

Vergaderjaar 2009–2010

31 763

Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 12 maart 2010

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

1. Inleiding

De leden van de **CDA**-fractie hebben met veel belangstelling kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel. Deze leden hebben in het verleden reeds meerdere keren bepleit om de invoering van een zogenaamd «one-tier» bestuursmodel mogelijk te maken. Met de voorgestelde regeling beoogt de regering nu de rechtsonzekerheid omtrent de mogelijkheid om voor een monistisch bestuursmodel te kiezen weg te nemen. In de memorie van toelichting wordt gesignaleerd dat een aantal Nederlandse vennootschappen de bestuursstructuur zodanig heeft ingericht dat het monistisch stelsel, zoals dat uit de Anglo-Amerikaanse traditie bekend is, wordt benaderd². Vervolgens wordt opgemerkt dat in de literatuur en praktijk onzekerheid blijft bestaan over de inrichting van het monistische systeem en de verenigbaarheid van een ver(der)gaande taakverdeling met de huidige wet.

De leden van de **VVD**-fractie hebben met gemengde gevoelens kennis genomen van het wetsvoorstel en wil van de gelegenheid gebruik maken de minister nog enkele vragen te stellen.

De leden van de **PvdA**-fractie hebben met gemengde gevoelens kennis genomen van bovengenoemd wetsvoorstel en van de aangenomen amendementen.

De leden van de **SP**-fractie hebben kennis genomen van het wetsvoorstel dat ertoe strekt naast het dualistische model ook het monistische model van bestuur en toezicht bij vennootschappen mogelijk te maken. De reden is gelegen in vergrote concurrentie van rechtsvormen in het buitenland.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie en de **SGP**-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van dit wetsvoorstel, waarover zij de volgende vragen stellen.

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Dölle (CDA), Tan (PvdA), Van de Beeten (CDA), (voorzitter), Broekers-Knol (VVD), De Graaf (VVD), Kneppers-Heynert (VVD), Kox (SP), Westerveld (PvdA), (vice-voorzitter), Doek (CDA), Engels (D66), Franken (CDA), Peters (SP), Quik-Schuijt (SP), Haubrich-Gooskens (PvdA), Ten Horn (SP), Janse de Jonge (CDA), Koffeman (PvdD), Böhler (GL), Van Bijsterveld (CDA), Strik (GL), Lagerwerf-Vergunst (CU), De Vries (PvdA), Duthler (VVD) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

² Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 3.

2. Keuze bestuursmodel

Bij de leden van de **PvdA**-fractie bestaat nog behoefte aan een nadere toelichting van de regering over de risico's van de invoering van het monistisch model op de in dit wetsvoorstel voorgestelde wijze. Dit ondanks aanvullende waarborgen zoals bij enkele amendementen. Zo stemmen deze leden in met de amendementen van Weekers c.s.¹ over het afzijdig houden bij de beraadslaging door bestuurders met een tegenstrijdig belang, de beperking van het doen van bindende voordrachten door niet-uitvoerende bestuurders en de uitzondering voor structuurvennootschappen bij het vaststellen van de precieze taakverdeling tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Toch blijven bij deze leden twijfels bestaan over de vraag of het opheffen van de scheiding tussen bestuur en toezicht niet zal leiden tot minder evenwichtige machtsverhoudingen. Krijgen uitvoerende bestuurders geen al te overheersende positie? Vindt er niet een te sterke vermenging plaats van de machtsposities van toezichthouders namens aandeelhouders en het uitvoerend bestuur? Op welke wijze is de positie van andere stakeholders, zoals bijvoorbeeld de werknemers, gewaarborgd? Hoe zijn deugdelijk, effectief toezicht en handhaving verankerd? Welk voordeel staat tegenover deze risico's?

De leden van de **SP**-fractie vragen de regering aan te geven waarom de monistische rechtsvorm kennelijk in toenemende mate met de op het Europees continent meer gangbare dualistische rechtsvorm concurreert. Legt het Rijnlandse vennootschapsmodel het in deze visie af tegen het Angelsaksische vennootschapsmodel?

Het wetsvoorstel is voor het hoogtepunt van de financiële crisis door de regering aan de Raad van State gezonden. In reactie op deze crisis is door onder andere de minister-president een sterkere focus op het Rijnlandse model bepleit. De leden van de **SP**-fractie vragen zich af of hij daarbij niet het Rijnlandse Corporate Governance model voor ogen had. Als gevolg van de crisis is het kabinet tot een aanvullend beleidsakkoord gekomen, waarin wordt aangekondigd dat het parlement maatregelen tegemoet kan zien ter versterking van wettelijk verankerde governance eisen aan bestuurders en toezichthouders en herijking van het belang van aandeelhouders versus overige stakeholders. Hoe verhoudt deze aankondiging zich tot dit wetsvoorstel?

Het wetsvoorstel biedt expliciet de mogelijkheid een one tier structuur te hanteren. In de memorie van toelichting wordt als één van de voordelen genoemd dat niet-uitvoerende bestuurders eerder op de hoogte zijn van relevante zaken die spelen in de onderneming. De leden van de **ChristenUnie**-fractie en de **SGP**-fractie zien hier echter ook risico's. Is het een probleem dat een raad van commissarissen pas relatief laat geïnformeerd wordt? Dat voorkomt in ieder geval dat commissarissen op de stoel van bestuurders gaan zitten. Is de regering met onze fracties van mening dat het dualistische bestuursmodel betere waarborgen inbouwt voor de onafhankelijkheid van de toezichthouders? Is bij voorbeeld het risico op een tunnelvisie in een one tier board niet per definitie aanwezig?

