

C/M/S/ Derks Star Busmann

Consultatie voorontwerp
aanpassing bestuur en
toezicht in nv's en bv's

Inleiding

CMS Derks Star Busmann heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp van het wetsvoorstel 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. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid een reactie op het voorontwerp te geven. Eerst zullen wij de belangrijkste wijzigingen bespreken. Vervolgens zullen wij een aantal artikelen van het voorstel van commentaar voorzien. Wij besluiten met een algemene opmerking. Niet beoogd wordt een alomvattende reactie te geven. Zo zal door ons bijvoorbeeld niet worden ingegaan op de wijziging omtrent de arbeidsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap.

Werkgroep

- Martijn van der Bie
- Jurjen Groot

Bespreking belangrijkste wijzigingen

De belangrijkste wijzigingen betreffen de invoering van een monistisch bestuursstelsel waarbij uitvoerende en toezichthoudende bestuurders in één orgaan zitting hebben, de aanpassing van de regels die betrekking hebben op de bestuurstaak en de taakverdeling en aansprakelijkheid van bestuurders, alsmede de aanpassing van de regels die betrekking hebben op de gevallen waarin een of meer bestuurders een belang hebben dat strijdig is met dat van de vennootschap.

Wij ondersteunen de invoering van een monistisch bestuursstelsel. Dit zal naar onze mening bijdragen aan het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de nv en de bv in nationale en internationale verhoudingen. Bovendien wordt hiermee ook het monistisch bestuursstelsel voor de SE met statutaire zetel in Nederland geregeld. Voorts zijn wij van mening dat aanpassing van de regels omtrent de bestuurstaak en de taakverdeling en aansprakelijkheid van bestuurders wenselijk is. Over de mogelijkheid om naar huidig recht binnen het bestuur op grond van het bepaalde in artikel 2:9 BW onderscheid te maken tussen uitvoerende en niet-uit-

voerende bestuurders wordt in de literatuur verschillend gedacht. De oplossing wordt thans gezocht in de onderlinge taakverdeling tussen bestuurders. Het is de vraag of het werkkrijscriterium zulks toelaat. Wij achten het dan ook wenselijk dat de bestaande onduidelijkheden worden opgelost. Ten slotte ondersteunen wij ook de aanpassing van de regels omtrent tegenstrijdig belang en de keuze voor een besluitvormingsregeling in plaats van een regeling die betrekking heeft op de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Monistisch bestuursstelsel

Blijkens het voorontwerp en de memorie van toelichting staat het monistisch bestuursstelsel niet open voor vennootschappen die zijn onderworpen aan het structuurregime. De regeling omtrent het structuurregime wordt ter zake niet gewijzigd. De bestaande incongruentie tussen de grote nv waarop het structuurregime van toepassing is en de grote SE met statutaire zetel in Nederland die feitelijk voldoet aan de vereisten voor toepassing van het structuurregime, wordt derhalve niet opgelost. Hierdoor blijft voor bepaalde gevallen de mogelijkheid bestaan om door gebruikmaking van de rechtsvorm van de SE toepassing van het structuurregime te ontlopen. Bovendien ontstaat er een ongelijkheid tussen de kleine nv en bv enerzijds en de grote nv en bv die is onderworpen aan het structuurregime, anderzijds.

Het structuurregime is met name van toepassing op de grote nv en bv die haar activiteiten overwegend in Nederland verricht. Een dergelijke nv of bv kan geen beroep doen op de buitenlandvrijstelling, waardoor verplicht een dualistisch bestuursstelsel moet worden ingevoerd. Hierdoor wordt de betrokken nv of bv achtergesteld ten opzichte van de grote nv en bv die haar activiteiten hoofdzakelijk in het buitenland verricht en gebruik kan maken van de buitenlandvrijstelling. Dit komt ons niet juist voor. De memorie van toelichting geeft op blz. 4 onderaan als motivering voor het niet openstellen van het monistisch bestuursstelsel voor vennootschappen die zijn onderworpen aan het structuurregime, dat 'door de omvang en daarmee maatschappelijke betekenis de vrijheid van een bestuursstructuur moet wijken voor het belang van de maatschappij bij goed en onafhankelijk toezicht'. Deze motivering overtuigt niet. In de eerste plaats wordt gesuggereerd dat goed en onafhankelijk toezicht in een dualistisch bestuursstelsel beter is gewaarborgd dan in een monistisch bestuursstelsel, hetgeen wij niet zonder meer onderschrijven. In de tweede plaats geldt dat een niet te verwaarlozen aantal grote nv's en bv's met een substantieel aantal werknemers in Nederland zijn vrijgesteld van het structuurregime, hetgeen afbreuk doet aan de hiervoor bedoelde motivering. Ten slotte vragen wij ons af of ongewijzigde

