

Vergaderjaar 2018–2019

34 491

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)

Nr. 11

BRIEF VAN DE MINISTER VOOR RECHTSBESCHERMING

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 mei 2019

Met deze brief ga ik in op een tweetal verzoeken van de vaste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid van 14 maart 2019 en 28 maart 2019 om, ten behoeve van de plenaire behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, te reageren op de commentaren op het wetsvoorstel van de heren prof. mr. W.J.M. Van Veen en mr. J.A.M. Ten Berg respectievelijk de heer dr. mr. W.A. Westenbroek.

Commentaren van Van Veen en Ten Berg (verzoek commissie d.d. 14 maart 2019)

De heren Van Veen en Ten Berg maken op een drietal punten opmerkingen bij het wetsvoorstel. Deze punten betreffen:

1. de toepassing van de regelingen omtrent het meervoudig stemrecht en ontstentenis- en belet op bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen;
2. de tegenstrijdigbelangregeling;
3. de regeling van de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat.

1. De toepassing van de regelingen omtrent het meervoudig stemrecht en ontstentenis- en belet op bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen

Onder het huidige recht geldt alleen voor bestuurders en commissarissen van de NV en de BV:

- (i) de bepaling dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen; en
- (ii) de verplichte regeling over de uitoefening van de taken en bevoegdheden in geval van ontstentenis of belet van bestuurders of commissarissen.

Het oorspronkelijke ingediende wetsvoorstel voorzag in de vergaande uniformering van bepalingen omtrent bestuur en toezicht bij alle rechtspersonen (NV's, BV's, verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen¹ en stichtingen) door deze bepalingen te plaatsen in het algemene deel (titel 1) van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Als onderdeel van deze uniformering werd in het wetsvoorstel op bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen de toepassing geregeld van de regelingen omtrent het meervoudig stemrecht en ontstentenis- en belet (zie de artikelen 2:9 lid 4 en 2:11 lid 5 BW respectievelijk de artikelen 2:9 lid 6 en 2:11 lid 7 BW in *Kamerstuk* 34 491, nr. 2).

Bij de nota van wijziging is van een deel van de voorgenomen uniformering afgezien. De regels voor bestuur en toezicht zijn per rechtspersoon in de respectievelijke titels van Boek 2 BW geplaatst in plaats van in het algemene deel van Boek 2 BW. Deze aanpassing doet meer recht aan de verschillen tussen de verscheidene rechtspersonen en de flexibiliteit die in dit opzicht is geboden. Deze maatregel is onder meer ingegeven door vragen van uw Kamer in het verslag en het commentaar van VNO-NCW/ MKB-NL dat met het oorspronkelijke wetsvoorstel teveel uniformering van de regelgeving plaatsvond (*Kamerstuk* 34 491, nr. 5, p. 3).

Dit heeft tot gevolg dat het wetsvoorstel nu geen regelingen omtrent het meervoudig stemrecht en ontstentenis- en belet bevat voor verenigingen en stichtingen (vgl. *Kamerstuk* 34 491, nr. 7). De aanpassing voorkomt dat verenigingen en stichtingen te zeer worden beknelde in hun inrichtingsvrijheid en genoodzaakt worden hun bestaande bestuurs- en toezichtstructuren te veranderen en hun statuten te wijzigen (*Kamerstuk* 34 491, nr. 6, p. 2).

Van Veen en Ten Berg bepleiten om de regelingen omtrent meervoudig stemrecht en ontstentenis- en belet wel te laten gelden voor verenigingen en stichtingen. Met Van Veen en Ten Berg ben ik van mening dat zowel de bepaling omtrent het meervoudig stemrecht als de ontstentenis- en beletregeling nuttige regels van corporate governance zijn. Als verenigingen en stichtingen uit eigen beweging een regeling op deze punten treffen in de statuten, juich ik dit toe. Ik acht het echter niet nodig om dit voor alle verenigingen en stichtingen in Nederland voor te schrijven. In Nederland zijn er enkele honderdduizenden stichtingen en verenigingen. Achter dit aantal gaat een verscheidenheid van meer of minder professioneel geleide organisaties schuil, met een grote differentiatie in bestuursmodellen en toezichtstructuren, gebaseerd op een wettelijk kader dat ruimte laat voor eigen statutaire regelingen.