Voorop gesteld wordt dat de kwaliteit van bestuur en toezicht staat of valt met de (kwaliteit van de) mensen die het moeten doen en met name hun kritische en onafhankelijke houding, in het bijzonder die van de voorzitter. De one-tier board is misschien in sommige sectoren een goede oplossing, met name voor die bedrijven die in een zeer turbulente sector opereren (zoals banken) om te voorkomen dat de toezichthouders achter de feiten aanlopen. Maar de one-tier board heeft naar de mening van de leden van de **VVD**-fractie ook belangrijke nadelen. Positief geformuleerd: besluiten worden in een one-tier board gezamenlijk voorbereid. Negatief geformuleerd:

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 11.

leerd: besluiten worden in een one-tier board voorgekoekt; goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten (door de meerderheid van de niet uitvoerende bestuurders) is nog slechts een formaliteit. Loyaliteitsconflicten kunnen zich eerder voordoen. Deze leden zijn voor checks and balances en vinden dat toezicht en uitvoering gescheiden dienen te worden. De structuur van de two-tier board biedt daarvoor meer mogelijkheden. Een andere vraag is wat de consequenties zijn voor de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders nu zij zich intensiever met de besluitvorming gaan bezighouden. Deze leden begrijpen het doel van de wet (concurrentie van rechtsvormen), maar zouden graag van de regering horen hoe zij de hiervoor genoemde voor- en nadelen afweegt.

3. Aansprakelijkheid bestuurders

De formulering van het voorgestelde artikel 2:9 BW, tweede lid, roept nog enkele vragen op bij de leden van de **CDA**-fractie. De tekst van dit tweede lid luidt dat een bestuurder voor het geheel aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur, tenzij hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Brengt deze formulering mee dat er indien een aangelegenheid krachtens een statutaire taakverdeling behoort tot het takenpakket van twee of meer bestuurders, ten aanzien van elk van de bestuurders moet worden aangetoond dat er sprake is van een ernstig verwijt? De alternatieve benadering is immers dat een ernstig verwijt ten aanzien van één van hen volstaat om aansprakelijkheid aan te nemen van de anderen, tenzij een of meer van deze laatsten zich op overmacht kunnen beroepen. Als de regering van mening is dat de betrokken bestuurders elk persoonlijk een ernstig verwijt moet worden gemaakt, hoe verhoudt dit zich dan met het beginsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van aangelegenheden die tot hun takenpakket behoren? Als de regering van mening is dat voldoende is dat ten aanzien van één van de bedoelde bestuurders sprake is van een ernstig verwijt om aansprakelijkheid van de anderen aan te nemen, is de regering dan van mening dat dit voldoende duidelijk uit de tekst blijkt?

In de formulering van het voorgestelde artikel 2:9 wordt tot uitdrukking gebracht dat een bestuurder in beginsel aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur ten aanzien van een aangelegenheid die niet behoort tot het takenpakket van een bestuurder. Het doet gewrongen aan dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor onbehoorlijk bestuur op een terrein dat buiten zijn takenpakket valt en, zoals bij toepassing van artikel 129a (239a) lid 3 uit de wet blijkt, buiten zijn bevoegdheid ligt. Dit ligt anders indien voor de desbetreffende bestuurder slechts aansprakelijkheid dreigt indien hij wist of behoorde te weten van de onbehoorlijke taakvervulling en hij desondanks geen maatregelen heeft getroffen om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden, zoals wordt gesuggereerd in de memorie van toelichting¹ en de nota naar aanleiding van het verslag². Kan de regering aan deze leden bevestigen dat het inderdaad de strekking is van de voorgestelde regeling, dat de niet met de desbetreffende taak belaste bestuurders slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld, indien zij wisten of behoorden te weten van de onbehoorlijke taakvervulling en zij desondanks geen maatregelen hebben getroffen om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden? Geldt dit ook voor aansprakelijkheid wegens belastingschulden van de vennootschap?

4. Tegenstrijdig belang

De regelingen van artikelen 2:129/239 lid 5 staan in verband met het vervallen van de artikelen 2:146/256, die betrekking hebben op de tegenstrijdig belang problematiek. In de memorie van toelichting wordt gesteld

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

² Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 4.

dat dit in de huidige regeling is vormgegeven als een regeling van vertegenwoordiging. De sanctie op het niet naleven van de tegenstrijdige belangregeling naar huidig recht is dat de vennootschap niet is gebonden aan de rechtshandeling. Deze sanctie treedt echter slechts in als de wederpartij niet te goeder trouw is. De onbevoegdheid die ontstaat als gevolg van een tegenstrijdig belang kan aan een wederpartij te goeder trouw niet worden tegengeworpen. Bovendien kan de rechtshandeling worden bekrachtigd door de algemene vergadering of het orgaan dat bevoegd is tot vertegenwoordiging in situaties van tegenstrijdig belang.

De nieuwe regeling stelt voor de huidige regeling te vervangen en daarvoor in de plaats te stellen de regeling in het genoemde vijfde lid van artikel 2:129/239 BW. Daarin is als uitgangspunt genomen dat in een geval van tegenstrijdig belang de overige bestuurders bevoegd zijn het besluit te nemen. Zijn alle bestuurders geconfronteerd, dan wordt het besluit opgedragen aan de raad van commissarissen. Is er geen raad van commissarissen of zijn alle commissarissen ook geconfronteerd, dan is de algemene vergadering bevoegd het besluit te nemen.

