

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. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 17 februari 2009

Graag dank ik de leden van de fracties van het CDA, de PvdA, de VVD en de SP voor hun belangstelling voor het wetsvoorstel. Deze leden hebben nog enkele vragen over de gevolgen en de opzet van het wetsvoorstel, waarop ik hierna graag inga. Met het wetsvoorstel wordt ondermeer een vergroting van de rechtszekerheid beoogd. Zo worden de gevolgen van een taakverdeling door bestuurders voor hun aansprakelijkheid verduidelijkt. Ik acht het daarom van groot belang dat de onderhavige discussie over het wetsvoorstel kan bijdragen aan de duidelijkheid en bruikbaarheid van de voorgestelde rechtsregels.

1. Inleiding

De leden van de PvdA-fractie stellen de vraag of de regering het Nederlandse corporate governance stelsel en in het bijzonder de structuurregeling met een zeker pragmatisme of zelfs onverschilligheid benadert. Ik kan deze leden verzekeren dat van onverschilligheid geen sprake is. Goede corporate governance, dat wil zeggen een goed bestuur van NV's en BV's met als onderdeel daarvan een goed toezicht op de bestuurders die de dagelijkse gang van zaken op zich nemen en een behoorlijke verantwoording van die bestuurders aan de toezichthouders en de aandeelhoudersvergadering (goede checks and balances), is van groot belang. In een NV/BV komen de belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen samen. Het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV hebben op grond van de wet de opdracht om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Zij moeten de hiervoor bedoelde verschillende belangen behoorlijk afwegen bij de vervulling van hun taak. In de regel moeten zij zich richten op de continuïteit van de onderneming voor de langere termijn. Het voortbestaan van ondernemingen is van groot belang voor de werkgelegenheid en het behoud van inkomen van de Nederlandse beroepsbevolking. In meer brede zin is een goed en verantwoord bestuur van ondernemingen ook van groot belang voor het welzijn van burgers en instellingen, bijvoorbeeld omdat zij in ondernemingen beleggen of doordat ondernemingsactiviteiten invloed hebben op het leefmilieu. Het voorgaande geldt voor beursvennootschappen maar

evenzeer voor vennootschappen zonder beursnotering. Het kabinet hecht derhalve grote waarde aan een goede corporate governance bij NV's en BV's.

Tegelijkertijd dwingt het streven naar een goede corporate governance niet tot een bepaald bestuursmodel. In de westerse wereld hebben zowel het monistische bestuursmodel als het dualistische model met een raad van commissarissen vorm gekregen. Niet is aangetoond dat het ene model telkens leidt tot betere resultaten dan het andere model. Naar de overtuiging van het kabinet kan een goede corporate governance worden gerealiseerd binnen de beide genoemde bestuursmodellen; een goed en onafhankelijk toezicht op het bestuur kan in beide varianten vorm krijgen. Ten behoeve van een goede corporate governance wordt in dit wetsvoorstel voorzien in belangrijke waarborgen, zoals het voorschrift dat de voorzitter van een monistisch bestuur een niet uitvoerend bestuurder moet zijn en dat een bestuurder niet deelneemt aan besluitvorming waarbij hij een persoonlijk belang heeft dat tegengesteld is aan het belang van de vennootschap. De wetgever kan niet garanderen dat een bestuurder zijn taak goed vervult, maar dat wel aanmoedigen door regels voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van taakverzuim. Ook die regels maken deel uit van het wetsvoorstel.

De structuurregeling leidt in haar oorspronkelijke vorm telkens tot een dualistisch bestuursmodel. Het hiervoor opgemerkte over goede corporate governance geldt ook voor structuurvennootschappen. Het wetsvoorstel maakt het – op verzoek van zowel werkgevers- als werknemersorganisaties – mogelijk dat ook structuurvennootschappen kiezen voor een monistisch bestuursmodel. Ik meen dat ook in dat geval wordt voorzien in een wettelijk systeem dat een basis geeft voor een goede corporate governance.

Indien met de vraag, of het kabinet in dit verband een pragmatische houding aanneemt c.q. uitgaat van een zeker pragmatisme, wordt bedoeld op de waarde die dit kabinet hecht aan praktische bruikbaarheid, dan beantwoord ik die vraag positief. Met het wetsvoorstel wil ik bijdragen aan het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV. Een en ander vereist dat een bestuursmodel wordt aangeboden waaraan de praktijk behoefte heeft, bijvoorbeeld omdat daarmee tegemoet kan worden gekomen aan de informatiebehoefte van toezichthouders (die in een monistisch bestuursmodel onderdeel zijn van het bestuursorgaan). De behoefte aan de invoering van een monistisch bestuursmodel is bevestigd in de consultatieronde.

2. Monistisch en dualistisch stelsel

De leden van de CDA-fractie vragen of ik bereid ben om de mogelijkheid om het monistische bestuursmodel «krachtens de statuten» in te voeren te schrappen, zodat altijd een statutenwijziging nodig is waarover een aandeelhoudersvergadering – die de op dat moment zittende aandeelhouders vertegenwoordigt – beslist.

Het wetsvoorstel heeft als uitgangspunt dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken kunnen worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Dit betekent dat de keuze voor een monistisch bestuursstelsel altijd een grondslag in de statuten moet hebben. De gedachte achter de woorden «krachtens de statuten» is dat de *uitwerking* van een monistisch bestuursstelsel vorm kan krijgen in een bestuursbesluit of bestuursreglement. De huidige formulering gaat echter verder en heeft tot gevolg dat niet alleen de nadere uitwerking, maar ook de keuze voor het monistisch systeem op zichzelf kan plaatsvinden via een bestuursbesluit of reglement indien de statuten die mogelijkheid inhouden. Een dergelijke verandering van bestuursmodel is echter zodanig ingrijpend – de aandeelhouders zouden in theorie verrast kunnen worden door de invoering van een nieuw bestuursstelsel – dat ik bij

nader inzien de voorkeur geef aan een regeling die inhoudt dat de invoering van een monistisch bestuursstelsel uitsluitend «bij de statuten» plaatsvindt. In de statuten moet dan melding worden gemaakt van het feit dat taken worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Dat betekent voor bestaande vennootschappen dat de statuten moeten worden aangepast aan de beoogde nieuwe situatie. Het wetsvoorstel wordt bij nota van wijziging in deze zin aangepast.

Ook vragen de aan het woord zijnde leden of moet worden nagedacht over een geheel nieuw bestuursmodel, mede gezien de omstandigheid dat het monistische en het dualistische bestuursmodel in de praktijk naar elkaar toegroeien en in een «anderhalf-tier model» de voordelen van beide systemen worden verenigd.

Het naar elkaar toegroeien van het monistische en het dualistische bestuursstelsel komt vooral tot uitdrukking in de omstandigheid dat van commissarissen in een dualistisch stelsel een meer actieve houding wordt verwacht dan in het verleden, terwijl van niet uitvoerende bestuurders in een monistisch bestuursstelsel wordt verwacht dat zij zich voldoende onafhankelijk opstellen ten opzichte van de uitvoerende bestuurders. Samengevat wordt tegenwoordig van de toezichthouders in beide systemen zowel actief optreden als onafhankelijkheid verwacht. Het wetsvoorstel zorgt ervoor dat een ondernemer kan kiezen tussen twee goede bestuursmodellen. Terecht merken de leden van de CDA-fractie op dat het monistische bestuursmodel en het dualistische bestuursmodel in de loop van de tijd zijn geëvolueerd en tot op zekere hoogte naar elkaar zijn toegegroeid. Het onderhavige wetsvoorstel kan van die evolutie profiteren. Dat is bijvoorbeeld zichtbaar waar de regeling verbiedt dat een uitvoerend bestuurder voorzitter wordt van het monistische bestuur en voorts rekening houdt met een eventueel tegenstrijdig belang (en dus onvoldoende onafhankelijkheid) in een monistisch bestuursmodel. Ik zie in de genoemde ontwikkelingen een mogelijkheid om een «modern» monistisch bestuursmodel in de wet te verankeren. Voor de ontwikkeling van een geheel nieuw bestuursmodel zie ik geen aanleiding; bij mijn weten heeft de praktijk daaraan ook geen behoefte.

De leden van de CDA-fractie steunen het streven om Nederland aantrekkelijker te maken voor ondernemingen, maar vragen of het wetsvoorstel daaraan voldoende bijdraagt omdat ondernemingen ook kunnen kiezen voor een buitenlandse rechtsvorm met een monistisch bestuursstelsel. Zij vragen of factoren als fiscaal klimaat en politieke stabiliteit niet zwaarder wegen.

Een goed vestigingsklimaat voor ondernemingen is afhankelijk van verschillende factoren. Veel ondernemingen zullen bij de beoordeling van een vestigingsplaats kijken naar het fiscale klimaat en de politieke stabiliteit, maar ook naar de juridische infrastructuur waaronder de betrouwbaarheid van de rechterlijke macht, de aanwezigheid van geschoolde arbeidskrachten, logistieke faciliteiten enzovoort. Welke factor of welk samenstel van factoren voor een specifieke onderneming de doorslag geeft, kan van geval tot geval verschillen. Een uitspraak in algemene zin is daarover niet goed te doen. Een onderneming die zich in Nederland vestigt, kan – zoals ook de leden van de CDA-fractie opmerken – gebruik maken van een Nederlandse of een buitenlandse rechtsvorm. Nederland kan, mede vanwege de vestigingsvrijheid op grond van het Europese recht, niet verbieden dat voor een buitenlandse rechtsvorm wordt gekozen. Wel kan Nederland proberen rechtsvormen aan te bieden die voor in Nederland gevestigde of te vestigen ondernemers aantrekkelijk zijn, doordat zij voldoende ingericht kunnen worden overeenkomstig de wensen van die ondernemer en zij daarnaast voldoende rechtszekerheid bieden. Wanneer de keuze voor een Nederlandse rechtsvorm wordt gemaakt, is het voordeel daarvan dat gekozen wordt voor een rechtsvorm die voldoet aan door de Nederlandse wetgever bepaalde voorwaarden terzake bijvoorbeeld de inrichting van het toezicht op het bestuur, de

vaststelling van een bezoldigingsbeleid voor bestuurders en de aansprakelijkheid van bestuurders indien sprake is van onbehoorlijk bestuur. Voor een aantrekkelijk vestigingsklimaat moet overigens niet alleen worden gedacht aan de mogelijkheid dat buitenlandse ondernemers zich in Nederland vestigen en daarbij kiezen voor een Nederlandse rechtsvorm. Het gaat ook om Nederlandse ondernemers die in Nederland actief zullen zijn, maar daarbij kunnen kiezen voor hetzij een Nederlandse hetzij een buitenlandse rechtsvorm. Graag bied ik alle ondernemers die in Nederland actief (willen) zijn een bruikbare rechtsvorm naar Nederlands recht, die ook aantrekkelijk is in verhouding tot buitenlandse rechtsvormen. Het onderhavige wetsvoorstel kan daaraan bijdragen.

Deze leden vragen voorts of de kredietcrisis een heroverweging vraagt van de wenselijkheid van de one-tier board.

Zoals ook hiervoor is aangegeven, bieden zowel het monistische als het dualistische bestuursmodel handvatten voor goed bestuur en toezicht. Naar verwachting hebben sommige commissarissen – die thans werkzaam zijn bij vennootschappen met een dualistisch bestuursstelsel – een voorkeur voor een monistische bestuursstructuur. Niet uitvoerende bestuurders van de vennootschap zijn onderdeel van het bestuur en krijgen meer en eerder informatie over voorgenomen bestuursbesluiten. Niet uitvoerende bestuurders kunnen daardoor invloed uitoefenen op hun medebestuurders en actief invulling geven aan hun rol als toezichthouder. Mede in het licht van de kredietcrisis juich ik het toe wanneer commissarissen en niet uitvoerende bestuurders hun toezichthoudende taak serieus nemen en actief optreden. Het wetsvoorstel onderstreept het belang van een goede taakvervulling door bestuurders en toezichthouders. Het geeft geen enkele rechtvaardiging voor een vermindering van toezicht.

In verband met de vraag van de leden van de CDA-fractie of een veranderd takenpakket voor commissarissen leidt tot een verzwaring van hun aansprakelijkheidsrisico, is een nuancering noodzakelijk. Het wetsvoorstel leidt niet tot een verandering van het takenpakket van commissarissen in een dualistisch bestuursmodel. Dientengevolge is er ook geen veranderd aansprakelijkheidsrisico voor commissarissen. Ik veronderstel daarom dat de vraag betrekking heeft op het takenpakket van niet uitvoerende bestuurders in verhouding tot het takenpakket van commissarissen. De taken van de niet uitvoerende bestuurders zijn meeromvattend dan het houden van toezicht en advisering in de tot op heden bekende zin. De niet uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid. Zij zijn meer dan commissarissen actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Voor alle bestuurders en commissarissen geldt dat zij moeten ingrijpen wanneer zij op de hoogte raken van onbehoorlijk bestuur van een bestuurder, maar bestuurders in een monistisch bestuur zijn ook collectief verantwoordelijk voor het bestuursbeleid. In het geval van onbehoorlijk bestuur moet een bestuurder en commissaris zijn best doen om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Doet hij dat niet, dan riskeert hij aansprakelijkheid (artikel 2:9 lid 2 BW jo. artikel 2:149/259 BW). Verondersteld mag worden dat de niet uitvoerende bestuurders vaak eerder en meer informatie over (de consequenties) van het bestuursbeleid ontvangen dan commissarissen. Vanuit de gedachte dat kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen, kan een uitvoerend bestuurder onder omstandigheden inderdaad eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris met een meer beperkte taak in het dualistische bestuursstelsel. Of in een specifiek geval aansprakelijkheid optreedt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Aansprakelijkheid treedt niet op tenzij de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, aldus artikel 2:9 lid 2 BW in navolging van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Deze leden stellen de vraag of ik aanleiding zie de Nederlandse Corporate Governance Code («Code Tabaksblat») aan te passen aan het monistische

bestuursmodel omdat de geldende governance regels uitgaan van een duale bestuursstructuur.

