

Vergaderjaar 2008–2009

**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**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **1. Inleiding**

In mijn brief van 12 november 2007 over de voortzetting van de modernisering van het ondernemingsrecht (Kamerstukken II, 2007–08, 29 752, nr. 5) is aangeduid dat een regeling zal worden ingevoerd voor het opnemen van uitvoerende bestuurders en toezichthoudende bestuurders in één vennootschapsorgaan. Daarmee worden inrichting van bestuur en toezicht zowel volgens het dualistische als het monistische model wettelijk vastgelegd. Het wetsvoorstel bevat voorts regels voor het geval een bestuurder of commissaris een belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. Bij de inrichting van een monistisch stelsel waarbij uitvoerende en toezichthoudende bestuurders in één orgaan zitting nemen, niet zonder gevolgen kan blijven voor wetsbepalingen waarbij – doorgaans om redenen van *corporate governance* – een dwingendrechtelijke bevoegdheidsverdeling is gemaakt. Het wetsvoorstel is in overeenstemming met de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, van Economische Zaken en van Financiën opgesteld.

Met het voorstel wil ik bijdragen aan het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de naamloze en de besloten vennootschap in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen. Nederland moet rekening houden met een vergrote concurrentie van rechtsvormen in het buitenland. Een inmiddels constant te noemen stroom van arresten van het Europese Hof van Justitie benadrukt het recht op vrije vestiging voor bedrijven en investeerders die gebruik willen maken van buitenlandse rechtsvormen, waarbij (ook) het ondernemingsrecht geen belemmeringen mag opwerpen. Een onderneming heeft normaliter de mogelijkheid om zelf te bepalen voor welk juridisch kleed zij kiest; bevat het gebodene in het vestigingsland niet, dan kan de onderneming kiezen uit een reeks van rechtsvormen elders in de Unie zonder dat dit ten koste behoeft te gaan van haar vrijheid om zich overal in de interne markt te vestigen. Nieuw is de nadruk op bruikbaarheid overigens niet. In zijn intreedende aan de Nijmeegse Universiteit in 1951 omschreef Van der Grinten het als volgt. *«Het economisch leven heeft ook behoefte dat de rechtsvorm aangepast kan worden aan de telkens wisselende eisen van het concrete geval. Een starre rechtsvorm, ingekapseld in vele dwingende wettelijke voorschriften,*

*die geen bewegingsvrijheid laten, kan maatschappelijk geen voldoening schenken. Het werkelijk leven is in zijn behoeften eindeloos gevarieerd. Het recht heeft in zoverre een dienende taak, dat het de vormen moet bieden, welke aan de maatschappelijke behoeften voldoen».* Van der Grinten voegde daaraan toe: *«Intussen [mag] niet vergeten [...] worden de leidende taak [van het recht] omdat het rechtvaardigheid en orde in het maatschappelijk leven moet brengen».* Men zie *Verspreide geschriften van W. C. L. van der Grinten, Serie VHI, nr. 77, Deventer 2004, op p. 325.*

In een Europese Unie waar de keuze aan rechtsvormen steeds groter wordt, zal de economische betekenis van het rechtspersonenrecht navent toemen. De (internationale) herkenbaarheid van de geboden structuren en aanpassing aan eventuele bijzondere behoeften van de onderneming zullen een grotere rol gaan spelen bij de keuze voor een rechtsvorm dan voorheen. Tegelijkertijd wordt de vrijheid om rechtsvormen te kiezen en in te vullen naar persoonlijke behoefte begrensd, bijvoorbeeld ter bescherming van de positie van een minder sterke partij. Een wettelijke invulling daarvan is de verplichting om informatie te verstrekken via de jaarrekening of het jaarverslag. Ook de bestuursnorm «handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming» is zo'n invulling. De zorgvuldige afweging van belangen die met deze norm samenhangt, wordt ondersteund door een goed en onafhankelijk toezicht op het bestuur. Toezicht kan vorm krijgen in een raad van commissarissen, maar ook in een monistische bestuursstructuur zoals hier voorgesteld. Ondersteuning van bepaalde partijen die belang hebben bij het goed functioneren van een rechtspersoon kan ook vorm krijgen in een regeling voor geschillenbeslechting in de onderneming. Een voorbeeld is de enquêteprocedure, die ondermeer is opengesteld voor aandeelhouders en vakbonden.

Het wetsvoorstel is besproken met de Commissie vennootschapsrecht. De Commissie kan zich met het voorstel verenigen. Over een voorontwerp van het wetsvoorstel is geconsulteerd via de website van het Ministerie van Justitie (vgl. paragraaf 5).

## **2. Monistisch en dualistisch stelsel**

Van oudsher kennen Nederlandse kapitaalvennootschappen bij hun inrichting dwingendrechtelijk twee organen: de algemene vergadering en het bestuur. Het instellen van een toezichthoudend orgaan is ter keuze van de vennootschap. De creatie van zo'n afzonderlijk toezichthoudend orgaan treffen wij al bij de Verenigde Oost-Indische Compagnie, waar de houders van de aandelen in deze handelsonderneming, participanten genoemd, na verloop van tijd een afzonderlijke entiteit instelden om namens en voor die participanten toezicht te houden op de wijze waarop de bewindvoerders – die niet noodzakelijk participant hoefden te zijn – met hun aanzienlijke bevoegdheden omgingen. Kiest een vennootschap voor toezichthouders, dan worden de wettelijke bepalingen over taken en bevoegdheden van de raad van commissarissen en zijn leden van toepassing. In de omschrijving van de oude departementale richtlijnen: worden aan personen bevoegdheden en taken toegekend die wettelijk aan de commissarissen toekomen, dan moeten die personen ook commissarissen worden genoemd. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben beide eigen taken en bevoegdheden en worden geacht nevensgeschikt te zijn. Er is dus sprake van een dualistisch model. Voldoet de vennootschap aan de eisen zoals vastgelegd in artikel 2:152/262 e.v. BW, dan is het dualistische model niet langer een keuze en moet de structuurregeling worden toegepast.

In een monistisch bestuursstelsel vervalt de functie van commissaris en worden de desbetreffende taken vervuld door personen die bestuursverantwoordelijkheid dragen. Als voordelen van het monistische stelsel worden wel genoemd dat bestuurders eerder en meer informatie zouden krijgen dan commissarissen, dat bestuurders meer betrokken zouden zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap dan de commissarissen en dat een monistisch bestuur slagvaardiger zou kunnen optreden.

Als voordelen van het dualistische stelsel worden wel genoemd de vooral voor externen duidelijker scheiding tussen uitvoering en toezicht en de grotere onafhankelijkheid ten opzichte van bestuurders die de leden van een afzonderlijk orgaan mede als gevolg van deze scheiding zouden tentoonspreiden. In een vergadering waar een besluit moet worden genomen over een zaak die de uitvoerende bestuurders bijzonder raakt – bezoldiging is een pregnant voorbeeld – spreken toezichthouders vrijer buiten aanwezigheid van die uitvoerende bestuurders. Ook de besluitvorming zelf is dan eenvoudiger.

Intussen hebben de formele verschillen tussen «monistisch» en «dualistisch» voor de praktijk minder betekenis dan voorheen. De figuur van de commissarissen die enkele malen per jaar bijeenkomen en zich nauwelijks met de gang van zaken bemoeien, is zeker voor wat grotere vennootschappen betreft een zaak van het verleden. In de structuurregeling zijn aan de commissarissen taken toebedeeld die dicht tegen (uitvoerend) bestuur aan liggen, zoals benoeming van dat bestuur of goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten. De vertegenwoordiging van de vennootschap bij tegenstrijdig belang als geregeld in artikel 2:146/256 BW is in feite een bestuurstaak. Ook internationaal zijn de monistische en dualistische stelsels de laatste jaren duidelijk naar elkaar toegegroeid, niet in de laatste plaats in het kader van de internationale discussie over bestuur en toezicht in ondernemingen ofwel *corporate governance*. Enerzijds is de opvatting over de taakvervulling van de commissaris verschoven naar een meer actieve opstelling. Actief wil zeggen: sneller en eerder uit eigen beweging met advies komen en zich meer dan voorheen laten informeren teneinde de toezichthoudende taak goed te kunnen vervullen. Anderzijds vertoont de omschrijving van de taken van *non-executive directors* in de *Combined code on corporate governance* in het Verenigd Koninkrijk raakvlakken met de commissarisfunctie – denk aan het bijdragen aan de strategie op de langer termijn – en wordt de positie van onafhankelijke *non-executive directors* versterkt ten opzichte van de executives. Dat is gekozen voor een monistisch dan wel dualistisch stelsel heeft dan ook meer van doen met de wetgevende tradities van de landen waarin de respectievelijke stelsels tot bloei zijn gekomen dan dat het een uitwerking is van een fundamenteel verschil in taakopvatting.

