

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

inzake

wetsvoorstel 32873 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297 b (het "Voorstel") in verband met 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

1.1 Dit advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht gaat in op twee verschillende aspecten van de Wet. Het eerste aspect heeft betrekking op de werkingssfeer van het Voorstel dat wordt gedaan ter uitvoering van de toezegging van de Minister van Veiligheid en Justitie dat in een 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. Het tweede aspect heeft betrekking op een aantal afbakeningsproblemen dat bestaat onder de Wet zoals die is aangenomen, waarvan de Gecombineerde Commissie meent dat nu een reparatiewet wordt voorgesteld, het wenselijk zou zijn die ook op te lossen.

1.2 De Gecombineerde Commissie hecht er aan op te merken dat zij apolitek 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 het Voorstel en de Wet de Gecombineerde Commissie grote zorgen baren, zorgen die door betrekkelijk eenvoudige aanpassing van het Voorstel weggenomen kunnen worden.

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

2. HET VOORSTEL

2.1 De Gecombineerde Commissie vraagt zich in de eerste plaats af of het Voorstel wel volledig uitvoering geeft aan de toezegging die de Minister van Veiligheid en Justitie bij de behandeling van het voorstel voor de Wet in de Eerste Kamer heeft gedaan. Die toezegging betrof het wegnemen van de zorg dat het na het van kracht worden van de Wet moeilijk zou kunnen worden personen te vinden die bereid zijn een benoeming tot lid van een bestuurs- of toezichthoudend orgaan van grote culturele, charitatieve en kerkelijke instellingen te vinden indien die functies bij de toepassing van de Bepalingen meegerekend zouden moeten worden. De Gecombineerde Commissie heeft die toezegging dan ook begrepen in de zin dat bestuurs- en toezichthoudende functies bij dergelijke instellingen in het kader van de toepassing van ieder van de Bepalingen zowel bij een wel onder art. 2:297a lid 1 onder a vallende stichting als bij een 'grote' naamloze of besloten vennootschap buiten beschouwing zouden blijven bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde kandidaat bij een 'grote' rechtspersoon benoemd mag worden.

2.2 Het Voorstel leidt er nu alleen toe dat, wanneer het om een benoeming bij een stichting gaat die niet bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording als bedoeld in het voorgestelde art. 2:297a lid 1 onder a op te maken en niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 2:397 lid 1 BW, functies die een persoon heeft bij een wel onder art. 2:297a lid 1 onder a vallende stichting of bij een 'grote' naamloze of besloten vennootschap heeft, niet zullen behoeven te worden meegenomen. Deze stichting wordt voor de vraag of het aantal toezichthoudende nevenfuncties voor bestuurders en toezichthouders beperkt moet zijn niet beschouwd als een grote stichting. In het omgekeerde geval echter, indien het gaat om een benoeming bij een wel onder art. 2:297a lid 1 BW vallende stichting of bij een 'grote' naamloze of besloten vennootschap moeten de functies bij grote, niet onder art. 2:297a lid 1 BW vallende stichtingen die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 2:397 lid 1 BW wél worden meegerekend. Omdat ook de functies bij grote culturele, charitatieve en kerkelijke instellingen die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1 BW in dat geval wel meegerekend moeten worden, kan dit er toe leiden dat het in de praktijk het beletsel dat het Voorstel beoogt weg te nemen, nog steeds zal blijven bestaan. De oplossing hiervoor is ook in de artikelen 2:132a, 142a, 242a en 252a BW tot uitdrukking te brengen dat het, waar het om stichtingen gaat, alleen gaat om stichtingen bedoeld in art. 2:297a lid 1 BW. Dit zou kunnen door in het tweede lid van de artikelen 2:132a, 142a, 242a en 252a BW "die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1" te vervangen door "die niet vallen onder artikel 2:297a lid 1".

