

# Tegenstrijdig belang en de Code Tabaksblat

## Inleiding

Op 1 juli 2003 publiceerde de Commissie-Tabaksblat (hierna: de Commissie) haar concept voor een Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: de Code). De Code heeft inmiddels veel aandacht in de media gehad. Op tal van onderdelen is kritiek geleverd en/of zijn suggesties voor verbetering en zelfs voor versoering gedaan. De definitieve tekst van de Code is op 9 december 2003 gepubliceerd. De Code treedt in werking vanaf het boekjaar beginnend op of na 1 januari 2004.

Dit artikel gaat in op een specifieke regeling van de Code, te weten de tegenstrijdig-belang-regeling voor het bestuur en de raad van commissarissen (RvC). Dit zijn de *best practice* bepalingen II.3.1 tot en met II.3.4, alsmede de bepalingen III.6.1 tot en met III.6.7. De tegenstrijdig-belang-regeling van de Code ziet op het voorkomen en/of vermijden van belangenverstrengeling tussen bestuurders, commissarissen en (groot)aandeelhouders enerzijds en de vennootschap anderzijds en geeft voorschriften omtrent de interne besluitvorming. Het gaat hier niet om de klassieke tegenstrijdig-belang-regeling, zoals opgenomen in de artikelen 2:146/256 BW, die voorschriften geven ten aanzien van tegenstrijdige belangen van bestuurders bij vertegenwoordigingshandelingen. De tegenstrijdig-belang-regeling van de Code lijkt voor een belangrijk gedeelte gebaseerd te zijn op een aantal normen die door de Ondernemingskamer (OK) in het kader van enquêtoprocedures ten aanzien van belangenverstrengeling zijn vastgesteld. In dit artikel wordt deze jurisprudentie van de OK vergeleken met de tegenstrijdig-belang-regeling van de Code. Tot slot gaat dit artikel in op een aantal specifieke aspecten van de tegenstrijdig-belang-regeling van de Code en hoe daar in de praktijk mee omgegaan zou kunnen worden.

Vooraf wordt opgemerkt dat de definitieve tekst van de tegenstrijdig-belang-regeling van de Code op één belangrijk onderdeel is aangepast ten opzichte van de concepttekst van 1 juli 2003 (welke aanpassing wordt toegejuicht). Deze aanpassing betreft de toevoeging dat de regeling alleen ziet op tegenstrijdige belangen, 'die van *materiële* betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de betreffende bestuurders of commissarissen'. Deze materialiteitstoets was in de oorspronkelijke tekst niet opgenomen.

## Toepasselijkheid van de Code

Zowel uit de begeleidende brief van de voorzitter van de Commissie als uit de preambule van de Code blijkt dat de Code primair is bedoeld voor Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen. Toch is een aantal bepalingen (waaronder mijns inziens de tegenstrijdig-belang-regeling) van de Code zeker ook algemeen van toepassing op vennootschappen zonder beursnotering. Met name besloten concerns of

vennootschappen van een wat grotere omvang zullen zich de regels van de Code moeten aantrekken. Daarnaast gaat de Code uit van een structuur waarin naast het bestuur een aparte RvC functioneert, dan wel dat bestuurders en toezichthouders in een *one-tier board* structuur opereren. Die (beurs)vennootschappen die geen RvC hebben ingesteld (wat er maar weinig zullen zijn), zullen de tegenstrijdig-belang-regeling van de Code niet kunnen toepassen.

## Soorten tegenstrijdig belang

Het bestuur en de RvC dienen zich bij de vervulling van hun respectieve taken en bevoegdheden te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit is het uitgangspunt voor het handelen van bestuurders en commissarissen. De wet kent slechts een paar specifieke regelingen die zien op tegenstrijdige belangen (zie art. 2:12 en 2:146/256 BW), waarvan artikel 2:146/256 BW de belangrijkste is. Deze bepaling heeft echter een beperkte werking; artikel 2:146/256 BW ziet slechts op tegenstrijdige belangen van *bestuurders* in het kader van hun *vertegenwoordigingsbevoegdheid*.

