

Tegenstrijdig belangregeling commissarissen in de statuten

Bb 2021/79

1. Inleiding

In het kader van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: WBTR) – in werking getreden op 1 juli 2021 – zullen verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen hun statuten willen beoordelen en waar nodig aanpassen. Een van de onderwerpen ter heroverweging of ter invoering is de tegenstrijdig belangregeling. De focus ligt in dit artikel op de tegenstrijdigbelangregeling ten aanzien van commissarissen, en meer in het bijzonder de vraag welke bepalingen op te nemen voor het geval dat het een of enkele of alle commissarissen een tegenstrijdig belang hebben. Wie houdt in zo'n geval het toezicht?

2. Van grondslag in de wet en code

Sinds 1 januari 2013 is de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voor B.V.'s en N.V.'s een zogenoemde besluitvormingsregeling. Commissarissen en bestuurders onthouden zich van de beraadslaging en besluitvorming indien zij bij het te nemen besluit een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang.² De tegenstrijdigbelangregeling beoogt het vennootschappelijk belang te beschermen. Als een commissaris of bestuurder zich (vooral) door een persoonlijk belang laat leiden ontstaat er een verhoogd risico dat de vennootschap benadeeld zal worden. De oude regeling zag op de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders in geval van een tegenstrijdig belang. In de nieuwe regeling is de nadruk komen te liggen op bescherming van de vennootschap door middel van regels met (in beginsel alleen) interne werking.

Om het risico dat de vennootschap benadeeld zal worden te beperken heeft de wetgever ervoor gekozen te bepalen dat commissarissen niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien zij daarbij een persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang. Als een geconflieerde commissaris toch deelneemt, is het besluit vernietigbaar op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW wegens strijd met bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen. Met de invoering van de WBTR op 1 juli 2021 is voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij dezelfde tegenstrijdigbelangregeling ingevoerd als voor N.V.'s en B.V.'s geldt. Voor stichtingen is een tegenstrijdigbelangregeling geïntroduceerd die iets

afwijkt, omdat een stichting geen algemene vergadering kent.

Het niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming betekent in de praktijk dat een commissaris niet zal deelnemen aan (dat deel van) de vergadering waarin het besluit wordt behandeld en genomen waarbij die commissaris een tegenstrijdig belang heeft. Bij een schriftelijk besluit zal de commissaris niet meetekenen, en wordt het tegenstrijdig belang van die commissaris ook in de tekst van het besluit vermeld. Worden er meerdere besluiten genomen (schriftelijk of in vergadering), dan verdient aanbeveling dit op te splitsen in deelbesluiten, zodat de commissaris wel mee kan stemmen of tekenen voor zover hij of zij geen tegenstrijdig belang heeft.

Een commissaris met een tegenstrijdig belang die zich moet onthouden van beraadslaging en stemming in de vergadering van de raad van commissarissen lijkt overigens, naar de letterlijke tekst van de wet – indien daartoe door het bestuur uitgenodigd – wel te mogen meepraten in de bestuursvergadering over (bijvoorbeeld) de transactie waarbij hij of zij een tegenstrijdig belang heeft. Ik ben het met Leijten eens dat dit in strijd lijkt met het onthoudingsvoorschrift: het elimineren van het tegenstrijdige belang uit de fase van de besluitvorming over het desbetreffende onderwerp. Het bestuur doet er goed aan een geconflieerde commissaris niet uit te nodigen of te weren uit deze bestuursvergadering.³

Voor de beoordeling of er sprake is van een tegenstrijdig belang bevat het Bruil-arrest nog steeds de norm.⁴ Volgens de Hoge Raad is er sprake van een tegenstrijdig belang in de gevallen waarin de betrokken bestuurder niet in staat mag worden geacht het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Het tegenstrijdig belang moet concreet en materieel zijn en dient te worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval.

Het besluit genomen in weerwil van de tegenstrijdigbelangregeling tast de rechtshandelingen die voortvloeien uit dit besluit niet aan. Een wederpartij van de vennootschap hoeft ook niet te onderzoeken of er sprake was van een tegenstrijdig belang.⁵ Zelfs indien de wederpartij weet dat de tegenstrijdigbelangregeling niet is gevolgd, tast dit de geldigheid van die rechtshandeling in beginsel niet aan. Dit was anders onder de oude wettelijke tegenstrijdigbelangregeling, die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders aantastte.