Deze leden van de **CDA**-fractie vragen zich af of de regering zich er rekenschap van heeft gegeven dat zich binnen het bestuur lichte loyaliteitsconflicten kunnen voordoen die de oordeelsvorming binnen het bestuur kunnen beïnvloeden? Voorts geeft het wetsvoorstel weliswaar een regeling omtrent de besluitvorming, maar veelal gaat aan het verrichten van een rechtshandeling geen besluitvorming vooraf. De Nederlandse wetgeving, en ook de nieuwe regeling, schrijven niet voor dat een besluit moet worden genomen¹. Daardoor is de met deze regeling beoogde bescherming eenvoudig te omzeilen. Dit alles roept de vraag op of vennootschappen volgens de nieuwe regeling wel voldoende worden beschermd tegen het handelen in tegenstrijdig belang-situaties². Voor aandeelhouders en investeerders in het algemeen is het van belang dat er een adequate bescherming bestaat en ook in de nieuwe Arubaanse en Nederlands-Antilliaanse regeling is er bewust voor gekozen de tegenstrijdig belang-regeling externe werking te laten behouden. Kan de regering nader ingaan op de vraag of voor aandeelhouders en investeerders de nieuwe regeling aantrekkelijker is dan de huidige regeling en zo nee, waarom dan met het oog op het verbeteren van het vestigingsklimaat geen andere keuze is gemaakt?

De voorgestelde regeling brengt mee, aldus de regering, dat een besluit, genomen in strijd met artikel 2:129/239 BW, kan worden vernietigd. Kunnen deze leden hieruit afleiden dat de desbetreffende bestuurder zijn stemrecht niet mag, maar wel kan uitoefenen? Brengt, met andere woorden, de voorgestelde regeling mee dat de bestuurder niet het stemrecht wordt ontnomen bij de besluitvorming in tegenstrijdig belang-situaties?

Kan de regering aangeven welk belang de vennootschap of een andere belanghebbende heeft bij vernietiging van het desbetreffende besluit nu dit geen gevolg heeft voor de rechtsgeldigheid van de ter uitvoering daarvan verrichte rechtshandeling? Kan de regering bij de beantwoording van deze vraag aandacht besteden aan de vraag of vernietiging van het bedoelde besluit een voorwaarde is om de desbetreffende bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen? Wil de regering voor wat betreft het overgangsrecht ingaan op de vragen die door A.F.J.A. Leijten³ en R.G.J. Novak⁴ zijn gesteld?

Bij overtreding van de gestelde regels zal de desbetreffende bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade die hij de vennootschap heeft toegebracht. In de praktijk blijken procedures gericht op het verkrijgen van schadevergoeding van bestuurders tijdrovend en kostbaar te zijn. Bovendien is de uitkomst van dergelijke procedures onzeker. Verwacht de regering dat de nieuwe regeling wel effectief zal zijn ter voorkoming van ongewenste praktijken, nu het voor de vennootschap om de hierboven genoemde redenen onaantrekkelijk is om bestuurders aanspra-

¹ In bijvoorbeeld het Arubaanse recht wordt met het oog hierop expliciet een besluit vereist van het bestuur en de algemene vergadering. Zie artikel 57, Landsverordening Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid, AB 2008, no. 62.

² Hierop is onder andere gewezen door Prof. Huizink, Voorstel tegenstrijdig belang ramp voor aandeelhouders, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2009, p. 39 e.v.; Prof. Slagter, Twee tegendraadse amendementen op de voorstellen tot flexibilisering van de B.V., *NJB* 2009, p. 550–552 en in tijdschrift *Ondernemingsrecht*, 2009, p. 710; en Prof. Van Veen, Zvevend recht, oratie VU 2008, p. 22–23.

³ *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2009, nr. 4.

⁴ *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2010, nr. 2.

kelijk te stellen? Is de regering overigens van mening dat indien een bestuursbesluit wordt genomen, als bedoeld in het voorgestelde vijfde lid, ook de vennootschap de desbetreffende bestuurder aansprakelijk kan stellen als de rechtshandeling nadelig blijkt te zijn geweest voor de vennootschap?

In de toelichting bij artikel 2:129/239 vijfde lid, merkt de regering op dat het een derde, (vermoedelijk doelt de regering hier op de wederpartij van de vennootschap), niet vrijstaat om misbruik te maken van het niet naleven van interne voorschriften¹. Is de regering van mening dat van een wederpartij als regel mag worden verwacht dat hij navraag doet of de interne procedures zijn gevolgd? Maakt hierbij nog verschil of de wederpartij redenen heeft om te vermoeden dat de interne procedures niet zijn gevolgd? Brengt de voorgestelde regeling mee dat indien de wederpartij wist dat de interne procedures niet zijn gevolgd, de wederpartij onrechtmatig handelt jegens de vennootschap door desondanks de rechtshandeling aan te gaan?

In art. 129a (239a) lid 2 ontbreken de woorden «beraadslaging en». Moet worden aangenomen dat dit op een vergissing berust? Wat zijn de consequenties van het ontbreken van deze woorden in vergelijking met art. 129 lid 6?

Door een eigenaardige gang van zaken bij de mondelinge behandeling is er een zevende lid toegevoegd aan art. 129 door amendement nr. 24 bij wetsvoorstel 31 058² (Flex-BV), nadat het eerst (met op de essentiële punten dezelfde inhoud) als amendement nr. 19 bij het onderhavige wetsvoorstel 31 763 was verworpen³. Als amendement nr. 19 was het uitvoerig en op fundamentele gronden bestreden door de regering⁴. De bestrijding door de regering en de daarbij aangevoerde gronden komen de aan het woord zijnde leden als juist voor. Het amendement kan leiden tot ontneeming van een voordeel, soms van een fictief voordeel, zonder «due process». Deze leden vragen zich af of de regering kan toelichten of zij toch bereid is dit onderdeel van de regeling voor haar verantwoording te nemen? Wil de regering bij de beantwoording van deze vraag de brief van VNO-NCW van 7 december 2009 betrekken?