Een verdeling van de werkzaamheden tussen bestuursleden op basis van het «werkkring» beginsel in artikel 2:9 BW is ook in het huidige systeem van boek 2 BW niet onbekend. Een aantal vennootschappen heeft de bestuursstructuur zodanig ingericht dat het monistische stelsel, zoals dat uit de Anglo-Amerikaanse traditie bekend is, benaderd wordt. Men zie bijvoorbeeld de beschrijving van Van den Ingh, *Ondernemingsrecht 2000–06* over Fortis en meer algemeen van Strik, *Aansprakelijkheid voor niet-uitvoerende bestuursleden*, in *Ondernemingsrecht 2003–10* op p. 368. In literatuur en praktijk blijft evenwel onzekerheid bestaan over de inrichting van het monistische systeem en de verenigbaarheid van een ver(der-)gaande taakverdeling met de wet. De onzekerheid over de gevolgen van een taakverdeling voor het beginsel van collegiale bestuursverantwoordelijkheid, gekoppeld aan de steeds vaker gesignaleerde tendens in binnen- maar vooral buitenland om bestuurders aansprakelijk te stellen bij problemen, hebben geleid tot verzoeken om wettelijke inka-

dering. Vastlegging van de verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders in het monistische stelsel in de wet vergroot de rechtszekerheid en draagt bij aan de voorgestane verruiming van de gebruiksmogelijkheden van ondernemingsrechtelijke rechtsfiguren.

De regeling wordt ingevoerd voor zowel de naamloze als de besloten vennootschap. Bij de uitwerking van de regeling voor de besloten vennootschap is rekening gehouden met het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Kamerstukken II 2006–07, 31 058, nrs. 1–4 inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht).

Voor de volledigheid merk ik nog op dat de Nederlandse corporate governance code bepalingen bevat voor zowel Nederlandse beursvennootschappen met een dualistische bestuursstructuur als Nederlandse beursvennootschappen met een monistische bestuursstructuur. Ik verwijs naar paragraaf 10 van de preambule en voor de monistische bestuursstructuur naar Hoofdstuk III.8 van de Code.

### **3. Structuurregeling**

Bij de vastlegging van een monistisch stelsel moet aandacht worden geschonken aan de gevolgen van het gaan voldoen door de vennootschap aan de voorwaarden als bepaald in de artikelen 2:152/262 e.v. BW ofwel de structuurregeling. De structuurregeling bevat bijzondere voorschriften voor de inrichting en bestuursstructuur van vennootschappen met een bepaalde omvang. Heeft de vennootschap deze omvang bereikt, dan wordt er vanuit gegaan dat de daarmee verbonden onderneming zozeer maatschappelijk van betekenis is dat de vrijheid van de ondernemer om de eigen structuur te kiezen, moet wijken voor het belang van de maatschappij bij goed en onafhankelijk toezicht. Bij een structuurvennootschap is een afzonderlijke raad van commissarissen voorgeschreven. Voor de benoeming en het ontslag van de commissarissen gelden bijzondere regels, die beogen de samenstelling van die raad zo breed mogelijk te maken en de zeggenschapsverhoudingen tussen aandeelhouders en ondernemingsraad in evenwicht te houden. De raad van commissarissen van een structuurvennootschap heeft wettelijk vastgelegde bevoegdheden bij het goedkeuren van bepaalde besluiten van dat bestuur en, in de volledige regeling, ten aanzien van benoeming en ontslag van bestuurders.

In de literatuur is gepleit voor op de structuurregeling geënte dwingend-rechtelijke voorschriften voor benoeming en ontslag van (een deel van de) toezichthoudende bestuurders in het monistische stelsel. In de consultatieronde is door vrijwel alle respondenten aangegeven dat zij het wenselijk achten dat ook de structuurvennootschap kan kiezen voor hetzij een monistisch hetzij een dualistisch bestuurssysteem. Het voorgestelde artikel 2:164a/274a BW komt aan deze wens tegemoet.

### **4. Regelingen in andere landen**

In België werkt men voor naamloze vennootschappen met een bestuursorgaan op collegiale basis, de raad van bestuur. De Raad kan bestuurstaken die niet betrekking hebben op het algemene beleid van de vennootschap opdragen aan een directiecomité (art. 524bis Wet op de vennootschappen). Zo'n directiecomité kan bestaan uit bestuurders en andere personen. Wordt een comité ingesteld, dan is de raad van bestuur wettelijk belast met het toezicht op dat comité. Het comité is niet nevenschikt, maar vooral te beschouwen als uitvoerder van bestuurstaken die

dagelijkse interventie en aansturing behoeven. De verantwoordelijkheid voor de genomen besluiten blijft berusten bij de raad van bestuur. De Belgische vennootschap wordt extern vertegenwoordigd en gebonden door de handelingen van de raad van bestuur, van het directiecomité en van personen aan wie het dagelijkse bestuur is opgedragen. De wet kent in artikel 525 de mogelijkheid om het dagelijkse bestuur op te dragen aan een of meer personen, die worden aangeduid als dagelijks bestuurders. Bestuurders en leden van het comité zijn zowel intern als extern hoofdelijk aansprakelijk, tenzij hen geen schuld kan worden verweten (art. 528 en 529 Wet op de vennootschappen). Een taakverdeling brengt niet met zich dat de overige bestuurders niet aansprakelijk zijn; evenals in het Nederlandse recht wordt van de andere deelnemers aan het collegiale bestuursorgaan verwacht dat zij zich verzetten tegen nadelige handelingen van een bestuurder als zij daarvan kennis hadden of hadden moeten hebben. Bestuurders kunnen zich er niet op beroepen dat zij uitvoerende taken hebben gedelegeerd aan het directiecomité om aansprakelijkheid geheel te ontlopen; die delegatie kan wel als feitelijk element een belangrijke vermindering van de individuele aansprakelijkheid inhouden. De aansprakelijkheid van dagelijkse bestuurders is beperkt tot de uitvoering van de hun opgedragen taak en de tekortkomingen in *hun* bestuur (art. 527 Wet op de vennootschappen).

Naast Nederland ontwikkelde ook Duitsland een stelsel met een afzonderlijk toezichthoudend orgaan, vooral ten behoeve van werknemersmedezeggenschap. Een *Aufsichtsrat* is verplicht voor vennootschappen met meer dan 500 werknemers. Zijn er meer dan 2000 werknemers, dan benoemt de *Aufsichtsrat* ook de leden van het bestuur. Een vrijwillige raad van commissarissen (*Beirat*) is niet erg gebruikelijk.

In het Verenigd Koninkrijk werkt men met één bestuursorgaan, de *board of directors*. In Anglo-Amerikaanse kapitaalvennootschappen neemt het contractuele aspect van de vennootschapsvorm een vooraanstaande plaats in, wat zich ook vertaalt in de verhouding tussen aandeelhouders en *directors*. De wetgeving laat de inrichting en bevoegdheidsverdeling voor het overgrote deel aan de oprichters, die vrijwel altijd kiezen voor vergaande bevoegdheidsverdeling aan *directors*. *Managing of executive directors* kunnen slechts benoemd worden voor zover de statuten de *board* daartoe het recht geven. Een *managing director* pleegt bevoegdheden toegedeeld te krijgen die zonder nadere regeling aan de «gehele» *board* toevallen. *Executives* krijgen een bijzondere taak toebedeeld en hebben naast de vennootschappelijke ook een contractuele rechtsverhouding met de vennootschap; veelal een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht. De leden van de *board* die geen managementtaken toebedeeld krijgen, houden zich bezig met de algemene lijnen van het bestuur en met toezicht op de uitvoering door de *managing of executive directors*. Voor vennootschappen met een notering aan de London Stock Exchange geldt voorts de *Combined code on corporate governance*, waarin regels zijn opgenomen voor de samenstelling van de *board* en de eisen voor onafhankelijkheid van de *non-executive directors*. Het Engelse recht maakt geen onderscheid in taak, verantwoordelijk of aansprakelijkheid van *executive* en *non-executive directors*.

De nieuwe Antilliaanse vennootschapswetgeving (Landsverordening van 29 december 2003, A 2004, nr. 6) is beïnvloed door zowel Nederlandse als Anglo-Amerikaanse elementen. In artikel 18 wordt voor naamloze vennootschappen het monistische stelsel ingevoerd met een uitvoerend en algemeen bestuur. De leden van het uitvoerende bestuur die geen lid zijn van het algemene bestuur hebben geen bestuursverantwoordelijkheid in vennootschapsrechtelijke zin. Wat verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid betreft, geldt blijkens de toelichting op de verordening dat de

marges voor aansprakelijkheid en disculpatie steeds afhangen van de plaats die de bestuurder inneemt. Zo zullen algemene bestuurders in beginsel steeds aansprakelijk zijn voor gebrek aan toezicht, en kunnen uitvoerende bestuurders die geen deel uitmaken van het algemene bestuur zich tot op zekere hoogte beroepen op instructies van het algemene bestuur. Een aantal taken is voorbehouden aan het algemene bestuur. De structuur van de wet is zodanig dat een vennootschap kan kiezen voor monistisch of dualistisch: artikel 19 Landsverordening bepaalt dat een raad van commissarissen mogelijk is tenzij toepassing is gegeven aan artikel 18. De taken van de raad van commissarissen als bedoeld in artikel 19 Landsverordening komen grotendeels overeen met die in de Nederlandse wet.

## **5. Consultatie over voorontwerp**

Over een voorontwerp van het wetsvoorstel is geconsulteerd via de website van het ministerie van Justitie. Ik ben verheugd over het grote aantal reacties dat door het Ministerie is ontvangen. Ook is belangrijk dat de reacties een groot deel van de markt bestrijken. Op het consultatiedocument is gereageerd door vertegenwoordigers van de ondernemingen, werknemers, institutionele beleggers, banken, verzekeraars, accountants en de advocatuur.