handhaving van het dualistische bestuursstelsel onder het structuurregime wenselijk is in het licht van het streven van de overheid om het gebruik van de rechtsvorm van de nv en de bv in nationale en internationale verhoudingen aantrekkelijker te maken. Wij zijn dan ook van mening dat moet worden overwogen om het monistisch bestuursstelsel ook in te voeren voor de grote nv en bv die is onderworpen aan het structuurregime. Wij onderkennen echter wel dat aanpassing van het structuurregime een lastige kwestie is en enige inspanning vergt.

Bestuurstaak, taakverdeling en aansprakelijkheid van bestuurders

Wij ondersteunen op hoofdlijnen de voorgestelde wijzigingen omtrent de bestuurstaak en de taakverdeling. De bepaling 'dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet aan een of meer andere bestuurders zijn toegedeeld', is helder. Er wordt uitgegaan van een negatieve formulering om te voorkomen dat bestuurstaken bij de taakverdeling tussen wal en schip geraken. Wij achten het echter wenselijk dat meer duidelijkheid wordt verschaft omtrent de taken die dwingend aan iedere bestuurder toebehoren en derhalve niet door middel van een taakverdeling kunnen worden toegedeeld. Het voorontwerp bepaalt immers dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van

zaken. Het begrip 'algemene gang van zaken' is volgens ons onvoldoende concreet. De memorie van toelichting geeft ter zake geen uitleg. Mede hierdoor is de eerste zin van artikel 9 lid 2 van het voorontwerp voor meerdere uitleg vatbaar, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt.

Wij staan positief tegenover een heroverweging van de regeling omtrent aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen tegenover de vennootschap. Dit is niet alleen noodzakelijk in verband met de invoering van een monistisch bestuursstelsel, maar ook om de huidige onduidelijkheden weg te nemen. In de literatuur bestaan immers verschillende inzichten omtrent het werkringcriterium, de taakverdeling en de gevolgen van een taakverdeling voor de aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris. De huidige regeling van artikel 2:9 BW biedt onvoldoende houvast voor de praktijk. De voorgestelde regeling bevat naar onze mening echter nog wel wat onduidelijkheden.

Ten slotte merken wij op dat de afschaffing van het werkringcriterium en de invoering van de regel 'dat tot de taak van de bestuurder behoren alle taken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toegedeeld', met zich brengen dat onder het voorontwerp meer dan onder het huidige recht behoefte

zal bestaan aan een goed uitgewerkte taakverdeling in de statuten, een reglement of een besluit. Bij het ontbreken van een heldere taakverdeling zal een bestuurder immers verantwoordelijkheid dragen voor alle bestuurstaken waaromtrent niet duidelijk is aan wie deze zijn toegeëld, hetgeen nadelig kan zijn voor zijn aansprakelijkheidspositie.

Tegenstrijdig belang

Wij ondersteunen de wijziging van de regels omtrent tegenstrijdig belang waarbij de huidige vertegenwoordigingsregeling wordt vervangen door een besluitvormingsregeling. Deze wijziging zal ons inziens de rechtszekerheid ten goede komen. De huidige tegenstrijdigbelangregeling vervat in de artikelen 2:146 en 2:256 BW is deels van regelend recht en deels van dwingend recht. De bepaling dat de vennootschap die een tegenstrijdig belang heeft met een of meer van haar bestuurders, wordt vertegenwoordigd door commissarissen, is van regelend recht. De bepaling dat de algemene vergadering van aandeelhouders steeds bevoegd is om een of meer vertegenwoordigers aan te wijzen, is van dwingend recht.

De expertgroep onder leiding van De Kluiver heeft in zijn rapport van 6 mei 2004 aanbevolen de huidige tegenstrijdigbelangregeling voor de bv te vervangen door een besluitvormingsregeling, inhoudende dat

voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een directeur of commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders is vereist, tenzij bij de statuten anders is bepaald. De voorgestelde bepaling is aldus geheel van regelend recht. In het voorontwerp is echter gekozen voor een regeling die deels van dwingend recht is. Er bestaat in de praktijk behoefte om tegenstrijdig belang in de statuten geheel weg te schrijven. Dit geldt bijvoorbeeld voor eenpersoonsvennootschappen en onder omstandigheden voor concernvennootschappen waarbij de moedermaatschappij bestuurder is. Het stemt ons dan ook positief dat het voorontwerp bepaalt dat de regeling in deze gevallen wel van regelend recht is. Naar onze mening zou evenwel bij voorkeur tegemoet moeten worden gekomen aan de in de praktijk levende wens om tegenstrijdig belang in de statuten geheel weg te kunnen schrijven. Met name bij beursvennootschappen zorgt de regeling voor veel praktische problemen.

