

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



Advies wetsvoorstel 35058, bevorderen langetermijnbetrokkenheid aandeelhouders

23 november 2018

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse orde van advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

Wetsvoorstel 35 058 betreffende Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht en de Wet giraal effectenverkeer ter uitvoering van Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/39/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (hierna ook: het "Wetsvoorstel").

1. Inleiding

- 1.1 Op 16 oktober 2018 is het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn langetermijnbetrokkenheid aandeelhouders (de "Richtlijn") gepubliceerd. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: de "GCV") heeft kennisgenomen van het Wetsvoorstel en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om hierop te reageren.
- 1.2 In dit advies gaat de GCV in op het Wetsvoorstel, waarbij zij zich beperkt tot de voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW (Artikel I). De GCV heeft op 27 maart 2018 advies uitgebracht in het kader van de consultatie over het voorontwerp van het Wetsvoorstel ("Advies Voorontwerp"). De GCV verwijst hierna waar nodig naar haar Advies Voorontwerp.
- 1.3 In de Memorie van Toelichting ("MvT") worden als uitgangspunten voor implementatie van de richtlijn onder meer genoemd dat "[a]ls aansluiting bij bestaande wetgeving niet zinvol is, (...) zo dicht mogelijk [wordt] aangesloten bij de tekst van de artikelen uit de richtlijn" en dat "lidstaatopties worden overgenomen indien ze bijdragen aan lastenverlichting (...)" (MvT, p. 3). De GCV kan zich vinden in deze uitgangspunten. In het licht van deze uitgangspunten ondersteunt de GCV de aanpassingen in art. 2:135, 2:135b en 2:383b die, kort gezegd, ertoe strekken dat op beursvennootschappen¹ het bepaalde in art. 2:383c - 2:383e BW (het vermelden in de toelichting op de jaarrekening van aspecten van de bezoldiging van bestuurders) en art. 2:391, lid 2 (het doen van mededelingen in het bestuursverslag over het in de praktijk brengen van het bezoldigingsbeleid) niet meer van toepassing is, nu het voorgestelde art. 2:135b daarin voorziet.

¹ Zie over het begrip "beursvennootschap" ook de opmerkingen in onderdeel 2.9 en 2.10 van dit advies.

- 1.4 Het gevolg van deze aanpassingen is dat art. 2:383b - 2:383e in materieel opzicht nog slechts van toepassing is op zogenoemde "open" naamloze vennootschappen die niet tevens beursvennootschap zijn.² In de literatuur is, naar aanleiding van empirisch onderzoek, geconcludeerd dat dergelijke vennootschappen in de praktijk nauwelijks voorkomen. Als al sprake is van naamloze vennootschappen die aan de wettelijke criteria voldoen waardoor zij kwalificeren als "open" naamloze vennootschap in de zin van art. 2:383b, blijken zij in de praktijk doorgaans een besloten karakter te hebben vanwege het bestaan van slechts één of enkele aandeelhouders. De resterende vennootschappen die onder het bereik van art. 2:383b e.v. vallen zijn hierdoor in de praktijk ofwel een "open" naamloze vennootschap die feitelijk besloten is, ofwel een naamloze vennootschap waarvan uitsluitend aandelen zijn genoteerd op een handelsplatform dat geen gereguleerde markt is (derhalve ofwel op een "effectenbeurs" buiten de Europese Economische Ruimte, ofwel op een binnen de EER gelegen handelsplatform dat geen gereguleerde markt is). De Richtlijn strekt zich niet uit tot dergelijke vennootschappen. In het licht van de in de MvT genoemde uitgangspunten van lastenverlichting en het tegengaan van aansluiten bij wetgeving die niet zinvol is, geeft de GCV daarom in overweging om de artikelen 2:383b - 2:383e in zijn geheel te laten vervallen.

