

Tegenstrijdig belang

Het ambtelijk voorontwerp van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen uniformeert de tegenstrijdigbelangregeling. Dat is een positieve ontwikkeling. Het *Bruil*-criterium is in de nieuwe regeling misplaatst. Bovendien zou de wetgever moeten accepteren dat bij de stichting bij gebrek aan een statutaire voorziening besluitvorming onder omstandigheden onmogelijk zal zijn.



Een van de doelstellingen van de minister is het harmoniseren van de tegenstrijdigbelangregeling voor alle privaatrechtelijke rechtsvormen. Vanouds kende het Burgerlijk Wetboek in Boek 2 beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid met betrekking tot de N.V., de B.V. en de vereniging. Voor de vereniging is dat nog steeds het geval. Art. 2:47 BW geeft aan de algemene vergadering de bevoegdheid om in alle gevallen waarin de vereniging een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders of commissarissen, een of meer personen aan te wijzen om de vereniging te vertegenwoordigen. Deze bevoegdheid is van dwingend recht. De algemene vergadering is evenwel niet verplicht om de bevoegdheid uit te oefenen. De regeling van art. 2:47 BW is ook van toepassing voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, blijkens art. 2:53a lid 1 BW. De regeling voor de N.V. en de B.V. was iets gedetailleerder en kende uitdrukkelijk de mogelijkheid om een afwijkende regeling te treffen, waarbij het zelfs mogelijk was om in geval van tegenstrijdig belang de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het bestuur terug te geven. Dwingend was evenwel de bevoegdheid van de algemene vergadering om een of meer (andere) personen aan te wijzen die bevoegd waren om de rechtspersoon te vertegenwoordigen in geval van een tegenstrijdig belang met een of meer bestuurders. Voor de stichting ontbrak en ontbreekt iedere wettelijke bepaling aangaande een tegenstrijdig belang.¹

1. De kwalificatie ‘tegenstrijdig belang’

Per 1 januari 2013 is de vertegenwoordigingsregeling van de N.V. en de B.V. vervangen door een regeling inzake de besluitvorming. Niet-naleving van de regeling tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en de bestuurders niet aan, zodat tegenover de wederpartij geen beroep mogelijk is op de niet-naleving.² De regeling houdt in dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming. Indien daardoor besluitvorming onmogelijk wordt, wordt een besluit ter zake genomen door de raad van commis-

sarissen dan wel de algemene vergadering (art. 2:129/239 lid 6 juncto lid 5 BW). De statuten kunnen anders bepalen, bijvoorbeeld dat in geval van tegenstrijdig belang elke bestuurder zijn bevoegdheid om aan de besluitvorming deel te nemen behoudt.

Voor commissarissen is een parallelle regeling getroffen (art. 2:140/250 lid 5 BW).

In art. 2:129 en 239 BW verstaat de wetgever onder een tegenstrijdig belang: een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming (c.q. instelling). De reikwijdte van het begrip ‘tegenstrijdig belang’ is hiermee ingeperkt ten opzichte van het verleden. Naast de categorie van het directe persoonlijk belang – de bestuurder is zelf de wederpartij van de vennootschap – en die van het indirecte persoonlijk belang – de bestuurder staat in een eigen nauwe relatie tot de wederpartij van de vennootschap – is er ook nog de categorie van het kwalitatieve belang – de bestuurder is eveneens bestuurder van de wederpartij. Die laatste categorie wordt door art. 2:129/239 niet bestreken. Overigens was omstreken of het kwalitatieve tegenstrijdig belang werd bestreken door de tegenstrijdigbelangregeling van art. 2:146/256 BW (oud), zoals die gold voor 2013.³ De discussie spitste zich toe op de vraag welk standpunt de Hoge Raad hierover had ingenomen. De rechtspraak koos het zekere

* Mr. dr. E.R. Helder is universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht.