In de memorie van toelichting valt te lezen dat de voorgestelde regeling onder meer de minderheidsaandeelhouder beoogt te beschermen. Wij verwijzen naar blz. 13 halverwege van de memorie van toelichting. Voor ons is deze bescherming niet direct zichtbaar. De voorgestelde besluitvormingsregels raken uitsluitend

de interne verhoudingen in de vennootschap. De minderheidsaandeelhouder die zich beroept op schending van de tegenstrijdigbelangregeling kan slechts vernietiging vorderen van het besluit dat ten grondslag ligt aan de vertegenwoordigingshandeling. Hiermee bereikt hij in beginsel weinig; de vertegenwoordigingshandeling blijft immers onaangetast. De memorie van toelichting vervolgt daarna op blz. 13 met de opmerking dat de vennootschap de vernietiging van het besluit kan laten volgen door een actie tegen de desbetreffende bestuurder op grond van het bepaalde in artikel 2:9 juncto artikel 6:162 BW. Dit komt ons weinig reëel voor gezien de beperkte invloed die de minderheidsaandeelhouder kan uitoefenen. Daarnaast speelt hier de problematiek van afgeleide schade, waardoor de aandeelhouder doorgaans niet zelfstandig een vordering kan instellen. Onder omstandigheden kan een minderheidsaandeelhouder nog een enquêteverzoek indienen bij de ondernemingskamer, maar ook dat zal weinig soelaas bieden, aangezien de schade al geleden zal zijn en de ondernemingskamer geen oordeel omtrent aansprakelijkheid kan geven. De gedeeltelijk dwingende regeling zoals thans opgenomen in het voorontwerp draagt ons inziens dan ook weinig bij aan een adequate bescherming van minderheidsaandeelhouders.

Volgens ons gaat het argument van crediteurenbescherming voor een deels dwingende tegenstrijdigbelangregeling ook niet op, aangezien de voorgestelde regeling de interne verhoudingen binnen de vennootschap betreft en crediteuren doorgaans achteraf pas kennis zullen nemen van het bestaan van een tegenstrijdig belang. Een crediteur, of in geval van faillissement de curator, kan dan gebruik maken van de actio pauliana of betrokken aansprakelijk stellen. Ten slotte menen wij dat het vennootschappelijk belang via artikel 2:9 BW kan worden gewaarborgd; een gedeeltelijk dwingende tegenstrijdigbelangregeling is daarvoor niet noodzakelijk. Wij kunnen ons derhalve een regeling voorstellen die geheel van regelend recht is.

Dit betekent echter niet dat wij vinden dat vennootschappen in alle gevallen een tegenstrijdig belang al te vrij moeten kunnen wegschrijven. Met name de minderheidsaandeelhouder dienen voldoende middelen ter beschikking te staan om benadeling van de vennootschap door een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang te voorkomen of ongedaan te maken.

De oplossing dient volgens ons echter met name te worden gezocht in gedragsnormen, zoals die bijvoorbeeld zijn vervat in de Nederlandse corporate governance code. Dergelijke normen zijn vanzelfsprekend

meer relevant voor grotere nv's en bv's. Daarnaast is dit wellicht het moment om te overwegen om een regeling betreffende de 'derivative action' in de wet op te nemen. Een dergelijke regeling kan uitkomst bieden voor bijvoorbeeld een minderheidsaandeelhouder die geconfronteerd wordt met een benadeling waartegen hij niet anders kan optreden.

Ten slotte merken wij nog het volgende op. Het belangrijkste verschil tussen de huidige en voorgestelde regeling is dat een succesvol beroep op de voorgestelde tegenstrijdigbelangregeling in beginsel niet leidt tot niet-gebondenheid van de vennootschap. De vertegenwoordigingsregeling vervat in de huidige artikelen 2:146 en 2:256 BW maakt immers plaats voor een besluitvormingsregeling. Een belangrijke uitzondering op de regel dat een besluitvormingsgebrek niet aan derden kan worden tegengeworpen volgt uit HR 17 december 1982, NJ 1983, 480, Bibolini. De derde kan de vennootschap niet aan de transactie houden indien dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit kan het geval zijn indien de derde nauw betrokken was bij de besluitvorming of weet dat de transactie nadelig is voor de vennootschap. In de memorie van toelichting is ons inziens een verwijzing naar het Bibolini-arrest – die thans ontbreekt – op haar plaats.

