

ANNOTATIE

Conflicterende belangen, de OK wijst een overzichtsbeschikking

J. Wareman

Annotatie bij Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 08-06-2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734 (OR-2022-0150)

Annotatie bij Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 28-04-2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287 (OR-2022-0150)

De Ondernemingskamer geeft in een overzichtsbeschikking aan hoe zij aankijkt tegen belangenconflicten in het kader van het enquêterecht. De beschikking schept enige duidelijkheid over de eisen die artikel 2:8 BW stelt aan bestuurders en commissarissen met een belangenconflict, voordat zij voldoen aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling. Er blijven echter ook vragen over en de beschikking werpt tevens nieuwe vragen op.

1 Inleiding

Hoe de bestuurder of commissaris van een besloten of naamloze vennootschap zich dient te gedragen indien hij of zij een eigen belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap, wordt bepaald door het juridisch kader rondom belangenconflicten. In deze bijdrage bespreek ik de beschikking van de Ondernemingskamer inzake Flevo Berry,[1] aangevuld met de uitspraak inzake Omines Services.[2] De Ondernemingskamer heeft hierin samengevat hoe zij aankijkt tegen het leerstuk van de belangenconflicten. Deze samenvatting brengt verduidelijking van het leerstuk, maar laat tevens vragen onbeantwoord en werpt bovendien nieuwe vragen op.

Om het leerstuk van de belangenconflicten te begrijpen, is het goed de belangrijkste

elementen na te lopen die bepalend zijn (geweest) voor de invulling van het leerstuk. Allereerst zijn dit de wettelijke bepalingen die zien op tegenstrijdige belangen van bestuurders (art. 2:239 lid 6 BW voor de BV en art. 2:129 lid 6 BW voor de NV) en van commissarissen (art. 2:250 lid 5 BW voor de BV en art. 2:140 lid 5 BW voor de NV). Een bestuurder of commissaris mag op grond van deze wettelijke regeling niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij of zij een persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.[3] De tweede categorie elementen die van belang zijn voor het juridisch kader rondom belangenconflicten vloeit voort uit jurisprudentie. Een aantal van de belangrijke uitspraken is geweest door de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (hierna: OK) en in mindere mate zijn uitspraken geweest door de gewone civiele rechter. Bij enkele casussen was het verwijt aan bestuurder(s) of commissaris(sen) dat zij in strijd met de wettelijke bepalingen die zien op tegenstrijdig belang hadden gehandeld. Bij een aantal casussen was (daarnaast) het verwijt dat de bestuurder in strijd handelde met de door artikel 2:8 BW binnen een vennootschap geëiste redelijkheid en billijkheid. De belangrijkste uitspraken passeren hieronder in vogelvlucht de revue.[4] Na het bespreken van de belangrijkste uitspraken wordt niet alleen ingegaan op de Flevo Berry-beschikking en de verduidelijking die die beschikking brengt, maar ook op de vragen die op grond van de beschikking (juist) blijven bestaan of zijn ontstaan.

2 Linders/Hofstee, Ogem, Zwagerman en Joral

De eerste belangrijke uitspraak betreft de beschikking inzake Linders/Hofstee van de OK van 26 mei 1983.[5] Voordat de OK deze beschikking wees, was er nog vrijwel geen aandacht besteed aan het leerstuk van conflicterende belangen van bestuurders (laat staan commissarissen) in de literatuur of jurisprudentie.[6] De beschikking zag op een transactie tussen de vennootschap en een commissaris. In de beschikking geeft de OK voor het eerst richtlijnen voor bestuurders en commissarissen die te maken krijgen met een belangenconflict. De OK hanteert het begrip 'tegenstrijdig belang'. Bestuurders en commissarissen moeten in een dergelijk geval de te onderscheiden belangen zorgvuldig scheiden. Daarvoor is het betrachten van een zo groot mogelijke openheid een waarborg. Inschakeling van deskundige derden kan gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. Op 3 december 1987 wees de OK vervolgens een beschikking inzake Ogem.[7] Deze beschikking zag eveneens op een transactie tussen de vennootschap en een commissaris. In de beschikking herhaalt de OK de Linders/Hofstee-regels en voegt daaraan toe dat bij een tegenstrijdigbelangtransactie een hogere mate van zorgvuldigheid in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering is vereist. Beide beschikkingen zijn geweest in het kader van de enquêteprocedure, en de genoemde gedragsregels zijn door de OK gebaseerd op de door artikel 2:8 BW gevergdte redelijkheid en billijkheid. Van de Ogem-beschikking is

cassatieberoep ingesteld, maar bij de Hoge Raad lag het oordeel omtrent het belangenconflict niet voor. De Hoge Raad laat zich (pas) beslissend uit over belangenconflicten van bestuurders en commissarissen middels de Zwagerman-beschikking op 1 maart 2002.[8] Ook deze beschikking is gewezen in het kader van een enquêteprocedure. De Hoge Raad vat samen dat de OK in de betreffende zaak in haar beschikking heeft geoordeeld dat:

‘een vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders “een bijzondere zorgvuldigheid” in acht dient te nemen en meer in het bijzonder moet voorkomen dat verstrengeling van haar belangen met die van haar directie en/of haar meerderheidsaandeelhouders plaatsvindt. Ook dient zij naar behoren opening van zaken te geven. Deze zorgvuldigheidsplicht weegt naar het oordeel van de Ondernemingskamer des te zwaarder in een geval als het onderhavige waarin onder meer sprake is van familierechtelijke verhoudingen tussen diverse betrokkenen.’[9]

De Hoge Raad kan zich in dit oordeel vinden.[10] De OK en de Hoge Raad spreken in deze uitspraken niet van tegenstrijdige belangen, maar van een zorgvuldigheidsplicht om te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.

De eerste (belangrijke) uitspraak rondom conflicterende belangen buiten het enquêterecht betreft het arrest van de Hoge Raad inzake Joral.[11] Deze uitspraak is gegrond op de (oude) wettelijke bepaling rondom tegenstrijdig belang.[12] De uitspraak is gewezen in het kader van de nietigheid van een bestuursbesluit die door een partij werd ingeroepen, omdat de bestuurder een tegenstrijdig belang zou hebben gehad bij het besluit. De Hoge Raad overweegt dat op grond van de strekking van de wettelijke bepaling in tegenstrijdigbelangsituaties van het bestuur mag worden verwacht dat het de verschillende belangen gescheiden houdt, en dat het zo veel mogelijk zorgvuldigheid en openheid betracht. De Hoge Raad bevestigt hiermee dat de in het kader van artikel 2:8 BW in Linders/Hofstee geformuleerde gedragsregels ook van toepassing zijn buiten het enquêterecht bij toepassing van de wettelijke tegenstrijdigbelangbepalingen.