2. Artikelsgewijs commentaar

Artikel 1.C (schrappen lid 5a in artikel 135)

- 2.1 De GCV constateert dat wordt voorgesteld het huidige lid 5a van art. 135 te laten vervallen. Hierdoor hoeven zogenoemde "open" naamloze vennootschappen niet langer bij de oproeping voor de algemene vergadering waarin de vaststelling van de jaarrekening is geagendeerd opgaven over de bezoldiging bij de oproeping te vermelden. De GCV kan zich hierin vinden. Het schrappen van dit artikellid wordt gemotiveerd (p. 45 MvT) door erop te wijzen dat implementatie van art. 9 ter lid 4 van de Richtlijn in art. 2:135b leden 2 en 3 art. 2:135 lid 5a overbodig maakt. De GCV merkt op dat dit strikt genomen niet geldt voor "open" naamloze vennootschappen die geen beursvennootschap zijn, hetgeen naar de mening van de GCV overigens temeer een reden is om ook – zoals hierboven in onderdeel 1.4 is opgemerkt – de artikelen 2:383b-2:383e te laten vervallen.

Artikel 1.D (artikel 135b)

- 2.2 Het Wetsvoorstel implementeert in art. 2:135b de voorschriften uit de Richtlijn die zien op de inhoud en controle van het bezoldigingsverslag. De wijze van implementatie geeft de GVC aanleiding tot het plaatsen van enkele opmerkingen.

Art. 135b, leden 1 en 4

- 2.3 In het voorgestelde art. 135b lid 1 wordt gesproken over opname in het bezoldigingsverslag van "een overzicht van alle bezoldigingen die in het voorgaande boekjaar aan individuele

² Zie overigens de opmerkingen in onderdeel 2.3-2.5 over de voorgestelde kruisverwijzing in art. 2:135b, lid 4, onderdeel k, naar art. 2:383c en de onduidelijkheid die daaruit voortvloeit.

bestuurders *zijn toegekend of verschuldigd zijn*" (cursivering GCV). In lid 4, onderdelen f en k van het voorgestelde art. 135b wordt voorgeschreven dat in het bezoldigingsverslag ten minste aan de orde komen de (eventuele) "bezoldiging die *in het boekjaar ten laste van*" een dochtermaatschappij is gekomen (onderdeel f) en – door te verwijzen naar de in art. 2:383c genoemde informatie – "periodiek *betaalde* beloningen" (onderdeel k).³

- 2.4 Niet duidelijk is of aan de begrippen "toegekend of verschuldigd", "in het boekjaar ten laste van" en "betaald" steeds dezelfde betekenis moet worden toegekend, althans of daarmee steeds wordt bedoeld op de tijdsperiode waarin de verplichting van de beursvennootschap jegens de bestuurder is ontstaan (en niet het feitelijke moment van betalen). De uitleg dat niet het feitelijke moment van betalen bepalend is, is de uitleg die thans, naar het de GCV voorkomt, wordt gehanteerd bij de toepassing van art. 2:383c. De GCV geeft in overweging dit in de toelichting te verduidelijken.
- 2.5 Daarenboven geeft de GCV in overweging, nu deze verwijzing tot (nieuwe) onduidelijkheden aanleiding geeft, de verwijzing in art. 2:135b, lid 4, onderdeel k, naar art. 2:383c - 2:383e in het geheel te schrappen.

Art. 135b, lid 8

- 2.6 In het voorgestelde lid 8 van art. 135 wordt bepaald dat "[d]e accountant, bedoeld in art. 393 lid, *controleert*" (cursiveringen GCV) of het bezoldigingsverslag de in art. 135b vereiste informatie bevat. Deze formulering geeft aanleiding tot onduidelijkheden. Het gebruik van het lidwoord "de" suggereert dat het moet gaan om de(zelfde) accountant als bedoeld in art. 393 lid 1; dat wil zeggen: de accountants(organisatie) waaraan de beursvennootschap opdracht heeft gegeven om de jaarrekening te laten onderzoeken. Blijkens de MvT (p. 52-53) behoeft de accountant die het bezoldigingsverslag "controleert" echter niet noodzakelijkerwijs dezelfde accountant te zijn als die welke de jaarrekening onderzoekt. Verwezen wordt daarbij naar de gebruikte formuleringen in art. 72 en 94a. In die artikelen wordt echter steeds gesproken over "een" accountant als bedoeld in art. 393 lid 1. Indien, zoals in de MvT wordt gesuggereerd, het de bedoeling is dat ook een andere accountant dan de accountant waaraan de opdracht tot onderzoek van de jaarrekening is verleend het bezoldigingsverslag kan "controleren", dan geeft de GVC in overweging de formulering van lid 8 te verduidelijken door daarin over "een" accountant te spreken.
- 2.7 Overigens is eveneens onduidelijk wat precies de reikwijdte en diepgang is van de door de (of een) accountant aan te leggen beoordeling van het bezoldigingsverslag. Blijkens MvT (p. 53) "ligt het in de rede dat de accountant controleert of de vereiste informatie aanwezig is en niet ook inhoudelijk toetst of de informatie juist is". Hoewel de GCV zich, op zichzelf bezien, kan vinden in een dergelijke afbakening van de door de (of een) accountant uit te voeren beoordeling van het bezoldigingsverslag, roept deze toelichting wel de vraag op hoe deze toets zich verhoudt door de door de accountant uit te voeren werkzaamheden bij de beoordeling van de geconsolideerde jaarrekening en het bestuursverslag. Bij de beoordeling

