

Tegenstrijdig belang

Recente ontwikkelingen sinds de wetswijziging in 2013

*Mr. E. Zwerus en mr. S.R. Brand**

1 Inleiding

Inmiddels is het ruim drie jaar geleden dat met de inwerking-treding van de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 de externe vertegenwoordigingsregeling is vervangen door een interne besluitvormingsregeling bij tegenstrijdig belang van bestuurders. De huidige tegenstrijdig-belangregeling voor bestuurders is neergelegd in art. 2:129/239 van het Burgerlijk Wetboek (BW).¹ Voor commissarissen is een vergelijkbare bepaling opgenomen in art. 2:140/250 BW.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de huidige stand van zaken met betrekking tot de tegenstrijdig-belangregeling voor bestuurders van een besloten vennootschap. Meer specifiek besteden wij aandacht aan de norm en de inkleuring van het tegenstrijdig-belangbegrip ten aanzien van bestuurders onder de huidige regeling. In paragraaf 2 komt eerst de oude tegenstrijdig-belangregeling van art. 2:256 BW (oud) aan de orde. Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op de reikwijdte van de huidige tegenstrijdig-belangregeling in art. 2:239 BW. De inkleuring van het tegenstrijdig-belangbegrip passeert in paragraaf 4 de revue. Voorts wordt in paragraaf 5 aandacht besteed aan een aantal op grond van de geldende tegenstrijdig-belangregeling gewezen uitspraken en beschikkingen. In paragraaf 6 volgt de conclusie.

2 Tegenstrijdig-belangregeling onder oud recht

Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de tegenstrijdig-belangregeling voor bestuurders is gestoeld op de gedachte dat de vennootschap moet worden beschermd tegen het risico dat een bestuurder zich bij zijn handelen (vooral) laat leiden door een persoonlijk belang, in plaats van dat hij zich richt op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Ingeval een bestuurder een persoonlijk belang heeft bij een transactie, bestaat namelijk het risico dat de afweging van de bestuurder wordt beïnvloed door zijn belang in privé.²

Vóór de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 was de regeling voor het handelen van de bestuurder bij een tegenstrijdig belang gegoten in de vorm van een vertegenwoordigingsregeling met externe werking. Art. 2:256 BW (oud) bepaalde in dat verband:

‘Tenzij bij de statuten anders is bepaald, wordt de vennootschap in alle gevallen waarin zij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen.’

Krachtens de regeling onder het oude recht was het bestuur onbevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen in geval van een tegenstrijdig belang van één of meer bestuurders, tenzij de statuten anders bepaalden of de algemene vergadering van aandeelhouders één of meer bestuurders had aangewezen.³ Was de vertegenwoordiging door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder niet rechtsgeldig, dan kon de vennootschap zich erop beroepen dat zij niet aan de rechtshandeling was gebonden.⁴ Onder het oude recht lag de nadruk dus op vertegenwoordiging.

3 Tegenstrijdig-belangregeling onder huidig recht

3.1 Reikwijdte van art. 2:239 BW

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 heeft de externe vertegenwoordigingsregeling van art. 2:256 BW (oud) plaatsgemaakt voor een interne besluitvormingsregeling in art. 2:239 BW bij een tegenstrijdig belang van bestuurders.

Volgens de wetgever is de tegenstrijdig-belangregeling eerst en vooral bedoeld voor de vennootschap en de betrokkenen bij de daarmee verbonden onderneming:

‘Daarbij past dat zo’n regeling ook binnen het vennootschappelijke veld vorm krijgt. De norm is in wezen niet een vertegenwoordigingskwestie, maar, zoals ook uit rechtsoverweging 3.7 van het arrest *Bruil* blijkt, een gedragsnorm die de besluitvorming door de bestuurder

* Mr. E. Zwerus is werkzaam als advocaat bij De Bok Roijers Gasseling Advocaten te Rotterdam. Mr. S.R. Brand is werkzaam als advocaat bij De Bok Roijers Gasseling Advocaten te Rotterdam.

1. Het artikel is laatst gewijzigd bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Stb. 2011, 275), in werking getreden op 1 januari 2013. Bij die wijziging zijn de leden 5 en 6 toegevoegd.
2. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

3. N.A. Winthagen, De nieuwe tegenstrijdig-belangregeling: een soepele overgang?, *V&O* 2009, afl. 7/8, p. 146-148.
4. Asser/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2011/408.

raakt. De vertegenwoordigingshandeling volgt (op) die besluitvorming.⁵

Tegen die achtergrond is per 1 januari 2013 een op de besluitvorming gerichte bepaling bij tegenstrijdig belang in Boek 2 BW geïntroduceerd. De in art. 2:239 lid 6 BW opgenomen tegenstrijdig-belangregeling brengt met zich mee dat een bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming, indien hij daarbij een 'direct of indirect persoonlijk belang' heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Anders dan de tegenstrijdig-belangregeling onder het oude recht heeft de huidige in art. 2:239 lid 6 BW neergelegde tegenstrijdig-belangregeling geen externe werking. De keuze voor een interne besluitvormingsregeling is door de wetgever als volgt gemotiveerd:

'Omdat het tegenstrijdige belang vooral de vennootschap raakt, blijven ook de consequenties van de schending van de gedragsnorm beperkt tot de vennootschappelijke verhoudingen. Derden, met wie de vennootschap contracten is aangegaan, worden in dit systeem niet langer belast met het risico dat de overeenkomst nietig wordt verklaard op verzoek van de vennootschap vanwege het tegenstrijdige belang van een bestuurder. De derde moet op grond van het huidige recht de onbevoegdheid van een bestuurder tegen zich laten gelden indien hij van het tegenstrijdige belang op de hoogte was of had moeten zijn. Vooral die laatste mogelijkheid leidt tot onzekerheid voor contractspartijen. Een dergelijke rechtsonzekerheid acht ik niet wenselijk. Ik meen dat de vennootschap haar belangen voldoende kan behartigen met een beroep op de eerdergenoemde artikelen 2:9 en 2:15 BW, waardoor de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang intern wordt afgewikkeld.'⁶

Onder de huidige regeling wordt de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder niet aangetast door een gebrek in de besluitvorming vanwege een tegenstrijdig belang.