3 Bruil, Versatel en Butôt

Op 29 juni 2007 is door de Hoge Raad arrest gewezen inzake Bruil.[13] Net als in Joral betrof het hier een beroep van een van partijen op handelen van de bestuurder in strijd met de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling en ook dit arrest is buiten het enquêterecht gewezen. De Hoge Raad oordeelt dat de strekking van de wettelijke regeling is om te voorkomen dat de bestuurder zich bij zijn handelen (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap. Voor de toepassing van de wettelijke regeling is geen zekerheid van benadeling vereist, maar is voldoende dat er zodanig onverenigbare belangen bestaan dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder

zich uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap. Het hangt van de concrete omstandigheden van het geval af of een tegenstrijdig belang aanwezig is. De Hoge Raad laat zich (zij het enigszins cryptisch) eveneens uit over de mogelijkheid dat een (enkel) kwalitatief tegenstrijdig belang (de betreffende bestuurder bekleedt bij twee vennootschappen een functie, maar heeft verder geen persoonlijk belang bij de transactie) reeds een tegenstrijdig belang in de zin van de wet oplevert.[14] De betreffende uitlatingen van de Hoge Raad kunnen op verschillende wijzen worden geïnterpreteerd en beide interpretaties zijn in de literatuur verdedigd. Inmiddels is de meerderheid van de literatuur de opvatting toegedaan dat de conclusie moet zijn dat de Hoge Raad in Bruil heeft willen uitdrukken dat een uitsluitend kwalitatief tegenstrijdig belang ook een tegenstrijdig belang in de zin van de wet kan opleveren.[15]

De volgende uitspraak die de Hoge Raad gewezen heeft, en die van belang is voor het leerstuk van de conflicterende belangen, betreft de beschikking inzake Versatel.[16] De beschikking van de OK waarvan in cassatie is gegaan, dateert van voor het arrest van de Hoge Raad inzake Bruil. De uitspraak is gemakkelijker te duiden met een (zeer) korte omschrijving van de feiten die daaraan ten grondslag lagen. Versatel is na openbare biedingen onderdeel van de Tele2 groep geworden en Tele2 heeft in de raad van commissarissen (hierna: RvC) van Versatel vooral 'eigen' functionarissen benoemd. Met het doel minderheidsaandeelhouders die hun aandelen niet hebben aangeboden, op het niveau van Versatel uit te stoten wordt een zogenoemde driehoeksfusie geëffectueerd. De RvC dient voor deze fusie goedkeuring te verlenen. Een deel van de aandeelhouders van Versatel heeft zich tegen deze fusie met Tele2 verzet. Als gevolg daarvan resteert er binnen Versatel een groep minderheidsaandeelhouders. De OK oordeelde dat de opstelling van Versatel er blijk van geeft dat het belang van meerderheidsaandeelhouder Tele2 zo niet doorslaggevend, dan toch zeker leidend is voor het beleid van Versatel.[17] Daarmee manifesteert zich het gevaar van een onjuiste afweging van belangen. Op die manier biedt Versatel onvoldoende waarborg voor een adequate bescherming van de belangen van de minderheidsaandeelhouders. Dit levert wat de OK betreft gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. De Hoge Raad concludeert dat de OK zich kennelijk mede heeft gebaseerd op artikel 2:8 BW.[18] Daarbij is voor het aannemen van tegenstrijdige belangen – de Hoge Raad verwijst naar zijn uitspraak in Bruil – voldoende dat de betrokken commissarissen te maken hebben met zodanig onverenigbare 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. Dat een dergelijke situatie zich hier voordoet, is niet onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad.

De verplichting van het bestuur en de RvC om op grond van artikel 2:8 BW conflicterende belangen te voorkomen wordt aldus wederom door de Hoge Raad ingevuld op grond van het

kader dat we kennen voor de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling (zoals geformuleerd in Bruil).[19] De betreffende commissarissen hadden in beginsel een kwalitatief tegenstrijdig belang (een functie bij Tele2 en bij Versatel).

De beschikking van de OK inzake Butôt van 17 februari 2009 is geweest in het kader van een familiebedrijf waarbinnen in onroerend goed werd belegd.[20] Het betreft een beschikking in een enquêteprocedure. Een van de kinderen bekleedde meerdere functies binnen het familieconcern, maar ook bij partijen waar het familieconcern zaken mee deed. De andere kinderen waren uitsluitend rechthebbende op de aandelen (in het kader van een nalatenschap). Het familieconcern erkende dat dit met zich bracht dat ‘verweving’ van belangen bestond. De OK constateert dat sprake was van belangenverstrengeling, en herhaalt de norm uit Linders/Hofstee, aangevuld met de overweging in Ogem: in een dergelijke situatie moeten onderscheiden belangen zorgvuldig worden gescheiden, openheid is daarbij een waarborg, en inschakeling van deskundige derden kan geraden zijn. De betreffende openheid dient met name te worden gegeven omtrent transacties waarbij mogelijk sprake is van een tegenstrijdig belang. Bovendien is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de te sluiten overeenkomst. De OK neemt uiteindelijk wanbeleid aan, omdat niet aan de zorgvuldigheidsnorm is voldaan. Relevant daarbij was dat de betreffende bestuurder een derde had ingeschakeld die tevens betrokken was bij de transactie, maar dat deze derde onvoldoende onafhankelijk werd bevonden.