³ De passage "periodiek betaalde beloningen" volgt uit art. 2:383c, lid 1, onderdeel a. Cursiveringen in de tekst aangebracht door de GCV.

van de geconsolideerde jaarrekening zal de accountant dienen na te gaan of de vennootschap de jaarrekeningvoorschriften over beloning van "key management personnel" juist toepast. Bij de werkzaamheden aangaande het bestuursverslag geldt dat de accountant nagaat of, in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen informatie, het bestuursverslag materiële onjuistheden bevat. Van dit bestuursverslag zal doorgaans deel uitmaken het op grond van de Nederlandse Corporate Governance Code toe te voegen commissarissenverslag, waarin – onder meer – verslag zal worden gedaan over de uitvoering van de taakopdracht van de remuneratiecommissie in het boekjaar en de belangrijkste onderwerpen in de vergaderingen van die commissie. Over de wijze waarop de accountant⁴ met informatie die aldus is verkregen, dient om te gaan bij de "controle" van het bezoldigingsverslag, zwijgt de MvT. De GCV geeft in overweging hierover in de toelichting meer uitleg te verschaffen.

Artikel F: nieuwe afdeling 8 van titel 4 Boek 2 BW: art. 167-170

- 2.8 Het Wetsvoorstel creëert voor het Richtlijnonderdeel transacties met verbonden partijen een nieuwe afdeling 8 van titel 4 Boek 2 BW. Deze afdeling beperkt zich tot beursvennootschappen, zoals ook de Richtlijn doet. Het Wetsvoorstel bevat een aantal wijzigingen ten opzichte van het Voorontwerp, die hierna worden besproken. Enkele andere opmerkingen betreffen aspecten van het Wetsvoorstel die ongewijzigd van het Voorontwerp zijn overgenomen.

Art. 167 lid 1

- 2.9 Dit artikellid bepaalt dat de nieuwe afdeling 8 van toepassing is op vennootschappen waarvan aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 Wft. De MvT, p. 53, volstaat met de uitleg dat afdeling 8 alleen van toepassing is op beursvennootschappen, omdat de Richtlijn zich daartoe beperkt.
- 2.10 De Richtlijn beperkt zich tot vennootschappen met een notering binnen de EER. Ook de definitie van 'gereguleerde markt' in art. 1:1 Wft moet aldus gelezen worden, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis bij de Wft. De GCV adviseert om in de nadere toelichting deze beperking – hoewel ten overvloede – nogmaals uitdrukkelijk te vermelden. Na de Brexit zal de consequentie van die beperking zijn dat deze afdeling niet van toepassing is op een Nederlandse vennootschap met uitsluitend een notering op een gereguleerde markt in het Verenigd Koninkrijk.

Art. 167 leden 2 en 3: begrip materiële transactie; begrip verbonden partij

- 2.11 De Richtlijn verplicht de Lidstaten om het begrip materiële transacties nader te specificeren en staat toe dat voor materialiteit een kwantitatief of kwalitatief criterium wordt gehanteerd. Het Wetsvoorstel kiest voor een kwalitatief criterium: een transactie is materieel indien informatie over de transactie voorwetenschap is als bedoeld in art. 7 lid 1 van de Verordening marktmisbruik (lid 3 sub a). Dit betekent, kort gezegd, dat een transactie materieel is als

⁴

Indien dit dezelfde accountant is als de accountant die de jaarrekening onderzoekt.

informatie erover koersgevoelig is (MvT p. 55).