Artikel 9 Taak, taakverdeling, aansprakelijkheid

Zoals eerder gezegd ondersteunen wij de negatieve formulering van artikel 9 lid 1 van het voorontwerp omtrent de taakverdeling. Ons inziens moet wel duidelijker tot uitdrukking worden gebracht welke bestuurstaken kunnen worden toegedeeld en welke bestuurstaken worden geacht tot de taken van alle bestuurders gezamenlijk te behoren en derhalve niet voor toedeling in aanmerking komen. Wij menen dat een bestuurder door een taakverdeling niet kan worden ontslagen van de taken betreffende het algemeen beleid en de strategie van de onderneming. Verder vragen wij ons af in hoeverre het financiële beleid kan worden onttrokken aan de taak van een of meer bestuurders.

Wij ondersteunen de bepaling in artikel 9 lid 1 van het voorontwerp dat een taakverdeling kan worden gemaakt bij of krachtens de statuten. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit ook kan bij bestuursbesluit. Dit leidt tot maximale flexibiliteit. Wij adviseren wel om aan de memorie van toelichting toe te voegen dat het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, kenbaarheid en de bewijspositie aanbeveling verdient om een taakverdeling bij bestuursbesluit goed te documenteren.

Sommige auteurs betogen dat het huidige werkringcriterium met

zich brengt dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor een handeling die buiten zijn werkring valt. Aan disculpatie komt men dan niet meer toe. Wij begrijpen de regeling van artikel 9 lid 2 van het voorontwerp zo dat – mede door het wegvallen van het werkringcriterium – een taakverdeling geen wijziging brengt in de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor alle bestuurstaken. Een individuele bestuurder kan slechts aansprakelijkheid ontlopen door zich te disculperen. Hij dient dan aan te tonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – geen voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Vanuit oogpunt van wetsystematiek en rechtszekerheid vinden wij dit een heldere regeling.

Het artikel 9 lid 2 van het voorontwerp bepaalt dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor 'de algemene gang van zaken'. De memorie van toelichting is ons inziens op dit punt voor meerdere uitleg vatbaar. In de eerste plaats kan deze zo worden uitgelegd dat de bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor alle bestuurs-handelingen, ongeacht een eventuele taakverdeling. In deze visie betekent 'algemene gang van zaken': het gehele bestuur inclusief alle door de individuele bestuurders verrichte bestuurshandelingen. Het begrip bevat dan geen inperking van de mogelijkheden voor een taakver-

deling. In combinatie met artikel 9 lid 1 van het voorontwerp kán dit betekenen dat alle bestuurstaken onderwerp kunnen zijn van een taakverdeling. In de tweede plaats kan de memorie van toelichting zo worden uitgelegd dat uit bedoelde zinsnede volgt dat niet alle bestuurstaken kunnen worden toegedeeld, maar dat de 'algemene gang van zaken' per definitie tot de taak van iedere bestuurder behoort. Een dergelijke uitleg brengt met zich dat de mogelijkheid om bestuurstaken toe te delen, is beperkt. In deze visie kunnen alle taken die tot de algemene gang van zaken moeten worden gerekend niet aan een of meer afzonderlijke bestuurders worden toegewezen. De algemene gang van zaken omvat in dit geval niet het gehele bestuur en alle bestuurshandelingen, maar slechts die bestuurs-handelingen die – bijvoorbeeld gezien hun grote belang – tot de taak van alle bestuurders behoren. Te denken valt bijvoorbeeld aan de financiële gang van zaken en het algemene beleid. Indien de wetgever deze laatste uitleg voor ogen staat, dient de memorie van toelichting bij voorkeur zoveel mogelijk te bepalen welke bestuursterreinen deel uitmaken van de algemene gang van zaken. Wij houden het er echter op dat de wetgever de eerste uitleg voor ogen heeft, met name gezien de passage in de memorie van toelichting op blz. 8: 'Een taakverdeling brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid geen wijziging.

Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.' Zeker zijn wij hiervan echter niet. Het verdient aanbeveling de memorie van toelichting op dit punt te verduidelijken.

Anders dan de memorie van toelichting vermeldt, menen wij dat het nieuwe aansprakelijkheidsregime – zoals dit nu voorligt en zonder nadere bepalingen – leidt tot een verzwaring van de bestuurdersaansprakelijkheid. De twee meest belangrijke redenen hiervoor zijn naar onze mening het gebrek aan een structureel onderscheid tussen de aansprakelijkheidspositie van algemene en uitvoerende bestuursleden in een monistische bestuursstructuur en een verzwaring van de bewijspositie van de bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld.