Bij verenigingen en stichtingen komt in de praktijk een tweehoofdig bestuursmodel voor waarbij in de statuten is geregeld dat één bestuurder een doorslaggevende stem heeft. Ook komen statutaire regelingen voor waarbij bestuurders gezamenlijk één stem kunnen uitbrengen. Als de regel voor NV's en BV's over meervoudig stemrecht van toepassing wordt op verenigingen en stichtingen moet een dergelijke statutaire regeling worden aangepast.

Het doel van het wetsvoorstel is het verhogen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen. Tegelijkertijd wil ik verenigingen en stichtingen niet in een keurslijf dwingen. Om deze reden zie ik op dit moment onvoldoende aanleiding om de regelingen omtrent het meervoudig stemrecht en ontstentenis- en belet alsnog voor te

¹ NB Wanneer hierna de vereniging wordt genoemd, versta ik daaronder tevens de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

schrijven voor bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen.

2. De tegenstrijdigbelangregeling

Van Veen en Ten Berg hebben op een aantal punten opmerkingen gemaakt bij de tegenstrijdigbelangregeling.

- (i) Zij verzoeken om in de wet te regelen dat een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang (hierna: de geconflicteerde bestuurder of commissaris) de deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming kan worden ontzegd door de niet-geconflicteerde leden van dat orgaan.
- (ii) Zij vragen of bij toepassing van de ontstentenis- en beletregeling, het belet van de geconflicteerde bestuurder beperkt kan worden tot deelname aan de besluitvorming over de tegenstrijdigbelangkwestie.
- (iii) Zij vragen naar de gevolgen van niet-naleving van de tegenstrijdigbelangregeling en bepleiten om de huidige tegenstrijdigbelangregeling te vervangen door een goedkeuringsregeling.

Op deze punten zal ik hieronder ingaan. De tegenstrijdigbelangregeling regelt wat er gebeurt wanneer een bestuurder of commissaris een persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon. Met de Wet bestuur en toezicht 2011 zijn de huidige besluitvormingsregels voor tegenstrijdig belang ingevoerd voor bestuurders en commissarissen van de NV en de BV (zie artikel 2:129/239 lid 6 BW voor bestuurders en artikel 2:140/250 lid 5 BW voor commissarissen). Met het wetsvoorstel worden deze regels uitgebreid naar de vereniging en de stichting (de artikelen 2:44 lid 4 en 2:47 lid 5 BW respectievelijk de artikelen 2:291 lid 4 en 2:292a lid 5 BW). De regeling voor tegenstrijdig belang voor de NV en de BV is geëvalueerd.² Uit het evaluatieonderzoek volgt dat deze regeling de door de wetgever beoogde rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 5.1.2, p. 214–216 en *Kamerstuk* 34 491, nr. 6, p. 12).

(i) het ontzeggen van deelname door de overige bestuurders

Ten eerste vragen Van Veen en Ten Berg te verduidelijken wie kan bepalen of een geconflicteerde bestuurder of commissaris zich van deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming dient te onthouden. In de nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsvoorstel heb ik gemeld dat dit primair aan de bestuurder of commissaris van de rechtspersoon zelf is (*Kamerstuk* 34 491, nr. 6, p. 10). Van Veen en Ten Berg menen dat met deze mededeling wordt afgeweken van de toelichting over de tegenstrijdigbelangregeling bij de NV en de BV die is gegeven bij de parlementaire behandeling van de Wet bestuur en toezicht 2011 (vgl. Van Veen en Ten Berg, *Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, p. 8). Zij wijzen hier onder meer op de volgende passage in de memorie van antwoord bij de Wet bestuur en toezicht 2011: «zou een bestuurder zijn tegenstrijdig belang niet hebben gemeld maar zou een andere bestuurder daarvan wel op de hoogte zijn, dan kan deelneming aan de besluitvorming worden ontzegd aan de bestuurder met het tegenstrijdig belang. In dat geval mag de desbetreffende

² H.E. Boschma e.a., *Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hierna: Evaluatie Wet bestuur en toezicht).

bestuurder niet deelnemen aan de besluitvorming en kan hij dat ook niet» (vgl. *Kamerstuk* 31 763, nr. C, p. 7).

