



LOYENS  LOEFF

2021

Het bestuur en commissariaat **in vogelvlucht**

© Loyens & Loeff N.V. 2021

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Loyens & Loeff N.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals laatstelijk gewijzigd bij het Besluit van 22 december 1997, Stb. 764 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Deze bijdrage geeft geen juridisch of fiscaal advies en er mag niet worden afgegaan op de inhoud van deze bijdrage. Elke persoon moet advies vragen met inachtneming van zijn persoonlijke omstandigheden. Alhoewel deze uitgave met de grootste zorgvuldigheid is samengesteld, kunnen Loyens & Loeff N.V., de bijdragende ondernemingen en enig betrokken individu(en) geen aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid accepteren voor de gevolgen van het gebruikmaken van deze uitgave zonder haar medewerking. Hetzelfde geldt voor fouten en omissies. De bijdragen aan dit boek bevatten persoonlijke visies van de auteurs en weerspiegelen derhalve niet de mening van Loyens & Loeff N.V.

Voorwoord

In deze vernieuwde 2021-uitgave van dit handzame voor de praktijk geschreven boekje, worden - in vogelvlucht - voor bestuurders en voor commissarissen van in het bijzonder NV's, BV's en coöperaties relevante onderwerpen aan de orde gesteld. Deze variëren van besluitvorming tot taakverdeling, van benoeming tot ontslag, van de one tier board tot vertegenwoordiging en van aansprakelijkheid tot decharge en verzekering.

Tevens wordt ingegaan op enkele arbeidsrechtelijke aspecten van de relatie tussen de vennootschap en haar bestuurders en de relatie tussen commissarissen en de vennootschap, en op de daarmee samenhangende fiscaliteit.

Wij beogen met deze bijdrage niet volledig te zijn, daarvoor is deze te beknopt. Wel hopen wij dat deze bijdrage uw aandacht nog eens vestigt op een aantal interessante en vooral relevante onderwerpen. Zo wijzen wij onder meer op de als gevolg van de coronacrisis ingevoerde Tijdelijke Wet Covid-19, die terugwerkend tot 16 maart 2020 in werking trad en inmiddels meerdere malen is verlengd. Deze wet biedt onder meer de mogelijkheid tot het houden van virtuele aandeelhouders- of ledenvergaderingen, het afwijken van wettelijke en statutaire bepalingen en het tot uitstel van het opmaken en publiceren van jaarrekeningen. Ook refereren wij op een aantal plaatsen aan de op 1 juli 2021 in werking te treden Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, een wet die met name voor de stichting en vereniging wijzigingen met zich brengt maar ook voor de NV en BV voorziet in een aantal harmoniserende aanpassingen. Teneinde de leesbaarheid te bevorderen bevat deze uitgave geen verwijzingen naar toepasselijke wetsartikelen, jurisprudentie of literatuur.

Graag zijn wij bereid u nader te adviseren indien u specifieke vragen hebt omtrent de rol van de bestuurder en de commissaris of omtrent andere governance onderwerpen.

Hiermede dank ik iedereen die een bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van deze vernieuwde versie, in het bijzonder Marieke Kolsters (ondernemingsrecht), Klaas Wiersma (loonheffingen en arbeidsrecht), Hans van Ruiten (loonheffingen en arbeidsrecht), Mijke Sinnighe Damsté (litigation & risk management), Huib Schrama (litigation & risk management), Céline van Asperen de Boer (litigation & risk management) en Michel Bosman (litigation & risk management).

Amsterdam / Rotterdam, januari 2021

Namens Loyens & Loeff N.V.

Prof. mr. drs. D.F.M.M. Zaman

Inhoud

Deel I - Het bestuur in vogelvlucht

1	Taak van het bestuur	7
2	De bestuurder en financiële verslaglegging	8
3	Interne besluitvorming	10
4	Tegenstrijdig belang	12
5	Taakverdeling	14
6	One tier board	14
7	Bestuursautonomie	15
8	Vertegenwoordiging	16
9	Executive committee	17
10	Procuratiehouders	18
11	Statuten en reglementen	18
12	Verhouding bestuur ten opzichte van de RvC	20
13	Bestuur en (jaarlijkse) algemene vergaderingen	21
14	Benoeming van bestuurders	22
15	Rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap	24
16	Bezoldiging van bestuurders	25
17	Ontstentenis en belet	27
18	Schorsing van bestuurders	28
19	Ontslag van bestuurders	30
20	Ontslagvergoeding	33
21	De bestuurder en de ondernemingsraad	35
22	Aansprakelijkheid tegenover de vennootschap	37
23	Aansprakelijkheid tegenover derden	38
24	Strafrechtelijke aansprakelijkheid	40
25	Aansprakelijkheid tegenover toezichthouders	41
26	Decharge, verzekering en vrijwaring	42
27	Bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap	44
28	De fiscale positie van de bestuurder	46

Deel II - Het commissariaat in vogelvlucht

1	Taak van de raad van commissarissen	53
2	De commissaris en financiële verslaggeving	54
3	Besluitvorming binnen de RvC	55
4	Tegenstrijdig belang	56
5	Taakverdeling	56
6	Toezicht en dossier	57
7	Benoeming van commissarissen	57
8	Rechtsbetrekking tussen commissaris en vennootschap	59
9	Bezoldiging van commissarissen	60
10	Ontstentenis en belet	61
11	Schorsing van commissarissen	62
12	Ontslag van commissarissen	62
13	Ontslagvergoeding	63
14	De commissaris en de ondernemingsraad	63
15	Aansprakelijkheid tegenover de vennootschap	64
16	Aansprakelijkheid tegenover derden	65
17	Strafrechtelijke aansprakelijkheid commissaris	66
18	Aansprakelijkheid tegenover toezichthouders	67
19	Decharge, verzekering en vrijwaring	68
20	Commissaris van een beursgenoteerde vennootschap	70
21	De fiscale positie van de commissaris	71

Deel I

Het bestuur **in vogelvlucht**

I Het bestuur in vogelvlucht

1 Taak van het bestuur

De wet geeft een korte omschrijving van de bestuurstaak: het bestuur bestuurt. Tot de bestuurstaak behoren op basis van wetgeving en rechtspraak in het bijzonder:

- day-to-day management;
- vaststelling van het beleid en strategie op de lange en korte termijn;
- verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken binnen de onderneming;
- bewaken van de liquiditeitspositie;
- risicobeheersing;
- voeren van financieel beleid;
- voorbereiding en verslaglegging aan (jaarlijkse) algemene vergadering;
- opvolging en uitvoering van geldig genomen besluiten van andere organen;
- informatieverstrekking aan de raad van toezicht of de raad van commissarissen (**RvC**), indien van toepassing;
- verantwoordelijkheid voor taakvervulling medewerkers;
- fiscale verplichtingen (en tax planning);
- overige administratieve verplichtingen, zoals:
 - voeren van een administratie;
 - financiële verslaglegging;
 - bijhouden van handelsregistergegevens;
 - bijhouden van gegevens aandeelhoudersregister;
 - opstellen, openbaarmaking en, indien van toepassing, deponering van de jaarrekening;
- vertegenwoordiging.

Het bestuur dient zijn werkzaamheden te verrichten binnen het statutaire doel van de rechtspersoon. De normstelling voor het bestuur is echter ruimer: bestuurders dienen zich bij de uitoefening van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Hierbij gaat het niet alleen om wat er in de statutaire doelomschrijving staat, maar er moet ook rekening worden gehouden met de

belangen van stakeholders zoals aandeelhouders, werknemers, schuldeisers, leveranciers, en onder omstandigheden met het maatschappelijk belang, bijv. bij semi-publieke organisaties. Daarnaast verdient vermelding dat rekening gehouden moet worden met eventueel geldende regelingen voor goed bestuur, zoals voor beursvennootschappen de Nederlandse Corporate Governance Code (**Corporate Governance Code**) en, indien van toepassing, andere governance codes, zoals de Governancecode Zorg 2017.

De statutaire doelomschrijving is vaak ruim geformuleerd en zodoende wordt de mogelijkheid geboden om rechtshandelingen te verrichten zonder dat deze snel in strijd komen met het doel. Desondanks kan het voorkomen dat rechtshandelingen worden verricht waarbij het statutaire doel wordt overschreden. Een dergelijke rechtshandeling kan worden vernietigd door de vennootschap.

De rechtshandeling is slechts vernietigbaar als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- het doel is overschreden; en
- de doeloverschrijding is niet in het belang van de vennootschap; en
- de wederpartij wist dan wel behoorde zonder eigen onderzoek te weten dat sprake was van doeloverschrijding (te kwader trouw).

De bevoegdheid tot vernietiging verjaart na drie jaar. De wederpartij kan, teneinde een einde te maken aan zijn onzekere positie, een “redelijke” termijn stellen aan de rechtspersoon waarbinnen deze een beroep dient te doen op de vernietiging.

2 De bestuurder en financiële verslaglegging

Het financiële beleid en, in het verlengde daarvan, het verzorgen van een transparante financiële verslaggeving behoren tot de kerntaken van het bestuur.

De financiële verslaggeving vindt plaats in de vorm van de jaarrekening en het bestuursverslag, op te stellen conform de eisen van titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het bestuur is verplicht deze stukken tijdig op te maken. Het opmaken van de jaarrekening houdt in dat bij bestuursbesluit de inhoud van de jaarrekening wordt vastgesteld. Dit bestuursbesluit moet in beginsel binnen

vijf maanden na afloop van het boekjaar worden genomen.¹ De statuten kunnen een kortere periode voorschrijven. Voor beursvennootschappen geldt een termijn van vier maanden (zonder verlengingsmogelijkheid).

De algemene vergadering kan aan het bestuur wegens bijzondere omstandigheden voor ten hoogste vijf maanden uitstel verlenen voor het opmaken van de jaarrekening. Voorbeelden van dergelijke bijzondere omstandigheden zijn:

- de benodigde cijfers zijn nog niet bekend;
- het bestuur en de RvC zijn het niet met elkaar eens over de inhoud van de jaarrekening;
- er zijn onzekerheden met betrekking tot de waardering van posten;
- er hebben zich calamiteiten (brand, overstroming) voorgedaan, waardoor de administratie (deels) verloren is gegaan.

Beursgenoteerde vennootschappen zijn verplicht om de International Financial Reporting Standards (**IFRS**) toe te passen. De wet geeft ook niet-genoteerde ondernemingen de mogelijkheid om de IFRS als uitgangspunt te nemen. Dit gebeurt steeds vaker.

Alle bestuurders dienen de jaarrekening te ondertekenen. Door ondertekening wordt blijk gegeven van instemming met de inhoud van de jaarrekening. Indien een bestuurder zich niet in de inhoud van de jaarrekening kan vinden, kan hij weigeren een handtekening te zetten en de reden daarvoor (laten) vermelden op de jaarrekening. Indien bij een besloten vennootschap alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn, geldt (onder enkele specifieke andere voorwaarden) dat de ondertekening tevens geldt als vaststelling van de jaarrekening.