Vrijwel alle respondenten steunen de invoering van de voorgestelde wettelijke regeling voor een monistisch bestuurssysteem. Door vrijwel alle respondenten is gepleit voor een verbreding van het consultatiedocument teneinde te bewerkstelligen dat ook structuurvennootschappen gebruik kunnen maken van een monistisch bestuurssysteem. Aan dit pleidooi wordt met het onderhavige wetsvoorstel gehoor gegeven. Een deel van de respondenten heeft verzocht om de regeling voorts uit te breiden tot andere rechtsvormen. In dit laatste voorziet dit wetsvoorstel niet. Wanneer echter voldoende steun voor het onderhavige wetsvoorstel blijkt te bestaan in het Parlement, kan op de voorgestelde regeling worden voortgebouwd voor andere entiteiten. Naar mijn overtuiging is de behoefte aan een wettelijke regeling van het monistische bestuurssysteem in de praktijk op dit moment het grootst bij de NV en BV.

Een grote meerderheid van de respondenten steunt de invoering van een nieuwe regeling betreffende tegenstrijdig belang. Wel is door velen aangedrongen op verheldering van de rechtsgevolgen van die regeling in de memorie van toelichting. Daarmee is hierna rekening gehouden.

Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat in het consultatiedocument de vraag is gesteld of het wenselijk is te bepalen dat de relatie van de statutaire bestuurder van de vennootschap niet langer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Vrijwel alle respondenten vonden dit voorstel zodanig ingrijpend dat zij de gevolgen daarvan onvoldoende konden overzien, danwel waren zij daartegen omdat zij meenden dat de positie van statutaire bestuurders teveel zou worden aangetast. Naar aanleiding van de ontvangen reacties heb ik besloten om een dergelijk voorstel afzonderlijk nader te bespreken in de tweede helft van dit jaar. Op het voorstel om in de wet te bepalen dat bestuurders worden benoemd voor een periode van ten hoogste vier jaren – met de mogelijkheid om in de statuten een langere termijn te bepalen – is door veel respondenten niet gereageerd. Voor zover er wel is gereageerd, blijkt dat vertegenwoordigers van beleggers en werknemers dit voorstel steunen, maar vertegenwoordigers van de vennootschappen daarbij vraagtekens plaatsen. Het desbetreffende voorstel is heroverwogen. Voor beursvennootschappen geldt paragraaf II.1.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code. Daarmee kan worden volstaan. Bij andere vennoot-

schappen bestaat onvoldoende reden in te grijpen in de vrijheid die terzake bestaat.

## **6. Administratieve lasten**

Het wetsvoorstel maakt het voor NV's en BV's mogelijk om te kiezen voor een monistisch bestuursstelsel. De desbetreffende mogelijkheid leidt niet tot administratieve lasten voor het bedrijfsleven. Ook de regeling terzake tegenstrijdig belang van bestuurders of commissarissen heeft geen administratieve lasten tot gevolg.

### **Artikelen**

#### *Artikel 9*

De bestuurderstaak is voor alle rechtspersonen neergelegd in artikel 2:9 BW. Het artikel bevat in de huidige formulering een zekere mogelijkheid om binnen het bestuur tot een werkverdeling over te gaan. In de voormalige departementale richtlijnen 1986 voor de – inmiddels afgeschafte – beoordeling van ontwerpstatuten ter fine van verkrijging van een verklaring van geen bezwaar werd aangegeven dat een bestuurder speciaal belast mag worden met bepaalde bestuurswerkzaamheden, mits alle bestuurders aan de besluitvorming binnen het bestuur kunnen meewerken. Mede gelet op het gebruik van het begrip «werkkring» is niet steeds duidelijk geweest hoever een verdeling mag reiken, of deze zover mag gaan dat bestuurstaken aan één bestuurder worden toebedeeld, en wat de precieze gevolgen zijn van een taakverdeling voor besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. De introductie in de wet van een monistisch stelsel voor kapitaalvennootschappen noopt tot precisering van artikel 2:9 BW.

Het nieuw geformuleerde lid 1 bepaalt dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet aan een andere bestuurder zijn toebedeeld. Voor een negatieve formulering is gekozen om te voorkomen dat taken bij de taakverdeling tussen wal en schip vallen omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld. De omvang van de taak van de bestuurder hangt dus mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt die desbetreffende bestuurder er niet een nieuwe taak bij (de taak behoorde al tot zijn takenpakket), maar weet hij dat deze taak door de taakverdeling valt buiten het takenpakket van de andere bestuurders. Taken die niet zijn toebedeeld, rusten op alle bestuurders, derhalve op zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Omdat de taakverdeling, voor zover al niet uit de wet kenbaar (vgl. artikel 2:129a/239a lid 1 BW), bij of krachtens de statuten wordt vastgelegd, bestaat veel vrijheid om tot een taakverdeling te komen en kan elke bestuurder hiervan ook eenvoudig kennisnemen.

Met de invoering van de mogelijkheid om een taakverdeling te maken, wordt het begrip «werkkring» overbodig. Dat begrip is in de literatuur verschillend uitgelegd in die zin dat aan het toedelen van werk op basis van deze regeling door sommigen wel en anderen geen gevolgen worden verbonden voor de aansprakelijkheid van de overige bestuurders voor zaken die tot de «werkkring» van een van hen behoorden. Men zie hierover o.a. Dortmond, *De werkkring van Van Schilfgaarde en het monisme*, in: A-T-D, Deventer 2000, op p. 69, en de daar genoemde literatuur. De termen *taak* en *taakverdeling* passen ook beter bij hedendaagse opvattingen over inrichting en beheer van rechtspersonen. Het artikel bepaalt voor iedere bestuurder van iedere rechtspersoon de gevolgen van die taakverdeling en heeft daarmee een overkoepelend karakter ten opzichte van de uitwerking in bijvoorbeeld artikel 2:129/239 BW voor de NV en BV.

De taakverdeling kan bij of krachtens de statuten geschieden. Door opneming van het begrip «krachtens» wordt aangegeven dat zo'n taakverdeling ook bij reglement tot stand mag komen. Dat voorkomt dat een aanpassing – bijvoorbeeld bij het aantreden van een nieuwe bestuurder – noopt tot een statutenwijziging, die vooral bij vennootschappen met een verspreid kapitaalbezit of verenigingen met vele leden een kostbare aangelegenheid kan zijn. Ook een bestuursbesluit kan grondslag zijn voor een verdere taakverdeling.

Van oudsher maakt het rechtspersonenrecht onderscheid tussen gezamenlijke verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid. 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. Bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, nemen evenzeer deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. Een andere verantwoordelijkheidsverdeling zou ook op gespannen voet staan met de Aanbeveling van de Europese Commissie over bestuur en toezicht, waarover hierna meer, en richtlijn 2006/46/EG van 14 juni 2006 van het Europees Parlement en de Raad (PbEG L 224/1 van 16 augustus 2006) over de collectieve verantwoordelijkheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend en toezichthoudend orgaan voor het opstellen en openbaar maken van de jaarrekening, de overige gegevens en het jaarverslag. Artikel 2:9 lid 2 BW legt vast dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Deze door artikel 14 lid 3 van de Antilliaanse Landsverordening geïnspireerde tekst was tot op heden niet in de wet opgenomen.

Verantwoordelijkheid is de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid. Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde. Er bestaat wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie. Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Wanneer een bestuurder waarneemt dat een mede-bestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal die bestuurder moeten ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak slechts aan de mede-bestuurder is toebedeeld. De huidige wettekst laat enige twijfel toe over de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, bevrijd is, waarna men niet meer toekomt aan de vraag of hij maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden, zij het dat de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur een rol blijft spelen. Men zie hierover Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV*, 14e druk op p. 150. In de nieuwe tekst verzekert het woord «en» in het tweede lid dat de taakverdeling én de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beide worden getoetst. Ik verkies dit uitgangspunt boven een wettelijk vastgelegde algemene uitsluiting van aansprakelijkheid op basis van een (te) vergaande taakverdeling, die aan de grondslag van de collectieve verantwoordelijkheid zou afdoen. Om te onderstrepen dat de verdeling van de taken niet afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid, maar wel gevolgen kan hebben voor de individuele aansprakelijkheid, is de «tenzij» constructie in de huidige tekst verlaten en de aansprakelijkheid in een afzonderlijke zin geregeld.

In de rechtspraak wordt bij de beoordeling van de individuele aansprakelijkheid al rekening gehouden met een taakverdeling. De formulering van



lid 2 sluit aan bij de in de rechtspraak gebruikte terminologie. Veel geciteerd is het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997 inzake *Staleman/van der Ven* (NJ 1997, 360 met nt. Ma.), waarin is 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. De bestuurder die wordt aangesproken, zal moeten aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn taak als bedoeld in artikel 2:9 lid 2 BW behoorde. Ook moet hij aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten door de andere bestuurder, wiens taak het wel betrof, af te wenden. Is sprake van een vennootschap met een al dan niet op grond van Europese regels ingestelde audit commissie, dan zal de informatiepositie van een bestuurder of commissaris die geen deel uitmaakt van zo'n commissie bijvoorbeeld verschillen van degene die daar op grond van zijn bijzondere expertise wel zitting in heeft genomen. De bestuurder of commissaris die geen deel uitmaakt van de audit commissie zal zich tot op zekere hoogte mogen laten leiden door de bevindingen van de commissie. Artikel 2:9 lid 2 BW werkt door naar de aansprakelijkheid van commissarissen via artikel 2:149/259 BW.