4 Wijziging wettelijke regeling

Op dezelfde dag als de beschikking inzake Butôt werd geweest, 17 februari 2009, is een wetsvoorstel geïntroduceerd bij de Tweede Kamer om de wettelijke tegenstrijdigbelangbepalingen aan te passen.[21] Op 1 januari 2013 is de insteek van de wettelijke regeling daadwerkelijk gewijzigd. De wetgever heeft op dat moment besloten dat een besluitvormingsregeling beter aansluit bij de praktijk en meer rechtszekerheid biedt dan de tot op dat moment geldende vertegenwoordigingsregeling. In de memorie van toelichting is voor de invulling van de wettelijke regeling verwezen naar het Bruil-arrest.[22] Waar op grond van dat arrest nog discussie werd gevoerd of een puur functioneel tegenstrijdig belang binnen het juridisch kader past, maakt de wetgever duidelijk dat in zijn ogen dit in ieder geval *niet* het geval is.[23] De wettelijke regeling omvat dus (expliciet) niet een puur functioneel tegenstrijdig belang. De in het kader van de oude wettelijke regeling gewezen uitspraken blijven relevant voor zover daarin gedragsnormen zijn gegeven, en voor zover op grond daarvan kan worden bepaald wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang.[24]

5 Uitspraken die minder duidelijkheid bieden of zelfs verwarring hebben gebracht

Tussen de introductie van het wetsvoorstel en het wijzen van de Flevo Berry-beschikking van de OK ligt ruim dertien jaar. Daarin zijn nog andere belangrijke uitspraken geweest die het juridisch kader rondom belangenconflicten bepalen. Enkele van deze uitspraken hebben vragen opgeworpen over de afbakening van het leerstuk, en met name over de specifieke eisen die artikel 2:8 BW stelt in het kader van ontoelaatbare belangenconflicten. Een aantal uitspraken springt in het oog, omdat zij het juridisch kader minder duidelijkheid verschaffen, of juist verwarring scheppen. Het betreft de beschikkingen van de OK inzake Staphorst Ontwikkeling,[25] Intergamma[26] en Xeikon.[27] Ik bespreek kort de onduidelijkheid die overblijft na het bestuderen van deze uitspraken.

Op 31 augustus 2017 wees de OK haar beschikking inzake Staphorst Ontwikkeling.[28] Zeer verkort is de casus die ten grondslag ligt aan deze beschikking als volgt. Welles heeft de beslissende stem binnen het bestuur van een stichting die de aandelen in NEBO houdt. Deze stichting heeft tot doel om het vermogen van de familie Welles in stand te houden. Welles is tevens bestuurder van een andere groep vennootschappen, de SO-vennootschappen genoemd. De SO-vennootschappen zijn verplichtingen aangegaan jegens NEBO. De casus wordt voorgelegd aan de OK in het kader van een enquêteprocedure. De OK concludeert allereerst dat Welles een indirect persoonlijk belang in NEBO heeft. Dat oordeel is goed te volgen. Vervolgens concludeert de OK dat Welles met een persoonlijk tegenstrijdig belang handelde bij het aangaan van de betreffende verplichtingen namens de SO-vennootschappen. Leijten merkt in zijn noot bij de uitspraak – terecht – op dat de OK niet motiveert waarom het belang van de SO-vennootschappen ook daadwerkelijk tegenstrijdig was aan dat van NEBO.[29] De OK oordeelt verder:

‘[V]oor zover al niet moet worden geoordeeld dat Welles zich op grond van art. 2:239 lid 6 BW van die rechtshandelingen had dienen te onthouden, had hij die rechtshandelingen in ieder geval niet buiten zijn medebestuurder om mogen voorbereiden en uitvoeren.’[30]

Leijten schrijft hierover:

‘Onduidelijk blijft welke omstandigheden meebrengen dat naleving van de wettelijke onthoudingsregel wel of juist niet voldoende is om de lat van artikel 2:8 BW te halen. De verhouding tussen de Linders-Hofstee regels en de wettelijke onthoudingsregel is er al met al niet duidelijker op geworden.’[31]

Daarmee vat Leijten treffend het probleem samen. Bovendien schept de beschikking ook geen helderheid over de gedragsnormen die een geconflicteerde bestuurder of commissaris moet naleven, omdat de bestuurder door de OK het voorbereiden en uitvoeren van besluiten wordt verweten, waar de wettelijke regeling onthouding van beraadslaging en besluitvorming eist.

In Intergamma oordeelt de OK dat commissarissen niet hadden moeten deelnemen aan beraadslaging en besluitvorming rondom een belangrijke transactie, ook als het belangenconflict (nog) niet valt onder de tegenstrijdigbelangregeling.[32]

De uitspraak in Xeikon is vergelijkbaar met het oordeel van de OK inzake Staphorst Ontwikkeling, al blijkt uit de feiten evidentier van een tegenstrijdig belang van de geconflicteerde bestuurders en commissarissen. Ook hier oordeelt de OK dat geconflicteerde bestuurders en commissarissen zich dienen te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming, en ook van de uitvoering van de betreffende besluiten.

Naast de voornoemde uitspraken is er nog een aantal andere uitspraken geweest in het kader van de conflicterende belangen die ik kort benoem, omdat de OK in haar uitspraak inzake Flevo Berry naar de betreffende uitspraken verwijst. In de beschikking van 4 april 2014 inzake Cancun heeft de Hoge Raad (onder meer) bevestigd dat bestuurders van vennootschappen een zorgvuldigheidsplicht hebben jegens aandeelhouders, die kan meebrengen dat belangen van minderheidsaandeelhouders niet onevenredig worden geschaad.[33] In de beschikking van 22 april 2016 inzake Leaderland heeft de OK onder meer herhaald dat het bij handelen met een tegenstrijdig belang van belang kan zijn om informatie te verstrekken aan (minderheids)aandeelhouders.[34] Op 21 maart 2017 wees de OK beschikking in de procedure omtrent TMG. Hierin werd geoordeeld over de wijze waarop commissaris Van Puijenbroek was omgegaan met zijn (door eenieder erkende) tegenstrijdig belang bij een voorgenomen transactie. Van Puijenbroek had zich vanaf de aanvang van de gesprekken over de transactie onttrokken aan alle vergaderingen van en beraadslagingen binnen de RvC. Vlak voor het voornemen om de transactie publiekelijk bekend te maken, heeft Van Puijenbroek echter weer verzocht te mogen deelnemen aan de vergaderingen van de RvC, voor zover het onderwerp daarin niets te maken had met de transactie. Na het instellen van procedurele waarborgen is dit hem door de voorzitter van de RvC toegestaan. De OK acht dit niet in strijd met de wet (art. 2:149 lid 5 BW) en de Corporate Governance Code (die van toepassing was). Op 23 juni 2021 heeft de OK nog beschikking gegeven inzake FLEXible.[35] Het betrof een vennootschap waarbij van de drie aandeelhouders één enig bestuurder was. De OK stelde vast dat er sprake was van 'niet parallel lopende belangen waardoor in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming'.[36] De bijzondere zorgplicht die als gevolg hiervan op de bestuurder rust, vergt in dit geval, aldus de OK, dat de zakelijke verhoudingen tussen de verschillende vennootschappen nauwkeurig worden geadministreerd, de managementvergoedingen op marktconforme en transparante wijze worden doorberekend, dat daarover openheid wordt betracht en dat eventuele fouten op transparante wijze worden

gecorrigeerd. De uitspraak is daarmee in feite een toepassing van de gedragsnormen (volgend uit Linders/Hofstee en Ogem). Leijten geeft in zijn noot bij deze beschikking aan dat het beter was geweest indien de OK de gedragsnormen die vereist zijn bij een tegenstrijdig belang niet als 'bijzondere zorgplicht' had geduid.[37] De term bijzondere zorgplicht kan wat Leijten betreft beter worden gereserveerd voor de plicht tot ruimhartige openheid in (wat hij omschrijft als) 'asymmetrische situaties'. Dit betreft situaties zoals in FLEXible, waarin van de drie aandeelhouders één enig bestuurder is.