Ratio van een tegenstrijdig-belang-regeling is te voorkomen dat een bestuurder (of commissaris) bij zijn handelen, dat gericht behoort te zijn op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, in het kader van een belangenafweging mogelijk zijn persoonlijk belang te zwaar laat wegen.<sup>1</sup> In de literatuur worden drie soorten tegenstrijdig belang onderscheiden:

1. *direct tegenstrijdig belang*: als de bestuurder direct (of formeel) partij is bij een rechtshandeling met (of een rechtsgeding tegen) de vennootschap. Ook een rechtspersoon-bestuurder kan een tegenstrijdig belang hebben met de vennootschap;
2. *indirect tegenstrijdig belang*: van een indirect tegenstrijdig belang is sprake als er een rechtshandeling plaatsvindt tussen de vennootschap en een derde tot wie de bestuurder in een bijzondere verhouding staat. Bijvoorbeeld: een arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de zoon van de bestuurder;<sup>2</sup>
3. *kwalitatief tegenstrijdig belang*: van een kwalitatief tegenstrijdig belang is sprake als een bestuurder in zijn kwaliteit van bestuurder of commissaris van een andere vennootschap betrokken is bij een rechtshandeling met de vennootschap waarvan hij eveneens bestuurder of commissaris is. Of dit een tegenstrijdig belang oplevert, hangt af van de vraag of er verwevenheid bestaat tussen het belang van de desbetreffende vennootschap en het (persoonlijke) indirect tegenstrijdig belang van de

1. Zie Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 351.  
2. Zie HR 14 november 1940, NJ 1941, 321 (Maas/Amazona).

bestuurder. Als er geen andere directe of indirecte eigen belangen van de bestuurder een rol spelen, dan zou men kunnen spreken van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang. Daarvan wordt over het algemeen aangenomen dat het in beginsel geen tegenstrijdig belang in de zin van de wet hoeft op te leveren.

## Tegenstrijdig-belang-regeling van de Code Tabaksblad

### *Algemeen*

De Commissie is van mening dat ter bevordering van de integriteit in het bedrijfsleven een regeling voor tegenstrijdig-belang-situaties in de Code moet worden opgenomen. Het principe dat is neergelegd in bepaling II.3 van de Code, inhoudende dat elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen vennootschap en bestuurders moet worden vermeden, is onder meer gebaseerd op aanbeveling 25 in het Rapport van de Commissie Corporate Governance (de Commissie-Peters) uit juni 1997. De Code richt zich dan ook niet zozeer op de klassieke tegenstrijdig-belang-situaties, maar meer op de (mogelijke) belangenverstrengeling tussen de vennootschap en haar bestuurders (inclusief commissarissen).

De Code geeft, als gezegd, een regeling voor tegenstrijdig-belang-situaties in het kader van de (interne) besluitvorming van de vennootschap, en niet voor tegenstrijdig-belang-situaties in het kader van de vertegenwoordiging van de vennootschap. Onder (mogelijke) belangenverstrengeling kunnen worden begrepen direct tegenstrijdige belangen, indirect en kwalitatief tegenstrijdige belangen. De Code dekt derhalve elke vorm van in de literatuur onderscheidene tegenstrijdig-belang-situaties.

### *Best practice bepalingen inzake tegenstrijdig belang bestuurders/commissarissen*

De *best practice* bepalingen uit de Code ten aanzien van tegenstrijdige belangen tussen *bestuurders* en de vennootschap, kunnen als volgt worden samengevat:

1. Een bestuurder mag (a) niet met de vennootschap in concurrentie treden, (b) geen (substantiële) schenkingen van de vennootschap voor zichzelf of voor zijn bloedverwanten vorderen of aannemen, (c) geen onrechtvaardige voordelen ten laste van de vennootschap aan derden verschaffen, en (d) geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen, voor zichzelf of voor zijn bloedverwanten benutten (de zogenoemde *corporate opportunities*) (zie bepaling II.3.1).

*Opmerking:* de hiervoor genoemde transacties acht de Code per definitie ontoelaatbaar. Indien dergelijke (rechts)handelingen aan de RvC worden voorgelegd, zou de RvC deze voorgenomen transacties moeten afwijzen. Deze *best practice* bepaling refereert aan bepaalde direct tegenstrijdige en bepaalde indirect tegenstrijdige belangen.

2. Volgens de Code is er in ieder geval sprake van een tegenstrijdig belang wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon (i) waarin een bestuurder persoonlijk een materieel financieel belang houdt, (ii) waarvan een bestuurslid een familierechtelijke verhouding heeft met een bestuurder van een vennootschap, of (iii) waarbij een bestuurder van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult (zie bepaling II.3.2).