In de eerste plaats bezien wij de gelijke positie van uitvoerende en algemene bestuurders in een monistische bestuursstructuur. Indien niet anders is geregeld in een taakverdeling bij of krachtens de statuten, geldt het uitgangspunt dat alle bestuurders gelijkelijk aansprakelijk zijn voor alle uitvoerende bestuurstaken, met inbegrip van de algemene bestuurders. Wellicht is een belangrijke beweegreden hiervoor dat in een monistisch bestuursstelsel in principe sprake is van een gelijke informatieverzorging aan uitvoe-

rende en algemene bestuurders. Dit veronderstelt dat de algemene bestuurders alle bestuursvergaderingen bijwonen. Dat kan gerealiseerd worden. Echter, dit veronderstelt ook dat als alle bestuurders alle vergaderingen bijwonen, zij een gelijke informatiepositie hebben, ook met betrekking tot de operationele gang van zaken. Daar wringt de schoen. In de praktijk zullen de algemene bestuurders aanzienlijk verder van de dagelijkse operationele gang van zaken afstaan dan de uitvoerende bestuurders. Het is een illusie om te denken dat de algemene bestuurders in de bestuursvergaderingen volledig zullen en kunnen worden geïnformeerd. In de praktijk zullen de algemene bestuurders derhalve een informatieachterstand hebben met betrekking tot de operationele gang van zaken. Ons inziens betekent dit dat de algemene bestuurders voor wat betreft de uitvoerende bestuurstaken niet aan dezelfde mate van aansprakelijkheid moeten blootstaan als de uitvoerende bestuurders. Wij zouden een dergelijke zienswijze graag bevestigd zien in de memorie van toelichting. Meest voor de hand liggend is de algemene bestuurder aan een mildere toetsing te onderwerpen ter zake van de beoordeling of hij nalatig is geweest in het treffen van maatregelen.

In de tweede plaats menen wij dat het aansprakelijkheidsregime zwaarder wordt door een verandering in de bewijspositie. Ingevolge

artikel 2:9 BW en de jurisprudentie omtrent het bepaalde in dit artikel geldt dat de vennootschap, of in geval van faillissement de curator, in beginsel moet aantonen dat de onbehoorlijke taakvervulling aan de bestuurder te wijten is en hem een ernstig verwijt treft. Wij brengen in dit kader graag de recente uitspraak Rb. Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008, 126, onder de aandacht. Uit het voorontwerp lijkt te volgen dat de vennootschap onder het nieuwe regime slechts zal hoeven aan te voeren dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, waarna de bewijslast wordt verschoven naar de bestuurder. Uit de letterlijke tekst van de memorie van toelichting volgt dat de bestuurder moet aantonen dat hem geen ernstig verwijt treft en hij bovendien niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Wij verwijzen naar blz. 8 onderaan van de memorie van toelichting. Ons inziens zou in het voorontwerp, net als onder de huidige regeling, uitgangspunt moeten zijn dat de vennootschap dient aan te tonen dat de bestuurder een ernstig verwijt treft ter zake van de onbehoorlijke taakvervulling. Het is vervolgens aan de bestuurder de taak om zich te disculperen. Pas op dát moment dient de bewijslast te verschuiven naar de bestuurder. Aangezien de wetgever onder het voorontwerp geen wijziging van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders ten opzichte van de huidige regeling beoogt, verdient het aanbeveling

om de memorie van toelichting op dit punt aan te passen.

Wij vinden ten slotte de formulering van de laatste zin van artikel 9 lid 2 van het voorontwerp niet erg gelukkig. Ernstig verwijt staat hier nevens geschikt aan nalatigheid. Dit suggereert dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn zonder dat hem een ernstig verwijt treft. Dit stemt niet overeen met de huidige stand van de jurisprudentie over artikel 2:9 BW. Immers, daaruit volgt dat een bestuurder slechts aansprakelijk kan zijn als hem een ernstig verwijt treft. De invulling van het begrip 'ernstig verwijt' in de jurisprudentie betreft zowel het verwijt – mede gelet op de taakverdeling – als de eventuele nalatigheid in het treffen van maatregelen. Ons inziens kan beter de tekst van de laatste zin van artikel 2:9 BW worden gehandhaafd. Alternatief is om het begrip 'ernstig verwijt' zoals opgenomen in de laatste zin van artikel 9 lid 2 van het voorontwerp te vervangen door een meer passend begrip. Het begrip 'ernstig verwijt' dient ons inziens slechts in de wet te worden opgenomen als hieraan dezelfde inhoud wordt gegeven als in de jurisprudentie.