Indien een bestuurder zich niet met die inhoud van de jaarrekening kan verenigen en aan zijn bezwaren niet tegemoet wordt gekomen, kan de bestuurder overwegen om af te treden.

Indien de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) twijfelt over de juiste toepassing van de verslaggevingsvoorschriften, kan zij een beursgenoteerde vennootschap

¹ In geval van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij is deze termijn in beginsel zes maanden. De Tijdelijke Wet Covid-19 biedt de mogelijkheid tot verlenging van de wettelijke en statutaire termijnen.

verzoeken om een nadere toelichting. Wanneer de vennootschap de nadere toelichting aan de AFM heeft verstrekt, maar de twijfel niet is weggenomen, kan dit de AFM ertoe doen leiden:

- de vennootschap daarvan op de hoogte te stellen;
- een aanbeveling aan de vennootschap te doen om een bericht algemeen verkrijgbaar te stellen waarin de vennootschap uitleg geeft op welke onderdelen de financiële verslaggeving niet voldoet aan de voorschriften en hoe deze voorschriften in de toekomst zullen worden toegepast; en/of
- de Ondernemingskamer te verzoeken de vennootschap te bevelen de jaarrekening in te richten conform de vereiste verslaggevingsvoorschriften.

3 Interne besluitvorming

Onderscheid moet worden gemaakt tussen bestuursbesluiten (intern) en vertegenwoordigingshandelingen namens de vennootschap (extern, zie hoofdstuk 8). Het bestuur oefent zijn taak uit door het nemen van besluiten. Indien het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt, wordt het bestuur geacht dit te doen op basis van een geldig genomen bestuursbesluit.

In een meerhoofdig bestuur heeft elke bestuurder één stem. De statuten kunnen echter voorzien in meervoudig stemrecht voor een bestuurder, met dien verstande dat één bestuurder nooit meer stemmen kan uitbrengen dan de overige bestuurders tezamen. Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) geldt dit basisbeginsel voor alle rechtspersonen.

Bij staking van stemmen geldt in beginsel dat geen besluit is genomen. Een mogelijke oplossing voor het geval de stemmen staken is dat de beslissing wordt genomen door een in de statuten aangewezen vennootschapsorgaan, bijvoorbeeld de RvC of de algemene vergadering. Verdedigbaar is ook dat het mogelijk is dat een in de statuten aangewezen bestuurder (bijvoorbeeld de voorzitter van het bestuur) een doorslaggevende stem heeft.

Alle leden van het bestuur dienen in beginsel ten aanzien van alle onderwerpen waarover wordt besloten, in de gelegenheid te worden gesteld deel te nemen aan de discussie. Dat vereist onder meer voor iedere bestuurder voldoende voorbereidingstijd en voldoende gelegenheid om bij de bestuursvergaderingen aanwezig te zijn.

Dat betekent niet dat alle bestuurders ook daadwerkelijk in een vergadering bijeen moeten zijn, of dat zij het allen eens moeten zijn over een besluit. De statuten of reglementen kunnen dit uiteraard wel voorschrijven. Als een besluit wordt genomen zonder dat een vergadering wordt gehouden is wel vereist dat alle bestuurders ermee instemmen dat geen vergadering zal plaatsvinden. Wanneer sprake is van besluitvorming buiten vergadering, dan is het aan te bevelen om schriftelijk vast te leggen dat alle bestuurders instemmen met de wijze van besluitvorming. Indien over een onderwerp wordt besloten ten aanzien van welke één of meer bestuurders een (direct of indirect) persoonlijk belang hebben dat strijdig is met het belang van de vennootschap, dan dienen de desbetreffende bestuurders zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming over dat onderwerp (zie hoofdstuk 4).

Voor het deelnemen aan vergaderingen en het stemmen over besluiten mogen bestuurders niet zomaar een vervanger sturen. Wel mogen zij een volmacht geven aan een medebestuurder, voor concrete en overzienbare situaties. Het geven van een algemene volmacht aan een medebestuurder is niet mogelijk. Indien er een vacature is in het bestuur ('ontstentenis'), of een bestuurder wegens ziekte of om andere redenen zijn functie (tijdelijk) niet kan uitoefenen ('belet'), behouden de overige bestuurders in de meeste gevallen de volledige bestuursbevoegdheid en kunnen zij geldig besluiten (zie hoofdstuk 17). Of dit daadwerkelijk het geval is, hangt af van de inhoud van de statuten.

Het bestuur dient frequent te vergaderen, in ieder geval zo vaak als de omstandigheden eisen. Het belang van duidelijke en volledige notulen van vergaderingen is groot: een besluitenlijstje alleen is niet voldoende. Wanneer het bestuur of één of meerdere van haar leden het oneens is/zijn met het (voorgenomen) handelen van het bestuur of van de eventuele commissarissen, dient dit - alsook de specifieke redenen voor onthouding - expliciet uit de notulen te blijken. Dit is met name relevant in verband met de mogelijkheid van disculpatie in geval van aansprakelijkheidsstelling van het bestuur.

Verslagen van bestuursvergaderingen zijn niet openbaar. De aandeelhouders hebben niet het recht om deze in te zien. De RvC kan echter wel inzage verlangen.

4 Tegenstrijdig belang

Bestuurders moeten zich bij de uitvoering van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Indien een besluit dient te worden genomen over een onderwerp ten aanzien waarvan een bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming of organisatie, dient de desbetreffende bestuurder zich volgens de wet te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Dit betekent, dat deze bestuurder de bestuursvergadering tijdelijk moet verlaten, indien en zodra het desbetreffende agendapunt aan de orde komt. Blijft de bestuurder toch en neemt hij wel deel aan de beraadslaging en/of besluitvorming over het desbetreffende agendapunt, dan leidt dit tot vernietigbaarheid van het besluit. Eventueel op basis van het besluit verrichte vertegenwoordigingshandelingen worden daardoor echter niet aangetast. Een tegenstrijdig belang heeft dus in beginsel geen externe werking jegens derden. Vernietiging van het besluit kan verzocht worden door een medebestuurder of commissaris en iedere belanghebbende die hierbij een redelijk belang heeft.

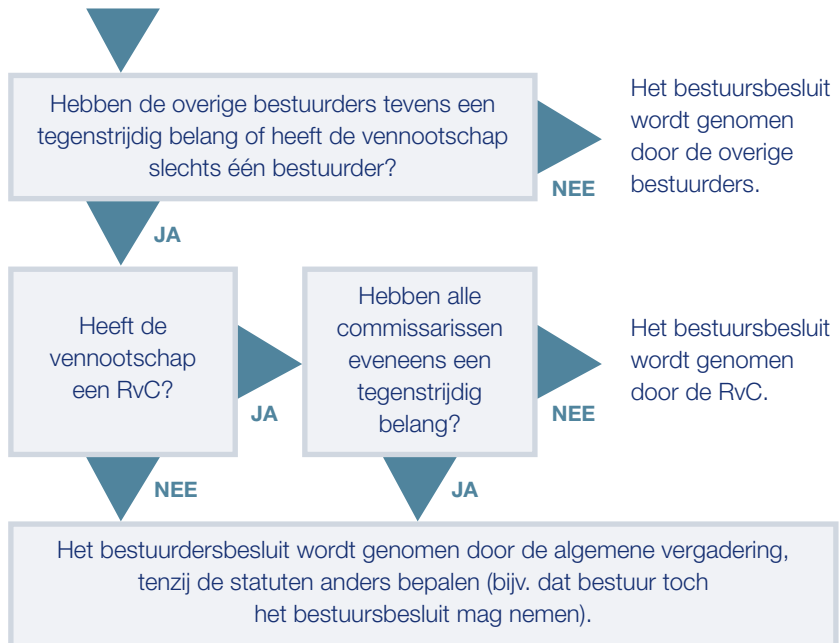
Als alle bestuurders ten aanzien van een besluit geconflieerd zijn en er daardoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, dan vervalt de bevoegdheid om het besluit over dat onderwerp te nemen aan de RvC. Is er geen RvC ingesteld, of zijn ook alle commissarissen geconflieerd, dan mag de algemene vergadering het besluit nemen. De statuten kunnen voor deze laatste situatie een andere regeling bevatten. Zouden de geconflieerde bestuurders desondanks het besluit nemen dan is het besluit nietig: het is genomen door een onbevoegd orgaan. Of dergelijke besluiten gerepareerd kunnen worden, staat ter discussie. De heersende leer in de literatuur is dat dit niet mogelijk is.

Vóór 1 januari 2013 gold als hoofdregel dat de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang aan het bestuur de bevoegdheid ontnam om de vennootschap te vertegenwoordigen, tenzij de statuten daarvoor een andere regeling bevatten. Vennootschappen die onder het oude recht niet rechtsgeldig vertegenwoordigd zijn, kunnen zich ook na 1 januari 2013 nog op de ongeldigheid beroepen, tenzij de algemene vergadering de desbetreffende rechtshandeling alsnog heeft bekrachtigd. Statutaire bepalingen die nog conform de oude wettekst voorzien in het vervallen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders bij tegenstrijdig belang gelden niet meer voor rechtshandelingen verricht na 1 januari 2013.

Deze regel van overgangsrecht zal ook van toepassing zijn bij inwerkingtreding van de **WBTR** waarbij een aan de regeling voor de naamloze vennootschap (**NV**) en de besloten vennootschap (**BV**) gelijke tegenstrijdigbelangregeling voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborg maatschappij wordt geïntroduceerd en een in grote mate gelijke regeling voor de stichting.

In aanvulling op de wettelijke regel dat een bestuurder met een direct of indirect tegenstrijdig belang zich terugtrekt uit de besluitvorming, zijn ook andere interne procedurevoorschriften omtrent besluitvorming bij tegenstrijdig belang gangbaar. Deze worden vaak opgenomen in een bestuursreglement. Denkbaar is dat het reglement voorschrijft dat bij aanwezigheid van een tegenstrijdig belang een advies dient te worden ingewonnen van een externe deskundige, of op andere wijze wordt gewaarborgd dat het belang van de vennootschap bij de beoogde transactie inhoudelijk voldoende in aanmerking wordt genomen. Vaak bestaat ook behoefte aan voorschriften gericht op de voorkoming van elke schijn van belangenverstremgeling. Governancecodes, indien van toepassing, bevatten over het algemeen ook bepalingen ter voorkoming hiervan. Schijn van belangenverstremgeling zal zich overigens vaker kunnen voordoen dan een persoonlijk direct of indirect tegenstrijdig belang.

Schematisch weergegeven ziet de regeling omtrent tegenstrijdig belang er als volgt uit:



5 Taakverdeling

Een meerhoofdig bestuur kan onderling de taken verdelen. Dit heeft echter niet tot gevolg dat de verantwoordelijkheid voor het handelen door ieder van de bestuurders beperkt is tot de aan hem opgedragen taken. Het bestuur blijft als collectief verantwoordelijk voor het gevoerde beleid. Dit volgt ook uit de uitwerking van de aansprakelijkheidsregels.