3.2 *Melding en vaststelling van een tegenstrijdig belang*

Uit de wet volgt niet aan wie een bestuurder een (mogelijk) tegenstrijdig belang moet melden.⁷ Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat het in beginsel op de weg van de bestuurder met een tegenstrijdig belang ligt om hiervan melding te maken aan zijn medebestuurders.⁸ De gezamenlijke verantwoordelijkheid van de bestuurders brengt met zich mee dat zij alert dienen te zijn op eventuele aanwezigheid van tegenstrijdige belangen.⁹ Voorts is denkbaar dat het tegenstrij-

dig belang ook aan de raad van commissarissen moet worden gemeld.¹⁰ Volgens de minister – in de memorie van toelichting – behoeft geen melding van het tegenstrijdig belang plaats te vinden, tenzij het gaat om een besluit waarvoor de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht heeft.¹¹ Dortmund acht dit evenwel merkwaardig en is van mening dat bij een tegenstrijdig belang van een bestuurder de raad van commissarissen in elk geval de mogelijkheid moet hebben om een en ander nauwer te volgen. Hij merkt terecht op dat dit alleen mogelijk is ingeval de raad van commissarissen over het tegenstrijdig belang van de bestuurder(s) is geïnformeerd.¹²

In de wettelijke tegenstrijdig-belangregeling is evenmin bepaald door wie (ex ante) moet worden vastgesteld of er in een bepaald geval sprake is van een tegenstrijdig belang en of de tegenstrijdig-belangregeling derhalve van toepassing is.¹³ Met betrekking tot deze leemte in de huidige regelgeving signaleren verscheidene auteurs problemen. Onduidelijk is wie ex ante bepaalt of er in een bepaald geval al dan niet sprake is van een tegenstrijdig belang.¹⁴ Ook de wetsgeschiedenis biedt vrijwel geen aanknopingspunten omtrent wie aan deze rol inhoud moet geven. Volgens de memorie van toelichting is het mogelijk om in de statuten een bepaling op te nemen dat de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht heeft ten aanzien van de vraag of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft.¹⁵ De bevoegdheid tot vaststelling of sprake is van tegenstrijdig belang kan ook in de statuten of in een reglement bij de voorzitter van de raad van commissarissen of bij het bestuur (of diens voorzitter) worden gelegd.¹⁶ In de gevallen waarin het erop aankomt, zal veelal echter pas achteraf door de rechter definitief kunnen worden vastgesteld of sprake is geweest van een tegenstrijdig belang en dus ook of rechtsgeldige besluitvorming heeft plaatsgevonden door het juiste orgaan.¹⁷

3.3 *Besluitvormingsregeling bij tegenstrijdig belang*

Uitgangspunt van de in art. 2:239 lid 6 BW neergelegde tegenstrijdig-belangregeling is dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft niet meewerkt aan de totstandkoming van een bestuursbesluit. Dit betreft zowel de voorbereiding van een bestuursbesluit als de uiteindelijke stemming daarover.¹⁸ De geconflieeerde bestuurder mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het onderwerp ten aanzien

5. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

6. Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 7.

7. R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, *Ondernemingsrecht* 2012/92.

8. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 21.

9. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 21.

10. Nowak & Leijten 2012.

11. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 21.

12. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond e.a., *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 489.

13. Nowak & Leijten 2012.

14. Zie o.a. J.B. Huizink, Voorstel tegenstrijdig belang ramp voor aandeelhouders, *TvI* 2009, afl. 9, p. 39-41; A.F.M. Dorresteyn, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling en de praktijk, *O&F* (18) 2010, afl. 2, p. 110-124; zie ook P. Haas in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2014, *JIN* 2014/60.

15. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 21. Zie ook Nowak & Leijten 2012.

16. Nowak & Leijten 2012, p. 502. Zie ook Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond e.a. 2013, p. 489.

17. P. Haas in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 15 januari 2014, *JIN* 2014/60; Nowak & Leijten 2012.

18. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

waarvan hij een tegenstrijdig belang heeft. Volgens de wetsgeschiedenis is het wel mogelijk dat de bestuurder in kwestie voorafgaand aan de bestuursvergadering of mogelijk zelfs bij de introductie van het agendapunt in de bestuursvergadering wordt gehoord door zijn medebestuurders. Op die manier kan hij hen nog wel van de nodige informatie voorzien over het onderwerp ten aanzien waarvan hij een tegenstrijdig belang heeft. De beraadslaging en stemming over het desbetreffende agendapunt dienen evenwel buiten zijn aanwezigheid te geschieden.¹⁹

Wanneer door het tegenstrijdig belang alle bestuurders of de enig bestuurder geconflieerd zijn respectievelijk is, dan verschuift de beslissingsbevoegdheid naar de raad van commissarissen. Ingeval er geen raad van commissarissen is of alle commissarissen geconflieerd zijn, verschuift de beslissingsbevoegdheid naar de algemene vergadering van aandeelhouders.²⁰ De bevoegdheidsverschuiving vindt overigens niet plaats indien de stemmen staken door het wegvallen van een bestuurder. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat er dan geen besluit tot stand komt.²¹ Nowak en Leijten gaan ervan uit dat hetzelfde geldt indien bij een tegenstrijdig belang van één of meer, maar niet alle bestuurders een bepaalde quorumeis of een gekwalificeerde meerderheids- of unanimitateis niet wordt gehaald.²² Op dat soort situaties zal moeten worden geanticipeerd in de statuten of een reglement.

