

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85584>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-23 and may be subject to change.

# Wetgeving bij amendement; bestuurders moeten inleveren, toezichthouders ook

## Privaatrecht Actueel

### Algemeen

1. Op 8 en 15 december 2009 werd een vijftal wetsvoorstellen op het vlak van het ondernemingsrecht in stemming gebracht in de Tweede Kamer.[\[noot:1\]](#)

Een select aantal Tweede Kamerleden maakte enthousiast gebruik van het recht van amendement, in totaal werden zo'n 80 amendementen bij de wetsvoorstellen behandeld.[\[noot:2\]](#) Een groot aantal van de amendementen werd kort voor de behandeling in de Tweede Kamer ingediend; enige zinvolle reflectie was daarmee niet mogelijk.

2. Een tweetal amendementen dat door de Tweede Kamer is aanvaard lijkt zo uit de heup geschoten dat zij het verdienen uitgelicht en apart besproken te worden.

### Bestuurders moeten inleveren. Amendement Tang/Irrgang

3. Op 2 december 2009 wordt door de kamerleden Tang en Irrgang bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht een amendement ingediend dat een aanvulling beoogt te zijn op de nieuwe tegenstrijdig belang regeling. De indieners achten het onwenselijk dat leden van de raad van bestuur die in het bezit zijn van aandelen, certificaten van aandelen of opties op aandelen in de eigen vennootschap een (groot) financieel belang zouden laten meewegen bij het wel of niet doorgaan van een fusie of overname, of andere transactie als bedoeld in art. 2:107a BW, of bij de aankondiging van een openbaar bod.[\[noot:3\]](#)

4. Het amendement heeft uitsluitend betrekking op beursgenoteerde NV's. Indien een 107a-besluit wordt genomen of een openbaar bod wordt aangekondigd moet iedere bestuurder die (rechten op) aandelen in de vennootschap heeft afrekenen. Het bedrag wordt vastgesteld door de raad van commissarissen.[\[noot:4\]](#) De berekening van het bedrag vindt plaats door de waarde van de (rechten op) aandelen te bepalen (i) vier weken voor de dag van de relevante gebeurtenis en (ii) vier weken na de datum van het 107a-besluit of de beëindiging van het openbaar bod. Indien een waardevermeerdering is opgetreden dient deze geheel aan de vennootschap te worden afgedragen.

5. Minister Hirsch Ballin ontraadt met klem het amendement.[\[noot:5\]](#) In zijn reactie wordt op overtuigende wijze een aantal bezwaren naar voren gebracht. Het amendement wordt niettemin doorgezet, maar bij stemming verworpen.

6. Zeer verrassend wordt nog geen week later, op 14 december 2009, hetzelfde amendement nogmaals ingediend bij het wetsvoorstel inzake de flex-BV.[\[noot:6\]](#)

Blijkbaar is er in de week sinds de afwijzing van het oorspronkelijke amendement iets gewijzigd in het denkpatroon van onze kamerleden, want bij de behandeling van de flex-BV op 15 december 2009 wordt hetzelfde amendement wel aanvaard.

7. Het amendement is een typisch voorbeeld van symboolpolitiek en het is treurig dat de Tweede Kamer hierin is meegegaan. Principieel is de regeling overbodig, nu het wetsvoorstel bestuur en toezicht al een regeling bevat betreffende de besluitvorming in geval van een tegenstrijdig belang. Inhoudelijk is de regeling dusdanig onredelijk en gebrekkig uitgewerkt dat een bestuurder niet kwalijk kan worden genomen dat hij deze zal omzeilen. Last but not least lijkt de regeling in strijd met het EVRM.

8. Om maar een paar onredelijke punten te noemen:

- a. afrekening moet plaatsvinden ongeacht of de bestuurder de aandelen heeft verkocht of anderszins een waardevermeerdering heeft kunnen verzilveren;
- b. afrekening moet plaatsvinden over een bruto bedrag, ongeacht eventuele kosten of belastingen;
- c. waar het gaat om rechten op aandelen zijn er doorgaans nog voorwaarden te vervullen om de aandelen te verkrijgen. Hierdoor wordt er misschien afgerekend over aandelen die nooit verkregen zullen worden.

9. Wat betreft de gebrekkige uitwerking laat ik het maar bij de constatering dat er ten minste 10 structuren te bedenken zijn waardoor een bestuurder materieel in een positie verkeert alsof hij aandelen zou houden, maar niet door de regeling geraakt zal worden. De uitwerking is zo gebrekkig dat het voor de hand ligt dat het bewust zo is gedaan. De symboolpolitiek staat, maar geen onnodige ruzie met corporate Nederland, want de regeling zal geen toepassing vinden. Je zou het bijna geloven.

10. Als vermeld nog aandacht voor het EVRM. Naar mijn mening is de regeling in strijd met art. 1 van het Eerste Protocol bij dit verdrag. Aandelen in een vennootschap vallen onder de werkingssfeer van het fundamentele recht op eigendom. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geeft een ruime uitleg aan de term ‘ontneming van eigendom’ (art. 1 lid 1, tweede zin, Eerste Protocol); daaronder zijn niet alleen begrepen formele onteigeningen, maar ook de facto onteigeningen van aandeelhouders, waarvoor het hof aanzienlijke vermindering van de waarde van de betrokken aandelen kenmerkend vindt.[\[noot:7\]](#) Aangenomen moet worden dat de facto onteigening een inmenging (“interference”) is in het recht op ongestoord eigendomsgenot (art. 1, lid 1). Wanneer blijkt van een inmenging toetst het hof of de inmenging een wettelijke basis heeft, in het algemeen belang geschiedt en proportioneel is. Ik meen dat aan de laatste twee voorwaarden niet zal worden voldaan. Het algemeen belang is ver te zoeken. De facto onteigening in het licht van een aanvulling op een tegenstrijdig belang regeling, waarin de problematiek reeds is geadresseerd, is volstrekt disproportioneel.

### **Toezichthouders moeten (functies) inleveren. Amendement Irrgang**

11. Op 7 december 2009 wordt door het kamerlid Irrgang bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht een amendement ingediend dat tot strekking heeft een maximum te stellen aan het aantal toezichthoudende functies dat een persoon kan bekleden.[\[noot:8\]](#) We leven dan een dag voor de stemming. Uit de toelichting bij het amendement volgt dat het amendement uitsluitend toepassing zal vinden op NV's, BV's en stichtingen met een bepaalde omvang. Aan ten minste 2 van de criteria genoemd in art. 2:397 lid 1 BW moet niet worden voldaan. In jaarrekeningstermen, het moet gaan om een groot bedrijf. Een bestuurder bij een groot bedrijf kan niet meer dan 2 toezichthoudende functies vervullen bij een ander groot bedrijf; hij kan geen voorzitter zijn van de raad van commissarissen van een groot bedrijf met een two-tier board of voorzitter van de raad van bestuur van een groot bedrijf met een one-tier board. Een

persoon kan niet meer dan 5 toezichthoudende functies hebben bij een groot bedrijf; een voorzittersfunctie telt dubbel. Minister Hirsch Ballin laat het oordeel over het amendement aan de Tweede kamer.[\[noot:9\]](#)

12. Tekst en toelichting bij het amendement sluiten in het geheel niet bij elkaar aan. Vandaar een nieuw amendement bij het wetsvoorstel flex-BV dat een aantal zaken moet rechtzetten,[\[noot:10\]](#) ingediend op de dag waarop stemming op dat wetsontwerp zou plaatsvinden. Het amendement is aanvaard.

13. Ondanks de aanpassingen blijft de regeling zowel principieel als in de technische uitwerking een gedrocht. Begrijp mij niet verkeerd, van toezichthouders mag en moet verlangd worden dat zij voldoende tijd kunnen besteden aan hun taak. Het is echter ongepast dat voor alle (grote) NV's, BV's en stichtingen betuttelend vast te leggen door te verwijzen naar een aantal functies. Ongepast omdat

(i) niet alle functies gelijk zijn, (ii) niet alle personen gelijk zijn en (iii) personen die bestuurders of toezichthouders moeten benoemen, zelfs als zij de enige aandeelhouder zijn, onnodig worden beperkt in hun keuzevrijheid.

14. Dan nu de techniek. De uitwerking is zelfs na amendering klunzig en had niet in deze vorm aanvaard mogen worden. Ik licht er een aantal elementen uit. Uit de toelichting volgt dat een persoon vijf toezichthoudende functies mag bekleden bij een groot bedrijf. Wat zegt de voorgestelde wettekst[\[noot:11\]](#)?

1. Commissaris van een vennootschap die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1 kunnen niet zijn personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij vijf of meer rechtspersonen, waarbij het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, dubbel telt.
2. Voor de toepassing van lid 1 wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld, wordt de benoeming bij een groepsmaatschappij van de vennootschap niet meegeteld en betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de stichting, die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1.

De voorgestelde wettekst sluit niet aan bij de gegeven toelichting. Een persoon die vier commissariaten heeft kan niet tot commissaris bij een vijfde vennootschap worden benoemd omdat de wettekst nu juist aangeeft dat een persoon die commissaris is bij vijf of meer rechtspersonen geen commissaris kan zijn. Ja, kijk maar: het staat er echt. Bedoeld is natuurlijk dat iemand die reeds bij vijf of meer **andere** vennootschappen commissaris is niet tot commissaris kan worden benoemd, maar dat staat er niet.

15. Als gezegd, de regeling ziet op toezichthoudende functies bij grote bedrijven, vennootschappen en stichtingen die niet voldoen aan 2 van de criteria genoemd in art. 2:397 lid 1 BW. Die criteria behelzen een aantal van 250 werknemers en een omzet van EUR 35 mln. In de voorgestelde regeling wordt art. 2:397 lid 2 BW niet betrokken, zodat moet worden bezien of de betrokken rechtspersoon op zelfstandige basis aan de criteria voldoet. In een

normale concernopbouw van vennootschappen zal er een houdstervenootschap zijn waarin toezichthouders functioneren. Een houdstervenootschap zal doorgaans niet op zelfstandige basis aan de criteria voldoen, zodat om die reden de regeling bij vennootschappen doorgaans geen toepassing zal vinden.

16. Het amendement is voorzien van een overgangsregeling die volgens de toelichting moet waarborgen dat bestuurders en commissarissen die bij inwerkingtreding van de regeling teveel functies bekleden niet gedwongen worden één of meer functies neer te leggen. Nou, dat valt te bezien. De tekst luidt als volgt:

De artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing op de benoeming of aanwijzing van personen tot bestuurder of commissaris of lid van een toezichthoudend orgaan in vennootschappen en stichtingen die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1 die voor de datum van inwerkingtreding van deze wet heeft plaatsgevonden.

Als je de tekst van de overgangsregeling loslaat op de hierboven aangehaalde wettekst kom je onvermijdelijk tot twee conclusies. De eerste is dat de voorgestelde wettekst geen regeling geeft voor de benoeming van een persoon tot commissaris, maar een kwaliteitseis inhoudt. Naar de tekst zal derhalve iemand die zes commissariaten vervult bij grote vennootschappen per de datum van invoering van de wet bij alle zes de vennootschappen van rechtswege defungeren. De tweede conclusie, die volgt uit de eerste, is dat de overgangsregeling ook geen dekking biedt tegen een metamorfose van een klein of middelgroot bedrijf naar een groot bedrijf. Een persoon die commissaris is bij vijf grote vennootschappen en bij één middelgrote vennootschap zal bij een metamorfose van laatstgenoemde naar een grote vennootschap moeten constateren dat hij per de datum van de metamorfose bij alle zes de vennootschappen is gedefungeerd.

## **Slotopmerkingen**

17. De amendementen laten zien dat haast er toe leidt dat ondoordachte regelingen worden voorgesteld.[\[noot:12\]](#)

Bijzonder is overigens dat de amendementen worden voorgesteld bij het wetsvoorstel inzake de flex-BV. Dit wetsvoorstel heeft mede ten doel Nederland als vestigingsland te promoten.[\[noot:13\]](#) Nou, daar zal in deze vorm niets van terecht komen. De in de amendementen opgenomen regelingen zullen eerder het gebruik van buitenlandse rechtsvormen stimuleren.

[\[1\]](#)

Op 8 december werd gestemd over de wetsvoorstellen 31 746; 31 763 en 31 877. Op 15 december werd gestemd over de wetsvoorstellen 31 058 en 31 065.

[\[2\]](#)

De amendementen zijn allen te vinden op [www.parlando.sdu.nl](http://www.parlando.sdu.nl) bij het betreffende wetsvoorstel.

[\[3\]](#)

Kamerstuk 31 763, nr. 19.

[\[4\]](#)

Indien er sprake is van een one-tier board als bedoeld in art. 2:129a wordt het bedrag vastgesteld door het bestuur, waarbij de uitvoerende bestuurders niet aan de besluitvorming deelnemen.

[\[5\]](#)

Kamerstuk 31 058, nr. 28, p. 6.

[\[6\]](#)

Kamerstuk 31 058, nr. 24.

[\[7\]](#)

EHRM, 30417/96, 7 november 2002, Olczak/Polen, JOR 2003/112, m nt mr. G.-J. Vossestein. Zie over deze materie ook Van Apeldoorn, (Poot/ABP Revisited) Art. 1 Eerste Protocol EVRM en de positie van de aandeelhouder, TVI 2009/21.

[\[8\]](#)

Kamerstuk 31 763, nr. 20.

[\[9\]](#)

Kamerstuk 31 058, nr. 28, p. 6.

[\[10\]](#)

Kamerstuk 31 058, nr. 27.

[\[11\]](#)

Het relevante deel van het voorgestelde art. 142a/252a, lid 1 wordt hier weergegeven. De formulering voor de stichting in het voorgestelde art. 297b lid 1 is iets anders, maar materieel hetzelfde.

[\[12\]](#)

Wat betreft de maximalisering van het aantal toezichthoudende functies valt overigens op dat vele van onze Tweede Kamerleden er blijkbaar geen moeite mee hebben hun primaire taak als kamerlid te combineren met een groot aantal nevenfuncties. De geïnteresseerde lezer zou een blik kunnen werpen op [www.tweedekamer.nl/kamerleden/openbare\\_registers/index.jsp](http://www.tweedekamer.nl/kamerleden/openbare_registers/index.jsp). Kamerlid Atsma spant de kroon met 28 nevenfuncties.

[\[13\]](#)

Wetsvoorstel 31 058, nr. 3, p. 1.