1 Marie-Elise Heijboer is kandidaat-notaris bij Quist Geuze Meijeren te Amsterdam (Marie-Elise.Heijboer@qgmlaw.com).

2 Commissarissen: art. 2:250 lid 5 BW en 2:140 lid 5 BW, bestuurders: art. 2:129 lid 6 en art. 2:239 lid 6 BW.

3 A.F.J.A. Leijten, 'Tegenstrijdig belang: een corporate governance kluit', in: M. Lückérath-Rovers, B. Bier, H. van Ees en M. Kaptein (eds.), *Jaarboek Corporate Governance 2012-2013*, Deventer: Kluwer, p. 101.

4 HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297.

5 *Kamerstukken I 2010/11*, 31 763, C, p. 7.

Voor beursgenoteerde vennootschappen is, naast de wet, de tegenstrijdigbelangregeling in de Corporate Governance Code 2017 (hierna: de "Code") van belang. Het begrip belangenverstrengeling in de Code richt zich op het voorkomen van belangenverstrengeling in het algemeen, ongeacht of er sprake is van beraadslaging of besluitvorming. Daarnaast wordt in de Code een verdere invulling gegeven aan de tegenstrijdigbelangregeling in de wet.⁶ Zo noemt de Code concrete gevallen waarin er sprake is van een tegenstrijdig belang van een commissaris, bijvoorbeeld wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon waarin een commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt.

3. Naar uitwerking in de statuten

3.1 Materieel en concreet tegenstrijdig belang

In de statuten wordt veelal – en zal in verband met de invoering van de WBTR veelal worden – aangesloten bij de wettekst:

“Een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien die commissaris daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming (of organisatie).”

In de statuten kan het begrip tegenstrijdig belang worden ingekleurd door het opnemen van bepaalde voorbeelden waarbij in ieder geval sprake zal zijn van een tegenstrijdig belang. Er kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij de gevallen genoemd in de Code. Hierbij moet men bedacht zijn dat deze voorbeelden nooit de indruk mogen wekken dat die voorbeelden samen een alomvattende definitie van het tegenstrijdig belang vormen, dit kan bijvoorbeeld door de woorden 'onder meer' toe te voegen. Daarnaast kunnen statuten het ook in dit kader relevante begrip 'vennootschappelijk belang' inkleuren. De ondergrens hierbij is dat de zogenaamde deelbelangen (belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren, de continuïteit van de onderneming en het eventuele concernbelang) niet mogen worden weggeschreven.⁷ Overigens is de achteraf toetsende rechter aan de van het Bruil-criterium afwijkende omschrijving van tegenstrijdig belang in zoverre niet gebonden,⁸ en is het aan de rechter om te toetsen of hij aan de geredigeerde invulling van het vennootschappelijk belang betekenis toekent.⁹

3.2 Allen tegenstrijdig, en nu?

In een enkel voorkomend geval zal de situatie zich kunnen voordoen dat de (doorgaans meerkoppige) raad van commissarissen in zijn geheel een tegenstrijdig belang heeft. De

standaard route is om aan te sluiten bij de wettekst, en het besluit te laten nemen door de algemene vergadering:

“Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering.”

In de statuten kan ook een ander orgaan dan de algemene vergadering (of bij de stichting: de raad van commissarissen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag hebben gelegen) worden aangewezen dat het besluit zal nemen indien er geen besluit kan worden genomen als gevolg van het tegenstrijdig belang van alle commissarissen. In sommige gevallen lijkt dit een beter alternatief. Denk bijvoorbeeld aan vennootschappen met een groot aantal aandeelhouders, zoals beursgenoteerde vennootschappen. Of aan een vennootschap waarbij de aandeelhouders en bestuurders dezelfde personen zijn. Kan in een dergelijk geval van de aandeelhouder-bestuurder verwacht worden toezicht te houden op zichzelf (al is het dan met een andere pet)?

Bij de statuten kunnen bepaalde besluiten die normaal worden genomen door de algemene vergadering, worden gedelegeerd aan de raad van commissarissen. Het lijkt ook in zo'n geval niet logisch een dergelijk besluit, bij een tegenstrijdig belang van de gehele raad van commissarissen, alsnog te laten nemen door de algemene vergadering. De algemene vergadering zal deze besluiten niet voor niets hebben gedelegeerd.