De Nederlandse Corporate Governance Code is een product van zelfregulering. De inhoud van de Code wordt niet bepaald door het kabinet. Wel is het aan het kabinet om te bepalen of de Code wordt aangewezen als Code op basis waarvan in het jaarverslag van beursvennootschappen moet worden aangegeven of toepassing is gegeven aan de Code dan wel uit te leggen waarom daarvan is afgeweken (artikel 2:391 lid 5 BW). In verband met de aanwijzing van de Code voor dit doel geldt een voorhangprocedure (artikel 2:391 lid 6 BW). De Code, die in 2003 tot stand is gekomen onder voorzitterschap van de heer M. Tabaksblat, is inmiddels herzien. De vernieuwde Code is op 10 december 2008 aangeboden aan het kabinet. Het kabinet zal separaat reageren op de vernieuwde Code en de daarbij gevoegde aanbevelingen aan de wetgever. Voor de volledigheid merk ik op dat de Code reeds rekening houdt met de situatie dat een beursvennootschap kiest voor een monistisch bestuursmodel. Ik verwijs in dat verband naar overweging 15 van de preambule en Hoofdstuk III.8 van de Code van 10 december 2008. Voor zover behoefte bestaat aan specifieke bepalingen die rekening houden met een monistisch bestuursmodel, wordt daarin voorzien door de Code.

De leden van de CDA-fractie vragen of voorzien zal worden in overgangsrecht en in het bijzonder of aandacht zal worden besteed aan statuten die overeenkomstig het oude artikel 2:146/256 BW luiden.

Op grond van het huidige recht kan een transactie, die verricht is door een bestuurder met een tegenstrijdig belang, achteraf worden gerepareerd doordat de algemene vergadering de desbetreffende bestuurder alsnog aanwijst als bijzondere vertegenwoordiger van de vennootschap (artikel 2:146/256 BW). In de literatuur is er terecht op gewezen dat met de invoering van een nieuw systeem terzake tegenstrijdig belang behoefte bestaat aan een overgangsregeling die rekening houdt met oude gevallen – transacties die voorafgaand aan de wetwijziging hebben plaatsgevonden – ten aanzien waarvan de algemene vergadering tot reparatie zou willen overgaan. Er is geen reden om de mogelijkheid van reparatie van oude gevallen – overeenkomstig het oude recht – uit te sluiten. Bij nota van wijziging wordt in een dergelijke overgangsregeling voorzien.

Wanneer het wetsvoorstel tot wet wordt verheven (en de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder of commissaris tot gevolg heeft dat een besluit van het bestuur of de raad van commissarissen dienstengevolge vernietigbaar is), dan vervalt artikel 2:146/256 BW. De wet bevat dan niet langer de hoofdregel dat de vennootschap wordt vertegenwoordigd door de commissarissen in alle gevallen waarin een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de NV of BV. In de praktijk zal zich echter de situatie voordoen dat de statuten van NV's en BV's aansluiten bij de oude wettelijke regeling. In de literatuur is opgemerkt dat een louter statutaire toekenning van vertegenwoordigingsbevoegdheid (zonder wettelijke grondslag) door de rechter zal moeten worden uitgelegd als een toekenning van algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van de Eerste EEG-richtlijn. In die visie zou een statutaire regeling als hiervoor bedoeld – ten gevolge van de aanpassing van de wet – een ruimer effect krijgen dan door de desbetreffende vennootschappen zal zijn beoogd. Indien vennootschappen het risico willen vermijden dat een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid voor commissarissen wordt aangenomen, dan zouden zij hun statuten moeten aanpassen. Vanzelfsprekend zijn daaraan kosten verbonden. Teneinde onzekerheid over de rechtsgevolgen van de nieuwe regeling te voorkomen en om te voorkomen dat vennootschappen worden gedwongen om hun statuten aan te passen aan de nieuwe opzet van de regeling betreffend tegenstrijdig belang, wordt in een overgangsregeling bepaald dat een statutaire regeling die uitsluitend voor het geval van een tegenstrijdig belang bepaalt dat

de vennootschap wordt vertegenwoordigd door een ander dan het bestuur of een bestuurder, geen rechtskracht heeft.

De leden van de PvdA-fractie vragen naar de verschillen en overeenkomsten tussen commissarissen en niet uitvoerende bestuurders. In dat verband vragen zij of de beloning van de niet uitvoerende bestuurders hoger zal zijn dan die van commissarissen en of zij vaker variabele beloningselementen zullen bevatten.

Commissarissen hebben tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De commissarissen staan het bestuur met raad ter zijde (artikel 2:140/250 lid 2 BW). Commissarissen hebben derhalve geen bestuurstaak c.q. bestuursverantwoordelijkheid. Niet uitvoerende bestuurders hebben in elk geval de taak om toezicht te houden. In artikel 2:129a/239a lid 1 BW wordt bij nota van wijziging verduidelijkt dat de taak om toezicht te houden niet door een taakverdeling kan worden ontnomen aan de niet uitvoerende bestuurders. Uitvoerende taken, zoals het aansturen van een bepaalde onderneming of het financiële bestuur worden niet opgedragen aan een niet uitvoerende bestuurder. Het bijzondere aan de positie van de niet uitvoerende bestuurder is echter dat hij – in tegenstelling tot een commissaris – wel bestuursverantwoordelijkheid draagt voor alle bestuurshandelingen, waaronder de handelingen van de uitvoerende bestuurders. De verantwoordelijkheden van de niet uitvoerende bestuurders strekken dan ook verder dan die van de commissarissen. Met de bestuursverantwoordelijkheid hangt ook een aansprakelijkheidsrisico samen (artikel 2:9 BW). De bezoldiging van bestuurders van NV's moet vorm krijgen binnen de grenzen van het door de aandeelhoudersvergadering vastgestelde bezoldigingsbeleid (artikel 2:135 BW). In de praktijk wordt het salaris van de individuele bestuurder veelal vastgesteld door de raad van commissarissen indien sprake is van een dualistisch bestuursmodel. Indien wordt gekozen voor een monistisch bestuursmodel, dan kan de taak om de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen niet worden toebedeeld aan een uitvoerend bestuurder (artikel 2:129a/239a lid 1 BW). Bij een monistisch bestuursmodel ligt voor de hand dat de niet uitvoerende bestuurders de taak krijgen om het salaris te bepalen van de uitvoerende bestuurders. Welk salaris in een individueel geval gepast is, kan niet in algemene zin worden bepaald. Dat hangt ook af van de omvang van de vennootschap en de taken van de individuele bestuurder. Gezien de omstandigheid dat een niet uitvoerende bestuurder vaak meeromvattende verantwoordelijkheden heeft dan een commissaris in een dualistisch bestuursmodel, kan ik mij voorstellen dat partijen alsdan op een hoger salaris uitkomen. Of daarmee de totale bezoldiging van het bestuur in een monistisch model hoger komt te liggen dan de totale bezoldiging van de bestuurders en commissarissen in een dualistisch model hangt af van de omstandigheden van het geval. De hoogte van de (totale) bezoldiging blijft in elk geval een keuze van de vennootschap.

Terzake de bezoldiging van commissarissen bepaalt de wet uitsluitend dat deze door de algemene vergadering kan worden toegekend (artikel 2:145/255 BW). De Nederlandse Corporate Governance Code voegt daar voor beursvennootschappen aan toe dat de bezoldiging van commissarissen niet afhankelijk is van de resultaten van de vennootschap (Principe III.7). Best practice bepaling III.7.1. werkt dit nader uit: bij wijze van bezoldiging worden geen aandelen en/of rechten op aandelen toegekend. Indien een beursvennootschap terzake de bezoldiging van commissarissen van deze bepalingen afwijkt, dan dient dat in het jaarverslag te worden toegelicht (Vgl. Stb. 2004, 747). Het is aan de vennootschap om, met inachtneming van de wet en de Code, te beslissen over de vormgeving van de beloning. Dat geldt ook wanneer de beloning van niet uitvoerende bestuurders wordt vastgesteld. Ook ten aanzien van niet uitvoe-

rende bestuurders is van belang dat hun onafhankelijkheid niet in het geding komt doordat zij een beloning ontvangen die afhankelijk is van de resultaten van de vennootschap. In dat licht leid ik uit de Preambule en de Code in onderlinge samenhang af dat een variabele beloningscomponent voor toezichthouders in een monistisch bestuursmodel in algemene zin niet voor de hand ligt.

De leden van de PvdA-fractie vragen of met de one-tier board een stukje Nederlands cultuurhistorisch erfgoed verloren gaat, waarbij zij verwijzen naar column in het Financieele Dagblad van 15 maart 2008 over de VOC. In het Financieele Dagblad van 14 maart 2008 is de column «One-tier ambitie» verschenen. In die column is opgemerkt dat bij de VOC een raad van commissarissen is ingesteld op verzoek van de aandeelhouders. De aandeelhouders waren ontevreden over het bestuur en wensten meer toezicht op het bestuur. De toezichthoudende taak is toegekend aan een raad van commissarissen. Voor een dergelijke dualistische structuur kan ook in de toekomst worden gekozen. Van verlies van erfgoed is dan ook geen sprake. Wel biedt het wetsvoorstel de mogelijkheid aan de aandeelhouders van de vennootschap om desgewenst een monistisch bestuursmodel te verankeren in de statuten; er wordt een alternatief geboden voor het dualistische bestuursmodel. Ook dat leidt naar mijn mening niet tot een verlies. Het gaat om een alternatief waarmee eveneens een goede corporate governance kan worden gerealiseerd. De auteurs van «One-tier ambitie» schrijven hierover: «Verschillen tussen het one- en two-tier model zijn er, maar die zijn niet zo bepalend dat het ene of het andere model superieure governance zou opleveren. Goede governance door grotere betrokkenheid van non-executives/commissarissen (vaker vergaderen, dichter bij beslissingen betrokken zijn, betere informatievoorziening, toegang tot de managers onder de executives, inzicht in de bedrijfscultuur en een voorzitter die waakt over het totale proces van bestuur en toezicht) is in beide modellen te organiseren en slechte governance komt in beide voor.» Naar de mening van de auteurs zullen vooral de toezichthouders die controle en invloed willen hebben warm lopen voor een monistisch bestuursmodel. Zij beschrijven die toezichthouders als personen met passie en betrokkenheid.

Deze leden vragen voorts of het logisch is te kiezen voor een monistisch bestuursmodel, aangezien de afstand tussen bestuurders en commissarissen in dat model zou worden verkleind. Zij vragen hoe de onafhankelijkheid in een monistisch model gewaarborgd kan worden en hoe op andere manieren bevorderd kan worden dat er meer diversiteit komt in de kring van bestuurders en commissarissen.

Goed toezicht krijgt vorm wanneer een toezichthouder zich onafhankelijk opstelt ten opzichte van degene waarop hij toezicht houdt. Een toezichthouder moet zelfstandig beoordelen of (uitvoerende) bestuurders een goed beleid uitzetten en de vennootschap goed besturen. Het gaat bij onafhankelijkheid derhalve primair om onafhankelijkheid van geest. In dat opzicht is er geen wezenlijk verschil tussen de toezichthouder die is aangesteld als commissaris en de toezichthouder die is aangesteld als niet uitvoerende bestuurder. Omdat sprake is van een opdracht die sterk persoonsgebonden is, moet de commissaris en de niet uitvoerende bestuurder een natuurlijke persoon zijn (artikel 2:140/250 lid 1 en 129a/239a lid 1 BW). Ten behoeve van zijn toezichthoudende rol dient de toezichthouder in elk geval over voldoende informatie te beschikken om de (uitvoerende) bestuurder goed te controleren. Veelal wordt aangenomen dat de informatiepositie van een niet uitvoerende bestuurder sterker is dan die van een commissaris, omdat de eerste vanwege zijn rol als bestuurder van de vennootschap eerder en wellicht ook over meer informatie beschikt.

Artikel 2:129a/239a lid 1 BW bepaalt dat de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van bestuurders niet door een taakverdeling kan worden ontnomen aan de niet uitvoerende bestuurders. Ook is bepaald

dat het voorzitterschap van het bestuur niet kan worden opgedragen aan een uitvoerende bestuurder. Beide voorschriften zijn van belang voor het toezicht op en het behouden van voldoende afstand (onafhankelijkheid) van de niet uitvoerende bestuurders ten opzichte van de uitvoerende bestuurders. De voorzitter (niet uitvoerende bestuurder) van de vennootschap is namens het bestuur het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten. Ten behoeve van de diversiteit in de raad van commissarissen van beursvennootschappen schrijft de Nederlandse Corporate Governance Code van december 2008 voor dat naar een gemengde samenstelling, onder meer met betrekking tot geslacht en leeftijd, moet worden gestreefd (principe III.3). Hetzelfde geldt op grond van de Preambule en de Code in onderlinge samenhang beschouwd voor de niet uitvoerende bestuurders in een monistisch bestuursstelsel. Hierover dienen de beursvennootschappen verantwoording af te leggen in het jaarverslag. Een en ander laat onverlet dat elke commissaris geschikt moet zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Hij moet beschikken over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad (principe III.3).