De wet biedt de mogelijkheid om bij een one tier board (zie hoofdstuk 6) naast het maken van een taakverdeling ook de bevoegdheid om bij of krachtens de statuten tot het nemen van bepaalde bestuursbesluiten aan één of meerdere bestuurders toe te kennen. De op basis van die bevoegdheid genomen besluiten worden dan toegerekend aan het volledige bestuur. Ook hier geldt het principe van collectieve verantwoordelijkheid.

6 One tier board

Een bijzondere vorm van een wettelijk gereuleerde taakverdeling binnen het bestuur van een NV of BV is die van de “one tier board”, ofwel het monistische bestuursstelsel. Vanaf inwerkingtreding van de WBTR bestaat er ook een dergelijke wettelijke grondslag voor de stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij.

Om een one tier board in te stellen, is een statutaire bepaling nodig waarin wordt vastgelegd dat bestuurstaken worden verdeeld over één of meer uitvoerende bestuurders en één of meer niet-uitvoerende bestuurders (dagelijks bestuur en algemeen bestuur). Bij een one tier board zijn zowel de uitvoerende bestuurders als de niet-uitvoerende bestuurders, bestuurders in de zin van de wet.

De uitvoerende bestuurders zijn verantwoordelijk voor de dagelijkse gang van zaken. De rol van de niet-uitvoerende bestuurders is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die van commissarissen, maar hun verantwoordelijkheid is groter. De niet-uitvoerende bestuurders zijn immers bestuurders in de zin van de wet en worden daarom geacht meer en eerder informatie te krijgen, dichter bij het dagelijkse management betrokken te zijn en (daardoor) eerder in staat te zijn om in te grijpen. Dit toont zich in een versterkt risico van aansprakelijkheid voor niet-uitvoerende bestuurders in vergelijking tot commissarissen.

Op basis van de wet mag de voorzitter van een one tier board geen uitvoerende bestuurder zijn en mogen de uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de besluitvorming over hun bezoldiging en over voordrachten voor benoemingen van bestuurders. De one tier board is ook toegestaan voor structuurvennootschappen.²

7 Bestuursautonomie

Het bestuur is in belangrijke mate autonoom in de uitvoering van zijn taak. De bestuurders dienen zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Indien de belangen van de aandeelhouders niet parallel lopen met die van de vennootschap dienen de bestuurders te kiezen voor het belang van de vennootschap, ook als zij daarmee het risico lopen ontslagen te worden door de algemene vergadering. Bij een onjuiste keuze riskeren bestuurders bestuursaansprakelijkheid. De autonomie van het bestuur kan, binnen de kaders van het vennootschappelijk belang, enigszins worden ingeperkt door middel van op de statuten gebaseerde goedkeurings- of instructierechten van de algemene vergadering en/of de RvC.

Bestuursbesluiten omtrent belangrijke veranderingen in de identiteit van de onderneming zijn bij de NV dwingendrechtelijk onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. Deze bepaling ontbreekt bij de BV, maar bestuurlijke zorgvuldigheid zal ook daar kunnen verlangen dat bij ingrijpende besluiten de algemene vergadering wordt geraadpleegd. Daarnaast zijn bij een structuurvennootschap bepaalde bestuursbesluiten dwingendrechtelijk onderworpen aan de goedkeuring van de RvC.

2 Een vennootschap kwalificeert als een structuurvennootschap kort gezegd indien de desbetreffende vennootschap gedurende ten minste drie jaren onafgebroken (i) een eigen vermogen heeft van ten minste EUR 16 miljoen, (ii) meer dan 100 werknemers heeft in Nederland en (iii) een ondernemingsraad heeft ingesteld. De wet kent bepaalde vrijstellingen van het regime (zie Hoofdstuk 2).

8 Vertegenwoordiging

Het bestuur als zodanig is (als collectief) bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Daarnaast is elke bestuurder ook zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. De statuten kunnen echter een andere vertegenwoordigingsregeling bevatten.

Het is niet mogelijk de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders te beperken tot bepaalde rechtshandelingen of tot een bepaald bedrag. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur is onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. De statuten mogen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders wel op andere wijze beperken. Een zeer herkenbaar voorbeeld hiervan is de bepaling dat de vennootschap alleen kan worden vertegenwoordigd door twee gezamenlijk handelende bestuurders. Voorbeelden hiervan zijn bijvoorbeeld dat alleen twee gezamenlijk handelende bestuurders tot vertegenwoordiging bevoegd zijn of dat vertegenwoordigingsbevoegdheid alleen toekomt aan een directeur A en een directeur B, gezamenlijk handelend.

De statuten kunnen tevens de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders intern beperken door bijvoorbeeld te bepalen dat belangrijke bestuursbesluiten de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering en/of de RvC behoeven. Indien een bestuurder intern zijn bevoegdheid overschrijdt of handelt in strijd met afgesproken procedures zoals de hiervoor genoemde vereiste voorafgaande goedkeuring, heeft dit in beginsel geen gevolgen voor de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid, wel mogelijk voor de interne aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon.

Doeloverschrijding (zie hoofdstuk 1) heeft wel externe werking, doch slechts als de vennootschap een beroep doet op de doeloverschrijding én de wederpartij wist of behoorde te weten dat van doeloverschrijding sprake was.

Voor de vraag wie de vennootschap mag vertegenwoordigen mogen derden afgaan op openbare informatie raadpleegbaar bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Het bestuur dient ervoor zorg te dragen dat deze informatie up-to-date is. Als stelregel geldt dat wijzigingen binnen acht dagen dienen te worden doorgegeven.

9 Executive committee

Veel (grote) vennootschappen kiezen voor het instellen van een executive committee (exco), soms ook management committee genoemd. In een exco hebben doorgaans zowel statutaire bestuurders als leden van het senior management zitting. Het exco is in feite een bestuurslaag waar de (voorbereiding en uitvoering van de) besluitvorming van de vennootschap plaatsvindt. Vaak gaat de keuze voor een exco gepaard met de keuze voor een kleiner statutair bestuur.

Een reden voor het instellen van een exco kan zijn om het beleid van het bestuur ondersteund én uitgevoerd te krijgen. Via het exco kunnen bestuurders draagvlak krijgen bij het senior management en kunnen zij de gekozen strategie direct implementeren.

Formeel ligt de bestuursbevoegdheid echter uitsluitend bij de statutaire bestuurders. De leden van het exco die niet de statutaire bestuurders zijn, functioneren juridisch gezien als werknemers onder de verantwoordelijkheid van de statutaire bestuurders. Indien de vennootschap ook een RvC heeft ingesteld, strekt het door de RvC uitgeoefende toezicht zich dan ook slechts indirect uit over de leden van het senior management die in het exco deelnemen.

Een bestuursmodel met een exco sluit in specifieke gevallen aan bij het bedrijfsmodel van de vennootschap of de omgeving waarbinnen de vennootschap opereert. Het is daarom niet mogelijk om een standaard bestuursmodel of reglement met exco vast te stellen; wat de taken en bevoegdheden van een bepaalde exco zijn, is afhankelijk van de specifieke kenmerken van de vennootschap.

In de Corporate Governance Code heeft de Monitoring Commissie Corporate Governance Code getracht het mogelijk beperkte toezicht van de RvC in geval van een exco te ondervangen door een best practice bepaling te introduceren die bepaalt dat van een vennootschap met een exco wordt verlangd dat de checks and balances binnen de vennootschap worden gewaarborgd. Dit betekent onder meer het waarborgen van deskundigheid en verantwoordelijkheden van het bestuur en een adequate informatievoorziening aan de RvC. De RvC houdt hierop toezicht. Het bestuur legt in het bestuursverslag verantwoording af over de keuze voor het werken met een exco, de rol, taak en samenstelling van het exco en hoe het contact tussen de RvC en het exco is vormgegeven.

10 Procuratiehouders

Een vennootschap kan een doorlopende volmacht verlenen op grond van de wet of de statuten. Een doorlopende volmacht wordt ook aangeduid als procuratie. Procuratiehouders verrichten hun werkzaamheden op basis van deze volmacht. De procuratie wordt vaak verleend aan functionarissen met een bepaalde functie. Soms draagt een procuratiehouder de titel van vice-president of (vestigings- of onder-) directeur, zonder deel uit te maken van het statutaire bestuur.

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van procuratiehouders kan algemeen zijn maar kan, in tegenstelling tot die van statutaire bestuurders, ook worden beperkt. Bij de doorlopende volmacht kunnen alle gewenste beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid worden opgenomen. Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een procuratiehouder beperkt is tot bepaalde rechtshandelingen en/of tot een bepaald bedrag.

Op grond van de wet is de vennootschap in beginsel alleen gebonden aan een rechtshandeling die de procuratiehouder namens haar heeft verricht, indien de procuratiehouder binnen de grenzen van de hem toegekende bevoegdheid is gebleven. Behoudens uitzonderingen wordt een procuratiehouder zelf dus nooit partij bij de rechtshandeling, maar wordt de vennootschap rechtstreeks gebonden. Wel moet de beperking in de vertegenwoordigingsbevoegdheid kenbaar zijn bij de wederpartij. Om deze reden is het verstandig de doorlopende volmacht in te schrijven bij het handelsregister. De vennootschap kan de beperkingen dan gemakkelijker tegen derden invoeren.

11 Statuten en reglementen

In statuten en reglementen kan in aanvulling op, of, indien toegestaan, in afwijking van de wettelijke regeling een nadere invulling worden gegeven aan zowel de verhouding tussen de verschillende vennootschapsorganen (bestuur, algemene vergadering en eventueel de RvC) als aan de verhouding binnen de desbetreffende organen.



Een aantal voorbeelden:

- binding van bestuur aan bepaalde instructies van een ander vennootschapsorgaan op grond van de statuten (bijvoorbeeld RvC of algemene vergadering);
- onderwerping van bepaalde bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan op grond van de statuten;
- toekenning van de emissiebevoegdheid van aandelen aan het bestuur (bij de statuten);
- onderwerping van aandelenoverdrachten (bij besloten NV's en BV's) aan de goedkeuring van het bestuur;
- een regeling van meervoudig stemrecht voor bestuurders (tot maximaal een gelijk aantal stemmen als het aantal door de overige bestuurders uit te brengen stemmen);
- een regeling voor het geval de stemmen staken;
- vastlegging van een taakverdeling (in een reglement);
- informatieverstrekking aan algemene vergadering en/of RvC;
- procedurevoorschriften voor besluitvorming binnen het bestuur (in een bestuursreglement);
- regels omtrent besluitvorming bij tegenstrijdig belang (in statuten of reglement);
- uitwerking van de rol van de voorzitter of company secretary (in een reglement).

Voor de vaststelling van een bestuursreglement gelden geen wettelijke vereisten. Veelal wordt statutair bepaald dat het bestuursreglement kan worden vastgesteld door het bestuur zelf, maar is de eerste vaststelling en zijn latere wijzigingen onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering of de RvC.

12 Verhouding bestuur ten opzichte van de RvC

Het bestuur is verplicht de RvC te informeren en geïnformeerd te houden teneinde deze in de gelegenheid te stellen zijn toezichthoudende taak te vervullen. De normstelling voor de RvC en het bestuur is gelijk: beide dienen zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Het bestuur zal dan ook niet snel gerechtvaardigd aan de RvC door hem gevraagde inlichtingen kunnen onthouden.