Een ander orgaan dat kan worden aangewezen indien er sprake is van een tegenstrijdig belang van de gehele raad van commissarissen is bijvoorbeeld de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.¹⁰ Een alternatieve statutaire regeling kan ook inhouden dat de beraadslaging en besluitvorming toch bij de overige commissarissen of de gehele raad van commissarissen blijft.¹¹ Met een dergelijk regeling wordt het tegenstrijdig belang weggeschreven.¹² Het voordeel van zo'n regeling is dat het duidelijkheid schept. Het is echter de vraag of het in alle gevallen verstandig is de algemene vergadering geheel buiten spel te zetten. Men doet er goed aan per geval tot geval te bedenken wat voor de rechtspersoon een passende regeling is, indien alle leden van de raad van commissarissen een tegenstrijdig belang hebben.

3.3 Meldingsroute

Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet bestuur en toezicht blijkt dat het in beginsel aan de betreffende commissaris is om tijdig melding te maken van een tegenstrijdig belang.¹³ Het verdient aanbeveling deze meldingsplicht

6 Best practice bepaling 2.7 Code.

7 Kamerstukken II, 31 058, nr. 6, p. 6 en 12.

8 R.G.J. Nowak & F.J. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012, afl. 12, p. 88.

9 G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013/6979, p. 460.

10 Art. 2:78a (189a) BW.

11 *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/389.

12 G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013/6979, p. 460.

13 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31763, nr. 3, p. 12.

in de statuten op te nemen, als houvast voor de praktijk.¹⁴ Het is daarbij belangrijk te vermelden dat elk *potentieel* tegenstrijdig belang dient te worden gemeld. De beoordeling of daadwerkelijk sprake is van een persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang is niet aan de desbetreffende commissaris.

In de tekst van de statuten zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de tekst van best practice bepaling 2.7.3. van de Code:

“Een commissaris meldt een potentieel tegenstrijdig belang bij een transactie die van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende commissaris onverwijld aan de voorzitter van de raad van commissarissen 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.”

3.4 Vaststelling

De huidige wet en de WBTR zwijgen over de vaststelling van het tegenstrijdig belang. De Code regelt dat de raad van commissarissen buiten aanwezigheid van de betrokken commissaris besluit of sprake is van een tegenstrijdig belang.

Als alternatief zouden de statuten de vaststelling kunnen overlaten aan een ander persoon of orgaan dan de raad van commissarissen, bijvoorbeeld aan de voorzitter van de raad van commissarissen, aan de algemene vergadering of aan het bestuur.

3.5 Belet

Het ten gevolge van een tegenstrijdig belang niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming of het hebben van een tegenstrijdig belang kan in de statuten worden aange-merkt als een vorm van belet. Dit blijkt ook uit de Memorie van Toelichting bij de Wet bestuur en toezicht. Hierin is opgenomen dat een statutaire ontstentenisregeling (lees volgens Nowak: beletregeling¹⁵) ook dienst kan doen indien er slechts één commissaris is en deze een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie.¹⁶

Quist noemt een statutaire regeling dat bepaalde gevallen leiden tot belet van een commissaris – bijvoorbeeld: in geval van een tegenstrijdig belang – een functioneel belet. Zo'n functioneel belet dient te worden onderscheiden van feitelijk belet waarbij een commissaris gedurende een bepaalde tijd werkelijk verhinderd is zijn of haar taken uit te

oefenen.¹⁷ De wet geeft de ruimte om het begrip belet nader in te kleden in de statuten. Zo kan worden bepaald dat er slechts sprake is van een beletsituatie wanneer de gehele raad van commissarissen verhinderd is door een tegenstrijdig belang, maar het is ook mogelijk dat al bij belet van één commissaris door een tegenstrijdig belang een ander persoon als waarnemend commissaris (beletpersoon) wordt aangewezen.¹⁸