- 2.12 Maar lid 3 sub b beperkt het begrip materiële transactie verder tot transacties die zijn aangegaan met een verbonden partij. Dat lijkt onnodig verwarrend, omdat de nieuwe afdeling betrekking heeft op transacties met verbonden partijen die materieel zijn. Door in de definitie van materiële transactie op te nemen dat zij moet zijn aangegaan met een verbonden partij zou "materiële transactie met een verbonden partij" betekenen: "koersgevoelige transactie die is aangegaan tussen de vennootschap en een verbonden partij met een verbonden partij." Het komt de GCV voor dat het beter zou zijn om het begrip 'materieel' te beperken tot het criterium van koersgevoeligheid.
- 2.13 Het Wetsvoorstel bepaalt in lid 2 van art. 167, conform de Richtlijn, dat het begrip 'verbonden partij' dezelfde betekenis heeft als in de IAS. In lid 3 sub b. wordt daarnaast bepaald dat onder het begrip verbonden partij 'in ieder geval' is begrepen: een bestuurder, commissaris of 'een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.' Omdat een 10% aandeelhouder, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, niet altijd kwalificeert als een verbonden partij in de zin van IAS 24, rijst de vraag hoe dit onderdeel van lid 3 zich verhoudt tot de stellige bewoordingen van lid 2 ('Onder een verbonden partij [wordt] verstaan een verbonden partij als bedoeld in [de IAS]'). Indien het de bedoeling is dat lid 3 in zoverre prevaleert boven lid 2, dan zou aan het eind van lid 2 kunnen worden toegevoegd: "onverminderd het bepaalde in lid 3 sub b".
- 2.14 De toelichting, p. 54, vermeldt dat de woorden 'in ieder geval' in lid 3 sub b tot uitdrukking brengen 'dat een transactie die koersgevoelig is en is aangegaan met een andere verbonden partij dan de genoemde drie categorieën, nog steeds materieel kan zijn'. Gelet op de hiervoor gesignaleerde definitiekwestie leest de GCV dit zo, dat bijvoorbeeld de echtgenoot van een bestuurder, of een aandeelhouder die minder dan 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, ook een verbonden partij kan zijn onder de IAS. Ook deze passage dwingt er volgens de GCV toe om het begrip 'materieel' te beperken tot het criterium van koersgevoeligheid.

Art. 167 lid 4

- 2.15 Lid 4 bepaalt – conform de Richtlijn – dat niet materiële transacties die in hetzelfde boekjaar met dezelfde verbonden partij zijn aangegaan moeten worden samengevoegd. De MvT, p. 55, licht toe dat indien een transactie met een verbonden partij niet materieel is, desondanks beoordeeld moet worden of die transactie, gezien in samenhang met eerdere, eveneens niet materiële transacties in hetzelfde boekjaar met dezelfde verbonden partij, toch als materieel kwalificeert.
- 2.16 De GCV meent dat deze samenvoeg- of anti-opsplitsbepaling in de Richtlijn zich niet leent voor toepassing op het gekozen kwalitatieve criterium van koersgevoeligheid, omdat, kort gezegd, een koersgevoelige transactie zich niet temporeel laat opsplitsen. De GCV erkent dat de desbetreffende bepaling in de Richtlijn⁵ geïmplementeerd moet worden, maar beveelt ten behoeve van de praktijk aan om in de (nadere) toelichting een opmerking te maken over de

⁵

Richtlijn, art. 9 quater lid 8.

onverenigbaarheid van deze richtlijnbeeping met het gekozen criterium van materialiteit (koersgevoeligheid).

Art. 168 en art. 169 leden 1 en 3: uitzondering voor transacties die in het kader van de normale bedrijfsvoering en onder normale marktvoorwaarden zijn aangegaan.