Het bestuur is op basis van de wet verplicht ten minste eenmaal per jaar de RvC schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheer- en controlesysteem van de vennootschap.

Het is, uit oogpunt van behoorlijk bestuur, van belang dat het bestuur zich rekenschap geeft van het oordeel van de RvC in belangrijke aangelegenheden, maar het mag een advies van de RvC naast zich neerleggen. Schriftelijke vastlegging van de motieven hiervoor verdient aanbeveling.

De RvC is bevoegd bestuurders te schorsen, ook indien zij niet (zoals bij structuurvennootschappen) de bevoegdheid heeft tot benoeming en ontslag van de bestuurders.

13 Bestuur en (jaarlijkse) algemene vergaderingen

Wettelijk uitgangspunt is dat het bestuur een belangrijke rol speelt rondom de organisatie van de (jaarlijkse) algemene vergadering. Dit betreft:

- het in de gelegenheid stellen van aandeelhouders tot het uitoefenen van het agenderingsrecht;
- het nemen van een bijeenroepingsbesluit;
- het versturen van oproepingsbrieven of e-mailberichten met oproeping aan de (e-mail)adressen volgens het aandeelhoudersregister;
- planning en organisatie van vergadering (logistiek);
- vaststelling agenda;
- (soms) leiden van de vergadering (vaak ook door voorzitter van de RvC);
- zorg dragen voor verslaglegging van het verhandelde in de vergadering, indien nodig (bijvoorbeeld in conflictsituaties) in de vorm van een notarieel proces-verbaal.

De bevoegdheid om de algemene vergadering bijeen te roepen komt mede toe aan de RvC; de statuten kunnen deze bevoegdheid ook aan anderen toekennen. Indien een ander bevoegd orgaan tot bijeenroeping besluit, is dit orgaan tevens bevoegd om de agenda vast te stellen.

In de algemene vergadering hebben bestuurders en commissarissen (ieder individueel) een raadgevende stem ten aanzien van de daar te bespreken onderwerpen. Indien de algemene vergadering deze bevoegdheid negeert, is het genomen besluit vernietigbaar. De algemene vergadering is echter niet verplicht het advies van de bestuurders en commissarissen op te volgen. De raadgevende stem geldt in beginsel niet ten aanzien van besluiten van een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. De statuten kunnen een regeling bevatten waardoor dit recht ook voor dergelijke vergaderingen geldt.

Indien de aandeelhouders gebruik maken van de mogelijkheid om buiten vergadering te besluiten, komt men niet toe aan de rol van het bestuur bij de voorbereiding en verslaglegging van de vergadering. De aandeelhouders zijn dan zelf verplicht om het besluit aan het bestuur toe te zenden, zodat dit bij de overige genomen besluiten/notulen kan worden gevoegd. De raadgevende stem van de bestuurders en commissarissen geldt ook voor buiten een formele vergadering te nemen aandeelhoudersbesluiten.

Het bestuur is verplicht aan de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen te verschaffen. De algemene vergadering kan vragen om alle informatie omtrent de financiële en operationele situatie van de vennootschap. Het bestuur kan het verstrekken van informatie slechts weigeren indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Het wettelijk recht op informatie geldt niet voor een individuele aandeelhouder afzonderlijk. Uitgangspunt is dat informatie met betrekking tot de vennootschap in de algemene vergadering (in de zin van bijeenkomst van aandeelhouders) wordt gegeven.

14 Benoeming van bestuurders

Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen tot bestuurder van een vennootschap worden benoemd. Een benoeming kan gelden voor bepaalde of onbepaalde tijd. De eerste bestuurders van een vennootschap worden benoemd bij de akte van oprichting. Daarna vinden bestuurswisselingen plaats door een besluit van de algemene vergadering (of, als de volledige structuurregeling van toepassing is, door een besluit van de RvC). De statuten kunnen bepalen dat benoeming en/of ontslag ook kan geschieden door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Voorwaarde is wel dat elke aandeelhouder de gelegenheid heeft om deel te nemen aan de besluitvorming over de benoeming van ten minste één bestuurder.

De statuten van de vennootschap kunnen (kwaliteits-)eisen stellen waar een bestuurder aan moet voldoen, bijvoorbeeld het houden van een bepaald belang in de vennootschap of het voldoen aan een beroepseis (bijvoorbeeld advocaat of accountant). Daarnaast kunnen de statuten bepalen dat de bevoegdheid van de algemene vergadering tot benoeming van een bestuurder beperkt wordt doordat een ander orgaan bevoegd is tot het opmaken van een bindende voordracht van ten minste één persoon.

Als de vennootschap een ondernemingsraad heeft, moeten voorgenomen wijzigingen in het bestuur ter advies aan de ondernemingsraad worden voorgelegd. Het advies moet op grond van de Wet op de ondernemingsraden op een zodanig moment worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Bij de NV geldt bovendien dat de voorzitter van de ondernemingsraad of een ander door de ondernemingsraad aangewezen lid het standpunt van de ondernemingsraad in de algemene vergadering mag komen toelichten. Op grond van regelingen voor goed bestuur en sectorspecifieke regelgeving kunnen aanvullende goedkeuringsrechten of adviesrechten van toepassing zijn.

Na aanvaarding van de benoeming door de bestuurder, dient de bestuurder te worden ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Bij de benoeming van bestuurders moet rekening worden gehouden met de regeling dat een bestuurder van een grote entiteit (zie hierna) niet meer dan twee commissariaten (of vergelijkbare posities, zoals niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board) bij grote entiteiten tegelijk mag vervullen. Deze beperkingsregeling wordt in de praktijk wel aangeduid met 'puntenregeling' en de punten die aan een bepaalde functie zijn gekoppeld met 'Irrgang-punten'. Iemand die bij een grote rechtspersoon voorzitter is van de RvC of voorzitter is van de one tier board kan helemaal niet worden benoemd tot bestuurder van een andere rechtspersoon.

Overschrijding van het maximaal toegestane aantal functies bij grote entiteiten kan leiden tot ongeldigheid van benoemingsbesluiten. Voor functies die aanvaard zijn vóór de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 geldt een vrijstelling.

Voor besturen en RvC's van grote entiteiten gold tot 1 januari 2020 een streefcijfer voor een evenwichtige man/vrouw verdeling. Er was geen sanctie verbonden aan het niet voldoen aan dit streefcijfer. Wanneer het streefcijfer niet werd gehaald, moest de vennootschap dit wel in het bestuursverslag

toelichten. Met het vervallen van deze voorschriften per 1 januari 2020 heeft het onderwerp diversiteit niet minder aandacht, zoals onder meer blijkt uit het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid (Stb. 2016, nr. 559). Ook verscheen in september 2019 het SER-advies “Diversiteit in de top” en werd in de Tweede Kamer een drietal moties aangenomen om de aanbevelingen uit het SER-advies over te nemen. Naar verwachting zal dit leiden tot wetgeving, waardoor bepaalde rechtspersonen wettelijk verplicht zullen worden om in de RvC ten minste een/derde vrouwelijke leden te benoemen (“wettelijk quotum”). In april/mei 2020 heeft reeds een consultatie plaatsgevonden omtrent Modernisering NV-recht en een evenwichtiger man/vrouw verhouding (www.internetconsultatie.nl).

Een grote entiteit in de zin van de hierboven omschreven beperkingsregeling is een NV of BV die niet voldoet aan twee van de drie vereisten die in aanmerking worden genomen voor de toepassing van de jaarrekeningvrijstelling voor kleine rechtspersonen.

15 Rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap

Een bestuurder van een BV of van een niet-beursgenoteerde NV kan naast bestuurder (de vennootschapsrechtelijke relatie) ook werknemer (de arbeidsrechtelijke relatie) zijn. In dat geval heeft de bestuurder een zogenaamde dubbele rechtsbetrekking met de vennootschap. Deze betrekkingen zijn, behoudens een opzegverbod zoals ziekte of andersluidende afspraak, ondeelbaar (zie hoofdstuk 19).

Aandachtspunten bij het opstellen van de arbeidsovereenkomst voor een bestuurder zijn onder andere:

- de opzegtermijn (maximaal zes maanden voor de bestuurder en minstens het dubbele voor de vennootschap);
- de te behalen doelstellingen voor een eventuele bonus en hoe om te gaan met de bonus in geval van ontslag;
- voor een eventuele vertrekregeling (golden parachute) geldt dat het van belang is om vast te leggen wat de achtergrond is van de regeling, op welke wijze deze wordt berekend en of de transitievergoeding wordt afgetrokken van/is verdisconteerd in de contractuele ontslagvergoeding; en
- het concurrentiebeding is slechts geldig als het is ondertekend door de bestuurder; als sprake is van een werknemer die bestuurder wordt, moet

een eerder overeengekomen beding eventueel worden herzien en in ieder geval opnieuw worden ondertekend. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten dient uitdrukkelijk en gemotiveerd in de arbeidsovereenkomst beschreven te worden wat de belangen van de vennootschap zijn om de bestuurder te binden aan een concurrentiebeding (op straffe van nietigheid).

Niet alle bestuurders zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Zo geldt voor bestuurders van een beursgenoteerde NV dat zij niet op basis van een arbeidsovereenkomst mogen worden aangesteld (zie hoofdstuk 27). Hetzelfde geldt ten aanzien van de niet-uitvoerend bestuurders van een structuurvennootschap (one tier board). In andere gevallen waarin een natuurlijk persoon tegen beloning werkzaam is als bestuurder van een vennootschap, geschiedt dit op basis van een arbeidsovereenkomst. Het is namelijk vaste rechtspraak van de Hoge Raad om het (voor een arbeidsovereenkomst vereiste) criterium van gezag strikt formeel uit te leggen. Dit laat geen ruimte voor een bezoldigde bestuursfunctie door een natuurlijk persoon op basis van een managementovereenkomst.

Als de bestuurder een rechtspersoon is, dan vinden de werkzaamheden plaats op basis van een managementovereenkomst. Bij de fiscus bestaat de neiging om door zo'n bestuurder-rechtspersoon 'heen te (willen) kijken', als dit de managementvennootschap is van de natuurlijk persoon die feitelijk de bestuurswerkzaamheden verricht. Deze (materiële) benadering staat naar onze mening op gespannen voet met de formele interpretatie die de Hoge Raad volgt ten aanzien van de gezagsuitoefening over bestuurders.

16 Bezoldiging van bestuurders

De algemene vergadering is bevoegd tot het nemen van een besluit over de bezoldiging van het bestuur, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen, bijvoorbeeld de RvC. Voor beursgenoteerde vennootschappen neemt de Corporate Governance Code tot uitgangspunt dat deze bevoegdheid dient te worden toegekend aan de RvC. Zie hierover ook hoofdstuk 27 dat ingaat op de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap.