Ik zie geen tegenstrijdigheden tussen de toelichting van de tegenstrijdig-belangregeling in de Wet bestuur en toezicht 2011 en in dit wetsvoorstel. In de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet bestuur en toezicht 2011 staat dat het uitgangspunt van de regeling van artikel 2:129/239 lid 6 BW is dat het op de weg ligt van de mogelijk geconflieeerde bestuurder om hiervan melding te maken aan zijn medebestuurders, en dat de desbetreffende bestuurder zich vervolgens buiten de besluitvorming dient te houden over het onderwerp waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft (*Kamerstuk* 31 763, nr. 6, p. 21). Dit is in lijn met de mededeling in de nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsvoorstel dat het primair aan de bestuurder of commissaris zelf is om zich te realiseren dat hij een (potentieel) tegenstrijdig belang heeft (*Kamerstuk* 34 491, nr. 6, p. 10).

Het feit dat de bestuurder zelf melding dient te maken, neemt niet weg dat een andere bestuurder die op de hoogte is van het tegenstrijdig belang, de deelneming aan de besluitvorming kan ontzeggen aan de geconflieeerde bestuurder. In dat geval mag de desbetreffende bestuurder niet deelnemen aan de besluitvorming en kan hij dat ook niet (*Kamerstuk* 31 763, C, p. 7). Het bestuur heeft daarmee een eigen verantwoordelijkheid om zorgvuldige processen te waarborgen.

Van Veen en Ten Berg bepleiten om in de wet te regelen dat een geconflieeerde bestuurder of commissaris door de niet-geconflieeerde leden van dat orgaan de deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming kan worden ontzegd. In het evaluatieonderzoek wordt aangeraden om in de statuten van de rechtspersoon een meldingsregeling op te nemen zodat duidelijk is aan wie de bestuurder een mogelijk tegenstrijdig belang moet melden en door wie (ex ante) wordt vastgesteld of er in een concreet geval van een tegenstrijdig belang sprake is (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 6.4.3, p. 144).

In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel heb ik aangegeven mij aan te sluiten bij de aanbevelingen van het evaluatieonderzoek en de praktijk graag enige flexibiliteit te laten teneinde een passende statutaire regeling op te stellen (zie *Kamerstuk* 34 491, nr. 6, p. 31). Een verdergaande wettelijke regeling acht ik niet nodig.

(ii) de verhouding tussen tegenstrijdig belang en belet

Ten tweede vragen Van Veen en Ten Berg om de beletregeling te beperken tot het geval dat een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft. Alleen voor dat geval – en niet voor de gehele bestuurstaak – zou de rechtspersoon moeten zorgen voor vervanging van de bestuurders en commissarissen (vgl. Van Veen en Ten Berg, *Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, p. 11).

In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik opgemerkt dat het aan de rechtspersoon zelf kan worden overgelaten hoe deze haar beletregeling wil vormgeven. Indien de rechtspersoon de beletregeling zo inricht dat er vervanging plaatsvindt door tijdelijke bestuurders in geval van een tegenstrijdig belang is dat mogelijk (*Kamerstuk* 34 491, nr. 6, p. 12). Indien de rechtspersoon de beletregeling zo inricht dat er vervanging plaatsvindt door tijdelijke bestuurders in geval van een tegenstrijdig belang, meen ik dat het in de rede ligt dat de geconflieeerde bestuurder in dat geval alleen belet is met betrekking tot het nemen van het besluit in kwestie. In een dergelijk geval betreft het tegenstrijdig belang een vorm van belet die

slechts ziet op de uitoefening van een onderdeel van de bestuurstaak, niet van de gehele bestuurstaak (vgl. R.G.J. Nowak, «Tegenstrijdig belang als vorm van belet», *WPNR* 2013/6979, p. 471).

(iii) de gevolgen van niet-naleving en de vervanging door een goedkeuringsregeling

Ten derde verdient het volgens Van Veen en Ten Berg aanbeveling om te verduidelijken in welke situaties het afwijken van de tegenstrijdigbelangregeling leidt tot vernietigbaarheid dan wel nietigheid van het besluit. Van Veen en Ten Berg geven aan dat zij als sanctie zowel vernietigbaarheid als nietigheid verdedigbaar vinden, maar dat zij een voorkeur voor de sanctie van vernietigbaarheid hebben (vgl. Van Veen en Ten Berg, *Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, p. 12–13).

