

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

inzake

**het door de minister van Justitie aangekondigde voorstel voor een
Reparatiewet (de "Reparatiewet") inzake de Wet van 6 juni 2011 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 ([Stb. 2011, 275](#)) (de "Wet")**

1. INLEIDING

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht ("de Gecombineerde Commissie") brengt meestal advies uit in het kader van consultaties over wetgeving die in voorbereiding is of over wetsvoorstellen die bij het parlement in behandeling zijn. Voor de Gecombineerde Commissie is het ongebruikelijk advies uit te brengen naar aanleiding van een reeds door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel, zoals het voor haar ook ongebruikelijk is zonder dat een concrete ontwerptekst voorligt anticiperend op een wetsvoorstel in voorbereiding advies uit te brengen. De door de minister van Justitie in de Eerste Kamer gedane toezegging dat een voorstel voor de Reparatiewet zal worden ingediend is echter voor de Gecombineerde Commissie reden deze voor haar ongebruikelijke stap te zetten.

Dit advies heeft betrekking op een ander aspect van de Wet dan de toezegging van de Minister dat in de Reparatiewet verduidelijkt zal worden dat bestuurs- en toezichthoudende functies bij culturele, charitatieve en kerkelijke instellingen in het kader van de toepassing van de artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b Boek 2 BW (de "Bepalingen"), niet meegerekend dienen te worden bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde kandidaat bij een "grote" rechtspersoon benoemd mag worden.

Voordat zij de kern van haar advies formuleert, hecht de Gecombineerde Commissie er aan op te merken dat zij apolitiek is en zich richt op het bevorderen van goede en in de praktijk ook goed toepasbare wetgeving. Daaronder verstaat de Gecombineerde Commissie in de eerste plaats wetgeving die niet tot onnodige rechtsonzekerheid kan leiden. Het is op dit laatste punt dat de Bepalingen van de Wet de Gecombineerde Commissie grote zorgen baren, zorgen met het oog waarop de Gecombineerde Commissie bepleit dat de Reparatiewet zodanig wordt uitgebreid dat ook die zorgen weggenomen worden.

Voor de Gecombineerde Commissie vormt het feit dat de wetgever heeft besloten het aantal bestuurs- en toezichthoudende functies die één persoon bij "grote" naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en stichtingen kan vervullen, te beperken, een gegeven.

Bij het formuleren van de Bepalingen heeft de wetgever gekozen voor een formulering die meebrengt dat een benoemingsbesluit dat tot een met de Bepalingen strijdig resultaat zou leiden, nietig is en de betrokken benoeming derhalve niet tot stand komt. Waarschijnlijk mede als gevolg van de late fase in de parlementaire behandeling waarop de Bepalingen zijn voorgesteld, is in de parlementaire behandeling de vraag hoe de Bepalingen het best gesanctioneerd zouden moeten worden en met name of nietigheid wel de meest geëigende sanctie is, niet besproken.

De Gecombineerde Commissie is van oordeel dat de keuze die de wetgever onbewust heeft gemaakt bijzonder ongelukkig is en tot grote rechtsonzekerheid zal leiden. De Gecombineerde Commissie licht dat in dit advies toe en dringt er bij de wetgever op aan bij de Reparatiewet de Wet zo te wijzigen dat een besluit in strijd met de Bepalingen niet langer nietig is, maar vernietigbaar en daarbij uitdrukkelijk te bepalen dat, indien een benoemingsbesluit vernietigd wordt, die vernietiging geen terugwerkende kracht heeft.

2. NIETIGHEID OF Vernietigbaarheid

2.1 De Gecombineerde Commissie meent dat de sanctie van nietigheid van benoemingsbesluiten in strijd met de Bepalingen om twee verschillende redenen juist waar het gaat om de rechtzekerheid ernstig negatieve consequenties kan hebben.

In de eerste plaats is aan de hand van de Bepalingen in veel gevallen niet op voorhand vast te stellen of een besluit tot benoeming door het bevoegde orgaan geldig is of niet. De Gecombineerde Commissie geeft daarvan hierna een aantal

voorbeelden.