In de statuten zal worden omschreven welke beletpersoon in geval van belet tijdelijk met de toezichthoudende taken is belast, of welk orgaan in dat geval bevoegd is om de beletpersoon aan te wijzen. De persoon die wordt aangewezen vervangt de commissaris bij de beraadslaging en besluitvorming tijdelijk ten aanzien van dat desbetreffende besluit, en oefent dus tijdelijk en partieel de taken van die commissaris uit. Het voordeel hiervan is dat op deze manier de overeengekomen scheiding der machten tussen de organen van de rechtspersoon in stand blijft. Deze beletpersoon dient daarbij overigens zelf geen tegenstrijdig belang te hebben.¹⁹

3.6 Quorumvereisten

Wees voorts bedacht op de wisselwerking tussen de tegenstrijdig belangregeling en eventuele quorumvereisten in de statuten (bijvoorbeeld: bepaalde besluiten kunnen slechts genomen worden door alle in functie zijnde commissarissen of in een vergadering waarin alle in functie zijnde commissarissen aanwezig zijn). Indien verder niets is geregeld, kan men 'vast' komen te zitten indien niet het vereiste aantal stemmen of aanwezigen bereikt kan worden door een tegenstrijdig belang of belet van één of een aantal commissarissen. Ook kunnen sommige regelingen onduidelijkheden opleveren. Denk aan statuten waarin is opgenomen dat bij belet van een commissaris de overige commissarissen een bevoegd orgaan blijven vormen, maar het betreffende besluit slechts kan worden genomen door alle in functie zijnde commissarissen. Voldoen de overige commissarissen in zo'n geval aan het quorumvereiste? En geldt een beletpersoon – zonder nadere regeling – als een in functie zijnde commissaris?

Een optie zou kunnen zijn dat het quorumvereiste meebeweegt met de tegenstrijdig belangregeling (en eventueel de aanvullende beletregeling), door bijvoorbeeld op te nemen dat het quorumvereiste slechts geldt voor commissarissen zonder tegenstrijdig belang en eventuele beletpersonen.

Ook dient nagedacht te worden over de vraag of het quorumvereiste vervolgens ook van toepassing is op het aangewezen orgaan dat het besluit zal nemen bij een tegenstrijdig belang van de gehele raad van commissarissen. Steeds dient geanticipeerd te worden op een mogelijk tegenstrijdig belang, en in een oplossing te worden voorzien die in zo'n geval passend zou zijn.

14 A.F.M. Dorresteyn, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling en de praktijk', *O&F* 2010, afl. 2, p. 112.

15 R.G.K. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6979, p. 471.

16 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31763, nr. 3, p. 19.

17 P.H.N. Quist, 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR* 2013/6990, p. 835.

18 *Idem*.

19 R.G.K. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6979, p. 471.

3.7 *Overgangsrecht*

Als laatste aandachtspunt voor de statutaire regeling geldt dat na invoering van de WBTR geen beroep meer kan worden gedaan op oude tegenstrijdig belangregelingen in de statuten van de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, die de vertegenwoordiging regelen door een ander dan een bestuur of een bestuurder in geval van een tegenstrijdig belang met een of meer bestuurders of commissarissen. Een rechtspersoon dient bij de eerstvolgende statutenwijziging de statuten in overeenstemming met de tegenstrijdigbelangregeling van de WBTR te laten overeenkomen. Het verdient aanbeveling deze oude regeling (ook zonder dat een statutenwijziging gepland staat) uit de statuten te halen en de statuten in lijn te brengen met de regeling, om te voorkomen dat de oude tegenstrijdigbelangregeling per abuis nog wordt gevolgd na inwerkingtreding van de WBTR.²⁰

4. **Slot**

In de statuten kunnen verschillende regelingen worden getroffen over tegenstrijdig belang van commissarissen. Daarbij wordt doorgaans volstaan met de weergave van de wettelijke regeling. Dit zal ook voor stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen straks wellicht een voor de hand liggende keuze zijn. Door aan te sluiten bij de wettelijke tegenstrijdig belangregeling kan in sommige gevallen de toezichthoudende functie van de raad van commissarissen worden verstoord. Ook kan onduidelijkheid ontstaan over quorumvereisten. Het verdient aanbeveling om bij het opstellen van bepalingen over tegenstrijdig belang in de statuten rekening te houden met het type rechtspersoon en de verhouding tussen en samenstelling van de algemene vergadering, de raad van commissarissen en het bestuur.

²⁰ Zie meer uitgebreid over het overgangsrecht: J.D.M. Schoonbrood, 'Het overgangsrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', WPNR 2020/7285.