6 Tussenconclusie

Als men het juridisch kader omtrent geconflieeerde belangen beschouwt, is er inmiddels sprake van een duidelijke en werkbare wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang. Daarnaast is duidelijk dat de door artikel 2:8 BW geveerde redelijkheid en billijkheid het noodzakelijk kan maken – ook als een bepaald belangenconflict (nog) niet voldoet aan de vereisten van de wettelijke regeling – dat bestuurders met een belangenconflict bepaalde (al dan niet aanvullende) maatregelen nemen. Wat op grond van het hiervoor aangegeven overzicht nog niet geheel helder was, is welke belangenconflicten die (nog) niet onder de wettelijke regeling vallen toch op grond van artikel 2:8 BW ontoelaatbaar zijn, en welke vereisten de door de OK ontwikkelde norm op grond van artikel 2:8 BW precies stelt in aanvulling op de wettelijke regeling en wanneer. In Flevo Berry geeft de OK een overzicht hoe zij het juridisch kader ziet. Aan de hand van deze uitspraak kan worden bekeken in hoeverre de voornoemde onderwerpen daarmee zijn verduidelijkt.

7 Flevo Berry

De casus in Flevo Berry draait om aardbeien. Bedrijven die aardbeien produceren kunnen zich over het algemeen bezighouden met drie deelactiviteiten: veredelen, vermeerderen en telen. Het veredelen van aardbeien houdt in dat men nieuwe aardbeienrassen ontwikkelt. Vermeerderen van aardbeien houdt in dat aardbeienplanten worden gekweekt op basis van licenties verleend door veredelaars. Een teler van aardbeien produceert aardbeien en brengt ze op de markt. Het is duidelijk dat niet alle deelactiviteiten (altijd) een gelijklopend belang hebben. De casus die heeft geleid tot de beschikking van de OK begint bij vermeerderingsbedrijf Flevoplant Holding B.V. (hierna: Flevoplant). Flevoplant kent een bestuurder en tevens meerderheidsaandeelhouder (Goossens). Een werknemer van Flevoplant (Suiker) gaat zich binnen Flevoplant bezighouden met het veredelen van aardbeienrassen. Die activiteit is zo succesvol dat hij in een andere groep vennootschappen wordt ondergebracht, Flevo Berry c.s. (hierna: Flevo Berry). Goossens houdt indirect 55% van de certificaten in het kapitaal van Flevo Berry, en Suiker 45%. Goossens en Suiker zijn beiden (indirect) bestuurder van Flevo Berry. De vennootschappelijke verhouding is schematisch

weergegeven in figuur 1 en 2.

Figuur 1 Flevoberry Holding B.V.

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/17/content_Wareman_figuur_1.jpg" style="height:294px; width:600px">

Figuur 2 Flevoplant Holding B.V.

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/20/content_Wareman_figuur_2.jpg" style="height:294px; width:600px">

Flevoplant is de grootste afnemer van licenties van Flevo Berry. Wel breidt Flevo Berry haar bereik gedurende haar bestaan uit, en nemen steeds meer andere partijen ook licenties af. Tussen Goossens en Suiker ontstaat onenigheid. Ik maak uit de beschikking op dat daaraan (in algemene zin) ten grondslag ligt dat Goossens Flevo Berry blijft zien als onderdeel van Flevoplant, en derhalve ook als dienstig aan deze onderneming. Suiker heeft echter juist behoefte aan een grotere zelfstandigheid van de onderneming ten opzichte van Flevoplant. Grootste geschilpunten zijn het door Flevoplant laten oplopen van licentiebijdragen (tot bijna negen ton) en de wens van Suiker om het aantal licenties van Flevo Berry uit te breiden. Ook kunnen Goossens en Suiker het niet eens worden over een nieuw te bouwen pand voor Flevo Berry. Goossens en Suiker beschuldigen elkaar over en weer van het hebben van een tegenstrijdig belang bij bepaalde belangrijke beslissingen. Uiteindelijk is de commercieel directeur van Flevo Berry als gevolg van de onderlinge spanningen afgetreden. Goossens en Suiker kunnen het niet eens worden over een opvolger.

De OK heeft in de eerstefasebeschikking van 21 september 2020 een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Flevo Berry bevolen.[38] In die beschikking heeft de OK reeds geoordeeld dat de belangen van Flevo Berry (als veredelaar) en Flevoplant (als vermeerderaar) niet altijd parallel lopen. In verband daarmee is het onvermijdelijk dat in het bestuur van Flevo Berry met regelmaat kwesties aan de orde zijn waarbij Goossens, als indirect bestuurder van Flevo Berry, een belang heeft te dienen dat strijdig is met zijn belang als indirect bestuurder en aandeelhouder van Flevoplant. In die gevallen kan in redelijkheid worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door het belang van Flevo Berry, aldus de OK. De aangewezen onderzoeker heeft het onderzoek op 7 juli 2021 afgerond. Suiker meent dat uit het onderzoeksverslag blijkt van wanbeleid, en tevens dat Goossens hiervoor verantwoordelijk is en hij verzoekt de OK dit in de tweede fase vast te stellen. Goossens heeft een voorwaardelijk tegenverzoek ingesteld. Als de OK vaststelt dat sprake is geweest van wanbeleid, verzoekt Goossens haar tevens vast te stellen dat dit te wijten is aan Suiker. De beschikking van 28 april 2022 betreft de tweedefasebeschikking, waarin de OK op deze verzoeken ingaat.