In het algemeen is door de praktijk enthousiast gereageerd op de voorgestelde afschaffing van de externe werking van de tegenstrijdig belangregeling. Toch zijn er ook kritische geluiden te horen. Slagter betoogt dat de preventieve werking van de vertegenwoordigingsonbevoegdheid vervangen wordt door de repressieve werking van een vordering tot schadevergoeding⁵. Het laten prevaleren van privébelangen boven het belang van de vennootschap dat de bestuurder geacht wordt te dienen is een ernstig vergrijp dat vrijwel op één lijn staat met corruptie, zo betoogt hij. Schade die de bestuurder hierdoor aan de vennootschap toebrengt, moet hij vergoeden, maar dat zal niet vrijwillig gebeuren, dus moet er geprocedeerd worden. De interne werking leidt dan toch tot een extern effect. De leden van de **VVD**-fractie willen graag weten wat de regering vindt van dit betoog.

De leden van de fracties van **ChristenUnie** en **SGP** hebben geconstateerd dat bij nota van wijziging is voorzien in een overgangsregeling in verband met de afschaffing van de artikelen 2:146 en 2:256 BW over vertegenwoordiging van de vennootschap bij tegenstrijdig belang. Diverse commentatoren hebben kritiek op de wijze waarop deze overgangsregeling gestalte heeft gekregen. Zo noemt A.F.J.A. Leijten in het artikel «Overgangsrechtelijk tegenstrijdig belang» het bezwaarlijk dat «rechtshandelingen die tot aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet onbetwist zijn gebleven voor onbepaalde tijd nadien bloot zullen blijven staan aan een beroep op nietigheid door (de curator van) de vennootschap»⁶. In een nog te verschijnen annotatie onder Hoge Raad 9 oktober 2009, van R.G.J. Nowak⁷, wordt gesteld dat «het overgangsrecht wordt gebruikt als middel

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14.

² Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 24.

³ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 19.

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 28, p. 5.

⁵ Ondernemingsrecht, 2009, 165.

⁶ Ondernemingsrecht 2009, 4.

⁷ Ondernemingsrecht 2010, 2.

om fouten in het verleden te kunnen repareren», en wordt gesteld dat er sprake is van «een spookvertegenwoordiger die een dogmatisch en wettechnisch monstrum is». Als alternatief wordt voorgesteld een generaal pardon, vergelijkbaar zoals bij brief d.d. 7 december 2009¹ door de minister van Justitie is aangekondigd in het kader van de afschaffing van de Nachgründung-bepaling. Wij verzoeken de regering om een reactie, zowel op de geleverde kritiek als op het voorgestelde alternatief.

5. Honorering en contractuele relatie

De tijdsbesteding van de niet-uitvoerende bestuurders zal toenemen en daarmee ook de hoogte van de vergoedingen. Dit punt is aan de orde geweest in de Tweede Kamer en door de regering onderkend. De vergoeding van de toezichthouder hangt af van de regeling bij de vennootschap en als hij (zij!) er meer tijd aan kwijt is, kan dat gevolgen hebben voor de honorering, aldus de regering. Bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen verliezen hun arbeidsrechtelijke relatie met de onderneming. De motivering is dat zij hierdoor dikwijls bij ontslag of niet verlenging van hun arbeidsovereenkomst via de kantonrechter een hogere ontslagvergoeding krijgen dan het overeengekomen jaarsalaris op basis van de Corporate Governance Code. De leden van de **VVD**-fractie hebben een aantal vragen over dit onderwerp.

Naar de mening van deze leden heeft de bestuurder, als dit wetsontwerp van kracht wordt, civielrechtelijk een overeenkomst van opdracht. Is de regering dat eens met deze leden? Is de regering eveneens van mening dat het maken van afspraken over de bezoldiging geheel aan partijen is en dus het overeenkomen van extreme bedragen bij een ander type overeenkomst niet uitgesloten is?

Is de regering het ook eens met deze leden dat, ook bij een overeenkomst van opdracht de mogelijkheid bestaat dat partijen in de vermogensrechtelijke sfeer een «vertrekvergoeding» afspreken, en dat deze niet eenzijdig door de algemene vergadering van aandeelhouders opzij gezet kan worden? Beëindiging van een duurrelatie kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. En kan er, wanneer er geen afspraken worden gemaakt over tussentijdse beëindiging en de overeenkomst wordt toch tussentijds beëindigd, onder omstandigheden geen sprake zijn van wanprestatie? Ook de bezoldiging zal niet naar beneden worden bijgesteld nu bestuurders meer risico gaan lopen, zelf ziekte en arbeidsongeschiktheidsarrangementen moeten afsluiten etc.

Hoe schat de regering de mogelijkheid in dat de rechter (sociaal verzekeringsrecht of fiscaal) tot de conclusie komt dat er wel sprake is van een arbeidsovereenkomst?

Als de beoogd bestuurder van een beursvennootschap in dienst treedt bij een dochtermaatschappij en tevens benoemd wordt als bestuurder bij de moedermaatschappij geniet hij de gewone ontslagbescherming als werknemer van de dochtermaatschappij. Kan niet op deze manier gemakkelijk de bedoeling van de regeling worden omzeild?

Deze leden vragen zich af of hogere tarieven en ingewikkelde constructies geen hoge prijs zijn voor een symbolisch voordeel? Was het niet simpeler geweest om dwingend wettelijk te regelen dat een bestuurder van een beursvennootschap geen hogere ontslagvergoeding kan krijgen dan een jaarsalaris en welke componenten daarin mogen worden meegenomen (vergelijk De Corporate Governance Code en het wetsvoorstel maximale ontslagvergoeding²)?

Deze leden vragen zich af wat de verantwoordelijkheid is van de minister van SZW in deze, en wat zijn opvatting is over het afschaffen van de arbeidsovereenkomst voor de bestuurders in kwestie. Hoort dit onderwerp geregeld te worden in het vennootschapsrecht? Zou dit qua wetgevingstechniek niet in boek 7 thuishoren? Wat betreft de overgangsregeling: op bestaande overeenkomsten is de regeling niet van toepassing.