In de tweede plaats en naar de Gecombineerde Commissie meent nog ernstiger, is het volgende: In de gevallen dat niet *prima facie* duidelijk is dat een benoeming in strijd met de Bepalingen heeft plaatsgevonden en dat op een later tijdstip wordt vastgesteld dat deze nietig is, ontstaat als gevolg daarvan daarmee ook onzekerheid omtrent de geldigheid van de besluiten aan de totstandkoming waarvan de betrokken persoon heeft meegewerkt.¹ De nietigheid van de benoeming van de betrokken bestuurder of commissaris zal -zeker indien de betrokkene een doorslaggevende stem blijkt te hebben gehad bij de totstandkoming van een besluit- er toe leiden dat de rechtsgeldigheid van een besluit ter discussie zou kunnen komen te staan. De Gecombineerde Commissie meent dat die consequentie volstrekt onaanvaardbaar is. Dit geldt te meer nu de nietigheid niet is ingegeven door enig gebrek dat inhoudelijk aan het betrokken besluit kleeft maar enkel het gevolg zou zijn van het deelnemen aan de totstandkoming van een besluit door iemand van wie op een later tijdstip zou worden vastgesteld dat zijn/haar benoeming nietig was terwijl een bestuur of toezichthoudend orgaan dat wel naar behoren zou zijn samengesteld, tot hetzelfde besluit zou hebben kunnen komen. De door Bepalingen opgeroepen risico's worden daarbij nog versterkt doordat de nietigheid van een benoemingsbesluit onder omstandigheden pas vele jaren later kan blijken; het invoeren van nietigheid is immers niet aan enige termijn gebonden. De Bepalingen hebben in hun huidige vorm gevolgen die een sterke overeenkomst vertonen met art. 3:40 BW in het kader van het effectenrecht die aanleiding vormden voor het opnemen van art. 1:23 Wft.² Dit geldt te meer nu bepaalde besluiten niet alleen een interne werking maar ook een externe werking kunnen hebben.

2.2 De Gecombineerde Commissie noemt ter illustratie een paar voorbeelden van gevallen waaruit naar haar oordeel de onaanvaardbaarheid blijkt van nietigheid of zelfs maar alleen het risico van nietigheid:

- Op grond van de statuten van een naamloze of besloten vennootschap is de goedkeuring vereist van de raad van commissarissen voor de uitgifte van aandelen en de aandelen worden geplaatst. De raad van commissarissen besluit de goedkeuring te verlenen voor een bepaalde uitgifte. Van de raad van commissarissen is één (of mogelijk zelfs meer leden) benoemd in strijd met de

¹ Dit geldt ook indien de betrokkene tussentijds terugtreedt.

² Voorgesteld als art. 1:6p Wft bij de Vierde nota van wijziging. De overwegingen die golden voor het voorstellen van die bepaling gelden op overeenkomstige wijze voor het niet verbinden van de nietigheidssanctie aan een inbreuk op de Bepalingen.

Bepalingen zonder dat de raad van commissarissen of de betrokken persoon zich daarvan bewust is. Op een later tijdstip wordt vastgesteld dat zijn benoeming in strijd met de Bepalingen heeft plaats gevonden. Indien zijn benoeming *ex tunc* nietig is, rijst de vraag of de betrokken aandelen wel geldig zijn geplaatst en degenen die die aandelen hebben genomen (mogelijk gaat het zelfs over beursgenoteerde aandelen) wel aandeelhouder zijn geworden. Niet ondenkbaar is voorts dat de vraag of alle leden van de organen van een naamloze of besloten vennootschap wel met inachtneming van de Bepalingen zijn benoemd, eerst aan de orde komt indien een strijd om de zeggenschap in de betrokken vennootschap ontstaat.

- Bij een naamloze of besloten vennootschap die onder het structuurregime valt, kunnen op overeenkomstige wijze als hiervoor beschreven complicaties ontstaan ten aanzien van de samenstelling van de raad van commissarissen. Deze raad van commissarissen benoemt een bestuurder. De betrokken bestuurder is waar het om eventuele schadeanspraken gaat, beschermd door art. 2:16 lid 2 BW, maar nietigheid van het besluit tot benoeming van een van de leden van de raad van commissarissen kan op deze wijze niet alleen leiden tot vragen omtrent de geldigheid van de benoeming van de betrokken bestuurder maar ook omtrent de geldigheid van besluiten van het bestuur aan de totstandkoming waarvan de betrokken bestuurder heeft meegewerkt, zoals bijvoorbeeld het hierboven genoemde emissiebesluit.

2.3 De Gecombineerde Commissie meent dat dit soort onzekerheid tot iedere prijs vermeden moet worden en dat die ook gemakkelijk vermeden kan worden door aan een besluit in strijd met de Bepalingen niet de sanctie van nietigheid te verbinden, maar te bepalen dat een dergelijk besluit vernietigbaar is, waarbij de vernietiging geen terugwerkende kracht heeft.

2.4 De Gecombineerde Commissie wijst er op dat het rechtsverkeer en de rechtspraktijk ernstig bemoeilijkt zouden worden indien met terugwerkende kracht vastgesteld zou kunnen worden dat een benoeming nietig is en vervolgens onduidelijkheid zou kunnen bestaan omtrent de geldigheid van door een orgaan van een rechtspersoon genomen besluiten. Zo zouden bijvoorbeeld de in de internationale rechtspraktijk gebruikelijke *legal opinions* met betrekking tot de geldigheid van de besluitvorming niet meer afgegeven kunnen worden. Ook zou het voor een notaris die een akte verlijdt waarbij aandelen worden uitgegeven niet mogelijk zijn om vast te stellen of de voor een geldige uitgifte vereiste besluiten rechtsgeldig door de organen van een vennootschap zijn genomen.

2.5 De Gecombineerde Commissie wijst er op dat bij grote rechtspersonen geruime tijd gemoeid pleegt te zijn met een zorgvuldig benoemingsproces en dat in die periode zeer wel mutaties kunnen optreden die in dit opzicht tot complicaties kunnen leiden. Als voorbeelden van gevallen waarin met het aantrekken van nieuwe toezichthouders alleen al als gevolg van bestaande regelgeving geruime tijd gemoeid is, noemt de Gecombineerde Commissie (i) de oproepingstermijn voor aandeelhoudersvergaderingen bij beursgenoteerde ondernemingen, (ii) de in het kader van de structuurregeling geldende mogelijkheden voor aanbeveling en bezwaar en (iii) de periode die gemoeid is met de betrouwbaarheids- en deskundigheidstoets bij financiële instellingen.

2.6 Hiervoor vermeldde de Gecombineerde Commissie al dat aan de hand van de tekst van de Wet niet in alle opzichten vastgesteld kan worden of een bepaald benoemingsbesluit geldig zal zijn of niet. De Gecombineerde Commissie vreest dat ook de Reparatiwet in dit opzicht niet alle onzekerheden zal kunnen wegnemen. De Gecombineerde Commissie noemt in dit verband, niet uitputtend, een paar voorbeelden:

- Bij de Reparatiwet zullen culturele, kerkelijke en charitatieve instellingen worden uitgezonderd van de Bepalingen. Afbakeningen van welke rechtspersonen in de praktijk wel en welke niet onder de Bepalingen vallen, zal moeilijk blijken.
- De Wet verwijst voor de bepaling van de werkingssfeer van de Bepalingen naar artikel 2:397 lid 1 BW. Onduidelijk is of voor de uitleg van het eerste lid art. 2:397 lid 2 BW mede in aanmerking moet worden genomen en, indien dat het geval is, of tussenholdings op de voet van art. 2:408 BW zijn vrijgesteld of niet. Ook is aan de hand van de bepaling niet vast te stellen of bij de toetsing of een rechtspersoon voldoet aan art. 2:397 lid 1 BW, uitgegaan moet worden van de laatst vastgestelde jaarrekening of van de feitelijke positie per het einde van het laatste boekjaar (dus voordat de jaarrekening is vastgesteld); hoe moet bij de toepassing van art. 2:397 lid 1 BW de termijn van twee achtereenvolgende jaarrekeningen worden gezien.
- In een aantal van de Bepalingen wordt gesproken over “een toezichthoudend orgaan dat **bij** de statuten van een rechtspersoon is ingesteld”. In veel gevallen openen de statuten de mogelijkheid om een toezichthoudend orgaan op een later tijdstip op een door de statuten bepaalde wijze in te stellen, bijvoorbeeld middels een besluit van de algemene vergadering. In de gevallen dat de wet in het algemeen en de Wet beogen niet alleen (i) situaties waarin een regeling in de statuten zelf is opgenomen maar ook (ii) situaties waarin de statuten alleen de mogelijkheid openen een bepaalde voorziening te treffen (bijvoorbeeld het instellen van een raad van commissarissen), onder de

werkingssfeer van een wetsbepaling te brengen, wordt meestal "bij of krachtens de statuten" gebruikt. De strekking van de Bepalingen is vermoedelijk dat deze niet alleen van toepassing zijn indien de regeling bij de statuten is getroffen maar deze ook van toepassing te laten zijn indien de statuten alleen de mogelijkheid daartoe hebben geopend en van die mogelijkheid later gebruik is gemaakt (d.w.z. "krachtens" de statuten). Door de wijze van formulering is nu de werkingssfeer van de Bepalingen onduidelijk en neemt het risico dat ongeldige benoemingsbesluiten worden genomen, toe.

- De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of juist is de conclusie dat bij de oprichting van een nieuwe rechtspersoon de Bepalingen niet gelden (ook indien de nieuwe rechtspersoon bij een fusie of splitsing wordt opgericht), omdat er in dat geval geen eerdere peildatum in de zin van artikel 2:397 BW lid 1 is, en dat in die gevallen tot aan het einde van het eerste boekjaar bestuurs- en commissarissen functies bij de nieuw opgerichte rechtspersoon niet getoetst behoeven te worden aan de Bepalingen maar ook tot het einde van het boekjaar van de andere grote rechtspersonen waarbij de betrokken personen als bestuurder of commissaris (her)benoemd worden de functies bij de nieuw opgerichte rechtspersoon niet meegerekend behoeven te worden.

- Bij stichtingen bestaan veel verschillende bestuursvormen, soms ook op basis van dwingende regelgeving zoals de Wet op het primair onderwijs, waarbij het onduidelijk is in hoeverre de betrokkenen als toezichthouder of bestuurder in de zin van de Bepalingen moeten worden aangemerkt. Zo rijst bijvoorbeeld bij een bestuur dat bestaat uit een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur de vraag of de leden van het algemeen bestuur als toezichthouder of als bestuurder in de zin van de Bepalingen moeten worden aangemerkt;.

- Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft de Minister wel gezegd dat, indien een rechtspersoon een "grote" rechtspersoon wordt nadat een bestuurder of toezichthouder is benoemd, dit geen gevolgen heeft voor zijn bestaande lidmaatschappen van toezichthoudende organen of besturen. De Gecombineerde Commissie weet niet of dit ook in de Reparatiewet zal worden vastgelegd. Ook indien dat gebeurt, is onbekend of de Reparatiewet op overeenkomstige wijze een regeling zal inhouden voor de gevallen dat het groepsverband tussen verschillende rechtspersonen wordt verbroken in een situatie waarin een persoon bij meerdere van die rechtspersonen functies bekleedde die zo lang dat groepsverband bestond als één functie werden meegeteld. De Gecombineerde Commissie meent dat een dergelijke regeling zonder meer wenselijk is.

- In lijn met het voorgaande punt is niet duidelijk of, indien een bestuurder van een rechtspersoon een toezichthoudende functie vervult bij een andere groepsmaatschappij, deze functies voor de toepassing van de Bepalingen bij niet

tot dezelfde groep behorende rechtspersonen (i) als een bestuursfunctie, (ii) als een toezichthoudende functie of (iii) beide moeten worden meegeteld.

Ieder van deze voorbeelden onderstreept dat een regeling die aan een inbreuk de consequentie verbindt dat een benoemingsbesluit achteraf nietig kan worden geoordeeld, onaanvaardbare risico's meebrengt en niet in het belang is van de rechtspersoon waarbij de benoeming werd beoogd. Het belang van de rechtspersoon brengt mee dat in alle gevallen moet kunnen worden uitgegaan van de geldigheid van een benoemingsbesluit voor de periode die loopt tot het moment waarop eventueel het benoemingsbesluit op grond van strijd met de Bepalingen is vernietigd.

Daar komt nog bij dat een vennootschap, zelfs als er geen twijfel is over strijd met de Bepalingen, ten onrechte en buiten haar schuld getroffen zou kunnen worden door de desastreuze gevolgen van een nietige benoeming, omdat ze als gevolg van verkeerde voorlichting door de te benoemen persoon of van een wijziging van omstandigheden in strijd met de Bepalingen het benoemingsbesluit heeft genomen. Dit geldt a fortiori voor aandeelhouders in het hierboven gegeven voorbeeld van een nietige emissie.

3. HERSTELPUNTEN

De Gecombineerde Commissie meent, dat nu de Reparatiewet er komt, de Reparatiewet ook een paar andere punten in de Bepalingen beter kan redigeren zodat de bedoeling van de wetgever uit de tekst van de wet blijkt en daarvoor niet de parlementaire behandeling geraadpleegd behoeft te worden.

In de eerste plaats zouden de artikelen 2:132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b BW steeds zo gewijzigd moeten worden dat de impliciete kwaliteitseis die belichaamd is in "kunnen niet zijn" zo gewijzigd wordt dat geen benoeming in die gevallen mag plaatsvinden, vanzelfsprekend onder de hiervoor noodzakelijk geachte toevoeging dat een daarmee strijdige benoeming niet nietig maar alleen vernietigbaar is, waarbij bepaald zou moeten worden dat de vernietiging *ex nunc* werkt.³

In de tweede plaats zou in de artikelen 2:142a, 252a en 297b BW telkens moeten refereren aan "vijf of meer andere rechtspersonen". De huidige tekst beperkt, wanneer deze naar de letter wordt genomen, in strijd met de bedoeling

³ De rechter zou daarbij ook de mogelijkheid moeten hebben niet tot vernietiging over te gaan indien het aantal functies van de betrokkene inmiddels tot een door de wet toegestaan aantal is teruggebracht.

het totale aantal commissariaten tot vier, inclusief de functie bij de rechtspersoon waarom het gaat.

In de derde plaats zou overeenkomstig de toelichting van de Minister telkens in de artikelen 2:132a, 242a en 297a BW vermeld moeten worden dat onder "bestuurder" in het geval van een *one tier board* uitsluitend wordt verstaan een "uitvoerend bestuurder".

Op overeenkomstige wijze zou moeten worden verduidelijkt dat in de artikelen 2:142a, 252a en 297b BW onder "commissaris" een "niet uitvoerend bestuurder" wordt begrepen.

12 juli 2011