De OK grijpt de casus aan om het volledige landschap rondom het leerstuk van conflicterende belangen nog eens uiteen te zetten.[39] Zij doet dat met de volgende opsomming:

1. Artikel 2:8 BW vereist dat de vennootschap en degenen die krachtens de wet en statuten bij haar organisatie zijn betrokken zich redelijk en billijk jegens elkaar gedragen.

2. Dit betekent onder meer dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. De uitwerking van die zorgvuldigheidsplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij wordt in aanmerking genomen of het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders of om familierechtelijke verhoudingen. Als daarvan sprake is, bestaat eerder dan in andere gevallen de mogelijkheid van een vermenging van belangen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat. De OK verwijst naar haar beschikking inzake Zwagerman en artikel 3:46 lid 1 aanhef en onder 4 BW.

3. Indien bij een transactie[40] een reëel risico op belangenverstrengeling bestaat, is een hoge mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie en bij het sluiten van de overeenkomst waarbij de belangenverstrengeling mee kan spelen. Die zorgvuldigheid dient erop te zijn gericht dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden en daarmee zakelijk verantwoord is. Inschakeling van derden kan gewenst en soms noodzakelijk zijn. Als er goedkeuring moet worden verkregen, moet tijdig alle informatie worden verschaft die voor de beoordeling van de transactie van belang is. De OK verwijst naar de beschikkingen inzake Cancun, Butôt en Leaderland.

4. Een bijzondere vorm van belangenverstrengeling doet zich voor indien een geconflicteerde bestuurder een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft. De OK hanteert in dit geval de term 'geconflicteerde bestuurder'.[41] De OK verwijst naar de beschikkingen inzake Versatel II en Bruil, naar de memorie van toelichting van de wetswijziging in 2013[42] en naar haar beschikking inzake FLEXible. Zowel de wettelijke regeling als artikel 2:8 en 2:9 BW brengen in dat geval mee dat de geconflicteerde bestuurder tegenover zijn medebestuurders (of commissarissen) tijdig een zo groot mogelijke openheid dient te betrachten over de aard van het belangenconflict waarmee hij te maken heeft. Die openheid moet hij ook bij twijfel geven, opdat medebestuurders en indien aanwezig de RvC hierover kunnen adviseren. De OK verwijst naar Linders/Hofstee en de memorie van toelichting bij de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.[43]

5. Het is niet relevant of het gaat om een besluit in de zin van artikel 2:14-16 BW, of om een beslissing. De OK verwijst naar haar beschikking inzake De Stip.[44]

6. Het kan geboden zijn dat de geconflicteerde bestuurder niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie, dat hij daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd, of dat hij een deel van zijn portefeuille tijdelijk overdraagt aan een medebestuurder. De OK verwijst naar de beschikkingen inzake TMG en Intergamma.

In de beschikking inzake Omines Services heeft de OK aangegeven dat in de beschikking inzake Flevo Berry een vergissing was weergegeven. De OK hanteert de term 'geconflicteerde bestuurder' (alleen) voor de bestuurder met een tegenstrijdig belang in de zin van de wet.[45] In het overzicht hierboven heb ik deze vergissing reeds gecorrigeerd.

Uit de beschikking inzake Flevo Berry kan worden afgeleid dat de OK verschillende categorieën (of fasen) van conflicterende belangen identificeert. Ik heb deze categorieën in tabel 1 weergegeven, inclusief het juridisch kader en de gedragsnorm, voor zover dit uit de beschikking kan worden afgeleid.

Tabel 1 Categorieën van conflicterende belangen volgens de OK

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/23/content_Wareman_tabel_1.jpg" style="height:638px; width:763px">

8 Openstaande vragen

De verschillende categorieën geven wat mij betreft goede aanknopingspunten om te bepalen wanneer op grond van artikel 2:8 BW sprake kan zijn van (mogelijke) ontoelaatbare belangenconflicten. Eveneens wordt (redelijk) duidelijk welke gedragingen van een bestuurder of commissaris mogen worden verwacht in de betreffende situaties.[46] Er blijft echter wel een aantal punten onduidelijk.

Leijten is erg kritisch op de beschikking inzake Flevo Berry, en meent dat deze onnodig is geweest.[47] Hij merkt onder meer op dat beide begrippen (conflicterende belangen en tegenstrijdig belang) normatief neutraal zijn, en dus hetzelfde inhouden. De OK had wat Leijten betreft niet een duidelijke tweede categorie hoeven te erkennen, maar gewoon alles onder dezelfde noemer kunnen scharen. Daar heeft Leijten een punt, de overwegingen (eigenlijk een samenvatting van eerdere beschikkingen) hadden ook kunnen worden gegeven met gebruik van dezelfde terminologie. Ik kan mij echter voorstellen dat de OK dat minder aantrekkelijk acht, omdat de wettelijke regeling nu juist wel enkele categorieën van

conflicterende belangen expliciet uitsluit, die de regeling gebaseerd op artikel 2:8 BW wel kan insluiten.[48] Met het invoeren van de wettelijke regeling is als het ware de term ‘tegenstrijdige belangen’, gelijk een beschermd beroep, beschermd geraakt. Anders had de OK moeten werken met ‘tegenstrijdig belang’ in de zin van de wet, en ‘tegenstrijdig belang’ gegrond op artikel 2:8 BW, en dat komt de duidelijkheid van het juridisch kader niet ten goede.

Zoals gezegd laat de beschikking ook nog vragen onbeantwoord, en werpt zij nieuwe vragen op. In de eerste plaats hoe de verplichting om informatie te verschaffen aan aandeelhouders buiten de algemene vergadering[49] zich verhoudt tot de verschillende categorieën. Ook is uit de beschikking niet eenduidig op te maken of de laatste categorie, waarin gesproken wordt van een geconflieeerde bestuurder, kan intreden in een situatie die (nog) niet voldoet aan de in de wettelijke regeling gegeven voorwaarden voor het bestaan van tegenstrijdig belang. Tot slot is nog niet geheel duidelijk wanneer wel en wanneer niet aanleiding kan bestaan voor het nemen van aanvullende maatregelen op grond van artikel 2:8 BW, en voor welke maatregelen kan of moet worden gekozen. Ik werk deze zaken hieronder verder uit.

