



Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht

September 2012

Inleiding

Het wetsvoorstel bestuur en toezicht (hierna: het Wetsvoorstel) is op 31 mei 2011 door de Eerste Kamer aangenomen. Op 2 september 2011 is bij de Tweede Kamer een reparatiewetsvoorstel bestuur en toezicht ingediend en vervolgens een aantal amendementen op dat voorstel. Het reparatiewetsvoorstel en de amendementen zijn op 5 juli 2012 door de Tweede Kamer aangenomen maar zijn nog niet in de Eerste Kamer behandeld. Het Wetsvoorstel zal naar verwachting op 1 januari 2013 in werking treden, tezamen met het reparatiewetsvoorstel bestuur en toezicht.

Met het Wetsvoorstel wordt een regeling ingevoerd voor het opnemen van uitvoerende bestuurders en toezichthoudende bestuurders in één vennootschapsorgaan. De one tier board krijgt dus een wettelijke basis. Het Wetsvoorstel bevat voorts nieuwe regels voor het geval een bestuurder of commissaris een belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. Het Wetsvoorstel voorziet verder in een beperking van het aantal toezichthoudende functies dat een bestuurder van een grote NV, BV of stichting mag bekleden. Ten slotte wordt een aantal andere onderwerpen geregeld. Hierna worden de belangrijkste voorstellen behandeld.

Verduidelijking regeling taakverdeling bestuurders

Onder de huidige wet bestaat een zekere mogelijkheid om binnen het bestuur tot een taakverdeling over te gaan. Het is echter niet duidelijk hoever een taakverdeling mag reiken. Ook is niet duidelijk wat de precieze gevolgen zijn van een taakverdeling voor besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Het wetsvoorstel voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om een taakverdeling te maken.

Het wetsvoorstel bepaalt dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet aan een andere bestuurder zijn toebedeeld. Taken die niet zijn toebedeeld, rusten op alle bestuurders. De taakverdeling kan in de statuten worden opgenomen. Een taakverdeling kan ook bij reglement tot stand komen. Ook een bestuursbesluit kan grondslag zijn voor een verdere taakverdeling.

Een taakverdeling brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid geen wijziging. Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het bestuur worden genomen. Het wetsvoorstel bepaalt dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Wat onder 'algemene gang van zaken' dient te worden verstaan, is niet geheel duidelijk.

Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde. Er bestaat wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie. Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Ook onder de nieuwe wet dienen bestuurders derhalve op de hoogte te zijn van de taakuitoefening door hun medebestuurders en waar nodig maatregelen te treffen, ongeacht een taakverdeling.

De nieuwe regeling omtrent de taakverdeling zal gelden voor alle rechtspersonen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Wettelijke regeling one tier board

Onder de huidige wet kennen de NV en de BV dwingendrechtelijk twee organen: de algemene vergadering en het bestuur. Het instellen van een toezichthoudend orgaan, een raad van commissarissen, is facultatief voor vennootschappen die niet zijn onderworpen aan de structuurregeling. De huidige wet gaat derhalve uit van een dualistisch bestuursmodel met een bestuur en een afzonderlijke raad van commissarissen. Desalniettemin is het thans mogelijk om door middel van een taakverdeling een one tier board in te stellen.

Met het Wetsvoorstel wordt voor de NV en de BV een wettelijke basis ingevoerd voor de one tier board, een bestuur

dat bestaat uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Ook vennootschappen die zijn onderworpen aan de structuurregeling kunnen kiezen voor de one tier board.

De one tier board berust op een taakverdeling. De uitvoerende bestuurders houden zich in het bijzonder bezig met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De niet-uitvoerende bestuurders houden toezicht op de taakuitoefening door de bestuurders. Taken die niet aan bepaalde bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, derhalve aan de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk.

Ten aanzien van de taakverdeling geldt een aantal beperkingen. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet worden ontnomen aan niet-uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Voorts mag een uitvoerende bestuurder niet deelnemen aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders. Ten slotte geldt dat niet-uitvoerende bestuurders, evenals commissarissen in een dualistisch bestuursmodel, natuurlijke personen moeten zijn.

De niet-uitvoerende bestuurders zullen meer dan commissarissen actief betrokken zijn bij het algemene beleid van de vennootschap. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen. De niet-uitvoerende bestuurders lopen een groter aansprakelijkheidsrisico dan commissarissen in een dualistisch bestuursmodel.

Nieuwe tegenstrijdigbelangregeling

De tegenstrijdigbelangregeling is onder de huidige wet vormgegeven als een regeling van vertegenwoordiging. Het betreft derhalve een regeling met externe werking. De regeling houdt in dat de vennootschap in alle gevallen waarin een of meer bestuurders een belang hebben dat tegenstrijdig is met dat van de vennootschap, vertegenwoordigd wordt door commissarissen. De bestuurders zijn dan onbevoegd. Indien een raad van commissarissen ontbreekt, wordt de vennootschap in dergelijke gevallen vertegenwoordigd door een of meer door de algemene vergadering aan te wijzen personen.

Van deze regeling kan in de statuten worden afgeweken. Bepaald kan zelfs worden dat de bestuurders bevoegd blijven. De algemene vergadering blijft echter steeds bevoegd een of meer personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen. Zij dient daartoe in de gelegenheid te worden gesteld. Indien de vennootschap door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang vertegenwoordigd is door een onbevoegde bestuurder, kan de vennootschap, of in geval van faillissement de curator, de onbevoegdheid jegens de betrokken wederpartij inroepen, mits deze wist of behoorde te weten dat de bestuurder onbevoegd was. Dit leidt tot rechtsonzekerheid bij vennootschap en wederpartij.

In het Wetsvoorstel is de tegenstrijdigbelangregeling vormgegeven als een regeling van besluitvorming. Het betreft derhalve een regeling met interne werking. De nieuwe regeling houdt in dat een bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Voor de commissarissen gaat een vergelijkbare nieuwe regeling gelden.

Door de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel komt de huidige tegenstrijdigbelangregeling te vervallen. Daarop gebaseerde statutaire regelingen worden ongeldig. Indien een NV of BV voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet is vertegenwoordigd door het bestuur of een bestuurder terwijl er een tegenstrijdig belang was met een of meer bestuurders, kan de algemene vergadering die vertegenwoordiging bekrachtigen door de vertegenwoordiger of vertegenwoordigers daartoe aan te wijzen bij of na de inwerkingtreding van de wet.

Rechtsverhouding tussen bestuurder en beursvennootschap niet langer arbeidsovereenkomst

Tussen een bestuurder en de vennootschap bestaat veelal een tweeledige rechtsverhouding: enerzijds maakt de bestuurder deel uit van de vennootschap, anderzijds heeft de bestuurder met de vennootschap een contractuele relatie. Meestal kwalificeert de contractuele verhouding als arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht.

Door de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel zal de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursvennootschap niet langer als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt. Voor bestuurders van beursvennootschappen zal dit tot gevolg hebben dat voor hen de arbeidsrechtelijke bescherming vervalt. Bestaande arbeidsovereenkomsten worden echter geëerbiedigd.

In plaats van aan arbeidsovereenkomst kunnen de bestuurder en de vennootschap een overeenkomst van opdracht aangaan. Een andere mogelijkheid is om een arbeidsovereenkomst aan te gaan met een groepsmaatschappij van de beursvennootschap.

Beperking aantal toezichthoudende functies bestuurders en commissarissen

Het Wetsvoorstel beoogt het aantal toezichthoudende functies van bestuurders en commissarissen van NV's, BV's en stichtingen die kwalificeren als een grote rechtspersoon te beperken. Van een grote rechtspersoon is sprake indien aan ten minste twee van de volgende criteria wordt voldaan:

- (a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijzen, meer dan EUR 17,5 miljoen;
- (b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt meer dan EUR 35 miljoen;
- (c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt 250 of meer.

Waar hierna wordt gesproken van 'grote rechtspersoon', wordt daaronder verstaan een grote NV, BV of stichting.

Op grond van het Wetsvoorstel kan een bestuurder geen bestuurder van een grote rechtspersoon zijn wanneer hij meer dan twee toezichthoudende functies bij andere grote rechtspersonen bekleedt, dan wel voorzitter is van een raad van commissarissen of van een one tier board van een grote rechtspersoon. Commissaris van een grote rechtspersoon kan niet zijn iemand die vijf of meer toezichthoudende functies bij andere grote rechtspersonen bekleedt. De functie van voorzitter telt daarbij dubbel.

Met 'toezichthoudende functie' wordt bedoeld een commissariaat, maar ook een niet-uitvoerende bestuursfunctie in een one tier board. Met een commissaris wordt volgens het Wetsvoorstel gelijkgesteld een persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld.

Toezichthoudende functies bij groepsmaatschappijen van de grote rechtspersoon waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is, tellen niet mee. Toezichthoudende functies bij buitenlandse rechtspersonen evenmin.

Het Wetsvoorstel geldt alleen voor benoemingen en aanwijzingen die na de datum van inwerkingtreding van de wet plaatsvinden. Functies die zijn aanvaard vóór de inwerkingtreding van de wet tellen echter wel mee bij benoemingen en aanwijzingen die plaatsvinden na inwerkingtreding.

Wijziging regels bindende voordracht benoeming bestuurders en commissarissen

Onder de huidige wet geldt het vereiste dat een bindende voordracht voor de benoeming van een bestuurder of commissaris moet bestaan uit ten minste twee kandidaten. Dit vereiste komt te vervallen. Daarnaast wordt de stemprocedure met betrekking tot de benoeming van een kandidaat waarvoor een bindende voordracht is opgesteld, eenvoudiger. Indien een voordracht slechts één kandidaat voor een te vervullen functie bevat, dan heeft een besluit over de voordracht tot gevolg dat de kandidaat is benoemd. Dit is alleen anders indien het bindend karakter aan de voordracht wordt ontnomen.

Evenwichtige verdeling zetels over vrouwen en mannen

Het Wetsvoorstel introduceert streefcijfers voor de participatie van vrouwen in besturen en raden van commissarissen van NV's en BV's die kwalificeren als een grote rechtspersoon. Wat onder 'grote rechtspersoon' moet worden verstaan is hiervoor uiteengezet.

Uit het Wetsvoorstel blijkt dat een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen betekent dat ten minste 30% van de zetels bezet wordt door vrouwen en ten minste 30% door mannen, voor zover de zetels worden verdeeld over natuurlijke personen.

In een grote vennootschap wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met een evenwichtige verdeling van de zetels over mannen en vrouwen bij:

- (a) het benoemen en voordragen van bestuurders;
- (b) het opstellen van een profielschets voor de omvang en samenstelling van de raad van commissarissen;
- (c) het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders.

Indien de vennootschap wordt bestuurd door een of meer rechtspersonen, wordt de verplichting van toepassing op de bestuurders van deze rechtspersonen, ongeacht of zij kwalificeren als een grote rechtspersoon. Voor zover deze rechtspersonen op hun beurt worden bestuurd door een of meer rechtspersonen, geldt deze verplichting ook voor hun bestuurders.

Indien een grote NV of BV de streefcijfers niet bereikt, dient in het jaarverslag te worden uitgelegd waarom de zetels niet evenwichtig verdeeld zijn, op welke wijze de vennootschap geprobeerd heeft tot een evenwichtige verdeling van zetels te komen en op welke wijze de vennootschap in de toekomst beoogt een evenwichtige verdeling van zetels te realiseren. De werking van de regeling is beperkt in tijd; de regeling vervalt per 1 januari 2016. Daarna zal door de Tweede Kamer en het kabinet de balans worden opgemaakt.

Evaluatie

Volgens de minister zal de gehele wet begin 2015, drie jaren na inwerkingtreding, worden geëvalueerd.

Nadere informatie

Indien u omtrent deze onderwerpen nadere informatie wenst, verzoeken wij u contact op te nemen met een van de volgende personen:

Martijn van der Bie

notaris

E martijn.vanderbie@cms-dsb.com

T +31 20 3016 453

M +31 6 54241 039

Erik Vorst

notaris

E erik.vorst@cms-dsb.com

T +31 30 2121 731

M +31 6 54312 689

CMS Derks Star Busmann is a leading commercial law firm in the Netherlands with 175 attorneys at law, civil law notaries and tax advisers. It offers legal and tax services from offices in Amsterdam, Brussels and Utrecht to a wide range of companies, public sector bodies and organisations. Visit www.cms-dsb.com for more information.

CMS Derks Star Busmann is a member of CMS. CMS Legal Services EEIG is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent member firms. CMS Legal Services EEIG provides no client services. Such services are solely provided by the member firms in their respective jurisdictions. In certain circumstances, CMS is used as a brand or business name of some or all of the member firms. CMS Legal Services EEIG and its member firms are legally distinct and separate entities. They do not have, and nothing contained herein shall be construed to place these entities in, the relationship of parents, subsidiaries, agents, partners or joint ventures. No member firm has any authority (actual, apparent, implied or otherwise) to bind CMS Legal Services EEIG or any other member firm in any manner whatsoever.

CMS member firms are: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italy); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Spain); CMS Bureau Francis Lefebvre (France); CMS Cameron McKenna LLP (UK); CMS DeBacker (Belgium); CMS Derks Star Busmann (The Netherlands); CMS von Erlach Henrici Ltd (Switzerland); CMS Hasche Sigle (Germany); CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria) and CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal).

CMS offices and associated offices: Amsterdam, Berlin, Brussels, Lisbon, London, Madrid, Paris, Rome, Vienna, Zurich, Aberdeen, Algiers, Antwerp, Beijing, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dresden, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Kyiv, Leipzig, Ljubljana, Luxembourg, Lyon, Milan, Moscow, Munich, Prague, Rio de Janeiro, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warsaw and Zagreb.

www.cmslegal.com