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 28.

² Kamerstukken II 2008/09, 31 862, nr. 2.

Veel van deze bestuurders hebben met inachtneming van de Corporate Governance Code een arbeidsovereenkomst van vier jaar met mogelijkheid van verlenging. Contractueel is de bedoeling van partijen verlenging van de arbeidsovereenkomst. Deze leden willen graag weten of dit dan nog mogelijk is. Van wettelijke conversie in een opdrachtovereenkomst kan in elk geval geen sprake zijn, nu dit niet is geregeld.

Ingevolge amendement tien met betrekking tot artikel I onderdeel C, jo. art. IIIA¹ wordt dwingend opgelegd dat bestuurders van beursvennootschappen voortaan uitsluitend een rechtspersoonlijke verhouding en niet meer een arbeidsrechtelijke verhouding met de vennootschap hebben. Hieraan ligt ten grondslag dat de maatschappelijk breed geaccepteerde norm dat de bestuurder van een beursvennootschap bij vertrek geen hogere vergoeding meekrijgt van maximaal een vast jaarsalaris niet meer kon worden doorkruist door het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Naar verluidt heeft de minister van Justitie nadere maatregelen in voorbereiding voor het aan banden leggen van excessieve gouden handdrukken. Kan de regering aan de leden van de **PvdA**-fractie daar nadere inlichtingen over verschaffen? In hoeverre kunnen die nadere maatregelen de dwingende uitsluiting van de arbeidrechtelijke relatie overbodig maken?

6. Taakverdeling

De regering merkt op dat het nieuw voorgestelde artikel 2:9 BW meebrengt dat de taken die zijn toebedeeld aan een of meer bestuurders, buiten het takenpakket van de overige bestuurders vallen². Kan de regering bevestigen dat in het geval dat een statutaire taakverdeling is gemaakt, een bestuurder in de interne verhoudingen niet bevoegd is aangelegenheden die niet tot zijn takenpakket behoren aan zich te trekken? De vraag komt op bij de leden van de **CDA**-fractie omdat in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt dat een bestuurder de aangelegenheden die niet tot zijn takenpakket behoren, niet behoeft te vervullen, hetgeen suggereert dat hij dat desgewenst wel zal kunnen³. Ook voor de praktijk is duidelijkheid op dit punt wenselijk. Deze leden stellen vast dat de regering in de memorie van toelichting stelt dat een taakverdeling kan worden vastgelegd in de statuten, een reglement of een (bestuurs)besluit, maar dat zij steeds een statutaire basis behoeft⁴. Bedoelt de regering hiermee te zeggen dat een taakverdeling overeengekomen binnen het bestuur zonder statutaire basis, niet is toegestaan? Wat is de status van een dergelijke niet op de statuten berustende taakverdeling?

In de memorie van toelichting bij de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 BW stelt de regering dat verantwoordelijkheid de opmaat is voor aansprakelijkheid⁵. De regering voegt daaraan toe dat de voorgestelde regeling meebrengt dat een taakverdeling, waaronder kennelijk ook een statutaire taakverdeling, in de gezamenlijke verantwoordelijkheid geen wijziging brengt. Kan de regering dit nader toelichten en daarbij met name ingaan op het antwoord op de vraag wat dan de betekenis is van een (statutaire) taakverdeling? Als een (statutaire) taakverdeling geen wijziging brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid dan zou een taakverdeling immers ook geen effect hebben op ieders aansprakelijkheid. Kan de regering toelichten of en zo ja welk effect een statutaire respectievelijk een niet-statutaire taakverdeling heeft op de verantwoordelijkheid van een bestuurder voor aangelegenheden die buiten zijn takenpakket liggen? Hoe verhoudt overigens de voorgestelde regeling zich tot de bestaande jurisprudentie over taakverdeling?

Deze leden constateren dat de regering in de memorie van toelichting⁶ stelt dat op de bestuurders, die van de uitoefening van bepaalde bestuurstaken zijn uitgesloten, de verplichting rust om periodiek te informeren naar de taakuitoefening door de andere bestuurders. Is de regering

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 10.

² Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7.

³ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 26.

⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.

van mening dat bestuurders als regel een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van onbehoorlijk bestuur gelegen buiten hun takenpakket, indien door hen is verzuimd periodiek relevante informatie van de betrokken uitvoerende bestuurder(s) te vragen?

7. Beperking combinatie aantal bestuurs- en toezichtfuncties

De leden van de **CDA**-fractie stellen vraagtekens bij de betekenis en strekking van de artikelen 132a BW en 142a BW, zoals ingevoerd naar aanleiding van het amendement Irrgang¹. Kort gezegd houden deze bepalingen in, dat een bestuurder van een grote NV, BV of stichting niet meer dan twee toezichthoudende functies mag hebben in een grote NV, BV of stichting, en een commissaris van een grote NV, BV of stichting niet meer dan vijf toezichthoudende functies mag hebben, waarbij het voorzitterschap dubbel telt. Deze ver reikende bepaling is zonder advies van de Raad van State in de wet opgenomen, hoewel hier een inbreuk wordt gemaakt op de vrije besluitvorming voor wat betreft de keuze van bestuurders of toezichthouders van een vennootschap.