9 Verplichting om op grond van een bijzondere zorgplicht informatie te verschaffen

Het was wat mij betreft nuttig geweest als de OK bij het benoemen van deze categorieën ook was ingegaan op de verplichting die op het bestuur van de vennootschap kan komen te rusten om ook buiten de algemene vergadering informatie te verstrekken aan aandeelhouders. Hoe verhoudt deze verplichting zich tot de door de OK genoemde fasen? De tweede door de OK benoemde categorie betreft ondernemingen waarbij minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders komen te staan of waarbij sprake is van familieverhoudingen. Bij het bespreken van deze categorie verwijst de OK naar de beschikking inzake Zwagerman. Dit is de beschikking waar de OK ook doorgaans naar verwijst als bij haar de vraag voorligt of aandeelhouders buiten de algemene vergadering informatie hadden moeten ontvangen.[50] De (enige) gedragsnorm die de OK bij de bespreking van die categorie (echter) aan een bestuurder of commissaris oplegt, is dat zij attent moeten zijn en zorgvuldig ontoelaatbare verstrengeling van belangen moeten voorkomen. Deze gedragsnorm lijkt zich te richten op interne handelingen. De OK noemt geen bijzondere informatieplicht jegens aandeelhouders (of anderszins bij de vennootschap betrokkenen). De OK verwijst (pas) naar de Linders/Hofstee-beschikking (waarin zij expliciet heeft opgemerkt dat het bestuur bij een belangenverstrengeling een zo groot mogelijke mate van transparantie dient te betrachten) bij het bespreken van de vierde en laatste categorie, waarbij sprake is van een geconflieeerde bestuurder. Uit het feit dat de OK de verplichting om zo veel mogelijk openheid te geven niet expliciet heeft opgenomen bij de verschillende categorieën van belangenconflicten mag niet worden opgemaakt dat deze verplichting niet bestaat. Een aandeelhouder kan zich beroepen op de (vrij uitgebreide) jurisprudentie van de OK, waaruit volgt dat de omstandigheden van

het geval kunnen meebrengen dat ruime openheid van zaken moet worden gegeven, ook buiten het verband van de algemene vergadering.[51] Waar de OK in eerdere uitspraken echter nog benadrukte dat dit te meer geldt indien (mogelijk) sprake is van tegenstrijdig belang,[52] heeft zij dat in Flevo Berry niet herhaald of verduidelijkt.[53]

In zijn noot bij de beschikking inzake FLEXible heeft Leijten opgemerkt dat er in situaties waarbij een van de aandeelhouders bestuurder is (Leijten noemt dit asymmetrische situaties) altijd een bijzondere zorgplicht is op grond waarvan ruimhartig openheid van zaken moet worden gegeven, die er te meer is indien sprake is van tegenstrijdig belang.[54] Ik meen dat vanaf categorie 2 van belangenconflicten het bestuur of de commissarissen kan worden gevraagd om ruimhartig openheid van zaken te geven over het (mogelijke) belangenconflict.

10 Wordt al gesproken van een geconflieeerde bestuurder als (nog) geen sprake is van een wettelijk tegenstrijdig belang?

De OK heeft in de beschikking inzake Flevo Berry niet verwezen naar haar beschikking inzake Staphorst Ontwikkeling en Xeikon. Zij heeft wel verwezen naar haar beschikking inzake Intergamma, maar om te onderstrepen welke aanvullende maatregelen artikel 2:8 BW *kan* eisen. Dit terwijl de OK in Intergamma (en in Staphorst Ontwikkeling en Xeikon) juist oordeelde dat ook voordat voldaan is aan de wettelijke regeling, bestuurders op grond van artikel 2:8 BW gehouden kunnen zijn zich te onthouden van beraadslaging en besluitvorming, althans andere maatregelen moeten treffen.

Uit de Flevo Berry-beschikking (zoals herzien in Omines Services) valt niet op te maken of de OK meent dat de fase waarin gesproken wordt van een geconflieeerde bestuurder kan intreden als de wettelijke norm nog niet is behaald (zoals in Staphorst Ontwikkeling en Intergamma wel het geval was).[55] Omdat de OK (wel) verwijst naar Versatel II, Bruil, de wettelijke norm en FLEXible zou verdedigd kunnen worden dat de OK in die zin terugkomt van de beschikkingen in Xeikon, Staphorst Ontwikkeling en Intergamma. Als dat het geval is, kan alleen als voldaan is aan de wettelijke norm gesproken worden van een geconflieeerde bestuurder, en voor die tijd van een (mogelijk onaanvaardbaar) belangenconflict met de bij die fase behorende gedragsnorm. Het zich onthouden van beraadslaging en besluitvorming is een gedragsnorm die specifiek en alleen bij de vierde fase wordt genoemd. Volledig duidelijk is het echter niet. Waar voor de beschikking inzake Flevo Berry duidelijk was dat binnen het enquêterecht ook voordat voldaan is aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling de vereisten uit 'fase 4' (betrachten van een zo groot mogelijke openheid, onthouden van beraadslaging en besluitvorming en eventuele aanvullende maatregelen) konden gaan gelden, is dat nu niet meer het geval.

11 Wanneer aanvullende maatregelen, en welke aanvullende maatregelen?

De vierde en laatste categorie betreft de geconflicteerde bestuurder. Een geconflicteerde bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming (op grond van de wettelijke regeling). Daarnaast kan op grond van artikel 2:8 of 2:9 BW van de geconflicteerde bestuurder worden gevergd dat hij andere maatregelen neemt, zoals het niet betrokken zijn bij de voorbereiding van de transactie, het niet geïnformeerd worden daarover of het overdragen van zijn volledige portefeuille of een deel daarvan. Het is met de beschikking (nog) niet duidelijk wanneer wel en wanneer niet aanleiding kan bestaan voor het nemen van dergelijke aanvullende maatregelen.[56] Aanwijzing is de verwijzing door de OK naar haar beschikking inzake TMG en haar beschikking inzake Intergamma. Echte handvatten voor wanneer wel en wanneer geen aanleiding bestaat om aanvullende maatregelen te nemen bevatten deze beschikkingen echter niet. In de beschikking inzake TMG zou commissaris Van Puijenbroek aan de wettelijke eisen voldoen door zich te onthouden van de beraadslaging. Van Puijenbroek heeft zich echter gedurende een bepaalde periode (volledig) teruggetrokken uit de RvC. Daarmee nam TMG (zelf) een aanvullende maatregel. Wanneer een dergelijke maatregel is aangewezen, kan niet (echt) uit de beschikking worden afgeleid. In Intergamma heeft de OK wel geschetst welke omstandigheden in dat geval maken dat artikel 2:8 BW maatregelen vergde van de commissarissen.[57] Geabstraheerd gaat het om (1) een complexe transactie met de enig aandeelhouder met een aanzienlijke omvang, (2) bijbehorende risico's en financieringslasten, en (3) een ingrijpende wijziging van de structuur en governance, met ingrijpende gevolgen voor andere betrokkenen.[58] Bijzonder is dat de OK in Intergamma (juist) aangeeft dat de commissarissen zich hadden moeten onthouden van beraadslaging en besluitvorming (de wettelijke gedragsnormen). Daarop aanvullende gedragsnormen worden niet genoemd. Naar de beschikkingen inzake Staphorst Ontwikkeling en Xeikon is door de OK zoals gezegd niet verwezen in Flevo Berry, maar hier kan wel naar gekeken worden voor inspiratie welke aanvullende gedragingen vereist kunnen zijn op grond van artikel 2:8 BW. In Staphorst Ontwikkeling heeft de OK geoordeeld dat de bestuurder bepaalde rechtshandelingen niet had mogen voorbereiden en uitvoeren buiten zijn medebestuurder om. Ook in Xeikon oordeelde de OK dat de uitvoering van besluiten de bestuurders op grond van artikel 2:8 BW niet was toegestaan.