1. Zie ook M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Governance en toezicht’, in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 (2e herziene druk), par. 14.6.
2. Buiten het bestek van dit artikel vallen situaties als die in HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (*Bibolini*), waarin de wederpartij nauw betrokken is bij de gang van zaken binnen de vennootschap.
3. Zie M.C.P. van Dongen, ‘De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd’, *TvOB* 2013, afl. 2, noot 7.

voor het onzekere en liet – zeker sinds het *Duplicado*-arrest⁴ – de algemene vergadering een overkill aan besluiten nemen waarbij het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd werd verklaard, ook in geval van een mogelijk tegenstrijdig belang. Met name in eenpersoonsvennootschappen en in concernverhoudingen kon dit vormen aannemen die door de betrokkenen als ridicul werden ervaren. Dit werd in de praktijk een serieuze bedreiging voor het gezag van de wetgever en voor het professionele gezag van de ondernemingsrechtjurist.⁵

Een volgende vraag was hoe concreet het tegenstrijdig belang zich diende te manifesteren om van een tegenstrijdig belang in de zin van Boek 2 BW te moeten spreken. Eind vorige eeuw leek de Hoge Raad een formele benadering te kiezen. De tegenstrijdigbelangregeling zou dan gelden in elke situatie waarin zich potentieel een tegenstrijdig belang zou kunnen voordoen.⁶ In 2007 sprak het hoogste rechtscollege evenwel in het *Bruil*-arrest⁷ uit dat aan de hand van de omstandigheden van het geval moest worden nagegaan of er daadwerkelijk sprake was van een tegenstrijdig belang. Met andere woorden: niet elk eigen belang hoeft een tegenstrijdig belang te zijn, de tegenstrijdigheid moet voldoende concreet en aanwijsbaar zijn. Het tegenstrijdig belang werd nu materieel benaderd, in tegenstelling tot eerdere jurisprudentie.⁸ Een volgende stap in deze ommekeer maakte de Hoge Raad een jaar later door toe te laten dat de wederpartij tegen een beroep op onbevoegde vertegenwoordiging verweer voerde door zich te beroepen op zijn onbekendheid met het tegenstrijdig belang (goede trouw) of met een beroep op de redelijkheid en billijkheid, dat zou meebrengen dat de verstrekkendheid van de gevolgen van het beroep op onbevoegde vertegenwoordiging in het concrete geval niet gerechtvaardigd zou zijn.⁹

Het voordeel van de in het *Bruil*-arrest gekozen materiële benadering is dat de strekking van de tegenstrijdigbelangregeling niet wordt opgerekt. Het nadeel daarentegen is dat de rechtsonzekerheid toeneemt. Met het *Bruil*-arrest is een grijs gebied ontstaan waarin het discutabel kan zijn of er sprake is van een tegenstrijdig belang of niet. In combinatie met de externe werking die de oude tegenstrijdigbelangregeling kende, leidde dit tot situaties waarin de praktijk de toevlucht nam tot dubbele vertegenwoordiging van de rechtspersoon: (1) door de bestuurder ‘voor zover mogelijk’ en (2) door een aangewezen vertegenwoordiger ‘voor zover nodig’. Terecht heeft Dorrestein opgemerkt dat het *Bruil*-criterium is ontwikkeld voor de beoordeling van een gang van zaken achteraf en om de rechtsonzekerheid die uit de oude vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/256 BW voortvloeide te

beperken. De wetgever heeft het *Bruil*-criterium thans geadopteerd als maatstaf vooraf.¹⁰ Maar als maatstaf vooraf biedt een formeel criterium meer rechtszekerheid dan een materieel criterium. Een materieel criterium gaat onvermijdelijk gepaard met een grijs gebied, zeker indien niet ieder aan te wijzen eigen belang behoeft te kwalificeren als tegenstrijdig belang in de zin der wet.

2. Kwalificatie in governancecodes

In governancecodes is eerder dan in Boek 2 BW aandacht besteed aan de inkleuring van de term ‘tegenstrijdig belang’. In de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC) werd in 2003 het principe opgenomen dat de bestuurders van een vennootschap elke schijn van belangenverstremgeling tussen de vennootschap en henzelf dienen te vermijden. En iedere transactie die van materiële betekenis is voor hetzij een bestuurder, hetzij de vennootschap en waarbij tegenstrijdige belangen spelen, dient niet plaats te vinden zonder goedkeuring van de raad van commissarissen.¹¹

In de meeste sectorspecifieke governancecodes is dit principe inhoudelijk overgenomen, met dien verstande dat de restrictie ‘van materiële betekenis’ niet altijd is overgenomen.¹² Overeenkomstige bepalingen zijn steeds opgenomen ten aanzien van het toezichthoudend orgaan. De restrictie neemt niet weg dat hier sprake is van een formeel criterium, de codes gaan niet uit van een inhoudelijke toets vooraf of er zich in concreto een tegenstrijdig belang voordoet. Ook de schijn moet worden vermeden, aan een inhoudelijke toetsing komt men dan niet toe.