De leden van de PvdA-fractie vragen of met het monistische bestuursmodel wordt getracht de informatieachterstand van de raad van commissarissen ten opzichte van het bestuur te adresseren alsmede of er een andere manier is om die informatieachterstand op te lossen. Zij vragen of denkbaar is dat in de wet wordt vastgelegd dat de raad van commissarissen recht heeft op alle relevante informatie. Ook vragen zij of denkbaar is dat er een verzwaarde aansprakelijkheid geldt indien bestuursleden niet alle relevante informatie hebben verstrekt danwel commissarissen niet kunnen aantonen dat zij zich tot het uiterste hebben ingespannen om alle relevante informatie boven tafel te krijgen.

Het wetsvoorstel heeft niet tot doel om een informatieachterstand bij de raad van commissarissen te redresseren. Anders gezegd, het wetsvoorstel is niet opgesteld omdat een gebrek in het dualistische bestuursstelsel zou zijn vastgesteld. Het bestuur van een NV of BV met een dualistisch bestuursstelsel heeft reeds de plicht om de raad van commissarissen tijdig alle gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de taak van de raad van commissarissen (artikel 2:141/251 BW). Die taak bestaat onder meer uit het houden van toezicht op het bestuur. Bestuurders die relevante informatie achterhouden, riskeren aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW). Voor een verzwaarde aansprakelijkheid zie ik geen aanleiding. Er is geen reden om onderscheid te maken tussen onbehoorlijk bestuur omdat informatie niet is verschaft en andere fouten in de uitoefening van de bestuurstaak. Ook commissarissen moeten zich voldoende inspannen om hun taak naar behoren te vervullen. Doen zij dat niet, dan kunnen zij daarvoor aansprakelijk worden gesteld (artikel 2:149/259 jo. 9 BW). Van commissarissen mag worden verwacht dat zij vragen naar de voor hen relevante informatie en – indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven – daarover ook nadere vragen stellen. Of een commissaris zich in een concreet geval voldoende heeft ingespannen om relevante informatie boven tafel te krijgen, kan slechts door de rechter worden beoordeeld. Ik zie, overeenkomstig mijn opmerkingen over de aansprakelijkheid van bestuurders, geen aanleiding voor een bijzondere aansprakelijkheid in dit verband. De aansprakelijkheidsregels moeten toepasbaar zijn op elke variant onbehoorlijke taakvervulling door een commissaris.

De leden van de PvdA-fractie vragen of het kabinet de opvatting van de heer Kalff deelt dat de commissarissen «hebben gefaald en hebben zitten pitten» in verband met de huidige kredietcrisis.

Ik begrijp dat de heer Kalff zijn standpunt heeft geformuleerd ten aanzien van een specifieke groep commissarissen, te weten de commissarissen van banken. Het gaat naar mijn mening te ver om daarbij alle commissarissen

rissen van alle banken over één kam te scheren. Het is aan de rechter om te beoordelen of een individuele commissaris zijn taak onvoldoende heeft vervuld.

Voorts vragen deze leden om in te gaan op de bevindingen van de heer Kalff en zijn boek «Onafhankelijkheid van Europa». In het bijzonder wordt gevraagd of zijn mening wordt gedeeld over de afschaffing van variabele beloning, of de Internationale Financial Reporting Standards de deur hebben opengezet voor meer manipulatie en welk effect de one-tier board kan hebben op de hoogte en samenstelling van de beloning.

De heer Kalff pleit voor het Rijnlandse model in tegenstelling tot het Angelsaksische model. Hij meent dat het aandeelhoudersbelang niet voor alles mag gaan. Dit uitgangspunt sluit aan bij het Nederlandse wettelijke systeem. De bestuurders en commissarissen van Nederlandse NV's en BV's hebben de uitdrukkelijke taak om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dat betekent dat de bestuurders en commissarissen onder meer de belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen moeten afwegen. Het belang van de aandeelhouders mag derhalve niet automatisch voorop worden gesteld.

De heer Kalff meent dat bestuurders niet met aandelen moeten worden beloond; hij is een tegenstander van variabele beloning. De wijze waarop bestuurders worden beloond verschilt in de praktijk per vennootschap, mede afhankelijk van de grootte van de vennootschap en de vraag of sprake is van een beursnotering. Welke vorm van beloning gepast is, kan het beste door de vennootschap worden bepaald, ondermeer omdat zij deze bekostigt. Gepast is een beloning die aansluit bij Principe II.2 van de Nederlandse Corporate Governance Code van 10 december 2008: «De bezoldigingsstructuur, met inbegrip van ontslagvergoeding, is eenvoudig en inzichtelijk. Zij bevordert de belangen van de vennootschap op middellange en lange termijn, zet niet aan tot gedrag van bestuurders in hun eigen belang noch tot het nemen van risico's die niet passen binnen de vastgestelde strategie en beloont falende bestuurders niet bij ontslag. De raad van commissarissen is hiervoor verantwoordelijk. Bij de vaststelling van de hoogte en de structuur van de bezoldiging worden onder meer in overweging genomen de resultatenontwikkeling, de ontwikkeling van de beurskoers van de aandelen en niet-financiële indicatoren die relevant zijn voor de lange termijn waardecreatie van de vennootschap. Het aandelenbezit van een bestuurder in de vennootschap waarvan hij bestuurder is, is ter belegging op de lange termijn.» Ook bepaalt het principe dat het variabele deel van de bezoldiging passend moet zijn ten opzichte van het vaste deel van de bezoldiging. De Code laat afwijkingen toe, waardoor vennootschappen kunnen inspelen op de omstandigheden van het geval. Ik zie geen aanleiding om die flexibiliteit weg te nemen met een wettelijke regeling.

Het belang van financiële verslaggeving is in de loop van de tijd sterk toegenomen. Dat is ondermeer het gevolg van het toegenomen belang van aandelen- en andere financiële markten. Omdat deze markten internationaal en complex van karakter zijn, zijn internationale jaarrekeningstandaarden (International Financial Reporting Standards, IFRS) ontwikkeld door gespecialiseerde en onafhankelijke regelgevers (FASB en IASB). Voor de Europese Unie geldt dat nieuwe regels van de IASB rechtstreeks van kracht zijn voor de geconsolideerde jaarrekening van beursvennootschappen, zodra de Europese Commissie en de lidstaten die regels – na raadpleging van het Europese Parlement – onderschrijven. De IFRS hebben als uitgangspunt dat de prestaties van de onderneming worden gebaseerd op de toename van het eigen vermogen over een bepaalde periode (jaar, kwartaal) als gevolg van de activiteiten van de onderneming. Het gevolg hiervan is dat de hoogte van de waardering van de activa en passiva in beginsel onmiddellijk invloed heeft op de hoogte van de winsten en verliezen. Activa worden binnen de IFRS gedefinieerd

als hulpbronnen voor de toekomstige inkomensvorming en passiva worden gedefinieerd als verplichtingen. De activa en passiva moeten in beginsel zijn gewaardeerd op hun economische waarde, tenzij deze economische waarde niet voldoende nauwkeurig te berekenen is. Indien er geen betrouwbare actuele marktwaarderingen voorhanden zijn, wordt de waarde gebaseerd op waarde- en opbrengst schattingen. Voorbeelden van activa en passiva die gewaardeerd worden tegen actuele economische waarde (fair value) zijn beleggingen in vastgoed, aandelen en ter beurze genoteerde obligaties, pensioenverplichtingen en goodwill betaald bij de overname van een deelneming. De IFRS laten niet toe dat winsten of verliezen in de tijd worden gespreid, bijvoorbeeld doordat voorzieningen worden getroffen. Waardering tegen de actuele economische waarde leidt in het algemeen echter tot meer transparantie. Indien de waarde van de activa daalt, vertaalt zich dat in de winsten en verliezen van ondernemingen. Dat reflecteert echter de economische realiteit. Ik kan niet bevestigen dat het internationaal breed geaccepteerde stelsel van IFRS de deur open zou zetten voor meer manipulatie. De IFRS-jaarrekening van middelgrote, grote en beursvennootschappen wordt ook gecontroleerd door de accountant. Daarenboven houdt de AFM toezicht op de accountants en op de financiële verslaggeving van beursvennootschappen, die in alle EU-lidstaten hun geconsolideerde jaarrekening op basis van IFRS moeten opstellen.

Op het effect van de one-tier board op de hoogte en samenstelling van de beloning ben ik hiervoor al ingegaan naar aanleiding van een eerdere vraag van deze leden. Graag verwijs ik naar het desbetreffende antwoord. De leden van de PvdA-fractie vragen voorts in te gaan op het voorstel van Eumedion bij brief van 4 december 2008 te bepalen dat de invoering van de one-tier board uitsluitend «bij de statuten» (en niet ook «krachtens de statuten») moet kunnen plaatsvinden zodat de invoering altijd wordt voorgesteld aan een geactualiseerde aandeelhoudersvergadering.

Ik verwijs naar het antwoord op een gelijke vraag van de leden van de CDA-fractie. Bij nota van wijziging worden de woorden «of krachtens» geschrapt.

Deze leden vragen ook waarom de oorspronkelijke aanbeveling van de Commissie Tabaksblat om de arbeidsbetrekking van bestuurders te verbieden, niet is opgenomen in het wetsvoorstel. Ook vragen zij waarom de aanbeveling om bestuurders voor maximaal vier jaar te benoemen, evenmin is opgenomen.

De Commissie Tabaksblat heeft in 2003 geadviseerd om het arbeidsrecht aan te passen teneinde te bewerkstelligen dat de arbeidsrechtelijke ontslagbescherming niet van toepassing is op bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen. In het voorontwerp dat ter consultatie openbaar is gemaakt (maart 2008) was opgenomen dat de relatie van de statutaire bestuurder met de NV (al dan niet beursgenoteerd) en BV niet wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. In de consultatieronde hebben echter vrijwel alle respondenten aangevoerd dat zij wel behoefte hebben aan de uitwerking van het monistische bestuursstelsel, maar dat er geen noodzaak is voor de uitsluiting van een arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en haar bestuurders. Velen voerden aan dat aan het voorstel negatieve gevolgen zouden zijn verbonden voor de bestuurders, zoals het vervallen van de ontslagbescherming bij ziekte of zwangerschap. De wet staat er overigens niet aan in de weg dat de vennootschap haar relatie met de bestuurder anders vorm geeft dan in een arbeidsovereenkomst. Het voorstel van de Commissie Tabaksblat uit 2003 had tevens tot doel te bewerkstelligen dat bestuurders van beursvennootschappen voor bepaalde tijd kunnen worden benoemd c.q. herbenoemd. In het consultatiedocument is daarom opgenomen dat bestuurders worden benoemd voor een periode van ten hoogste vier jaren met de mogelijkheid om in de statuten een langere termijn te bepalen. De reacties op dit voorstel waren verdeeld. Daarbij moet worden bedacht dat bestuurders

ook op grond van het huidige recht benoemd kunnen worden voor een bepaalde termijn, bijvoorbeeld vier jaren; de wet staat daaraan niet in de weg. Voor beursvennootschappen geldt voorts de Nederlandse Corporate Governance Code die in paragraaf II.1.1 voorschrijft dat benoeming (en herbenoeming) telkens voor maximaal vier jaar plaatsvindt. Met die Codebepaling kan worden volstaan. Voor niet beursvennootschappen zou een wettelijke regeling die periodiek dwingt tot (her)benoemingsbesluiten ook onnodig belastend kunnen zijn. Zo'n regeling zou bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat ook de 100% aandeelhouder van een pensioen-BV die tevens bestuurder wil zijn, zichzelf periodiek moet herbenoemen. Op grond van het voorgaande is het wetsvoorstel toegespitst op de uitwerking van het monistische bestuursmodel en de daarmee direct verband houdende vraagstukken zoals de regeling van tegenstrijdig belang bij bestuurders. De leden van de PvdA-fractie vragen in te gaan op het artikel van Bartjens in het Financieel Dagblad van 14 november 2007, waarin is gesteld dat de 21 AEX-bedrijven met een duale bestuursstructuur aanmerkelijk beter presteren dan de 4 one-tier bedrijven. Voorts vragen deze leden of het juist is dat de one-tier «commissarissen» het tienvoudige kosten van de commissarissen in een duaal stelsel.

In het artikel «One tier, two tears» (Financieel Dagblad van 14 november 2007) van Bartjens is opgemerkt dat een vergelijking van de koersbeweging van vier ondernemingen met een monistische bestuursstructuur met de andere ondernemingen in de Amsterdamse hoofdindex niet leidt tot het bewijs dat de one-tierstructuur superieur zou zijn. Hij stelt dat de resultaten van de vier bedrijven achterblijven over een periode van twee respectievelijk een jaar. Hij concludeert dat de bestuursstructuur niets zegt over het te verwachten aandelenrendement. Daarvoor acht hij het zorgvuldig uitvoeren van een adequate strategie van meer belang. Het wetsvoorstel heeft uitsluitend tot gevolg dat NV's en BV's kunnen kiezen voor verschillende bestuursmodellen waarmee een goede corporate governance kan worden gerealiseerd. Het ene model is daarbij inderdaad niet per definitie superieur aan het andere. Er is echter ook geen reden om een monistisch bestuursmodel aan de vennootschappen te onthouden, terwijl daarmee de basis voor een goede corporate governance kan worden gelegd en de herkenbaarheid van het bestuursmodel voor beleggers kan worden vergroot. Een goede corporate governance garandeert echter geen winstgevendheid of rendement. Voor dat laatste zijn ook vele andere factoren van belang, waaronder de marges die in de verschillende bedrijfstakken kunnen worden behaald, de aanwezigheid van grote concurrenten, de al dan niet stijgende vraag naar bepaalde producten, loonkosten etc. De recente berichten over tegenvallende resultaten van vele Nederlandse (en overigens ook buitenlandse) bedrijven betreffen ook zowel vennootschappen met een dualistische als een monistische bestuursstructuur.

Bartjens refereert in zijn artikel aan het toenmalige salaris van de president-commissaris van ABN AMRO en stelt dat deze als «chairman» na de fusie met Barclays veel meer zou zijn gaan verdienen. In dat verband merk ik allereerst op dat de aandeelhouders – via het bezoldigingsbeleid – bepalen binnen welke grenzen bestuurders worden vergoed voor hun werkzaamheden (artikel 2:135 BW). De beloning kan dan ook per vennootschap en desgewenst per bestuurder verschillen. In algemene termen kan geen uitspraak worden gedaan over de gepastheid van een eventuele specifieke verhoging in een concreet geval. De beoordeling daarvan moet worden overgelaten aan de aandeelhouders, die overigens ook beslissen over het al dan niet aanvaarden van een monistisch bestuursstelsel.

De leden van de PvdA-fractie vragen hoe het one-tier model uiteindelijk bij Fortis heeft uitgepakt en of de ontwikkelingen bij Fortis wellicht anders zouden hebben gelopen met een meer kritische blik van een onafhankelijke raad van commissarissen. Zij vragen voorts of het in tijden van

kredietcrisis en recessie, met een oorsprong in het nemen van onverantwoorde risico's en onvoldoende toezicht, voor de hand ligt om het Angelsaksische concept van de one-tier board te omarmen. Daarnaast wordt gevraagd wat de wetenschappelijke literatuur zegt over de prestaties van one-tier boards en two-tier boards in vergelijking tot elkaar en daarbij het commentaar van Eumedion van 4 december te betrekken. Voor de corporate governance van elke NV en BV is goed toezicht op het bestuur van groot belang. Indien het aandelenbezit sterk gespreid is, ligt voor de hand dat het toezicht op het bestuur wordt geprofessionaliseerd en opgedragen aan een raad van commissarissen dan wel toezichthoudende bestuurders. Zoals ik ook hiervoor naar aanleiding van andere vragen van deze leden heb opgemerkt, is van belang dat de desbetreffende toezichthouders zich onafhankelijk opstellen ten opzichte van de personen die met het dagelijkse bestuur zijn belast. In zoverre zie ik geen verschil tussen een persoon die is aangesteld als commissaris of als niet uitvoerend bestuurder. In beide systemen vervult de commissaris respectievelijk niet uitvoerend bestuurder zijn taak niet goed wanneer hij onvoldoende onafhankelijk optreedt. Het is aan de rechter om te beoordelen of de toezichthouders bij Fortis hun taak naar behoren hebben vervuld. Omdat de top van het Fortis concern een vennootschap naar Belgisch recht is, is op die vraag overigens Belgisch recht van toepassing. Gelijk de brief van Eumedion, is mij geen wetenschappelijke literatuur bekend waarmee het bewijs wordt geleverd dat vennootschappen met een dualistisch bestuursmodel beter worden bestuurd dan vennootschappen met een monistisch bestuursmodel of omgekeerd. Ik zie in die uitkomst dan ook geen belemmering voor het wetsvoorstel. Naar mijn mening bieden beide systemen een structuur voor goed bestuur en toezicht. Met het oog daarop stelt het wetsvoorstel ook zekere grenzen aan de mogelijkheid van een taakverdeling binnen een monistisch bestuursmodel en schrijft het voor dat de voorzitter van het bestuur moet kwalificeren als een niet uitvoerende bestuurder.

De leden van de PvdA-fractie vragen naar de effecten van het wetsvoorstel in verband met het vestigingsklimaat c.q. de concurrentie omdat buitenlandse rechtsvormen mogen worden «meegenomen» naar Nederland. Zij vragen of het vennootschapsrecht kan voorkomen dat buitenlandse rechtsvormen zich in Nederland kunnen vestigen, of het wetsvoorstel tot gevolg zal hebben dat vaker voor een NV of BV zal worden gekozen en welke voordelen daaraan zijn verbonden voor Nederland. Ook vragen zij of er andere redenen zijn om het Nederlandse corporate governance systeem te behouden dan wetshistorische tradities. Zoals ook hiervoor is opgemerkt naar aanleiding van vergelijkbare vragen van de leden van de CDA-fractie, heeft de vestigingsvrijheid op grond van het Europese recht tot gevolg dat vennootschappen die in andere Europese lidstaten zijn opgericht niet de toegang tot Nederland kunnen worden geweigerd. Ondernemers kunnen kiezen uit de rechtsvormen die in de verschillende lidstaten worden aangeboden. De lidstaten trachten daarom een aantrekkelijk vestigingsklimaat te bieden, waaronder aantrekkelijke rechtsvormen. Wanneer de keuze voor een Nederlandse rechtsvorm wordt gemaakt, is het voordeel daarvan dat gekozen wordt voor een rechtsvorm die voldoet aan door de Nederlandse wetgever bepaalde voorwaarden terzake bijvoorbeeld de inrichting van het toezicht op het bestuur. Het belang dat ik hecht aan een modern vennootschapsrecht met aantrekkelijke rechtsvormen gaat dan ook veel verder dan wetshistorische traditie. Indien de ondernemer kiest voor een buitenlandse rechtsvorm, dan ontbeert Nederland invloed op de interne verhoudingen binnen de vennootschap. Het is daarom ook van belang dat het Nederlandse vennootschapsrecht de concurrentie met het buitenland aangaat. Of daardoor meer van de Nederlandse NV of BV gebruik zal worden gemaakt is moeilijk te zeggen, omdat ook andere factoren van belang zijn voor de keuze van een bepaalde rechtsvorm.

De leden van de SP-fractie gaan in op de mogelijkheid dat er een zodanige taakverdeling plaatsvindt, dat een bestuurder rechtsgeldig besluiten kan nemen op zijn desbetreffende taakgebied. Zij informeren of het wenselijk is dat deze taakverdeling gepubliceerd wordt ten behoeve van de rechtszekerheid.

De desbetreffende regeling is opgenomen in artikel 2:129a/239a lid 3 BW en houdt in dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders kunnen besluiten omtrent zaken die tot hun taak behoren. De taakverdeling wordt opgenomen in de statuten danwel in een ander geschrift (vgl. de laatste zin van lid 3). Indien een desbetreffend besluit wordt genomen, wordt dit toegerekend aan het bestuur. De bestuurders blijven – zoals dat geldt voor elk bestuursbesluit – collectief verantwoordelijk voor de besluiten die door een of meer bestuurders zijn genomen. Vanwege de collectieve verantwoordelijkheid hebben alle bestuurders er belang bij dat zij vernemen of een besluit op de voet van artikel 2:129a/239a lid 3 BW is genomen. Ik meen dat de bestuurder die een dergelijke bevoegdheid heeft gekregen, zijn medebestuurders binnen een redelijke termijn moet informeren over aldus genomen besluiten (vgl. artikel 2:8 BW). Een wettelijk te bepalen informatieplicht is naar mijn mening niet noodzakelijk. Overigens ligt het ook op de weg van de medebestuurders dat zij periodiek informeren of besluiten zijn genomen op grond van artikel 2:129a/239a lid 3 BW. Een verplichte publicatie c.q. openbaarmaking van de taakverdeling acht ik evenmin nodig; de taakverdeling is primair van belang voor de bestuurders (die voor de eventuele besluiten verantwoordelijk zijn). Zij zijn van het bestaan van de taakverdeling voldoende op de hoogte. Uiteraard staat er niets aan in de weg om de taakverdeling desgewenst, bijvoorbeeld via de website van de vennootschap, openbaar te maken.

De leden van de SP-fractie vragen of het kabinet bekend is met ondernemingen die vanwege Nederlandse rechtsvormen hebben besloten zich niet in Nederland te vestigen, danwel besloten hebben de onderneming te verplaatsen naar het buitenland. Ook vragen zij of kan worden aangegeven welk deel van de vennootschappen die overwegend in Nederland actief zijn, gebruik maakt van een monistische bestuursstructuur.

Mij zijn geen namen bekend van ondernemingen die uitsluitend vanwege de inrichting van Nederlandse rechtsvormen hebben afgezien van vestiging in Nederland of tot vertrek uit Nederland zijn overgegaan. Een bestuursstructuur, met een zodanige verdeling van werkzaamheden tussen bestuursleden dat een monistisch bestuursstelsel wordt benaderd, wordt thans slechts bij een minderheid van de Nederlandse vennootschappen aangetroffen. Het gaat dan bijvoorbeeld om enkele Nederlandse vennootschappen die aan het hoofd staan van een internationaal concern. In de literatuur en de praktijk bestaat op basis van het bestaande recht echter nog teveel onzekerheid over de inrichting van het monistische stelsel en de verenigbaarheid van een vergaande taakverdeling met de wet, om tot een veelvuldig gebruik aanleiding te geven. Daar kan het wetsvoorstel verandering in brengen.

Deze leden vragen voorts naar de toegevoegde waarde van de invoering van het monistische bestuursmodel naar Nederlands recht, omdat ondernemingen ook kunnen kiezen voor een Engelse rechtsvorm met een monistisch bestuursmodel. Zij vragen of het origineel dan aantrekkelijker is voor Nederlandse ondernemingen die overwegen een monistisch model in te voeren.

De leden van de CDA-fractie en de PvdA-fractie hebben vergelijkbare vragen gesteld. Naar de desbetreffende antwoorden wordt verwezen. Ingeval ondernemers een Engelse rechtspersoon met een monistisch bestuursmodel veel aantrekkelijker zouden vinden dan een Nederlandse en derhalve kiezen voor een Engelse rechtsvorm, is de consequentie daarvan dat de Nederlandse wetgever geen invloed heeft op de verhouding tussen bestuurders en toezichthouders in die rechtsvorm. Ik vind het

dan ook van groot belang om aantrekkelijke Nederlandse rechtspersonen aan te bieden. Dit wetsvoorstel kan daaraan bijdragen. De leden van de SP-fractie vragen of het een idee is om uit te gaan van de werkelijke zetelleer in plaats van de incorporatieleer indien concurrentie op rechtsvormen tot gevolg heeft dat Nederlandse rechtsvormen worden weggedrukt en Nederland de inrichting van een groot deel van de in Nederland actieve ondernemingen niet meer kan reguleren. De incorporatieleer (leer van de statutaire zetel) houdt in dat het recht van het land van de statutaire zetel van een rechtspersoon bepalend is voor de inrichting van de rechtspersoon. Een rechtspersoon naar Nederlands recht heeft zijn statutaire zetel in Nederland. Wanneer een rechtspersoon zijn statutaire zetel in het Verenigd Koninkrijk heeft, wordt aangenomen dat die rechtspersoon is onderworpen aan Engels recht. Een Engelse rechtspersoon kan in Nederland een bijkantoor of nevenvestiging hebben. Vennootschapsrechtelijk blijft de rechtspersoon dan onderworpen aan Engels recht. Wanneer het desbetreffende bijkantoor of de desbetreffende nevenvestiging valt onder de criteria van de Wet op de ondernemingsraden, is sprake van medezeggenschap op grond van die wet. Dat betekent ondermeer dat wanneer er meer dan 50 werknemers werkzaam zijn, een ondernemingsraad dient te worden ingesteld. De Wet op de ondernemingsraden geldt voor alle vestigingen van ondernemingen in Nederland, ongeacht de rechtsvorm. In een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt, geldt als uitgangspunt dat het recht van het land waar zich de werkelijke zetel bevindt, bepalend is voor het ontstaan, het voortbestaan en het einde van de rechtspersoon. De werkelijke zetel is een feitelijk begrip en heeft daarmee tot gevolg dat het niet altijd eenvoudig is te achterhalen waar de werkelijke zetel zich bevindt. Normaliter wordt daarmee geduid op de plaats van waaruit de vennootschap daadwerkelijk wordt bestuurd. Vindt het bestuur plaats vanuit Spanje, dan zou de rechtspersoon aan Spaans recht onderworpen moeten zijn. Een en ander laat onverlet dat bijkantoren en nevenvestigingen van buitenlandse rechtspersonen zich ook in een land met de werkelijke zetelleer moeten kunnen vestigen. Voor de beantwoording van de vraag van de leden van de SP-fractie is vooral van belang dat een vennootschap niet kan worden gedwongen om zich in Nederland te vestigen. Wanneer wordt getracht ondernemers te overtuigen van de bruikbaarheid van Nederlandse rechtsvormen, dan zullen die rechtsvormen – ook in internationaal perspectief – voldoende aantrekkelijk moeten zijn. Is de aangeboden rechtsvorm dat niet en zou de keuze voor hetzij de leer van de statutaire zetel, hetzij de leer van de werkelijke zetel, tot gevolg hebben dat een ondernemer wordt verplicht om gebruik te maken van een in zijn ogen onaantrekkelijke rechtsvorm, dan bestaat het risico dat wordt uitgeweken naar een ander land. Voor internationaal opererende concerns betekent dat wellicht dat zij hun concernleiding niet langer in Nederland vestigen. De inkomsten die zij genereren voor Nederland verdwijnen dan ook. Voor bedrijven in de grensstreek is het vaak relatief eenvoudig om zich net over de grens te vestigen. Voor bedrijven die zich vooral van het internet bedienen is het evenmin moeilijk om hun werkelijke zetel buiten Nederland te situeren. Een keuze voor de leer van de werkelijke zetel is derhalve geen oplossing voor de concurrentie tussen rechtsvormen (en daarmee de concurrentie tussen landen die rechtsvormen aanbieden).

De leden van de VVD-fractie hebben gevraagd op welke wijze aandeelhouders inspraak hebben of betrokken zijn bij het overgaan naar een monistisch bestuursmodel. Daarbij is de vraag of bestuurders zonder raadpleging van de aandeelhouders van de desbetreffende vennootschap kunnen overgaan tot de invoering van het model.

Graag verwijs ik in dit verband naar het antwoord op een vergelijkbare vraag van de leden van de CDA-fractie en PvdA-fractie alsmede de nota van wijziging waarmee de woorden «of krachtens» worden geschrapt.

De leden van de VVD-fractie vragen aan te geven of en zo ja op welke punten het toezicht van de niet uitvoerende bestuurder verschilt van de toezichttaak van de raad van commissarissen. In dat verband vragen zij ook welke taken kunnen worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurder, welke taken altijd vallen onder de dagelijkse gang van zaken en of in beginsel alle taken gedelegeerd kunnen worden. Ook vragen zij een toelichting op de gevolgen van een taakverdeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders indien de vennootschap niet wordt ingeschreven of geen jaarrekening publiceert en de mogelijkheid van disculpatie voor de niet uitvoerende bestuurders.

Zowel de niet uitvoerende bestuurders als de leden van de raad van commissarissen hebben een toezichthoudende taak (artikel 2:129a/239a lid 1 en 140/250 lid 2 BW). Met het wetsvoorstel wordt niet beoogd om onderscheid te maken tussen het toezicht door niet uitvoerende bestuurders en leden van de raad van commissarissen. Aan de niet uitvoerende bestuurders wordt niet een andere opdracht gegeven. Het toezicht door de één is niet beter dan dat door de ander. Wel kan er een verschil optreden in het tijdstip waarop toezicht wordt gehouden. De niet uitvoerende bestuurder is onderdeel van het bestuur. Hij ontvangt als bestuurder informatie over kwesties waarover het bestuur een besluit moet gaan nemen. De informatie die de niet uitvoerende bestuurder aldus verkrijgt, kan hem in staat stellen om vroegtijdig in het besluitvormingsproces van het bestuur toezicht te houden en invloed uit te oefenen. Aan de raad van commissarissen legt het bestuur veelal pas achteraf verantwoording af.

NV's en BV's hebben een grote vrijheid bij het verdelen van bestuurstaken over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Het wetsvoorstel (in combinatie met de eerdergenoemde nota van wijziging) noodzaakt tot een statutaire bepaling waaruit naar voren komt dat de bestuurstaken worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Tenzij de statuten anders bepalen, worden de taken verdeeld door de bestuurders. Aan de uitvoerende bestuurders worden specifieke uitvoerende taken van het bestuur opgedragen. Dat kan bijvoorbeeld het financiële beheer, de inkoop, verkoop, het aansturen van een bepaald bedrijfsonderdeel of het personeelsbeleid betreffen. In het spraakgebruik wordt vaak aangegeven dat de uitvoerende bestuurder de dagelijkse gang van zaken op zich neemt. Dat is echter geen wettelijke omschrijving. Wat de dagelijkse gang van zaken is, verschilt per vennootschap. In de regel zal worden bedoeld dat de desbetreffende uitvoerende bestuurder de onderneming feitelijk en dagelijks aanstuurt in tegenstelling tot de niet uitvoerende bestuurder die een meer toezichthoudende rol vervult. Taken die niet specifiek aan een bestuurder zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel.

Het wetsvoorstel begrenst de mogelijkheid om taken te verdelen in artikel 2:129a/239a lid 1 BW. Ervan uitgaand dat niet uitvoerende bestuurders in elk geval toezicht dienen te houden op de uitvoerende bestuurders, is expliciet bepaald dat de taak om toezicht te houden niet door een taakverdeling kan worden ontnomen aan de niet uitvoerende bestuurders. Aldus is uitgesloten dat een uitvoerende bestuurder – met uitsluiting van de niet uitvoerende bestuurders – de taak krijgt om toezicht te houden op zichzelf. Voorts is bepaald dat het voorzitterschap van het bestuur niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld. Ook dit bevordert de aanwezigheid van onafhankelijk toezicht op de uitvoerende bestuurders. Daarnaast is bepaald dat de vaststelling van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld, aangezien het risico op belangenverstremgeling te groot is. De taak om de vennootschap in te schrijven bij het handelsregister (artikel 2:69/180 BW) en de taak om de jaarrekening openbaar te maken (artikel 2:394 BW) kan op grond van het voorgaande worden toebedeeld aan een uitvoerende bestuurder. Uiteraard hebben ook de andere uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders er belang bij dat deze taken worden vervuld.

Indien zij niet worden vervuld, zijn de bestuurders daarvoor collectief verantwoordelijk. Indien zij aansprakelijk worden gesteld op de voet van artikel 2:9 BW, moet worden bezien of hun mede gelet op de taakverdeling een ernstig verwijt kan worden gemaakt en of zij nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Zowel de niet uitvoerende bestuurders als de uitvoerende bestuurders die de bedoelde taak niet hebben gekregen kunnen bewijs aanvoeren ten behoeve van hun disculpatie. De rechtsgevolgen van de niet naleving van artikel 2:69/180 BW zijn van andere aard. De bestuurders zijn *naast* de vennootschap aansprakelijkheid voor tijdens hun bestuur verrichte rechtshandelingen waardoor de vennootschap wordt verbonden voordat bijvoorbeeld de inschrijving in het handelsregister heeft plaatsgevonden. Op grond van het voorgaande doen bestuurders er verstandig aan om te controleren of de medebestuurder die de taak toebedeeld heeft gekregen om de vennootschap in te schrijven c.q. de jaarrekening te publiceren, ook overgaat tot uitvoering. Voorts vragen deze leden om een reactie op het voorstel van de Gecombineerde commissie vennootschapsrecht om een overgangsregeling op te nemen. Graag verwijs ik in dit verband naar het antwoord op een gelijke vraag van de leden van de CDA-fractie (paragraaf «Monistisch en dualistisch stelsel») alsmede naar de nota van wijziging.

3. Structuurregeling

De leden van de PvdA-fractie hebben de vraag gesteld waarom het voorontwerp van het wetsvoorstel het monistische bestuursstelsel niet openstelde voor structuurvennootschappen en het wetsvoorstel wel. Ook vragen zij naar het standpunt van de vakbonden in dit verband. Het voorontwerp ging uit van een regeling van het monistische bestuursmodel voor vennootschappen die niet voldoen aan de criteria van de structuurregeling. Het systeem van het voorontwerp had tot gevolg dat een vennootschap zou kunnen kiezen tussen een monistisch en een dualistisch bestuursmodel, totdat de vennootschap zou voldoen aan de criteria van de structuurregeling. Vanaf dat moment zou de vennootschap een dualistische bestuursstructuur met een raad van commissarissen moeten hebben. Van deze opzet werd verondersteld dat hij aansloot bij de wensen in de praktijk. In de consultatieronde is echter door vrijwel alle respondenten expliciet verzocht om openstelling van het monistische bestuursmodel voor structuurvennootschappen. Dit geldt zowel voor respondenten die de ondernemingen, de beleggers als de werknemers vertegenwoordigen. Ook van de zijde van FNV is expliciet aangedrongen op een regeling die de keuze voor een monistisch bestuursmodel mogelijk maakt voor structuurvennootschappen. Deze leden vragen ook of de ondernemingsraad van een structuurvennootschap die kiest voor een monistisch bestuursorgaan een bijzonder aanbevelingsrecht heeft ten aanzien van 1/3 van de niet uitvoerende bestuurders. Zij vragen of hiermee na de figuur van de werknemerscommissaris de figuur van de werknemersbestuurder ontstaat. Inderdaad kan de ondernemingsraad van een structuurvennootschap die kiest voor een monistisch bestuursstelsel zijn «gewone» en bijzondere aanbevelingsrecht uitoefenen ten aanzien van de benoeming van niet uitvoerende bestuurders (vgl. artikel 2:164a/274a lid 1 jo. artikel 2:158/268 lid 5 en lid 6 BW). Een commissaris die op basis van een (versterkt) aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad wordt benoemd door de algemene vergadering van een structuurvennootschap kwalificeert niet als werknemerscommissaris. Elke commissaris dient zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (artikel 2:140/250 lid 2 BW). Een vergelijkbare uitkomst treedt op wanneer een structuur-

vennootschap kiest voor een monistisch bestuursstelsel. Ook de niet uitvoerende bestuurder die benoemd wordt door de aandeelhoudersvergadering, in aansluiting op een aanbeveling van de ondernemingsraad, moet zich bij de vervulling van zijn taak richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (artikel 2:129/239 lid 5 BW).

De leden van de SP-fractie vragen of het handhaven van de mogelijkheid dat een arbeidsrechtelijke relatie bestaat tussen de bestuurder en de vennootschap tot gevolg heeft dat een wetstechnisch probleem ontstaat ten aanzien van de toepassing van artikel 2:160 lid 1 BW op de niet uitvoerende bestuurders van een structuurvennootschap met een monistisch bestuursstelsel.

De relatie tussen de bestuurder en de vennootschap is allereerst gebaseerd op het vennootschapsrecht; de bestuurder is als zodanig benoemd, heeft bepaalde taken en kan als zodanig worden geschorst en ontslagen. Voor het overige kunnen de bestuurder en de vennootschap hun relatie nader invullen, bijvoorbeeld doordat de vennootschap en de bestuurder een arbeidsovereenkomst aangaan of doordat een overeenkomst van opdracht wordt gesloten. Bij de vormgeving van de relatie van commissarissen met een structuurvennootschap (dualistisch bestuursmodel) alsmede de relatie van niet uitvoerende bestuurders met een structuurvennootschap (monistisch bestuursmodel) moet echter een andere overeenkomst dan de arbeidsovereenkomst worden gekozen. Artikel 2:160 lid 1 BW bepaalt immers dat commissarissen niet in dienst mogen zijn van de vennootschap of van een afhankelijke maatschappij. Evenmin mogen commissarissen bestuurder zijn van of in dienst zijn van een werknemersorganisatie die betrokken pleegt te zijn bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van personen die in dienst zijn van de vennootschap of een afhankelijke maatschappij. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op de niet uitvoerende bestuurders van een structuurvennootschap (artikel 2:164a/274a lid 1 BW). Een wetstechnisch probleem, waar de leden van de SP-fractie naar vragen, treedt daarbij niet op.

4. Consultatie over voorontwerp

Het wetsvoorstel voorziet in de regeling van een monistisch bestuursmodel voor de NV en BV. De leden van de CDA-fractie stellen de vraag of er ruimte is om de regeling uit te breiden tot andere rechtsvormen.

Die ruimte is aanwezig. Er is geen reden om een wettelijke uitwerking van het monistische bestuursmodel te onthouden aan andere rechtsvormen indien de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben. Vooralsnog is mij echter niet gebleken dat die behoefte zodanig groot is, dat een regeling in dit wetsvoorstel moet worden opgenomen. Het lijkt ook praktisch om eerst het debat over dit wetsvoorstel af te ronden om vervolgens de daaruit voortkomende regeling desgewenst uit te breiden tot andere rechtsvormen.

De leden van de CDA-fractie vragen ook waarom het wetsvoorstel niet bepaalt dat de relatie van een bestuurder met de vennootschap geen arbeidsovereenkomst kan zijn. Waarom wordt dit onderwerp pas later behandeld? Ook de leden van de PvdA-fractie hebben deze vraag gesteld (vgl. paragraaf «monistisch en dualistisch stelsel»). Naar het antwoord op die vraag wordt verwezen. Het onderhavige wetsvoorstel, dat primair het monistische bestuursmodel regelt, behoeft een dergelijke regeling niet te bevatten.

De leden van de VVD-fractie vragen welke respondenten in de consultatieronde over een voorontwerp van het wetsvoorstel hebben verzocht om regeling van het monistische bestuursstelsel voor andere rechtsvormen

dan de NV en BV. Ook vragen zij welke entiteiten ik, op termijn, geschikt acht voor gebruik van een monistisch bestuursstelsel.

In vier reacties is verzocht om de invoering van het monistisch bestuursstelsel bij andere rechtspersonen dan de NV en BV. Het gaat daarbij om vertegenwoordigers van het notariaat en de advocatuur alsmede om vertegenwoordigers van partijen die regelmatig gebruik maken van de rechtsvorm van de coöperatie respectievelijk de onderlinge waarborgmaatschappij. Wanneer dit wetsvoorstel wordt aanvaard door de Staten-Generaal stel ik mij voor dat op termijn ook wordt voorzien in een nadere uitwerking van het monistische bestuursstelsel voor de overige in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek geregelde rechtspersonen, waaronder de eerdergenoemde coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij. De leden van de VVD-fractie vragen voorts naar de gevolgen van de tegenstrijdig belangregeling voor concernverbanden, joint ventures en familiebedrijven met een directeur-groootaandeelhouder.

In concernverband, bij joint ventures en bij familiebedrijven met een directeur-groootaandeelhouder kan zich eenvoudig de vraag voordoen of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft omdat hij in verschillende hoedanigheden optreedt. Een gebruikelijk voorbeeld is het geval dat een persoon bestuurder is van verschillende concernvennootschappen die met elkaar contracteren. In de literatuur is veel discussie geweest over de vraag of in zo'n geval, vanwege een zogenoemd zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang, toepassing moet worden gegeven aan artikel 2:146/256 BW. Het wetsvoorstel beëindigt die discussie. In aansluiting op de uitspraak van de Hoge Raad inzake Bruil (HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420) volgt uit het wetsvoorstel dat een zuiver kwalitatief belang niet leidt tot de toepassing van de regeling terzake tegenstrijdig belang (artikel 2:129/239 lid 6 BW). De desbetreffende bestuurder mag echter niet een direct of indirect persoonlijk belang hebben bij de besluitvorming (terwijl dat belang tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap). In het laatste geval mag hij niet deelnemen aan de besluitvorming.

Artikelen

Artikel 2:9 BW

De leden van de CDA-fractie stellen de vraag in hoeverre de argumenten voor de wijziging van artikel 2:9 BW ook gelden voor andere rechtspersonen dan NV's en BV's.

Artikel 2:9 BW regelt de bestuurstaak, de bestuurdersverantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon. Het artikel is onderdeel van de algemene bepalingen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het artikel is daarmee – ook op grond van het huidige recht – van toepassing op alle rechtspersonen die door boek 2 worden beheerst, derhalve ook de stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij. Dat verandert niet met het onderhavige wetsvoorstel. Het nieuwe artikel 2:9 lid 1 BW houdt rekening met een taakverdeling tussen bestuurders en sluit met die formulering beter aan bij artikel 2:129a/239a BW dan de huidige verwijzing naar het begrip «werkkring». Het nieuwe lid 2 van artikel 2:9 BW sluit aan op de jurisprudentie van de Hoge Raad over aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onbehoorlijk bestuur.

Ook vragen deze leden of artikel 2:138/248 lid 3 moet worden aangepast aan het nieuwe artikel 2:9 BW, door daarin de woorden «mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken» op te nemen.

Het onderhavige wetsvoorstel wijzigt artikel 2:9 BW. Waar thans nog wordt gerefereerd aan het begrip «werkkring» wordt in het wetsvoorstel uitwerking gegeven aan de gevolgen van een «taakverdeling». Deze wijziging maakt een aanpassing van artikel 2:138/248 lid 3 BW niet noodzakelijk. In die artikelen wordt noch aan een werkkring, noch aan een taak-

verdeling gerefereerd. De aanpassing van artikel 2:9 BW leidt naar mijn mening niet tot een nieuwe rechtsnorm noch tot een andere toepassing van artikel 2:138/248 lid 3 BW.

De leden van de VVD-fractie vragen, zoals eerder de leden van de CDA-fractie, naar het bereik van de regeling in artikel 2:9 BW. Die regeling ziet niet slechts op NV's en BV's, maar op alle rechtspersonen die worden beheerst door de regels van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Naar het desbetreffende antwoord wordt verwezen.

Artikel 2:129/239 BW

De leden van de CDA-fractie hebben verschillende vragen over de regeling die geldt wanneer een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft ten opzichte van de vennootschap. Allereerst verwijzen deze leden naar een tekstvoorstel van Franken tot wijziging van artikel 2:129/239 lid 6 en 140/250 lid 5 BW.

In de memorie van toelichting is opgemerkt dat de vennootschap moet worden beschermd 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. Anders geformuleerd, het gaat om een situatie waarin in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder of commissaris zich bij de besluitvorming uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap. Dat risico kan het beste worden ingedamd door te bepalen dat een bestuurder met een persoonlijk belang dat tegenstrijdig is aan het belang van de vennootschap niet betrokken is bij de desbetreffende besluitvorming. De kwestie moet dan bij een meerhoofdig bestuur worden overgelaten aan de andere bestuurders (die geen tegenstrijdig belang hebben). Het voorstel van Franken laat ruimte aan de bestuurder om te bepalen of er een tegenstrijdig belang is en daarnaast of dat tegenstrijdige belang zodanig belangrijk is dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich uitsluitend zal laten leiden door het vennootschappelijke belang. Die laatste afweging wil ik echter niet neerleggen bij de bestuurder met een tegenstrijdig belang omdat het eerdergenoemde risico van belangenverstremming dan te groot blijft. Het wetsvoorstel heeft daarom als uitgangspunt dat een tegenstrijdig belang altijd consequenties heeft voor de besluitvorming. Dat laat onverlet dat die consequenties kunnen worden beperkt tot dat deel van de besluitvorming waarbij het tegenstrijdige belang speelt. Zou een zeer grote transactie zijn voorgenomen, waarbij ten aanzien van een bijzonder klein deel van de transactie een tegenstrijdig belang bestaat, dan zou het besluitvormingsproces daarop kunnen worden aangepast teneinde te voorkomen dat de bestuurder voor de gehele transactie buiten spel wordt gezet. De besluitvorming kan zo worden ingericht dat de bestuurder betrokken is bij de besluitvorming over het overgrote deel van de transactie, maar met uitzondering van het deel waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft. Daarnaast heeft Franken gepleit voor een uitbreiding van de regeling van tegenstrijdig belang naar andere rechtspersonen, zoals de vereniging en coöperatie. De leden van de CDA-fractie informeren of het kabinet daartoe mogelijkheden ziet.

Wanneer uit de behandeling van dit wetsvoorstel blijkt dat er steun is voor de voorgestelde regeling van de rechtsgevolgen in het geval er een tegenstrijdig belang aanwezig is bij een bestuurder of commissaris van een NV of BV, zal ik bezien of diezelfde regeling kan worden ingevoerd bij andere rechtspersonen. Dat zou het meest voor de hand liggen wanneer bij die rechtspersonen ook wordt voorzien in een wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel. Ik ga er overigens vanuit dat aanvullende wetgeving noodzakelijk zal zijn om een goede aansluiting te verkrijgen op de specifieke kenmerken van die rechtspersonen.

Het voorstel van Lennarts en Boschma om een dwingende goedkeuringsregeling op te nemen voor het geval een tegenstrijdig belang bestaat bij bestuurders (en onderscheid te maken tussen beursvennootschappen en niet beursvennootschappen) neem ik niet over, zo antwoord ik de leden van de CDA-fractie. Een dergelijke wettelijke regeling acht ik niet noodzakelijk. De bestaande wettelijke regeling in artikel 2:146/256 BW heeft tot gevolg dat een tegenstrijdig belang bij *één* bestuurder tot gevolg heeft dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het *gehele* bestuur wordt ontnomen en deze bevoegdheid overgaat naar de raad van commissarissen. Wel kan de algemene vergadering steeds een andere vertegenwoordiger van de vennootschap aanwijzen. In de thans voorgestelde regeling staat een tegenstrijdig belang in beginsel los van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Een tegenstrijdig belang is slechts van belang voor de interne verhoudingen omdat een besluit dat mede door een bestuurder met een tegenstrijdig belang is genomen, vernietigbaar is. De vennootschap kan zich desalniettemin binden jegens derden. Een derde wordt niet getroffen door een interne discussie over de bevoegdheid van een bestuurder om mee te doen aan de besluitvorming van de vennootschap. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

Voor de interne verhoudingen – bijvoorbeeld vanwege de vraag of een bestuurder zijn taak goed heeft vervuld – is van belang dat een bestuurder een eventueel tegenstrijdig belang meldt en zich vervolgens buiten de besluitvorming houdt. Doet hij dat niet, dan is het besluit aantastbaar. Doet hij dat wel, dan zie ik geen belemmering voor besluitvorming over de desbetreffende kwestie door de overige bestuurders die geen tegenstrijdig belang hebben. In zoverre is sprake van een gewoon bestuursbesluit. Ik zie geen reden voor een regeling van dwingend recht die zwaarder is dan de gewone besluitvormingsregels voor het bestuur. Er is dan ook geen aanleiding voor een onderscheid tussen beursvennootschappen en niet beursvennootschappen. Overigens vormt de wet geen belemmering voor een *statutaire* goedkeuringsregeling indien de vennootschap daaraan behoefte zou hebben.

De leden van de CDA-fractie vragen voorts of ieder advies of suggestie terzake van een besluit heeft te gelden als de voorbereiding van een bestuursbesluit, hetgeen van belang is wanneer een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. Zij vragen of zo'n bestuurder daardoor niet mag meepraten over dat besluit of die transactie.

Artikel 2:129/239 lid 6 BW houdt in dat een bestuurder niet deelneemt aan de besluitvorming van het bestuur indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. In de memorie van toelichting is hierover opgemerkt dat dit zowel de voorbereiding als de uiteindelijke stemming over het besluit betreft. Daarmee is bedoeld dat de bestuurder niet betrokken mag zijn bij de beraadslaging van het bestuur over een voorgesteld besluit alsmede de stemming daarover, indien hij daarbij een persoonlijk belang heeft. Vanaf het moment dat een agendapunt van het bestuur wordt opengesteld voor discussie en gedachtevorming, dient de bestuurder met een tegenstrijdig belang daarbij niet langer aanwezig te zijn. De gedachtevorming en discussie in het bestuur moeten kunnen plaatsvinden zonder dat deze worden beïnvloed door de aanwezigheid van de bestuurder met een tegenstrijdig belang. Wel kan de desbetreffende bestuurder voorafgaand aan de bestuursvergadering of zelfs bij de introductie van het agendapunt in de bestuursvergadering wordt gehoord door zijn medebestuurders, zodat hij hen informatie kan verschaffen over de kwestie ten aanzien waarvan het tegenstrijdige belang bestaat. De overige bestuursleden kunnen immers behoefte hebben aan die informatie. Daarbij moeten zij zich er overigens wel bewust van zijn dat die informatie door de desbetreffende bestuurder kan zijn gekleurd. Vervolgens kan dan de beraadslaging en stemming over het agendapunt buiten de aanwezigheid van de desbetreffende bestuurder plaatsvinden.

In verband met de vraag van deze leden of de wet aan commissarissen c.q. niet uitvoerende bestuurders de taak moet geven om in een concreet geval te bepalen of zich ten aanzien van een bestuurder een tegenstrijdig belang voordoet, merk ik het volgende op. Wanneer een bestuurder een direct of indirect persoonlijke belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap, dan dient hij dit te melden aan zijn medebestuurders. Vervolgens dient de desbetreffende bestuurder zich buiten de besluitvorming te houden over het onderwerp waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft. Indien het een besluit betreft waarvoor de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht heeft, dan dient de raad van commissarissen geïnformeerd te worden over het tegenstrijdige belang van een bestuurder en de wijze waarop de besluitvorming heeft plaatsgevonden. De raad kan dan controleren of een bestuurder met een tegenstrijdig belang heeft deelgenomen aan de besluitvorming. Indien de bestuurder met een tegenstrijdig belang deel uitmaakt van een monistisch bestuur, dan kan het besluit door de overige bestuurders (waaronder de niet uitvoerende bestuurders) worden genomen. De wet behoeft naar mijn mening geen aanvullende procedure te bepalen. Er is sprake van een gewoon bestuursbesluit zodra de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft zich afzijdig houdt van de besluitvorming. Uiteraard is het toegestaan om in de statuten te bepalen dat de raad van commissarissen een goedkeuringsrecht heeft ten aanzien van de vraag of een tegenstrijdig belang bestaat. Zouden overigens alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, dan zou besluitvorming niet mogelijk zijn en moet worden teruggevallen op de twee laatste volzinnen van artikel 2:129/239 lid 6 BW, die het besluit dan neerleggen bij een ander orgaan van de vennootschap.

De leden van de PvdA-fractie vragen te verduidelijken wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang. Op welke wijze wordt de hoedanigheid van de uitvoerende en de niet uitvoerende bestuurders bepaald? Is het uit te oefenen toezicht gelijk aan dat van de raad van commissarissen? Bestaat de bereidheid om een bepaling in de wet op te nemen om een reglement of bestuursbesluit, waarin de taakverdeling binnen het bestuur is opgenomen, verplicht op de website te plaatsen?

Een tegenstrijdig belang bestaat wanneer een bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft bij een besluit van de vennootschap en dat persoonlijke belang tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. Omdat het risico bestaat dat de bestuurder zijn persoonlijke belang voor laat gaan op het belang van de vennootschap, moet hij zich ten aanzien van dat agendapunt onthouden van deelneming aan de besluitvorming. Voor de toepassing van deze voorschriften maakt het geen verschil of een bestuurder een uitvoerend bestuurder is dan wel een niet uitvoerend bestuurder. Of een bestuurder kwalificeert als uitvoerend bestuurder of niet uitvoerend bestuurder zal in de regel afhangen van een bestuursbesluit. De bestuurders verdelen hun taken onderling. Het ligt voor de hand dat de taakverdeling in een bestuursreglement wordt vastgelegd. De taakverdeling in onderling overleg is ook niet bezwaarlijk omdat de bestuurders collectief verantwoordelijk zijn en blijven voor elk bestuursbesluit. Indien de vennootschap dat wenst, kan overigens ook in de statuten worden bepaald dat bestuurders in de hoedanigheid van uitvoerend bestuurder dan wel niet uitvoerend bestuurder worden benoemd door de algemene vergadering. Voor het antwoord op de vraag of er een verschil is tussen het houden van toezicht door de raad van commissarissen en de niet uitvoerende bestuurders verwijs ik naar een gelijke vraag van de leden van de VVD-fractie (vgl. paragraaf Monistisch en dualistisch stelsel). Ik zie geen aanleiding voor een wettelijke verplichting om de taakverdeling tussen de bestuurders op de website van de vennootschap te plaatsen. Die taakverdeling is primair van belang in de interne verhoudingen en dan met name voor de bestuurder die zich daarop wil beroepen teneinde aansprakelijkheid af te wenden tegenover

de vennootschap (artikel 2:9 BW). Voor derden geldt als uitgangspunt dat alle bestuurders verantwoordelijkheid dragen voor alle bestuursbesluiten. Voor kleine BV's en NV's leidt een wettelijke verplichting om een website te hebben en daarop de taakverdeling van bestuurders te plaatsen tot onnodige lasten. Ook voor grote vennootschappen lijkt een publicatieplicht geen toegevoegde waarde te hebben. Een en ander laat onverlet dat een vennootschap uit eigen beweging tot publicatie kan overgaan.

Deze leden vragen voorts in te gaan op artikel 2:129 lid 5 en 6 BW, waarin is opgenomen dat bestuurders zich moeten richten naar het belang van de vennootschap, zoals dat al geregeld is in artikel 2:140 BW.

Op grond van artikel 2:140/250 lid 2 BW moet de raad van commissarissen zich bij de uitoefening van zijn taak richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Algemeen wordt aangenomen dat uit deze opdracht aan de raad van commissarissen in combinatie met het feit dat de raad toezicht houdt op de wijze waarop het bestuur zijn werk verricht, impliceert dat ook het bestuur gebonden is aan de norm van het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Deze bestuursnorm wordt thans met het wetsvoorstel gecodificeerd.

De leden van de PvdA-fractie vragen of de aandeelhoudersvergadering een vervangend bestuursbesluit zal nemen indien geen bestuursbesluit kan worden genomen in een one-tier vennootschap.

Het wetsvoorstel wijzigt de rechtsgevolgen indien een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. De aanwezigheid van een tegenstrijdig belang heeft voortaan gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming van het bestuur en niet voor de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordigingshandeling. Contractspartijen worden derhalve in beginsel niet geraakt door een tegenstrijdig belang van een bestuurder; de door hem verrichte rechtshandeling is rechtsgeldig. De vennootschap is gebonden. Daarnaast heeft de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een individuele bestuurder niet langer tot gevolg dat het gehele bestuur wordt gediskwalificeerd. De desbetreffende bestuurder dient zich van de besluitvorming te onthouden maar de overige bestuurders kunnen het besluit rechtsgeldig nemen. Dat is ook het geval in een one-tier board. In geval van een monistisch bestuur is telkens sprake van een meerhoofdig bestuur. Uitgangspunt is immers dat er een taakverdeling plaatsvindt, hetgeen uitsluitend vorm krijgt in een bestuur dat uit meerdere bestuurders bestaat. Dat betekent dat de besluitvorming normaliter kan worden overgenomen door de bestuurder of bestuurders zonder tegenstrijdig belang. Slechts in het uitzonderlijke geval dat alle bestuurders een tegenstrijdig belang zouden hebben, is de laatste volzin van lid 6 van artikel 2:129/239 BW van toepassing. In het geval van een monistisch bestuur betekent dat dat het besluit wordt genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. In de statuten mag derhalve van besluitvorming door de algemene vergadering worden afgeweken en kan worden bepaald dat het bestuur of een bestuurder toch tot besluitvorming mag overgaan, ondanks het tegenstrijdige belang. Het is aan de vennootschap om de wenselijkheid van zo'n statutaire regeling te bepalen. Een en ander laat overigens onverlet dat een bestuurder in alle gevallen de wettelijke opdracht heeft om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (artikel 2:129/239 lid 5 BW).

De leden van de SP-fractie vragen een nadere toelichting op de bepaling die inhoudt dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet mag meedoen aan de voorbereiding van en stemming over het desbetreffende besluit. Zij vragen of de desbetreffende bestuurder niet mag worden geraadpleegd door de andere bestuurders en of een dergelijke (informele) raadpleging kan worden voorkomen.

Graag verwijst ik naar mijn eerdere antwoord op een vergelijkbare vraag van de leden van de CDA-fractie. Het wetsvoorstel verbiedt niet de raadpleging of het horen van een bestuurder met een tegenstrijdig belang. Hij dient echter niet betrokken te zijn bij de beraadslaging en stemming over een bestuursbesluit waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft.

De leden van de SP-fractie vragen te concretiseren onder welke omstandigheden sprake is van een tegenstrijdig belang. Wanneer leidt een groot persoonlijk voordeel tot een tegenstrijdig belang? Moet het gaan om een schijn van belangentegenstelling of een daadwerkelijk gerealiseerd tegenstrijdig belang?

Bestuurders en commissarissen van NV's en BV's moeten zich richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (artikel 2:129/239 lid 5 en 140/250 lid 2 BW). Zij moeten het vennootschappelijke belang dienen. Indien een bestuurder of commissaris een privébelang heeft bij een transactie, bestaat het risico dat hij zijn eigen belang laat prevaleren. Daarom moet worden nagegaan of sprake is van een persoonlijk belang dat strijdig is met het vennootschappelijke belang. Loopt het persoonlijke belang parallel aan het belang van de vennootschap, dan is er geen reden om de bestuurder uit te sluiten van de besluitvorming. Is het persoonlijke belang tegenstrijdig met het vennootschappelijke belang, dan mag de desbetreffende bestuurder niet betrokken zijn bij de besluitvorming. Een persoonlijk belang kan een financieel belang betreffen, maar kan ook samenhangen met een persoonlijke relatie tussen de bestuurder en een andere persoon die bij de beoogde transactie betrokken is. Voor de toepassing van de regeling is relevant of er werkelijk een tegenstrijdig belang is. Zodra er een tegenstrijdig belang is, moet de schijn worden voorkomen dat er een verkeerde belangenafweging wordt gemaakt en moet de desbetreffende bestuurder artikel 2:129a/239a lid 6 BW toepassen. De enkele schijn van een tegenstrijdig belang is daarvoor niet doorslaggevend.

Deze leden vragen voorts hoe het voor derden duidelijk is dat sprake is van een tegenstrijdig belang indien het bestuur of een bestuurder een mogelijk tegenstrijdig belang niet kenbaar maken. Zij vragen of op het bestuur een publicatieplicht moet rusten bij een mogelijk tegenstrijdig belang, zoals bij belangrijke besluiten zoals fusies en overnames. Zoals in de memorie van toelichting is opgemerkt, worden de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder gewijzigd. Een tegenstrijdig belang heeft niet langer gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordiging van de vennootschap. De vennootschap kan rechtsgeldig worden vertegenwoordigd, ook indien een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. Het voordeel van deze opzet is dat de rechtszekerheid wordt gediend. Derden worden niet geconfronteerd met de aantastbaarheid van een rechtshandeling van de vennootschap vanwege een kwestie – het tegenstrijdige belang – die primair de interne verhoudingen van de vennootschap raakt. In de interne verhoudingen is van belang dat het desbetreffende bestuursbesluit kan worden vernietigd. Ook dat raakt derden in beginsel niet. Daarnaast kan de vraag rijzen of de bestuurder zijn taak goed heeft vervuld en zo nee, of hij de vennootschap heeft geschaad en aansprakelijk kan worden gehouden. Indien die vraag positief wordt beantwoord, kan de vennootschap een aansprakelijkheidsprocedure starten tegen de bestuurder (artikel 2:9 BW). Voor derden staat die procedure niet open. Omdat de kwestie van een tegenstrijdig belang in de voorgestelde regeling wordt geplaatst in de sleutel van de interne verhoudingen (besluitvorming door bestuurders en commissarissen) gaat een algemene publicatieplicht te ver. Derden hebben in de regel geen belang bij de publicatie van een tegenstrijdig belang. Wel moeten bestuurders en commissarissen zich verantwoorden tegenover de aandeelhouders van de vennootschap. Aan de algemene vergadering moet een eventueel tegenstrijdig belang kenbaar worden gemaakt en moet worden aangegeven hoe daarmee is

omgegaan. Dit volgt uit artikel 2:9 BW. Een aanvullende wettelijke regeling is niet nodig.

De leden van de SP-fractie wijzen erop dat een bestuursbesluit, dat wordt genomen terwijl een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, kan worden vernietigd op verzoek van een ieder met een redelijk belang. Deze leden vragen of de ondernemingsraad of een individuele werknemer een redelijk belang heeft indien het desbetreffende besluit een overname- of fusiebesluit is.

De vernietiging van een besluit van de vennootschap kan worden gevorderd door iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen (artikel 15 lid 3 onderdeel 1 BW). Degene die vernietiging eist, moet een redelijk belang stellen en indien dat redelijke belang wordt betwist, ook aannemelijk maken. Een redelijk belang is afwezig indien de eiser niet is geschaad door de niet-nakoming van de verplichting. Voor de vraag of de eiser een redelijk belang heeft is ook van belang of de vernietiging van het besluit nog effect kan hebben. Indien het besluit inmiddels is uitgevoerd en de vennootschap rechtsgeldig is vertegenwoordigd, kan een redelijk belang ontbreken. In de voorgelegde casus gaat het om de verplichting van een bestuurder om niet deel te nemen aan de besluitvorming van het bestuur over een overname of fusie vanwege een tegenstrijdig belang met de vennootschap (artikel 15 lid 3 onderdeel a BW). Hoewel de wet niet uitsluit dat de ondernemingsraad of een werknemer beroep doet op artikel 2:15 BW, zal het op grond van het voorgaande in de regel niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat een redelijk belang bestaat bij de vernietiging van het desbetreffende bestuursbesluit. Of een redelijk belang bestaat, hangt echter af van de omstandigheden van het geval. Het is aan de rechter om hierover een oordeel te vellen.

De leden van de SP-fractie vragen of in geval van een tegenstrijdig belang altijd in de statuten van de voorgestelde regeling kan worden afgeweken of dat uitsluitend in de statuten van de wet kan worden afgeweken voor de situatie dat het bestuur geen besluit kan nemen.

Het wetsvoorstel heeft als uitgangspunt dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de besluitvorming. Indien er naast deze bestuurder ook andere bestuurders zijn die geen tegenstrijdig belang hebben, dan kunnen deze tot besluitvorming overgaan. In het wetsvoorstel wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat er maar één bestuurder is of dat alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. In dat geval zou besluitvorming niet mogelijk zijn, hetgeen te ver gaat wanneer de transactie niet nadelig is voor de vennootschap. Wanneer er geen bestuurder is zonder een tegenstrijdig belang, dan wordt de besluitvorming opgedragen aan de raad van commissarissen. Indien er geen raad van commissarissen is, dan kan de algemene vergadering tot besluitvorming overgaan. In het laatstgenoemde geval mogen de statuten echter ook een andere regeling inhouden, bijvoorbeeld dat besluitvorming toch door het bestuur kan plaatsvinden.

De leden van de VVD-fractie vragen of onder het begrip «besluitvorming» zowel de «voorbereiding», de «discussie» als de «stemming» over een voorgesteld besluit wordt verstaan. In dat verband is ook de vraag gesteld of het uitsluiten van de mogelijkheid tot voorbereiding, inclusief gedachtevorming, van een besluit verder gaat dan de desbetreffende best practice bepalingen in de Nederlandse Corporate Governance Code en derhalve onnodig beperkend is.

Een vergelijkbare vraag is gesteld door de leden van de CDA-fractie en de SP-fractie, zodat ik graag naar de desbetreffende antwoorden verwijs. De bestuurder mag niet meedoen aan de voorbereiding van en stemming over een bestuursbesluit waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft. De voorbereiding van het besluit betreft de beraadslaging oftewel discussie over het besluit in de bestuursvergadering, maar sluit niet uit dat de

desbetreffende bestuurder wordt gehoord over het agendapunt waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft en waarover de medebestuurders informatie wensen te krijgen. De voorgestelde wettelijke regeling gaat niet verder dan de voorschriften in de Nederlandse Corporate Governance Code (paragraaf II.3.3), die de deelname aan de discussie en besluitvorming uitsluit voor de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft. In verband met de voorgestelde regeling betreffende tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen vragen deze leden voorts of de regeling meer flexibel kan worden gemaakt, waardoor in meer gevallen een tegenstrijdig belang kan worden «weggeschreven» door de vennootschap, zoals het geval dat niet alle bestuurders of commissarissen zijn geconfronteerd. De leden van de VVD-fractie informeren of hierin gradaties kunnen worden ingebouwd om de flexibiliteit van besluitvorming te bevorderen.

Zoals hiervoor is opgemerkt naar aanleiding van een vraag van de leden van de PvdA-fractie volgt uit het wetsvoorstel dat de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een individuele bestuurder niet langer leidt tot diskwalificatie van het gehele bestuur. Alleen de desbetreffende bestuurder dient zich van de besluitvorming te onthouden en de overige bestuurders kunnen het besluit rechtsgeldig nemen. Daardoor kan de besluitvorming van het bestuur altijd doorgang vinden, tenzij alle bestuurders een tegenstrijdig belang zouden hebben. Ik meen dat aldus tegemoet wordt gekomen aan de wens van deze leden dat voldoende flexibiliteit bestaat om tot besluitvorming te komen indien niet alle bestuursleden geconfronteerd zijn.

Artikel 2:129a/239a BW

De leden van de CDA-fractie vragen of er aanleiding is om in de wet te bepalen dat een informatieplicht rust op de bestuurder die een besluit neemt dat als bestuursbesluit heeft te gelden op grond van artikel 2:129a lid 3 BW.

Deze vraag sluit aan bij een eerder vraag van de SP-fractie (paragraaf «monistisch en dualistisch stelsel»). In mijn antwoord op die vraag heb ik aangegeven dat de bestuurder die een besluit neemt op de voet van artikel 2:129a/239 lid 3 BW, reeds op grond van artikel 2:8 BW verplicht is om zijn medebestuurders daarover te informeren. Een bestuurder, die een besluit neemt dat wordt aangemerkt als bestuursbesluit en waarvoor alle bestuurders verantwoordelijkheid dragen, handelt naar mijn mening onbehoorlijk wanneer hij zijn medebestuurders daarvan niet op redelijke termijn, bijvoorbeeld in de eerstvolgende bestuursvergadering, op de hoogte stelt. Ik acht het niet nodig om een informatieplicht expliciet in de wet te bepalen.

De leden van de PvdA-fractie vragen of de bezoldiging, het houden van toezicht en het voorzitterschap exclusieve taken worden voor de niet uitvoerende bestuursleden. Zij vragen voorts of gewaarborgd is dat besluiten over deze taken plaatsvinden in afwezigheid van de uitvoerende bestuursleden. In het bijzonder vragen zij of zich de situatie kan voordoen dat uitvoerende bestuurders aanwezig zijn bij de besluitvorming over hun eigen bezoldiging. Deze leden vragen voorts wie verantwoordelijk wordt voor de opdrachtverstrekking aan de externe accountant en of dat een exclusieve taak voor de niet uitvoerende bestuurders moet zijn. Zij vragen hetzelfde ten aanzien van de benoeming en het ontslag van bestuurders en het goedkeuren van de jaarrekening. De leden van de PvdA-fractie vragen te verduidelijken welke gevolgen artikel 2:129a BW in de praktijk zal hebben. Moeten de desbetreffende bestuurders zich van stemming onthouden, mogen zij niet deelnemen of mogen zij niet aanwezig zijn? Wordt ook elke invloed buiten de vergadering uitgesloten, zoals bijvoorbeeld het opstellen van een concept-beloningsplan?

Voor de toepassing van een monistisch bestuursstelsel moeten de statuten bepalen dat de bestuurstaken worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. De taakverdeling kan desgewenst in de statuten nader worden uitgewerkt. Zo kunnen de statuten aangeven uit hoeveel uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders het bestuur bestaat. Voor zover een statutaire uitwerking ontbreekt, vindt de taakverdeling door de bestuurders plaats. Het ligt voor de hand dat de taakverdeling dan in een bestuursreglement wordt vastgelegd. De toedeling van bepaalde taken aan een bepaalde bestuurder heeft tot gevolg dat die taak niet meer behoeft te worden vervuld door de andere bestuurders. Artikel 2:129a/239a lid 1 BW stelt grenzen aan de mogelijkheid om taken te verdelen tussen uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders. Bij nota van wijziging wordt de formulering van lid 1 overigens gewijzigd. Daarmee wordt geen inhoudelijke wijziging beoogd, maar wel een verduidelijking van de tekst.

De taak van het voorzitterschap van het bestuur is voorbehouden aan een niet uitvoerende bestuurder; hier is sprake van exclusiviteit. Hoe de benoeming van de voorzitter plaatsvindt, hangt af van de statuten. De statuten kunnen inhouden dat de algemene vergadering een voorzitter – niet uitvoerend bestuurder benoemt. Wanneer de statuten een dergelijke regeling niet inhouden, besluiten de bestuurders over de vraag wie als hun voorzitter optreedt, maar kunnen zij de taak van het voorzitterschap niet toedelen aan een uitvoerende bestuurder (lid 1). Er is in beginsel geen aanleiding om de uitvoerende bestuurders uit te sluiten van de besluitvorming over de toedeling van het voorzitterschap. Dat is anders voor een uitvoerende bestuurder die in verband met de aanwijzing van de voorzitter een tegenstrijdig belang zou hebben, bijvoorbeeld vanwege een nauwe familieband. In het laatste geval wordt deze bestuurder van de besluitvorming uitgesloten via artikel 2:129/239 lid 6 BW.

De taak om toezicht te houden kan niet aan de niet uitvoerende bestuurders worden ontnomen. Aldus wordt voorkomen dat de toezichthoudende taak zou kunnen worden toebedeeld aan een uitvoerende bestuurder met uitsluiting van de niet uitvoerende bestuurders. De niet uitvoerende bestuurders moeten in elk geval toezicht uitoefenen, op de uitvoerende bestuurders maar ook op elkaar. Ook de uitvoerende bestuurders moeten optreden wanneer zij er kennis van dragen dat een mede-uitvoerend bestuurder zijn taak niet goed vervult (vgl. artikel 2:9 lid 2 BW). Toezicht is daarmee niet exclusief een aangelegenheid voor de niet uitvoerende bestuurders.

De taak om de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders vast te stellen kan niet worden toebedeeld aan een uitvoerende bestuurder. In de praktijk zal die taak veelal met inachtneming van artikel 2:129a/239a lid 3 worden toebedeeld aan de niet uitvoerende bestuurders. In dat geval wordt het desbetreffende besluit genomen zonder dat de uitvoerende bestuurders daarover meestemmen. Het besluit wordt vervolgens toegerekend aan het gehele bestuur. Vanzelfsprekend dient de aldus vastgestelde beloning te passen binnen de grenzen van het door de aandeelhouders vastgestelde bezoldigingsbeleid (vgl. artikel 2:135 BW). Indien de statuten de taak van het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders niet uitdrukkelijk toedelen aan een of meerdere niet uitvoerende bestuurders maar aan het bestuur als geheel, dan geldt dat het besluit door dat orgaan moet worden genomen. In het laatste geval dient echter elke bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft bij het besluit, zich te onthouden van deelneming aan de besluitvorming op grond van artikel 2:129/239 lid 6 BW. Over het effect van artikel 2:129/239 lid 6 BW op de besluitvorming is hiervoor antwoord gegeven naar aanleiding van vragen van de leden van de CDA-fractie, de SP-fractie en de VVD-fractie. Bestuurders mogen niet betrokken zijn bij de beraadslaging en stemming over een bestuursbesluit waarbij zij een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. De

desbetreffende bestuurders kunnen echter wel voorafgaand aan de beraadslaging worden gehoord, desgewenst ook over een beloningsplan. Graag verwijs ik naar de antwoorden op de eerdere vragen.

De opdracht tot het onderzoek van de jaarrekening wordt gedaan door de algemene vergadering (artikel 2:393 lid 2 BW). Dat is ook logisch omdat de controle van de jaarrekening vooral van belang is voor de aandeelhouders; met de jaarrekening leggen de bestuurders (en commissarissen) verantwoording af jegens de aandeelhouders over het gevoerde beleid. Slechts indien de algemene vergadering geen opdracht zou verlenen, dan is de raad van commissarissen c.q. het bestuur bevoegd tot benoeming van de accountant van de vennootschap. Aangezien de taak om een accountant aan te wijzen geen normale bestuurstaak is maar primair een taak voor de algemene vergadering, zie ik geen aanleiding om terzake regels op te nemen. Overigens kan de rechtspersoon slechts een accountant benoemen die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet (artikel 2:393 lid 1 BW). Vanzelfsprekend moet de accountant onafhankelijk optreden wanneer hij de jaarrekening onderzoekt.

Ook besluiten tot benoeming en ontslag van bestuurders zijn normaliter geen bestuursbesluiten. Tot benoeming en ontslag van bestuurders wordt besloten door de aandeelhoudersvergadering (artikel 2:132/242 en 134/244 BW). Indien een vennootschap valt onder het volledige structuurregime is dat anders. In dat geval worden bestuurders benoemd door de raad van commissarissen (artikel 2:162/272 BW). In het geval de structuurvennootschap kiest voor een monistisch bestuursmodel geldt op grond van artikel 2:164a/274a lid 2 BW dat de benoeming en het ontslag van uitvoerende bestuurders geschiedt door een besluit van de niet uitvoerende bestuurders.

De jaarrekening van de vennootschap wordt vastgesteld door de algemene vergadering (artikel 2:101/210 lid 3). Van een bestuursbesluit is geen sprake.

Artikel 2:132/242 BW

De leden van de CDA-fractie vragen of de eerste volzin van artikel 2:132/242 lid 2 BW moet worden verfijnd, zodat kwaliteitseisen ook kunnen worden opgelegd aan individuele bestuurders met specifieke taken.

Een dergelijke aanpassing is niet nodig. Ook op basis van het huidige recht worden taken door de bestuurders verdeeld. Een wettelijke regeling zoals door deze leden bedoeld lijkt ook alleen te werken wanneer de statuten een uitgewerkte taakverdeling inhouden en bestuurders voor de uitoefening van een bepaalde taak worden benoemd. Het wetsvoorstel verplicht echter niet tot een dergelijke uitgewerkte regeling in de statuten. Wanneer de statuten uitsluitend aangeven dat de bestuurstaken worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, vindt de feitelijke taakverdeling door de bestuurders plaats. De toetsing aan een kwaliteitseis moet echter al bij de benoeming van de bestuurder plaatsvinden. Overigens staat de wettelijke regeling niet in de weg aan de mogelijkheid om een profielschets op stellen voor de vervulling van een vacature in het bestuur; daarmee kan worden aangegeven welke kwaliteiten een kandidaat moet hebben.

Artikel 2:134/244 BW

De leden van de CDA-fractie vragen of het nieuwe artikel 2:134/244 lid 4 BW tot gevolg heeft dat vennootschappen hun statuten moeten wijzigen indien deze uitsluitend voorzien in een regeling die betrekking heeft op belet of ontstentenis van alle bestuurders.

Naar aanleiding van deze vraag wordt artikel 2:134 lid 4 aangepast bij nota van wijziging. Met het wetsvoorstel wordt beoogd te bepalen dat de

statuten van de vennootschap een regeling moeten bevatten voor het geval van ontstentenis en belet van alle bestuurders. In geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders geldt in beginsel dat de overige bestuurders de desbetreffende taken waarnemen. In de nota van wijziging wordt tot uitdrukking gebracht dat de statuten echter ook kunnen voorzien in een regeling terzake het bestuur van de vennootschap in het geval ontstentenis of belet wordt geconstateerd ten aanzien van een of meer bestuurders. Het wetsvoorstel dwingt vennootschappen aldus niet tot een statutenwijziging.

Artikel 2:164a BW

De leden van de PvdA-fractie vragen of de goedkeuringsbesluiten van artikel 2:164 BW in een structuurvennootschap moeten worden genomen door de niet uitvoerende bestuurders en of dit explicieter in de wet kan worden bepaald. Ook vragen zij waarom de artikelen 2:163 en 164 niet van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Daarnaast wordt gevraagd of de niet uitvoerende bestuurders beslissen in een aparte vergadering of in afwezigheid van de uitvoerende bestuurders. Deze leden vragen of het interne toezicht wordt geschaad en of een kernpunt van het structuurregime wordt uitgehold indien niet is uitgesloten dat de uitvoerende bestuurders grote invloed gaan hebben op de uitoefening van goedkeuringsrechten.

Wanneer een structuurvennootschap kiest voor een monistisch bestuursmodel, geldt als hoofdregel dat de bepalingen in de structuurregeling die betrekking hebben op de raad van commissarissen, moeten worden toegepast op de niet uitvoerende bestuurders. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. De raad van commissarissen benoemt de bestuurders van de vennootschap met een dualistisch bestuursstelsel wanneer het volledige structuurregime van toepassing is (artikel 2:162/272 BW). Zou diezelfde vennootschap overgaan naar een monistisch bestuursmodel, dan benoemen de niet uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders (artikel 2:164a/274a lid 2 BW). Artikel 2:163 BW is vervallen en behoeft dus niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard. Artikel 2:164 BW kan naar zijn aard niet van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Dat artikel houdt een goedkeuringsrecht in van de raad van commissarissen ten aanzien van besluiten die door een ander orgaan – het bestuur – zijn genomen. Wanneer voor een monistisch bestuursstelsel wordt gekozen, is geen sprake van twee verschillende organen. Het besluit van het ene orgaan kan niet aan het andere worden voorgelegd. De toepassing van artikel 2:164 BW is dan ook niet goed denkbaar. In de praktijk is dat echter geen bezwaar omdat de bestuursbesluiten in de zin van artikel 2:164 BW in het monistische bestuursstelsel worden genomen door alle bestuurders – uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders – gezamenlijk. Daarbij geldt dat de voorzitter van het bestuur altijd een niet uitvoerende bestuurder is (artikel 2:129a/239a lid 1 BW). De bestuurders zijn ook collectief verantwoordelijk voor de bestuursbesluiten. Het wetsvoorstel sluit uit dat een uitvoerende bestuurder (op de voet van artikel 2:129a/239a lid 3 BW) een besluit in de zin van artikel 2:164 BW kan nemen zonder betrokkenheid van de niet uitvoerende bestuurders (vgl. artikel 2:164a lid 3 BW). Daarmee wordt voorkomen dat er een onaanvaardbare discrepantie met het systeem van de structuurregeling (en artikel 2:164 BW in het bijzonder) ontstaat en wordt naar mijn mening tegemoet gekomen aan de zorgen die ten grondslag liggen aan de vragen van de leden van de PvdA-fractie.

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