12 Conclusie

De Flevo Berry-beschikking biedt wat mij betreft een nuttige aanvulling op het juridisch kader omtrent belangenconflicten voor bestuurders en commissarissen, maar werpt ook vragen op. De uitspraak verduidelijkt vooral wanneer er (wel al) sprake is van belangenconflicten, maar (nog) niet van een tegenstrijdig belang, en wat bestuurders en commissarissen in die situaties moeten doen. Niet duidelijk is geworden hoe de verplichting om zo veel mogelijk openheid te

betrachten zich verhoudt tot de in Flevo Berry geformuleerde categorieën. Het was wat mij betreft goed geweest als de OK had verduidelijkt dat bij de tweede, derde en vierde categorie van belangenconflicten op grond van artikel 2:8 BW een bijzondere zorgplicht op de bestuurder rust, op grond waarvan hij jegens aandeelhouders (en medebestuurders of commissarissen) zo veel als mogelijk openheid moet betrachten over het (mogelijke) conflict. Immers, het kunnen vaststellen van een conflicterend belang (of tegenstrijdig belang) van een (mede)bestuurder of commissaris is onderwerp van veel van de geschillen die uiteindelijk bij de OK belanden. Tevens was het goed geweest als de OK expliciet had gemaakt of de laatste categorie, de categorie van geconflicteerde bestuurders met een tegenstrijdig belang, kan intreden als (nog) niet voldaan is aan de wettelijke regeling (of dat zij expliciet was teruggekomen van de beschikkingen inzake Staphorst Ontwikkeling en Intergamma). Tot slot was het nuttig geweest als handvatten waren gegeven die het makkelijker maken om te bepalen in welke situaties naast de wettelijke onthoudingsregel op grond van artikel 2:8 BW (of art. 2:9 BW) aanvullende maatregelen vereist zijn, en wanneer welke maatregel dan aangewezen kan zijn. Dat dit laatste door de OK niet is geadresseerd, is overigens te begrijpen, want iedere uitspraak is gestoeld op het feitenkader en het oordeel is ook zeer feitelijk van aard. Het formuleren van dergelijke handvatten past wellicht ook minder goed bij het geven van algemene overwegingen voorafgaand aan een beschikking zoals deze.

Al met al blijft het leerstuk van de belangenconflicten zeer weerbarstig. Flevo Berry is wel een verhelderend element binnen het juridisch kader, maar (zeker) niet de uitspraak die absolute helderheid verschaft.

Noten

[1] Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry).

[2] Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734, JOR 2022/175 m.nt. A.F.J.A. Leijten onder JOR 2022/176 (Omines Services).

[3] Voor stichtingen en verenigingen geldt inmiddels een vergelijkbare regeling. Voorheen ontbrak een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling bij de stichting. Bij de vereniging was een beperkte tegenstrijdigbelangregeling van toepassing. Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is een met de BV en de NV vergelijkbare tegenstrijdigbelangregeling geïntroduceerd voor de vereniging en stichting.

[4] Naast de wettelijke regeling en de jurisprudentie wordt het leerstuk tevens beïnvloed door de Corporate Governance Code en de implementatie van de aandeelhoudersrechtenrichtlijn:

Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 betreffende het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders (herziene Aandeelhoudersrechtenrichtlijn).

[5] Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, JOR 2022/56 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Linders/Hofstee).

[6] Voor Linders/Hofstee heeft de Hoge Raad reeds een beschikking gewezen inzake Maas/Amazon (HR 14 november 1940, ECLI:NL:HR:1940:AG1920, NJ 1941/321), waarin hij oordeelde dat niet alleen een geldelijk belang tegenstrijdig belang kan opleveren, maar bijvoorbeeld ook de voldoening die een vader haalt uit een door zijn zoon te ontvangen hoger salaris. Ook heeft de OK reeds eerder geoordeeld dat omstandigheden die maakten dat betwijfeld kon worden of de directie het belang van de door haar bestuurd vennootschap en door haar beheerde ondernemingen voldoende gescheiden kon houden een gegronde reden opleverde om te twifelen aan een juist beleid: Hof Amsterdam (OK) 21 september 1978, ECLI:NL:GHAMS:1978:AC6353, NJ 1979/403 m.nt. Maeijer.

[7] Hof Amsterdam (OK) 3 december 1987, WPNR 1988/5863 (Ogem).

[8] HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857, NJ 2002/296 m.nt. J.M.M. Maeijer (Zwagerman).

[9] Hof Amsterdam (OK) 30 november 2000, JOR 2001/4 m.nt. F.J.P. van den Ingh.

[10] HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857, NJ 2002/296 m.nt. J.M.M. Maeijer (Zwagerman), r.o. 3.2.

[11] HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, JOR 2002/111 m.nt. Van den Ingh (Joral).

[12] Deze regeling was gebaseerd op het principe dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang de vennootschap niet mag vertegenwoordigen, in tegenstelling tot de (huidige) besluitvormingsregeling die gebaseerd is op het principe dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming.

[13] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. Maeijer (Bruil).

[14] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. Maeijer (Bruil), r.o. 3.6.