Deze leden merken op, dat in de Nederlandse Corporate Governance Code een bepaling is opgenomen (Codebepaling III.3.4) over het maximum aantal commissariaten dat een persoon mag bekleden. Met deze bepaling is met toepassing van de regel «pas toe of leg uit» een richtlijn gegeven voor de afweging of een persoon op voldoende wijze de gelegenheid heeft om een commissariaat van een beursgenoteerde vennootschap op een juiste betrokken wijze te vervullen. De algemene vergadering van aandeelhouders kan dit onderwerp beoordelen naar aanleiding van de inlichtingen die zij met de toelichting voor de benoeming geagendeerd ziet. Het huidige voorstel dat ook voor niet-beursgenoteerde NV's, BV's en voor stichtingen geldt, houdt een veel te stringente beperking in vanwege het grote aantal negatieve effecten, dat als gevolg van deze regeling is te voorzien, zoals ten eerste een forse verhoging van honoraria van de in een (zeer) beperkt aantal functies te benoemen kandidaten en ten tweede een toenemende schaarste aan toptalent voor het publieke domein en de non-profit sector, waarin geen of slechts geringe vergoedingen worden toegekend. Vrijwilligerswerk wordt hierdoor gestraft. Bovendien zal er een omzeiling van de wet plaatsvinden door commissariaten om te zetten in (non-transparante) adviseurschappen. Hoe denkt de regering deze bijzonder ongunstige effecten te voorkomen nu deze beperkingen dwingend worden opgelegd?

Hoe dienen de aanvullende bepalingen van het tweede lid van de in de vorige vraag genoemde artikelen 132a en 142a te worden gelezen? Een rechtspersoon of vennootschap die groepsmaatschappij is, kan door een verschuiving van de economische belangen of de organisatorische verbondenheid (vgl. art. 24b) die status verliezen. Als blijkt, dat daardoor ten aanzien van bepaalde personen een grens van lid 1 van de eerdergenoemde artikelen wordt overtreden, wat is dan het gevolg? Moet worden aangenomen dat de betrokkene vanaf dat (op zichzelf niet altijd zekere of zelfs maar opgemerkte) tijdstip niet meer rechtsgeldig in een van de aangegeven posities kan functioneren (met alle gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming etc.)? Of geldt dit laatste alleen voor de ex-groepsmaatschappij? Of kan hij overal als zodanig blijven functioneren totdat hij vrijwillig een zodanig aantal functies opgeeft dat er geen sprake meer is van grensoverschrijding? Hierbij verdient aantekening dat er verschil van mening kan bestaan over de vraag of er sprake is van een groep, en dientengevolge of er verandering in status is opgetreden.

De limitering van het aantal functies voor bestuurders en toezichthouders bij grotere vennootschappen en stichtingen vinden de leden van de **VVD**-fractie nogal extreem en ongenueanceerd. Het maakt nogal verschil of je een full-time hoofdfunctie bekleedt en daarnaast een aantal commis-

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 20.

sariaten hebt of dat je geen hoofdfunctie meer hebt (gepensioneerden) en meer tijd aan bestuurlijke activiteiten en commissariaten kunt besteden. Coöperaties (Rabobank, Frieslandcampina, Avebe etc) en bestuursfuncties en commissariaten bij buitenlandse bedrijven blijven buiten schot. Brancheorganisaties in de non-profit sector (ziekenhuizen, kinderopvang, onderwijs, goede doelen etc.) maken zich zorgen dat bestuursfuncties in hun sector als eerste worden opgeofferd omdat er hier geen of geringere vergoedingen gelden dan in de profit sector. Wat is de reactie van de minister? Is de regering bereid ook deze bepalingen op zijn effecten te evalueren?

Eveneens is door de Tweede Kamer aangenomen het amendement Irrgang¹ dat het zogenaamde «old boys network» wil doorbreken door het beperken van het aantal tegelijkertijd beklede bestuursfuncties tot maximaal vijf. Deze limitering van functies geldt voor alle vennootschappen en stichtingen die aan twee van de drie voorwaarden voldoen met betrekking tot de waarde van activa boven de € 17,5 miljoen, en netto omzet boven de € 35 miljoen en gemiddeld aantal werknemers over een boekjaar meer dan 250. De leden van de **PvdA**-fractie vragen zich af wat de ratio is van het invoeren van een nieuwe categorie met deze nieuwe criteria naast de structuur vennootschap? Geldt deze regeling alleen voor NV's, BV's en stichtingen en niet voor coöperatieve verenigingen? Vallen functies bij buitenlandse bedrijven en instellingen hier binnen of buiten? Op welke wijze wordt het criterium toegepast bij one tier boards? Hoe is dan het onderscheid met uitvoerende bestuurders te hanteren? Staan deze criteria niet op gespannen voet met EU regelgeving met betrekking tot het jaarrekeningenrecht zoals Aanbeveling 2003/361 EC, met uniformer grenswaarden over het MKB (maximaal 250 werknemers, omzet kleiner dan € 50 miljoen of balanstotaal kleiner dan € 43 miljoen)? In hoeverre staat een dergelijk wettelijk voorschrift op gespannen voet met de verdragsrechtelijke vrijheid beroepsmatig werkzaam te zijn?

Of zal de regering dit amendement implementeren niet als een dwingend voorschrift, maar als «pas toe of leg uit»? Op welke wijze is deze bepaling van toepassing op stichtingen in de publieke sector, zoals bijvoorbeeld in de gezondheidszorg, het onderwijs en dergelijke? Veelal komen in die hoek ook laag of niet bezoldigde functies voor, die door bestuurders vanuit een maatschappelijk oogmerk worden vervuld, getuige een brief van de heer M. de Jong namens de samenwerkende branche organisaties voor Filantropie. Dreigt hier niet een risico dat beschikbaarheid van gekwalificeerde bestuurders voor deze sector onder druk komt? Is het denkbaar dat voor deze publieke sector een uitzondering van toepassing is? Is daar anders geen levensgroot risico van verdringing voor deze sector? Wat is de mening van de regering over de maximum norm van vijf commissariaten? Acht de regering dit een begaanbare weg voor het tegen gaan van het «old boys network» zoals het amendement beoogt? Hoe is deze norm te handhaven?