Artikelen 129 en 239 Norm voor het bestuur en tegenstrijdig belang

In de artikelen 129 lid 5 en 239 lid 5 van het voorontwerp wordt bepaald dat het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak dient te richten naar

het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het betreft de codificatie van een bestaande norm waarmee wij ons kunnen verenigen.

In de artikelen 129 lid 6 eerste zin en 239 lid 6 eerste zin van het voorontwerp wordt bepaald dat de bestuurder die een persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, niet deelneemt aan de besluitvorming omtrent het betrokken onderwerp. Deze bepaling is van dwingend recht. Het begrip 'persoonlijk' wordt met een verwijzing naar 29 juni 2007, NJ 2007, 420, Bruil, in de wettekst opgenomen. De memorie van toelichting suggereert echter dat niet alleen een persoonlijk tegenstrijdig belang maar ook een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang onder de regeling valt. Wij verwijzen naar blz. 10 onderaan, blz. 11 bovenaan en blz. 14 halverwege. Dit is verwarrend. Wat ons betreft dient in de memorie van toelichting meer helderheid te worden verschaft omtrent de reikwijdte van het begrip 'persoonlijk tegenstrijdig belang'.

In de artikelen 129 lid 6 tweede zin en 239 lid 6 tweede zin van het voorontwerp wordt bepaald dat indien geen besluit kan worden genomen – hetgeen het geval is indien alle bestuurders of de enige bestuurder vanwege een tegenstrijdig

belang van deelname aan de besluitvorming is uitgesloten – het besluit wordt genomen door de raad van commissarissen of als die er niet is door de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze bepaling is van regelend recht. De memorie van toelichting vermeldt dat de statuten kunnen bepalen dat een bestuurder het besluit mag nemen ondanks zijn tegenstrijdig belang. Wij verwijzen naar blz. 15 bovenaan van de memorie van toelichting. Uit de wets-systematiek vloeit echter voort dat zulks alleen het geval kan zijn indien alle bestuurders vanwege een tegenstrijdig belang van deelname aan de besluitvorming zijn uitgesloten. Wij denken dat in de praktijk de mogelijkheid tot afwijking veel gebruikt zal gaan worden om verschuiving van bevoegdheden naar de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders te voorkomen. Wij vinden de tekst van de artikelen 129 lid 6 tweede zin en 239 lid 6 tweede zin van het voorontwerp weinig fraai en de memorie van toelichting weinig verhelderend. Wat ons betreft dienen de wettekst en de memorie van toelichting op dit punt dan ook te worden aangepast. Daarbij kan worden overwogen de tegenstrijdigbelangregeling geheel van regelend recht te maken. Ten slotte is het de vraag of commissarissen die belast zijn met de besluitvorming omtrent onderwerpen waarbij een of meer bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, op dezelfde wijze

ze aansprakelijk zijn als bestuurders. Wij menen van wel. De memorie van toelichting zwijgt hierover. In dit kader zouden wij ons ook een systeem kunnen voorstellen waarbij een besluit omtrent een onderwerp ten aanzien waarvan een of meer bestuurders een belang hebben dat strijdig is met dat van de vennootschap, wordt onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders overeenkomstig het voorstel van de expertgroep onder leiding van De Kluiver. Men voorkomt hiermee dat commissarissen of aandeelhouders besluiten moeten nemen die eigenlijk door het bestuur moeten worden genomen. Dat is vennootschapsrechtelijk zuiverder. Wij menen dat de commissarissen en aandeelhouders hierdoor minder risico lopen op aansprakelijkheid.

Artikelen 129a en 239 Monistisch bestuursstelsel

In de artikelen 129a lid 1 en 239a lid 1 van het voorontwerp wordt bepaald dat bestuurstaken bij de statuten kunnen worden verdeeld over een of meer algemene bestuurders en een of meer uitvoerende bestuurders. Voorts wordt bepaald dat het vaststellen van de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders en het uitoefenen van toezicht op de uitvoerende bestuurders taken zijn die niet aan de uitvoerende bestuurders kunnen worden toegedeeld. Ten

slotte wordt bepaald dat algemene bestuurders natuurlijke personen dienen te zijn.