De huidige wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is ingekleed als een «escalatieregel». Dat wil zeggen dat de besluitvormingsbevoegdheid en ook het initiatief om een bepaald besluit te nemen bij tegenstrijdig belang in beginsel bij het bestuur blijft. Ingeval alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, komt de beslissingsbevoegdheid toe aan de raad van commissarissen. Bij afwezigheid van een raad van commissarissen of ingeval alle commissarissen geconflicteerd zijn, komt vervolgens de beslissingsbevoegdheid toe aan de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. In de statuten kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat niet de algemene vergadering, maar het bestuur of de raad van commissarissen bevoegd is het besluit te nemen (*Kamerstuk* 31 763, nr. 3, p. 14).

Indien een geconflicteerde bestuurder toch heeft deelgenomen aan de besluitvorming, wordt dat gesanctioneerd met vernietigbaarheid van het bestuursbesluit op grond van artikel 2:15 lid 1, onder a, BW (*Kamerstuk* 31 763, nr. 3, p. 13). Een vernietigbaar besluit heeft werking totdat het besluit vernietigd is. Gevolg van vernietiging is dat de rechtshandeling met terugwerkende kracht een nietige rechtshandeling wordt.

Uit het evaluatieonderzoek volgt dat in bepaalde gevallen niet-naleving van de escalatieregel leidt tot de sanctie van nietigheid van het bestuursbesluit (artikel 2:14 BW). Nietigheid doet zich voor als het besluit is genomen door een onbevoegd orgaan doordat bijvoorbeeld ten onrechte (i) geen escalatie heeft plaatsgevonden naar de raad van commissarissen of (ii) de raad van commissarissen het besluit heeft genomen, terwijl niet alle bestuurders geconflicteerd waren (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 5.1.3, p. 116–117). Dit komt blijkens de jurisprudentie voor bij kleine besturen (bestaande uit één of twee bestuurders) waar de wettelijke regeling verkeerd wordt toegepast.³

Van Veen en ten Berg menen dat onduidelijkheid over de status van het besluit (vernietigbaar dan wel nietig) voor de praktijk onwenselijk is. Om die reden beargumenteren zij dat het beter is om de tegenstrijdigbelangregeling in te kleden als een goedkeuringsregeling. Met een goedkeuringsregeling bedoelen Van Veen en Ten Berg dat het bestuur bevoegd is een beslissing te nemen «ook in het geval dat alle bestuurders zijn geconflicteerd, met dien verstande dat een besluit waarbij een tegenstrijdig belang aan de orde is, onderworpen is aan goedkeuring van de

³ Zie onder meer: Rb. Amsterdam, 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6181 (*Slotervaart Ziekenhuis*), JOR 2015/294 m. nt. Blanco Fernández en Rb. Amsterdam, 11 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4902, JOR 2018/298 m. nt. R.G.J. Nowak.

raad van commissarissen, of indien deze ontbreekt of ook alle commissarissen zijn geconflicleerd, de algemene vergadering» (vgl. Van Veen en Ten Berg, *Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen*, p. 14). Dit zou betekenen dat in alle gevallen van een tegenstrijdig belang – ongeacht of het een deel of alle bestuurders of commissarissen betreft – escalatie moet plaatsvinden.

Voor een dwingende goedkeuringsregeling is ten tijde van de invoering van de tegenstrijdigbelangregeling voor de NV en BV reeds gepleit (vgl. onder meer M.L. Lennarts & H.E. Boschma, «Blijft het tobben met tegenstrijdig belang», *WPNR* 2008–6770, p. 734–736). In de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet bestuur en toezicht 2011 heeft de toenmalige Minister van Justitie afgezien van een dergelijke goedkeuringsregeling. Wanneer een geconflicleerde bestuurder zijn tegenstrijdig belang meldt en zich vervolgens buiten de vergadering houdt, dient er geen belemmering te zijn voor besluitvorming over de desbetreffende kwestie door de overige bestuurders die geen tegenstrijdig belang hebben. Er is sprake van een gewoon bestuursbesluit zodra de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft zich afzijdig houdt van de besluitvorming. De toenmalige Minister van Justitie zag geen reden voor een regeling van dwingend recht (zoals de goedkeuringsregeling) die zwaarder is dan de gewone besluitvormingsregels voor het bestuur (vgl. *Kamerstuk* 31 763, nr. 6, p. 20–21).