3.4 *Afwijking van de wettelijke besluitvormingsregeling in de statuten*

Het zal niet altijd wenselijk zijn dat in geval van een tegenstrijdig belang de bevoegdheid om een bestuursbesluit te nemen bij de algemene vergadering van aandeelhouders komt te liggen. Uit art. 2:239 lid 6 BW volgt dat wanneer door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang van een bestuurder geen bestuursbesluit kan worden genomen, het besluit genomen wordt door de raad van commissarissen. Bij het ontbreken van een raad van commissarissen wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Nowak en Leijten²³ hebben een limitatieve opsomming gegeven van de gevallen waarin statutair van die in art. 2:239 lid 6 BW neergelegde bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders kan worden afgeweken:

1. ingeval bij het nemen van een bestuursbesluit alle bestuurders en ook alle commissarissen geconflieerd zijn;
2. ingeval bij het nemen van een bestuursbesluit alle bestuurders geconflieerd zijn en er geen raad van commissarissen is;
3. ingeval bij het nemen van een besluit van de raad van commissarissen alle commissarissen geconflieerd zijn.

Een van de vragen die in de literatuur worden gesteld omtrent dit onderwerp is of 'een afwijkende regeling in de statuten kan inhouden dat de beslissingsbevoegdheid verschuift naar een derde'.²⁴ In de huidige wetgeving noch in de wetsgeschiedenis kan een antwoord worden gevonden op deze vraag. Zowel Nowak en Leijten als Van Solinge en Nieuwe Weme zijn van mening dat de beslissingsbevoegdheid ook kan verschuiven naar een derde, zolang het gaat om een persoon die bij de organisatie van de vennootschap is betrokken, al dan niet doordat hij deel uitmaakt van een vennootschapsorgaan.²⁵

3.5 *Sancties*

Art. 2:239 lid 6 BW bepaalt dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Ingevolge de huidige tegenstrijdigbelangregeling geldt dat ingeval een geconflieerde bestuurder desondanks deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming, de vennootschap toch gebonden is aan het besluit. Een in strijd met art. 2:239 lid 6 BW genomen besluit tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan en heeft dus geen gevolgen voor de op dat besluit gebaseerde rechtshandelingen met derden.²⁶

Wanneer één of meer geconflieerde bestuurders – in strijd met art. 2:239 lid 6 BW – een tegenstrijdig belang niet hebben gemeld en toch deelnemen aan de beraadslaging, dan is dat besluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW vernietigbaar. Eenieder die een redelijk belang heeft bij de nakoming van de bepaling kan een beroep doen op de vernietigbaarheid van het besluit.²⁷ In bepaalde gevallen leidt het niet-naleven van de in art. 2:239 lid 6 BW neergelegde besluitvormingsregels niet tot vernietigbaarheid, maar tot nietigheid. In geval van een tegenstrijdig belang kan de beslissingsbevoegdheid onder bepaalde omstandigheden verschuiven naar een ander orgaan. Wanneer dan achteraf blijkt dat het besluit is genomen door het verkeerde orgaan of dat het besluit ten onrechte niet is genomen door het initieel bevoegde orgaan, is het besluit dus genomen door een onbevoegd orgaan en nietig op grond van art. 2:14 lid 1 BW. Nowak en Leijten bevelen aan om in geval van twijfel het besluit door beide organen te laten nemen.²⁸

Een schending van art. 2:239 lid 6 BW heeft in beginsel geen consequenties voor de binding van de vennootschap aan de transactie, nu de in dit artikel neergelegde besluitvormingsregeling de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aantast. Dit kan evenwel anders zijn bij besluiten met direct externe werking. Wanneer een bestuursbesluit tevens een vertegenwoordigingsbesluit omvat en een dergelijk besluit

19. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 20.

20. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond e.a. 2013, p. 491.

21. Zie Kamerstukken II 2009/10, 31058, 11, p. 24 (l.k.) en 42 (r.k.).

22. Nowak & Leijten 2012, p. 503.

23. Nowak & Leijten 2012.

24. T&C, commentaar op art. 2:239 BW.

25. T&C, commentaar op art. 2:239 BW; Nowak & Leijten 2012; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-III 2009/295.

26. P. van Schilfhaarde, J.W. Winter & J.B. Wezeman, Van de NV en de BV, Deventer: Kluwer 2013, p. 165.

27. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 13. Zie ook HR 31 mei 1996, NJ 1996/694.

