

De Wet bestuur en toezicht: een nieuwe reparatie vereist

*Mr. F. C. de Hosson**

Inleiding

De Wet bestuur en toezicht is op 31 mei jl. aangenomen door de Eerste Kamer en op 14 juni 2011 gepubliceerd in het Staatsblad.¹ Hoewel de minister van Veiligheid en Justitie (hierna: de minister) heeft toegezegd dat inwerkingtreding vóór 1 januari 2012 zal plaatsvinden, lijkt het onwaarschijnlijk dat hij die toezegging zal kunnen nakomen. In deze bijdrage zal een aantal gevolgen van de door de Wet bestuur en toezicht geïntroduceerde limitering van het aantal functies van bestuurders en commissarissen centraal staan.

Na enig aandringen heeft de minister op 2 september 2011 een reparatiewet doen uitgaan (hierna: de Reparatiewet),² waarmee wordt beoogd bepaalde stichtingen vrij te stellen van genoemde limitering. Voorafgaand aan de Reparatiewet heeft de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: de Gecombineerde Commissie) de minister eigener beweging een aantal aanbevelingen gedaan.³ De minister heeft deze aanbevelingen zonder inhoudelijk op de voorstellen in te gaan naast zich neergelegd. Deze bijdrage zal nader ingaan op een van die niet-overgenomen aanbevelingen van de Gecombineerde Commissie: benoemingsbesluiten in strijd met de bepalingen over de limitering van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties dienen met vernietigbaarheid (zonder terugwerkende kracht) te worden gesanctioneerd in plaats van met nietigheid. Alvorens deze aanbeveling te behandelen, zal ik eerst kort de nieuwe regeling voor de limitering van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties bespreken.

Limitering van bestuurs- en toezichtfuncties

Op grond van het aangenomen amendement-Irrgang⁴ (hierna: het Amendement) is in de Wet bestuur en toezicht een regeling opgenomen die een limiet stelt aan het aantal bestuurs- en

toezichtfuncties dat gelijktijdig kan worden vervuld. Het doel van het amendement-Irrgang blijkt uit de toelichting:

‘Om de kwaliteit van bestuur en toezicht bij een rechtspersoon te waarborgen, belangenverstrengeling te voorkomen en een bijdrage te leveren aan het doorbreken van het zogenaamde “old boys network”, is het wenselijk dat een individu niet teveel functies tegelijkertijd kan bekleden. Door het bekleden van teveel functies moet de aandacht immers over meerdere zaken verspreid worden, wordt sneller de schijn van belangenverstrengeling gewekt en wordt het moeilijker voor buitenstaanders om toe te treden tot de hoogste organen van een rechtspersoon.’

Het amendement is na aanneming opgenomen in de artikelen 2:132a/242a en 2:297a Burgerlijk Wetboek (BW) (bestuursfuncties) en in de artikelen 2:142a/252a en 2:297b BW (toezichtfuncties) (hierna tezamen: de Nieuwe artikelen). De limitering van het aantal functies geldt slechts voor ‘grote’ naamloze en besloten vennootschappen en stichtingen. Een NV, BV of stichting kwalificeert als ‘groot’ indien de rechtspersoon conform artikel 2:397 lid 1 BW *niet* voldoet aan ten minste twee van de aldaar gestelde voorwaarden voor een ‘kleine’ onderneming. De Reparatiewet voegt hier nog aan toe dat de limitering voor stichtingen pas toepassing vindt indien een stichting een financiële verantwoording dient op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2.

De Reparatiewet verschilt overigens wezenlijk van de toezegging van de minister aan de Eerste Kamer (namelijk dat de Reparatiewet alle charitatieve, culturele en kerkelijke stichtingen niet mee zou tellen)⁵ en roept meer vragen op dan deze wet beantwoordt. Het meest in het oog springt dat de Reparatiewet de aanvullende ‘jaarrekeningseis’ slechts stelt in het kader van ‘actieve’ benoemingen bij een stichting en niet bij de telling van het aantal benoemingen wanneer een ‘grote’ NV of BV een persoon benoemt.⁶ Overigens zijn ook na uitvaardiging van de Reparatiewet de criteria voor ‘groot’ nog steeds niet geheel helder. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk of bij bepa-

* Mr. F.C. de Hosson is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. 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.
2. Wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Kamerstukken II 2010/11, 32 873, nr. 2).
3. Aanbevelingen van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 12 juli 2011. Deze aanbevelingen zijn te raadplegen via <www.knb.nl/adviezen-gvc>.
4. Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 20 en ten aanzien van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht: Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 27.

5. Handelingen I 2010/11, nr. 28, item 4.

6. De auteur laat in deze bijdrage de discussie omtrent de aanpassingen in de Reparatiewet en de uitwerking daarvan verder buiten beschouwing. Hieraan is in de bijdrage van E.H.F. Haantjes in dit nummer uitvoerig aandacht besteed.

ling van de 'grootte' van een NV, BV of stichting naar de enkelvoudige of geconsolideerde balans moet worden gekeken.

Voor bestuurders van 'grote' NV's, BV's en stichtingen brengt de Wet bestuur en toezicht mee dat zij niet meer dan twee commissariaten en/of niet-uitvoerende bestuursfuncties bij andere 'grote' rechtspersonen kunnen bekleden. Benoemingen bij groepsmaatschappijen worden in deze limitering buiten beschouwing gelaten. Het is een bestuurder van een 'grote' rechtspersoon daarnaast niet toegestaan voorzitter te zijn van de raad van commissarissen van een andere 'grote' rechtspersoon en ook niet voorzitter van een one-tier board van een andere 'grote' rechtspersoon. Ten slotte is van belang dat de functie van lid van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een 'grote' rechtspersoon is ingesteld, voor wat betreft de limitering van het aantal functies, gelijk wordt gesteld met de functie van commissaris.

Voor commissarissen van 'grote' NV's, BV's en stichtingen betekent de wetswijziging dat zij niet meer dan vijf commissariaten en/of niet-uitvoerende bestuursfuncties tegelijk kunnen bekleden. Voorzitterschap van een raad van commissarissen of een one-tier board telt daarbij dubbel. Ook hier worden benoemingen bij groepsmaatschappijen buiten beschouwing gelaten en wordt een functie als lid van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een 'grote' rechtspersoon is ingesteld, gelijkgesteld met de functie van commissaris.

Een van de zaken die opvalt, is dat de nieuwe regeling bestuurders minder zwaar lijkt te treffen dan commissarissen. Het blijft na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht namelijk mogelijk om een ongelimiteerd aantal bestuursfuncties naast elkaar te blijven uitoefenen, terwijl het aantal gelijktijdige toezichtfuncties is beperkt tot vijf. Ik kan mij dan ook voorstellen dat met name de Nederlandse trustsector opgelucht adem zal hebben gehaald. Waarom dit onderscheid is gemaakt, kan echter niet uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid. Vermoedelijk is simpelweg aangesloten bij de criteria die al in het kader van de Nederlandse corporate governance code waren ontwikkeld. Daarnaast is in 'het werkelijke leven' een opeenstapeling van uitvoerende bestuursfuncties bepaald minder waarschijnlijk.

Corporate governance code

De Nieuwe artikelen vertonen als gezegd gelijkenis met de in de Nederlandse corporate governance code (hierna: de Code) neergelegde limiteringen. Op grond van *best practice*-bepaling II.1.8 wordt een bestuurder van een beursvennootschap namelijk geacht niet meer dan twee commissariaten bij andere Nederlandse beursvennootschappen te hebben. *Best practice*-bepaling III.3.4 beperkt het aantal commissariaten van één persoon bij Nederlandse beursvennootschappen tot vijf. Er zijn echter ook verschillen.

Het belangrijkste verschil is dat de Nieuwe artikelen zich niet beperken tot Nederlandse beursvennootschappen. Gezien het

belang van goed bestuur en toezicht acht het Amendement een limitering op het aantal functies voor alle 'grote' vennootschappen en voor 'grote' stichtingen wenselijk, met als argument dat de gesignaleerde problemen zich niet beperken tot de private sector/beursgenoteerde ondernemingen, maar evengoed voorkomen in de (semi)publieke sector. Opvallend is voorts dat functies bij 'grote' verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en buitenlandse rechtspersonen niet meetellen voor de limitering. Bij de behandeling in de Eerste Kamer merkte de minister over het buiten beschouwing laten van functies bij de coöperatie fijntjes op:⁷

'Het amendement heeft geen betrekking op benoemingen door en bij coöperaties. Ik ga ervan uit dat de indieners van het amendement onvoldoende redenen hebben gezien om bij die rechtsvorm in te grijpen.'

En over het uitsluiten van buitenlandse rechtspersonen luidde zijn antwoord:⁸

'Het amendement strekt zich terecht niet uit tot benoemingen bij buitenlandse bedrijven. Zo'n regeling zou moeilijk handhaafbaar zijn; de benoemingen bij buitenlandse bedrijven zijn in de regel niet kenbaar via het Nederlandse handelsregister.'

Deze wel zeer beknopte en weinig onderbouwde reactie op het Amendement doet vermoeden dat de minister zich niet erg betrokken voelt bij het Amendement. Het roept tevens de vraag op of de indiener mogelijk een bedoeling heeft gehad met de uitsluiting van verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en buitenlandse rechtspersonen. Noch de memorie van toelichting, noch de parlementaire behandeling biedt enige verheldering op dit punt. Ik vermoed dat eenvoudig sprake is geweest van een omissie.

De inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht brengt ook verandering voor de naleving met zich mee. Waar de Code voor de naleving gebruik maakt van het 'pas toe of leg uit'-principe, staat het (beurs)vennootschappen niet vrij van de wettelijke regeling af te wijken. De regeling is immers van dwingend recht (art. 2:25 BW). Het is overigens de vraag of de wettelijke verankering niet tot een doorkruising leidt van het amendement bij hetzelfde wetsvoorstel inzake de evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen.⁹ Het is immers goed denkbaar dat de wettelijke verankering leidt tot onvoldoende beschikbaarheid van ervaren vrouwelijke Nederlandse kandidaten. Daarnaast bestaat het risico dat (met name) ervaren vrouwelijke kandidaten hun heil in het buitenland zullen zoeken.

Ten slotte is van belang dat het benoemingsbesluit in strijd met de Nieuwe artikelen door nietigheid wordt getroffen, ter-

7. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. C (MvA).

8. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. C (MvA).

9. Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 14.

wijl aan niet-naleving van *best practice*-bepalingen II.1.8 en III.3.4 geen juridische consequenties zijn verbonden. Deze (waarschijnlijke) nietigheid vloeit voort uit de negatieve formulering die de wetgever heeft gekozen. De Nieuwe artikelen luiden: bestuurders *kunnen niet* zijn, respectievelijk: commissarissen *kunnen niet* zijn.

Negatieve formulering

De negatieve formulering roept de vraag op wat de gevolgen zijn van een benoeming in strijd met de Nieuwe artikelen. In dat kader is het zinvol de drie belangrijkste categorieën te onderscheiden:

1. De benoeming heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht en was op dat moment niet strijdig met enige wettelijke bepaling. De indiener van het amendement heeft voor deze gevallen onderdeel VI in het Amendement opgenomen. Hierin staat dat de Nieuwe artikelen niet van toepassing zijn op de benoeming van bestuurders en commissarissen die voor de datum van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht heeft plaatsgevonden. De limitering is wel van toepassing bij een eventuele herbenoeming in die functie. Een geldige benoeming voor inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht stelt bestuurders en toezichthouders voor een praktische keuze. Voorafgaand aan het eindigen van elke toezichthoudende functie zullen zij een afweging moeten maken welke toezichthoudende functies hun het meest dierbaar zijn. Wanneer dat de eerst eindigende functie is, zullen zij (ruim) daarvoor andere functies moeten prijsgeven.
2. De benoeming heeft plaatsgevonden in overeenstemming met de Nieuwe artikelen, maar gedurende de zittingstermijn van een bestuurder of commissaris wordt het maximale aantal functies overschreden. Deze situatie kan zich voordoen wanneer een rechtspersoon waarbij de betrokkene een toezichthoudende functie vervult, gaat kwalificeren als 'grote' rechtspersoon. De minister heeft verduidelijkt dat de bestuurder of toezichthouder in een dergelijk geval in functie kan blijven. De limitering is wel van toepassing bij een eventuele herbenoeming in die functie na het verstrijken van de zittingstermijn.¹⁰ Deze beslissing lijkt mij met het oog op de rechtszekerheid juist. Het zou immers onwenselijk zijn wanneer plots één of zelfs meerdere toezichthouders wegvallen zonder dat de rechtspersoon vooraf maatregelen heeft kunnen nemen. Wederom zullen bestuurders en commissarissen wel tijdig voor hun herbenoeming een afweging moeten maken welke functies zij wensen te behouden.

Deze bijdrage zal zich verder met name richten op de derde categorie:

3. De strijdige benoeming vindt plaats nadat de Wet bestuur en toezicht in werking is getreden. Als gevolg van de sanc-

tie van nietigheid is de benoeming niet tot stand gekomen; de benoeming is non-existent. Vreemd genoeg is in de parlementaire behandeling niet aan de orde gekomen of het wenselijk is dat een ongeldig benoemingsbesluit met nietigheid is gesanctioneerd. De Gecombineerde Commissie heeft deze vraag wel beantwoord.

Gevolgen van een nietig benoemingsbesluit

De Gecombineerde Commissie hamert erop dat de nietigheid van een benoemingsbesluit met name bezwaarlijk is in de gevallen waarin niet direct duidelijk is dat een benoeming in strijd met de Nieuwe artikelen heeft plaatsgevonden. In dat geval ontstaat immers niet enkel onzekerheid over de benoeming van de bestuurder of commissaris, maar tevens over de geldigheid van de besluiten aan de totstandkoming waarvan de betrokken persoon nadien heeft meegewerkt. De Gecombineerde Commissie stelt dat het zeer wel mogelijk is dat het nietige benoemingsbesluit een soort domino-effect voor navolgende besluiten meebrengt.

Voor de gevolgen van een nietig benoemingsbesluit, waarna de niet-benoemde bestuurder besluiten neemt (dus: nietige besluiten), moet in eerste instantie worden bedacht dat derden in de regel worden beschermd indien volgend op een nietig besluit van de niet-benoemde bestuurder een vertegenwoordigingshandeling heeft plaatsgevonden. Daarnaast geldt voor direct extern werkende besluiten artikel 2:16 lid 1 BW. Dit artikel brengt mee dat de rechterlijke vaststelling van zowel de nietigheid van het benoemingsbesluit als de nietigheid van het daaruit voortvloeiende besluit in beginsel tegen eenieder werkt. Omdat dit in de praktijk tot onwenselijke gevolgen kan leiden, is in de regeling van artikel 2:16 lid 2 BW opgenomen dat derden te goeder trouw die op de schijn van een geldig besluit zijn afgegaan, beschermd worden tegen de nietigheid van een extern werkend besluit van de vennootschap.

De regel van derdenbescherming neemt niet weg dat de geldigheid van veel besluiten als gevolg van een nietig benoemingsbesluit in twijfel kan worden getrokken. In dat kader moet bijvoorbeeld worden gewezen op de gevolgen voor een navolgend besluit tot uitgifte van aandelen. Onzekerheid ontstaat over de vragen of de aandelen wel geldig zijn geplaatst en of degenen die de aandelen hebben genomen wel rechtsgeldig aandeelhouder zijn geworden. Onzekerheid ontstaat ook als de wederpartij niet te goeder trouw was ten aanzien van het gebrek of als de wederpartij helemaal niet beschermd wil worden.

De wetgever dient de (rechts)onzekerheid die door de Wet bestuur en toezicht dreigt te ontstaan, te beperken. Deze rechtsonzekerheid is immers schadelijk voor het functioneren van Nederlandse ondernemingen en kan een negatieve uitstraling op Nederland als vestigingsplaats hebben. Allereerst is vereist dat de negatieve formulering van de betreffende artikelen wordt aangepast. Een betere formulering zou bijvoorbeeld zijn: 'als bestuurders mogen niet worden benoemd'. Met andere woorden: een besluit in strijd met dit voorschrift is niet nie-

10. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. C (MvA).

tig, maar vernietigbaar (en derhalve geldig zolang de vernietiging niet bij rechterlijke uitspraak heeft plaatsgevonden). De besluiten worden bovendien binnen het bereik van artikel 3:53 lid 2 BW gebracht, waardoor de rechter de bevoegdheid krijgt om de gevolgen van de vernietiging te matigen.

De Gecombineerde Commissie beveelt voorts aan om aan de vernietigbaarheid op voorhand de terugwerkende kracht te ontnemen. Hierdoor kunnen de onzekerheid over de (on)geldigheid van de benoeming en de gevolgen daarvan voor navolgende besluiten bij voorbaat worden weggenomen. De Gecombineerde Commissie stelt terecht dat het maatschappelijk verkeer daar bijzonder bij zou zijn gebaat. De vraag is echter of de wetgever hieraan mee zal willen werken. Het ontnemen van terugwerkende kracht zal door de voorstanders van het Amendement vermoedelijk als schadelijk worden beoordeeld voor de rechtspolitieke doelstellingen van het Amendement.

De Gecombineerde Commissie wijst er terecht nog op dat nietigheid van rechtswege intreedt en dus geen verjaringstermijn kent. Dit heeft tot gevolg dat de onzekerheid die volgt op een nietig benoemingsbesluit in tijd onbepaald is. Door te expliciteren dat een benoeming in strijd met de Nieuwe artikelen niet is gesanctioneerd met nietigheid maar met vernietigbaarheid, wordt de periode van onzekerheid teruggebracht tot een jaar (art. 2:15 lid 5 BW). De in artikel 2:15 lid 5 BW opgenomen termijn is bovendien een vervaltermijn en dus is schorsing niet mogelijk.

Ongeldig benoemde bestuurders en commissarissen dienen zich overigens te realiseren dat artikel 2:16 lid 2 tweede zin BW hun persoonlijk geen bescherming biedt tegen de nietigheid van het benoemingsbesluit. De rechtspersoon is op grond van deze bepaling wél verplicht de schade van de betrokkene te vergoeden, althans zolang de betrokkene het gebrek in het besluit kende noch behoefde te kennen. In dit kader rijst de vraag of een commissaris wel kan stellen dat hij het gebrek dat aan zijn benoeming kleefte niet behoefde te kennen. Wetenschap over de grootte van de onderneming, in de zin van artikel 3:397 lid 1 BW, wordt een commissaris immers al snel geacht te hebben. Hier valt echter tegenin te brengen dat de vele onduidelijkheden van de Nieuwe artikelen het nu juist buitengewoon complex maken om vast te stellen of de rechtspersoon 'groot' is in de zin van artikel 2:397 lid 1 BW. Extra voorzichtigheid en waakzaamheid lijken bestuurders en commissarissen bij de acceptatie van bestuurs- en toezichtfuncties nog de beste bescherming te bieden.

Tot slot

De niet-gevolgde aanbeveling van de Gecombineerde Commissie geeft uiting aan een gerechtvaardigde zorg dat het amendement-Irrgang rechtsonzekerheid met zich brengt. De navolgende Reparatiwet heeft het er bovendien niet veel beter op gemaakt. Het is dan ook niet duidelijk waarom de minister heeft gemeend de aanbevelingen van de Gecombi-

neerde Commissie naast zich neer te moeten leggen. Voor de rechtszekerheid valt slechts te hopen dat de sanctionering bij de parlementaire behandeling van de Reparatiwet alsnog aan bod komt en dat de minister tot het inzicht komt dat de regeling zoals die er nu ligt wederom reparatie verdient.