekent dat een tegenstrijdig belang ook kan bestaan zonder die invloed, zonder een conflict met een plicht dus. Daarmee ontbreekt in Dorresteyns definitie van tegenstrijdig belang het essentiële element van een concreet conflict met een plicht van de bestuurder of commissaris.

2.1.2 Een feitelijk, geen normatief begrip; gedragsregels bij tegenstrijdig belang

Het bestaan van een conflict met de plicht om het belang van de rechtspersoon te dienen is een feitelijk gegeven. Tegenstrijdig belang is derhalve een feitelijk, geen normatief begrip.⁹

Verkeert de bestuurder in een situatie van een tegenstrijdig belang, dan gelden zekere, specifiek daarop toegesneden gedragsregels; die regels zijn wel normatief bepaald. Het gaat voornamelijk om de in het enquêterecht ontwikkelde, op de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW gebaseerde, gedragsregels over het betrachten van maximale openheid en zorgvuldigheid (de zogenoemde *Linders/Hofstee*-regels)¹⁰ en de wettelijke onthoudingsregel.¹¹

Deze regels zijn prospectief van aard; ze gelden indien en zodra zich een tegenstrijdig-belangsituatie voordoet (*ex-ante*-toets). De *Linders/Hofstee*-regels zijn pure

6 Art. 2:44 lid 3, 47 lid 2, 129 lid 5, 140 lid 2, 239 lid 5, 250 lid 2, 291 lid 3 en 292a lid 2 BW. De RoO 2021, hoofdstuk 3, noemt de plicht van het bestuur om het rechtspersonsbelang te dienen een plicht tot doelverwezenlijking. Met deze verhelderende term kan worden ingestemd.

7 De term 'tegenstrijdig belang' is door de wetgever in 1925 ontleend aan een bepaling in het personen- en familierecht over tegenstrijdige belangen tussen ouder en minderjarig kind. Zie nader hoofdstuk 5.

8 Dorresteyn 1989, p. 6. Zie nader over deze definitie § 2.1.3.

9 In gelijke zin Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1426, r.o. 8.78 en 8.85, *JOR* 2023/148, m.nt. L. Timmerman (*Rendo*).

10 OK 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, *NJ* 1984/481, m.nt. Ma; *JOR* 2022/56, m.nt. Leijten (*Linders/Hofstee*). Zie nader § 2.1.4 en hoofdstuk 6.

11 Art. 2:44 lid 6, 47 lid 7, 129 lid 6, 140 lid 5, 239 lid 6, 250 lid 5, 291 lid 6 en 292a lid 7 BW.

gedragsregels; de wettelijke onthoudingsregel is tevens een besluitvormingsregel.¹² Worden die regels opzettelijk overtreden, dan is van het tegenstrijdig belang misbruik gemaakt; worden ze gevolgd, dan valt de betrokkene niets te verwijten. Dan is immers goed (want normconform) omgegaan met de tegenstrijdig-belangsituatie.

Of de betrokkene goed of fout is omgegaan met het tegenstrijdig belang wordt achteraf door de rechter bepaald, mede aan de hand van de retrospectieve, algemeen geldende aansprakelijkheidsregels van art. 2:9 BW en 6:162 BW (*ex-post*-toets). Voor aansprakelijkheid van de bestuurder is steeds een ernstig verwijt vereist; de enkele overtreding van een gedragsnorm bij tegenstrijdig belang is daartoe onvoldoende.

In het spraakgebruik, literatuur en jurisprudentie wordt de feitelijke situatie van tegenstrijdig belang soms niet scherp onderscheiden van het misbruik maken van die situatie. Zo wordt met de uitdrukking 'hij handelde met tegenstrijdig belang' nooit bedoeld: 'hij handelde correct met tegenstrijdig belang', maar altijd: 'hij maakte misbruik van zijn tegenstrijdig belang'. De uitdrukking 'handelen met tegenstrijdig belang' is dan een ellips voor 'verkeerd handelen met tegenstrijdig belang'. Door dit spraakgebruik krijgt tegenstrijdig belang ten onrechte de connotatie van misbruik en kan tegenstrijdig belang als een normatief begrip worden beschouwd of als een situatie die louter *ex post* kan worden vastgesteld: zie nader over deze spraakverwarring § 2.1.3 en 2.2.2.

De specifieke, op tegenstrijdig belang toegesneden gedragsregels beogen uitsluitend het belang van de rechtspersoon te beschermen en van hen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, onder wie minderheidsaandeelhouders (art. 2:8 lid 1 BW). Belangen van anderen, zoals crediteuren en werknemers, vinden slechts bescherming als afgeleide van het belang van de rechtspersoon.¹³

2.1.3 Een neutraal begrip; risico van misbruik, dreiging van nadeel

Omdat met een tegenstrijdig-belangsituatie zowel goed als fout kan worden omgegaan treft een bestuurder geen verwijt van een situatie van tegenstrijdig belang. Een verhelderende tekst uit de Verenigde Staten luidt als volgt:

*'As noted in the Official Comment to the MBCA, a conflict of interest is not in itself a crime or a tort or necessarily injurious to the company. A 'conflict of interest' is not something a director is 'guilty of'; it is simply a state of affairs. It is a state of affairs, which can potentially, but not necessarily, lead to an abusive situation. Indeed, in many situations, a company and its shareholders may secure major benefits from a transaction despite the presence of a director's conflicting interest.'*¹⁴

12 De wettelijke onthoudingsregel is primair opgezet als een besluitvormingsregel, maar behelst ook een gedragsnorm voor bestuurders. Zie uitgebreid hierover hoofdstuk 7.

13 Tegenstrijdig-belangrecht beoogt dus geen *rechtstreekse* bescherming van crediteuren of werknemers. Anders, zo lijkt het OK 20 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:433, JOR 2025/159, m.nt. A.F.J.A. Leijten. Zie nader hoofdstuk 4 en hoofdstuk 7, § 7.7.2.

14 MBCA, Introductory Comment, s. 8.60. Deze toelichting is inmiddels door een andere vervangen. De Amerikaanse *Model Business Corporation Act* (MBCA) is vennootschapsrechtelijke modelwetgeving uit 1950, opgesteld door de *Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law* van de American Bar Association (ABA). De *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA) is de 1984 versie van de MBCA, gevolgd door de 2013 versie van de MBCA. De huidige versie stamt uit 2016. Voor een vergelijkbaar citaat zie Slagter/Assink 2013, p. 970.

Een bestuurder is dus niet 'schuldig' aan het bestaan of ontstaan van een situatie van tegenstrijdig belang, want dat is '*simply a state of affairs*'.¹⁵ Een tegenstrijdig belang kan, maar hoeft niet te leiden tot een '*abusive situation*' als gevolg waarvan de rechtspersoon schade lijdt. Een bestuurder kan misbruik van zijn tegenstrijdig belang maken, maar hij kan dat ook nalaten en schade voor de rechtspersoon voorkomen. Of een bestuurder zichzelf in een situatie van tegenstrijdig belang heeft gebracht is zonder belang: het gaat er telkens om hoe hij met die situatie omgaat.

Tegenstrijdig belang is dus ook een neutraal of kleurloos begrip. Een tegenstrijdig belang bergt het *risico* in zich van misbruik en daardoor benadeling van de rechtspersoon.¹⁶ Door effectief en juist, dat wil zeggen: conform de regels bij tegenstrijdig belang, in het belang van de rechtspersoon te handelen, kan de verwezenlijking van dat risico worden vermeden.¹⁷

De notie van tegenstrijdig belang als een neutraal en kleurloos begrip komt niet in strijd met het *Bruil*-arrest, waarin de Hoge Raad het heeft over een bestuurder die 'integer en onbevooroordeeld' het belang van de vennootschap moet behartigen.¹⁸ De Hoge Raad verwacht van de bestuurder dat hij te allen tijde integer en onbevooroordeeld handelt; een tegenstrijdig belang vormt (niet meer dan) een gevaar voor een zodanig handelen. De Hoge Raad bedoelt niet dat een integer en onbevooroordeeld bestuurder geen tegenstrijdig belang mag hebben of dat die bestuurder elk tegenstrijdig belang moet vermijden. Het gaat erom dat de bestuurder integer en onbevooroordeeld met zijn tegenstrijdig belang moet omgaan.

De OK heeft het in haar beschikkingen sinds april 2022 soms over 'een reëel risico' op misbruik van tegenstrijdig belang en daardoor benadeling van de rechtspersoon. In die beschikkingen noemt zij de misbruiksituatie 'belangenverstrengeling'.¹⁹ Een situatie waarin 'een reëel risico op belangenverstrengeling' bestaat is dus dezelfde als de (neutrale) situatie van tegenstrijdig belang, waarbij gedragsregels in acht moeten worden genomen. Omdat de term 'belangenverstrengeling' ook in andere betekenissen dan de misbruiksituatie wordt gebruikt, verdient het aanbeveling dat de OK consistent de term 'tegenstrijdig belang' gebruikt in plaats van 'een reëel risico op belangenverstrengeling'.²⁰

15 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/221, onder e: 'Uit art. 2:129-239 lid 6 BW volgt niet dat de enkele aanwezigheid van een tegenstrijdig belang aan de betrokken bestuurder kan worden verweten.'

16 Gaat het om kapitaalvennootschappen, dan valt vaak de term 'benadeling van minderheidsaandeelhouders'. Doordat de vennootschap wordt benadeeld, worden in beginsel alle aandeelhouders gelijkkelijk benadeeld. Indien de benadeling van de vennootschap gepaard gaat met, kort gezegd, ongerechtvaardigde bevoordeling van meerderheidsaandeelhouders, dan is het juist om te spreken van benadeling van (vennootschap en) minderheidsaandeelhouders.

17 In gelijke zin Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2023/1.

18 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, r.o. 3.4, *NJ* 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil*).

19 OK 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, r.o. 4.6, *JOR* 2022/176, m.nt. Leijten (*Flevo Berry*); OK 8 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734, r.o. 4.10, *JOR* 2022/175, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Omines*); OK 14 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3705, r.o. 3.6, *ARO* 2023/3 (*APM*); OK 22 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3638, r.o. 3.8, *ARO* 2023/13 (*Fivoor*); OK 16 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:369, r.o. 4.7b, *JOR* 2024/163, m.nt. K.A.M. van Vught, *ARO* 2024/4, m.nt. H. Willems (*i3 Holding*). Zie nader § 2.2.5.

20 Zie over het uiteenlopende gebruik van de term 'belangenverstrengeling' en de daardoor optredende verwarring, ook in de uitspraken van de OK, § 2.1.8 en 2.2.5.