De leden van de **SP**-fractie hebben kennis genomen van de beperking die het wetsvoorstel oplegt aan het aantal te combineren bestuurs- en toezichtfuncties. Daarmee wordt de (bestuurs- en toezichts) macht in Nederlandse vennootschappen meer gedeeld en dus gedemocratiseerd. Vanzelfsprekend past dat wel goed bij de aangekondigde noodzakelijke herijking en wordt aldus door deze leden van harte onderschreven.

Bij de stemming in de Tweede Kamer op 8 december 2009 is een amendement van het lid Irrgang² aangenomen. Met verbazing hebben de leden van de **ChristenUnie**-fractie en de **SGP**-fractie geconstateerd dat dit amendement weliswaar in de 2e termijn van het wetgevingsoverleg op 2 december 2008 is aangekondigd, maar pas na dit overleg op 3 december 2009 is ingediend. Hierdoor heeft dit amendement, hetgeen verstrekkende

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 20.

² Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 20.

gevolgen heeft, geen bespreking in de Tweede Kamer gehad. De regering is hierdoor niet in de gelegenheid gesteld om de Tweede Kamer hierover te adviseren. Deze leden vernemen graag de visie van de regering op deze gang van zaken én op de inhoud van het amendement.

8. Benoeming bestuurders

De leden van de **CDA**-fractie constateren dat door het aannemen van een amendement Weekers¹ in lid 1 van art. 129a is ingevoegd de zinsnede «het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder». Zoals in de toelichting op het amendement wordt opgemerkt, staat het hierdoor ingevoegde onderdeel van de regeling er niet aan in de weg dat bijvoorbeeld een bepaalde aandeelhouder een bestuurder kan voordragen. In de praktijk worden voordrachtsrechten dikwijls toegekend aan «de prioriteit», of een prioriteitsaandeelhouder. Een prioriteitsaandeel, waaraan een voordrachtsrecht is verbonden, kan worden uitgegeven aan, of op andere wijze in het bezit komen van een bestuurder. Kan deze dan als prioriteitsaandeelhouder het voordrachtsrecht uitoefenen, ofschoon de wet dat aan hem als bestuurder verbiedt?

Bij de BV kan aan een houder van prioriteits aandelen ook het recht worden toegekend om bestuurders te benoemen (art. 242 lid 1 volgens onderdeel Ka). Kan een niet-uitvoerend bestuurder als houder van een prioriteitsaandeel het recht hebben om uitvoerende bestuurders te benoemen? Toekenning van prioriteits aandelen aan niet-uitvoerende bestuurders kan dan leiden tot een systeem waarbij materieel gesproken, de niet-uitvoerende bestuurders tezamen de uitvoerende bestuurders als zodanig benoemen. De statuten zouden daarnaast kunnen bepalen dat de niet uitvoerende bestuurders door de algemene vergadering worden benoemd. Deze leden vragen zich af of een dergelijke constructie, die in Engels-Amerikaans georiënteerde stelsels niet ongebruikelijk is (en materieel in overeenstemming is met de regeling van artikel 2:18 lid 4 BWNA), geoorloofd is?

De voorgestelde regeling geeft, anders dan bijvoorbeeld de Arubaanse en Nederlands-Antilliaanse regeling geen voorschriften met betrekking tot de getalsverhoudingen tussen uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders. Ook de aanbeveling van de Europese commissie, gememo-reerd in de memorie van toelichting, beveelt aan dat wordt bepaald dat er een voldoende aantal non executives dient te zijn om te waarborgen dat een belangenconflict waarbij bestuurders zijn betrokken, naar behoren wordt opgelost (artikel 4)². Deze leden hebben hieromtrent nog de volgende vragen. Op welke wijze is met deze aanbeveling in de voorgestelde regeling rekening gehouden? Kan er wel van deugdlijk, met het toezicht van de raad van commissarissen vergelijkbaar, toezicht sprake zijn indien de niet uitvoerend bestuurders de minderheid vormen in het bestuur?

9. Vergader- en besluitvormingsregels

In de uiteenzetting van de minister in de Tweede Kamer³ wordt – in verband met de daar behandelde kwestie – nogal de nadruk gelegd op de gedachte dat de gezamenlijke niet-uitvoerende bestuurders niet als een apart (sub)orgaan moeten worden beschouwd. Hetzelfde lijkt dan te gelden voor de gezamenlijke uitvoerende bestuurders. Mede gelet op art. 129a (239a) lid 3 BW lijkt de regeling intussen niet te verbieden dat zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders periodiek onderling vergaderen en besluiten nemen. In veel gevallen zal dat ook heel praktisch zijn, in het bijzonder op het niveau van de uitvoerende bestuurders. Een dergelijke gang van zaken kan, zo lijkt het, in een reglement in de zin van art. 2:15 lid 1 onder c BW worden vastgelegd. Daarin kunnen dan ook vergader- en besluitvormingsregels worden opgenomen. De leden van de

¹ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 12.

² Kamerstukken II 2008/2009, 31 763, nr. 3, p. 15.

³ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 22, p. 19–20.

CDA-fractie vragen zich af of wanneer dit alles rechtsgeldig kan geschieden, het dan wel vol te houden is dat enerzijds de gezamenlijke niet-uitvoerende, en anderzijds de gezamenlijke uitvoerende bestuurders geen orgaan – of «suborgaan» om een term van de regering te gebruiken – zijn? Het antwoord op deze vraag is onder meer van belang voor de toepassing van de artikelen 14–16 van Boek 2 BW.