2.3 Ook in een ander opzicht lijkt het Voorstel waarschijnlijk onbedoeld af te wijken van de toezegging die de minister in de Eerste Kamer heeft gedaan: niet alle grote culturele, charitatieve en kerkelijke instellingen worden onder het Voorstel buiten het bereik van de Bepalingen gebracht, daarvoor zijn de in het

voorgestelde art. 2:297a lid 1 BW gekozen criteria te zeer afwijkende begrippen. De vraag is vooral hoe het vereiste van lid 1 sub a dient te worden gelezen: "bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9". Zo lijkt bijvoorbeeld een stichting die een groot, internationaal bekend museum in stand houdt, ervan uitgaande dat deze stichting voldoet aan het tweede in art. 2:297a lid 1 BW voorgestelde criterium voor grote stichting, niet uitgezonderd te zijn. De reden is dat Artikel 2.26 Regeling op het specifiek cultuurbeleid die is gebaseerd op de Wet specifiek cultuurbeleid van toepassing is op aanvragen voor subsidie vaststelling en deze regeling bepaalt dat een aanvraag o.a. vergezeld moeten gaan van een jaarrekening waarop titel 9 van Boek 2 BW van toepassing is. Via een omweg zien we dan ook dat een dergelijk museum, waarvan in Nederland er enkele bestaan, om subsidie te krijgen via deze regeling toch verplicht is een titel 9 jaarrekening op te stellen. Indien echter de invalshoek zou moeten zijn dat van een dergelijke stichting niet gezegd kan worden dat deze onder een echte titel 9 plicht valt, nu de wet haar niet dwingt om subsidie aan te vragen, maar zij dit als het ware "vrijwillig" doet teneinde subsidie te verkrijgen illustreert dit hoe moeilijk het is het toepassingsbereik van art. 2:297a lid 1 BW te bepalen.¹

3. NIETIGHEID OF VERNIETIGBAARHEID RESP. ONTSLAG

3.1 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

¹ Ook overigens vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of de definitie van art. 2:297a lid 1 BW wel voldoende overeenstemt met wat in het rechtsverkeer worden aangemerkt als "culturele, charitatieve en kerkelijke instellingen". Nog los van het feit dat er dergelijke instellingen bestaan die niet de rechtsvorm van de stichting hebben, is de vraag of niet sommige van hen wel degelijk geacht moeten worden een onderneming in stand te houden in strikte zin. Voor de interpretatie van de eis van art. 2:297a lid 1 sub a zal immers onder andere beoordeeld moeten worden of een stichting voldoet aan de eisen gesteld in artikel 2:360 lid 3, eerste zin BW. De memorie van toelichting lijkt er van uit te gaan dat voor de toepasselijkheid van art. 2:360 lid 3 BW de daarin genoemde inschrijfplicht ingevolge de Handelsregisterwet slechts ziet op stichtingen die een onderneming instandhouden die onderdeel uitmaken van het commerciële bedrijfsleven, opererend op een concurrerende markt (en die voldoen aan de netto omzet eis). Daarvoor wordt verwezen naar de memorie van toelichting uit 1995 bij de wet "Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden". De Gecombineerde Commissie vraagt zich af hoe deze interpretatie zich verhoudt tot de ook in de memorie van toelichting genoemde Interpretatie van het ondernemingsbegrip in het Handelsregister als bedoeld in de Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008. Staatscourant 30 juni 2008, nr.123, p. 15. Daarin lijkt, in lijn met artikel 2 van het Handelsregisterbesluit 2008, naast eventuele andere factoren in ieder geval het oogmerk tot het behalen van materieel voordeel doorslaggevend voor de vraag of een stichting een onderneming drijft die dient te worden ingeschreven in het Handelsregister. Bij de beoordeling of er sprake is van een dergelijk oogmerk is volgens de Beleidsregel de bestemming van de winst niet relevant. De Gecombineerde Commissie sluit niet uit dat culturele instellingen afhankelijk van de aan "materieel voordeel" toe te kennen betekenis wel degelijk geacht moet worden het oogmerk te hebben om materieel voordeel te behalen, bijvoorbeeld met het oog op de bekostiging van een nieuw stuk in de collectie, waarmee culturele instellingen met een bepaalde omvang onder de reikwijdte van artikel 2:360 lid 3 BW en daarmee onder artikel 2:297a lid 1 zouden komen te vallen.

zouden kunnen worden en met name of nietigheid van en benoemingsbesluit wel de meest geëigende sanctie is, niet besproken.

3.2 De Gecombineerde Commissie meent dat de keuze die de wetgever 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 door aanpassing van het Voorstel 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.

3.3 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.

3.4 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.

3.5 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.² 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 en de beraadslaging daarover 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 de Bepalingen opgeroepen risico's worden daarbij nog versterkt doordat de nietigheid van een benoemingsbesluit onder omstandigheden pas vele jaren later kan blijken; het inroepen van nietigheid is immers anders dan voor de vernietiging van een besluit geldt, 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.³ Dit geldt te meer nu bepaalde

² Dit geldt ook indien de betrokkene tussentijds terugtreedt.

³ Voorgesteld als art. 1:6p Wft bij de Vierde nota van wijziging. De overwegingen die golden voor het

besluiten niet alleen een interne werking maar ook een externe werking kunnen hebben.

3.6 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 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.

3.7 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.

3.8 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

voorstellen van die bepaling gelden op overeenkomstige wijze voor het niet verbinden van de nietigheidssanctie aan een inbreuk op de Bepalingen.

van een rechtspersoon genomen besluiten. Zo zouden bijvoorbeeld de in de internationale rechtspraak 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.

3.9 De Gecombineerde Commissie wijst er verder 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.

3.10 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 het Voorstel in dit opzicht niet alle onzekerheden wegneemt. De Gecombineerde Commissie noemt in dit verband, niet uitputtend, een paar voorbeelden:

- 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. Ook rijst 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 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 betreurt het dat dit niet ook in het Voorstel is worden vastgelegd. De Gecombineerde Commissie wijst er op dat een vergelijkbare vraag zich voordoet in het geval dat het groepsverband tussen verschillende rechtspersonen wordt verbroken en iemand 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.

3.11 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.

3.12 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.⁴ Dit geldt a fortiori voor aandeelhouders in het hierboven gegeven voorbeeld van een nietige emissie.

3.13 Een alternatief voor de nietigheid én de vernietigbaarheid waarmee ook de door de Gecombineerde Commissie beoogde rechtszekerheid wordt bereikt, is het openen van de mogelijkheid voor iedere belanghebbende en het openbaar ministerie om door het indienen van een verzoekschrift bij de rechtbank het ontslag van en bestuurder of commissaris/toezichthouder, die in strijd met de cumulatiebepalingen is benoemd te verzoeken. De Gecombineerde Commissie meent dat gelet op de onduidelijkheden die aan de wettelijke regeling kleven én het doel van de cumulatiebepaling de rechter alleen tot ontslag zou moeten overgaan indien de betrokkene ten tijde van de behandeling nog een te groot aantal functies vervult en zijn beslissing zou moeten kunnen aanhouden om de betrokkene in de gelegenheid te stellen door één of meer functies neer te leggen een einde aan de inbreuk te maken.

3.14 De Gecombineerde Commissie verwacht dat indien de regeling overeenkomstig één van beide alternatieven (hetzij wijziging van nietigheid in vernietigbaarheid met werking *ex nunc* of ontslag door de rechter) wordt gewijzigd, het indienen van een verzoek in het algemeen zowel voor de betrokken persoon als voor de rechtspersoon waarbij de betrokkene is benoemd reden zal zijn om zodanige aanpassingen door te voeren dat de strijdigheid met de cumulatiebepaling wordt beëindigd en dat dit mogelijk alleen anders zal zijn in gevallen waarin de wettelijke regeling niet duidelijk is.

4. HERSTELPUNTEN

4.1 De Gecombineerde Commissie meent, dat nu een voorstel tot reparatie van de Wet is gedaan, de reparatie 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.

4.2 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*

⁴ Er bestaat geen register aan de hand waarvan zich eenduidig laat vaststellen of een voorgenomen benoeming strijdig zou zijn met de anti-cumulatiebepaling.

werkt.⁵

4.3 In de tweede plaats zou overeenkomstig de toelichting van de Minister zoals die in de Eerste Kamer is gegeven, 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".

4.4 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.

5. TIMING ASPECTEN

De Gecombineerde Commissie onderkent het belang van een snelle inwerkingtreding van de Wet en dat het Voorstel een snelle inwerkingtreding van de Wet beoogt te mogelijk te maken. De vragen met betrekking tot de cumulatiebepalingen zijn echter dermate belangrijk dat de Gecombineerde Commissie meent dat, indien beide doelstellingen zich niet met elkaar laten verenigen, het belangrijker is dat de wettelijke regeling in dit opzicht adequaat is dan dat de wet al per 1 januari 2012 van kracht wordt.

19 oktober 2011

⁵ 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.