

## Update 'toezicht op bestuur in relatie tot de rol van participatiemaatschappijen in hun portefeuillebedrijven'

### 1 Toezicht op bestuur

Op 31 mei 2011 is het wetsvoorstel bestuur en toezicht (het "**Wetsvoorstel**") door de Eerste Kamer aangenomen. Op 29 november 2011 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie te kennen gegeven dat beoogd wordt om het Wetsvoorstel **per 1 juli 2012 in werking** te laten treden, eerder werd er naar gestreefd het Wetsvoorstel per 1 januari 2012 in te voeren. Het Wetsvoorstel introduceert wettelijke bepalingen voor de one-tier board; een bestuur bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders.

Toezicht op bestuur is in de Nederlandse wetgeving zo vormgegeven dat het al dan niet instellen van een toezichthoudend orgaan een keuze van de vennootschap is. Bij veel vennootschappen met een participatiemaatschappij als aandeelhouder is een raad van commissarissen ingesteld, door de invoering van de one-tier board is er voor participatiemaatschappijen ook de optie om toezicht binnen het bestuur te organiseren.

In onderstaand overzicht wordt beknopt ingegaan op de rol van de toezichthouder in de one-tier board en de two-tier board, de daarmee samenhangende aansprakelijkheid en de relevantie voor participatiemaatschappijen. Tenslotte zal aandacht worden besteed aan de in het Wetsvoorstel opgenomen regeling limitering toezichthoudende functies en de gewijzigde tegenstrijdig belang bepaling. Bij de limitering van toezichthoudende functies is tevens een aantal praktijkvragen (paragraaf 6.4) opgenomen als hulpmiddel om het aantal dat onder de regeling valt te kunnen bepalen.

### Vormen van toezicht en aansprakelijkheid

#### 2 Two-tier board (het duale stelsel of commissarissenmodel)

2.1 In de two-tier board staat het bestuur onder toezicht van een raad van commissarissen. Zoals boven beschreven heeft de raad van commissarissen tot taak het toezicht houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken binnen de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden onderneming.

2.2 Taakuitoefening, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

De commissaris is gehouden tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taak. Indien de raad van commissarissen tekortschiet in de uitoefening van zijn taak (*het houden van toezicht en advies geven aan het bestuur*) kan dit onder omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden. Voor wat betreft de taakuitoefening van de raad van commissarissen gaat de wet uit van een collectieve taakvervulling. Commissarissen zijn daarmee verantwoordelijk en (in beginsel) hoofdelijk aansprakelijk voor aangelegenheden die tot deze collectieve taak behoren. Een taakverdeling binnen de raad van commissarissen biedt commissarissen wel de mogelijkheid zich vrij te pleiten.

### 3 One-tier board

3.1 Bij een one-tier board nemen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders plaats in één bestuur, zij vormen derhalve samen het orgaan van de vennootschap waarin bestuur en toezicht zijn verenigd. Het bestuur, bestaande uit zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders, is belast met het besturen van de vennootschap.

3.2 Taakuitoefening, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

In de one-tier board is het bestuur belast met het *besturen van de vennootschap*. Het besturen van een vennootschap houdt in het leiding geven aan de dagelijkse gang van zaken, maar ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen en beleid uitstippelen.

De bestuurstaak is in beginsel een taak van de gezamenlijke bestuurders waarvoor iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt en dus onder omstandigheden hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden. Dit beginsel van collectieve verantwoordelijkheid kennen wij onder huidige wetgeving. De niet-uitvoerende bestuurder is dus evenzeer verantwoordelijk (en onder omstandigheden aansprakelijk) voor het gevoerde bestuur als de uitvoerende bestuurder. Voor een bestuurder is er echter wel een mogelijkheid opgenomen in het vernieuwde artikel 2:9 BW om zich vrij te pleiten: wanneer hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur tegen te gaan. Om zich te kunnen disculperen is het voor uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders essentieel dat een duidelijke taakverdeling wordt opgesteld. In een juridische procedure kan een bestuurder op basis van de taakverdeling aantonen hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt aangezien de aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde.

Een taakverdeling tussen bestuurders (uitvoerend en niet-uitvoerend) kan krachtens statuten, een bestuursreglement of op basis van informele afspraken tot stand komen. De wet geeft enkele beperkingen ten aanzien van de taakverdeling binnen het bestuur. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door de bestuurders kan niet door de taakverdeling worden ontnomen aan niet-uitvoerende bestuurders. Tevens kan het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van bestuur en het vaststellen van de bezoldiging van bestuurders niet aan uitvoerende bestuurders worden toebedeeld. De voorzitter van het bestuur zal in de one-tier board dus altijd een niet-uitvoerend bestuurder zijn.

### 4 Two-tier board vs one-tier board

4.1 In de one-tier board vormen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders één orgaan. Dit kan een positieve invloed hebben op het gevoel dat beide groepen bestuurders er echt gezamenlijk voor staan waardoor niet-uitvoerende bestuurders meer bij de bedrijfsvoering worden betrokken. Uit onderzoek is gebleken dat de gemiddelde commissaris slechts 16 dagen per jaar aan zijn functie besteedt, de gemiddelde niet-uitvoerende bestuurder 26 dagen. Voor participatiemaatschappijen heeft dit dus tot gevolg dat de positie van een niet-uitvoerend bestuurder in een one-tier board (naar alle waarschijnlijkheid) een groter beslag zal leggen op de participatiecommissaris die toezicht houdt namens de investeerder. Dit zou met name voor de "investment manager commissaris" een probleem kunnen opleveren; voor de zogenaamde "netwerk commissaris" zal dit waarschijnlijk minder het geval zijn.

4.2 Het vormen van één orgaan kan het informatievervalsingsproces tussen bestuur en toezicht vergemakkelijken en versnellen hetgeen voor een participatiemaatschappij een groot voordeel kan zijn. Echter, een grotere betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders zoals beschreven onder 4.1 kan een risico met zich mee brengen: de grotere betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders bij de gang van zaken in de onderneming kan tot gevolg hebben dat zij minder onafhankelijk tegenover het bestuur staan. Dit is in de two-tier board beter gewaarborgd omdat de raad van commissarissen als apart orgaan naast het bestuur staat.

4.3 Er zijn aanzienlijke verschillen tussen de one-tier board en de two-tier board. De kern van het verschil tussen de one-tier board en de two-tier board is dat de toezichthoudende, niet-uitvoerende bestuurders in het one-tier board model op dezelfde voet verantwoordelijk en aansprakelijk zijn als de uitvoerende (echte) bestuurders. De "netwerkcommissaris" en de "investment manager commissaris" die in de two-tier board in de raad van commissarissen op enige afstand zitten van het bestuur, zitten in de one-tier board automatisch in het bestuur. Met name in het geval dat een participatie in zwaar weer verkeert, brengt dit een hoger risico mee voor deze personen dan bij een two-tier board het geval zou zijn.

## 5 "You have to live corporate governance otherwise it is worthless pieces of paper"

Regels en structuren kunnen in theorie perfect werken, maar deze leiden echter niet per definitie tot goed toezicht. De bekwaamheid en integriteit van mensen zijn tenminste van even groot belang.

Zoals boven beschreven zijn er belangrijke verschillen tussen de one-tier board en het commissarissen model. Deze verschillen zijn echter niet zo bepalend dat het ene of het andere model een superieure governance zou opleveren. Goede governance door grotere betrokkenheid van niet-uitvoerend bestuurders of commissarissen is in beide modellen te organiseren en slechte governance komt in beide voor. In ieder geval biedt de one-tier board een aanvullend instrument voor participatiemaatschappijen om toezicht te kunnen houden op participaties.

## 6 **Limitering aantal toezichthoudende functies**

6.1 Het Wetsvoorstel introduceert tevens een limitering van het aantal toezichthoudende functies dat een bestuurder of commissaris van een NV, BV of stichting mag bekleden indien de rechtspersoon aan te merken valt als 'grote rechtspersoon'. Het Wetsvoorstel bepaalt dat een persoon geen commissaris respectievelijk niet-uitvoerend bestuurder of, in geval van de stichting, een lid van de raad van toezicht kan zijn indien hij/zij vijf of meer toezichthoudende functies bekleedt bij een "**grote rechtspersoon**". Het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur in geval van de one-tier board, geldt als twee toezichthoudende functies. Een rechtspersoon wordt aangemerkt als een "grote rechtspersoon" als **aan ten minste twee van de volgende criteria wordt voldaan** aan het einde van het boekjaar:

- a) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, meer dan € 17 500 000;
- b) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt meer dan € 3 5 000 000;

c) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt 250 of meer.

- 6.2 Voor personen die momenteel vijf of meer toezichthoudende functies bekleden bij "grote rechtspersonen" geldt een overgangsregeling; bestaande situaties worden geëerbiedigd. Bij benoeming of herbenoeming geldt echter wel de nieuwe regeling.
- 6.3 NB: Volgens de letterlijke tekst van het Wetsvoorstel kan iemand slechts vier toezichthoudende functies bekleden bij grote rechtspersonen. Dit is echter niet beoogd door de Wetgever: bedoeld is dat een persoon maximaal vijf toezichthoudende functies mag bekleden. Deze omissie zal naar verwachting op korte termijn door de Wetgever worden hersteld.
- 6.4 Praktijkvragen met betrekking tot maximering toezichthoudende functies:
- Ik ben via mijn management B.V. bestuurder van een grote rechtspersoon. Valt deze bestuursfunctie onder het bereik van het Wetsvoorstel?
    - Nee, een via de management B.V. uitgeoefende bestuursfunctie telt niet mee voor de vaststelling van het aantal toezichthoudende functies.
  - Binnen de groep bekleed ik diverse toezichthoudende functies bij participatiemaatschappijen die voldoen aan het criterium grote rechtspersoon, telt iedere toezichthoudende functie mee voor de vaststelling van het maximaal aantal toezichthoudende functies?
    - Nee, voor toezichthoudende functies bij een grote rechtspersoon binnen de groep geldt een vrijstelling. NB: Voor een 'groep' is vereist dat sprake is van een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch met elkaar verbonden zijn. Het hangt van de omstandigheden af, of op basis van dit algemene criterium, een participatiemaatschappij zal kwalificeren als groepsmaatschappij.
  - Momenteel heb ik zes toezichthoudende functies bij grote rechtspersonen, is dit toegestaan na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel?
    - Ja, bestaande situaties worden door het Wetsvoorstel geëerbiedigd. Let wel, bij herbenoeming is het Wetsvoorstel wel van toepassing waardoor herbenoeming niet mogelijk is.
  - Vallen toezichthoudende functies bij grote coöperaties of verenigingen onder het bereik van het Wetsvoorstel?
    - Nee, coöperaties en verenigingen vallen niet onder het bereik van het Wetsvoorstel
  - Ik ben toezichthouder bij vijf grote rechtspersonen en een rechtspersoon die niet kwalificeert als grote rechtspersoon. Als na invoering van het Wetsvoorstel na verloop van tijd deze rechtspersoon zich gaat kwalificeren als grote rechtspersoon, kan ik dan nog de toezichthoudende functie bekleden bij deze (inmiddels) grote rechtspersoon?
    - Dit lijkt mogelijk onder het Wetsvoorstel hoewel dit niet expliciet is bepaald. Let wel, bij herbenoeming is het Wetsvoorstel van toepassing waardoor herbenoeming niet mogelijk zal.
  - Ik heb toezichthoudende functies bij buitenlandse entiteiten die zich zouden kwalificeren als grote rechtspersoon, vallen deze toezichthoudende functies onder het bereik van het Wetsvoorstel?

- Nee, buitenlandse rechtspersonen vallen buiten het bereik van het Wetsvoorstel.
- Moet de berekening voor een grote rechtspersoon gemaakt worden op stand-alone basis of op geconsolideerde basis?
- Het Wetsvoorstel verwijst naar artikel 2:397 lid 1 BW, niet naar lid 2 (berekening op geconsolideerde basis). Wij gaan er echter van uit dat de geconsolideerde basis het uitgangspunt zal zijn.

## **7 Tegenstrijdig belang**

Het Wetsvoorstel wijzigt de thans geldende tegenstrijdig belang bepaling ten aanzien van bestuurders. De huidige regeling ziet op een beperking in de vertegenwoordigingbevoegdheid van de bestuurders. Door de invoering van het Wetsvoorstel komt deze beperking van de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid te vervallen en wordt deze vervangen door een regeling die ziet op de fase van beraadslaging en besluitvorming. Een bestuurder die een direct of indirect tegenstrijdig belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met de vennootschap verbonden onderneming mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Let wel, het tegenstrijdig belang in de zin van de wet ziet in eerste instantie niet op eventuele verschillende belangen van een participatiemaatschappij en een participatievennootschap.

### **Contact**

**Als u vragen hebt over of naar aanleiding van het voorgaande, kunt u contact opnemen met:**

Arnout Stroeve  
Notaris

-----  
Van Doorne N.V.  
Jachthavenweg 121 t +31206789289  
1081 KM Amsterdam f +31207954289  
P.O. Box 75265 m +31622934338  
1070 AG Amsterdam stroeve@vandoorne.com  
The Netherlands www.vandoorne.com