

Enkele aandachtspunten bij (her)benoeming van bestuurders en commissarissen

Op 31 mei 2011 is door de Eerste Kamer het voorstel voor de wet Bestuur en Toezicht (de "Wet") aangenomen op grond waarvan bepalingen in het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot bestuur en toezicht bij naamloze en besloten vennootschappen zullen worden gewijzigd. De Wet introduceert onder andere de mogelijkheid een one-tier board in te voeren (uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders in één vennootschapsorgaan). Deze notitie beperkt zich echter tot het behandelen van het amendement Irrgang en het amendement Kalma c.s.

juli 2011

Amendement Irrgang: Beperking aantal functies

De nieuwe regels met betrekking tot het beperken van het aantal functies vloeien voort uit een voorstel dat in december 2009 gedaan is door SP kamerlid Ewout Irrgang (Amendement Irrgang) en hebben als doel de verhoging van de kwaliteit van toezicht, het voorkomen van belangenverstrengeling en het leveren van een bijdrage aan het doorbreken van het zogenaamde 'old boys network'.

Toepasselijkheid

De nieuwe regels zijn van toepassing op bestuurders en commissarissen van zogeheten 'grote rechtspersonen' waaronder in dit kader moet worden verstaan: naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en stichtingen die aan 2 van de 3 volgende criteria voldoen:

- o de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, meer dan EUR 17,5 miljoen;
- o de netto-omzet bedraagt meer dan EUR 35 miljoen; en
- o het gemiddeld aantal werknemers bedraagt 250 of meer.

De minister van Veiligheid en Justitie (de "Minister") heeft tijdens de behandeling van de Wet in de Eerste Kamer toegezegd op korte termijn met een reparatiewet te komen waarin onder meer zal worden verduidelijkt dat de nieuwe regels zullen gaan gelden voor bedrijven die verplicht onder het jaarrekeningrecht vallen. Hij stelde daarbij nadrukkelijk dat daaronder mede begrepen zullen zijn stichtingen die op grond van bijzondere wetgeving verplicht zijn om het jaarrekeningrecht toe te passen, zoals ziekenhuizen en woningbouwcorporaties.

Beperking aantal functies

Een bestuurder van een grote rechtspersoon mag deze functie combineren met maximaal 2 commissariaten bij andere grote rechtspersonen, waarbij een voorzitterschap is uitgesloten. Een commissaris mag maximaal 5 commissariaten bij grote rechtspersonen hebben, waarbij een voorzitterschap dubbel telt.

Bij het tellen van het aantal commissariaten bij grote rechtspersonen wordt een benoeming als (a) niet-uitvoerend bestuurder (van een one-tier board) of (b) lid van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld, gelijkgesteld aan een commissariaat.

Uitzonderingen

Allereerst tellen benoemingen bij rechtspersonen die niet kwalificeren als een 'grote' rechtspersoon, zoals verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en publiekrechtelijke rechtspersonen, niet mee. Zo zal de nieuwe regeling bijvoorbeeld niet van toepassing zijn op koepel- en brancheorganisaties die de rechtsvorm van een vereniging hebben en op publiekrechtelijke rechtspersonen zoals productschappen. Bovendien zullen benoemingen bij groepsmaatschappijen en buitenlandse rechtspersonen niet meetellen. Voorts heeft de Minister toegezegd dat in de reparatiewet zal worden opgenomen dat benoemingen bij een stichting met een charitatieve, culturele of kerkelijke doelstelling ongeacht de 'grootte' (dus of het jaarrekeningrecht van toepassing is of niet), niet meetellen in de nieuwe regeling.

Sanctie

Het wetsvoorstel is niet duidelijk over de gevolgen van een benoeming van een bestuurder of commissaris in strijd met de nieuwe regels. Het ligt voor de hand aan te nemen dat de benoeming van een bestuurder die meer dan 2 commissariaten heeft bij grote rechtspersonen, nietig is. Ditzelfde geldt dan eveneens voor de benoeming van een commissaris die reeds 5 of meer commissariaten bij andere grote rechtspersonen heeft. De benoeming blijft dus in beginsel zonder rechtsgevolg. Let wel, indien de betrokkenen zich niet bewust zijn van het feit dat een benoeming nietig is, kan dit gevolgen hebben voor geldigheid van besluiten die nadien door de betreffende raad van bestuur of raad van commissarissen zijn genomen. Van een bestuurder en commissaris wordt voorts verwacht dat hij/zij bekend is met toepasselijke wet- en regelgeving (geen excuus "ik wist het niet"). In geval van schending van wet- en regelgeving kan onder omstandigheden betoogd worden dat aansprakelijkheid van de bestuurder of commissaris jegens de vennootschap in beginsel vaststaat en het aan de bestuurder respectievelijk commissaris is om aannemelijk te maken dat hem/haar geen ernstig verwijt treft.

Denkbaar is voorts de situatie dat een bestuurder gedurende zijn zittingstermijn meer dan 2 commissariaten bij grote rechtspersonen krijgt omdat een van die rechtspersonen is gaan kwalificeren als een grote rechtspersoon. Uit de toelichting van de Minister blijkt dat dit de positie van de bestuurder niet aantast maar dat herbenoeming niet mogelijk is. Dit principe geldt tevens voor de commissaris die gedurende zijn zittingstermijn meer dan 5 commissariaten bij grote rechtspersonen krijgt omdat een van die rechtspersonen als grote rechtspersoon is gaan kwalificeren: de commissaris blijft in functie maar herbenoeming na ommekomst van zijn termijn is niet mogelijk.

Overgangsregeling

De nieuwe regeling zal naar verwachting 1 januari 2012 inwerkingtreden. Bij inwerkingtreding zal de overgangsregeling gelden dat de beperking van het aantal commissariaten niet van toepassing is op benoemingen die voor de inwerkingtreding van de wet hebben plaatsgevonden, maar wel bij een eventuele herbenoeming in die functie.

Reparatiewet

De Minister heeft toegezegd dat rond de zomer 2011 een reparatiewet zal worden voorgelegd aan de ministerraad waarin een aantal verduidelijkingen ten aanzien van de cumulatie van commissariaten zal worden opgenomen. Zoals hierboven al opgemerkt zal in deze reparatiewet worden opgenomen dat de regeling geldt voor benoemingen bij bedrijven die verplicht onder het jaarrekeningrecht vallen op grond van artikel 397 lid 1 boek 2 BW. Voorts zal deze in reparatiewet de uitzondering voor benoemingen bij stichtingen met een charitatieve, culturele of kerkelijke doelstelling worden verankerd.

Wat te doen bij dreigende overschrijding van het maximum?

Na de inwerkingtreding van de Wet zal het volgende gelden.

- Iemand die commissaris is bij meer dan 2 grote rechtspersonen kan niet worden benoemd als bestuurder van een grote rechtspersoon, tenzij hij/zij het aantal commissariaten terugbrengt naar 2.
- Iemand die voorzitter van de raad van commissarissen van een grote rechtspersoon is kan niet worden benoemd als bestuurder van een grote rechtspersoon, tenzij hij/zij het voorzitterschap neerlegt.
- Iemand die reeds bestuurder van een grote rechtspersoon is en meer dan 2 commissariaten heeft bij andere grote rechtspersonen, kan niet worden herbenoemd als bestuurder, tenzij hij/zij voor de herbenoeming het aantal commissariaten terugbrengt naar 2.
- Voor iemand die commissaris is bij 5 of meer grote rechtspersonen (geen voorzitterschap) geldt dat:

- o hij/zij niet kan worden benoemd als nieuwe commissaris bij een grote rechtspersoon, tenzij hij/zij voor benoeming het aantal commissariaten bij andere grote rechtspersonen terugbrengt naar 4;

Voorbeeld: U bent commissaris bij 7 grote rechtspersonen (geen voorzitterschap) en u zou graag een nieuw commissariaat aanvaarden, dan zal u voor de datum van benoeming 3 van uw 7 commissariaten bij grote rechtspersonen moeten opgeven zodat u na benoeming het maximum aantal van 5 niet overschrijdt.

- o hij/zij kan niet worden herbenoemd als commissaris, tenzij hij/zij voor de herbenoeming het aantal commissariaten bij grote rechtspersonen heeft teruggebracht naar 5.
Voorbeeld: U bent commissaris bij 7 grote rechtspersonen (geen voorzitterschap) en reeds op 1 maart 2012 zal de herbenoeming aan de orde zijn van een commissariaat dat u graag wilt behouden. U zal dan voor die datum 2 van uw 7 commissariaten bij grote rechtspersonen moeten hebben neergelegd zodat u na herbenoeming het maximum aantal van 5 niet overschrijdt.

De Wet verhindert niet dat iemand met 5 of meer commissariaten bij grote rechtspersonen als adviseur van een grote rechtspersoon in een specifieke kwestie optreedt.

Aanbevelingen en conclusie

Iedere bestuurder en commissaris zal een inventarisatie moeten maken van het aantal toezichthoudende functies dat hij/zij thans bekleedt bij 'grote rechtspersonen' aan de hand van de meest recente jaarrekeningen en zal de toepasselijke schema's voor herbenoeming moeten nagaan. Indien sprake is of zal zijn van een overschrijding van het toegestane aantal functies zal dit met de betrokken rechtspersoon moeten worden gedeeld en zullen tijdig keuzes moeten worden gemaakt.

Van de betrokken organen van grote rechtspersonen bij het selecteren van kandidaten voor de functie van bestuurder of commissaris zal worden verwacht dat zij kritisch kijken naar het aantal toezichthoudende functies dat de betreffende kandidaat reeds bekleedt. Het is raadzaam dat grote rechtspersonen in de interne procedures het melden van nevenfuncties opnemen.

Amendement Kalma c.s.: Evenwichtige verdeling man/vrouw

Het (tijdelijk) opnemen in de wet van streefcijfers voor de participatie van vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen is door de regering vanuit emancipatoir oogpunt maar ook om sociaal-economische redenen wenselijk geacht naar aanleiding van het amendement Kalma c.s.. In het Burgerlijk Wetboek zullen de volgende regels worden opgenomen:

- een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap die kwalificeert als een 'grote rechtspersoon' (zie criteria hierboven) dient er naar te streven dat ten minste 30% van de zetels (die verdeeld worden over natuurlijke personen) wordt bezet door vrouwen;
- pas toe of leg uit: wordt niet voldaan aan de bepalingen op het gebied van evenwichtige participatie van mannen en vrouwen dan moet dit in het jaarverslag worden toegelicht;
- tijdelijke maatregel: zal vervallen per 1 januari 2016.