Het criterium «ernstig verwijt» wordt eveneens gebruikt ter toetsing van de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden, derhalve niet op grond van artikel 2:9 BW maar doorgaans uit onrechtmatige daad. Als voorbeeld van een dergelijk ernstig verwijt is door de Hoge Raad genoemd dat vast komt te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich, aldus de Hoge Raad, echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig *persoonlijk* verwijt kan worden aangenomen (HR 8 december 2006, NJ 2006, 659).

De grenzen van de aansprakelijkheid van de bestuurder hebben de laatste jaren veel aandacht getrokken, ook, zij het niet rechtstreeks, in het kader van enquêteprocedures waar het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon aan de orde is. In de beschikking inzake *Laurus* (HR 8 april 2005, JOR 2005/119) spreekt de Hoge Raad over «een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen». In het verlengde daarvan wordt met enige regelmaat de vraag gesteld of de aansprakelijkheidsmaatstaf zoals uitgewerkt in *Staleman/van der Ven* en meer nog *Laurus* er toe kan leiden dat het oordeel achteraf wordt beïnvloed door de wetenschap rond het resultaat van de bestreden gedraging of beslissing, terwijl die beslissing gegeven de omstandigheden *op het moment van de besluitvorming zelf* milder zou worden beoordeeld. Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht. Ten slotte: 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.

Het voorgaande laat voorts onverlet dat er reden kan zijn om vanwege publieke belangenbehartiging aanvullende eisen aan bestuurders in bijvoorbeeld de gezondheidszorg te stellen. Bestuurders dragen een belangrijke maatschappelijke verantwoordelijkheid om tekortkomingen in hun functievervulling binnen de rechtspersoon te voorkomen. Daarvan kan in bepaalde sectoren van de samenleving eerder sprake zijn dan in andere, niet alleen vanwege de gevolgen voor de desbetreffende rechtspersoon maar ook vanwege de daaruit mogelijk voortvloeiende effecten voor het functioneren van die sectoren. De Minister en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport hebben het voornemen om voor bestuurders in de gezondheidszorg een aanvullende norm voor bestuurdersaansprakelijkheid te formuleren in de sectorspecifieke wetgeving vanwege het belang van de publieke belangenbehartiging en de omstandigheid dat in de zorg veel publiek geld omgaat. Dit voornemen wordt separaat van het onderhavige wetsvoorstel nader uitgewerkt.

#### *Artikel 129/239*

Het eerste lid van artikel 2:129/239 BW regelt de taak van het bestuur als orgaan van de vennootschap en moet daarmee worden onderscheiden van de regel voor de individuele bestuurder in artikel 2:9 BW. De norm voor de taakuitoefening van leden van het toezichthoudend orgaan staat thans in artikel 2:140/250 BW voor de raad van commissarissen. Algemeen wordt aangenomen dat zij evenzeer geldt voor de bestuurders. Het voorgestelde lid 5 legt de norm voor het handelen van iedere bestuurder vast. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij maakt het niet uit of zijn taak uitvoerend of algemeen/toezichthoudend is.

De vennootschap dient beschermd te worden tegen het risico dat een bestuurder of commissaris bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zich meer gelegen laat liggen aan een persoonlijk belang. Wanneer een bestuurder in privé een belang heeft bij een transactie, is het risico aanwezig dat de afweging van de bestuurder – zijn beoordeling of de vennootschap bij de transactie gebaat is – wordt beïnvloed door zijn privébelang.

De wetgever heeft de regeling voor het handelen van de bestuurder bij dit soort tegenstrijdige belangen tot op heden vormgegeven als een regeling van vertegenwoordiging. Omdat de raad van commissarissen is aangewezen als vertegenwoordiger, heeft het voorschrift een plaats gekregen in de reeks bepalingen betreffende de raad van commissarissen. De bepaling is van regelend recht; de door de wetgever vermelde oplossing – de raad van commissarissen treedt op – kan in de statuten worden vervangen door een andere regeling, zelfs een waarbij de bestuurder bevoegd blijft. De algemene vergadering blijft steeds bevoegd een andere vertegenwoordiger aan te wijzen, ook als er een statutaire regeling is. De regeling van het monistische stelsel is bij uitstek de gelegenheid om de tegenstrijdig belang regeling te heroverwegen. Wij raken hier immers aan de verhouding tussen de bestuurder, het bestuur en de raad van commissarissen.

De rechtsfiguur heeft in de praktijk tot een flink aantal rechtsvragen geleid, deels, in de woorden van AG Timmerman, omdat een tegenstrijdig belang

in de huidige groepsverhoudingen en praktijk van vele tientallen transacties per dag veel vaker optreedt dan de wetgever in 1928 kon voorzien (HR 14 juli 2006 *ABN AMRO/BHV*, zaaknr. C05/020 HR) en deels ten gevolge van de totstandkoming van de Eerste vennootschapsrichtlijn 68/151/EEG (Pb 14 maart 1968, L 65), die ziet op vertegenwoordiging. Vragen die in de loop van de tijd opkwamen, betroffen onder meer de aard van het tegenstrijdig belang (ook een rechtshandeling waarbij niet de bestuurder zelf maar een derde de wederpartij is, valt onder het bereik van artikel 2:146/256 BW) of een aandeelhoudersbesluit uitdrukkelijk moet worden genomen (ja, aldus de Hoge Raad in HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 *Duplicado*; uit het feit dat de bestuurder (ook) grootaandeelhouder is mag niet impliciet worden afgeleid «dat de algemene vergadering van aandeelhouders wel akkoord zou zijn gegaan») en of de bevoegdheid van de aandeelhouders ook dwingendrechtelijk is indien er geen raad van commissarissen is (bevestigend de Hoge Raad in HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393). Ook de positie van de derde die bij de rechtshandeling is betrokken, is in de jurisprudentie verder ingevuld. Volgens de richtlijnvoorschriften wordt een derde te goeder trouw beschermd tegen een statutair vastgelegde beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder; alleen wettelijke beperkingen moet de derde tegen zich laten gelden.

De richtlijnvoorschriften gaven aanleiding tot de vraag of de vennootschap zich bij een tegenstrijdig belang ook jegens derden op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van het bestuur kon beroepen, ofwel: of er in artikel 2:146/256 BW sprake is van een wettelijke beperking van de hoofdregel in artikel 2:130/240 BW. In *Mediasafe II*, HR 11 september 1998, NJ 1998/171 besliste de Hoge Raad dat de derde de onbevoegdheid van de bestuurder tegen zich heeft te laten gelden indien hij van het tegenstrijdig belang op de hoogte was of had moeten zijn.

De in de wet gekozen oplossing geeft, mede gelet op de inmiddels omvangrijke jurisprudentie, aanleiding tot nogal formeel aandoende besluitvorming door algemene vergaderingen en tot rechtsonzekerheid bij vennootschap en wederpartij. Voorts leidt het tegenstrijdig belang van één bestuurder tot ontneming van een bevoegdheid aan het gehele bestuur en overgang op de raad van commissarissen. Het bestaan van een tegenstrijdig belang bij één bestuurder plaatst de overige bestuurders dus buitenspel. Uit beschermingsoogpunt enigszins merkwaardig is verder dat de statuten een andere regeling kunnen inhouden en de aandeelhouders een andersluidend besluit kunnen nemen, zelfs een besluit waarbij de bestuurder ondanks het tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd blijft. De statutaire regeling kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid evenwel ook aan de bestuurder toekennen. Aldus behoeft de vennootschap niet te worden beschermd tegen beïnvloeding van de oordeelsvorming door een bestuurder indien de vennootschap besluit dat zij deze bescherming niet wenst, ook in het geval dat een minderheidsaandeelhouder daarbij juist veel baat zou – menen te – kunnen hebben.

De Eerste richtlijn noopt niet tot een tegenstrijdig belang regeling die betrekking heeft op vertegenwoordiging, maar brengt wel met zich dat als wordt gekozen voor een vertegenwoordigingsregeling, de voorschriften van die richtlijn een rol gaan spelen. In bijvoorbeeld België en Frankrijk heeft men gekozen voor een besluitvormingregeling (de hoofdregel is dat de betrokken bestuurder geen rol heeft in het besluitvormingsproces) met als sancties onder meer nietigheid dan wel vernietigbaarheid van de rechtshandeling of aansprakelijkheid van de bestuurders. De keuze voor een interne regeling betekent dat derden, die met de interne bevoegdheidsverdeling niets te maken hebben, in veel gevallen worden beschermd.

Voor een overzicht zie E. E. G. Gepken-Jager, *Besluitvorming bij NV en BV*, Kluwer 2000.

De Hoge Raad is zich de spanningen in wet en jurisprudentie ook bewust, zo moge worden geconstateerd op basis van het arrest HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 (Bruil). In het arrest *Bruil* nuanceert de Hoge Raad het begrip tegenstrijdig belang door uit te gaan van een materieel rechtsbegrip: gelet op alle omstandigheden van het geval moet de bestuurder niet in staat worden geacht om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. De Hoge Raad formuleert daarbij de eis dat sprake moet zijn van een in de persoon gelegen althans persoonlijk belang «gelet op daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde omstandigheden» en vult deze aan met de overweging dat het gelet op de gevolgen van een beroep op (in dit geval) artikel 2:256 BW niet aanvaardbaar is dat de nietigheid van een rechtshandeling wordt ingeroepen op grond van een formeel tegenstrijdig belang zonder dat duidelijk is dat de daaraan ten grondslag liggende besluitvorming van de betrokken bestuurder inhoudelijk ondeugdelijk was.