In het zojuist genoemde lid 3 van art. 129a BW (239a) wordt gesproken over het kunnen besluiten door een of meer bestuurders over bepaalde zaken. De strekking van deze bepaling is niet volledig duidelijk volgens deze leden. Volgens de memorie van toelichting¹ maakt deze bepaling mogelijk dat bijvoorbeeld één bestuurder zelfstandig een besluit neemt dat als bestuursbesluit heeft te gelden. De bepaling staat in het artikel over de «one tier board» maar beperkt zich niet tot die figuur. Betekent dit dat zij algemeen geldt, dus ook voor een bestuurder volgens de thans geldende systemen? Voor die systemen is dan sprake van een nieuwe bepaling. Heeft dit tot gevolg dat door dit wetsvoorstel in algemene zin komt vast te staan dat afzonderlijke bestuurders binnen hun taakgebied geen «besluit» kunnen nemen wanneer de statuten *niet* een regeling als bedoeld in lid 3 bevatten? Dat zou dan iets nieuws zijn. Of betekent het alleen dat in een dergelijk geval dat besluit niet als een besluit van het bestuur kan gelden, maar wel als een besluit van de bestuurder als zodanig? Kan overigens een bestuursbesluit ook rechtsgeldig bestaan uit een enkele notulering daarvan? Hoe staat het dan met de ondertekening? Denkbaar is toch dat een bestuursbesluit via e-mailwisseling buiten vergadering wordt genomen?

Toegepast op de «one tier board» lijkt het derde lid van art. 129a BW (239a) vooral van belang voor «besluiten» binnen het taakgebied van de uitvoerende bestuurders. Een nauwkeurige omschrijving van die taak geeft art. 129a BW (239a) niet, maar de term «uitvoerende bestuurder» geeft een niet te miskennen indicatie. Binnen dit taakgebied zullen regelmatig besluiten moeten worden genomen. Zoals hierboven werd gesuggereerd kan een dergelijke gang van zaken worden geïnstitutionaliseerd en gereguleerd. Moet lid 3 nu zo worden begrepen dat dit alleen rechtsgeldig kan geschieden als de statuten dit mogelijk maken? Deze leden vragen zich af hoe het systeem dan kan functioneren als de statuten niet een dergelijke bepaling bevatten? Of moet opnieuw lid 3 zo worden begrepen dat zonder een statutaire regeling als bedoeld, het besluit niet als een besluit van het bestuur als zodanig kan gelden, maar alleen als een besluit van de gezamenlijke uitvoerende bestuurders (als zodanig)? Ook hierbij geldt weer de vraag wat de verhouding is tot een dergelijk besluit en de artikelen 2: 14, 2: 15 en 2:16 BW.

10. Quotum

Wat betreft het quotum vragen de leden van de **VVD**-fractie zich af waar de 30% op is gebaseerd? In sommige branches, waar veel vrouwen werken zal dit te weinig zijn, en in andere te veel. Of is de minister niet van mening dat er een verband is met het «aanbod aan vrouwen»? De regeling geldt niet bij andere rechtsvormen zoals stichtingen, verenigingen en coöperaties. Juist in branches als de gezondheidszorg en het onderwijs werken veel vrouwen. De besturen en raden van toezicht van deze organisaties blijven buiten schot. Is de regering van plan, nu de voorgestelde regeling bij amendement in de wet is gekomen, hier in de nabije toekomst in te voorzien? Graag een toelichting van de regering. Nu er geen sanctie is opgenomen, lijkt het afschaffen van de bepaling in 2016 redelijk optimistisch. De slechte naleving van het «pas toe of leg uit» principe in de Corporate Governance Code stemt niet tot optimisme. Graag een reactie van de regering. En is de regering bereid, mocht het wetsontwerp worden aangenomen, deze bepalingen ruim voor de afloop van de horizonbepaling op zijn effecten te evalueren?

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie en de **SGP**-fractie constateren dat in het voorgestelde artikel 166, tweede lid, onder meer wordt gesteld dat «zoveel mogelijk rekening moet worden gehouden met een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen». Kan de regering expliciteren wat hier precies verwacht wordt van dergelijke vennootschappen? Op welke wijze houdt een vennootschap voldoende rekening met de bedoelde verdeling en wanneer schiet men tekort?

Tot slot

Kan de regering aan de leden van de **CDA**-fractie aangeven wat de gevolgen zijn indien zou worden geconstateerd dat een monistisch stelsel zoals thans reeds in de genoemde gevallen in statuten in Nederlandse vennootschappen is opgenomen, in strijd zou zijn met de wet, waarvan het ontwerp thans voorligt? Het voorstel bevat met betrekking tot de nieuwe regeling immers geen overgangsbepaling. Betekent dit dat alle bestaande regelingen vanaf het moment van invoering nietig zijn, voor zover deze in strijd zijn met de dwingende bepalingen uit art. 129a BW (239a)? Geldt dit ook voor een in de praktijk voorkomende regeling waarin een belangrijke rol wordt toegekend aan de in artikel 78a BW (189a) genoemde gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen? Kan de minister in het bijzonder ingaan op de vraag of de aansprakelijkheidspositie van de niet met het dagelijks bestuur belaste bestuurders naar huidig recht verschilt van hun aansprakelijkheidspositie naar komend recht?

De leden van de **VVD**-fractie vragen zich af wat de regering vindt van de opvatting van Leijten¹ en Nowak² dat een andere overgangsregeling in het wetsontwerp dient te worden opgenomen, waarbij in het belang van het handelsverkeer en de rechtszekerheid aan het vervallen van 2:146 en 2: 256 BW beperkte terugwerkende kracht wordt toegekend volgens het systeem van art. 81 ONBW?

Het amendement van Kalma c.s.³ voorziet in waarborgen voor het onafhankelijk blijven van het toezicht. Dit roept bij de leden van de **PvdA**-fractie de volgende vragen op. Op welke wijze denkt de regering dat dit statutair te waarborgen is? Is de regering bereid daarvoor aanzetten te bieden?

De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie,
Van de Beeten

De griffier van de vaste commissie voor Justitie,
Kim van Dooren

¹ Ondernemingsrecht 2009, nr. 4, p. 203 e.v.

² Ondernemingsrecht 2010, nr. 2.

³ Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 14.