*Opmerking:* deze *best practice* bepaling bepaalt dat ook kwalitatief tegenstrijdige belangen door de Code als (mogelijk) tegenstrijdige belangen worden gekwalificeerd, waarvoor de Code ten aanzien van de interne besluitvorming nadere voorschriften geeft.

3. Een bestuurder dient een (potentieel) tegenstrijdig belang dat van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de betreffende bestuurder, terstond aan de voorzitter van de RvC en aan de overige bestuurders te melden en alle relevante informatie over de tegenstrijdig-belang-situatie te verstrekken (zie bepaling II.3.2). In geval van een (potentieel) tegenstrijdig belang besluit de RvC buiten aanwezigheid van de betrokken bestuurder of er daadwerkelijk sprake is van een tegenstrijdig belang (zie bepaling II.3.2).
4. De betrokken bestuurder neemt geen deel aan de discussie en besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft (zie bepaling II.3.3).
5. Alle transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen, worden op basis van in de branche gebruikelijke condities overeengekomen. Transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen, die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de RvC (zie bepaling II.3.4). Dergelijke transacties worden gepubliceerd in het jaarverslag met vermelding van het tegenstrijdig belang en de verklaring dat de hiervoor genoemde *best practice* bepalingen zijn nageleefd (zie bepaling II.3.4).

De *best practice* bepalingen ten aanzien van tegenstrijdige belangen tussen *commissarissen* en de vennootschap kennen een soortgelijke regeling. De Code geeft echter met betrekking tot een tegenstrijdig belang tussen een commissaris en de vennootschap niet aan welke handelingen sowieso niet door een commissaris mogen worden verricht (zoals bij bestuurders wel het geval is, zie bepaling II.3.1).

De tegenstrijdig-belang-regeling van de RvC is voorts uitgebreid met de volgende bepalingen:

1. Het reglement van de RvC dient regels te bevatten ten aanzien van de omgang met (potentieel) tegenstrijdige

belangen bij bestuurders, commissarissen en de externe accountant in relatie tot de vennootschap, en voor welke transacties goedkeuring van de RvC nodig is (zie bepaling III.6.5).

2. Tot slot kennen de *best practice* bepalingen van de Code ten aanzien van tegenstrijdige belangen nog een aparte regeling voor transacties tussen (groot)aandeelhouders en de vennootschap (zie bepaling III.6.4). Dergelijke transacties dienen onder in de branche gebruikelijke condities te worden overeengekomen en behoeven eveneens de goedkeuring van de RvC.

Zijn deze *best practice* bepalingen nu werkelijk zo vernieuwend? Als de jurisprudentie van de OK op het punt van belangenverstremgeling erop na wordt geslagen, lijkt dat niet het geval te zijn. Wat wel vernieuwend is, is dat de Code verder invulling geeft aan de normen die door de OK zijn geformuleerd in het kader van het voorkomen van belangenverstremgeling (zie hierna).

### Jurisprudentie Ondernemingskamer (OK)

De OK is in verschillende zaken uitgebreid ingegaan<sup>3</sup> op de vraag hoe met (potentiële) tegenstrijdige belangen, althans met (potentiële) belangenverstremgeling, moet worden omgegaan. Als dat niet op zorgvuldige wijze is gebeurd (en er dus sprake was van belangenverstremgeling), heeft dit in een aantal gevallen zelfs de kwalificatie wanbeleid opgeleverd.

De normen die uit de hiervoor genoemde uitspraken kunnen worden afgeleid, kunnen als volgt worden samengevat:

1. De te onderscheiden belangen moeten op zorgvuldige wijze worden gescheiden; de bestuurder of commissaris moet zich bij zijn handelen laten leiden door het vennootschappelijk belang en niet door zijn eigen belang (en ook niet door het persoonlijk belang van zijn collega's).
2. Er moet maximale openheid en transparantie (in de besluitvorming) worden betracht.
3. Aan betrokkenen bij de besluitvorming dient tijdig informatie te worden verstrekt die zij redelijkerwijs nodig hebben voor het vormen van een verantwoord oordeel over die transactie (ten aanzien waarvan een tegenstrijdig belang bestaat). Dit kan met zich brengen dat informatie niet alleen mondeling, maar ook schriftelijk wordt verstrekt.