Een tegenstrijdig belang regeling dient eerst en vooral de vennootschap en degenen die betrokken zijn bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. Daarbij past dat zo'n regeling ook binnen het vennootschappelijke veld vorm krijgt. De norm is in wezen niet een vertegenwoordigingskwestie, maar, zoals ook uit rechtsoverweging 3.7 van het arrest *Bruil* blijkt, een gedragsnorm die de besluitvorming door de bestuurder raakt. De vertegenwoordigingshandeling volgt (op) die besluitvorming.

Voorgesteld wordt een regeling die er op neerkomt dat de bestuurder met een tegenstrijdig belang niet meewerkt aan de totstandkoming van het besluit van het bestuur. Dit betreft zowel de voorbereiding van, als de uiteindelijke stemming over, een bestuursbesluit. De formulering vult het begrip tegenstrijdig belang in de hierboven beschreven uitleg die de jurisprudentie daaraan heeft gegeven, in: in gevallen waarin de bestuurder een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang heeft, neemt hij niet deel aan de beraadslaging en onthoudt hij zich van stemming. De besluitvorming kan vervolgens binnen de vennootschap op de gebruikelijke wijze worden bereikt. Voor de volledigheid merk ik op dat dit systeem ook aansluit bij paragraaf II.3.3 van de Nederlandse corporate governance code voor beursvennootschappen. Of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft ten opzichte van de vennootschap moet, zoals hiervoor is aangegeven, worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. De enkele omstandigheid dat een bestuurder een eigen belang heeft, behoeft niet te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de vennootschap. Zo leidt de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst met of het bezit van aandelen in de vennootschap niet automatisch tot een tegenstrijdig belang van de bestuurder. Dat laat onverlet dat een eigen belang, bijvoorbeeld door een wijziging van omstandigheden, een tegenstrijdig belang kan worden. Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld. In bijvoorbeeld een overnamesituatie, waarin wordt onderhandeld over de toekomst van de vennootschap en alle daarbij betrokkenen, is alertheid van bestuurders en commissarissen op een mogelijk tegenstrijdig belang gepast, onder meer in het geval een bestuurder een vergoeding in het vooruitzicht is gesteld bij het welslagen van de overname.

Handelt de bestuurder in strijd met het voorgestelde artikellid, dan is sprake van een besluit dat tot stand is gekomen in strijd met de bepalingen die het tot stand komen van een besluit regelen als bedoeld in artikel 2:15 BW; het besluit is daarmee vernietigbaar. Tegen het besluit kan worden opgekomen door een ieder die een redelijk belang heeft bij de nakoming van de bepaling, welk belang bij betwisting ook zal moeten worden gesteld (HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694). Daarbij dient te worden bedacht dat de besluitvormingsregels uitsluitend de interne verhoudingen in de vennootschap raken en derhalve slechts zij wier rechten door de norm worden beschermd zich op de regeling kunnen beroepen. Gelet op de met de regeling beoogde bescherming zal deze vordering toekomen aan bijvoorbeeld de minderheidsaandeelhouder die meent dat de vennootschap door de transactie is geschaad. De vennootschap kan de vernietiging van het besluit laten volgen door een actie tegen de betreffende bestuurder op grond van artikel 2:9 BW jo. 6:162 BW tot vergoeding van de schade die aan de vennootschap is toegebracht door de gewraakte transactie. Daarbij zal de vennootschap – vertegenwoordigd door de bestuurders, waarbij voor het besluit of de vennootschap deze actie instelt, uiteraard weer geldt dat de betrokken bestuurder niet meestemt op grond van het voorgestelde artikellid – aannemelijk moeten maken dat schade is geleden, bijvoorbeeld blijkende uit het gegeven dat de vennootschap c.q. de overige bestuurders de transactie niet, althans niet op dezelfde voorwaarden, was/waren aangegaan indien zij op de hoogte waren geweest van het tegenstrijdig belang. In het andere geval is er immers geen schade die terug te voeren is op de handelwijze van de bestuurder. Met andere woorden; overbrenging van de regeling van het leerstuk van de vertegenwoordiging (en de EU bepalingen terzake) naar de regels rond besluitvorming betekent dat het sanctiestelsel verschuift van nietigheid van de overeenkomst met gevolgen voor bepaalde derden naar intern op te vangen gevolgen, waarbij aannemelijk is dat alleen waar de vennootschap door de uitvoering van het besluit schade heeft geleden, van een actie sprake zal zijn.

Voor dit systeem is vereist dat de vennootschap op de hoogte raakt van het tegenstrijdig belang. In beginsel ligt het op de weg van de betreffende bestuurder om melding te maken van een mogelijk tegenstrijdig belang. Daarnaast brengt de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de bestuurders met zich dat zij alert zijn op eventuele tegenstrijdige belangen, bijvoorbeeld als het gaat om benoeming van de betreffende bestuurder als commissaris of bestuurder van de beoogde contractspartij in concernverhoudingen. Ook de taakverdeling die op grond van de voorgestelde nieuwe redactie van artikel 2:9 kan worden gemaakt, kan meewegen.

Voor grote vennootschappen, waar de informatiepositie van aandeelhouders ten opzichte van het bestuur doorgaans achterblijft, zal ingevolge de al eerder genoemde richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 (PbEG L 224/1 van 16 augustus 2006) in de toelichting op de jaarrekening informatie moeten worden verschaft over bepaalde transacties die door de vennootschap zijn aangegaan met verbonden partijen (vgl. ook paragraaf II.3.4. van de Nederlandse corporate governance code). Voor middelgrote vennootschappen als bedoeld in artikel 2:397 BW gelden krachtens de genoemde richtlijn beperkte verplichtingen, terwijl kleine vennootschappen als bedoeld in artikel 2:396 BW de informatie niet hoeven op te nemen. Het gaat, nog steeds volgens de richtlijn, om transacties met verbonden partijen als bedoeld in de internationale jaarrekeningstandaard IAS 24 («*related parties*»). De standaard bestrijkt onder meer transacties met partijen waarover «controle of overheersende invloed» wordt of kan worden uitgeoefend, die «controle» uitoefenen, of die onder gezamenlijke «controle» staan. Dat kan zijn door de aanwezigheid van een bestuurder of commissaris, maar ook een feite-

lijk beleidsbepaler of familielid bij de andere partij wordt als *related* beschouwd. De op te nemen informatie bestrijkt het vermelden van de transactie, aard van de transactie en het daarmee gemoeide bedrag en alle andere informatie die nodig is om inzicht te verkrijgen in de financiële positie van de vennootschap *indien de transactie van betekenis is* (ook bekend als het materialiteitsvereiste) en niet onder normale marktvoorwaarden is aangegaan. Met deze richtlijn krijgen aandeelhouders de beschikking over relevante informatie.

Rekening is gehouden met de situatie dat een tegenstrijdig belang tot gevolg heeft dat geen bestuursbesluit kan worden genomen. Men denke aan het geval dat een vennootschap slechts één bestuurder heeft die een tegenstrijdig belang heeft, of aan het geval dat er meerdere bestuurders zijn die zich allemaal van de besluitvorming moeten onthouden omdat zij allen een tegenstrijdig belang hebben. In zo'n geval kan het besluit niet door het bestuur worden genomen, omdat een wettelijk bevoegd orgaan ontbreekt. Dat is onwenselijk; de beoogde transactie behoeft voor de vennootschap noch de derde nadelig te zijn. Daarom bepaalt het voorgestelde lid dat in het geval geen besluit kan worden genomen vanwege een tegenstrijdig belang, de bevoegdheid terzake dit besluit toevalt aan de raad van commissarissen. Is er geen raad van commissarissen, dan valt de bevoegdheid toe aan de aandeelhoudersvergadering. In de statuten kan van deze bevoegdheidsverdeling worden afgeweken; de statuten kunnen bepalen dat een bestuurder het besluit mag nemen ondanks zijn tegenstrijdig belang in het geval dat besluitvorming door zowel het bestuur als de raad van commissarissen onmogelijk blijkt. Het is de verantwoordelijkheid van de vennootschap om te bepalen in welke gevallen een dergelijke gang van zaken wenselijk is.

De vernietiging van het besluit heeft voor de rechtshandeling van de vennootschap en de vertegenwoordigingbevoegdheid van het bestuur of de betreffende bestuurder geen gevolgen. Die rechtshandeling blijft dus in stand. Dat roept de vraag op of (ook) de derde die wist of moest weten van de overtreding van de regel van tegenstrijdig belang, moet worden beschermd. Dat de regel betrekking heeft op de interne verhoudingen betekent nog niet dat een derde misbruik mag maken van het niet naleven van dergelijke interne bepalingen. Ook het welbewust profiteren van de wanprestatie van een ander is onrechtmatig. Indien door die onrechtmatige handeling voorts schade is toegebracht aan de vennootschap, dan staat een beroep op artikel 2:162 BW open.

