

# Wet bestuur en toezicht: het 'one tier board'-model nader belicht

Met invoering van de Wet bestuur en toezicht zal Boek 2 van het BW op enkele punten worden gewijzigd. Een in het oog springende noviteit is de wettelijke verankering van het (van oudsher Angelsaksische) 'one tier board'-bestuursmodel. Hoewel dit bestuursmodel ook in Nederland reeds op beperkte schaal werd gebruikt, lijkt de Wet bestuur en toezicht enkele daadwerkelijke nieuwe toepassingsmogelijkheden te creëren. De auteurs staan stil bij enkele praktische en juridische aspecten van (hantering van) het 'one tier board'-bestuursmodel, waaronder bij structuurvennootschappen. Ook gaan de auteurs in dit kader uitgebreid in op het deels te wijzigen artikel 2:9 BW (het interne aansprakelijkheidsregime) en de (al dan niet) verschillende aansprakelijkheidsrisico's voor traditionele commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders.



## 1. Inleiding

In juni 2011 is in het *Staatsblad* de 'Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen' (hierna: 'Wet bestuur en toezicht') gepubliceerd.<sup>1</sup> Met deze nieuwe wet zal Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') op enkele (belangrijke) punten worden gewijzigd en aangevuld. Wanneer de Wet bestuur en toezicht precies in werking zal treden is nog niet bekend, doch er wordt gestreefd naar inwerkingtreding op 1 juli 2012.

De Wet bestuur en toezicht heeft betrekking op een veelvoud aan juridische aspecten van (de organisatie van) rechtspersonen, waaronder de mogelijkheid tot het instellen van het zogenoemde 'one tier board'-model in de BV en de NV.

In dit artikel zullen wij nader ingaan op de invoering van het 'one tier board'-model in de BV en de NV en het praktisch nut ervan voor de praktijk, alsmede op de eventuele interne aansprakelijkheidsrisico's die deze bestuursstructuur met zich meebrengt voor de zogenoemde 'niet-uitvoerende bestuurders'. In dit artikel zal niet worden ingegaan op de eventuele externe aansprakelijkheidsrisico's voor niet-uitvoerende bestuurders.

## 2. Wettelijke basis 'one tier board'-structuur

Het Nederlandse vennootschapsrecht kent van oudsher een (strikte) scheiding tussen de uitvoerende macht in de vorm van het bestuur of de 'directie' enerzijds en de controlerende macht in de vorm van de raad van commissarissen anderzijds. Men noemt dit de 'dualistische' bestuursstructuur, in het Engels aangeduid met de term 'two tier board'. Uitgangspunt van de dualistische bestuursstructuur is de aanwezigheid in de BV en de NV van een bestuursorgaan dat belast is met de dagelijkse leiding over de vennootschap en haar onderneming, dat – in beginsel op facultatieve basis – wordt gecontroleerd door een separaat toezichthoudend orgaan. In de praktijk is dit een raad van commissarissen die tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>2</sup>

Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht wordt aan Boek 2 BW een aantal regels toegevoegd die uitdrukkelijk toestaan dat in de statuten van de BV of de NV wordt bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders.<sup>3</sup> De niet-uitvoerende bestuurders maken integraal deel uit van het bestuur, maar hebben primair als taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door de uitvoerende bestuurders. Deze toezichthoudende taak kan niet aan

\* Mr. Q. Keukens, Banning N.V., sectie Corporate/M&A.

\*\* Mr. L.B. Vissers, Banning N.V., sectie Corporate/M&A.

1. *Stb.* 2001, 275, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2011-275.html>.

2. In beginsel is sprake van een vrijwillig ingevoerde raad van commissarissen, behoudens indien sprake is van toepasselijkheid van het zogenoemde 'structuurregime' dat geldt voor zowel de NV als de BV (artikel 2:152 BW e.v. voor de NV en artikel 2:262 BW voor de BV). De criteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld of sprake is van een structuurvennootschap blijven met de invoering van de Wet bestuur en toezicht ongewijzigd (zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 558).

3. Het is dus noodzakelijk om het hanteren van een 'one tier board'-model statutair te regelen, aldus ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 424, alsmede S. Hijink e.a., 'Congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: "Bestuur en toezicht"', *Ondernemingsrecht* 2009, 159.

de niet-uitvoerende bestuurders worden ontnomen, ook niet door een bestuursreglement.<sup>4</sup> Men noemt een dergelijk gemengd bestuur een 'one tier board'. Deze 'one tier board'-structuur is gangbaar in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, terwijl de meeste landen op het Europese vasteland van oudsher het 'two tier board'-model hanteren.<sup>5</sup>

Helemaal nieuw is het 'one tier board'-model in Nederland echter niet. Vóór de totstandkoming van de Wet bestuur en toezicht waren er namelijk al enkele vennootschappen in Nederland die een 'one tier board'-structuur hanteerden zonder dat daar een wettelijke basis voor (nodig) was, waaronder Fortis.<sup>6</sup> Deze vennootschappen voorzagen in hun statuten reeds in een bestuur bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Ook in de Code Corporate Governance (versie 2008) wordt reeds gewag gemaakt van de 'one tier board'. Deze versie van de Code bevat een artikel ('principe') met enkele 'best-practicebepalingen' gewijd aan de 'one tier board'-structuur. Zo beschouwd is de wettelijke verankering van de 'one tier board'-structuur dus geen revolutionaire ontwikkeling, maar veeleer een reactie van de wetgever op een praktijk die al enige tijd werd toegepast.

Reden voor de wettelijke verankering (of eigenlijk voor het gebruik van) de 'one tier board'-structuur vormt – naast de wens om de bruikbaarheid van de BV en de NV in nationale en (met name) internationale rechtsverhoudingen te vergroten –<sup>7</sup> de wens om een meer betrokken toezichthoudend 'orgaan' te faciliteren door het in staat te stellen daadwerkelijk mee te kijken in de keuken van het bestuur van de vennootschap. Idee daarbij is dat toezichthouders die integraal deel uitmaken van de 'uitvoerende macht' binnen de vennootschap (en uit dien hoofde ook stemrechten hebben voor wat betreft de besluitvorming daarin) per definitie dichter op de aanwezige kennis

en informatie zitten en zodoende beter in staat zijn hun toezichthoudende taak uit te voeren. Een andere reden voor wettelijke verankering van het 'one tier board'-model was om een einde te maken aan de onduidelijkheid over de taak en aansprakelijkheden van niet-uitvoerende bestuurders in vennootschappen die reeds een 'one tier board'-model hanteerden.<sup>8</sup>

### 3. Gevolgen van implementatie en gebruik van de 'one tier board'-bestuursstructuur

Een interessante vraag is welke gevolgen de wettelijke verankering en feitelijke implementatie van een 'one tier board'-model kan hebben voor de bestuursstructuur van de BV en de NV.

#### 3.1. Versoepeling voor structuurvennootschappen

Een eerste juridisch en praktisch gevolg van de wettelijke verankering van het 'one tier board'-model is dat de zogenoemde structuurvennootschappen niet langer verplicht zijn een raad van commissarissen in te stellen, omdat in plaats daarvan kan worden gekozen voor benoeming van (meerdere) niet-uitvoerende bestuurders die (verplicht) toezicht houden op de uitvoerende bestuurders conform de regels die normaal gesproken gelden voor de raad van commissarissen binnen structuurvennootschappen.<sup>9</sup>

Wanneer structuurvennootschappen kiezen voor een 'one tier board'-model in plaats van een separate raad van commissarissen, worden de uitvoerende bestuurders door de niet-uitvoerende bestuurders benoemd (zoals naar huidige wetgeving de raad van commissarissen de bestuurders van een structuurvennootschap benoemt).<sup>10</sup> Verder geldt dat de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders goedkeuring moet geven aan de besluiten die worden

4. P.J. Dortmund, 'Nota van wijziging wetsvoorstel aanpassing regels over bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2009, 72.
5. M.M. Seinstra, 'Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking', *O&F* 2008-4. Zie voor een zeer uitgebreide studie naar de toepassing van het 'one tier board'-model in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten: W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the Changing and Converging World of Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2012.
6. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 424. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de (voormalige) bestuursstructuur van Fortis, Van den Ingh, 'De bestuursstructuur van Fortis', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 138.
7. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 1 en 2. Verder voert Calkoen aan dat invoering van de Wet bestuur en toezicht in het algemeen (onder meer) zou zijn gedreven door het feit dat een groot deel van de aandeelhouders in Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen afkomstig is uit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten: W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the Changing and Converging World of Corporate Governance*, Deventer: Kluwer 2012.
8. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 424.
9. Zie over het hanteren van een 'one tier board'-model in structuurvennootschappen onder meer Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 558, alsmede S. Hijink e.a., 'Congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: "Bestuur en toezicht"', *Ondernemingsrecht* 2009, 159.
10. Indien sprake is van een 'volledig' structuurregime. In een zogenoemd 'verzwakt' structuurregime ex artikel 2:265 en 2:265a BW geschiedt benoeming van bestuurders naar huidige wetgeving door de algemene vergadering van aandeelhouders. De Wet bestuur en toezicht lijkt voor wat betreft benoeming van niet-uitvoerende bestuurders geen onderscheid te maken tussen het 'volledige' structuurregime en het 'verzwakte' structuurregime. J.D.M. Schoonbrood en T.J.C. Klein Bronsvort zeggen hierover: 'De Wet bestuur en toezicht maakt bij het one tier systeem echter geen onderscheid tussen een vennootschap met een volledig regime en een vennootschap met een verzwakte regime. De Wet bestuur en toezicht schrijft voor dat bij iedere structuurvennootschap die in de statuten een one tiersysteem opneemt, de niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders benoemen (met kennisgeving van de algemene vergadering) (...). Het lijkt er dus op dat bij een vennootschap met een verzwakt regime door de invoering van het one tiersysteem de algemene vergadering het recht verliest om (uitvoerend) bestuurders te benoemen en te ontslaan. Is dat wel de bedoeling geweest van de wetgever? In het systeem van de structuurregeling lijkt dit toch niet te passen? In de parlementaire geschiedenis is niet te achterhalen wat de echte reden is geweest. Vermeld wordt dat er is gekeken naar de regeling van het volledige regime zonder uitleg. Had de wetgever niet eenvoudig kunnen bepalen dat bij een verzwakte regime de uitvoerende bestuurders door de algemene vergadering kunnen (blijven) worden benoemd en ontslagen?' J.D.M. Schoonbrood & T.J.C. Klein Bronsvort, 'Lekken in het verzwakte structuurregime bij drinkwaterbedrijven en vennootschappen met een one tier board?', *Ondernemingsrecht*, 2011, 115.

genoemd in artikel 2:164 lid 1 en artikel 2:274 lid 1 BW.<sup>11</sup> Dit is een lijst met bestuursbesluiten die (op basis van de huidige wetgeving) moeten worden goedgekeurd door de raad van commissarissen in structuurvennootschappen, waaronder besluiten tot uitgifte van aandelen, een voorstel tot ontbinding van de vennootschap en aangifte van faillissement van de vennootschap.

Hoewel voornoemde regeling met betrekking tot de bevoegdheden van niet-uitvoerende bestuurders vrijwel identiek is aan de huidige regeling die van toepassing is op commissarissen, kan het feit dat structuurvennootschappen voortaan mogen afzien van het instellen van een raad van commissarissen en in plaats daarvan kunnen kiezen voor het benoemen van niet-uitvoerende bestuurders, worden gezien als een daadwerkelijke vernieuwing van het vennootschapsrecht.

Of structuurvennootschappen daadwerkelijk zullen afzien van het instellen van een raad van commissarissen en in plaats daarvan zullen kiezen voor benoeming van niet-uitvoerende bestuurders zal de praktijk uiteraard moeten uitwijzen.

### 3.2. Praktische voordelen

Een andere vraag is of met een 'one tier board'-model de beoogde voordelen daarvan daadwerkelijk zullen worden gerealiseerd. Met andere woorden: is het nu werkelijk zo dat de niet-uitvoerende bestuurders in dit model dichter op de bestuurders zitten dan de traditionele commissarissen en zodoende sneller en efficiënter over informatie kunnen beschikken en sneller en efficiënter noodzakelijk geachte maatregelen kunnen treffen? Wij verwachten dat de beoogde voordelen vooral kunnen gelden voor – grof gezegd – 'middelgrote' ondernemingen waarin thans een raad van commissarissen is ingesteld maar waar geen specifiek omschreven takenpakket voor de commissarissen bestaat. In dergelijke ondernemingen zou de informatievoorziening aan de toezichthouders door middel van een 'one tier board'-model wellicht kunnen toenemen en verbeteren. De mate waarin de beoogde voordelen kunnen worden bereikt zal echter in alle gevallen echter afhangen van de kwaliteit en inzet van de personen die het toezicht uitoefenen en van de cultuur van de onderneming.<sup>12</sup>

Bij 'grotere' ondernemingen is het takenpakket van de raad van commissarissen vaak uitgebreider en preciezer omschreven met als gevolg dat deze commissarissen uit dien hoofde vaak al over uitgebreidere en kwalitatief betere informatie beschikken, althans daar makkelijker aanspraak op kunnen maken. Bovendien geldt bij een aantal grotere ondernemingen een structuurregime en zijn deze ondernemingen voorts gebonden aan de Code Corporate Governance. De Code Corporate Governance

bevat een flink aantal spelregels voor het bestuur voor wat betreft de omgang met de raad van commissarissen.<sup>13</sup> Zo dient het bestuur op grond van de Code Corporate Governance de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap ter goedkeuring aan de raad van commissarissen voor te leggen, alsmede de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen, de daarbij te hanteren randvoorwaarden en de voor de onderneming relevante aspecten van maatschappelijk ondernemen. Naar ons idee is een goede informatievoorziening aan de raad van commissarissen van deze grote ondernemingen in de praktijk reeds in grote mate gewaarborgd.

Binnen 'kleine' ondernemingen waarin een raad van commissarissen is ingesteld (dit is een beperkte categorie) zijn de verhoudingen bovendien vaak reeds zodanig formeel dat wij verwachten dat de invoering van een 'one tier board' bij deze categorie van ondernemingen niet in grote mate zal bijdragen aan het verkleinen van de afstand tussen de uitvoerende bestuurders en de toezichthouders.

### 3.3. Vervaging onderscheid taken en verantwoordelijkheden

Een mogelijk nadeel van de invoering van een 'one tier board'-structuur is gelegen in het feit dat het onderscheid tussen de 'uitvoerende macht' en de 'controlerende macht' kan vervagen doordat de relatief duidelijke verhoudingen, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden binnen de 'two tier board' in een 'one tier board'-structuur minder expliciet zijn. Dit geldt zeker zolang binnen de 'one tier board' geen duidelijk en concreet bestuursreglement wordt vastgesteld waarin de exacte taakomschrijving van zowel de individuele uitvoerende bestuurders als de individuele niet-uitvoerende bestuurders wordt omschreven.<sup>14</sup>

Verder geldt dat, voor wat betreft de vraag of wordt gekozen voor een 'one tier board'-bestuursmodel, diegenen binnen de vennootschap die verantwoordelijk zijn voor de vennootschappelijke inrichting zich moeten afvragen of de hierna te bespreken vergrote interne aansprakelijkheidsrisico's voor niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van die van commissarissen opwegen tegen een 'vereenvoudigde' vennootschapsstructuur. Daarbij is van belang dat het, gelet op de grotere aansprakelijkheidsrisico's, wellicht moeilijker zal worden om geschikte kandidaten te vinden voor de functie van niet-uitvoerend bestuurder.

### 3.4. Verschillen tussen commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders

Los van voornoemde algemene en in het oog springende gevolgen van de wettelijke verankering van het 'one tier board'-model, zijn er veel juridische en praktische verschillen te noemen tussen traditionele commissarissen enerzijds en niet-uitvoerende bestuurders anderzijds. Dit

11. Aldus de nieuwe artikelen 2:164a lid 4 en 2:274a lid 4 BW.

12. Zie ook S. Hijink e.a., 'Congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: "Bestuur en toezicht"', *Ondernemingsrecht* 2009, 159.

13. S. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, 91.

14. Dumoulin lijkt de mening te zijn toegedaan dat – ook los van wettelijke verankering van het 'one tier board'-model – reeds sprake is van 'verwatering' van de verschillen tussen bestuurders en commissarissen, waarbij hij onder meer verwijst naar de diverse bepalingen uit de Code Corporate Governance op basis waarvan (sommige) commissarissen reeds een actieve rol bekleden binnen de organisatie van de vennootschap: S. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, 91.

staat strikt gezien echter los van de wettelijke verankering van het 'one tier board'-model, omdat het 'one tier board'-model – als aangegeven – thans ook reeds wordt toegepast. Dumoulin geeft een uitgebreide opsomming van de praktische en juridische verschillen tussen (benoeming en functioneren van) commissarissen enerzijds en niet-uitvoerende bestuurders anderzijds. Dumoulin stelt onder meer dat niet-uitvoerende bestuurders de vennootschap (in tegenstelling tot commissarissen) in beginsel kunnen vertegenwoordigen en dat niet-uitvoerende bestuurders rechtspersonen kunnen zijn.<sup>15</sup> Dit laatste punt is inmiddels echter niet meer actueel omdat de (nieuwe) artikelen 2:129a lid 1 en 2:239a lid 1 BW die zullen worden ingevoerd met de Wet bestuur en toezicht bepalen dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen zijn.

#### 4. Interne aansprakelijkheidsrisico's voor niet-uitvoerende bestuurders

Mede in het licht van par. 3.3 dient te worden gezien wat nu precies de verhouding is tussen de interne aansprakelijkheidsrisico's van niet-uitvoerende bestuurders en de aansprakelijkheidsrisico's van traditionele commissarissen.<sup>16</sup>

##### 4.1. Het deels vernieuwde artikel 2:9 BW

Artikel 2:9 BW geeft – kort gezegd – regels voor de taakvervulling en (interne) aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de rechtspersoon. Er bestaat in de rechtsliteratuur enige discussie over de vraag of bestuurders aansprakelijk kunnen zijn voor taken die niet tot hun werkkring behoren. Er zijn auteurs die menen dat bestuurders in beginsel aansprakelijk zijn voor deze taken, tenzij de bestuurders zich individueel kunnen disculperen op basis van bijvoorbeeld een bestuursreglement, waarbij het effect van de individuele disculpatie dan ook weer ter discussie staat. Zo noemt Wezeman de disculpatiemogelijkheid 'een reddingsboei met weinig drijfvermogen'. Hij suggereert dan ook om de regel dat een bestuurder – behoudens disculpatie – ook aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur ten aanzien van taken die niet tot zijn werkkring behoren, te schrappen, of om vennootschappen toe te staan van artikel 2:9 BW af te wijken in bijvoorbeeld de statuten of een separate overeenkomst.<sup>17</sup>

Er zijn echter ook auteurs die menen dat sowieso al geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid voor taken die niet tot de werkkring van een bestuurder behoren, waardoor het vraagstuk van disculpatie aan betekenis verliest.<sup>18</sup>

Artikel 2:9 BW wordt gedeeltelijk gewijzigd door de Wet bestuur en toezicht. De vraag is echter of het nieuwe ar-

tikel 2:9 BW een einde maakt aan voornoemde discussie. Conform het nieuwe artikel 2:9 lid 1 BW behoren tot de taak van een bestuurder (uitvoerende of niet-uitvoerende) *alle taken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld*. Het tweede lid voegt toe dat iedere bestuurder (uitvoerende of niet-uitvoerende) verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken, en dat de bestuurder voor het geheel aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan andere bestuurders toebedeelde taken geen ernstig verwijt gemaakt kan worden en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

In principe zouden deze regels kunnen worden gezien als een codificatie van het 'ernstig verwijt'-criterium dat in de rechtspraak reeds wordt toegepast bij beoordeling van de vraag of sprake is van interne bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>19</sup> Verder vormt de regel dat de bestuurders verantwoordelijkheid dragen voor de algehele gang van zaken en in beginsel voor het geheel aansprakelijk zijn, een codificatie van het beginsel van 'collectief bestuur', zoals wij dat onder huidig recht reeds kennen.<sup>20</sup>

De wetgever lijkt met het nieuwe artikel echter wel een einde te willen maken aan voornoemde discussie in de rechtsliteratuur omtrent de vraag of bestuurders op grond van het thans nog geldende artikel 2:9 BW, *überhaupt* aansprakelijk kunnen zijn voor taken die niet tot hun werkkring behoren. De nieuwe regels zijn op dat gebied duidelijk en maken aan deze eventuele onzekerheid een einde: het bestuur is *collectief* aansprakelijk, tenzij een bestuurder zich individueel kan disculperen. Dit betekent dat een bestuurder (uitvoerende of niet-uitvoerende) voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt gemaakt kan worden en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

##### 4.2. Collectief bestuur, collectieve aansprakelijkheid

Het voorgaande lijkt tot de voorzichtige conclusie te leiden dat een gevolg van het hanteren van een 'one tier board'-model is dat de toezichthouders (in dit geval de niet-uitvoerende bestuurders) onder een zwaarder aansprakelijkheidsregime komen te vallen dan bij het klassieke bestuursmodel het geval is.

Traditionele commissarissen maken namelijk geen onderdeel uit van het bestuur en zijn zodoende *in beginsel* ook niet aansprakelijk voor handelingen van het bestuur. Hoewel op grond van artikel 2:149 en 2:259 BW (ook onder huidig recht) het bepaalde in artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing is op de taakvervulling door

15. S. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerende bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, 91.

16. Wij zullen in dit artikel niet ingaan op vormen van externe aansprakelijkheid waaronder aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

17. S. Hijink e.a., 'Congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: "Bestuur en toezicht"', *Ondernemingsrecht* 2009, 159.

18. D.A.M.H.W. Strik, 'Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: you cannot have your cake and eat it', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 367.

19. Het begrip 'ernstig verwijt' werd door de Hoge Raad geïntroduceerd in het arrest HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).

20. Zie over het nieuwe artikel 2:9 BW onder meer P.J. Dortmond, 'Een one tier board voor naamloze en besloten vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 138.

de raad van commissarissen, en commissarissen dus ook naar huidig recht het risico lopen (intern) aansprakelijk te worden gehouden voor onbehoorlijke taakvervulling, is de toepassing van de norm van artikel 2:9 BW op een raad van commissarissen of op (niet-uitvoerende) bestuurders wezenlijk verschillend.<sup>21</sup> De taak van commissarissen is immers beperkt tot toezicht houden, hetgeen bij (niet-uitvoerende) bestuurders niet het geval is, althans hoeft te zijn, zoals hierna toegelicht. Commissarissen kunnen in beginsel dus uitsluitend aansprakelijk worden gehouden indien zij hun toezichhoudende taak niet behoorlijk hebben vervuld.<sup>22</sup>

Het beginsel van collectief bestuur leidt er onder meer toe dat binnen de 'one tier board' de taken binnen het algemene bestuur in beginsel mede toebehoren aan de niet-uitvoerende bestuurders, met als gevolg dat de niet-uitvoerende bestuurders daar ook aansprakelijk voor kunnen zijn.<sup>23</sup> Daar komt bij dat – ook al is er een bestuursreglement opgemaakt – alle bestuurders collectief verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor het gevoerde beleid, behoudens wanneer men zich individueel kan disculperen.<sup>24</sup>

Ten slotte leidt het feit dat alle bestuurders in hetzelfde orgaan zitten er mogelijk toe dat zij (lees: de niet-uitvoerende bestuurders) ook in de tijdslijn gezien eerder zullen worden aangesproken dan de traditionele commissarissen. In geval van (bijvoorbeeld) onbehoorlijk bestuur zal de vennootschap onder huidig recht doorgaans namelijk eerst het (voormalige) bestuur aanspreken voor de gevolgen daarvan en daarna pas de raad van commissarissen als toezichhoudend orgaan, wanneer vast zou komen te staan dat deze is tekortgeschoten in haar toezichhoudende taak.<sup>25</sup>

De niet-uitvoerende bestuurder krijgt dus enerzijds (mogelijk) meer, snellere en betere toegang tot informatie omtrent onder meer de dagelijkse gang van zaken in de bestuurskamer van de vennootschap, maar krijgt anderzijds in de praktijk in een aantal gevallen meer taken dan de traditionele commissaris, waaraan op grond van artikel 2:9 BW een navenant vergroot algemeen aansprakelijkheidsrisico is verbonden. Meer informatie en meer taken betekenen kort gezegd meer verantwoordelijkheid. Meer

verantwoordelijkheid betekent kort gezegd meer aansprakelijkheid.<sup>26</sup>

#### 4.3. *Individuele disculpatie*

Een individuele bestuurder, waaronder de niet-uitvoerende bestuurder, kan zich – zoals gezegd – op grond van artikel 2:9 lid 2 BW trachten te disculperen. Hij of zij kan dan stellen dat hem of haar, mede gelet op de aan anderen (bijvoorbeeld uitvoerende bestuurders) toebedeelde taken (bijvoorbeeld in een bestuursreglement), geen ernstig verwijt gemaakt kan worden en dat hij of zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Van belang daarbij is het idee dat niet-uitvoerende bestuurders in het 'one tier board'-model naar verwachting sneller kunnen ingrijpen wanneer zij constateren dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. De strekking van het 'one tier board'-model is immers om niet-uitvoerende bestuurders een informatievoorsprong te geven ten opzichte van traditionele commissarissen. Op grond daarvan is het idee gerechtvaardigd dat deze niet-uitvoerende bestuurders beter in staat zouden moeten zijn om die handelingen te verrichten die nodig zijn om een succesvolle disculpatie te effectueren.<sup>27</sup>

Interessant in dit kader is dat de Wet bestuur en toezicht geen regels geeft voor wat betreft *het aantal* niet-uitvoerende bestuurders dat moet worden benoemd in de 'one tier board'. In het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht was nog wél een regeling opgenomen die bepaalde dat de niet-toezichhoudende bestuurders de meerderheid van de stemmen moesten kunnen uitvoeren in het bestuur. Deze regel is (ongemotiveerd) vervallen en niet opgenomen in het wetsvoorstel.<sup>28</sup> Op basis van de Wet bestuur en toezicht kan bijvoorbeeld worden gekozen voor een bestuur met vier uitvoerende bestuurders en één niet-uitvoerende bestuurder, of vice versa.<sup>29</sup> De huidige Code Corporate Governance geeft echter wél regels voor de hoeveelheid niet-uitvoerende bestuurders die binnen het 'one tier board'-model dienen te worden benoemd. Artikel III.8.4 bepaalt dat het bestuur voor de meerderheid dient te bestaan 'uit leden die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast'. Achtergrond van deze regel is dat niet-uitvoerende bestuurders op deze manier het uitvoerende bestuur kunnen domineren en

21. Lennarts 2009 (*T&C Ondernemingsrecht Effectenrecht*), artikel 2:259 BW, aant. 2.

22. Behoudens indien de commissarissen daden van bestuur verrichten als bedoeld in artikel 2:260 BW. Zie voor een uitgebreid overzicht van verschillende vormen van aansprakelijkheid van commissarissen Asser/Macijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 512.

23. Dit lijkt ook zodanig voort te vloeien uit het bepaalde in het nieuwe artikel 2:9 lid 2 BW, waarin (onder meer) staat dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Zie ook S. Hijink e.a., 'Congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: "Bestuur en toezicht"', *Ondernemingsrecht* 2009, 159, punt 5.

24. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.

25. Th.G.J.M. Melchers, 'Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht', *V&O* 2009-2.

26. Zie ook: Th.G.J.M. Melchers, 'Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht', *V&O* 2009-2, en Seinstra, 'Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking', *O&F* 2008, 4.

27. Dit lijkt ook voort te vloeien uit S. Hijink e.a., 'Congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht: "Bestuur en toezicht"', *Ondernemingsrecht* 2009, 159: 'De non-executive zal immers (mede) beleidsbepaler zijn naast de executive en zal alleen door het bijwonen van de bestuursvergadering doorgaans sneller en beter geïnformeerd zijn over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. Vanzelfsprekend heeft dit dan ook gevolgen voor de aansprakelijkheid van de commissaris.'

28. Zie onder meer M. van Olffen, 'Inrichting van de one-tier vennootschap bij of krachtens de statuten', in: M.J. Kroeze e.a., *Congresbundel Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 46.

29. Tenzij sprake is van een structuurvennootschap, in welk geval er minimaal drie niet-uitvoerende bestuurders dienen te worden benoemd op grond van artikel 2:274a BW (nieuw) jo. artikel 2:268 lid 2 BW.

daardoor effectief toezicht kunnen uitoefenen.<sup>30</sup> Niet-uitvoerende bestuurders hebben aldus de mogelijkheid om bestuursbesluiten te blokkeren indien zij hier niet mee kunnen instemmen. De wetgever heeft er echter niet voor gekozen voornoemde bepaling uit de Code Corporate Governance algemeen van toepassing te verklaren (dat wil zeggen op alle BV's en NV's, ongeacht hun omvang). Wel heeft de wetgever in artikel 2:129a lid 3 en artikel 2:239a lid 3 BW een regeling opgenomen waaruit volgt dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren. Ook zijn bepaalde specifiek benoemde aangelegenheden op grond van de wet exclusief toebedeeld aan de niet-uitvoerende bestuurders, zoals besluitvorming over de bezoldiging van uitvoerende bestuurders (artikel 2:129a lid 1 en artikel 2:239a lid 1 BW).