Volgens de onderzoekers is de rechtspraak thans ingericht op de escalatieregeling. Bij deze stand van zaken verdient het naar de mening van de onderzoekers aanbeveling om het met de Wet bestuur en toezicht 2011 gekozen spoor te blijven volgen en de tegenstrijdigbelangregeling niet opnieuw te wijzigen en in te richten als een wettelijke goedkeuringsregeling (Evaluatie Wet bestuur en toezicht, p. 131).

Daarbij komt uit de jurisprudentie niet naar voren dat er onzekerheid is in de praktijk die een dergelijke door Van Veen en Ten Berg voorgestelde koerswijziging van de tegenstrijdigbelangregeling zou rechtvaardigen. Zo blijkt uit de evaluatie dat het aantal uitspraken dat mede op basis van de (sinds 1 januari 2013 ingevoerde) tegenstrijdigbelangregeling is gewezen in de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016 schaars c.q. nihil is. Ook om die reden zie ik voorshands geen noodzaak om over te gaan tot de introductie van een goedkeuringsregeling zoals door Van Veen en Ten Berg wordt bepleit.

Naar aanleiding van het voorstel van Van Veen en Ten Berg heb ik nog overwogen of het wenselijk is om een goedkeuringsregeling te introduceren ter vervanging van de escalatieregeling, uitsluitend voor de situatie waar het gehele bestuur geconflicleerd is. Dit zou betekenen dat een bestuurder die geconflicleerd is, niet mag deelnemen aan de besluitvorming, maar als alle bestuurders geconflicleerd zijn, zij wel zouden mogen besluiten. Dit zou niet consistent zijn. Om die reden acht ik dat niet wenselijk. Aan de huidige tegenstrijdigbelangregeling ligt ook ten grondslag dat een bestuurder die geconflicleerd is, niet langer mag deelnemen aan de besluitvorming. Een regeling als voorgesteld door Van Veen en Ten Berg gaat om die reden tegen de ratio van de tegenstrijdigbelangregeling in. In het geval alle bestuurders geconflicleerd zijn, dient mijns inziens het besluit te worden neergelegd bij een ander orgaan van de vennootschap, zoals onder het huidige recht geregeld is in de laatste twee volzinnen van artikel 2:129/239 lid 6 BW.

Overigens vormt de wet geen belemmering voor een statutaire goedkeuringsregeling indien daar behoefte aan bestaat (*Kamerstuk* 31 763, nr. 6,

p. 21). Zo'n statutaire goedkeuringsregeling kan inhouden dat bestuursbesluiten waarbij een tegenstrijdig belang speelt goedkeuring behoeven van de RvC of de algemene vergadering. Een statutaire goedkeuringsregeling kan eventueel gecombineerd worden met een statutaire meldingsregeling. Het orgaan dat een statutair goedkeuringsrecht heeft, dient in dat geval geïnformeerd te worden over het tegenstrijdig belang en de wijze waarop de besluitvorming heeft plaatsgevonden, zodat het desbetreffende orgaan dit kan controleren (*Kamerstuk 31 763*, nr. 6, p. 21 en *Kamerstuk 31 763*, nr. 3, p. 13; zie ook B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 979, par. 51).

3. De regeling van de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat

Ten slotte heeft Van Veen bezwaren bij de regeling over de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat bij bestuursbenoemingen (vgl. Van Veen, *De werking van de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat*).

