

Voorwoord

In september 2016 verleende het WODC opdracht aan de Rijksuniversiteit Groningen om wetenschappelijk onderzoek te verrichten naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv die op 1 januari 2013 in werking is getreden. Voormeld evaluatieonderzoek is door ondergetekenden uitgevoerd in de periode van 15 september 2016 tot 1 september 2017 en spitst zich met name toe op een drietal onderwerpen: (1) het monistische bestuursmodel, (2) de limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen en (3) het streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen. Hiertoe is het evaluatieonderzoek in drie deelonderzoeken opgesplitst, waarvan in dit rapport per deelonderzoek verslag wordt gedaan.

Bij het verrichten van dit evaluatieonderzoek konden wij rekenen op de medewerking van een groot aantal personen en instanties.

Allereerst de vanuit het WODC ingestelde begeleidingscommissie, die wij bedanken voor het steeds kritisch doorlezen van de onderzoeksrapportages en de constructieve besprekingen.

Daarnaast gaat grote dank uit naar Edou Ritsma van de Kamer van Koophandel voor het aanleveren van gegevens uit het handelsregister en voor zijn aanhoudende bereidheid om vragen die in dat verband rezen, te beantwoorden. Ook andere instanties zoals de AFM, Eumedion, Houthoff Buruma, Van Doorne en de NVP waren bereid om ons van informatie te voorzien.

De kwalitatieve analyses in de drie deelonderzoeken hadden niet kunnen worden verricht zonder de medewerking van de geïnterviewde personen. Veel dank zijn wij verschuldigd aan alle personen die wij mochten interviewen en aan de kantoren CMS Derks Star Busmann, Houthoff Buruma en Van Doorne die op ons verzoek bij hen bekende monistische vennootschappen benaderden.

Tot slot een woord van dank aan een aantal Groningse collega's. Allereerst Jan Berend Wezeman voor het meeschrijven aan de offerte en voor het meedenken gedurende het onderzoek. Ella Gepken-Jager en Frank Veenstra voor het door hen verrichte rechtspraak- en literatuuronderzoek in het kader van deelonderzoek I. Student Nicolette Drenth voor haar hulp bij het in kaart brengen van de parlementaire geschiedenis van de voor deelonderzoek I relevante wetsartikelen. Voor deelonderzoek II bedanken we Peter van der Meer voor zijn substantiële bijdrage aan de kwantitatieve data-analyse en het vervaardigen van de tabellen. Studenten Marieke de Zwaan en Sander de Raad voor hun

VOORWOORD

snelle en noodzakelijke hulp bij het verder coderen en opzoeken van ontbrekende informatie.

Ook bedanken we Tineke Kooijenga voor de Engelse vertaling van de samenvatting en Ina Mennega voor haar ondersteuning bij de redactionele vormgeving van het rapport.

Het rapport verschijnt tevens als boek in de Serie uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht bij uitgeverij Wolters Kluwer.

Groningen, oktober 2017

Instituut voor Ondernemingsrecht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, RUG

Hylde Boschma

Loes Lennarts

Hanny Schutte-Veenstra

Institute for Governance and Organizational Responsibility, Faculteit Economie en Bedrijfskunde, RUG

Kees van Veen

Korte inhoudsopgave

Afkortingen- en begrippenlijst	IX
Inleiding	XIII
Deelonderzoek I: Het monistische bestuursmodel, taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid, tegenstrijdig belang bestuurders en commissarissen	1
Hoofdstuk 1. Inleiding	9
Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen	15
Hoofdstuk 3. Het monistische bestuursmodel in de praktijk	43
Hoofdstuk 4. De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk	109
Hoofdstuk 5. De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk	125
Hoofdstuk 6. Deelonderzoek I: conclusies en aanbevelingen	147
Bijlage 1 Verzoek om informatie aan Kamer van Koophandel d.d. 15 december 2016 in het kader van het WODC-onderzoek Evaluatie Wet bestuur en toezicht	161
Bijlage 2 Vragenlijst voor interviews vennootschappen met een monistisch bestuursmodel	165
Bijlage 3 Rechtspraakoverzicht art. 2:9 BW; ernstig verwijt	169
Bijlage 4 Literatuurlijst bij deelonderzoek I	173
Bijlage 5 Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek I	179
Deelonderzoek II: Limitering aantal toezichthoudende functies bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen	181
Hoofdstuk 1. Inleiding	189
Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis limiteringsregeling Boek 2 BW	195
Hoofdstuk 3. Inhoud en betekenis limiteringsregeling Boek 2 BW	253
Hoofdstuk 4. Het grootte-criterium	265
Hoofdstuk 5. Sectorale limiteringsregelingen	281
Hoofdstuk 6. Wettelijke regeling versus 'pas-toe-of-leg-uit'	299
Hoofdstuk 7. De effecten van de limiteringsregeling in de praktijk: een kwantitatieve en kwalitatieve analyse	333
Hoofdstuk 8. Deelonderzoek II: conclusies en aanbevelingen	387
	VII

KORTE INHOUDSOPGAVE

Bijlage 1	Vragenlijst voor de expertinterviews	419
Bijlage 2	Literatuurlijst bij deelonderzoek II	423
Bijlage 3	Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek II	427
Deelonderzoek III: Streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen		429
Hoofdstuk 1.	Inleiding	437
Hoofdstuk 2.	Parlementaire geschiedenis streefcijferregeling Boek 2 BW	443
Hoofdstuk 3.	Inhoud en betekenis streefcijferregeling Boek 2 BW	455
Hoofdstuk 4.	Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de Nederlandse Corporate Governance Code 2016	471
Hoofdstuk 5.	Rechtsvergelijking en concept EU-richtlijn	481
Hoofdstuk 6.	De streefcijferregeling van Boek 2 BW in de praktijk: kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen	531
Hoofdstuk 7.	Deelonderzoek III: conclusies en aanbevelingen	569
Bijlage 1	Literatuurlijst bij deelonderzoek III	597
Bijlage 2	Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek III	601
Samenvatting		603
Summary		631

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Onderzoeksthema's en probleemstelling

In deelonderzoek I ligt het accent op het monistische bestuursmodel waarbij het bestuur van een NV of BV wordt gevormd door één of meer uitvoerende bestuurders en één of meer toezichthoudende, niet-uitvoerende bestuurders. In het monistische bestuursmodel zijn bestuur en toezicht in één bestuursorgaan verenigd. Onder het oude recht was een monistisch bestuursmodel weliswaar toegestaan, maar een nadere wettelijke regeling ontbrak. Het dualistische bestuursmodel waarin bestuur en toezicht zijn ondergebracht in twee afzonderlijke organen, te weten het bestuur en de RvC, was wel wettelijk geregeld. De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft deze lacune opgevuld door voor de NV en de BV een wettelijke grondslag alsmede een wettelijke regeling te introduceren voor het monistische bestuursmodel.¹ De relevante wetsartikelen in dit verband zijn: art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW. Onderzocht wordt hoe de parlementaire geschiedenis luidde en welke de veronderstelde werking van deze wetsartikelen was. Vervolgens is de centrale vraag: hoe is de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, stemmen deze aspecten overeen met de wetstheorie en worden de beoogde doelstellingen bereikt?

Naast het monistische bestuursmodel wordt in deelonderzoek I aandacht besteed aan een tweetal andere belangrijke wijzigingen die de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft bewerkstelligd. Deze zijn relevant voor alle BV's en NV's, ongeacht het door deze rechtspersonen gehanteerde bestuursmodel, en behelzen:

1. Het op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2) voorziet in art. 2:9a in een wettelijke grondslag alsmede een wettelijke regeling voor het monistische bestuursmodel voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen, dus ook voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Zie voor de wenselijkheid hiervan: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector. Het Voorontwerp Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen nader belicht', *RM Themis* 2014-4, p. 162-164.

- (i) een gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid;²
- (ii) een nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW.

De centrale vraag luidt hier: hoe is de toepassing van deze wetsartikelen in de jurisprudentie geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016? Zijn er knelpunten in de praktijk?

In par. 1.2 zijn de onderzoeksvragen betreffende deelonderzoek I opgenomen zoals deze door het WODC zijn geformuleerd, waarna in par. 1.3 wordt aangegeven welke methoden zijn gehanteerd om tot een beantwoording hiervan te komen. Vervolgens wordt in par. 1.4 de onderzoeksopzet uiteengezet, waarbij voor elk onderzoeksthema wordt aangegeven welke methoden zijn ingezet om de respectieve onderzoeksvragen te beantwoorden.

1.2 Onderzoeksvragen

1. Hoe luidde de wetstheorie ten aanzien van art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW (monistisch bestuursmodel), art. 2:9 BW (aansprakelijkheid bestuurders), art. 2:129/2:239 lid 6/2:140/2:250 lid 5 BW (tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen), art. 2:133 lid 1 en 3 BW (bindende voordracht) en art. 2:132 lid 3 BW (overeenkomst met bestuurder beursgenoteerde vennootschap is geen arbeidsovereenkomst)? M.a.w. wat waren de expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van deze artikelen, afzonderlijk, maar ook in verband met elkaar?
2. Hoe luidde de wetstheorie specifiek t.a.v. het in evenwicht houden van de verschillende belangen: aandeelhouders, korte termijn belang versus het belang van de klanten en de werknemers?
3. Wat houdt het Rijnlandse *stakeholders* model in en hoe zou het monistische bestuursmodel zich verhouden tot het Rijnlandse *stakeholders* model volgens de wetstheorie?
4. Hoe is de werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk?
5. Hoeveel NV 's en BV's hebben gekozen voor het monistische bestuursmodel?

2. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat art. 2:9 BW niet alleen geldt voor NV's en BV's, maar voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen.

6. Werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie?
7. Worden de doelen uit de wetstheorie behaald?
8. Zijn er neveneffecten, en zo ja, welke?
9. Wat betekenen de bevindingen voor de werking van het Rijnlandse *stakeholders* model in Nederland?
10. Hoe is de toepassing in de jurisprudentie geweest van het gewijzigde art. 2:9 BW inzake de aansprakelijkheid van bestuurders? Zijn er knelpunten in de praktijk?
11. Hoe is de toepassing in de jurisprudentie geweest van het nieuwe art. 2:129/2:239 lid 6 BW en art. 2:140/2:250 lid 5 BW inzake tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen? Zijn er knelpunten in de praktijk?

1.3 Onderzoeksmethoden

Deelonderzoek I bevat een theoretisch en een empirisch gedeelte. De juridisch-theoretische methodologie bestaat uit een studie van de wetsgeschiedenis, regelgeving, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur. De empirische methodologie bestaat uit het verzamelen en analyseren van data en het houden van interviews.

1.4 Onderzoeksopzet en –methoden

Deelonderzoek I bestaat uit zes hoofdstukken.

Hoofdstuk 1 bevat een weergave van de onderzoeksthema's en probleemstelling, de onderzoeksvragen alsmede de gehanteerde onderzoeksmethoden en -opzet.

In **hoofdstuk 2** worden de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetwijzigingen beschreven. Voorts wordt ingegaan op de verhouding van het monistische bestuursmodel tot het Rijnlandse *stakeholders* model. Met de bestudering en weergave van de *parlementaire geschiedenis* worden de **onderzoeksvragen 1-3** beantwoord. Ook wordt hiermee een basis gelegd voor een goed begrip van de onderzoeksthema's die in de latere hoofdstukken 3-5 aan bod komen.

In **hoofdstuk 3** staat de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk centraal. Hiermee is beoogd de **onderzoeksvragen 4-9** te beantwoorden. Hiertoe zijn de volgende methoden (al dan niet gecombineerd) ingezet:

1. *Parlementaire geschiedenis*. De parlementaire geschiedenis is bestudeerd om na te gaan welke expliciete en impliciete veronderstellingen ten grondslag lagen aan de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel en welke doelen de wetgever beoogde te bereiken. Dit is nodig voor de beantwoording van de **onderzoeksvragen 6 en 7**.

2. *KvK-data*. Bij de KvK is een veelheid van data opgevraagd en vervolgens geanalyseerd. Met behulp van deze data kan **onderzoeksvraag 5** naar het aantal NV's en BV's dat heeft gekozen voor het monistische bestuursmodel, worden beantwoord. Bovendien kan met deze data een nadere typering van deze monistische NV's en BV's worden gegeven, waaronder de kwalificatie volgens de jaarrekeningcriteria (micro, klein, middelgroot of groot), toepasselijkheid structuurregime, aantal werknemers, soort activiteit dat de NV/BV ontplooit, omvang en samenstelling van het monistische bestuur. Op deze wijze wordt inzicht verkregen welke typen van vennootschappen het monistische bestuursmodel toepassen en over de omvang en samenstelling van het monistische bestuur. Dit inzicht is nodig voor de beantwoording van de **onderzoeksvragen 4, 6 en 7**.

3. *Interviews*. Een aantal 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel is bevroegd over de keuze voor het monistische bestuursmodel, de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap alsmede naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neven-effecten). De interviews hebben plaatsgehad met de bestuurder of general counsel³ van de vennootschap. Ook is gesproken met een notaris die geregeld betrokken is bij de (statutaire) vormgeving van een monistisch bestuursmodel bij vennootschappen. De interviews beogen bij te dragen aan de beantwoording van de **onderzoeksvragen 4, 6, 7 en 8**.

4. *Websites*. In verband met **onderzoeksvraag 4** zijn voor de selectie van te interviewen monistische vennootschappen met private equity investeerders en monistische familievennootschappen diverse websites van vennootschappen geraadpleegd alsmede de voor het publiek toegankelijke database van de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen.

5. *Statutenonderzoek*. In verband met de **onderzoeksvragen 4 en 5** is statutenonderzoek verricht. In de door de KvK verstrekte databestanden was bij een aantal vennootschappen de rubriek 'aantal niet uitvoerend bestuurders'

3. Of met een persoon die een vergelijkbare positie in de vennootschap heeft.

en/of de rubriek ‘aantal uitvoerend bestuurders’ niet ingevuld. De statuten van deze vennootschappen zijn daarom door de KvK en/of de onderzoekers geraadpleegd om na te gaan of de vennootschap (nog) een monistisch bestuursmodel heeft.

Voorts heeft de onderzoeker die de interviews afnam de statuten van de betrokken vennootschappen geanalyseerd, voordat het interview met de bestuurder of general counsel plaatshad.

6. *Jurisprudentieonderzoek.* In verband met de **onderzoeksvragen 6, 8 en 9** is in de jurisprudentie nagegaan of hieruit blijkt van incidenten/bijzondere problematiek ten aanzien van vennootschappen met een monistisch bestuursmodel.

7. *Juridische literatuurstudie.* In verband met de **onderzoeksvragen 3, 4, 6 en 8** is literatuuronderzoek verricht.

In **hoofdstuk 4** wordt ingegaan op de gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid. Aan de hand van een *jurisprudentieonderzoek* wordt nagegaan hoe de toepassing van art 2:9 BW in de rechtspraak is geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016. In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is ook een *juridische literatuurstudie* verricht, omdat daaruit knelpunten naar voren kunnen komen die nog niet in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. Hiermee kan **onderzoeksvraag 10** worden beantwoord.

In **hoofdstuk 5** staat de nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW centraal. Aan de hand van een *jurisprudentieonderzoek* wordt nagegaan hoe de toepassing van deze wetsartikelen in de rechtspraak is geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016. In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is ook een *juridische literatuurstudie* verricht, omdat daaruit knelpunten naar voren kunnen komen die nog niet in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. Hiermee kan **onderzoeksvraag 11** worden beantwoord.

Hoofdstuk 6 bevat de belangrijkste conclusies en aanbevelingen inzake deelonderzoek I.

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen beschreven. Voorts wordt ingegaan op de verhouding van het monistische bestuursmodel tot het Rijnlandse *stakeholders* model (par. 2.2.6). Met de bestudering en weergave van de *parlementaire geschiedenis* worden de onderzoeksvragen 1-3 beantwoord. Ook wordt hiermee een basis gelegd voor een goed begrip van de onderzoeksthema's die in de latere hoofdstukken 3-5 aan bod komen.

2.2 Het monistische bestuursmodel (onderzoeksvraag 1)

2.2.1 *Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129a/2:239a BW*

Art. 2:129a/2:239a BW luidt:

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling 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. Niet-uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.
2. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
3. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

Inhoud/betekenis

1. Wettelijke grondslag. Door de invoering van art. 2:129a/2:239a BW is een expliciete *wettelijke grondslag* gecreëerd voor de toepassing van het monistische bestuursmodel bij de NV en de BV. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. Een monistisch bestuur is een meerhoofdig bestuur. Uitgangspunt is immers dat er een taakverdeling tussen uitvoerende- en niet-uitvoerende bestuurders plaatsvindt, hetgeen uitsluitend vorm krijgt in een bestuur dat uit meerdere bestuurders bestaat.⁴ Ten gevolge van het amendement Weekers is voor de NV in art. 2:132 lid 1 BW en voor de BV in art. 2:242 lid 1 BW opgenomen dat het benoemde orgaan bepaalt of een persoon tot uitvoerende dan wel niet-uitvoerende bestuurder wordt benoemd.⁵ Hoewel dat wettelijk niet wordt vereist, gaat de minister⁶ ervan uit dat het in de praktijk vaak zo is dat de niet-uitvoerende bestuurders groter in aantal zijn dan de uitvoerende bestuurders.

De invoering van een monistisch bestuursmodel kan uitsluitend ‘bij de statuten’ plaatsvinden. Dit kan reeds bij oprichting van de NV of BV geschieden, maar ook nadien kan door middel van een statutenwijziging worden geopteerd voor een monistisch bestuursmodel. De AV is dwingend-rechtelijk bevoegd het hiertoe vereiste besluit tot statutenwijziging te nemen. Aanvankelijk was in het wetsvoorstel opgenomen dat de keuze voor de invoering van een monistisch bestuursmodel ook ‘krachtens’ de statuten, dus bij een bestuursbesluit of bestuursreglement tot stand kon komen. Bij nota van wijziging⁷ is het woord ‘krachtens’ geschrapt, zodat de keuze voor een monistisch bestuursmodel na oprichting van de NV of BV altijd moet worden voorgelegd aan de AV. Hiermee wordt voorkomen dat de aandeelhouders verrast worden door de invoering van een monistisch bestuursmodel.⁸ De voorgenomen invoering van een one-tier board dient op grond van art. 25 lid 1 sub e WOR ter advisering aan de ondernemingsraad te worden voorgelegd.

De keuze voor een monistisch bestuursmodel werkt exclusief. Een NV of BV die statutair een one-tier board kent, kan dit niet combineren met een RvC. Dit is vastgelegd in art. 2:140/2:250 lid 1 (eerste volzin) BW: “Tenzij toepassing is gegeven aan artikel 129a⁹ kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn.”¹⁰

4. NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 22.

5. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 16, p. 2 (amendement Weekers).

6. Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4-21.

7. NvW 1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 7.

8. NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 2-3, 10.

9. Bij de BV: artikel 239a.

10. MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19: “Het artikellid legt vast dat een raad van commissarissen kan worden ingesteld als toezichthouders niet in het bestuur hebben plaatsgenomen op grond van artikel 2:9 jo. 129a/239a BW.”

2. Wettelijke invulling en begrenzing taakverdeling. Naast een wettelijke grondslag is voorzien in een *wettelijke invulling* van het monistische bestuursmodel. Zo schrijft art. 2:129a/2:239a lid 1 BW dwingend voor dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen dienen zijn. Van belang is dat de wetgever de inrichtingsvrijheid heeft begrensd door dwingendrechtelijk voor te schrijven dat bepaalde taken dienen te worden vervuld door de niet-uitvoerende bestuurder(s), te weten:

- het toezicht houden op de taakuitoefening door de bestuurders;¹¹
- het voorzitterschap van het bestuur.

De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door de bestuurders kan niet aan de niet-uitvoerende bestuurders worden ontnomen. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt over toezicht opgemerkt:

“De niet uitvoerende bestuurders moeten in elk geval toezicht uitoefenen, op de uitvoerende bestuurders maar ook op elkaar. Ook de uitvoerende bestuurders moeten optreden wanneer zij er kennis van dragen dat een mede-uitvoerend bestuurder zijn taak niet goed vervult (vgl. artikel 2:9 lid 2 BW). Toezicht is daarmee niet exclusief een aangelegenheid voor de niet uitvoerende bestuurders.”¹²

Wat betreft het voorzitterschap van het bestuur volstaat de wettekst van art 2:129a/2:239a BW ermee dat deze taak niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het voorzitterschap van het bestuur *moet* worden vervuld door een niet-uitvoerende bestuurder.

In de MvT wordt in dit verband ook gewezen op de in Engeland en Frankrijk bestaande regelgeving:

“Achtergrond is in beide landen dat het verenigen van beide functies in één persoon het onderscheid vertroebelt tussen het uitvoerende bestuur dat is gericht op het leiden van het bedrijf dat door de rechtspersoon in stand wordt gehouden en het bestuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Korte termijn prestaties kunnen zo de overhand krijgen ten detrimente van lange termijn doelstellingen en rechtspersonen-rechtelijke overwegingen. (...) In het belang van een goed toezicht wordt in het onderhavige wetsvoorstel bepaald dat aan een uitvoerende bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen.”¹³

11. Deze verduidelijking is aangebracht bij nota van wijziging: NvW 1, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 763, nr. 7.

12. NV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 763, nr. 6, p. 26.

13. MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 763, nr. 3, p. 16.

Voorts wordt in de nota naar aanleiding van het verslag opgemerkt:

“De taak van het voorzitterschap van het bestuur is voorbehouden aan een niet uitvoerende bestuurder; hier is sprake van exclusiviteit. Hoe de benoeming van de voorzitter plaatsvindt, hangt af van de statuten. De statuten kunnen inhouden dat de algemene vergadering een voorzitter – niet uitvoerend bestuurder benoemt. Wanneer de statuten een dergelijke regeling niet inhouden, besluiten de bestuurders over de vraag wie als hun voorzitter optreedt, maar kunnen zij de taak van het voorzitterschap niet toebedelen aan een uitvoerende bestuurder (lid 1).”¹⁴

In de MvA wordt gesteld:

“De toezichthoudende rol in een monistisch bestuur krijgt meer gewicht doordat is bepaald dat de voorzitter van een monistisch bestuur moet behoren tot de niet-uitvoerende bestuurders. De voorzitter kan daardoor voorkomen dat de uitvoerende bestuurders een overheersende positie kunnen innemen. Hij zal bijvoorbeeld de agenda van bestuursvergaderingen kunnen bepalen.”¹⁵

Een andere begrenzing inzake de taakverdeling in een monistisch bestuursmodel is dat bepaalde taken niet aan een uitvoerende bestuurder mogen worden toebedeeld. Het betreft de volgende taken:

- het doen van voordrachten voor benoeming van een uitvoerende en/of niet-uitvoerende bestuurder;¹⁶
- het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

Indien de vaststelling van de bezoldiging aan het bestuur is toegekend, geldt dat de uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/2:239a lid 2 BW).¹⁷

Hoewel dat niet wettelijk is vastgelegd, wordt er in de parlementaire geschiedenis¹⁸ vanuit gegaan dat de niet-uitvoerende bestuurders als hoofdtak hebben het algemeen besturen en dat aan hen geen specifieke uitvoerende taken, zoals het aansturen van een bepaalde onderneming of het financiële bestuur, worden opgedragen.

14. NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 26 (zie ook p. 8, 12).

15. MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 2 (zie ook p. 26).

16. Deze begrenzing is aangebracht door het amendement van het lid Weekers c.s., *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 12.

17. Dit volgt ook reeds uit art. 2:129 lid 6/2:239 lid 6 BW.

18. MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14. NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 6.

Tot slot is van belang dat ingevolge art. 2:9 lid 2 BW de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken op elke bestuurder rust. Deze verantwoordelijkheid kan niet door een taakverdeling aan een bestuurder worden ontnomen.

3. Vergelijking positie niet-uitvoerende bestuurder met die van commissaris. In de parlementaire geschiedenis zijn het takenpakket en de aansprakelijkheidspositie van niet-uitvoerende bestuurders vergeleken met die van commissarissen. De minister¹⁹ heeft hierover het volgende opgemerkt:

“De taken van de niet uitvoerende bestuurders zijn meeromvattend dan het houden van toezicht en advisering in de tot op heden bekende zin. De niet uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid. Zij zijn meer dan commissarissen actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Voor alle bestuurders en commissarissen geldt dat zij moeten ingrijpen wanneer zij op de hoogte raken van onbehoorlijk bestuur van een bestuurder, maar bestuurders in een monistisch bestuur zijn ook collectief verantwoordelijk voor het bestuursbeleid. In het geval van onbehoorlijk bestuur moet een bestuurder en commissaris zijn best doen om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Doet hij dat niet, dan riskeert hij aansprakelijkheid (artikel 2:9 lid 2 BW jo. artikel 2:149/259 BW). Verondersteld mag worden dat de niet-uitvoerende bestuurders vaak eerder en meer informatie over (de consequenties) van het bestuursbeleid ontvangen dan commissarissen. Vanuit de gedachte dat kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen, kan een niet-uitvoerend bestuurder onder omstandigheden inderdaad eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris met een meer beperkte taak in het dualistische bestuursstelsel. Of in een specifiek geval aansprakelijkheid optreedt, hangt af van de omstandigheden van het geval.”

4. Besluitvorming door deel van het bestuur. Art. 2:129a/2:239a lid 3 BW bevat een faciliteit voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel: bij of krachtens de statuten kan aan een deel van het bestuur de bevoegdheid worden toegekend een besluit te nemen over aangelegenheden die tot zijn/hun taak behoren. Bepaling ‘krachtens’ de statuten dient schriftelijk te geschieden. Een besluit dat door een deel van het bestuur wordt genomen op basis van een dergelijke regeling geldt als bestuursbesluit, waarvoor alle bestuurders verantwoordelijk zijn. Volgens de MvT wordt hiermee in een praktische behoefte voorzien.²⁰ Blijkens de wetsgeschiedenis²¹ is de faciliteit van art. 2:129a/

19. NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 4.

20. MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.

21. MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 23-24.