3. O.a. Triple P, JOR 2002, 124, Viba/Reesink, JOR 2001, 34, Zwagerman, JOR 2001, 4, Orbitrex, JOR 2001, 3, Ogem, NJ 1988, 691 en Linders-Hofstee, NJ 1984, 481.

4. Inschakeling van deskundige derden kan gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. Bijvoorbeeld kan een *fairness* opinie, (externe) taxatie of een 'at arm's length' verklaring worden gevraagd.
5. De bestuurder of commissaris ten aanzien van wie het tegenstrijdig belang bestaat, dient zich onder bepaalde omstandigheden te onthouden van deelname aan de besluitvorming.
6. In geval van een transactie waarbij zich een verstrengeling van belangen voordoet, dient een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering in acht te worden genomen.
7. Onder omstandigheden is het raadzaam dat de voorgenomen transactie niet wordt verricht.

Zowel de Code als de OK gaat uit van hetzelfde principe: elke vorm en schijn van belangenverstremgeling tussen de vennootschap enerzijds en bestuurders en/of commissarissen anderzijds moet worden vermeden. De Code geeft aan het voorschrift 'maximale openheid en transparantie' verder invulling door te bepalen dat de bestuurder/commissaris openheid van zaken dient te geven in het kader van de besluitvorming, en vervolgens door te bepalen dat transacties waarbij tegenstrijdige belangen hebben gespeeld, in het jaarverslag worden gepubliceerd, inclusief de wijze waarop met het tegenstrijdig belang is omgegaan.

De Code geeft specifiek aan hoe de besluitvorming tot stand dient te komen ingeval er sprake is van een (mogelijk) tegenstrijdig belang. Ook dit lijkt uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de OK voort te vloeien, die zegt dat in geval van een transactie waarbij zich een verstrengeling van belangen voordoet, een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering in acht moet worden genomen.

De *best practice* bepalingen dat transacties onder 'in de branche gebruikelijke condities' worden aangegaan en dat de bestuurder of commissaris zich van deelname aan de besluitvorming dient te onthouden, lijken eveneens te zijn gestoeld op de jurisprudentie van de OK.

### Enige kanttekeningen bij de tegenstrijdig-belang-regeling in de Code

#### Artikel 2:12 BW

Hoe verhoudt de *best practice* bepaling dat een bestuurder of commissaris niet mag deelnemen aan de discussie en besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij deze bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft, zich tot artikel 2:12 BW? Wie deel uitmaakt van een orgaan, heeft in principe stemrecht. Artikel 2:12 BW geeft een beperkte mogelijkheid om van deze regel af te wijken; de statuten kunnen bepalen dat het stemrecht aan een bepaalde persoon ontzegd kan worden, in geval van besluit-

vorming waarbij de vennootschap aan die persoon (en/of de zijnen) rechten toekent of verplichtingen kwijtscheldt. Een tegenstrijdig belang tussen – bijvoorbeeld – de vennootschap en de (stemgerechtigde) bestuurder brengt op zichzelf niet mee dat deze bestuurder zijn stemrecht niet kan uitoefenen.<sup>4</sup> De statuten kunnen slechts anders bepalen binnen de grenzen die artikel 2:12 BW geeft. Een verdergaande afwijking is ongeldig. De Code lijkt met het principe van artikel 2:12 BW in strijd te zijn. Immers, volgens de Code is een bestuurder of commissaris in beginsel onbevoegd te stemmen in geval van een tegenstrijdig belang met de vennootschap. In dit verband zou artikel 2:12 BW dan ook aangepast moeten worden, zodat de tegenstrijdig-belang-regeling van de Code binnen de reikwijdte van artikel 2:12 BW valt.

### *Quorumvereisten*

Een andere vraag is wat er gebeurt ingeval er een tegenstrijdig belang bestaat tussen een commissaris en de vennootschap, en de statuten een quorum voor bepaalde besluiten van de RvC voorschrijven en dat dat quorum alleen met de commissaris (die een tegenstrijdig belang met de vennootschap heeft) behaald zou kunnen worden. Hetzelfde geldt voor besluiten die alleen met algemene stemmen kunnen worden genomen. Voor het bestuur speelt deze problematiek minder, omdat de statuten van beursvennootschappen dergelijke quorumvereisten voor bestuursbesluiten doorgaans niet kennen.