#### *Artikel 129a/239a*

In het voorgestelde lid 1 is bepaald dat binnen één bestuursorgaan een taakverdeling kan worden gemaakt. Zo kunnen een of meer bestuurders zich in het bijzonder bezig houden met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Deze bestuurders worden aangeduid als «uitvoerend bestuurder». Bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen, hebben als hoofdtaak het algemeen besturen. Deze bestuurders worden aangeduid als «niet uitvoerend bestuurder». Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Deze opzet voorkomt dat onbenoemde taken tussen wal en schip kunnen vallen. Een taakverdeling en het vormen van een uitvoerend bestuur laten onverlet dat de verantwoordelijkheid, ook voor de taakuitoefening door uitvoerende bestuurders, blijft berusten bij het bestuur. Men vergelijk Asser/Maeijer 2-III, nr. 347 op p. 457. Overigens kunnen bestuurders – naar Antilliaans en Engels voorbeeld – bij de uitoefening van hun taak worden bijgestaan door andere functionarissen die uitvoerende taken verrichten,

maar die andere functionarissen zijn daarmee nog geen lid van het bestuur.

Voor de term «uitvoerende» bestuurders is gekozen omdat hiermee het beste wordt omschreven wat deze bestuurders vooral doen. Zij zijn belast met specifiek omschreven taken. Voor de aanduiding «niet uitvoerend bestuurder» is gekozen omdat in de consultatie over het voorontwerp door vele respondenten is aangevoerd dat zij menen dat die terminologie beter herkenbaar is dan de aanduiding «algemeen bestuurder». Er is niet gekozen voor de aanduiding «toezichthoudend bestuurder» omdat de taken van de niet uitvoerend bestuurders meer omvatten dan advisering en toezicht houden in de bij ons tot op heden bekende zin. De bestuursleden die belast zijn met algemene bestuurstaken zullen meer dan de commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.

Gelijk aan de regeling voor commissarissen (artikel 2:140/250 BW) en de regeling voor niet uitvoerende bestuurders in een Europese naamloze vennootschap met een monistisch bestuursstelsel (artikel 14 Uitvoeringswet verordening Europese naamloze vennootschap) is bepaald dat de niet uitvoerende bestuurders natuurlijke personen moeten zijn. Rechtspersonen kunnen wel tot uitvoerend bestuurder worden benoemd.

Het voorgestelde lid 1 bevat ter uitwerking van de algemene regel over taakverdeling een opsomming van taken die zijn voorbehouden aan de niet uitvoerende bestuurders. Die taken kunnen niet kunnen worden toegedeeld aan de uitvoerende bestuurders. Zo kunnen de uitvoerende bestuurders niet worden belast met de taak om de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen. Ook kan de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van een niet uitvoerende of uitvoerende bestuurder niet aan een bepaalde bestuurder worden toegedeeld. Het gaat hier om werkzaamheden die in een duaal systeem typisch zijn neergelegd bij de commissarissen en nauw aansluiten bij toezicht en advies, alsmede om taken die gelet op een mogelijk belangenconflict niet uitsluitend mogen worden toegekend aan een of meer uitvoerende bestuurders. Bij de omschrijving is rekening gehouden met de taakomschrijving van de commissarissen, de wordingsgeschiedenis van artikel 2:135 BW en de hierna te bespreken Aanbeveling van de Europese Commissie over niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen van 15 februari 2005. Alle andere bestuurstaken kunnen desgewenst worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders.

Binnen het bestuur kunnen commissies worden gevormd die bepaalde voorbereidende werkzaamheden toebedeeld krijgen. Bekend zijn de remuneratiecommissie, de audit commissie en de benoemingscommissie. Deze commissies worden ook in de Aanbeveling van de Europese Commissie over niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen van 15 februari 2005 (Pb EG L 52 van 25 februari 2005, hierna: de Aanbeveling) genoemd. De Europese Commissie beveelt nadrukkelijk de oprichting van dergelijke commissies aan en bepleit dat zij in meerderheid worden gevuld door bestuurders die geen rechtstreeks belang hebben bij de uitkomst van het bestuursbesluit. Artikel 41 van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 (PbEG L 157 van 9 juni 2006) neemt het hebben van een audit commissie tot uitgangspunt voor «organisaties van openbaar belang», in Nederland nader aangeduid als naamloze vennootschappen, kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen (vgl. Stb. 2008, 323). Het gaat in beide Europese instrumenten om werkzaamheden waar de betrokkenheid van niet-uitvoerende

bestuurders/commissarissen van cruciaal belang wordt geacht. In dat verband merk ik nog op dat de enkele deelname aan een commissie niet tot gevolg heeft dat de desbetreffende bestuurder kwalificeert als een uitvoerend bestuurder.

De Nederlandse Corporate Governance Code bevat in afdeling III.5 bepalingen over de samenstelling van commissies. In sommige landen laat de regelgeving ruimte voor het opnemen van bepaalde deskundigen, niet zijnde bestuurders in de zin van *mutatis mutandis* boek 2 BW, in een commissie. Het toevoegen aan de commissie van deskundigen die geen bestuurder zijn, acht ik niet bezwaarlijk nu een commissie niet zelfstandig kan besluiten en haar werkzaamheden het bestuur niet ontslaan van de verplichting om het aangeboden werk te beoordelen en wel of niet tot het zijne te maken ter vervulling van zijn bestuurstaak.

In een dualistisch stelsel kent elk orgaan een eigen voorzitter, die doorgaans bekend staan als de voorzitter van de raad van bestuur respectievelijk de voorzitter van de raad van commissarissen. In een monistisch systeem is er één orgaan en dus ook één bestuursvoorzitter. Formeel kan ook de bestuurder die de leiding heeft over het uitvoerende bestuur, en in het Anglo-Amerikaanse spraakgebruik wordt aangeduid als *Chief Executive Officer* ofwel CEO, deze positie vervullen. Onder meer door de Tweede Kamer is gevraagd of het de voorkeur verdient wettelijk vast te leggen dat de bestuurder die leiding geeft aan de (commissie van) uitvoerende bestuurders niet tevens de voorzitter van het algemene bestuur kan zijn. Men zie Kamerstukken II, 2005–2006, 29 752, nr. 4. De eerdergenoemde Aanbeveling van de Europese Commissie legt in artikel 3.2 de nadruk op het bereiken van een objectief toezicht. De Aanbeveling noemt een scheiding van de beide functies als mogelijkheid, maar laat toe dat de beide functies wel door één persoon worden vervuld. In dat geval wordt de oplossing gezocht in informatieverschaffing over voorzorgsmaatregelen die moeten voorkomen dat het toezicht niet (langer) objectief is, lees: dat een bestuurder zijn eigen werk moet beoordelen. In het Verenigd Koninkrijk, waar men de meeste ervaring heeft met deze figuur, bepaalt de *Combined Code on corporate governance* dat de *chairman* in beginsel niet tevens de taken van de CEO op zich behoort te nemen. Men vergelijk principe A.2 in de *Combined Code*. Dat sluit ook aan bij de Franse wetwijziging van 2001 waar de figuur van de *président-directeur général* is aangepast. Men zie Art. L 225–51 Code du Commerce en Cozian, Viandier en Deboissy, *Droit des Sociétés*, 14e druk 2001, nr. 625 e.v.. Achtergrond is in beide landen dat het verenigen van beide functies in één persoon het onderscheid vertroebelt tussen het uitvoerende bestuur dat is gericht op het leiden van het bedrijf dat door de rechtspersoon in stand wordt gehouden en het bestuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Korte termijn prestaties kunnen zo de overhand krijgen ten detrimente van lange termijn doelstellingen en rechtspersonenrechtelijke overwegingen. Voor Nederland heeft de commissie corporate governance code in paragraaf III. 8 als uitgangspunt gehanteerd dat de voorzitter van het bestuur van een beursvennootschap niet tevens uitvoerende bestuursstaken heeft of heeft gehad. De algemene maatregel van bestuur van 23 december 2004 (Stb. 2004, 747) bepaalt dat beursvennootschappen dit uitgangspunt moeten naleven of uitleggen waarom zij daarvan afwijken. In het belang van een goed toezicht wordt in het onderhavige wetsvoorstel bepaald dat aan een uitvoerende bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen.

Artikel 25 WOR brengt met zich dat de ondernemingsraad advies kan uitbrengen over wijzigingen van bevoegdheden in de vennootschap, mits deze ook doorwerkt in de onderneming. Dat geldt ook voor een statutenwijziging op grond van lid 1.



Het tweede lid van artikel 2:129a/239a BW ligt in het verlengde van de algemene regeling betreffende tegenstrijdig belang in artikel 2:129/239 BW. Waar uit het eerste lid van artikel 2:129a/239a BW naar voren komt dat bepaalde taken niet aan de uitvoerende bestuurders kunnen worden toegedeeld, volgt uit het tweede lid dat de uitvoerende bestuurders ook niet kunnen deelnemen aan de besluitvorming over de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders alsmede de besluitvorming in het kader van het toezicht op bestuurders. De uitvoerende bestuurders worden in die gevallen geacht een tegenstrijdig belang te hebben.

De wet gaat uit van besluitvorming door het bestuur. Zonder nadere wettelijke regeling kunnen met een bepaalde taak belaste leden van het bestuur niet zelfstandig besluiten nemen die als bestuursbesluiten hebben te gelden. Lid 3 brengt deze mogelijkheid aan door uitdrukkelijk te bepalen dat door het bestuur aan bestuurders bevoegdheden kunnen worden toegekend, die zij alleen of samen kunnen uitoefenen. In dat geval wordt een besluit over bepaalde onderwerpen, dat door een of meer bestuurders is genomen, toegerekend aan het bestuur. De figuur brengt met zich dat hun besluit geldt als een besluit van het bestuur. Met deze uitwerking wordt in een praktische behoefte voorzien. Alle bestuursleden dienen zich te realiseren dat ondanks deze toerekening hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het besluit volledig in stand blijft. Het ligt voor de hand dat zij zich regelmatig op de hoogte stellen van de wijze waarop door bestuurders met deze bevoegdheid wordt omgegaan. Desgewenst kan in de statuten worden bepaald op welke wijze aan de informatiebehoefte van andere bestuurders tegemoet dient te worden gekomen. De vraag van de aansprakelijkheid lost zich op via artikel 2:9 lid 3 BW.