De NCGC hanteert een onderscheid tussen principes en best practices. Dit onderscheid berust op het uitgangspunt dat enerzijds de principes in ieder geval gehanteerd dienen te worden, dat anderzijds van de best practices kan worden afgeweken, mits dat in het jaarverslag van de rechtspersoon wordt verantwoord (‘pas toe of leg uit’).

Als best practices ten aanzien van tegenstrijdige belangen, bepaalt de NCGC onder meer dat een bestuurder niet met de vennootschap zal concurreren, geen zakelijke kansen voor de vennootschap zal doen toekomen aan zichzelf, zijn echtgenoot of andere levensgezel, bloed- of aanverwanten tot de tweede graad of aan een pleegkind. Dezelfde kring van personen zal ten laste van de vennootschap geen substantiële schenkingen accepteren. In het algemeen zal een bestuurder aan derden geen ongerechtvaardigde voordelen ten laste van de vennootschap verschaffen (II.3.1). Voorts wordt bepaald dat een tegenstrijdig belang in ieder geval bestaat indien de vennootschap

4. HR 9 juli 2004, NJ 2004/519 (*Duplicado*).

5. Van der Sangen drukt zich nog mild uit als hij spreekt van ‘onpraktische resultaten’, zie G.J.H. van der Sangen, ‘Tegenstrijdigbelangperielen, the saga continues’, *TvOB* 2010, afl. 2, p. 46.

6. HR 22 maart 1996, NJ 1996/568 (*Mediasafe I*).

7. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 (*Bruil*).

8. Zoals HR 3 mei 2002, JOR 2002/111 (*Brandao/Joral*).

9. HR 21 maart 2008, NJ 2008/297 (*Nieuwe Steen Investments*).

10. Zie ambtelijk voorontwerp van de memorie van toelichting, par. II.A, p. 11.

11. Nederlandse Corporate Governance Code, principe II.3.

12. Zie onder meer art. 3.3 van de Zorgbrede Governance Code 2010, art. II.3 van de Branchecode governance HBO (2006) en art. II.3 van de Aedescode (2007).

voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon: (i) waarin een bestuurder persoonlijk een materieel financieel belang houdt, (ii) waarvan een bestuurder familie is van een bestuurder van de vennootschap of (iii) waarvan de bestuurder zelf bestuurder of toezichthouder is (II.3.2). Een bestuurder neemt in die gevallen niet deel aan de besluitvorming en aan de daaraan voorafgaande discussie. De desbetreffende transacties dienen te worden genoemd in het jaarverslag met de vermelding van het tegenstrijdig belang en dat de best practices zijn nageleefd. Bovendien dienen marktconforme condities te worden gehanteerd (II.3.3 en 4). De wetgever lijkt in 2013 enige inspiratie geput te hebben uit de governance-codes. Als dat zo is, heeft men toch kennelijk de crux gemist door het *Bruil*-criterium weer van stal te halen.

Governancecodes kunnen de wet niet opzijzetten, alleen aanvullen en inkleuren. Een wetswijziging is daarom per definitie een moment om te overwegen of een governance-code actualisering behoeft. Het gaat buiten het kader van dit artikel om daar dieper op in te gaan.

3. Norm

De prealabele vraag is uiteraard waarom het problematisch zou zijn dat een bestuurder (of een toezichthouder) van een rechtspersoon een tegenstrijdig belang heeft. Het antwoord op die vraag is wellicht voor wat betreft de N.V. te vinden in art. 2:129 lid 5 BW en voor wat betreft de B.V. in art. 2:239 lid 5 BW. Daarin wordt bepaald dat de bestuurders zich bij hun taakvervulling dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. Art. 2:140 lid 2 en art. 2:250 lid 2 BW, laatste volzin, bepalen hetzelfde voor de commissarissen. Art. 2:9 lid 1 BW bepaalt in het algemeen dat een bestuurder jegens de rechtspersoon verplicht is tot een behoorlijke taakvervulling. Niet valt in te zien waarom de norm voor een behoorlijke taakvervulling voor een N.V. of B.V. anders ingevuld zou moeten worden dan voor andere rechtsvormen. Het is dan ook een logische stap dat nu wordt voorgesteld om de norm van art. 2:129/239 lid 5 BW te verplaatsen naar het algemeen deel van Boek 2. De norm is rechtsvormneutraal.

De Hoge Raad formuleerde in het genoemde *Bruil*-arrest wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang, namelijk indien de betrokken bestuurder niet in staat moet 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.¹³ We zien hier een samenloop van recht en psychologie. Een bestuurder kan in persoonlijke omstandigheden verkeren waarin er niet van hem verwacht mag worden dat hij onverkort aan de norm van art. 2:9 lid 1 juncto art. 2:129/239 lid 5 BW kan voldoen. Dat is het geval als er een interferentie plaatsvindt met andere belangen waaraan de bestuurder een loyaliteit heeft. De vraag is dan ook opgeworpen in hoeverre het *Bruil*-criterium

als maatstaf vooraf toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de in art. 2:9 lid 1 BW gegeven algemene norm van behoorlijk bestuur.¹⁴

In dit verband merk ik op dat men het bestaan van een tegenstrijdigbelangssituatie als zodanig een bestuurder niet kan verwijten. Het bewust in het leven roepen van zo'n situatie kan daarentegen wellicht als onbehoorlijke taakvervulling worden gekwalificeerd, indien de situatie vermijdbaar was geweest. Overigens heeft de Hoge Raad in het *Brandao/Joral*-arrest aangegeven dat het bestuur de algemene vergadering dient te informeren over situaties waarin het risico bestaat dat een bestuurder persoonlijke belangen laat prevaleren boven de belangen van de rechtspersoon.¹⁵ Deze regel werd uitdrukkelijk gegeven voor een vennootschap die geen raad van commissarissen had. De overwegingen uit het *Brandao/Joral*-arrest worden door de thans voorgestelde wetswijzigingen niet ingehaald, zodat moet worden aangenomen dat deze door de Hoge Raad geformuleerde plicht tot informeren zal blijven gelden.

4. Besluitvorming versus vertegenwoordiging

De tegenstrijdigbelangregeling van art. 2:129/239 BW geldt sinds 2013. Voordien kende het vennootschapsrecht een regeling die niet zag op de besluitvorming, maar op de vertegenwoordiging in geval van een tegenstrijdig belang. Art. 2:146/256 BW bepaalden dat in geval van een tegenstrijdig belang van een bestuurder in beginsel geen enkele bestuurder nog vertegenwoordigingsbevoegd was. De vertegenwoordiging diende dan te geschieden door commissarissen. De statuten mochten een afwijkende regeling bevatten. Die afwijkende regeling hield veelvuldig in dat de bestuurders in geval van tegenstrijdig belang hun vertegenwoordigingsbevoegdheid behielden. Echter was de algemene vergadering te allen tijde bevoegd één of meer andere vertegenwoordigers aan te wijzen. Deze laatste bepaling was van dwingend recht. Omdat hier sprake was van een uit de wet voortvloeiende beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, had de regeling externe werking, zodat tegenover een wederpartij een beroep op de onbevoegde vertegenwoordiging mogelijk was. Daarbij rustte op het bestuur wel de taak om de algemene vergadering tijdig over het tegenstrijdig belang te informeren. Echter behielden de bestuurders hun statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid als de algemene vergadering geen gebruik maakte van haar bevoegdheid om één of meer vertegenwoordigers aan te wijzen.¹⁶ Hier bestond dus een grijs gebied: enerzijds mocht het bestuur de algemene vergadering niet te vlug af zijn, anderzijds behoefde het bestuur niet een besluit van de algemene vergadering af te wachten.

In het verenigingsrecht geldt nog steeds een tegenstrijdigbelangregeling die gerelateerd is aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Art. 2:47 BW bepaalt dat in alle gevallen waarin één of meer bestuurders of commissarissen

13. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 (*Bruil*).

14. A.F.M. Dorresteyn, 'Tegenstrijdig belang: het paard achter de wagen', *WPNR* 2010, afl. 6836, p. 225-226.

15. HR 3 mei 2002, r.o. 3.5.2, NJ 2002/393 (*Brandao/Joral*).

16. HR 21 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1849, NJ 2008/297 (*Nieuwe Steen Investments*).

een belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap, de algemene vergadering één of meer personen kan aanwijzen om de vereniging ter zake te vertegenwoordigen. Een tegenstrijdigbelangregeling die (enkel) betrekking heeft op de vertegenwoordigingsbevoegdheid miskent impliciet dat vertegenwoordigingshandelingen altijd dienen te berusten op besluitvorming door de daartoe bevoegde organen van de rechtspersoon. Die besluitvorming is weliswaar niet altijd een voorwaarde voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar de vertegenwoordiger is als zodanig geen orgaan van de rechtspersoon. In theorie voert de vertegenwoordiger slechts besluiten uit. Wanneer de bestuurder met een tegenstrijdig belang onverkort aan de besluitvorming mag deelnemen, is het aanwijzen van een ander als vertegenwoordiger dan ook eerder versluisend dan beschermend: wat kan de vertegenwoordiger immers anders dan uitvoeren hetgeen besloten is? Die versluisende regeling heeft ondertussen wel externe werking, zodat de rechtszekerheid erdoor wordt aangetast. Het is dan ook een stap in de goede richting dat de wetgever in navolging van de governancecodes ervoor heeft gekozen om de vertegenwoordigingsregeling te vervangen door een besluitvormingsregeling.¹⁷

5. Uniformering

Het voorontwerp houdt in dat de regeling van art. 2:129/239 lid 6 BW wordt overgebracht naar een nieuw derde lid van art. 2:9 BW, dus naar het algemeen deel van Boek 2. Aldus gaat de regeling gelden voor alle rechtsvormen. Dat is een logische stap, want tegenstrijdig belang is een rechtsvormneutraal begrip. Bij elke rechtsvorm kan er een tegenstrijdig belang, zoals hiervoor aangeduid, bestaan tussen de rechtspersoon en een bestuurder. Uniformering van wetgeving draagt in het rechtspersonenrecht in het algemeen bij aan transparantie, hanteerbaarheid en flexibiliteit.

De regeling houdt in dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de besluitvorming en ook niet aan de beraadslaging daarover. Indien de bestuurder wel betrokken is bij de beraadslaging en/of de besluitvorming zal dat leiden tot een vernietigbaar besluit. Het is immers genomen in strijd met een wettelijke bepaling die het tot stand komen van besluiten regelt (art. 2:15 lid 1 sub a BW). Indien het criterium van het niet deelnemen aan de beraadslaging rigide wordt toegepast bij de regeling zichzelf in de staart. De wetgever volgt immers het materiële criterium uit het *Bruil*-arrest. Dat betekent dat niet elk eigen belang van een bestuurder als tegenstrijdig belang kwalificeert. Indien een bestuurder ten aanzien van een voorgenomen besluit melding maakt van een eigen belang, zal derhalve allereerst moeten worden vastgesteld of hier inderdaad sprake is van een tegenstrijdig belang. De vraag kan rijzen of de betrokken bestuur-

der dan niet reeds heeft deelgenomen aan de beraadslaging. De minister liet evenwel ruimte aan de mogelijkheid dat de betrokken bestuurder voorafgaand aan de beraadslaging wordt gehoord door degenen die wel bevoegd zijn aan de besluitvorming deel te nemen.¹⁸ Wellicht moeten we de wet aldus interpreteren dat het niet voldoende is wanneer de betrokken bestuurder even de gang op gaat als er gestemd gaat worden. Er dient aanwijsbaar een beraadslaging buiten zijn aanwezigheid te hebben plaatsgevonden, een beraadslaging waarop door de betrokken bestuurder niet meer is gereflecteerd voordat het besluit werd genomen.

Het voorgestelde art. 2:9 lid 3 BW zal – evenals thans art. 2:129/239 lid 5 BW – grotendeels van dwingend recht zijn. De wet biedt hier derhalve een stuk bescherming, waarvan de rechtspersoon zich niet via haar statuten kan ontdoen. De wettekst stelt dwingend dat een bestuurder niet deelneemt aan beraadslaging en besluitvorming indien hij een tegenstrijdig belang heeft. Indien daardoor geen besluit kan worden genomen, stelt de wettekst dwingend dat een besluit zal worden genomen door de raad van commissarissen. Pas indien er geen raad van commissarissen is biedt de wet ruimte voor een statutaire regeling, in afwijking van de wettelijke regeling dat alsdan de algemene vergadering een besluit zal nemen. Art. 2:140/250 lid 5 BW biedt een analoge regeling voor het geval een commissaris een tegenstrijdig belang heeft. Ook deze dient zich van beraadslaging en besluitvorming te onthouden. Voor het geval daardoor geen besluit kan worden genomen kunnen de statuten een voorziening bieden. Bij het ontbreken van een statutaire voorziening zal de algemene vergadering bevoegd zijn een besluit te nemen. Hoewel de regeling ten dele dwingendrechtelijk zal zijn, maakt de wet het dus mogelijk om via een regeling in de statuten de besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang geheel weg te houden van de algemene vergadering. Er is een principiële reden om voor zo'n statutaire regeling te kiezen. Het tegenstrijdig belang heeft immers betrekking op het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Het bestuur en het toezicht houdend orgaan dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar dat belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. De algemene vergadering daarentegen is niet wettelijk gebonden aan het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Daaruit zou men – een beetje cynisch – kunnen afleiden dat voor de algemene vergadering het vraagstuk van het tegenstrijdig belang geen rol speelt, evenzeer kan men verdedigen dat het belang van de rechtspersoon meebrengt dat besluiten met een tegenstrijdig belang niet thuishoren in de algemene vergadering. Overigens zijn de algemene vergadering en haar leden wel gebonden aan de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van de andere betrokkenen bij de rechtspersoon (art. 2:8 BW) en de rechtspraak laat er geen misverstand over bestaan dat die

17. Anders W.J.M. van Veen, 'Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in rechtspersonenrecht', in: *Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 61 e.v. Van Veen wijst erop dat enerzijds een vertegenwoordigingsregeling onvoldoende bescherming biedt aan de derde te goeder trouw, dat anderzijds een interne regeling rechtsonzekerheid creëert ten aanzien van de derde die niet te goeder trouw is, zodat het uiteindelijke resultaat van de voorgestelde regeling toch weer afhankelijk is van de ontwikkeling van de jurisprudentie.

18. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763., 6.

redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een aandeelhouder het belang van de vennootschap niet mag negeren.¹⁹ Niettemin blijft er een significant verschil: voor bestuurders en commissarissen dient het belang van de rechtspersoon leidend te zijn, voor aandeelhouders is het belang van de rechtspersoon niet meer dan nevenschikt aan het eigen belang.

Uit het vorenstaande mag blijken dat de combinatie van een dwingendrechtelijke regeling en het *Bruil*-criterium een bron van rechtsonzekerheid gaat worden. Het *Bruil*-criterium brengt mee dat in het geval dat een direct of indirect persoonlijk belang wordt geconstateerd, iemand de afweging moet maken of dat persoonlijke belang als tegenstrijdig belang moet worden aangemerkt. Wie is daartoe bevoegd? In het licht van het *Brandao/Joral*-arrest kan de gedachte opkomen dat de algemene vergadering daarover dan een uitspraak dient te doen, maar de voorgestelde wettekst bevat geen aanknopingspunt voor die gedachte. In het verleden pleegde het notariaat rechtsonzekerheid rond de vertegenwoordiging te voorkomen door een dubbele vertegenwoordiging in akten op te nemen: de notaris liet bijvoorbeeld de rechtspersoon vertegenwoordigen door de bestuurder ‘voor zover mogelijk’ en door een aangewezen vertegenwoordiger ‘voor zover nodig met het oog op een tegenstrijdig belang’. Een dubbele besluitvorming – met en zonder de bestuurder die mogelijk een tegenstrijdig belang heeft – lijkt mij geen geloofwaardige oplossing.

Overigens zijn niet alleen bij de opschaling naar de algemene vergadering vraagtekens te plaatsen. Daaraan vooraf gaat een opschaling van het bestuur naar het toezichthoudend orgaan. Dat heeft tot gevolg dat het toezichthoudend orgaan een besluit dient te nemen dat normaliter tot het domein van het bestuur behoort. Dit vloeit niet logisch voort uit de aanbevelingen van de commissie-Halsema, die onder meer de ‘weeffout’ constateerde dat de verantwoordelijkheden van organen van stichtingen in de semipublieke sector onvoldoende duidelijk zijn.²⁰ In dat licht ligt het meer voor de hand om besluitvorming aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht te onderwerpen dan dat de besluitvorming als zodanig naar de raad van toezicht wordt verlegd.

6. Afwijkende regeling voor de stichting

De voorgestelde regeling is toepasbaar voor alle rechtsvormen, met uitzondering van de stichting. De stichting heeft immers per definitie geen algemene vergadering.²¹ Er ontstaat derhalve een vacuüm voor zover een regeling voor besluitvorming naar de algemene vergadering verwijst. Het wetsvoorstel lost dit op door voor te schrijven dat in een geval van tegenstrijdig belang de overwegingen

die tot het besluit hebben geleid schriftelijk dienen te worden vastgelegd.²² In feite wordt daarmee de bevoegdheid teruggelegd bij het bestuur c.q. de raad van toezicht, waarvan alle leden een tegenstrijdig belang hebben. Bij vennootschappen is die situatie slechts te creëren door middel van een statutaire regeling. Ik zou ervoor willen pleiten om dat laatste onverkort voor de stichting te laten gelden. De mogelijkheid van rechtshandelingen met een tegenstrijdig belang zou uitgesloten moeten kunnen worden of beperkt tot in de statuten omschreven gevallen. Bij gebreke van zo’n statutaire regeling zal het collectieve tegenstrijdig belang van de bestuurders c.q. bestuurders en toezichthouders met zich meebrengen dat besluitvorming niet mogelijk is. Dat klinkt nadelig, maar het is de vraag hoe zwaarwegend dat nadeel is. Zonder statutaire basis kan een stichtingsbestuur ook niet besluiten tot overeenkomsten betreffende het verwerven, bezwaren of vervreemden van registergoederen en/of tot overeenkomsten inhoudende borgstelling, hoofdelijkheid of het zich sterk maken voor een derde (art. 2:291 lid 2 BW). Bovendien is het doen van uitkeringen aan bestuurders en toezichthouders – een tegenstrijdigbelangssituatie – reeds categorisch verboden in art. 2:285 lid 3 BW.

De door mij hier bepleite regeling voor de stichting kan tot gevolg hebben dat daarmee besluiten in strijd met de wet c.q. de statuten tot stand komen en derhalve nietig zijn op grond van art. 2:14 BW. Daarmee ontstaat een aanknopingspunt om in voorkomende gevallen eenvoudiger te kunnen concluderen tot onbehoorlijk bestuur. Wellicht wordt het daardoor voor het Openbaar Ministerie iets aantrekkelijker om gebruik te gaan maken van zijn bevoegdheden uit hoofde van art. 2:297 BW.

Het Nederlandse stichtingenrecht is flexibel. De stichting is daardoor in het Nederlandse recht een breed inzetbare rechtsvorm. Juist om te voorkomen dat die brede inzetbaarheid zich tegen zichzelf gaat keren, is enige begrenzing gewenst. Dit geldt temeer daar opsporingsdiensten de stichting inmiddels veelvuldig aantreffen als schakel in witwaspraktijken. Crimineel gebruik van rechtspersonen zal nooit helemaal uit te bannen zijn, maar de gedachte dat een professionele inbreker toch wel binnenkomt is geen reden om je huis niet van sloten te voorzien.

7. Slotbeschouwing

De minister is voornemens de tegenstrijdigbelangregeling voor alle rechtsvormen te uniformeren. Dat is een goede zaak, omdat de ratio ontbreekt waarom regelingen op dat punt per rechtsvorm zouden moeten verschillen.²³ De wetgever zou een meer formele benadering van het begrip tegenstrijdig belang mogen hanteren en explicieter mogen zijn in het benoemen van omstandigheden die een

19. Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 3 maart 1999, r.o. 3.3, *NJ* 1999/350 (*Gucci*) en Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928, r.o. 3.13, *ARO* 2010/92 (*PCM II*).

20. Commissie Behoorlijk Bestuur, rapport ‘Een lastig gesprek’, 11 september 2013, uitgebracht aan de Minister van Economische Zaken. Blijkens par. I.2.2 van het ambtelijk voorontwerp van de memorie van toelichting is met het wetsvoorstel wel beoogd om invulling te geven aan de aanbevelingen van de commissie.

21. Dit volgt uit art. 2:285 lid 1 BW.

22. In een toe te voegen art. 2:292a lid 5 BW.

23. Zie hierover E.R. Helder, *De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming* (diss. Utrecht), Den Haag: Sdu 2013, p. 139.

tegenstrijdig belang impliceren. Wegens het ontbreken van een algemene vergadering vraagt de stichting ten dele om een eigen regeling. De wetgever zou echter niet te krampachtig moeten zoeken naar wegen om besluitvorming in geval van een tegenstrijdig belang mogelijk te maken. Af en toe loopt een mens tegen grenzen aan.