De artikelen 129a lid 1 en 239a lid 1 van het voorontwerp bevatten de beperking dat bij een monistische bestuursstructuur de taken slechts bij de statuten mogen worden toegedeeld. Het is de vraag of een nadere taakverdeling bij een reglement of besluit mogelijk is. Wij verwijzen naar het bepaalde in artikel 9 lid 1 tweede zin van het voorontwerp waaruit blijkt dat een taakverdeling krachtens de statuten, derhalve bij reglement of besluit, in het algemeen mogelijk is. Wij zouden in de memorie van toelichting graag een uitleg zien omtrent de verhouding tussen beide normen.

De artikelen 129a en 239a van het voorontwerp bezigen het begrip 'algemeen bestuurder' voor een andere bestuurder dan een uitvoerende bestuurder. Deze aanduiding is niet in lijn met het begrip 'non executive' dat in Anglo-Amerikaanse landen wordt gebezigd en inmiddels ook in veel andere landen is ingeburgerd. Bovendien suggereert het begrip 'algemeen bestuurder' dat hij geen bijzondere bestuurstaak heeft maar een algemene. Wij stellen voor het begrip 'algemeen bestuurder' te vervangen door 'niet-uitvoerende bestuurder'.

In de artikelen 129a lid 1 tweede zin en 239a lid 1 tweede zin van

het voorontwerp worden de taken opgesomd die niet aan uitvoerende bestuurders kunnen worden toegedeeld. Voor de toedeling van taken aan de algemene bestuurders geldt kennelijk geen beperking. Dit brengt met zich dat ook uitvoerende taken aan de algemene bestuurders kunnen worden toegedeeld. Hierdoor kan binnen het monistische bestuurssysteem de opmerkelijke situatie ontstaan dat de algemene bestuurders zowel met toezichthoudende en uitvoerende taken worden belast. Dit komt de checks en balances binnen de vennootschap niet ten goede. Wij zijn er dan ook voorstander van om in de artikelen 129a en 239a van het voorontwerp een duidelijke taakverdeling op te nemen waarbij de toezichthoudende taken primair aan de algemene bestuurders worden toegedeeld en de uitvoerende taken primair aan de uitvoerende bestuurders. Ten slotte vragen wij ons af of het binnen de voorgestelde wettekst mogelijk is om de toezichthoudende taak tussen de algemene bestuurders te verdelen en of het mogelijk is een bepaalde algemene bestuurder te belasten met het toezicht op een bepaalde uitvoerende bestuurder. De memorie van toelichting geeft hieromtrent geen uitsluitsel, hetgeen wij wel wenselijk achten.

Dat algemene bestuurders slechts natuurlijke personen mogen zijn, achten wij juist en in overeenstemming met hetgeen in de artikelen

2:240 lid 1 en 2:250 lid 1 BW is bepaald ten aanzien van commissarissen.

In de artikelen 129a lid 2 en 239a lid 2 van het voorontwerp wordt bepaald dat bij een monistisch bestuursstelsel de uitvoerende bestuurders tezamen niet meer stemmen kunnen uitbrengen dan de algemene bestuurders tezamen. Het uitgangspunt achten wij op zich juist, gezien het belang dat moet worden gehecht aan goed toezicht. Wel merken wij op dat er een dead lock kan ontstaan tussen de algemene bestuurders en de toezichthoudende bestuurders, hetgeen tot een onwenselijke situatie kan leiden. Hier kunnen statuten naar onze mening echter voorzien in een oplossing. Men zou bijvoorbeeld in de statuten kunnen bepalen dat de voorzitter van het bestuur wordt benoemd uit de algemene bestuurders en dat de voorzitter in het geval van staking van stemmen een doorslaggevende stem heeft. Ten slotte geldt dat het toekennen van een doorslaggevende stem aan de algemene bestuurders in strijd kan zijn met het bepaalde in de artikelen 2:129 lid 2 en 2:239 lid 2 BW. Dit is onder meer het geval indien er slechts één algemene bestuurder is. Een wettelijke bepaling inhoudende dat in geval van staking van stemmen de algemene bestuurders de doorslaggevende stem hebben, kan derhalve niet gelden voor de situatie dat er slechts één algemene

bestuurder is.

