

TOEZICHT BINNEN EEN GROEP: LET OP DE BELANGEN

Mr. Fenna van Dijk

Veel ondernemingen in Nederland zijn in groepsverband georganiseerd. Voordelen om ondernemingsactiviteiten te verdelen over verschillende entiteiten met daarboven één holding zijn bijvoorbeeld het spreiden van risico's, het eenvoudiger uitbreiden met nieuwe activiteiten of afstoten van een activiteit door die entiteit te verkopen. Ook het onderbrengen van de vastgoedportefeuille of de backoffice ondersteuning in een aparte entiteit kan voordelen hebben. De wijze waarop de groepsstructuur is vormgegeven luistert echter nauw, omdat belangenverstrengeling op de loer ligt.

Wanbeleid door gebrekkige governance

In een recent arrest kwam de Ondernemingskamer tot het oordeel 'wanbeleid' bij een groep rechtspersonen die actief is in de zorgsector. In deze zaak, die door de centrale cliëntenraad van zorginstelling DeSeizoenen B.V. aan de Ondernemingskamer werd voorgelegd, speelde het volgende. DeSeizoenen is in 2011 opgericht om de gedeeltelijke doorstart van de zorgactiviteiten van de failliete Stichting Zonnehuizen mogelijk te maken. DeSeizoenen kreeg in de loop der tijd twee zustermaatschappijen: een vastgoed BV en een shared care services BV. Alle drie de vennootschappen hebben dezelfde aandeelhouder. Van die entiteit worden de aandelen (indirect) gehouden door vier personen.

Acquisitie van het vastgoed

Bij de doorstart begin 2012 werd geen overeenstemming bereikt met de curator over het overnemen van het vastgoed dat voor de zorg werd gebruikt. De besluitvorming in formele zin vond in maart 2016 plaats. In de langdurige tussenliggende periode is een proces doorlopen waarbij het accent lag op de continuïteit van

de zorgactiviteiten. DeSeizoenen kreeg van de curator een gebruiksrecht op de panden, tegen betaling van een vergoeding. In de tussenliggende periode werd onderhandeld met de banken en de curator en overlegd met de centrale cliëntenraad. Ook de OR is om advies gevraagd. Uiteindelijk werd de vastgoed BV eigenaar, met een lening van de banken en achtergestelde leningen van DeSeizoenen en de shared care services BV. DeSeizoenen verstreekte zekerheden ten gunste van de vastgoed BV, die deze zekerheid vervolgens heeft doorgezet aan de banken.

Samenstelling van de RvC

Op het moment van de formele besluitvorming in februari 2016 bestond de RvC van DeSeizoenen uit drie volledig onafhankelijke commissarissen. De directie bestond uit een volledig onafhankelijke bestuurder en een bestuurder die tevens (minderheids)aandeelhouder van de holdingvennootschap was. De basis van het besluit en de keuze voor de constructie van de verwerving was echter al gelegd in februari 2014, toen in de RvC nog de twee uiteindelijke meerderheidsaandeelhouders zitting hadden naast drie onafhankelijke commissarissen, terwijl de twee bestuurders tevens (minderheids)aandeelhouders in de holding waren. Ook had een deel van deze betrokkenen een positie binnen de vastgoed BV.

Schijn van tegenstrijdig belang voorkomen

De ten tijde van de acquisitie geldende Zorgbrede Governancecode bepaalde dat 'elke vorm en schijn' van belangenverstrengeling van bestuurders en commissarissen vermeden moest worden. Dit verbod gaat volgens de onderzoeker die door de Ondernemingskamer was aangesteld niet zover dat de combinatie van de positie

van bestuurder en aandeelhouder niet zou zijn toegestaan. De opzet van de structuur, te weten het scheiden van vastgoed en zorg en toestaan dat winst behaald op de vastgoedportefeuille zou worden uitgekeerd aan de indirecte aandeelhouders, was in principe dan ook niet verboden. De Ondernemingskamer bevestigt de geoorlooftheid van deze constructie.

Oordeel onderzoeker

De onderzoeker is van mening dat de wettelijke tegenstrijdig belangregeling, die nu al geldt voor de BV en NV en met de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht óók geldt voor stichtingen en verenigingen, wordt ingekleurd door de bepalingen hierover in de Zorgbrede Governance code. De tegenstrijdigheid in deze casus was dat RvB en RvC in hun hoedanigheid van (uiteindelijke) aandeelhouders van DeSeizoenen en de vastgoed BV een persoonlijk voordeel konden verkrijgen dat mede mogelijk werd gemaakt door hun handelen als bestuurders c.q. commissarissen van DeSeizoenen. De onderzoeker vond – alle omstandigheden meewegend – dat er géén sprake was van onzorgvuldig ondernemingsbestuur, maar de Ondernemingskamer oordeelde anders.

Extra zorgvuldigheid

De Ondernemingskamer concludeerde dat er in de periode van de voorbereiding van de besluitvorming sprake was van persoonlijke tegenstrijdige belangen aan de kant van de bestuurders en twee commissarissen van DeSeizoenen. Er is volgens de Ondernemingskamer geen sprake van een gewone groep vanwege de positie van DeSeizoenen als zorginstelling en het geldende winstuitkeringsverbod. Omdat er sprake is van een zorginstelling verlangt de Ondernemingskamer extra zorgvuldigheid. *‘Anderzijds gaat het hier om bij uitstek gevoelige materie: persoonlijke tegenstrijdige belangen en belangenverstrengeling in het kader van een zorgonderneming, waarmee publieke belangen en middelen en de belangen van de zorgontvangers zijn gemoeid. Beslissingen over de besteding van de middelen van DeSeizoenen raken per definitie aan laatstgenoemde belangen en van DeSeizoenen had geveerd kunnen worden dat zij zou waken voor potentiële vertroebeling met persoonlijke belangen van bij de organisatie betrokkenen.’*

Onafhankelijke bestuurder

De Ondernemingskamer stelde dat de betrokken bestuurders en commissarissen zich bewust hadden moeten zijn van de belangenverstrengeling. Zij hadden daarop moeten acteren door een onafhankelijke bestuurder aan te stellen, die zich uitsluitend kon richten op de behartiging van de belangen van DeSeizoenen. Deze bestuurder had tegenkracht kunnen bieden aan de belangen van de beoogde vastgoedvennootschap. Volgens de Ondernemingskamer hadden de onafhankelijke commissarissen in februari 2014 actief de belangen van DeSeizoenen in de onderhandelingen moeten behartigen. Over de rol van de geconflicteerde commissarissen in februari 2014 overwoog de Ondernemingskamer dat achteraf niet is vast te stellen of de wettelijke regels omtrent de besluitvorming (onthouden van stemmen) zijn gevolgd. Dat is op zichzelf al strijdig met de zorgvuldigheid en transparantie die in het onderhavige geval was vereist.

Kortom: uit deze afspraak blijkt dat binnen een groep de belangen van de entiteiten niet altijd parallel lopen. Als er sprake is van het vervullen van meerdere posities (aandeelhouder, commissaris, bestuurder) of posities bij meerdere groepsvennootschappen, moet altijd aandacht worden besteed aan deze potentiële tegenstrijdigheid. Hier moet actief op geacteerd worden door het onthouden van besluitvorming en bij voorkeur door het benoemen van een onafhankelijke bestuurder of commissaris die de belangen van de betrokken entiteit kan behartigen.

Over de auteur

Mr. Fenna van Dijk is advocaat ondernemingsrecht en hoofd Team Gezondheidszorg Kennedy Van der Laan. Fenna begeleidt onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseert over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.