28. Nowak & Leijten, Ondernemingsrecht 2012.

wegens schending van art. 2:239 lid 6 BW wordt vernietigd op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW, dan kan dit door de vennootschap aan de wederpartij worden tegengeworpen, mits deze op de hoogte was (of had behoren te zijn) van het besluitvormingsgebrek als bedoeld in art. 2:16 lid 2 BW. Een derde die welbewust heeft geprofiteerd van de wanprestatie van de bestuurder kan ook op grond van onrechtmatige daad worden aangesproken tot het vergoeden van schade aan de vennootschap.²⁹ Voorts kan een schending van de besluitvormingsregels van art. 2:239 lid 6 BW door een bestuurder een grond vormen voor een persoonlijke aansprakelijkstelling van de bestuurder voor de daardoor door de vennootschap geleden schade op grond van art. 2:9 en 6:162 BW.³⁰

Tot slot kan uit onder meer de Versatel-beschikking van de Ondernemingskamer worden afgeleid dat wanneer sprake is van tegenstrijdige belangen van bij de vennootschap betrokken personen, dit gegronde redenen kan opleveren voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken als bedoeld in art. 2:350 lid 1 BW.³¹ Het niet-naleven van bij tegenstrijdig belang geldende besluitvormingsregels kan een belangrijke rol spelen in een enquêteprocedure en de Ondernemingskamer brengen tot het oordeel dat sprake is van wanbeleid, waarna de Ondernemingskamer voorzieningen kan treffen, zoals de vernietiging van een omstreden besluit op grond van art. 2:355 jo. art. 2:356 BW.

4 Inkleuring van het tegenstrijdig-belangbegrip

4.1 Art. 2:239 BW

In de wet ontbreekt een omschrijving van het begrip tegenstrijdig belang. Volgens art. 2:239 lid 6 BW gaat het om een 'direct of indirect persoonlijk belang' van de bestuurder dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. Dortmund merkt op dat door het gebruik van het woord 'persoonlijk' in ieder geval uitgesloten is dat een kwalitatief tegenstrijdig belang onder de reikwijdte van art. 2:239 lid 6 BW valt. Het enkele dragen van twee petten – een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang – valt niet binnen het bereik van art. 2:239 lid 6 BW. Ingeval een bestuurder in die hoedanigheid namens twee vennootschappen optreedt en daarbij geen persoonlijk belang heeft, kan hij deelnemen aan de besluitvorming.³²

4.2 Wetsgeschiedenis en jurisprudentie

Ook in art. 2:256 BW (oud) werd geen invulling gegeven aan het begrip tegenstrijdig belang. De vraag of, en zo ja, wanneer sprake was van een tegenstrijdig belang onder het oude recht moest worden beantwoord aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria. Tot aan het medio 2007 door de

Hoge Raad gewezen Bruil-arrest³³ werd door de Hoge Raad uitgegaan van een zogenaamd 'abstract tegenstrijdig-belangbegrip'. Volgens Van Solinge en Nieuwe Weme houdt dit abstracte tegenstrijdig-belangbegrip in dat niet relevant is of de bestuurder in het concrete geval ook inderdaad het persoonlijke belang laat overwegen, of daartoe de intentie heeft. Het gaat om het vermijden van het enkele risico van een gekleurde belangenafweging door de bestuurder zelf.³⁴

In het Bruil-arrest³⁵ heeft de Hoge Raad deze abstracte leer verlaten. In r.o. 3.7 van dat arrest heeft de Hoge Raad daaromtrent als volgt overwogen:

'Op grond van het vorenstaande zal, bij het ontbreken van een inhoudelijk afwijkende regeling in de statuten, een beroep op art. 2:256 BW ter aantasting van een namens de vennootschap(pen) verrichte rechtshandeling slechts kunnen slagen als een persoonlijk belang van de bestuurder in de hiervoor bedoelde zin tegenstrijdig was met het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap(pen) en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende rechtshandeling had moeten onthouden. Mede in aanmerking genomen de ingrijpende gevolgen die aan een geslaagd beroep op art. 2:256 BW zijn verbonden, is immers niet aanvaardbaar dat wordt volstaan met het aanvoeren van de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd op de wijze als hiervoor is omschreven.'

Sinds het Bruil-arrest gaat de Hoge Raad uit van een materieel rechtsbegrip: 'De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval.'³⁶ Dit betekent dat de enkele schijn van een tegenstrijdig belang niet genoeg is voor een geslaagd beroep op de tegenstrijdig-belangregeling, maar op basis van het concrete geval moet worden aangetoond dat de besluitvorming van de betrokken bestuurder(s) ondeugdelijk is geweest wegens een ontoelaatbare samenloop van belangen, aldus Winthagen.³⁷

Voor de invulling van het tegenstrijdig-belangbegrip onder het huidige recht verwijst de wetgever naar de onder het oude recht gewezen rechtspraak van de Hoge Raad.³⁸ In de wetsge-

29. Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 9.

30. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 13.

31. Hof Amsterdam (OK) 14 december 2005, ARO 2006/3 (Versatel); Hof Amsterdam (OK) 8 april 2009, ARO 2009/61; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2013, ARO 2013/157.

32. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond e.a. 2013, p. 489.

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

34. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2011/402.

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

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

37. Winthagen 2009.

38. Kamerstukken II 2009/10, 31058, 11, p. 38-39.

schiedenis³⁹ wordt verscheidene keren gerefereerd aan de door de Hoge Raad in het Bruil-arrest⁴⁰ gegeven normen:

‘Of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft ten opzichte van de vennootschap moet, zoals hiervoor is aangegeven, worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. De enkele omstandigheid dat een bestuurder een eigen belang heeft, behoeft niet te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de vennootschap. Zo leidt de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst met of het bezit van aandelen in de vennootschap niet automatisch tot een tegenstrijdig belang van de bestuurder. Dat laat onverlet dat een eigen belang, bijvoorbeeld door een wijziging van omstandigheden, een tegenstrijdig belang kan worden. Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld.’⁴¹

Kortom, voor de invulling van het tegenstrijdig-belangbegrip is de onder het oude recht door de Hoge Raad in het Bruil-arrest ontwikkelde norm nog altijd relevant.