[15] Zie de opsomming van literatuur in de bijdrage van A.F.J.A. Leijten, Tegenstrijdig belang, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Handboek Enquêterecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022#, par. 40.3.1.

[16] HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, NJ 2007/611 (Versatel II) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887, NJ 2007/612 m.nt. J.M.M. Maeijer (Versatel III). De beschikkingen inzake Versatel zijn geweest in het kader van een enquêteprocedure. Voor het juridisch kader van belangenconflicten zijn twee beschikkingen van de Hoge Raad in deze enquêteprocedure (van dezelfde datum) relevant, aangeduid met Versatel II en Versatel III. Naar beide beschikkingen wordt weleens verwezen in de literatuur en door de rechterlijke macht bij het bespreken van het leerstuk, waarbij doorgaans wordt bedoeld op de overwegingen van de Hoge Raad die in NJ 2007/612 (Versatel III) zijn afgedrukt omtrent tegenstrijdig belang. De verwarring tussen beide beschikkingen is te verklaren doordat de Hoge Raad in Bruil in zijn overweging het oordeel uit de tweede beschikking van de OK aanhaalt.

[17] Hof Amsterdam (OK) 14 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8151, JOR 2006/7 (OK Versatel II), r.o. 3.4.

[18] HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887, NJ 2007/612 m.nt. J.M.M. Maeijer (Versatel III), r.o. 4.3.

[19] Maeijer plaatst kanttekeningen bij het feit dat in de Versatel-casus sprake was van een *potentieel* tegenstrijdig belang, en vraagt zich af of dergelijke omstandigheden niet via andere wettelijke routes zouden moeten worden aangepakt. J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887, NJ 2007/612, onder 4.

[20] Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018, JOR/2009 m.nt. Van Solinge (Butôt).

[21] Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 6.

[22] Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 12.

[23] Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 6, p. 18.

[24] Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 12.

[25] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst Ontwikkeling).

[26] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/210 m.nt. Bulten (Intergamma).

[27] Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4666, JOR 2015/98 m.nt. M. Holtzer (Xeikon I) en Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (Xeikon II).

[28] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst Ontwikkeling).

[29] A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41, onder 7.

[30] Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. Leijten (Staphorst Ontwikkeling), r.o. 4.14.

[31] A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41, onder 14.

[32] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/210 m.nt. Bulten (Intergamma), r.o. 3.35.

[33] HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, Ondernemingsrecht 2014/101 m.nt. Leijten (Cancun).

[34] Hof Amsterdam (OK) 22 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1604, JOR 2016/193 m.nt. Olden (Leaderland).

[35] Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853, JOR 2021/272 m.nt. Leijten (FLEXible).

[36] Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853, JOR 2021/272 m.nt. Leijten

(FLEXible), r.o. 4.5.

[37] A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853, JOR 2021/272, onder 9.

[38] Hof Amsterdam (OK) 21 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2495.

[39] Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry), r.o. 4.5-4.9.

[40] De OK lijkt deze overweging te beperken tot transacties (en overeenkomsten waarin transacties worden vastgelegd). Het lijkt mij echter dat de overwegingen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die andere verplichtingen vastleggen dan de verplichting voor een vennootschap om een transactie aan te gaan. Ik neem aan dat de OK niet heeft bedoeld dat alleen bij verplichtingen die (kunnen) resulteren in een daadwerkelijke transactie (d.w.z. het overnemen van aandelen of bedrijfsactiviteiten) deze gedragsnorm geldt, maar ook bij het sluiten van (andere) overeenkomsten.

[41] De OK overweegt dit anders in de beschikking, maar corrigeert dit in de (hierna te bespreken) Omines Services-beschikking.

[42] Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 6, p. 19.

[43] Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 6, p. 11-12.

[44] Hof Amsterdam (OK) 26 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:878.

[45] Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734, JOR 2022/175 m.nt. A.F.J.A. Leijten onder JOR 2022/176 (Omines Services).

[46] Leijten is dit niet met mij eens. Hij meent dat het begrip belangenverstremgeling onvoldoende inhoud krijgt: Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry).

[47] Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry).

[48] Zo heeft de wetgever een functioneel tegenstrijdig belang expliciet uitgesloten.

[49] Zoals door de OK nog eens onderstreept in de beschikking inzake Steenfabriek de Rijswaard: Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750, JOR 2022/172 m.nt. P.L. Hezer onder JOR 2022/173.

[50] Zie bijv. de beschikking inzake Bosal: Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921, en meer recent de beschikking inzake Steenfabriek de Rijswaard: Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750, JOR 2022/172 m.nt. P.L. Hezer onder JOR 2022/173.

[51] Naast de Zwagerman-beschikking en de Linders/Hofstee-beschikking kan worden verwezen naar Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921 (Bosal), Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:717, JOR 2020/203 m.nt. Hezer (Fluelplants), Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2692 (Allure Energie) en Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750, JOR 2022/172 m.nt. P.L. Hezer onder JOR 2022/173 (Steenfabriek de Rijswaard). Zie verder ook L.H.K. Peereboom-Boogers & M. Westra, De bijzondere zorgvuldigheidsplicht van de besloten vennootschap jegens 'externe' aandeelhouders, MvO 2022, afl. 3-4, p. 88-98.

[52] Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2692 (Allure Energie), r.o. 4.10.

[53] Leijten is in zijn noot bij de uitspraak ook kritisch op dit punt: Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry).

[54] A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853, JOR 2021/272, onder 6.

[55] Leijten concludeert dat de OK bij het beschrijven van de vierde categorie – de geconflicteerde bestuurder – met de verwijzing naar zowel haar rechtspraak waarin conflicten van plichten ontoelaatbaar werden geacht op grond van art. 2:8 BW (Intergamma), als naar de wettelijke regeling oordeelt dat uit de wettelijke regeling volgt dat de onthoudingsregeling ook bij een zuiver conflict van plichten geldt. Daarmee zou het woord 'persoonlijk' in de wettelijke regeling zijn belang verliezen. In mijn ogen is de opsomming van de OK ook zo te interpreteren dat daarmee verschillende grondslagen voor de gedragsnorm onthouding van beraadslaging en besluitvorming worden gegeven (die los van elkaar kunnen bestaan).

[56] Zie ook A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry).

[57] Het betrof hier echter geen aanvullende maatregelen, omdat nu juist door de OK is geoordeeld dat art. 2:8 BW deze maatregelen vergt, ook indien het verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit de wettelijke regeling.

[58] Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/210 m.nt. Bulten (Intergamma), r.o. 3.35.