Voor de niet-beursgenoteerde NV geldt dat de vennootschap een bezoldigingsbeleid moet hebben. De bezoldiging moet worden vastgesteld binnen het kader van een door de algemene vergadering vastgesteld bezoldigingsbeleid. Ten aanzien van het bezoldigingsbeleid geldt het recht van de ondernemingsraad om vooraf een standpunt te bepalen en dit in de algemene vergadering toe te lichten. Het ontbreken van het standpunt van de ondernemingsraad tast de besluitvorming inzake het bezoldigingsbeleid niet aan.

Voor de beursgenoteerde NV en beursgenoteerde BV geldt dat het bezoldigingsbeleid ten minste iedere vier jaar opnieuw aan de algemene vergadering moet worden voorgelegd ter vaststelling. Hiervoor is een meerderheid van $\frac{3}{4}$ van de uitgebrachte stemmen vereist, tenzij de statuten een lagere meerderheid voorschrijven. De ondernemingsraad heeft een adviesrecht³ bij het vaststellen van het beleid. Het bezoldigingsbeleid moet duidelijk en begrijpelijk zijn. Voorts moet het bezoldigingsbeleid een aantal elementen bevatten,⁴ zoals een toelichting op de wijze waarop het beleid bijdraagt aan de bedrijfsstrategie, de langetermijnbelangen en de duurzaamheid van de vennootschap. Daarnaast moet ieder jaar een bezoldigingsverslag worden opgesteld met een overzicht van alle bezoldigingen die in het voorgaande jaar aan individuele bestuurders zijn toegekend of verschuldigd zijn.⁵ Het bezoldigingsverslag moet jaarlijks ter adviserende stemming aan de algemene vergadering worden voorgelegd.

De bezoldiging van bestuurders omvat zowel zijn/haar beloning, zoals vast salaris, eventuele bonussen (ook in de vorm van aandelen of aandelenopties) en het privégebruik van een auto, als pensioentoezeggingen en beëindigingsvergoeding.

3 Als het advies van de ondernemingsraad niet of niet geheel wordt gevolgd, moet een schriftelijke onderbouwing voor het afwijken van het advies aan de algemene vergadering worden aangeboden. De ondernemingsraad heeft geen beroepsrecht.

4 Artikel 2:135a van het Burgerlijk Wetboek bevat een lijst met onderwerpen die in ieder geval terug moeten komen in het bezoldigingsbeleid.

5 Artikel 2:135b van het Burgerlijk Wetboek bevat een lijst met elementen die in ieder geval terug moeten komen in het bezoldigingsverslag, zoals het relatieve aandeel van vaste en variabele bezoldigingen, het aantal toegekende en aangeboden aandelen en aandelenopties en de belangrijkste voorwaarden voor uitoefening van de rechten.

16.1 Maximering

In Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Corporate Governance Code zijn wel voorschriften over het bezoldigingsbeleid en over het vaststellen en wijzigen van de bezoldiging van individuele bestuurders opgenomen, maar geen voorschriften over de hoogte en de aard van de bezoldiging. De afgelopen jaren is er meer en meer aandacht ontstaan voor de beloningen van bestuurders. Dit heeft zich onder meer geuit in verschillende sectorale wetten die de bezoldiging van bestuurders aan banden leggen, zoals de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen die de bezoldiging (inclusief variabele bezoldiging) in financiële ondernemingen aan banden legt en de Wet Normering bezoldiging Topfunctionarissen die geldt voor de publieke en semipublieke sector.

16.2 Bonussen

Geschillen over bonussen houden vaak verband met de discussie over de mate van afdwingbaarheid van de bonus: is sprake van een afdwingbare toezegging/afpraak of slechts van een discretionaire bevoegdheid/algemene uitlating van de vennootschap die zich ten opzichte van de bestuurder nergens toe verplicht? Het is daarom aan te bevelen om de te behalen doelstellingen voor een eventuele bonus op voorhand vast te leggen en expliciet overeen te komen dat de bonus niet structureel is, maar altijd ter discretie is van de vennootschap.

Onder bepaalde omstandigheden kunnen NV's bonussen van hun bestuurders aanpassen en/of terugvorderen. Het is mogelijk om de hoogte van een toegezegde bonus van een bestuurder aan te passen als uitkering ervan onder de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is. Een al betaalde bonus van een bestuurder kan worden teruggevorderd als deze op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld, blijkt te zijn uitgekeerd. Verder is de NV verplicht om in overnamesituaties een waardestijging van aandelen en opties van bestuurders van beursvennootschappen in te houden.

17 Ontstentenis en belet

Op basis van de huidige stand van Boek 2 BW moeten de statuten van een BV en NV voorschriften bevatten voor de wijze waarop voorlopig in het bestuur van de vennootschap wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders.

De WBTR voorziet voor de BV en NV in een harmonisering van de regeling voor belet en ontstentenis. De desbetreffende wettelijke bepalingen voor bestuurders van de BV en NV wijken op dit moment namelijk iets van elkaar af, maar - ook al zou de wettekst anders kunnen doen vermoeden - verplichten elk tot een statutaire regeling voor het geval sprake is van belet of ontstentenis van alle bestuurders. De nieuwe wettekst brengt duidelijker dan de huidige wettekst tot uitdrukking dat een statutaire regeling moet worden getroffen omtrent de wijze waarop tijdelijk in de uitoefening van de taken en bevoegdheden wordt voorzien in geval van belet of ontstentenis van alle bestuurders en dat het opnemen van een regeling voor het geval van belet of ontstentenis van één of meer bestuurders facultatief is.

Met belet wordt bedoeld, de situatie dat een bestuurder gedurende korte of langere tijd zijn bestuurstaken niet kan uitoefenen (bijvoorbeeld vanwege ziekte). Bij het opstellen van dergelijke voorschriften geldt een grote vrijheid om regelingen te treffen die aansluiten bij (de aard van) de onderneming.

Onder huidig recht kunnen de statuten van een BV het begrip 'belet' nader definiëren. Algemeen wordt aangenomen dat dit in de statuten van een NV ook kan, ook al ontbreekt op dit moment daarvoor nog een wettelijke grondslag. Die wettelijke grondslag komt er voor de NV (alsmede voor de vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) met de inwerkingtreding van de WBTR.

Denk bij een statutaire regeling aan uitbreiding van het begrip 'belet' in de statuten bijvoorbeeld door te bepalen dat een functionaris belet is indien hij dit schriftelijk heeft verklaard. Ook zijn statutaire constructies mogelijk waarbij een functionaris kwalificeert als belet indien hij geacht wordt een tegenstrijdig belang te hebben.

De WBTR verduidelijkt dat de persoon die bij belet of ontstentenis is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder wordt gelijkgesteld.

18 Schorsing van bestuurders

Het orgaan dat een bestuurder heeft benoemd en de RvC zijn beide bevoegd om een bestuurder te schorsen. Voordat een bestuurder wordt geschorst, moet hij worden gehoord. Daarnaast moeten de andere bestuurders in de gelegenheid



worden gesteld om advies te geven over het voorgenomen besluit tot schorsing. Dit geldt vaak (afhankelijk van de statuten) niet indien het besluit wordt genomen door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Bij de NV geldt dat de ondernemingsraad het recht heeft om tijdig voor de algemene vergadering een standpunt te bepalen en dit standpunt in de algemene vergadering toe te lichten. Wordt inderdaad besloten de bestuurder te schorsen, dan moet rekening gehouden worden met het volgende:

- schorsing is een noodmaatregel en moet daarom tijdelijk van karakter zijn;
- de argumenten voor de schorsing moeten deugdelijk zijn en moeten bij voorkeur onderbouwd kunnen worden met stukken;
- de statuten kunnen voorschriften bevatten over de wijze en duur van de schorsing;
- de rechter in kort geding kan op verzoek van de bestuurder de schorsing opheffen; en
- een lichtvaardige schorsing kan leiden tot een (extra) schadevergoeding aan de bestuurder na ontslag.

19 Ontslag van bestuurders

Bij het ontslag van een bestuurder⁶ moet zowel de vennootschapsrechtelijke als, indien van toepassing, de arbeidsrechtelijke verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder worden beëindigd.⁷ In de praktijk wordt dit vaak bewerkstelligd door een beëindigingsregeling overeen te komen, waarbij de bestuurder “vrijwillig” afstand doet van zijn positie als bestuurder. De bestuurder stemt dan in (doorgaans onder toekenning van een ontslagvergoeding) met beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden.

Als geen regeling kan worden getroffen, kan de bestuurder worden ontslagen door het orgaan dat volgens de statuten tot benoeming bevoegd is. Als de bestuurder in vennootschapsrechtelijke zin wordt ontslagen, eindigt in beginsel ook de arbeidsovereenkomst. Dat is in ieder geval anders als sprake is van een

6 Thans gelden voor het ontslag van de bestuurder van een stichting andere regels dan voor het ontslag van de bestuurder van een NV of BV. Vanaf inwerkingtreding van de WBTR zal de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder van een stichting gelijk worden getrokken met die van de bestuurder van een NV en BV. De rechter kan dan niet langer een veroordeling uitspreken tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder.

7 De bestuurder van een beursgenoteerde NV kan alleen werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht en geniet dus geen arbeidsrechtelijke bescherming.

opzegverbod (bijvoorbeeld ziekte) of als partijen afspreken dat na het ontslag in vennootschapsrechtelijke zin de arbeidsovereenkomst in stand blijft.

De bestuurder geniet minder arbeidsrechtelijke ontslagbescherming dan de reguliere werknemer. De arbeidsovereenkomst van de bestuurder kan, in tegenstelling tot bij reguliere werknemers, worden opgezegd zonder tussenkomst van een rechter of toestemming van het UWV. Ook kan de werkgever, in tegenstelling tot bij reguliere werknemers, de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig opzeggen zonder schriftelijke instemming van de bestuurder.

Het onvrijwillig ontslag van een bestuurder vindt doorgaans plaats tijdens een buitengewone aandeelhoudersvergadering. Voor een dergelijke vergadering zijn de volgende punten van belang:

- de oproeping tot de vergadering moet gebeuren conform de van toepassing zijnde regels, namelijk:
 - de datum van de algemene vergadering moet voor de NV op minimaal vijftien dagen en voor de BV op minimaal acht dagen na de datum van de uitnodiging worden bepaald, tenzij de statuten een langere oproepingstermijn voorschrijven (bij een beursgenoteerde vennootschap moet een oproepingstermijn van minimaal tweeënveertig dagen in acht worden genomen);
 - de uitnodiging voor de algemene vergadering moet aan alle aandeelhouders worden gestuurd en aan de bestuurder in persoon worden overhandigd (met als doel dat een bestuurder zich niet “ziek” kan melden vóór ontvangst van de uitnodiging voor de algemene vergadering);
 - de uitnodiging voor de algemene vergadering moet de agenda bevatten waarin het voorgenomen ontslag van de bestuurder en (summier) de redenen daarvoor zijn opgenomen;
- afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan, tegelijk met de uitnodiging en de agenda, aan de bestuurder een concept beëindigingsovereenkomst worden overhandigd;
- de ondernemingsraad (voor zover aanwezig) moet tijdig om advies worden gevraagd (zie hoofdstuk 21);
- tijdens de algemene vergadering komen de volgende personen in ieder geval aan het woord:
 - de aandeelhouder die de redenen van het ontslag kan toelichten, waarbij zorgvuldigheid vereist is omdat deze redenen later in een eventuele gerechtelijke procedure niet kunnen worden aangevuld of gewijzigd;

- de bestuurder (of zijn advocaat) die mag reageren op de redenen voor ontslag;
- bij de NV mag de voorzitter van de ondernemingsraad het standpunt van de ondernemingsraad over het voorgenomen ontslag toelichten;
- de overige bestuurders en de leden van de RvC (indien van toepassing) moeten in staat worden gesteld hun adviserende stem uit te brengen;
- vervolgens kan het besluit tot het vennootschapsrechtelijke ontslag worden genomen, als gevolg waarvan de vennootschapsrechtelijke verhouding per direct eindigt, en de arbeidsovereenkomst met de bestuurder, al dan niet met inachtneming van de toepasselijke opzegtermijn, wordt opgezegd. Het is aan te raden om voorafgaand aan het besluit de vergadering kort te schorsen om het verweer van de bestuurder in overweging te nemen;
- aan de (voormalig) bestuurder kan decharge worden verleend;
- de notulen van de algemene vergadering, de opzeggingsbrief en de eventueel getekende beëindigingsovereenkomst moeten aan de (voormalig) bestuurder worden verstrekt; en
- de (voormalig) bestuurder moet worden uitgeschreven bij het handelsregister, zodat bij derden niet de indruk kan bestaan dat hij de vennootschap nog rechtsgeldig mag vertegenwoordigen.