- 2.17 De Richtlijn bepaalt dat de (hierna te bespreken) transparantie- en goedkeuringsvoorschriften niet van toepassing zijn op transacties die in het kader van de normale bedrijfsvoering en volgens normale marktvoorwaarden worden verricht. Deze uitzondering is verwerkt in de leden 1 en 3 van art. 169.
- 2.18 De GCV denkt bij deze uitzondering bijvoorbeeld aan een beursvennootschap die regelmatig transacties met haar grootaandeelhouder (die verbonden partij is) verricht in de producten die de vennootschap produceert: de grootaandeelhouder is – op normale marktcondities – afnemer van die producten of leverancier van grondstoffen voor die producten. Maar hoe groot die leveranties of afnames door de grootaandeelhouder ook mogen zijn, informatie daarover zal niet koersgevoelig zijn – en de transacties zullen dus niet 'materieel' zijn – juist omdat het in beide opzichten normale transacties betreft. Indien informatie over een transactie koersgevoelig is, en de transactie dus materieel, zal zich nooit de uitzondering kunnen voordoen van normale bedrijfsvoering en normale marktvoorwaarden. Deze uitzondering heeft dus praktisch geen zelfstandige betekenis naast het gekozen criterium van materialiteit (koersgevoeligheid).
- 2.19 De GCV acht het daarom niet erg zinvol om toepassing te geven aan het richtlijnvoorschrift dat de RvC een interne procedure vaststelt om periodiek te beoordelen of aan de voorwaarden van normale bedrijfsvoering en normale voorwaarden is voldaan.⁶
- 2.20 Ook hier geldt dat een nadere toelichting op deze bepalingen de reikwijdte ervan voor de praktijk kan relativeren, opnieuw vanwege de samenhang met het gekozen criterium van materialiteit (koersgevoeligheid). Alternatief zou de wetgever er alsnog voor kunnen kiezen om deze uitzondering uit het Wetsvoorstel te schrappen.⁷

Art. 169, leden 1 en 2: timing en wijze van openbaarmaking

- 2.21 Art. 169 lid 1 vereist openbaarmaking van de materiële transactie met de verbonden partij op het moment van aangaan van de transactie. Lid 2 vereist ten minste informatie over "de aard van de relatie met de verbonden partij." De GCV meent dat indien de verbonden partij een aandeelhouder is, de desbetreffende informatie mede betrekking moet hebben op de omvang van het kapitaalbelang dat de aandeelhouder in de vennootschap houdt.
- 2.22 Naast de aard van de relatie, de naam van de verbonden partij, de datum van de transactie en de transactiewaarde moet de aankondiging tevens bevatten "andere informatie die noodzakelijk is voor de beoordeling of de transactie redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van de vennootschap en de aandeelhouders die geen verbonden partij zijn."

⁶

Art. 168.

⁷

Volgens de Richtlijn, art. 9 quater lid 5, zijn de lidstaten niet verplicht deze uitzondering toe te passen.

- 2.23 De MvT bevat een summiere toelichting op die andere 'noodzakelijke' informatie. De Minister suggereert: 'de reden van het aangaan van de transactie of de voorwaarden waaraan de verbonden partij op grond van de transactiedocumentatie dient te voldoen.' Het overleggen van een verklaring van de rvc over de materiële transactie 'is niet verplicht' (MvT, p. 57).
- 2.24 De GCV acht het wenselijk dat in de (nadere) toelichting op deze bepaling meer duidelijkheid wordt gegeven over de reikwijdte van deze noodzakelijke andere informatie. De GCV zou zich kunnen voorstellen dat ten minste wordt uiteengezet dat, waarom en hoe de rvc (of de one tier board) de transactie heeft goedgekeurd als redelijk en billijk voor de vennootschap en de aandeelhouders die geen verbonden partij zijn.
- 2.25 De MvT vermeldt dat in lijn met overweging 44 van de Richtlijn materiële transacties met verbonden partijen openbaar kunnen worden gemaakt op de website van de vennootschap 'of op een andere vlot toegankelijke wijze'. De GCV meent dat de wijze van openbaarmaking in de wet moet worden geregeld en niet alleen in de toelichting.

Art. 169 lid 3 en art. 170: Goedkeuring door rvc of one tier board; transacties tussen dochtermaatschappijen en verbonden partijen niet onderhevig aan goedkeuring?

