

De herziene Nederlandse Corporate Governance Code en tegenstrijdig belang

Bb 2017/41

In deze bijdrage gaat de auteur in op de herziene Nederlandse Corporate Governance Code en tegenstrijdig belang.

1. Inleiding

Op 8 december 2016 heeft de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (hierna: Commissie) de herziene Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: Herziene Code) gepubliceerd (te raadplegen op www.commissiecorporategovernance.nl). De Nederlandse Corporate Governance Code biedt richtlijnen voor de governance van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen en is voor het eerst vastgesteld in 2003 en daarna eenmalig herzien in 2008 (hierna: Code 2008). De Code 2008 is nu op initiatief VNO-NCW, VEUO, Eumedion, VEB, FNV, CNV en Euronext opnieuw geactualiseerd. De herziening is tot stand gekomen na een consultatieronde in februari 2016, waarop meer dan 100 reacties zijn gekomen (zie www.commissiecorporategovernance.nl).

Hieronder volgt een overzicht hoe na de herziening van de Code 2008 de tegenstrijdigbelangregeling voor een bestuurder of commissaris van een beursgenoteerde N.V. uitwerkt en met name wat deze herziening betekent voor het begrip tegenstrijdig belang.

Hierbij komen (in chronologische volgorde van inwerking-treding, dan wel verschijning) aan de orde: (a) de relevante bepalingen van de Code 2008 (paragraaf 2); (b) de relevante artikelen zoals opgenomen in het BW sinds de invoering van de Wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (hierna: Wet Bestuur en Toezicht) in januari 2013 (paragraaf 3); (c) de regeling zoals werd voorgesteld in het in februari 2016 ter consultatie aangeboden voorstel voor de herziening van de Code 2008 (hierna: Voorstel) (paragraaf 4); en (d) de relevante bepalingen zoals opgenomen in de Herziene Code (paragraaf 5).

2. Code 2008

In principe II.3 (voor bestuurders) en III.6 (voor commissarissen) van de Code 2008 is de regeling voor tegenstrijdige belangen opgenomen. Hierin is bepaald dat elke vorm of schijn van belangenverstremming tussen vennootschap en bestuurders of commissarissen wordt vermeden. Een bestuurder zal (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. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of commissarissen spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of de desbetreffende bestuurders of commissarissen zijn onderworpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen en dienen te worden aangegaan onder in de branche gebruikelijke condities. Dergelijke transacties dienen bovendien te worden gepubliceerd in het bestuursverslag met vermelding van (a) het tegenstrijdig belang; en (b) dat de relevante best practice bepaling van de Code 2008 is nageleefd. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met tegenstrijdige belangen bij bestuurders, commissarissen, grootaandeelhouders en de externe accountant in relatie tot de vennootschap.

Een tegenstrijdig belang bestaat op grond van de Code 2008 in ieder geval wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon (a) waarin een bestuurder of commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt; (b) waarvan een bestuurslid een familierechtelijke verhouding heeft met een bestuurder of commissaris van de vennootschap; of (c) waarbij een bestuurder of commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichhoudende functie vervult. De Code 2008 geeft geen verdere richtlijnen in welke andere situaties sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang, noch een omschrijving van het begrip tegenstrijdig belang. Het gevolg van een tegenstrijdig belang op grond van de Code 2008 is dat de relevante bestuurder of commissaris niet mag deelnemen aan de discussie en besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft.

3. Wet Bestuur en Toezicht

Met de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht in januari 2013 is voor N.V.'s in art. 2:129 lid 6 BW (voor bestuurders) en in art. 2:140 lid 5 BW (voor commissarissen) het begrip tegenstrijdig belang vastgelegd aan de hand van het criterium dat de Hoge Raad daarvoor heeft gegeven in het arrest *Bruil* (HR 29 juni 2007, NJ 2007/420, hierna: Bruil-criterium). Een tegenstrijdig belang is een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In de memorie van toelichting bij de Wet Bestuur en Toezicht is hierover onder meer het volgende opgenomen (*Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 12):

¹ Kyoko Kuijers-Tollenaar is kandidaat-notaris bij Houthoff Buruma Amsterdam.

“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, hoeft 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. In bijvoorbeeld een overnamesituatie, waarin wordt onderhandeld over de toekomst van de vennootschap en alle daarbij betrokkenen, is alertheid van bestuurders en commissarissen op een mogelijk tegenstrijdig belang gepast, onder meer in het geval een bestuurder een vergoeding in het vooruitzicht is gesteld bij het welslagen van de overname.”