De huidige artikelen 2:37 BW en 2:133/243 BW regelen dat de vereniging respectievelijk de NV/BV in de statuten kan bepalen dat de benoeming van een bestuurder door de algemene vergadering zal geschieden uit een voordracht. De regeling voor de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat geldt voor de NV en de BV (artikel 2:133/243 lid 3 BW) en komt met dit wetsvoorstel ook te gelden voor de vereniging (vgl. de voorgestelde wijziging van artikel 2:37 lid 4 BW). Deze regeling houdt in dat indien op de voordracht één kandidaat staat, geldt dat deze kandidaat wordt benoemd, tenzij de algemene vergadering het bindend karakter aan de voordracht ontnemt. Een positief besluit van de algemene vergadering over de voordracht heeft dan tot gevolg dat de enige kandidaat is benoemd. Een negatief besluit van de algemene vergadering over de voordracht heeft tot gevolg dat de enige kandidaat wordt afgewezen en er niemand is benoemd. De algemene vergadering kan het bindend karakter aan de voordracht ontnemen met een besluit genomen met twee derden van de stemmen (zie het huidige artikel 2:37 lid 4 BW voor de vereniging en het huidige artikel 2:133/243 lid 2 BW voor de NV/BV). Een voorstel tot het doorbreken van de voordracht bestaande uit één kandidaat heeft twee derde van de stemmen nodig. Wanneer bijvoorbeeld 60% van de stemmen wordt uitgebracht vóór het doorbreken van de voordracht voor een bestuursbenoeming en dus de drempel van twee derde van de stemmen niet wordt gehaald, dan is de voordracht niet doorbroken en wordt de bestuurder benoemd. De ratio van deze regeling is om te voorkomen dat de algemene vergadering eerst formeel een stem moet uitbrengen over de wenselijkheid om de voordracht te doorbreken en vervolgens afzonderlijk moet stemmen over het benoemingsbesluit (zie voor een toelichting van deze regeling voor de NV/BV: *Kamerstuk 31 058*, nr. 17, p. 1–2 en zie voor een toelichting van deze regeling voor de vereniging: *Kamerstuk 34 491*, nr. 3, p. 25). Indien de voordracht niet wordt doorbroken omdat een derde plus één tegen het doorbreken van de voordracht is, dan is het reëel dat de voorgedragen kandidaat als benoemd geldt (*Kamerstuk 31 058*, nr. 17).

Van Veen bepleit dat voor het doorbreken van de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat wordt bepaald dat meer dan 50% van de stemgerechtigden daarmee instemmen. Dit zou aansluiten bij het uitgangspunt dat voor benoeming van een kandidaat het vertrouwen van de meerderheid van de stemgerechtigden is vereist, rekening houdend met de mogelijkheid dat in de statuten een hogere meerderheid vereist kan zijn (vgl. Van Veen, *De werking van de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat*, p. 6). In dat geval zou gelden dat in het hierboven genoemde voorbeeld waar 60% van de stemmen worden uitgebracht vóór

het doorbreken van de voordracht, de voordracht worden doorbroken en de kandidaat afgewezen.

De regeling voor de bindende voordracht bestaande uit één kandidaat is voor de NV en de BV opgenomen in de Wet bestuur en toezicht 2011 respectievelijk de Wet vereenvoudiging/flexibilisering bv-recht. In de oorspronkelijke wetsvoorstellen bestuur en toezicht 2011 en vereenvoudiging/flexibilisering bv-recht was als voorwaarde bij de regeling voor de bindende voordracht opgenomen dat tevens aan de vereisten voor die benoeming (bijvoorbeeld een statutair voorgeschreven hogere meerderheid) moet zijn voldaan. Die voorwaarde is ten gevolge van een amendement van het toenmalige Kamerlid Weekers geschrapt (zie voor het amendement van artikel 2:243 BW voor de BV: *Kamerstuk* 31 058, nr. 17 en zie voor het amendement van artikel 2:133 BW voor de NV: *Kamerstuk* 31 763, nr. 17). In de toelichting bij het amendement wordt gemeld dat de voordracht niet doorbroken is in het geval: «een derde plus één tegen het doorbreken van de voordracht is. Het is dan reëel dat die voorgedragen serieuze kandidaat als benoemd geldt» (vgl. *Kamerstuk* 31 058, nr. 17, p. 1–2).

Een bepaling zoals bepleit door Van Veen waarbij een meerderheid van de stemgerechtigden voldoende is om de bindende voordracht te doorbreken, gaat in tegen de strekking van het amendement van het Kamerlid Weekers. Daarbij is mij niet bekend dat de desbetreffende bepaling in de rechtspraak tot problemen heeft geleid. In de evaluatieonderzoek van de Wet bestuur en toezicht 2011 hebben de onderzoekers de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van artikel 2:133 BW onderzocht (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 2.6, p. 34–35). Hierbij worden door de onderzoekers geen melding gemaakt van onduidelijkheden. Om deze redenen zie ik voor het aanpassen van deze bepaling geen noodzaak.

Commentaar van Westenbroek (verzoek commissie d.d. 28 maart 2019)

De vaste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid heeft tevens verzocht om een reactie op de brief van mr. dr. W.A Westenbroek over bestuurdersaansprakelijkheid in artikel 2:9 BW.

De heer Westenbroek betoogt kortgezegd dat de «ernstig verwijt»-maatstaf niet bij de ratio en de systematiek van artikel 2:9 BW past en thuishoort in het arbeidsrecht.

Dat een maatstaf als «ernstig verwijt» ook wordt gebruikt in het arbeidsrecht, betekent niet dat het arbeidsrecht een monopolie op deze maatstaf heeft. De Hoge Raad heeft in haar uitspraak van 10 januari 1997 inzake Staleman/Van de Ven (NJ 1997, 360 met nt. J.M.M. Maeijer) uitgemaakt dat voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of dat zo is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad (vgl. Staleman/Van de Ven, r.o. 3.3.2.2; zie ook *Kamerstuk* 31 763, nr. 3, p. 9 en *Kamerstuk* 34 491, nr. 9, p. 10).

De ratio van artikel 2:9 BW is verwoord in de memorie van toelichting bij de Wet bestuur en toezicht 2011: «ondernemen is en blijft risico lopen. Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema's gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers

stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie waarin bijvoorbeeld de overstap van werknemerschap naar zelfstandig ondernemerschap wordt gestimuleerd. Een grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico's worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.» (*Kamerstuk 31 763*, nr. 3, p. 9). Zie in vergelijkbare zin Asser-Kroeze 2-I (De rechtspersoon), nr. 200 over de jurisprudentie van de Hoge Raad: «De Hoge Raad houdt in zijn rechtspraak rekening met de beleidsvrijheid van het bestuur en met het feit dat bestuurshandelingen achteraf worden beoordeeld. Dat doet hij door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon. Daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen, aldus de Hoge Raad in HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (Willemsen/NOM); HR 5 september 2014, RO 2014/75; JOR 2014/296 (Hezemans Air); HR 5 september 2014, RvdW 2014/1016 (RCI)». In de Memorie van Antwoord bij de Wet bestuur en toezicht 2011 wordt de verhouding tussen de collectieve verantwoordelijkheid en de individuele disculpatie uiteengezet: «aansprakelijkheid van alle bestuurders treedt in beginsel op indien onbehoorlijk bestuur van één of meer bestuurders is aangetoond. Dit hangt samen met de collectieve verantwoordelijkheid van de bestuurders. Wel kunnen individuele bestuurders beroep doen op de mogelijkheid van disculpatie. Daarvoor is nodig dat de bestuurder bewijst dat hem geen ernstig verwijt ter zake van het onbehoorlijke bestuur kan worden gemaakt. In dat verband kan hij bijvoorbeeld wijzen op de taakverdeling tussen bestuurders. [...] Disculpatie [is] echter niet mogelijk indien de desbetreffende bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden» (*Kamerstuk 31 763*, C, p. 5). Om die reden meen ik dat de maatstaf van ernstig verwijt goed aansluit bij de ratio van artikel 2:9 BW.

Westenbroek betoogt dat de gehele zinsnede in artikel 2:9 BW dat «*elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken*» geschrapt dient te worden, omdat deze zinsnede te weinig ruimte laat voor de diversiteit van verschillende soorten rechtspersonen en miskent dat de collectieve verantwoordelijkheid bij kapitaalvennootschappen van oudsher dieper is geworteld dan bij andere rechtspersonen het geval is, zoals bij (niet-commerciële) verenigingen en stichtingen. Ik meen dat het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid terecht het uitgangspunt voor alle rechtspersonen is. Dit beginsel leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde (*Kamerstuk 31 763*, nr. 3, p. 8). Het begrip «de algemene gang van zaken» laat voldoende flexibiliteit om aan de hand van omstandigheden, waaronder de aard en omvang van de rechtspersoon, maatwerk te kunnen leveren. De rechtspersoon kan dit ook nader in de statuten omschrijven.