- 2.26 Art. 169 lid 3 bepaalt dat materiële transacties met een verbonden partij worden goedgekeurd door de rvc, of bij een *one tier board*, door het bestuur.
- 2.27 De bepaling impliceert dat een beursvennootschap een rvc moet hebben of een one tier board. Een dergelijk voorschrift bevat de wet echter niet. De Code wel, maar daarvan kan in beginsel worden afgeweken. De GCV bepleit daarom dat in het Wetsvoorstel een bepaling wordt opgenomen inhoudende dat beursvennootschappen waarop het Wetsvoorstel ziet een rvc of een one tier board moeten hebben. De GCV bepleit voorts dat in de wettekst wordt opgenomen dat het om *voorafgaande* goedkeuring van de rvc (of het bestuur in een one tier board) gaat.
- 2.28 De MvT, p. 53, vermeldt dat voor transacties tussen een *dochtermaatschappij* van de beursvennootschap en een verbonden partij de eis van goedkeuring door de rvc (of het bestuur in een one tier board) niet geldt. Dit blijkt uit art. 170, waarin leden 3 en 4 van art. 169 niet van overeenkomstige toepassing worden verklaard op transacties tussen dochters en verbonden partijen.
- 2.29 De GCV constateert dat een transactie met een verbonden partij steeds op een zodanige wijze gestructureerd kan worden dat de transactie formeel wordt aangegaan door een dochtermaatschappij van de vennootschap. Aldus kan de goedkeuringseis worden ontdoken. De GCV bepleit daarom dat in art. 170 het gehele artikel 169 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

Artikel 169 lid 4: onthoudingsvoorschrift

- 2.30 De Richtlijn schrijft voor dat, indien bij de transactie met een verbonden partij een bestuurder of commissaris 'betrokken is', de desbetreffende bestuurder of commissaris niet aan de

goedkeuring deelneemt.⁸ In het voorontwerp van het Wetsvoorstel⁹ werd opgemerkt dat dit voorschrift geen implementatie behoefde, omdat de verplichting tot onthouding al zou volgen uit de artikelen 129 lid 6 en 140 lid 5: een bestuurder of commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een (direct of indirect) persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.¹⁰

- 2.31 Naar aanleiding van het Advies Voorontwerp bevat het Wetsvoorstel nu wel een implementatie van deze bepaling in de Richtlijn. De GCV had opgemerkt dat een bestuurder of commissaris betrokken kan zijn bij een transactie met een verbonden partij zonder daarbij een persoonlijk belang te hebben, bijvoorbeeld indien hij louter een functie vervult bij de verbonden partij of een daaraan gelieerde entiteit. In de MvT, p.18, wordt deze passage in het Advies Voorontwerp aangehaald.
- 2.32 Art. 169 lid 4 bepaalt: "Een bestuurder of commissaris neemt niet deel aan de besluitvorming [over de goedkeuring, GCV] indien hij *zelf* betrokken is bij de transactie met de verbonden partij." De Richtlijn heeft het over een bestuurder die bij de transactie met een verbonden partij 'betrokken is', niet: 'zelf betrokken is'. In de MvT wordt deze afwijking van de Richtlijntekst niet toegelicht.¹¹ De GCV adviseert dat, om onduidelijkheid in de praktijk te voorkomen, het woord 'zelf' wordt geschrapt.¹² In plaats daarvan zou de toelichting moeten uitleggen wat onder 'betrokkenheid' wordt verstaan. Daarbij kan aangesloten worden bij het concept van het conflict van plichten ofwel het kwalitatief tegenstrijdig belang: de bestuurder of commissaris vervult tevens een functie bij de verbonden partij of een daaraan gelieerde entiteit.
- 2.33 De tweede volzin van lid 4 luidt: "Artikelen 129 lid 6, tweede en derde volzin, en 140 lid 5, tweede volzin zijn van overeenkomstige toepassing." De MvT, p. 58, licht toe dat "indien door het ontbreken van een bestuurder of commissaris geen besluit kan worden genomen, de algemene vergadering een besluit kan nemen tenzij de statuten anders bepalen."
- 2.34 De woorden 'door het ontbreken van *een* bestuurder of commissaris' zijn ongelukkig gekozen, omdat de bevoegdheid om over de goedkeuring te besluiten eerst overgaat op de algemene vergadering indien *alle* bestuurders (van een one tier board), respectievelijk *alle* commissarissen betrokken zijn bij de transactie met de verbonden partij.¹³
- 2.35 Bij een behoorlijk (conform de Corporate Governance Code) samengestelde rvc of one tier board zal de situatie dat *alle* commissarissen (of *alle* bestuurders van een one tier board) betrokken zijn bij de transactie met de verbonden partij zich niet (mogen) voordoen. De praktische betekenis van deze vangnetbepaling lijkt dan ook gering.
- 2.36 De MvT merkt op dat de overeenkomstige toepassing van artikelen 129 lid 6, tweede en derde

⁸ Richtlijn Art. 9 quater lid 4, al. 3. De Richtlijn spreekt van een 'bestuurder' maar daaronder valt ook een commissaris.