Een besluit dat tot stand is gekomen in strijd met de statutaire constitutieve vereisten voor besluitvorming, is nietig.<sup>5</sup> Als een commissaris nu op grond van de Code wordt uitgesloten van de discussie en besluitvorming, kan er dan nog wel een geldig besluit door de RvC worden genomen indien niet aan de hiervoor genoemde quorum- of besluitvormingsvereisten kan worden voldaan? In beginsel kan dan geen geldige besluitvorming totstandkomen. Deze situatie dient statutair te worden opgelost door te bepalen dat ingeval een commissaris geen stem mag uitbrengen (door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang), deze persoon/stem ook niet meetelt voor de vaststelling van het quorum.

### **Conclusie**

De Code geeft verder invulling aan de wijze hoe met tegenstrijdige belangen tussen bestuurders enerzijds en de vennootschap anderzijds moet worden omgegaan. Daarnaast introduceert de Code een tegenstrijdig-belang-regeling voor commissarissen en grootaandeelhouders. De tegenstrijdig-belang-regeling van de Code lijkt voor een groot gedeelte gebaseerd te zijn op jurisprudentie van de OK. Gelet op het belang dat deze regeling beoogt te beschermen, te weten bevordering van de integriteit in het bedrijfsleven,

is een uitgebreide en gedetailleerde tegenstrijdig-belang-regeling, zoals nu in de Code is opgenomen, zeker gerechtvaardigd.

Het ligt in de lijn der verwachting dat aan de normen uit de Code, waaronder de normen ten aanzien van het voorkomen van belangenverstremming, veel gewicht zal worden toegekend. Een voorbeeld daarvan is de voorgenomen wetswijziging op grond waarvan de minister regels, zoals opgenomen in de Code, kan overnemen in een algemene maatregel van bestuur, die als verdere aanvulling dient op de verhoudingen binnen de vennootschap, zoals deze nu al in het Burgerlijk Wetboek zijn vastgelegd.

*M. Broekhuysen  
Allen & Overy*

## **De Scheipar-beschikking**

### **Inleiding**

Op 3 mei 2002 is bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (hierna: de OK) een verzoek ingediend tot het gelasten van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Scheipar B.V. (hierna: Scheipar). De OK heeft in haar beschikking van 7 augustus 2002 dit onderzoek bevolen.<sup>1</sup> Tegen de beschikking van de OK is cassatie ingesteld. In zijn beschikking van 6 juni 2003 gaat de Hoge Raad in op de volgende vragen:<sup>2</sup>

1. Wie kan in de enquêteprocedure als belanghebbende in de zin van artikel 282 lid 1 Rv worden aangemerkt?
2. Is een zogenoemd economische certificaathouder bevoegd de OK te verzoeken een enquête te gelasten?
3. Mag de OK zonder een daartoe strekkend verzoek van de onderzoeker een machtiging ex artikel 2:351 BW geven tot het raadplegen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers?

### **Feiten**

Scheipar is in 1993 opgericht en houdt een belang van 30% in de naar Frans recht opgerichte vennootschap SNF S.A. (hierna: SNF). Naast Scheipar houden Issaurat 34,97% en Pich 35,05%<sup>3</sup> van de aandelen in het kapitaal van SNF. Alle geplaatste aandelen in Scheipar worden gehouden door Stichting Administratiekantoor Scheipar (hierna: de Stichting). Het bestuur van Scheipar en van de Stichting werd tot eind januari 2002 gevormd door MeesPierson Trust. De raad van commissarissen van de Stichting bestaat uit Pich

4. Zie Asser-Maeijer 2-II, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 154 e.v.

5. Zie S.H.M.A. Dumoulin, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 186.

1. Hof Amsterdam (OK) 7 augustus 2002, JOR 2002, 193 m.nt. Josephus Jitta.

2. HR 6 juni 2003, JOR 2003, 161 m.nt. Josephus Jitta en NJ 2003, 486 m.nt. Maeijer. De beschikking is eveneens besproken door P.D. Olden en C.C. Borgart in *Ondernemingsrecht* 2003, p. 385.

3. De beschikking spreekt over een belang van 35,05%, hoewel de optelsom leidt tot een overschrijding van 100%.