4.3 Corporate Governance Code

In tegenstelling tot de wettelijke bepaling bevat de Nederlandse Corporate Governance Code een meer gedetailleerde omschrijving van het tegenstrijdig-belangbegrip. Uit Principe II.3 van de Corporate Governance Code volgt dat elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen vennootschap en bestuurders moet worden vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en de desbetreffende bestuurders moeten worden goedgekeurd door de raad van commissarissen.

Ingevolge Best Practice Bepaling II.3.1 van de Code zal een bestuurder (a) niet in concurrentie met de vennootschap treden, (b) geen (substantiële) schenkingen van de vennootschap voor zichzelf, voor zijn echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad vorderen of aannemen, (c) ten laste van de vennootschap derden geen ongerechtvaardigde voordelen verschaffen en (d) geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen, benutten voor zichzelf of voor zijn echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad. Voorts volgt uit Best Practice Bepaling II.3.2 van de Code dat een tegenstrijdig belang in ieder geval wordt geacht te bestaan wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon (1) waarin een bestuurder persoonlijk een materieel financieel belang houdt, (2) waarvan een bestuurslid een familierechtelijke verhouding heeft met een bestuurder

van de vennootschap, of (3) waarbij een bestuurder van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult.

Wanneer de wettelijke bepalingen en de Corporate Governance Code omtrent tegenstrijdig belang naast elkaar worden gelegd, kan de conclusie worden getrokken dat de wet slechts ziet op het ‘persoonlijk’ tegenstrijdig belang van de bestuurder, dat – zo blijkt uit de formulering van de Hoge Raad in het Bruil-arrest – in de beperkte betekenis moet worden opgevat. De Code omschrijft de betekenis van tegenstrijdig belang ruimer en omvat ook een ‘kwalitatief’ tegenstrijdig belang.⁴² Volgens de wetsgeschiedenis valt een kwalitatief tegenstrijdig belang – het enkel dragen van twee petten door de bestuurder – niet binnen de reikwijdte van art. 2:239 lid 6 BW.⁴³

5 Recente ontwikkelingen in de rechtspraak

5.1 Inleiding

In het onder het oude recht gewezen Bruil-arrest⁴⁴ is door de Hoge Raad inkleuring gegeven aan het begrip tegenstrijdig belang. Ook onder het huidige recht moet de vraag of sprake is van een tegenstrijdig belang worden beantwoord aan de hand van de criteria die door de Hoge Raad in Bruil zijn gegeven. Met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet worden bepaald of er sprake is van een tegenstrijdig belang van een bestuurder, waarbij leidend is of de bestuurder in staat wordt 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.⁴⁵ De Hoge Raad gaat daarbij uit van een materiele benadering van het tegenstrijdig-belangbegrip.

Onder het huidige recht zijn er inmiddels verscheidene uitspraken en beschikkingen geweest waarin de Nederlandse rechter uitspraak heeft gedaan op het gebied van de huidige tegenstrijdig-belangregeling. De vraag die rijst, is of conform de wens van de wetgever de onder het oude recht in de jurisprudentie ontwikkelde lijn inzake de inkleuring van het tegenstrijdig-belangbegrip nog steeds wordt gevolgd.

5.2 Hof Amsterdam 15 januari 2014, JIN 2014/60

Een samenwerking tussen Foria B.V. en Coresta Group B.V., beide zowel aandeelhouder als bestuurder van Coresta Marketservices B.V. (hierna: Coresta), is binnen nog geen jaar tijd uitgemond in een ernstige verstoring van de onderlinge verhoudingen. De oorzaak van het geschil tussen partijen houdt in belangrijke mate verband met de relatie tussen Coresta en een van haar dochtervennootschappen Coresta Healthcare B.V. (hierna: Healthcare). Healthcare had zich verplicht om

39. Zie o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12 en Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 19.

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

41. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

42. A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang: statuten en reglementen van beursvennootschappen onderzocht, O&F (22) 2014, afl. 4, p. 24-37.

43. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 18.

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

45. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 (Bruil); zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 12.

in het eerste jaar van de samenwerking tussen partijen analyseopdrachten te leveren gelijk aan een omzetwaarde van € 360.000. Wanneer Healthcare er in het eerste jaar niet in zou slagen om die omzetwaarde ten behoeve van Coresta te realiseren, zou zij gehouden zijn om voorschotfacturen voor een bedrag gelijk aan het aantal niet-afgenomen en gegarandeerde diensten te voldoen. Opdrachten blijven evenwel uit en op enig moment blijft Healthcare in gebreke om € 136.000 uit hoofde van voorschotfacturen aan Coresta te betalen.

Omdat het uitblijven van betaling van die voorschotfacturen leidt tot liquiditeitsproblemen bij Coresta, besluit Foria in haar hoedanigheid van bestuurder van Coresta – buiten medeweten van de andere bestuurder van Coresta – een advocaat in te schakelen voor de incasso van die vordering op Healthcare. In reactie hierop wordt door Coresta Group in haar hoedanigheid van bestuurder van Coresta de managementovereenkomst met Foria opgezegd. Vervolgens is het Foria die de Ondernemingskamer verzoekt een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van Coresta.