Het naleven van de vennootschapsrechtelijke procedureregels voor het nemen van een besluit is uiteraard te allen tijde van belang maar in geval de procedureregels voor het nemen van een besluit tot ontslag zijn geschonden, kan de bestuurder de nietigheid of vernietigbaarheid van het ontslagbesluit inroepen. In dat geval is ook de dienstbetrekking blijven bestaan. Als het ontslagbesluit vennootschapsrechtelijk volgens de regels is gegaan, dan kan de rechter geen herstel van de dienstbetrekking uitspreken.

Als partijen geen regeling zijn overeengekomen en de arbeidsovereenkomst is opgezegd, heeft de bestuurder die zijn functie op basis van een arbeidsovereenkomst vervult, in beginsel recht op een wettelijke beëindigingsvergoeding, de zogenoemde transitievergoeding (zie hoofdstuk 20.1). Tevens kan de bestuurder naar de rechter om een billijke vergoeding te vorderen (zie hoofdstuk 20.2).

Het is onduidelijk of het vennootschapsrechtelijk ontslag van de bestuurder die werkzaamheden verricht op basis van een managementovereenkomst - net als in geval van een arbeidsovereenkomst - direct gevolgen heeft voor de managementovereenkomst. Veiligheidshalve dient de managementovereenkomst

na het ontslag van de bestuurder separaat opgezegd te worden. De bepalingen omtrent opzegging zoals vastgelegd in de managementovereenkomst dienen daarbij in acht genomen te worden. Als er niets geregeld is, moet doorgaans een 'redelijke' opzegtermijn in acht genomen worden.

20 Ontslagvergoeding

De ontslagvergoeding is vaak een belangrijk onderdeel van het ontslag van de bestuurder. Soms hebben partijen de hoogte van deze vergoeding al bij aanvang van het dienstverband in de arbeidsovereenkomst vastgelegd, maar vaak hebben partijen dat niet gedaan en worden pas bij beëindiging van het dienstverband (na onderhandelingen) afspraken gemaakt over de hoogte van deze vergoeding. Uitgangspunt is dat de bestuurder met een arbeidsovereenkomst recht heeft op de transitievergoeding.

De bestuurder die zijn werkzaamheden verricht op basis van een managementovereenkomst heeft in beginsel geen aanspraak op enige vorm van beëindigingsvergoeding, tenzij partijen dit in de managementovereenkomst hebben afgesproken. Als de opzegtermijn bij de opzegging niet in acht is genomen, kan de bestuurder een schadevergoeding vorderen gelijk aan de duur van de opzegtermijn. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen kan de bestuurder daarnaast aanspraak maken op schadevergoeding.

20.1 Transitievergoeding

De bestuurder die werkt op basis van een arbeidsovereenkomst én van wie ook de arbeidsovereenkomst door de vennootschap wordt opgezegd, heeft - net als reguliere werknemers - recht op de zogenoemde transitievergoeding.⁸ De hoogte van de transitievergoeding hangt af van het aantal dienstjaren en het (bruto) maandsalaris. De transitievergoeding is voor elk jaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd gelijk aan een derde van het salaris per maand (vanaf eerste werkdag 1/3 maandsalaris per heel dienstjaar) en een evenredig deel daarvan voor een periode dat de arbeidsovereenkomst korter dan een jaar heeft geduurd ((salaris ontvangen over resterende deel arbeidsovereenkomst gedeeld door maandsalaris) x (1/3 maandsalaris gedeeld door 12)). Daarbij geldt verder een maximum van EUR 83.000 (voor 2020) of

⁸ Sinds de inwerkingtreding van de wet Arbeidsmarkt in Balans heeft de werknemer ook recht heeft op een transitievergoeding in geval van een dienstverband dat korter heeft geduurd dan twee jaar.

maximaal één bruto jaarsalaris als het jaarsalaris hoger is dan EUR 83.000. Het maandsalaris voor de berekening is inclusief de vakantiebijslag, vaste emolumenten en variabele emolumenten, zoals de gemiddelde bonus over de voorgaande jaren.

20.2 Billijke vergoeding

De verbreking van de vennootschapsrechtelijke band door een rechtsgeldig ontslagbesluit levert niet automatisch een redelijke grond voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst op. Wil er een redelijke grond voor ontslag zijn, dan moet net als bij een reguliere werknemer aan alle voorwaarden voor het ontslag zijn voldaan. Daarnaast geldt dat ook voor de bestuurder moet worden onderzocht of herplaatsing mogelijk is, zeker als sprake is van een concern. Herplaatsing is niet verplicht als dit, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In de praktijk zal herplaatsing van de bestuurder vaak niet mogelijk zijn, omdat geen vergelijkbare positie beschikbaar is.

Op verzoek van de bestuurder kan de rechter een billijke vergoeding toekennen indien de vennootschap (i) geen redelijke grond had voor de opzegging van de overeenkomst en/of niet in voldoende mate herplaatsingsmogelijkheden heeft onderzocht of (ii) als de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Deze billijke vergoeding komt doorgaans bovenop de transitievergoeding. In de rechtspraak komt het ook voor dat de transitievergoeding (deels) in mindering wordt gebracht op de billijke vergoeding. De billijke vergoeding moet binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, worden gevorderd bij de rechter.

De hoogte van de billijke vergoeding is volledig afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de verwijtbaarheid van de vennootschap. Uit arresten van de Hoge Raad volgt dat de volgende gezichtspunten bij de begroting van belang kunnen zijn: het misgelopen salaris, misgelopen financiële vergoedingen en aanspraken, de mate van verwijtbaarheid aan beide zijden, een eventuele nieuwe baan en inkomsten daaruit, en toekomstige inkomsten (gelet op de arbeidsmarktpositie, de verwachte werkloosheidsduur, etc.). Deze lijst van gezichtspunten is niet limitatief, en het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval welke gezichtspunten van belang zijn voor de begroting. Verder blijkt uit rechtspraak dat de billijke vergoeding enkele tonnen kan bedragen, met uitschieters van meer dan een half miljoen euro.

Uit rechtspraak volgt dat een goed onderbouwd verschil van inzicht over het te voeren beleid in beginsel wordt gezien als een redelijke grond voor een opzegging, met als gevolg dat een billijke vergoeding in dergelijke gevallen niet lijkt te worden toegekend. Onderdeel van een goede onderbouwing is het aannemelijk maken dat het verschil van inzicht onoverbrugbaar is, en het aantonen dat de bestuurder geconfronteerd is met het verschil van inzicht en dat toen concreet aangegeven is welke veranderingen de aandeelhouder nodig vindt.

21 De bestuurder en de ondernemingsraad

Als een onderneming vijftig of meer werknemers in dienst heeft, geldt de verplichting om een ondernemingsraad in te stellen. In dat geval zal het bestuur de ondernemingsraad van de nodige informatie moeten voorzien en minstens twee keer per jaar met de ondernemingsraad moeten overleggen in een zogenaamde overlegvergadering.

In de praktijk wordt doorgaans vaker overleg gevoerd. Tijdens deze overlegvergaderingen wordt niet alleen de algemene stand van zaken van de onderneming besproken, maar komen ook - eventuele - voorgenomen besluiten van het bestuur waar instemming of advies van de ondernemingsraad voor vereist is aan de orde en worden afspraken gemaakt wanneer en op welke wijze de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken.

Het adviesrecht van de ondernemingsraad strekt zich - onder meer - uit tot voorgenomen besluiten tot:

- benoeming of ontslag⁹ van een bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden. Een bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden is 'hij die alleen dan wel te zamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid';
- overdracht van de zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming;
- beëindiging van de werkzaamheden van (een onderdeel van) de onderneming;
- belangrijke wijziging in de organisatie;

⁹ Ten aanzien van het adviesrecht bij benoeming of ontslag van een bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden geldt dat voor de ondernemingsraad geen beroepsrecht bestaat als de ondernemer het advies niet overneemt.

- het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming;
- het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming;
- het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming; en
- het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende onder andere de hiervoor bedoelde aangelegenheden.

In het geval het advies van de ondernemingsraad niet (geheel) wordt opgevolgd, heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid om bij de Ondernemingskamer in beroep te gaan.

Daarnaast heeft de ondernemingsraad een instemmingsrecht ten aanzien van - onder meer - voorgenomen besluiten tot vaststelling of wijziging van:

- de pensioenregeling;
- een arbeids- en rusttijdenregeling of een vakantieregeling; en
- een belonings- of functiewaarderingsysteem.

Voorts geldt dat de ondernemingsraad van een NV het recht heeft om in de algemene vergadering zijn standpunt kenbaar te maken ten aanzien van:

- belangrijke bestuursbesluiten waardoor de aard van de vennootschap ingrijpend kan wijzigen en ten aanzien waarvan de algemene vergadering een goedkeuringsrecht heeft als bedoeld in artikel 2:107a van het Burgerlijk Wetboek;
- besluiten tot benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris; en
- het voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid (niet-beursgenoteerde NV).

De ondernemingsraad dient tijdig voor de datum van oproeping voor de algemene vergadering in de gelegenheid te worden gesteld over voornoemde punten een standpunt te bepalen. Het ontbreken van dit standpunt tast de geldigheid van het desbetreffende besluit van de algemene vergadering niet aan.

Zoals vermeld in hoofdstuk 16 geldt dat de ondernemingsraad van een beursgenoteerde NV of beursgenoteerde BV een adviesrecht heeft bij het vaststellen van het bezoldigingsbeleid. In het geval het advies van de

ondernemingsraad niet (geheel) wordt gevolgd, moet dat schriftelijk aan de algemene vergadering worden uitgelegd. Daarnaast moet de voorzitter van de ondernemingsraad (of een ander lid van de ondernemingsraad) in de gelegenheid worden gesteld het advies toe te lichten. Er bestaat voor de ondernemingsraad geen beroepsrecht.