Gezien het voorgaande lijkt het ons, zeker indien wordt gekozen voor een 'one tier board'-model met méér niet-uitvoerende bestuurders dan uitvoerende bestuurders, vanuit aansprakelijkheidsaspectief zinvol om in een (op de statuten gebaseerd) bestuursreglement duidelijk vast te leggen welke besluiten en uitvoerende taken uitdrukkelijk (en uitsluitend) zijn voorbehouden aan uitvoerende bestuurders (met inachtneming van het bepaalde in het nieuwe artikel 2:9 lid 1 BW) en over welke onderwerpen rechtsgeldig kan worden besloten door welke bestuurders. Op deze manier wordt ons inziens de kans verkleind dat de niet-uitvoerende bestuurders verantwoordelijk worden gehouden voor *al* het bestuurshandelen en dat hen wordt verweten dat ze geen gebruik hebben gemaakt van hun numerieke overmacht om bepaalde ongewenste bestuurshandelingen te blokkeren. Wanneer wordt gekozen voor een 'one tier board'-model met minder niet-uitvoerende bestuurders dan uitvoerende bestuurders, is het ons inziens zinvol om (zoals onder huidig recht reeds mogelijk is en veelvuldig gebeurt) in de statuten of een bestuursreglement vast te leggen dat bepaalde besluiten de expliciete goedkeuring nodig hebben van de toezichthoudende bestuurders. Hiermee wordt de toezichthoudende bestuurders immers een concreet handvat gegeven om hun toezichthoudende rol uit te oefenen en zich daarnaast mogelijk te kunnen disculperen indien betreffende bestuurshandelingen zonder hun goedkeuring worden verricht.

#### 4.4. De praktijk

De praktijk zal moeten uitwijzen hoe toezichthouders het in concrete situaties verhoogde aansprakelijkheidsrisico zullen inschatten. Ons inziens is de kans aanzienlijk dat traditionele commissarissen niet op een vergroot algemeen aansprakelijkheidsrisico zitten te wachten. Hoewel de gedachte dat meer informatie en minder feitelijke afstand leiden tot efficiënter toezicht logisch lijkt, is het de vraag of dit voordeel opweegt tegen het verhoogde aansprakelijkheidsrisico voor niet-uitvoerende bestuurders en het eventuele 'defensief toezicht' dat daar het gevolg van kan zijn. Indien de praktijk van mening is dat deze voordelen niet opwegen tegen de genoemde nadelen dan

zal de 'one tier board'-bestuursstructuur maar in beperkte mate worden toegepast.

## 5. Conclusies

Vastgesteld kan worden dat het 'one tier board'-model veeleer een reactie van de wetgever is op een reeds bestaande praktijk in plaats van een revolutionaire ontwikkeling binnen het ondernemingsrecht.

Het 'one tier board'-model biedt vooral voor structuurvennootschappen de vernieuwende mogelijkheid dat zij kunnen afzien van instelling van een raad van commissarissen mits zij kiezen voor benoeming van niet-uitvoerende bestuurders in een 'one tier board'. De praktijk moet uitwijzen in hoeverre hiervan daadwerkelijk gebruik zal worden gemaakt.

Wat ons betreft zijn de beoogde voordelen van het 'one tier board'-model – een nauwere betrokkenheid, actievere rol en betere informatievoorziening van toezichthouders – aannemelijk en in beginsel haalbaar, vooral in middelgrote ondernemingen waarin de huidige commissarissen vaak een passievere en minder vooraf vastgelegde rol vervullen.

Indien men kiest voor de 'one tier board' is het in ieder geval van groot belang om – los van de vraag of nu wel of niet wordt gekozen voor een meerderheid van niet-uitvoerende bestuurders – binnen het bestuur specifieke takenpakketten af te spreken, teneinde de individuele disculpatiemogelijkheden van niet-uitvoerende bestuurders te vergroten en bovendien – met inachtneming van het nieuwe artikel 2:9 lid 1 BW – duidelijk vast te leggen welke bestuurstaken tot het takenpakket van welk type bestuurders behoren.

30. M.M. Seinstra, 'Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking', O&F 2008-4.