De besluitvorming van dit artikellid moet worden onderscheiden van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zo kan een vennootschap worden gebonden door een vertegenwoordigingshandeling van een bestuurder, ook al was intern niet aan de vereisten van bijvoorbeeld goedkeuring door het bestuur voldaan. Naar Nederlands recht vertegenwoordigen bestuurders de vennootschap. Zij kunnen de vennootschap binden. De bevoegdheid van bestuurders terzake is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Commissarissen vertegenwoordigen de vennootschap in beginsel niet. De eerste EU vennootschapsrichtlijn hanteert als uitgangspunt dat derden mogen vertrouwen op de wettelijke vertegenwoordigingsregeling en van hen niet gevergd kan worden dat zij zich verdiepen in statutaire beperkingen. Op grond van artikel 2:130/240 lid 1 BW zullen naast het bestuur alle bestuurders zelfstandig de vennootschap kunnen binden, ook indien zij niet belast zijn met de dagelijkse leiding. Indien de vennootschap een andere vertegenwoordigingsregeling wenst, kan in de statuten worden opgenomen dat bepaalde bestuurders, of bestuurders aan wie bepaalde taken toevallen, de vennootschap slechts met medewerking van anderen kunnen binden.

### *Artikel 133*

Dit artikel regelt het zogenaamde bindende voordrachtsrecht. Met een bindend voordrachtsrecht, dat kan worden toegekend aan een ieder binnen of buiten de vennootschappelijke organisatie wordt de vrijheid van de algemene vergadering om de bestuurders van haar keuze te benoemen, beknot. Om een zekere keuzevrijheid te behouden, bepaalt de wet sinds 1928 dat bij een bindende voordracht ten minste twee kandidaten moeten worden voorgesteld. Zoals ook uit de consultatie over het voorontwerp van wet tot aanpassing van het recht voor besloten vennootschappen naar voren is gekomen, heeft dat in de praktijk tot varianten geleid waarbij voor twee bestuursbenoemingen twee kandidaten worden

voorgesteld, wier naam één keer bovenaan en één keer onderaan de voordracht prijkt of tot de vermelding van namen van kandidaten die onmiddellijk laten weten een benoeming niet te zullen aanvaarden. Daarmee is het voorschrift tot een formaliteit geworden dat beter kan worden geschraapt; men vergelijk ook aanbeveling 9 van de commissie-Tabaksblat.

Staat op de voordracht één kandidaat, dan wordt deze benoemd tenzij de algemene vergadering zich tegen de benoeming verzet met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen, welke meerderheid ten minste de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt (huidig lid 2). De wettelijke bepaling is een bovengrens. Dat betekent dat het de vennootschap vrij staat om in de statuten minder zware voorschriften op te nemen, bijvoorbeeld omdat de vennootschap rekening wil houden met bepaling IV.1.1 van de Nederlandse corporate governance code, die als eisen aan het aandeelhoudersbesluit tot doorbreking stelt een eenvoudige meerderheid vertegenwoordigende ten hoogste een derde van het kapitaal. Deze «doorbreking» van de voordracht wordt gehandhaafd.

De commissie corporate governance heeft aanbevolen in het artikel op te nemen dat de algemene vergadering aan degene die gerechtigd is de voordracht te doen, een nieuwe voordracht kan vragen en daarbij kandidaten kan aanbevelen. Daarvan zie ik af. Mede gelet op HR 19 maart 1976, NJ 1978, 52 behoort de inperking van de bevoegdheid van de algemene vergadering om het door de vergadering gewenste bestuur te benoemen zo strikt mogelijk te worden uitgelegd. Zo kan benoeming zonder meer geschieden als een voordracht achterwege wordt gelaten of een door de statuten aangegeven termijn voor het doen van de voordracht niet wordt gerespecteerd. Niet voor de hand ligt om dan in de wet dwingend-rechtelijk te bepalen dat bij doorbreking een nieuwe voordracht moet worden afgewacht, mede gelet op de voor doorbreking in de wet opgenomen meerderheidseisen. Zwijgen de statuten, dan mag het voordrachtsrecht als verwerkt worden beschouwd en kan worden teruggevallen op de hoofdregel, waarbij de algemene vergadering vrij is om een kandidaat te benoemen. Ik zie geen aanleiding de rechten van de aandeelhouders op dit punt wettelijk in te perken. Dit alles laat onverlet dat een vennootschap die zulks wenst in de statuten kan doen bepalen dat het voordrachtsrecht herleeft na afwijzing; opstellen en aanpassen van de statuten is aan de aandeelhouders. De statuten kunnen desgewenst eveneens een regeling bevatten voor het opnieuw bijeenroepen van de vergadering indien het quorum niet vertegenwoordigd was. Artikel 2:120 lid 3 jo 2:133 BW staan daaraan niet in de weg. Bij grote vennootschappen is een statutaire regeling overigens niet ongebruikelijk. Men zie P. R. Schut en M. D. P. Anker, statutaire regels bij doorbreking voordrachten wenselijk, in Ondernemingsrecht 2003, nr. 13 op p 470.

Met de voorgestelde regeling in lid 3 wordt voorkomen dat de algemene vergadering die akkoord is met de voorgestelde kandidaat, eerst formeel een stem moet uitbrengen over de wenselijkheid om de voordracht te doorbreken en vervolgens afzonderlijk een benoemingsbesluit moet nemen. Wordt niet doorbroken, dan kan, nu er slechts één kandidaat hoeft te worden genoemd, deze direct als benoemd gelden. Wel is daarbij als voorwaarde gesteld dat de wettelijke en statutaire voorschriften voor die benoeming zijn nageleefd. De voorschriften voor besluitvorming over doorbreking en benoeming kunnen immers verschillen.

Een voorstel tot aanpassing van artikel 2:243 BW (benoeming van een bestuurder van een BV) ontbreekt nu het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten

vennootschappen (Kamerstukken II 2006–2007, 32 058, nr. 1–4) al in een eigen benoemingsregeling voorziet.

#### *Artikel 134/244*

Gebruikelijk is dat benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders is voorbehouden aan de aandeelhouders. In een dualistisch systeem zit er tussen benoeming van bestuurders en commissarissen wel een verschil. Zo plegen de commissarissen bevoegd te zijn tot schorsing van een bestuurder, terwijl niet zonder meer vast staat dat de ene bestuurder de andere kan schorsen op basis van de taakverdeling als bedoeld in artikel 2:9 jo. het voorgestelde 2:129a/239a BW. Aan zo'n schorsing kan juist in een monistisch stelsel met vergaande taakverdeling gekoppeld aan een gezamenlijke verantwoordelijkheid wel behoefte zijn als bij het bestuur het vertrouwen in de betreffende bestuurder ontbreekt. Voorgesteld wordt in artikel 2:134/244 lid 3 BW wettelijk te bepalen dat een bestuurder kan worden geschorst door een besluit van het bestuur, waarbij de kandidaat (uiteraard) niet deelneemt aan de beraadslaging en niet meestemt. Dat de betrokkene aan de besluitvorming niet kan deelnemen, staat in het voorgestelde artikel 2:129/239 lid 6 BW. Gelet op de taken van het bestuur ligt het niet voor de hand daarnaast de mogelijkheid te openen dat een niet uitvoerende bestuurder kan worden geschorst door het bestuur. Dat brengt met zich dat schorsing van dezen op grond van de hoofdregel van artikel 2:134 lid 1 BW is voorbehouden aan degene die bevoegd is tot benoeming. De regels voor benoeming en ontslag kunnen verder aan de statuten van de vennootschap worden overgelaten. Bepalen de statuten niets, dan wordt een uitvoerende bestuurder benoemd en ontslagen door de aandeelhouders. Ook kan toepassing worden gegeven aan de regel dat een derde van de niet-uitvoerende bestuurders door anderen mag worden benoemd.

Artikel 2:134 lid 4 BW bepaalt dat de statuten voorschriften dienen te bevatten omtrent de wijze waarop voorlopig in het bestuur van de vennootschap wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van bestuurders. De vennootschap zal daartoe ofwel een statutaire regeling hebben waaruit blijkt wie tijdelijk met de bestuurstaak is belast, ofwel een regeling waarin een orgaan wordt aangewezen dat daartoe iemand kan aanwijzen. Ingeval van belet of ontstentenis van één of meer bestuurders geldt in beginsel dat de overige bestuurders de taken waarnemen. Het staat de vennootschap echter vrij om ook voor die situatie een statutaire regeling op te nemen die voorziet in tijdelijke vervanging. Naar aanleiding van opmerkingen in de literatuur is in de wetstekst tot uitdrukking gebracht dat de statutaire regeling niet noodzakelijkerwijs betrekking hoeft te hebben op belet of ontstentenis van alle bestuurders. Deze wijziging is voor de besloten vennootschap opgenomen in het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. De ontstentenisregeling kan ook dienst doen indien er slechts één bestuurder is en deze een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie (zie het voorgestelde artikel 2:129 lid 6 BW).