Het wettelijk begrip tegenstrijdig belang is hiermee anders dan het begrip tegenstrijdig belang zoals opgenomen in de Code 2008. Daar waar in de Code 2008 in bepaalde situaties automatisch wordt uitgegaan van de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, geldt dit voor het wettelijk begrip niet en zijn op grond van het Bruil-criterium de omstandigheden van het geval bepalend. Op grond van het wettelijke begrip is bijvoorbeeld niet automatisch sprake van een tegenstrijdig belang wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon waarin een bestuurder of commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt in de vorm van aandelen. Op grond van de wet moet steeds worden nagegaan of daadwerkelijk sprake is van een persoonlijk belang dat strijdig is met het belang van de N.V.

Sinds de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht is het gevolg van het aanwezig zijn van een tegenstrijdig belang (al dan niet automatisch op grond van de Code 2008) verwerkt in art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:140 lid 5 BW. De relevante bestuurder of commissaris mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het onderwerp of de transactie waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft. In de Nota naar aanleiding van het Verslag bij de Wet Bestuur en Toezicht (*Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 20*) is hierover het volgende opgenomen:

“Vanaf het moment dat een agendapunt van het bestuur wordt opengesteld voor discussie en gedachtevorming, dient de bestuurder met een tegenstrijdig belang daarbij niet langer aanwezig te zijn. De gedachtevorming en discussie in het bestuur moeten kunnen plaatsvinden zonder dat deze worden beïnvloed door de aanwezigheid van de bestuurder met een tegenstrijdig belang. Wel kan de desbetreffende bestuurder voorafgaand aan de bestuursvergadering of zelfs bij de introductie van het agendapunt in de bestuursvergadering wordt gehoord

door zijn medebestuurders, zodat hij hen informatie kan verschaffen over de kwestie ten aanzien waarvan het tegenstrijdige belang bestaat. De overige bestuursleden kunnen immers behoefte hebben aan die informatie. Daarbij moeten zij zich er overigens wel bewust van zijn dat die informatie door de desbetreffende bestuurder kan zijn gekleurd. Vervolgens kan dan de beraadslaging en stemming over het agendapunt buiten de aanwezigheid van de desbetreffende bestuurder plaatsvinden.”

Voor het bestuur geldt op grond van art. 2:129 lid 6 BW dat wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, het besluit wordt genomen door de raad van commissarissen. Bij het ontbreken van een raad van commissarissen (bijvoorbeeld bij een N.V. met een one-tier board met uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders), wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Voor de raad van commissarissen geldt op grond van art. 2:140 lid 5 BW dat wanneer de raad van commissarissen door het tegenstrijdig belang van alle commissarissen geen besluit kan nemen, dat het besluit wordt genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Het gevolg van het niet naleven van de voormelde regeling is dat het besluit vernietigbaar is op grond van art. 2:15 lid 1 onderdeel a BW nu het een besluit betreft dat tot stand is gekomen in strijd met de bepalingen die het tot stand komen van een besluit regelen. Het besluit kan worden vernietigd door eenieder die een redelijk belang heeft bij de nakoming van de bepaling (*Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 13*).

Volledigheidshalve merk ik op dat op grond van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II 2015/16, 34491*) art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:140 lid 5 BW mogelijk worden verwerkt in een nieuw art. 2:9 lid 5 BW en art. 2:11 lid 6 BW.

4. Voorstel

In het Voorstel van februari 2016 werd de titel van de relevante regeling in de Code gewijzigd van ‘tegenstrijdige belangen’ in ‘voorkomen belangenverstrengeling’ en werd de regeling voor bestuurders en commissarissen samengevoegd in een principe. Het samenvoegen van de regeling voor bestuurders en commissarissen in een principe is het gevolg van de nieuwe thematische indeling. De Code 2008 was ingedeeld naar functie per orgaan: (I) naleving en handhaving; (II) bestuur; (III) raad van commissarissen; (IV) algemene vergadering; en (V) financiële verslaggeving, interne audit en externe accountant. In het Voorstel is gekozen voor een thematische indeling per onderwerp: (1) lange termijn waardecreatie; (2) effectief bestuur en toezicht, met onder meer aandacht voor cultuur; (3) beloningen; (4) de algemene vergadering; en (5) de one-tier bestuursstructuur. Het principe ‘voorkomen van belangenverstrengeling’ is onderdeel van het onderwerp ‘effectief bestuur en toezicht’. In het Voorstel was net als in de Code 2008 bepaald dat elke vorm van belangenverstrengeling tussen vennootschap en bestuurders of commissarissen wordt vermeden. Het woord

'schijn' is in het Voorstel geschrapt, omdat de Commissie de schijn van belangenverstremgeling subjectief van aard acht en niet op objectieve wijze vast te stellen. Opvallend is echter dat in de toelichting op het Voorstel de Commissie de opmerking had gemaakt dat zij het wel van belang vindt dat bestuurders en commissarissen zich bewust zijn dat de schijn van belangenverstremgeling kan ontstaan en tegen hen kan keren. Dit laatste leek een reden om het woord 'schijn' juist niet te schrappen. Daarbij blijft het voorkomen of beheersen van de schijn van belangenverstremgeling waardoor derden, de buitenwereld, minder tot geen vertrouwen hebben in de objectieve oordeelsvorming van de betreffende bestuurder of commissaris, een belangrijk aandachtspunt.

Ook zijn in het Voorstel de vier handelingen die een bestuurder zal nalaten (zie hierboven onder de paragraaf 2. Code 2008 de opsomming onder a.-d.) geschrapt, omdat de opsomming niet uitputtend was, noch representatief voor alle situaties die zich in dit verband zouden kunnen voordoen. Daarnaast is in het Voorstel het gevolg van een tegenstrijdig belang voor de relevante bestuurder of commissaris geschrapt, omdat dit sinds de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht wettelijk verankerd is in art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:140 lid 5 BW.

Net als in de Code 2008 waren in het Voorstel de drie situaties opgenomen waarbij automatisch sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang. Het begrip tegenstrijdig belang als gehanteerd in het Voorstel leek hiermee nog steeds anders te zijn ingevuld dan het wettelijk begrip tegenstrijdig belang. Dit leek een gemiste kans nu de herziening van de Code 2008 een mogelijkheid bood om beide begrippen beter op elkaar af te stemmen.

5. Herziene Code

De Herziene Code bepaalt in principe 2.7 (Voorkomen belangenverstremgeling) net als in het Voorstel en de Code 2008 dat elke vorm van belangenverstremgeling tussen de vennootschap en haar bestuurders of commissarissen wordt vermeden. Ten opzichte van de Code 2008 valt op dat in de Herziene Code (net als in het Voorstel) het voorkomen van de 'schijn' van belangenverstremgeling is geschrapt. Voorts is opgenomen dat adequate maatregelen moeten worden getroffen om belangenverstremgeling te vermijden. De raad van commissarissen is verantwoordelijk voor de besluitvorming over de omgang met belangenverstremgeling bij bestuurders, commissarissen en grootaandeelhouders in relatie tot de vennootschap. Ook hier is 'tegenstrijdig belang' vervangen door het ruimere begrip 'belangenverstremgeling'. Verder valt op dat de externe accountant ten opzichte van dezelfde bepaling in de Code 2008 in de Herziene Code niet langer is opgenomen in bovengenoemde opsomming over omgang met belangenverstremgeling.

Ondanks dat eenzelfde opsomming met betrekking tot de bestuurders in het Voorstel nog werd geschrapt, bepaalt de Herziene Code dat zowel bestuurders als commissarissen alert zijn op belangenverstremgeling en in ieder geval (a) niet in concurrentie met de vennootschap zullen treden; (b) geen (substantiële) schenkingen van de vennootschap voor

zichzelf, voor hun echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad zullen vorderen of aannemen; (c) ten laste van de vennootschap geen ongerechtvaardigde voordelen zullen verschaffen aan derden; en (d) geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen zullen benutten voor zichzelf of voor hun echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad.

De wijze waarop in de Code 2008 en het Voorstel automatisch invulling werd gegeven aan het begrip tegenstrijdig belang is in de Herziene Code komen te vervallen. De Herziene Code bepaalt dat een tegenstrijdig belang kan bestaan wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon (a) waarin een bestuurder of commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt; of (b) waarvan een bestuurder of commissaris een familierechtelijke verhouding heeft met een bestuurder of commissaris van de vennootschap. Opvallend is dat de derde situatie zoals nog was opgenomen in de Code 2008 en het Voorstel, namelijk wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon waarbij een bestuurder of commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult, niet is opgenomen in de Herziene Code.