Voorts is Westenbroek het niet eens met mijn conclusie in de nota naar aanleiding van het nader verslag onder verwijzing naar de conclusies van de onderzoekers in het evaluatierapport dat de codificatie van de «ernstig verwijt-maatstaf» in artikel 2:9 BW in de praktijk niet heeft geleid tot onduidelijkheid (*Kamerstuk 34 491*, nr. 9, p. 8). Volgens Westenbroek laten literatuur en rechtspraak het tegendeel zien.

Er is reeds veel geschreven over de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid in het algemeen en de «ernstig verwijt-maatstaf» in het bijzonder, wellicht meer over de toepassing in de jurisprudentie dan over artikel 2:9 BW als zodanig. Dat scherpt het denken en is goed voor de ontwikkeling

van het recht. Ik wijs in dit verband op Van Bakkum en Kreileman, «Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak. Kwantitatieve trends 2003–2017», *Ondernemingsrecht* 2019/61, p. 308–320, 310: «Verder constateren wij dat bestuurdersaansprakelijkheidszaken in de periode 2010 t/m 2016 niet meelopen in de algehele trend van een daling van het aantal civiele bodemprocedures. Dit duidt onze inziens op een toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen. Van «Amerikaanse toestanden» lijkt evenwel geen sprake. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de door de Hoge Raad opgeworpen hoge drempels voor bestuurdersaansprakelijkheid de toegenomen bereidwilligheid om bestuurders aansprakelijk te stellen beteugelen en dus daadwerkelijk helpen om (nog) bange(re) bestuurders te voorkomen.» Tevens verwijs ik naar N.T. Pham, «Empirisch onderzoek naar «bange bestuurders»: Onzekerheid in bestuurdersaansprakelijkheid», in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's «bange bestuurders»* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk 35. «De open norm «ernstig verwijt» biedt rechters een belangrijk aangrijpingspunt om met onzekerheid in de beoordeling van bestuurlijk handelen om te gaan. Beargumenteerd kan worden dat met ernstig verwijt rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen contextueel – door afweging van alle relevante omstandigheden – onzekerheid kan meebrengen. Eveneens kan beargumenteerd worden dat onzekerheid juist wordt gereduceerd doordat de noodzaak tot contextuele beoordeling rechters dwingt ernstig verwijt verder van kaders te voorzien. Ik ben geneigd het tweede argument te volgen: de toepassing van de open norm ernstig verwijt draagt bij aan voorspelbaarheid van rechterlijke toetsing van bestuurshandelingen.» Het aansprakelijkheidsrecht, ook het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, is gebaseerd op open normen, waar ruimte is voor invulling al naar gelang de omstandigheden van het geval. Open normen maken maatwerk door de rechter mogelijk. Het is naar mijn mening goed dat de rechter die omstandigheden kan wegen voordat hij concludeert tot bestuursaansprakelijkheid. Naar mijn idee kan de praktijk voldoende uit de voeten met de huidige formulering van artikel 2:9 BW. Dit blijkt ook uit de evaluatie. Westenbroek doet een voorstel voor een alternatieve formulering van artikel 2:9 BW. Naar mijn idee roept dit alternatieve voorstel nieuwe vragen op. Wat houdt bijvoorbeeld het dragen van verantwoordelijkheid voor de behoorlijke vervulling van de bestuurstaken van zijn medebestuurder in? Wat is het onderscheid tussen «eigen» bestuurstaken, «collegiale bestuurstaak» en «de bestuurstaak door zijn medebestuurder»? Een nieuwe formulering van artikel 2:9 BW, zeker als wordt beoogd om een wijziging ten opzichte van het huidige systeem te entameren, betekent dat het jaren kan duren voordat deze norm is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Dat bevordert de rechtszekerheid niet. In literatuur heeft dit alternatieve voorstel overigens – voor zover mij bekend – geen navolging gevonden. Al met al zie ik geen aanleiding om het voorstel van de heer Westenbroek over te nemen.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker