

## **GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT**

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake Wetsvoorstel (Kamerstukken 31 763) tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (het “Wetsvoorstel”).

### **1. Samenvatting**

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (de “Gecombineerde Commissie”) heeft in de consultatieronde reeds commentaar gegeven op het Voorontwerp omtrent de regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen. Waar dat commentaar thans nog steeds relevant is wordt dit in onderhavig advies nogmaals herhaald. Dit advies behandelt het Wetsvoorstel afzonderlijk op de onderdelen ‘one-tier board’ (Deel 2), ‘tegenstrijdig belang’ (Deel 3), ‘bindende voordracht’ (Deel 4) en de ‘ontstentenis of belet regeling’ (Deel 5). De gemaakte opmerkingen gelden zowel voor de NV als de BV.

De Gecombineerde Commissie kan zich vinden in het voorstel om de mogelijkheid van een “one-tier board” in Nederland te introduceren. Bij de wijze waarop in het Wetsvoorstel hieraan uitvoering wordt gegeven zijn echter kanttekeningen te plaatsen.

De Gecombineerde Commissie is met de Minister van mening dat het huidige leerstuk van tegenstrijdig belang voor onduidelijkheid zorgt en een bron is voor lastenverzwaring en rechtsonzekerheid voor ondernemers en derhalve nodig moet worden veranderd.

Zoals ook in de Memorie van Toelichting (pag. 6) is geconstateerd kunnen veel van door de Minister voorgestelde wetsbepalingen evenzeer van toepassing worden verklaard op andere rechtsvormen dan de NV en de BV. De Gecombineerde Commissie ondersteunt dat hier nader gevolg aan wordt gegeven.

### **2. De “one-tier board”**

- 2.1. De in de Memorie van Toelichting opgenomen stelling van Van der Grinten dat het recht een dienende taak heeft die vormen moet bieden die aan de maatschappelijke

behoeften voldoen, wordt door de Gecombineerde Commissie volledig onderschreven. Aangezien er in de praktijk van vele kanten, maar met name door internationaal opererende ondernemingen, wordt verzocht om de invoering van een “one-tier board” is de Gecombineerde Commissie verheugd dat wordt voorgesteld de wet in die zin aan te passen.

- 2.2 In het voorgestelde artikel 129a (239a) wordt gesproken over een taakverdeling tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Er is een negatieve formulering met betrekking tot de bestuurstaken opgenomen die de verschillen aangeeft tussen de beide soorten bestuurders:
- een niet uitvoerende bestuurder moet een natuurlijk persoon zijn. Er is echter geen restrictie opgenomen ten aanzien van zijn taakvervulling. Deze kan zich dus ook op het uitvoerende gebied bevinden.
  - een uitvoerende bestuurder kan onder meer geen toezichthoudende taak uitoefenen en zijn taak kan niet inhouden de vaststelling van de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders. Deze bestuurder kan echter blijkbaar wel zuiver beleidsmatig optreden zonder daadwerkelijk uitvoerende taken uit te oefenen.

Hoewel de voorgestelde regeling veel flexibiliteit lijkt op te leveren, is zij naar de mening van de Gecombineerde Commissie toch niet conform de kennelijke bedoeling van de wetgever. In de Memorie van Toelichting (pag. 14) wordt immers gemeld dat bestuurders die zich in het bijzonder bezighouden met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming worden aangeduid als “uitvoerend bestuurders”. Deze taakstelling blijkt echter nergens uit de wet.

De Gecombineerde Commissie merkt daarbij op dat de omschrijving in het Wetsvoorstel uitermate summier is. De Gecombineerde Commissie adviseert om in de wet en de toelichting daarop hieraan meer aandacht te besteden.

De Gecombineerde Commissie stelt als alternatieve tekst van artikel 129a (239a) leden 1 en 2 voor:

1. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. Uitvoerende bestuurders houden zich in het bijzonder bezig met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Tot de taken van het bestuur die niet kunnen worden toegedeeld aan uitvoerende bestuurders behoren het voorzitterschap van het bestuur, het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders en het houden van toezicht op de taakuitoefening door een bestuurder. Niet uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.
  2. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over de vaststelling van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
- 2.3 Hoewel de Gecombineerde Commissie van mening is dat het houden van toezicht op het bestuur primair een taak is van de niet uitvoerende bestuurders, kan deze taak, mede gezien de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur als geheel, nooit aan de uitvoerende bestuurders onthouden worden, hetgeen ook in de Memorie van Toelichting inzake artikel 9 (pag. 7-10) lijkt te worden erkend. De wet en de toelichting hierop zouden hieromtrent meer duidelijkheid moeten geven.

- 2.4 In artikel 129a (239a) wordt in lid 3 de mogelijkheid gecreëerd om bij of krachtens de statuten één of meer bestuurders de mogelijkheid tot het zelfstandig nemen van besluiten toe te kennen. Een bestuurder die rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren zou naar de mening van de Gecombineerde Commissie ook een informatieplicht moeten hebben jegens zijn mede-bestuurders, mede in het licht van de collectieve aansprakelijkheid van het bestuur als geheel. Hierin voorziet het Wetsvoorstel niet. De Memorie van Toelichting (pag. 17) geeft aan dat desgewenst in de statuten kan worden bepaald op welke wijze aan de informatiebehoefte van andere bestuurders tegemoet dient te worden gekomen. De Gecombineerde Commissie meent dat het beter is hieraan een wettelijke basis te geven (bijv. analoog aan artt. 2:141/251).
- 2.5 De Gecombineerde Commissie ziet niet in waarom de mogelijkheid tot besluitvorming door bestuurders aan wie een specifieke taak is toegedeeld alleen voor de “one-tier board” wordt ingevoerd. Ook bij vennootschappen met een dualistisch model is er vaak behoefte om taken te verdelen. De Gecombineerde Commissie stelt voor om hierin te voorzien en daartoe artikel 129 (239a) lid 3 te verplaatsen en als nieuw lid in artikel 129 (239) op te nemen.
- 2.6 De Gecombineerde Commissie stelt vast dat de taakverdeling binnen het bestuur in principe een taak van het bestuur zelf is. Het is aan het bestuur zelf om taken te verdelen of bestuurders een andere functie te geven. Het komt de Gecombineerde Commissie echter voor dat het bestuur niet zelf beslist of iemand de taak uitvoerend bestuurder of niet uitvoerend bestuurder krijgt. In ieder geval zouden zij niet in de functie van niet uitvoerende respectievelijk uitvoerende bestuurder moeten kunnen worden benoemd, tenzij de statuten anders bepalen. De Gecombineerde Commissie meent derhalve dat:
- a. aanwijzing als uitvoerend respectievelijk niet uitvoerend bestuurder geschiedt door een uit de statuten blijkend orgaan van de vennootschap.
  - b. of een bestuurder als uitvoerend bestuurder of niet uitvoerend bestuurder aangewezen is kenbaar moet zijn voor derden en dus moet worden ingeschreven bij het Handelsregister;
- Bij de structuurvennootschap dient ons inziens de algemene vergadering bestuurders als uitvoerend of niet uitvoerend aan te wijzen.
- 2.7 De Gecombineerde Commissie juicht het toe dat ook de mogelijkheid wordt geboden tot introductie van een "one-tier board" bij structuurvennootschappen. De Gecombineerde Commissie heeft geen principiële bezwaren tegen de voorgestelde wettekst.
- 2.8 Tot slot op dit onderdeel nog enkele losse kanttekeningen inzake het Wetsvoorstel:
- a. Moet de eerste volzin van artikel 132 (242) lid 2 niet worden verfijnd, zodat ook aan individuele bestuurders met specifieke taken kwaliteitseisen kunnen worden opgelegd? De Gecombineerde Commissie lijkt dit logisch. Aan uitvoerende bestuurders worden immers andere kwaliteitseisen gesteld dan aan niet uitvoerende bestuurders.
  - b. Zou niet ook artikel 2:138 (248) lid 3 overeenkomstig het nieuwe artikel 2:9 lid 2 moeten worden aangepast (door invoeging van de zinsnede: "mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken")?.

### 3. Tegenstrijdig belang

- 3.1 De Gecombineerde Commissie stemt volledig in met het overhevelen van de tegenstrijdig belangregeling uit de context van de vertegenwoordigingsbevoegdheid naar de (interne) besluitvorming. Hiermee wordt het tot nog toe aan de vennootschap ter beschikking staande rechtsmiddel zich op de ongeldigheid van de transactie te kunnen beroepen vervangen door de mogelijkheid voor de vennootschap om de desbetreffende bestuurder op grond van artikel 2:9 of op basis van onrechtmatige daad aan te spreken indien de vennootschap schade heeft geleden.
- 3.2 De laatste volzin van artikel 2:129 (239) lid 6 is toch nog niet geheel duidelijk. Op basis van de Memorie van Toelichting (pag. 14) zou men kunnen concluderen dat ook de regeling van de eerste volzin kan worden "weggeschreven". Onduidelijk is of dit "wegschrijven" altijd kan, ook als andere bestuurders geen tegenstrijdig belang hebben. De Gecombineerde Commissie meent dat het geheel wegschrijven in beginsel een juiste oplossing is (men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan joint venture verhoudingen waar in elk geval kwalitatief tegenstrijdig belangsituaties dikwijls niet tot uitsluiting van het besluitvormingsproces zouden mogen leiden), maar de wettekst zou dit wel duidelijker tot uitdrukking mogen brengen. Men zou aan de huidige tekst van lid 6 eerste volzin kunnen toevoegen de zinsnede "tenzij bij of krachtens de statuten anders is bepaald" of woorden van gelijke strekking.

Vragen kunnen voorts ontstaan over de betekenis van de zinsnede "indien hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen". Valt hier ook onder het geval dat er 5 bestuurders zijn, waarvan één een tegenstrijdig belang heeft en de overigen in een deadlock terecht komen? Of het geval dat er twee bestuurders zijn, waarvan één een tegenstrijdig belang heeft, maar de statuten bepalen dat bestuursbesluiten met unanimiteit moeten worden genomen? Kan de overblijvende bestuurder in dat geval alleen besluiten? Het is aan te bevelen dat te verduidelijken.

- 3.3 Onduidelijkheid bestaat ook terzake van de aansprakelijkheid voor de alternatieve besluitvorming door commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders. Zijn deze beslissers onderworpen aan dezelfde aansprakelijkheid als de bestuurders die zij vervangen in dit besluitvormingsproces?
- 3.4 Tenslotte in dit kader nog een opmerking over het overgangsrecht. Vennootschappen waarvan de statuten een tegenstrijdig belangregeling kennen die niet aansluit bij de bepalingen van het Wetsvoorstel hebben een (als het ware dubbel) probleem: gevallen van tegenstrijdig belang zullen zowel de besluitvorming als de vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen raken. Overgangsrecht ontbreekt in het Wetsvoorstel. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of de praktijk hier niet de helpende hand moet worden gegeven. De Gecombineerde Commissie meent daarnaast dat de overgangsregeling de vennootschap (nauwkeuriger gezegd: de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap) in staat zou moeten stellen het verleden "schoon te wassen" zodat in geval van mogelijke gebreken in de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij rechtshandelingen in het verleden de ongeldigheid van die rechtshandelingen niet meer kan worden ingeroepen.

#### 4. Bindende voordracht

- 4.1 Het Wetsvoorstel brengt anders dan voor de NV (artikel 133) geen wijziging in de regeling voor de BV inzake de bindende voordracht (artikel 243), nu het wetsvoorstel Flexibilisering BV-recht (kamerstukken 31 058) al in een eigen benoemingsregeling voorziet. Dat is een juiste constatering, maar tekstueel wijkt de voorgestelde BV-regeling op een aantal punten af van de regeling voor de NV. De regeling voor de BV bevat ook een tekstuele aanpassing betreffende de grens die kan worden gesteld aan de besluitvorming inzake het doorbreken van de bindende voordracht (zie het voorgestelde artikel 243 lid 2). Daarin wordt verduidelijkt dat de genoemde twee/derde meerderheid meer dan de helft van het kapitaal moet vertegenwoordigen. Ook bevat de nieuw voorgestelde regeling voor de BV een bepaling die de AvA het recht geeft, na het ontnemen van het bindende karakter aan de voordracht, om een nieuwe voordracht te vragen en desgewenst een kandidaat voor die nieuwe voordracht aan te bevelen.
- 4.2 De Gecombineerde Commissie meent dat er alleszins reden is om de regeling voor de NV en de BV gelijkkluidend te doen zijn. In dat kader zou de Commissie er voor pleiten ook in de NV regeling te voorzien in de verduidelijking betreffende de grens die kan worden gesteld aan de besluitvorming inzake het doorbreken van de bindende voordracht en in de BV regeling de tweede zin van artikel 243 lid 2 te doen vervallen.

#### 5. Uitbreiding ontstentenis of beletregeling

In het voorgestelde artikel 134 (244) lid 4 wordt tot uitdrukking gebracht dat een statutaire regeling inzake belet of ontstentenis niet noodzakelijkerwijs betrekking behoeft te hebben op belet of ontstentenis van alle bestuurders. In het geval van belet of ontstentenis van een of meer bestuurders, maar niet alle bestuurders, wordt algemeen aangenomen dat de overblijvende bestuurders met het (gehele) bestuur zijn belast. In verband daarmee had kunnen volstaan met het principe dat de belet- of ontstentenis regeling *ook* betrekking kan hebben op een of meer bestuurders. Anders dan de Memorie van Toelichting doet vermoeden,<sup>1</sup> lijkt de nu opgenomen formulering ertoe te dwingen een vennootschap in haar statuten een regeling uit te werken voor belet of ontstentenis van *een of meer bestuurders*. Dit betekent dat vennootschappen die nu een regeling hebben uitsluitend voor een belet of ontstentenis van alle bestuurders, gedwongen zullen worden hun statuten op dat punt aan te passen. Dat kan niet de bedoeling zijn.

Den Haag, 15 december 2008

---

<sup>1</sup> MvT, p. 19, waar wordt vermeld dat het een vennootschap *vrij staat* een statutaire regeling op te nemen die voorziet in een tijdelijke vervanging van één of meer bestuurders.