Ten aanzien van de incasso van de vordering van Coresta op Healthcare overweegt de Ondernemingskamer in r.o. 3.6 dat moet worden bedacht dat Coresta Group als aandeelhouder van Healthcare (mogelijk) een belang had dat strijdig was met de belangen van Coresta dan wel Foria. Tegen die achtergrond worden de ingeroepen rechtsgronden voor opzegging van de managementovereenkomst door de Ondernemingskamer als dubieus gekwalificeerd.

Voorts heeft de Ondernemingskamer in deze beschikking overwogen dat zich bij verscheidene besluiten en maatregelen tegenstrijdige belangen hebben gemanifesteerd. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer hebben Foria en Coresta Group zich hiervan in hun hoedanigheid van bestuurder en aandeelhouder van Coresta onvoldoende rekenschap gegeven, althans lijken zij deze tegenstrijdige belangen als vrijbrief te hebben opgevat om de ander buitenspel te zetten.

In paragraaf 4 van deze bijdrage is reeds uitgebreid aan de orde gekomen dat of er sprake is van een tegenstrijdig belang nog steeds moet worden getoetst aan de hand van het Bruil-criterium. Volgens mr. P. Haas in zijn noot bij deze beschikking van de Ondernemingskamer:

‘is het zeer waarschijnlijk dat met inachtneming van het Bruil-criterium geconcludeerd kan worden dat CG [lees: Coresta Group; EZ & SB] ten aanzien van een voorgenomen besluit tot het treffen van incassomaatregelen tegen Healthcare een tegenstrijdig belang had. Immers, CG [lees: Coresta Group; EZ & SB] was ook grootaandeelhouder (en bestuurder) van Healthcare.’

In r.o. 3.7 van de beschikking heeft de Ondernemingskamer overwogen dat zich tegenstrijdige belangen hebben voorgedaan bij een aantal van de in r.o. 3.5 bedoelde besluiten en

maatregelen, alsook bij de in r.o. 2.15 vermelde opdracht aan advocaat mr. Kramer. Een motivering, anders dan dat de Ondernemingskamer kennelijk op grond van de gang van zaken rond de beëindiging van de rechtsverhoudingen, vervat in de in r.o. 2.16-2.19 weergegeven besluiten en maatregelen, tot de slotsom komt dat sprake is van tegenstrijdige belangen, ontbreekt. Om met mr. Haas te spreken, het is inderdaad ‘zeer waarschijnlijk’ dat met inachtneming van het Bruil-criterium geconcludeerd kan worden dat sprake is van een tegenstrijdig belang, in de zin dat de Ondernemingskamer met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval de vraag heeft beantwoord of in het voorliggende geval sprake is van een tegenstrijdig belang. In de beschikking komt in elk geval naar voren dat een zorgvuldig handelend bestuurder een mogelijk tegenstrijdig belang niet kan en mag aangrijpen om zonder enige vorm van overleg zijn medebestuurder en medeaandeelhouder te passeren.

5.3 Hof Amsterdam 9 juli 2014, JIN 2014/154

Bij beschikkingen van 9 juli 2014⁴⁶ heeft de Ondernemingskamer vastgesteld dat sprake is van wanbeleid bij Greenchoice respectievelijk een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Energie Concurrent. Uit beide beschikkingen volgt eens te meer dat het niet op juiste, zorgvuldige en transparante wijze omgaan met tegenstrijdige belangen door bestuurders in de ogen van de Ondernemingskamer ‘dodelijk’ is.

De beschikking van 9 juli 2014 inzake Energie Concurrent is onlosmakelijk verbonden met de Greenchoice-enquête. In de beschikking van 9 juli 2014 inzake Greenchoice heeft de Ondernemingskamer de gedragingen van Energie Concurrent en haar bestuurders als wanbeleid gekwalificeerd en expliciet aangegeven dat dit wanbeleid Energie Concurrent en haar bestuurders valt aan te rekenen. In de beschikking van 9 juli 2014 inzake Energie Concurrent is de belangrijkste reden voor twijfel aan een juist beleid van Energie Concurrent volgens de Ondernemingskamer gelegen in een ‘evident tegenstrijdig belang’ dat zich voordoet tussen Energie Concurrent en Rexwinkel c.s. bij het te voeren beleid ten aanzien van de aansprakelijkstelling van Greenchoice alsook ten aanzien van de vraag op wie Energie Concurrent mogelijk verhaal zou kunnen nemen, indien zij schadelijktig is jegens Greenchoice.

De door de Hoge Raad in het Bruil-arrest gekozen materiële benadering van tegenstrijdig belang zien we terug in de Energie Concurrent-beschikking, waarbij de kwalificatie van een tegenstrijdig belang van Rexwinkel c.s. met het belang van Energie Concurrent in essentie wordt geplaatst in de sleutel van het door Energie Concurrent te voeren beleid in het kader van een mogelijke aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW van Rexwinkel c.s. jegens Energie Concurrent (zie r.o. 3.5 en 3.6).

⁴⁶ Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2691 respectievelijk Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2754.

In r.o. 3.7 onderkent de Ondernemingskamer dat Rexwinkel c.s. en Energie Concurrent een parallel belang hebben bij het afwenden van aansprakelijkheid jegens Greenchoice, maar dat betekent volgens de Ondernemingskamer niet dat ook voor het overige de belangen van Energie Concurrent en Rexwinkel c.s. parallel lopen. Deze invulling van de Ondernemingskamer sluit aan bij het Bruil-criterium,⁴⁷ dat sprake is van een tegenstrijdig belang wanneer de bestuurder:

‘door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander, met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang, niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.’⁴⁸

Alsook bij de bedoeling van de wetgever:

‘Er is geen tegenstrijdig belang, indien de bestuurder een eigen belang heeft dat parallel loopt met het belang van de vennootschap.’⁴⁹

In welk opzicht de belangen van Rexwinkel c.s. en Energie Concurrent parallel lopen, wordt niet expliciet door de Ondernemingskamer aangegeven, maar moet (kennelijk) worden afgeleid uit r.o. 3.6, dat het antwoord op de vraag of Energie Concurrent regres zal kunnen nemen op Rexwinkel c.s. (en/of anderen) van wezenlijke betekenis is bij het bepalen van het door Energie Concurrent te voeren beleid.