#### *Artikel 140/250*

Lid 1 van artikel 2:140/250 is in overeenstemming gebracht met de keuze gemaakt in het kader van de artikelen 2:9 BW en 2:129a/239a BW. Het artikellid legt vast dat een raad van commissarissen kan worden ingesteld als toezichthouders niet in het bestuur hebben plaatsgenomen op grond van artikel 2:9 jo. 2:129a/239a BW.

Het voorgestelde lid 5 breidt de regeling voor het tegenstrijdig belang uit tot commissarissen. In een vertegenwoordigingsregeling bestond voor

uitbreiding geen noodzaak, maar nu het om besluitvorming gaat, ligt dat anders. Ofschoon besluitvorming door de raad van commissarissen veelal op andere materie ziet en het aangaan van contractuele relaties met derden bij uitstek tot de bestuurstaken behoort, is niet ondenkbaar dat een commissaris wordt beïnvloed door een belang elders. Onderbrenging van de tegenstrijdig belangregeling bij artikel 2:129/239 BW betekent in een monistisch stelsel al dat deze regeling eveneens van toepassing is op de niet uitvoerende bestuurders. Het maken van een onderscheid in de tegenstrijdig belangregeling zou ook gekunsteld aandoen nu de niet uitvoerende bestuurders evenzeer als de uitvoerend bestuurders aan de besluitvorming deelnemen. Het voorgestelde lid 5 breidt toepassing uit tot commissarissen in een dualistisch systeem. Gekozen is voor het identieke begrip tegenstrijdig belang om niet af te wijken van de voorschriften voor bestuurders.

Er kan behoefte bestaan aan een vangnetregeling indien de raad van commissarissen als gevolg van een tegenstrijdig belang geen besluit kan nemen. Kan bij een tegenstrijdig belang van een bestuurder de bevoegdheid tot het nemen van het besluit zonder veel bezwaren overgaan op de raad van commissarissen, het omgekeerde ligt minder voor de hand nu de wet aan commissarissen vaak bevoegdheden toekent die bedoeld zijn om toe te zien op het optreden van het bestuur. Men denke aan de goedkeuring van bestuursbesluiten op grond van artikel 2:164/274 BW. Een statutaire regeling waardoor de bevoegdheid aan het bestuur toevalt is dan minder wenselijk. In dit geval bepaalt de wet daarom dat de bevoegdheid toevalt aan de aandeelhoudersvergadering. De statuten kunnen echter anders bepalen.

#### *Artikel 142*

De aanpassing is het gevolg van het voorstel tot schrapping van de verplichting in artikel 2:133 BW om bij een bindende voordracht ten minste twee kandidaten op de voordracht te plaatsen. Een voorstel tot aanpassing van artikel 2:252 BW (mogelijkheid van een bindende voordracht bij de benoeming van een commissaris van een BV) ontbreekt nu het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen al in een – afwijkende – benoemingsregeling voorziet.

#### *Artikel 164a/274a*

Naar aanleiding van de consultatie over een voorontwerp van het onderhavige wetsvoorstel is door vrijwel alle respondenten aangegeven dat zij het wenselijk achten dat ook structuurvennootschappen kunnen kiezen voor een monistische bestuursstructuur. De artikelen 2:164a/274a BW strekken daartoe.

Het onderhavige voorstel brengt geen verandering in de criteria op grond waarvan wordt beoordeeld of een vennootschap kwalificeert als een structuurvennootschap. De artikelen 2:152–157 en 262–267 BW worden niet geraakt. Er wordt een uitzondering gemaakt op de verplichting om toezicht op het bestuur te organiseren via een raad van commissarissen in het eerste lid van artikel 2:164a/274a BW. In dat eerste lid wordt de mogelijkheid geopend om – bij of krachtens de statuten – over te gaan tot een taakverdeling in de zin van het monistische bestuursstelsel als alternatief voor het (verplicht) instellen van een raad van commissarissen. In dat geval is tevens het tweede lid van artikel 2:129/239a BW van toepassing, hetgeen betekent dat de uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de besluitvorming die betrekking heeft op de bezoldiging van uitvoerende

bestuurders dan wel verband houdt met het toezicht op de taak-uitoefening door bestuurders.

De bepalingen van de structuurregeling die betrekking hebben op de omvang van de raad van commissarissen, de wijze van benoeming van de commissarissen, onverenigbaarheid van functies van commissarissen, de benoemingstermijn van commissarissen, het ontslag van commissarissen en het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen worden van overeenkomstige toepassing verklaard op de niet uitvoerende bestuurders van de vennootschap (lid 1). Zo dienen er tenminste drie niet uitvoerende bestuurders te zijn en geldt het bijzondere voordrachtrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de niet uitvoerende bestuurders. Besluiten van de niet uitvoerende bestuurders worden toegerekend aan het bestuur (vgl. de analoge regeling in artikel 2:129a/239a lid 3 BW).

In een dualistisch bestuursstelsel benoemt de raad van commissarissen de bestuurders van de vennootschap wanneer het volledige structuurregime van toepassing is (artikel 2:162/272 BW). Teneinde zoveel mogelijk aan te sluiten bij deze opzet, is in artikel 2:164a/274a lid 2 BW voor het monistische bestuursstelsel bepaald dat de uitvoerende bestuurders worden benoemd door de niet uitvoerende bestuurders. Uitvoerende bestuurders kunnen door de niet uitvoerende bestuurders worden ontslagen, nadat de algemene vergadering over het voorgenomen ontslag is gehoord.

Artikel 2:164/274 BW houdt een goedkeuringsrecht in van de raad van commissarissen ten aanzien van besluiten van het bestuur. Een dergelijk goedkeuringsrecht, dat uitgaat van een besluit van het ene orgaan dat moet worden voorgelegd aan een ander orgaan, is niet goed denkbaar binnen een monistisch bestuursstelsel. In een monistisch bestuur zijn alle bestuurders – collectief – verantwoordelijk voor de bestuursbesluiten genoemd in artikel 2:164/274 BW. Wel moet rekening worden gehouden met het bepaalde in artikel 2:129a/239a lid 3 BW, dat het mogelijk maakt dat slechts bepaalde bestuurders besluiten nemen, waarvoor het gehele bestuur verantwoordelijkheid draagt. Wanneer die regeling zou worden toegepast bij structuurvennootschappen, zou een te grote afstand kunnen ontstaan tot het regime van artikel 2:164/274 BW. Dat zou het geval kunnen zijn wanneer de uitvoerende bestuurders de desbetreffende besluiten zouden kunnen nemen zonder betrokkenheid van de niet uitvoerende bestuurders. Om die reden is de toepassing van het derde lid van artikel 2:129a/239a BW uitgesloten ten aanzien van de besluiten die op grond van artikel 2:164/274 BW zijn onderworpen aan de goedkeuring van de raad van commissarissen.

## **ARTIKEL II**

In de praktijk is onzekerheid gebleken over de vraag of uit de Verordening nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese coöperatieve vennootschap (ECV) (PbEU L 207 van 18 augustus 2003) kan worden afgeleid dat bij de keuze voor een monistische orgaanstructuur door een ECV met zetel in Nederland evenals bij coöperaties en kapitaalvennootschappen geldt dat de leden van het bestuur die niet uitvoerend bestuurder zijn, natuurlijke personen moeten zijn. Het voorgestelde lid 3 maakt aan die twijfel een einde door de bepalen dat ook bij een ECV de niet-uitvoerende bestuursleden natuurlijke personen moeten zijn.

### **ARTIKEL III**

Onderdeel N houdt rekening met het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen. In artikel 244 van dat wetsvoorstel is voorzien in de mogelijkheid dat de statuten bepalen dat bestuurders worden benoemd door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Het wordt hiermee mogelijk dat aandeelhouders of groepen van aandeelhouders ieder een eigen bestuurder benoemen. Omdat het uitoefenen van invloed op de benoeming van het bestuur moet worden beschouwd als een essentieel recht van aandeelhouders, is in het in dat wetsvoorstel voorgestelde artikel 2:242 BW als ondergrens opgenomen dat iedere aandeelhouder moet kunnen deelnemen aan de besluitvorming inzake de benoeming van ten minste één bestuurder en wordt de unanimiteitsregel in artikel 2:228 lid 4, tweede zin, BW van overeenkomstige toepassing verklaard op het besluit tot statutenwijziging. Kiest de nieuwe besloten vennootschap voor een monistische inrichting – men zie het voorgestelde artikel 2:239a BW – dan worden de niet uitvoerende bestuurders naast de eventueel bij de statuten aangewezen organen bevoegd om uitvoerende bestuurders te schorsen. Deze regeling is het pendant van de in artikel 2:257 BW gehandhaafde bevoegdheid van de raad van commissarissen in een dualistische besloten vennootschap.

### **ARTIKEL IV**

Wanneer het onderhavige wetsvoorstel tot wet wordt verheven, geschiedt de inwerkingtreding bij koninklijk besluit. Hiervoor is gekozen teneinde aan te sluiten bij het uitgangspunt van het kabinet om wetswijzigingen – waar mogelijk – zoveel mogelijk te laten ingaan op zogenoemde vaste verandermomenten. Inwerkingtreding bij koninklijk besluit geeft daartoe de noodzakelijke flexibiliteit.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin