

Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen

Inleiding

In het kader van het streven om het vestigingsklimaat van Nederland internationaal aantrekkelijk te maken, heeft de minister van Justitie op 18 maart 2008 een voorontwerp voor een wetsvoorstel (hierna: het Voorontwerp) voor consultatie aangeboden betreffende de aanpassing van het bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.¹ Het Voorontwerp geeft onder meer een uitwerking aan een alternatief bestuursstelsel, het one-tier model, en voorziet tevens in een nieuwe tegenstrijdig-belangregeling.

Van oudsher wordt het interne toezicht op het bestuur van een naamloze of besloten vennootschap in Nederland vervuld door een raad van commissarissen, het zogenoemde *two-tier model*. Om beter aansluiting te vinden bij de Angelsaksische praktijk wil de wetgever het mogelijk maken dat uitvoerende bestuurders en algemene 'toezichthoudende' bestuurders deel kunnen uitmaken van één orgaan, het zogenoemde *one-tier model*. Een naamloze of besloten vennootschap krijgt dus de mogelijkheid om voor een van beide bestuursstelsels te kiezen, tenzij de structuurregeling op de vennootschap van toepassing is. Tevens wordt in het Voorontwerp de tegenstrijdig-belangregeling aangepast. De wetgever is van mening dat de huidige regeling tot rechtsonzekerheid leidt en niet goed aansluit bij de beschermingsgedachte van de regeling. Volgens de wetgever zal het Voorontwerp de bruikbaarheid van de naamloze en de besloten vennootschappen in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen vergroten, en dit zou een positief effect moeten hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat.

Allereerst zal ik enkele relevante aspecten van het Voorontwerp bespreken die betrekking hebben op het one-tier model. Vervolgens zal ik stilstaan bij het voorstel voor een nieuwe tegenstrijdig-belangregeling.

One-tier model

Algemeen

In de afgelopen jaren zijn er veel stemmen opgegaan om de toezichthoudende taak toe te bedelen aan personen die tevens bestuursverantwoordelijkheid dragen, de zogenoemde algemene bestuurders.² Een raad van commissarissen zou namelijk door zijn informatieachterstand ten opzichte van het bestuur niet altijd goed in staat zijn om effectief toezicht te houden. Algemene 'toezichthoudende' bestuurders

hebben in een one-tier bestuursstructuur geen last van deze informatieachterstand: aangezien uitvoerende en algemene bestuurders in hetzelfde orgaan zitten, ontvangen ze namelijk tegelijkertijd hun informatie. Bovendien verkrijgen de algemene bestuurders – in tegenstelling tot commissarissen – alle informatie op een moment dat het bestuur nog niet tot een besluit is gekomen. Fortis en Shell hebben hun bestuur daarom al ingericht volgens het one-tier model.³

Huidige wetgeving

Hoewel in het algemeen wordt aangenomen dat onder de huidige wetgeving voldoende ruimte bestaat om het bestuur en het toezicht daarop volgens het one-tier model in te richten,⁴ bestaat er in de praktijk veel rechtsonzekerheid ten aanzien van de positie van de algemene bestuurders. Het probleem is dat vanwege de collectieve verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid, er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de bestuurdersaansprakelijkheid van de algemene bestuurders.⁵ Onder andere de Expertgroep⁶ heeft dit probleem onderkend en beveelt in het kader van de flexibilisering van het BV-recht aan om de verantwoordelijkheden van de bestuurders in een one-tier model duidelijk af te bakenen. De Expertgroep heeft echter haar twijfels of een dergelijk onderscheid, gelet op artikel 2:9 BW, onder de huidige wetgeving mogelijk is.

Voorontwerp

In het Voorontwerp wordt artikel 2:9 BW aangepast om vennootschappen de mogelijkheid te bieden om de verantwoordelijkheden van de uitvoerende en algemene bestuurders duidelijk te scheiden. In het Voorontwerp komt artikel 2:9 BW als volgt te luiden:

- '1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toegedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.'

1. Zie www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/aanpassing-bestuur-en-toezicht-in-nv-en-bv.

2. Zie P. Couwenbergh & M. van Gool, Commissarissen moeten in de Raad van Bestuur, *Het Financieele Dagblad*, 29 maart 2005.

3. Zie Ch.E. Honée, *De Koninklijke is niet meer: lang leve Royal Dutch! (?)*, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 440-445.

4. Vgl. P.J. Dortmund, *De one-tier board in een Nederlandse vennootschap*, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 2003, deel 40, p. 111-123.

5. Vgl. D.A.M.H.W. Strik, *Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden, you cannot have your cake and eat it*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 367-374.

6. Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, *Rapport van de Expertgroep*, 6 mei 2004, p. 203 e.v.

Een algemeen bestuurder blijft dus collectief verantwoordelijk voor het gevoerde beleid, maar hij is pas aansprakelijk indien hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bij deze beoordeling speelt de taakverdeling binnen een one-tier bestuursstructuur mee. Er kan namelijk een bestuurder géén ernstig verwijt worden gemaakt indien hij kan aantonen dat de desbetreffende aangelegenheid niet tot zijn taak behoorde als bedoeld in artikel 2:9 BW én hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten door de andere bestuurder, wiens taak het wel betrof, af te wenden. De verdeling van de taken doet dus niet af aan de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, maar het heeft wel gevolgen voor de individuele disculpatie van algemene bestuurders.

Commentaar

Het Voorontwerp past goed in het streven van de wetgever om het vennootschapsrecht in Nederland aantrekkelijker en flexibeler te maken. De voorgestelde aanpassing van artikel 2:9 BW zorgt voor meer rechtszekerheid, doordat het duidelijkheid schept ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid van algemene bestuurders.

De relatie tussen het one-tier model en het structuurregime roept echter vragen op. In de memorie van toelichting bij het Voorontwerp (hierna: de MvT)⁷ wordt opgemerkt dat in het geval een vennootschap onder het structuurregime valt, zij niet de vrijheid heeft om voor het one-tier model te kiezen. In dat geval moet volgens de MvT⁸ er namelijk van uit worden gegaan dat 'de met de vennootschap verbonden onderneming zozeer van maatschappelijk betekenis is dat de vrijheid van de ondernemer om een eigen bestuursstructuur te kiezen, moet wijken voor het belang van de maatschappij bij *goed en onafhankelijk* toezicht'.

Dit lijkt te impliceren dat algemene bestuurders in het one-tier model (bijvoorbeeld de algemene bestuurders van Royal Dutch Shell plc) niet in staat zouden zijn om goed en onafhankelijk toezicht te houden. Dit is merkwaardig. Over het algemeen zal door de eerder besproken informatieverschaffing een algemeen bestuurder juist beter in staat moeten zijn om toezicht te houden op het bestuur.

Wellicht bedoelt de wetgever dat een algemeen bestuurder minder onafhankelijk is dan een commissaris. Het Voorontwerp bevat geen specifieke bepaling die de onafhankelijkheid van algemene bestuurders regelt. Ten aanzien van de onafhankelijkheid van commissarissen bevat de Corporate Governance Code (hierna: Code) een uitgebreide regeling.⁹ De Code verklaart deze regeling echter van overeenkomstige toepassing op de algemene bestuurders van vennootschappen die een one-tier bestuursstructuur kennen. De

Code behandelt algemene bestuurders en commissarissen ten aanzien van hun onafhankelijkheid dus gelijk.

Enkel voor structuurvennootschappen stelt de wet (in art. 2:160/270 BW) additionele eisen aan de onafhankelijkheid van commissarissen: personen die in dienst zijn bij de vennootschap, bij een afhankelijke maatschappij of – kort gezegd – bij een vakbond, kunnen geen commissaris zijn. Onduidelijk is waarom in het Voorontwerp de wetgever niet de artikelen 2:160/270 BW van overeenkomstige toepassing op algemene bestuurders verklaart. Ook vennootschappen met het one-tier model hebben immers behoefte aan onafhankelijke algemene bestuurders.¹⁰

In het verlengde hiervan kan men zich in zijn algemeenheid afvragen waarom algemene bestuurders in het Voorontwerp niet geheel zijn gelijkgeschakeld met commissarissen. In de praktijk zijn de taken van commissarissen namelijk in belangrijke mate opgeschoven naar de rol van algemene bestuurders in het one-tier model.¹¹ Ook de wetgever erkent in de MvT¹² dat er geen fundamenteel verschil bestaat in de taakopvatting van een commissaris en een algemeen bestuurder. Er lijkt dan ook geen reden te zijn om commissarissen en algemene bestuurders niet gelijk te behandelen. Indien dit het geval zou zijn, zouden ook de huidige structuurvennootschappen de mogelijkheid moeten hebben om voor een one-tier model te kiezen. Deze keuzevrijheid zou het vestigingsklimaat in Nederland zeker ten goede komen.

Tegenstrijdig belang

Algemeen

De laatste jaren heeft de tegenstrijdig-belangregeling zoals neergelegd in de artikelen 2:146/256 BW, veel stof doen opwaaien. Mede gelet op de constante stroom van jurisprudentie, is de conclusie gerechtvaardigd dat de praktijk nog altijd worstelt met dit leerstuk. In dit kader heeft de Expertgroep¹³ voorgesteld om de huidige regeling te wijzigen. De wetgever heeft het Voorontwerp aangegrepen om de tegenstrijdig-belangregeling aan te passen.

Huidige wetgeving

De huidige regeling kent als uitgangspunt dat de vennootschap die een tegenstrijdig belang heeft met haar bestuurders, wordt vertegenwoordigd door haar commissarissen. In de statuten kan van dit uitgangspunt worden afgeweken en bijvoorbeeld worden bepaald dat een bestuurder met een tegenstrijdig-belang toch vertegenwoordigingsbevoegd is. De algemene vergadering van aandeelhouders is evenwel steeds bevoegd om een bijzondere vertegenwoordiger aan

7. P. 4.

8. P. 4.

9. Commissie-Tabaksblat, 'De Nederlandse Corporate Governance Code', 9 december 2003.

10. Vgl. H.H. Kersten, De onafhankelijke toezichthouder, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 129-136.

11. Vgl. P.C. van den Hoek, Verantwoording en de raad van commissarissen, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 343-347.

12. P. 3.

13. Rapport van de Expertgroep 2004, p. 256 e.v.

te wijzen. Het tegenstrijdig-belangbegrip werd lange tijd formeel geïnterpreteerd. Een potentieel tegenstrijdig belang viel altijd onder de tegenstrijdig-belangregeling. Niet werd getoetst of er daadwerkelijk sprake was van een tegenstrijdig-belang. Na het Bruil-arrest¹⁴ wordt echter algemeen aangenomen dat de Hoge Raad tegenwoordig het tegenstrijdig-belangbegrip materieel invult. De huidige regeling heeft onder omstandigheden tevens externe werking. Indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling verricht waarbij de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, is er sprake van onbevoegde vertegenwoordiging. Deze onbevoegdheid kan aan de wederpartij worden tegengeworpen indien het tegenstrijdig belang ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling aan de derde bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn. Een derde heeft dus een onderzoeksplicht naar een eventueel tegenstrijdig belang. In de praktijk zorgt dit voor veel onzekerheid.

De wetgever erkent in de MvT (p. 12) dat de huidige regeling leidt tot rechtsonzekerheid. Tevens is de wetgever van mening dat de huidige regeling niet goed aansluit bij de beschermingsgedachte van de regeling, omdat het mogelijk blijft dat een bestuurder ondanks zijn tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd blijft.

Voorontwerp

In het Voorontwerp zijn de artikelen 2:146/256 BW komen te vervallen. Aan de artikelen 2:129/239 BW zijn twee nieuwe leden toegevoegd, die luiden:

‘5. Bij de vervulling van zijn taak richt het bestuur zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

6. Een bestuurder neemt niet deel aan de besluitvorming over een onderwerp indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen of als die er niet is de algemene vergadering. De statuten kunnen ten aanzien van het in de laatste volzin bedoelde geval anders bepalen.’

Tevens wordt in een nieuw lid bij de artikelen 2:140/230 BW een tegenstrijdig-belangregeling voor commissarissen opgenomen.

De tegenstrijdig-belangregeling is in het Voorontwerp verschoven van de vertegenwoordigings- naar de besluitvormingsfase. Indien een bestuurder (direct dan wel indirect) persoonlijk betrokken is bij de wederpartij, neemt hij niet deel aan de beraadslaging en heeft hij zich van stemming te onthouden. Handelt een bestuurder echter in strijd met deze regeling, dan is het desbetreffende besluit vernietigbaar.

Tegen dit besluit kan worden opgekomen door eenieder die een redelijk belang heeft bij de nakoming van de bepaling. Overigens is in de voorgestelde regeling het niet meer mogelijk om een tegenstrijdig belang in de statuten weg te schrijven.

De vernietiging van het besluit heeft voor de rechtshandeling van de vennootschap en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur geen gevolgen. De rechtshandeling blijft dus in stand. De desbetreffende bestuurder kan echter op grond van artikel 2:9 jo. 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld voor de schade die aan de vennootschap is toegebracht door de gewraakte transactie.

Commentaar

Het is een stap vooruit dat in het Voorontwerp de externe werking van de tegenstrijdig-belangregeling wordt afgeschaft. Aangezien daardoor de onderzoeksplicht van een derde naar een eventueel tegenstrijdig belang verdwijnt, zal de rechtsonzekerheid verminderen. Ook zal de praktijk verheugd zijn dat door deze regeling een einde komt aan de nogal formeel aandoende aanwijzingsbesluiten door de algemene vergadering van aandeelhouders in de situatie dat een bestuurder met een mogelijk tegenstrijdig belang tevens de enig aandeelhouder is van de vennootschap.

Het Voorontwerp leidt echter ook tot vragen met betrekking tot de reikwijdte van het tegenstrijdig-belangbegrip. Het is opvallend dat in de regeling specifiek aansluiting wordt gezocht bij een indirect of direct *persoonlijk* belang. Door de gekozen bewoordingen lijkt de wetgever hiermee het kwalitatief tegenstrijdig belang uit te sluiten van de regeling. Als voorbeeld van een tegenstrijdig-belangsituatie wordt echter in de MvT (p. 10-11) de situatie genoemd dat een bestuurder tevens een functie vervult bij een andere vennootschap. Dit is een typisch voorbeeld van een *kwalitatief* tegenstrijdig belang. Dit leidt tot de conclusie dat volgens de wetgever een enkel kwalitatief tegenstrijdig belang wel degelijk onder de voorgestelde regeling valt.

De wetgever lijkt in de voorgestelde regeling tevens te kiezen voor een formeel tegenstrijdig-belangbegrip. Uit de MvT (p. 13 e.v.) volgt namelijk dat in het geval een bestuurder (direct dan wel indirect) betrokken is bij de wederpartij, hij zich moet onthouden van stemming. Er wordt hierbij niet de nuance gemaakt dat er bij deze afweging gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval. Ook indien de persoonlijke belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de vennootschap, dient hij zich dus terug te trekken.

Door de ruime en formele uitleg van het tegenstrijdig-belangbegrip en door het feit dat een tegenstrijdig-belang niet in de statuten kan worden weggeschreven, zal in de praktijk vaak sprake zijn van een tegenstrijdig belang-situatie, waardoor de desbetreffende bestuurder zich van besluitvorming dient te onthouden. Het is mijns inziens een stap terug dat de voorgestelde regeling aansluiting

14. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420.

zoekt bij een formeel tegenstrijdig-belangbegrip. In de praktijk is er vaak sprake van een situatie dat het persoonlijk belang van een bestuurder parallel loopt met het belang van de vennootschap. In deze situatie hoeft de vennootschap niet te worden beschermd. De aansluiting in het Voorontwerp bij een formeel tegenstrijdig-belangbegrip doet mijns inziens geen recht aan de gecompliceerde praktijk. Het uiteindelijke wetsvoorstel zal hierover hopelijk meer duidelijkheid bieden.

Tot slot

De wetgever tracht met het voorgenomen wetsvoorstel de rechtsonzekerheid omtrent het one-tier model te verminderen. Met name de voorgestelde aanpassing van artikel 2:9 BW, waardoor een duidelijk afgebakende taakverdeling binnen het bestuur mogelijk is, schept duidelijkheid ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid van algemene ‘toezichthoudende’ bestuurders. In het geval dat een vennootschap onder het structuurregime valt, is zij niet vrij in haar keuze voor een bestuursstructuur. De onderbouwing van die keuze overtuigt (nog) niet.

Ook voorziet het Voorontwerp in een nieuwe tegenstrijdig-belangregeling. De tegenstrijdig-belangregeling is in het Voorontwerp verschoven van de vertegenwoordigings- naar de besluitvormingsfase. Het is een stap vooruit dat in het Voorontwerp de externe werking wordt afgeschaft. De wetgever lijkt evenwel in de voorgestelde regeling te kiezen voor een formeel tegenstrijdig-belangbegrip, hetgeen valt te betreuren.

*Mr. drs. F.A. Biemond
Stibbe*