Bij vennootschappen waar ten minste 100 werknemers werkzaam zijn, dient de bestuurder de ondernemingsraad jaarlijks (schriftelijk) te informeren over de hoogte en de inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen per groepen werknemers alsmede over dergelijke afspraken met het bestuur en de RvC. Voorts is de bestuurder verplicht om deze informatie, alsook de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen in de vennootschap, ten minste eenmaal per jaar te bespreken tijdens de overlegvergadering.

22 Aansprakelijkheid tegenover de vennootschap

De bestuurders zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor het dagelijks en algemeen beleid van de vennootschap. Het bestuur draagt een zogeheten collectieve verantwoordelijkheid, hetgeen onder meer betekent dat de bestuurders tegenover de vennootschap - in beginsel - hoofdelijk aansprakelijk zijn voor tekortkomingen in de uitoefening van bestuurstaken.

De bestuurders kunnen een onderlinge taakverdeling maken. Over de hoofdlijnen van het algemene en financiële beleid dient het bestuur in beginsel gezamenlijk te oordelen. Het bestuur kan een taakverdeling het beste schriftelijk vastleggen, bijvoorbeeld in een bestuursreglement.

Een bestuurder dient zijn taak “behoorlijk” uit te oefenen. Hij zal slechts aansprakelijk zijn indien hem met betrekking tot die taakvervulling een “ernstig verwijt” treft. Handelen in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen zal in de regel een ernstig verwijt opleveren.

Een bestuurder kan aansprakelijkheid afweren (zich individueel disculperen) indien hij kan aantonen dat de tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is (in dit kader is een taakverdeling relevant) en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkomingen in de bestuurstaak af te wenden. Het is ook om deze reden van groot belang dat de werkzaamheden, beslissingen en overwegingen van

het bestuur goed worden gedocumenteerd. Indien een bestuurder zich niet kan vinden in het handelen van het bestuur, kan hij in het uiterste geval aftreden.

Als sprake is van een one tier board (zie daarover kort hoofdstuk 6), dan gelden in beginsel dezelfde verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden voor een uitvoerend als voor een niet-uitvoerend bestuurder. Voor de interne aansprakelijkheid bij een one tier board geldt dan ook bij uitstek dat de taakverdeling en een goede documentatie van belang zijn.

Door het uitkeren van dividenden kan er een situatie ontstaan waarin de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Dit kan leiden tot aansprakelijkheid van het bestuur tegenover derden, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad (zie hoofdstuk 23) of wegens onbehoorlijk bestuur bij faillissement van de vennootschap.

Voor de BV geldt bovendien dat het bestuur in een dergelijke situatie door de vennootschap kan worden aangesproken op basis van een specifieke wettelijke bepaling. Het bestuur van een BV heeft een wettelijk vetorecht in de vorm van een goedkeuringsbevoegdheid inzake een voorgenomen uitkering. Het bestuur mag alleen zijn goedkeuring aan het besluit tot uitkering onthouden indien het bestuur wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Indien het bestuur toch goedkeuring verleent, zijn de bestuurders die ten tijde van de uitkering wisten of behoorden te weten dat de vennootschap door de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden hoofdelijk gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering bij de vennootschap is ontstaan.

23 Aansprakelijkheid tegenover derden

Een bestuurder kan ook tegenover derden aansprakelijk zijn voor tekortkomingen in het dagelijks beleid. Ook hier geldt (in beginsel) de in hoofdstuk 22 reeds behandelde maatstaf van een “ernstig verwijt”. Gezien de hoge drempel zal een bestuurder (in beginsel) niet snel aansprakelijk zijn tegenover derden. Ten opzichte van bepaalde aansprakelijkheden (zoals voor belastingschulden, zie hierna) voorziet de wet echter in een lagere maatstaf. De belangrijkste categorieën van aansprakelijkheden tegenover derden zijn: (i) voor belastingschulden (zie hoofdstuk 28) / sociale premies; (ii) wegens

misleidende jaarrekening; (iii) op basis van onrechtmatige daad jegens handelscrediteuren, financiers, aandeelhouders, werknemers etc.; of (iv) voor het boedeltekort in faillissement.

Ter illustratie een tweetal voorbeelden.

Een bestuurder kan aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad, indien hij namens de rechtspersoon een overeenkomst aangaat, terwijl hij bij het aangaan van de overeenkomst wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon (i) niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en (ii) geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij van de rechtspersoon ten gevolge hiervan zou lijden. Deze maatstaf blijft van toepassing op gedragingen van een bestuurder indien door de bestuurder reeds een faillissement is aangevraagd.

De curator kan in geval van faillissement van de vennootschap de bestuurders onder omstandigheden aansprakelijk houden voor het gehele tekort in de boedel. Er moet dan wel sprake zijn van zogenaamde “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling” in de drie aan het faillissement voorafgaande jaren. Deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Van een dergelijk vergaande aansprakelijkheid kan uitsluitend sprake zijn indien de bestuurders een ernstig verwijt kan worden gemaakt waarbij van belang is dat “geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld”. Hier geldt dezelfde mogelijkheid tot disculpatie als reeds uiteengezet in hoofdstuk 22.

Let op: indien de administratieplicht of de verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekening niet is nageleefd, zijn de risico's op aansprakelijkheid aanmerkelijk groter. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling staat dan vast, en kan niet worden weerlegd, tenzij er sprake is van een onbelangrijk verzuim: bijvoorbeeld het (slechts) twee dagen te laat publiceren van de jaarrekening. Vermoed wordt dan dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een bestuurder dient vervolgens aannemelijk te maken dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Met inwerkingtreding van de WBTR wordt in de wet verankerd dat een bestuurder een vordering van de vennootschap op de bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling niet kan verrekenen met een eventuele vordering van de bestuurder op de vennootschap.

24 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Het Nederlandse strafrecht kent verschillende vormen van aansprakelijkheid.

Een bestuurder kan ten eerste, net als ieder ander, zelfstandig een delict plegen of medeplegen en hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Zo komt in de ondernemingsstrafrechtpraktijk wel voor dat een bestuurder wordt vervolgd ter zake van oplichting of valsheid in geschrift. Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht bevat ook strafbepalingen die zich specifiek richten tot bestuurders, zoals ter zake van benadeling van schuldeisers in een faillissement.

Daarnaast kunnen bestuurders strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor strafbare feiten die door de rechtspersoon zijn begaan, als zij daaraan feitelijk leiding of daartoe opdracht hebben gegeven. In de praktijk wordt zelden vervolgd voor opdrachtgeven, maar strafrechtelijke aansprakelijkheid als feitelijk leidinggever komt wel vaak voor, zeker ook ten aanzien van financiële, economische en fiscale delicten. Wij bespreken daarom hierna deze deelnemingsvorm.

Feitelijk leidinggeven: Als is vastgesteld dat een bepaald strafbaar feit aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, kan daarna aan de orde komen of iemand daarvoor als feitelijk leidinggever strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. De taalkundige betekenis van het begrip impliceert al dat het gaat erom wie 'feitelijk' de macht had over wat er gebeurde, niet wie formeel bevoegd was. Als feitelijk leidinggevers kunnen worden aangemerkt statutair bestuurders, maar bijvoorbeeld ook afdelingshoofden. De formele positie is niet bepalend. Ook een lagere manager kan feitelijk leidinggever zijn.

Iemand kan onmiskenbaar als feitelijk leidinggever worden aangemerkt indien hij de verboden gedraging van de rechtspersoon actief en effectief bevordert heeft. Feitelijk leidinggeven kan verder ook aan de orde zijn wanneer de betrokkene - als bestuurder of in een andere positie - algemeen beleid gevoerd heeft waarvan de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is geweest. Of de betrokkene heeft een zodanige bijdrage geleverd aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en daarbij een zodanig initiatief genomen, dat hij geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven.

Ook een meer passieve rol kan feitelijk leidinggeven opleveren. Als ondergrens geldt dat aansprakelijk is als leidinggever degene die, terwijl hij bevoegd en

redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedraging te voorkomen of te beëindigen, maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. Door dit nalaten in te grijpen terwijl hij wel kon en moest ingrijpen, wordt de leidinggever geacht de verboden gedraging opzettelijk te hebben bevorderd. ‘Voorwaardelijk opzet’ volstaat hier: de leidinggever moet tenminste de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden (of soortgelijke) gedraging van de rechtspersoon zich voordeed. Daarvan moet hij dan dus wel op de hoogte zijn geweest.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid als feitelijk leidinggever is aldus sterk afhankelijk van de verantwoordelijkheden en zeggenschap van de persoon in kwestie en de feitelijke kennis en betrokkenheid ten aanzien van het door de rechtspersoon gepleegde strafbare feit. In het algemeen is het niet ongebruikelijk dat bestuurders worden aangemerkt als feitelijk leidinggevend, nu zij in hun rol veelal betrokken zijn bij de dagelijkse bedrijfsvoering van de rechtspersoon.

25 Aansprakelijkheid tegenover toezichthouders

Aan een bestuurder kan een bestuurlijke boete worden opgelegd door toezichthouders zoals de ACM, AFM, DNB, AP en de Belastingdienst voor overtredingen die door de vennootschap zijn begaan. De toezichthouders beboeten de bestuurder dan als medepleger, opdrachtgever of feitelijk leidinggever. Deze aansprakelijkheidsvormen komen uit het strafrecht en zijn in het (punitieve) bestuursrecht overgenomen. De figuur opdrachtgeven wordt, net als in het strafrecht, ook in het bestuursrecht zelden gebruikt om iemand aansprakelijk te stellen. Verreweg de meeste bestuurlijke boetes aan individuen worden opgelegd aan (bestuurders als) feitelijk leidinggevers. Wij bespraken deze figuur in het vorige hoofdstuk over strafrechtelijke aansprakelijkheid en verwijzen hiernaar, nu toezichthouders dit op gelijke wijze toepassen. Hoewel niet vaak, worden de laatste tijd ook wel bestuurders beboet als medepleger, reden waarom wij bij deze deelnemingsvorm kort stilstaan.

Medeplegen: De medepleger wordt, naast de beboetbare vennootschap, als dader bestraft. Van straf- en beboetbaar medeplegen is sprake wanneer twee of meer (rechts)personen, in dit geval mogelijk de vennootschap en de bestuurder, gezamenlijk een overtreding plegen. Voor de kwalificatie medeplegen moet sprake zijn geweest van een voldoende nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen. Het accent ligt op de samenwerking en minder op de vraag wie welke feitelijke handelingen heeft verricht. In de praktijk is een

belangrijke vraag wanneer de samenwerking zo nauw en bewust is geweest dat van medeplegen mag worden gesproken.