Al uit de Linders-Hofstee-beschikking volgt dat de Ondernemingskamer er grote waarde aan hecht dat ingeval van een tegenstrijdig belang de te onderscheiden belangen goed uit elkaar moeten worden gehouden en daarover openheid van zaken moet worden verschaft.⁵⁰ Die gedragsregels vinden we terug in deze Energie Concurrent-beschikking (zie r.o. 3.7 en 3.8), waarin het niet onderkennen van het tegenstrijdig belang, het ook voorheen niet op juiste wijze omgaan met tegenstrijdige belangen en het niet betrachten van de geboden transparantie gelet op het tegenstrijdig belang door de Ondernemingskamer ten grondslag worden gelegd aan het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen.

In Versatel III⁵¹ is door de Hoge Raad een verbinding gelegd tussen het Bruil-criterium en het Linders-Hofstee-criterium. Die verbinding zien we terug in de Energie Concurrent-beschikking. Voorts heeft de Hoge Raad met referentie aan het Bruil-arrest overwogen dat

‘voor het aannemen van tegenstrijdige belangen in een geval als het onderhavige voldoende is dat de betrokken commissarissen te maken hebben met zodanig onvereenbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.’

Een dergelijke overweging treffen we in de Energie Concurrent-beschikking niet aan. Het tegenstrijdig belang van Rexwinkel c.s. wordt gestoeld op het bestaan van belangen van Energie Concurrent en Rexwinkel c.s. die niet parallel lopen. Uit het niet parallel lopen van belangen kan ons inziens impliciet worden afgeleid dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of Rexwinkel c.s. zich bij het bepalen van beleid in het kader van de aansprakelijkstelling van Greenchoice uitsluitend (zullen) laten leiden door het belang van Energie Concurrent.

5.4 Hof's-Hertogenbosch 24 november 2015, JIN 2016/11

In dit arrest gaat het om een geschil tussen de erfgenamen van de voormalig bestuurder en enig certificaathouder van M.E. Beheer B.V. (hierna: M.E. Beheer), de heer Eibrink, enerzijds en de nieuwe bestuurder van M.E. Beheer, de heer Van Welie, anderzijds.

Eibrink is in mei 2015 overleden. Voor zijn overlijden heeft hij zijn dochter en zakenpartner Van Welie gemachtigd om Eibrink in zijn hoedanigheid van bestuurder van M.E. Beheer te vertegenwoordigen. Van Welie laat zich twee weken na de dood van Eibrink met terugwerkende kracht inschrijven als enig bestuurder van M.E. Beheer. Deze inschrijving baseert hij op drie jaar oude notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van M.E. Beheer, waarin was neergelegd dat Van Welie in geval van overlijden of ziekte van Eibrink ‘als directeur zou fungeren’. De dochter en de ex-vrouw van Eibrink – die ieder 50% van de certificaten hebben verkregen – kunnen zich daarmee niet verenigen. Zij betwisten de echtheid van de notulen.

Door partijen wordt geprocedeerd tot aan de Hoge Raad.⁵² Primair nemen de erfgenamen het standpunt in dat het benoemingsbesluit is vervalst en subsidiair dat Van Welie bij het aangaan van een aantal verkooptransacties betreffende aandelen in het kapitaal van enkele dochtervennootschappen van M.E. Beheer heeft gehandeld met een tegenstrijdig belang als bedoeld in art. 2:256 BW (oud). Uiteindelijk heeft de Hoge Raad de kwestie terugverwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

In navolging van de wetgever maakt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in r.o. 4.7.3 duidelijk dat de inhoud van het begrip ‘tegenstrijdig belang’ onder art. 2:239 BW niet anders is dan onder art. 2:256 BW (oud). Door het Gerechtshof wordt in

47. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 (Bruil), r.o. 3.4.

48. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420, r.o. 3.4; HR 29 februari 2008, NJ 2008/144 (Café Bar Carribean).

49. Kamerstukken II 2009/10, 31058, 11, p. 38.

50. Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, NJ 1984/481 (Linders-Hofstee); zie ook HR 3 mei 2002, NJ 2002/393 (Brandao).

51. HR 14 september 2007, NJ 2007/612 m.nt. Maeijer (Versatel III).

52. HR 14 oktober 2011, NJ 2012/110, JOR 2011/363 (M.E. Beheer/X).

dat verband overwogen dat een beroep op art. 2:256 BW (oud) slechts kan slagen als een persoonlijk belang van Van Welie tegenstrijdig was met het belang van M.E. Beheer en de daaraan verbonden onderneming op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van Van Welie dat hij zich op grond van deze bepaling niet in staat had mogen achten het belang van M.E. Beheer en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en zich van de desbetreffende aandelenoverdracht had moeten onthouden.

Het door de Hoge Raad in het Bruil-arrest geformuleerde criterium voor de invulling van het tegenstrijdig-belangbegrip komt in dit arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch duidelijk terug.⁵³ Niet kan worden volstaan met het aanvoeren van de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang, zonder dat dit beroep wordt geconcretiseerd.

5.5 Hof Amsterdam 11 mei 2016, JIN 2016/129

In deze enquêterecht-beschikking heeft de Ondernemingskamer geoordeeld over de vraag in hoeverre een bestuurder een tegenstrijdig belang had bij een aandelenoverdracht en er diensgevolge sprake was van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Het betreft de vennootschap Marpro International B.V. (hierna: Marpro), waarvan A en Eurocean B.V. (hierna: Eurocean) zowel bestuurder als aandeelhouder zijn. B is enig bestuurder en aandeelhouder van A. C is enig bestuurder en aandeelhouder van Eurocean. Marpro is op haar beurt enig bestuurder en aandeelhouder van Peters Shipyards Adriatic B.V. (hierna: PSA). PSA hield tot 7 april 2014 alle aandelen in de vennootschap Leda d.o.o. (hierna: Leda), waarvan C tevens bestuurder was.

Op 7 april 2014 heeft er een overdracht om niet plaatsgevonden van de door C gehouden aandelen in Leda aan Port Mon Cher (hierna: PMC). C draagt in deze aandelenoverdracht verschillende petten, aangezien hij enerzijds handelt namens Eurocean – die bestuurder is van Marpro, die op haar beurt bestuurder is van PSA – en hij anderzijds PMC vertegenwoordigt. Daarnaast is het opmerkelijk dat de overdracht om niet plaatsvindt en dat de levenspartner van C de oprichtster en aandeelhoudster van de verkrijgende vennootschap PMC is.

Om reden van deze aandelenoverdracht wordt er op verzoek van A een enquêteprocedure aanhangig gemaakt, waarin zij zich enerzijds op het standpunt stelt dat Eurocean in strijd met de statuten van Marpro heeft gehandeld en anderzijds dat C als (in)direct bestuurder en aandeelhouder van Marpro, met het oog op de aandelenoverdracht, enkel in haar eigen belang heeft gehandeld. Nu er volgens A sprake was van een tegenstrijdig belang had Eurocean niet aan de beraadslaging en besluitvorming over het besluit met betrekking tot de aandelenoverdracht mogen deelnemen.

Met het oog op de dubieuze rol van C in de aandelenoverdracht overweegt de Ondernemingskamer als volgt:

‘Los van de vraag of [C] bij het sluiten van de overeenkomst met PMC heeft gehandeld in strijd met de statuten van Marpro, staat vast dat [C] een tegenstrijdig belang had bij de overdracht van de aandelen in Leda aan PMC. Bij deze overdracht heeft [C] als (indirect) bestuurder en aandeelhouder van Marpro kennelijk enkel zijn eigen belang voor ogen gehad en niet het belang van de vennootschap. Het was immers in het belang van Marpro dat zij de aandelen in Leda, middels PSA, zou behouden reeds omdat in die vennootschap het belangrijkste onderdeel van de onderneming (de scheepswerf) werd gedreven. Ten onrechte heeft het ontbroken aan beraadslaging en besluitvorming binnen het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders van Marpro en van PSA over deze overdracht en ten onrechte is [C] geheel voorbijgegaan aan het tegenstrijdig belang bij de overdracht tussen Marpro en PSA enerzijds en hemzelf anderzijds.’⁵⁴

Het enkele dragen van meerdere petten door C betekent nog niet dat er sprake is van een tegenstrijdig belang zoals bedoeld in art. 2:239 lid 6 BW. Immers, een (zuiver) kwalitatief tegenstrijdig belang valt niet binnen het bereik van art. 2:239 lid 6 BW. Hoewel de motivering van de Ondernemingskamer in r.o. 3.3 summier is, lijkt de Ondernemingskamer de in het Bruil-arrest aangelegde maatstaf te volgen. De Ondernemingskamer kleurt het tegenstrijdig belang in met het feit dat C enkel zijn eigen belang voor ogen had en niet het belang van de vennootschap. Uit de specifieke omstandigheden van het geval volgt voorts dat het eigen belang van C niet in overeenstemming was met het belang van Marpro. Marpro had er juist belang bij dat er géén aandelenoverdracht zou plaatsvinden.

6 Conclusie

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht heeft de externe vertegenwoordigingsregeling plaats moeten maken voor een interne besluitvormingsregeling bij tegenstrijdig belang van bestuurders. De invulling van het tegenstrijdig-belangbegrip is met de wijziging van de huidige regeling niet veranderd. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het tegenstrijdig-belangbegrip ook onder het huidige recht moet worden ingevuld aan de hand van de materiële benadering van het tegenstrijdig-belangbegrip in het door de Hoge Raad onder het oude recht gewezen Bruil-arrest. Dit betekent dat de vraag of een tegenstrijdig belang bestaat slechts kan worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Uit onder het huidige recht gewezen jurisprudentie kan worden opgemaakt dat het Bruil-criterium nog steeds leidend is. Er moet daadwerkelijk sprake zijn van een tegenstrijdig belang en niet van enkele schijn, die voor het aannemen van een tegenstrijdig belang onvoldoende is. In de gevallen waarin het erop aankomt, zal het evenwel doorgaan

53. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420.

54. Hof Amsterdam 11 mei 2016, JIN 2016/129, r.o. 3.3-3.5.

de rechter zijn die definitief en achteraf vaststelt of sprake is van een tegenstrijdig belang en of dus sprake is van rechtsgeldige besluitvorming door het juiste orgaan als bedoeld in art. 2:239 lid 6 BW.