⁹ Het Voorontwerp en de ontwerp toelichting van 27 februari 2018 zijn te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders>.

¹⁰ Ontwerp toelichting, p. 15.

¹¹ MvT p. 58.

¹² Zie ook MvT p. 3: "Als aansluiting bij bestaande wetgeving of zelfregulering niet mogelijk is, wordt zo dicht mogelijk aangesloten bij de tekst van de artikelen uit de richtlijn."

¹³ Zie Lennarts T&C Ondernemingsrecht, art. 2:140 BW (aant. 5) en 2:129 BW (aant. 8).

volzin, en 140 lid 5, tweede volzin, ook tegemoet komt aan het advies van de Commissie vennootschapsrecht om te verduidelijken hoe de goedkeuringsbevoegdheid in art. 169 lid 3 en de onthoudingsregel in art. 169 lid 4 zich verhouden tot de bestaande tegenstrijdigbelangregeling. De GCV vraagt zich af of dit zo is en leest de opmerking van de Commissie eerder als een verzoek om de samenloop van beide bepalingen nader toe te lichten. De GCV bepleit om te verduidelijken dat art. 169, leden 3 en 4 en de art. 129 lid 6/140 lid 5 in geval van samenloop cumulatief van toepassing zijn. Dit komt overeen met de opmerking in de MvT, p. 18, dat de nieuwe onthoudingsregel volgens het Wetsvoorstel 'los staat' van de algemene onthoudingsverplichting bij een persoonlijk tegenstrijdig belang.

Artikel 1.G (Artikel 187)

- 2.37 Het voorgestelde art. 187 verklaart de artikelen in het Wetsvoorstel die de Richtlijn implementeren van overeenkomstige toepassing op BV's waarvan aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1.1 Wft (hierna: "BV's met beursnotering"). Anders dan de NV bepaling in art. 169 lid 1 wordt geen melding gemaakt van de mogelijkheid dat de BV certificaten van aandelen laat noteren. De GCV neemt aan dat dit een omissie is die bij Nota van Wijziging kan worden gerepareerd.
- 2.38 Daarnaast worden een aantal andere artikelen uit het NV recht van overeenkomstige toepassing verklaard op BV's met beursnotering, te weten de artikelen die de oorspronkelijke richtlijn aandeelhoudersrechten implementeren. Er zijn echter nog andere op beursvennootschappen toepasselijke artikelen in BW en Wft dan de artikelen die de oorspronkelijke richtlijn aandeelhoudersrechten implementeren, zoals de regeling van het verplicht bod. De GCV vroeg zich in het Advies Voorontwerp af waarom voor deze beperking is gekozen. De MvT, p. 60 vermeldt dat de Richtlijn niet verplicht tot uitbreiding buiten de wetsartikelen die de Richtlijn implementeren. De GCV zou een nadere toelichting op prijs stellen. Waarom wachten met het vormgeven van de beurs-BV naar het voorbeeld van de beurs-NV totdat een volgende richtlijn daartoe wellicht verplicht?
- 2.39 De schakelbepaling van art. 187 verklaart ook de afdeling over transacties met verbonden partijen van overeenkomstige toepassing op de BV met beursnotering. Dat geldt dus ook voor art. 169 lid 4 waarin wordt verwezen naar de tegenstrijdigbelangregeling voor de NV (art. 129 lid 6 en 140 lid 5). Voor de BV dient in plaats daarvan gelezen te worden: art. 239 lid 6 en 250 lid 5.

Artikel H (art. 383b BW)

- 2.40 Zie de opmerkingen onder 1.3 en 1.4 hiervoor.

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olffen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat Stibbe, Amsterdam,

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,

Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag,

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,

Mr. dr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam,

Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam,

Mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille, notaris Olenz, Veenendaal.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink,
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA 's-Gravenhage
Tel. 070-3307158
e-mail: c.heck@knb.nl