In de artikelen 129a lid 3 en 239a lid 3 van het voorontwerp wordt geregeld dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot hun taak behoren en dat bepaling krachtens de statuten schriftelijk dient te geschieden. Blijkens de memorie van toelichting worden dergelijke besluiten toegerekend aan het bestuur. Wij verwijzen naar blz. 18 halverwege van de memorie van toelichting. Ons inziens staat de voorgestelde regeling op gespannen voet met HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101, Wijsmuller, waarin de Hoge Raad uitmaakte dat een besluit tot stand komt als vrucht van onderling overleg. In het licht van deze uitspraak komt de toerekening van de besluiten aan het bestuur ons kunstmatig voor. Voorts staat de voorgestelde regeling volgens ons op gespannen voet met het orgaanbegrip van Boek 2 BW. Ten slotte menen wij dat de voorgestelde regeling afbreuk doet aan een belangrijk voordeel van een monistische bestuursstructuur, te weten gelijke informatieverschaffing aan alle bestuurders. Wij verwijzen naar blz. 3 bovenaan van de memorie van toelichting. Indien besluiten door slechts een gedeelte van de bestuurders worden genomen, bestaat het gevaar dat de overige bestuurders onvoldoende worden geïnformeerd. In het licht van de

collectieve bestuursverantwoordelijkheid achten wij dit niet wenselijk, al lijkt een en ander zich op te lossen via artikel 9 lid 2 van het voorontwerp. De memorie van toelichting verwijst op blz. 18 halverwege abusievelijk naar artikel 9 lid 3.

De voorgestelde regeling dient wat ons betreft dan ook niet te worden opgenomen of zodanig te worden aangepast dat op de bestuurders die een besluit hebben genomen, een informatieplicht rust jegens de overige bestuurders. Verder zien wij niet in waarom de mogelijkheid om in kleinere kring besluiten te nemen wordt voorbehouden aan bestuurders bij een monistisch bestuurssysteem. Indien daaraan een specifieke gedacht te grondslag ligt, bevelen wij aan om deze in de memorie van toelichting op te nemen. Ten slotte zij opgemerkt dat de redactie van artikel 129a van het voorontwerp spreekt van 'een of meer bestuurders' en artikel 239a BW van 'een bestuurder. Ons is niet duidelijk waarom.

Artikelen 132 en 242 Rechtsverhouding, benoemingstermijn

Aan artikel 2:132 BW wordt een zin toegevoegd inhoudende dat een bestuurder wordt benoemd voor de duur van ten hoogste vier jaren, tenzij de statuten anders bepalen. In de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat de statuten anders kunnen bepalen, mits de termijn

in jaren wordt uitgedrukt. Blijkens de memorie van toelichting is het niet mogelijk om in de statuten op te nemen dat bestuurders worden benoemd voor onbepaalde tijd. Wij verwijzen naar blz. 19 onderaan van de memorie van toelichting.

Wij zijn het niet eens met de voorgestelde toevoeging aan artikel 2:132 BW. Opneming van een vaste benoemingstermijn miskent dat het grootste deel van de vennootschappen bestuurders hebben die gedurende een zeer lange periode in functie blijven. Denk bijvoorbeeld aan de personal holding. Handhaving van de benoemingstermijn zal ertoe leiden dat in statuten wordt bepaald dat bestuurders worden benoemd voor een periode van bijvoorbeeld vijftig jaar. Zou dat wel geoorloofd zijn? Voorts blijkt in de praktijk dat benoemingstermijnen verstrijken zonder dat betrokkenen zich dit realiseren. Ook met herbenoemingen wordt het dikwijls niet zo nauw genomen. Een niet te verwaarlozen aantal 'bestuurders' verkeert in de veronderstelling bestuurder te zijn terwijl de benoemingstermijn is verstreken en een officieel besluit tot herbenoeming achterwege is gebleven. Het verplicht invoeren van een benoemingstermijn voor alle nv's en bv's achten wij dan ook zinloos. Ook hier geldt naar onze mening dat de oplossing moet worden gezocht in gedragscodes, zoals de Nederlandse corporate governance code.

Artikelen 133 Bindende voordracht

De voorgestelde wijziging van artikel 2:133 BW vinden wij praktisch en wordt door ons onderschreven.

Tot slot

Wij merken nog op dat in de memorie van toelichting met betrekking tot bepaalde onderwerpen meerdere keren wordt aangegeven dat een nadere wettelijke regeling niet noodzakelijk is onder verwijzing naar hetgeen omtrent zodanige onderwerpen in de Nederlandse corporate governance code is opgenomen. Het gaat daarbij niet slechts om onderwerpen die uitsluitend beursvennootschappen aangaan. Aangezien de Nederlandse corporate governance code slechts van toepassing is op beursvennootschappen, komen de verwijzingen naar die code ons wat vreemd voor zover het niet-beursvennootschappen betreft. Zulks geldt temeer omdat niet vaststaat of en zo ja, in hoeverre de Nederlandse corporate governance code reflexwerking heeft op niet-beursvennootschappen.

*Martijn van der Bie en Jurjen Groot,
juni 2008*