Het nieuwe uitgangspunt zoals opgenomen in de Herziene Code inhoudende dat het mogelijk is dat een tegenstrijdig belang bestaat in plaats van de automatische aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, maakt dat de bepaling in de Herziene Code beter aansluit bij het wettelijke begrip tegenstrijdig belang. Op grond van de Code 2008 en het Voorstel was het mogelijk dat een situatie automatisch kwalificeerde als een tegenstrijdig belang, terwijl op grond van het wettelijke begrip geen sprake was van een tegenstrijdig belang. De nieuwe bepaling als opgenomen in de Herziene Code betekent voor de praktijk dat op grond van alle omstandigheden van het geval per situatie dient te worden bekeken of daadwerkelijk een tegenstrijdig belang bestaat op grond van het Bruil-criterium.

Niet nieuw ten opzichte van de Code 2008, maar voor de volledigheid hieronder vermeld, zijn de bepalingen over de wijze van de melding van een potentieel tegenstrijdig belang en het reglement van de raad van commissarissen. Een bestuurder of commissaris meldt een potentieel tegenstrijdig belang bij een transactie die van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurder of commissaris onverwijld aan de voorzitter van de raad van commissarissen (en in het geval van een tegenstrijdig belang van een bestuurder ook aan de overige leden van het bestuur) en verschaft daarover alle relevante informatie, inclusief de voor de situatie relevante informatie inzake zijn echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind en bloed- en aanverwanten tot in de tweede graad. Indien de voorzitter van de raad van commissarissen een potentieel tegenstrijdig belang heeft, meldt hij dit onverwijld aan de vicevoorzitter van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen besluit

buiten aanwezigheid van de betrokken bestuurder of commissaris of sprake is van een tegenstrijdig belang.

Het reglement van de raad van commissarissen dient regels te bevatten voor de wijze waarop omgegaan dient te worden met belangenverstrengeling, waaronder tegenstrijdig belang, van bestuurders en commissarissen in relatie tot de vennootschap. Het reglement beschrijft tevens voor welke transacties goedkeuring van de raad van commissarissen is vereist. Voorts stelt de vennootschap regels op voor het bezit van en transacties in effecten door bestuurders en commissarissen anders dan die uitgegeven door de vennootschap.

Ook ongewijzigd is dat alle transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of commissarissen spelen tegen op de markt gebruikelijke condities worden overeengekomen, besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of commissarissen spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurders of commissarissen zijn onderworpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen en dergelijke transacties worden gepubliceerd in het bestuursverslag, met vermelding van het tegenstrijdig belang en de verklaring dat de relevante best practice bepalingen zijn nageleefd.

6. Conclusie

De Herziene Code voorziet niet langer in een opsomming van situaties waarbij automatisch sprake is van een tegenstrijdig belang, maar geeft twee voorbeelden van situaties waarbij mogelijk een tegenstrijdig belang kan bestaan. Dit juich ik toe. De mogelijke aanwezigheid van een tegenstrijdig belang in plaats van de automatische aanwezigheid van een tegenstrijdig belang maakt dat de bepaling in de Herziene Code beter aansluit bij het wettelijk tegenstrijdig belangbegrip opgenomen in art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:140 lid 5 BW. Het wettelijk tegenstrijdig belangbegrip gaat er immers van uit dat steeds nagegaan moet worden of in een concrete situatie, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, daadwerkelijk sprake is van een persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de N.V. De raad van commissarissen dient, na de melding, buiten aanwezigheid van de betrokken bestuurder of commissaris te bepalen of een tegenstrijdig belang bestaat op grond van dit Bruil-criterium.

De Herziene Code omvat niet langer een bepaling waaruit blijkt dat de relevante bestuurder of commissaris niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het onderwerp of de transactie waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft, maar laat dit over aan de wettelijke regeling. De gevolgen van een tegenstrijdig belang zijn verankerd in art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:140 lid 5 BW. Nadeel van deze benadering is dat men de Herziene Code en het BW naast elkaar moet raadplegen. Dit vind ik minder praktisch en doet af aan de functie van de Herziene Code van integraal "spoorboekje" voor *good governance*.