Voorbeelden: Feitelijk leidinggeven: De feitelijke hoofdactiviteit - en in wezen enige activiteit - van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging, bijvoorbeeld: het uitoefenen van een bepaald bedrijf zonder de vereiste vergunning. De bestuurder is alleen/zelfstandig bevoegd om besluiten te nemen en heeft direct zicht op de bedrijfsuitoefening. In dat geval kan doorgaans worden aangenomen dat deze bestuurder de verboden gedraging direct bevordert, de actieve vorm van feitelijk leidinggeven. Ook als een bestuurder, zoals vaker in een groter bedrijf, op iets meer afstand staat tot de verboden gedraging van de vennootschap, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van het niet naleven van de ken-uw-klant-bepalingen, kan hij - uiteraard onder omstandigheden - worden geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is hij redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat deze in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedraging zich voordoet.

Medeplegen: De bestuurder is de enige persoon die het beleid bepaalt ten aanzien van een vennootschap. Bovendien is hij als vertegenwoordiger van de bankrekeningen van de vennootschap op de hoogte van de feitelijke besteding van de gelden door de vennootschap, doet ook betalingen en geeft opdrachten tot het doen van betalingen. Voorts heeft de bestuurder bewust en nauw samengewerkt met de vennootschap in het kader van het aanbieden van de obligaties en het besteden van de obligatiegelden en heeft de bestuurder een belangrijke rol bij het plegen van de misleidende handelspraktijken.

26 Decharge, verzekering en vrijwaring

26.1 Decharge als bescherming tegen aansprakelijkheid

Decharge betekent dat een bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt ontslagen uit (mogelijke) aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Decharge is overigens iets anders dan vrijwaring (zie hoofdstuk 26.3). Gebruikelijk is dat decharge plaatsvindt tijdens de jaarlijkse algemene vergadering op basis van de jaarrekening over het verstreken boekjaar. De algemene vergadering kan een bestuurder decharge verlenen, maar is hiertoe niet verplicht. Decharge moet als apart agendapunt voor de (jaar) vergadering worden opgenomen.

Na verlening van decharge kan de vennootschap een bestuurder in beginsel, ook bij (ernstig) verwijtbaar gedrag, niet meer aansprakelijk houden. Echter, ook na een verleende decharge bestaan er nog steeds aansprakelijkheidsrisico's:

- I. decharge ontheft een bestuurder slechts van aansprakelijkheid voor zijn handelen tegenover de vennootschap voor zover dit blijkt uit de jaarstukken en/of in de jaarvergadering is besproken;
- II. derden, zoals handelscrediteuren of financiers, kunnen volledig voorbijgaan aan de decharge. Ook de curator die de bestuurder aanspreekt wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan geen decharge worden tegengeworpen; en
- III. het dechargebesluit kan onder omstandigheden worden vernietigd.

Treedt een bestuurder voor de (jaar)vergadering terug, dan zou schriftelijk moeten worden vastgelegd dat er een specifieke decharge plaatsvindt per het uittredtijdstip of dat er op de latere (jaar)vergadering over de decharge van de voormalig functionaris wordt besloten, waarbij eventueel de bestuurder aanwezig kan zijn.

26.2 Verzekering als bescherming tegen aansprakelijkheid

De directors & officers (**D&O**) aansprakelijkheidsverzekering is de meest effectieve bescherming tegen aansprakelijkheid. De vennootschap is verzekeringnemer en betaalt de premie, terwijl bestuurders verzekerd zijn. Een D&O-verzekering dekt doorgaans al het handelen van bestuurders behalve opzettelijke misdragingen en fraude.

De verzekering is vaak gebaseerd op het “claims made” principe. Er is dan slechts dekking voor claims die binnen de looptijd van de verzekering zijn ingesteld en/of (afhankelijk van de polisvoorwaarden) zijn aangemeld bij de verzekeraar.

De gevolgen van een verzekering met een “claims made” principe kunnen worden verzacht door een uitloopdekking af te sluiten. Van belang is dat:

- de verzekering zowel de aansprakelijkheid tegenover de vennootschap als tegenover derden dekt;
- er geen nadelige uitsluitingen zijn opgenomen;
- de kosten voor rechtsbijstand zijn meeverzekerd;
- een claim altijd tijdig wordt aangemeld; en

- de bestuurder de polisvoorwaarden ontvangt en dat deze corresponderen met de afspraken van de bestuurder met de vennootschap;
- In geval van faillissement van de rechtspersoon door de curator, maar ook door de bestuurder(s) "uitloopdekking" kan worden gekocht. Dit moet vaak binnen korte termijn gebeuren.

26.3 Vrijwaring als bescherming tegen aansprakelijkheid

Naast een D&O-verzekering kan een statutaire of contractuele vrijwaring van de vennootschap of van een derde (denk aan een grootaandeelhouder) aan een bestuurder bescherming bieden. De vrijwaring houdt veelal in dat de vennootschap c.q. derde de bestuurder schadeloos stelt indien de bestuurder door derden wordt aangesproken op zijn werkzaamheden als bestuurder. De bestuurder is dan beschermd tegen schade die een derde op hem probeert te verhalen en tegen de kosten voor rechtsbijstand.

De bescherming van een vrijwaring is beperkt. Bij aansprakelijkheid voor grove schuld zal de bestuurder bijvoorbeeld (in beginsel) geen beroep op de vrijwaring toekomen. Let op: een aansprakelijkstelling van bestuurders doet zich vaak voor in faillissementssituaties. De vennootschap is in dat geval echter niet meer bij machte de schade te vergoeden (de grootaandeelhouder mogelijk wel). Indien de bestuurder een vrijwaring van de vennootschap heeft ontvangen, zal dit hem aldus weinig soelaas bieden.

Toch kan een vrijwaring een nuttige functie vervullen in de bescherming tegen gevolgen van aansprakelijkheid (in aanvulling op een D&O verzekering). Een D&O-verzekering dekt alleen claims in een bepaalde periode en tot een bepaald bedrag, een vrijwaring kent deze beperkingen doorgaans niet. Voorts bestaat er altijd een risico dat een verzekeraar weigert dekking te verlenen onder een D&O-verzekering. Dan is het goed een alternatief achter de hand te hebben.

27 Bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap

Zoals al aan bod kwam in hoofdstuk 16 (Bezoldiging van bestuurders) neemt de Corporate Governance Code voor beursgenoteerde vennootschappen tot uitgangspunt dat de statuten de RvC als bevoegd orgaan aanwijzen voor het nemen van het bezoldigingsbesluit. Het bezoldigingsbesluit wordt genomen in lijn met het bezoldigingsbeleid, dat wordt vastgesteld door de algemene

vergadering. Onder de Corporate Governance Code is uitdrukkelijk benoemd dat het beloningsbeleid gericht is op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en rekening houdt met de interne beloningsverhoudingen binnen de onderneming. Daarnaast mag het beloningsbeleid bestuurders niet aanzetten tot gedrag in hun eigen belang noch tot het nemen van risico's die niet passen binnen de geformuleerde strategie en de vastgestelde risicobereidheid.

Wat de benoemingstermijn betreft van bestuurders van een beursgenoteerde vennootschap bepaalt de Corporate Governance Code dat de initiële benoemingstermijn een periode van maximaal vier jaar is en dat herbenoeming steeds voor een periode van maximaal vier jaar kan plaatsvinden. Bij de benoeming en herbenoeming van bestuurders dienen de doelstellingen van het diversiteitsbeleid in overweging worden genomen.

Ook schrijft de Corporate Governance Code voor dat de ontslagvergoeding van een bestuurder maximaal een jaarsalaris mag bedragen, uitgaande van het "vaste" deel van de beloning. Een ontslagvergoeding wordt niet uitgekeerd wanneer de overeenkomst voortijdig wordt beëindigd op initiatief van de bestuurder of wanneer de bestuurder ernstig verwijtbaar dan wel nalatig heeft gehandeld.

De Corporate Governance Code geldt alleen voor beursgenoteerde vennootschappen en dan alleen in die zin dat weliswaar de verplichting bestaat de normen daaruit te behandelen in de jaarrekening, maar dat afwijking mogelijk is, zij het dat dit gemotiveerd moet worden in het bestuursverslag (het zogenaamde "pas toe of leg uit"- principe). Teneinde te bewerkstelligen dat de kwaliteit van de uitleg wordt gewaarborgd, wordt van vennootschappen verlangd dat zij in hun verslag melding maken van de wijze waarop zij van een Corporate Governance Code-bepaling zijn afgeweken, dient de uitleg aan in de Corporate Governance Code genoemde eisen te voldoen.

Een bestuurder van een beursgenoteerde NV kan niet worden aangesteld op basis van een arbeidsovereenkomst. Er dient dan sprake te zijn van een managementovereenkomst (overeenkomst van opdracht) tussen de vennootschap en de bestuurder. De bestuurder geniet daardoor niet meer de bescherming van het arbeidsrecht, waardoor hij, onder meer, geen aanspraak maakt op bepaalde arbeidsrechtelijke bescherming als doorbetaling tijdens ziekte en bepaalde ontslagbescherming. Arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten voor 1 januari 2013 worden door deze regeling niet geraakt en blijven in stand.

28 De fiscale positie van de bestuurder

In het onderstaande nemen wij een in Nederland woonachtige bestuurder van een in Nederland gevestigde BV of NV als uitgangspunt. De fiscale aandachtspunten voor een bestuurder van een andere rechtsvorm (bijvoorbeeld een stichting) kunnen van onderstaande regels afwijken.

Loonheffingen (hieronder worden verstaan: loonbelasting, premie volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet) zijn verschuldigd indien sprake is van een privaatrechtelijke of fictieve dienstbetrekking. Van een privaatrechtelijke dienstbetrekking is sprake indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

1. de werknemer is verplicht om persoonlijk arbeid te verrichten;
2. de werkgever heeft de verplichting loon te betalen; en
3. er is sprake van een gezagsverhouding tussen de werknemer en de werkgever.

In de praktijk zal het bij de bepaling of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking voor de bestuurder neerkomen op de laatste voorwaarde. Indien het bestuurderschap wordt vervuld voor een NV of BV, dan zal in de regel sprake zijn van een dienstbetrekking omdat een bestuurder onder het gezag van de algemene vergadering staat, dan wel van de RvC.

De benoeming tot bestuurder van een beursgenoteerde NV kwalificeert als fictieve dienstbetrekking. Dit hangt samen met de keuze van de wetgever om de benoeming van dergelijke bestuurders met ingang van 1 januari 2013 niet langer te laten samengaan met een arbeidsovereenkomst (zie hoofdstuk 27). Voor belasting- en premieheffing is dit per dezelfde datum gecorrigeerd door hun arbeidsverhouding bij fictie gelijk te stellen met een dienstbetrekking.

Met ingang van 1 januari 2018 is deze fictie weer beëindigd voor de niet-uitvoerend bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap. Dit is gedaan omwille van een gelijkgeschakeling met commissarissen.

Indien sprake is van een dienstbetrekking dan wordt de bestuurder aangemerkt als werknemer. Dit geldt in beginsel ook voor de werknemersverzekeringen.

De vennootschap is dan gehouden loonheffingen in te houden en af te dragen ten aanzien van de beloning die zij aan haar bestuurder betaalt.

28.1 30%-regeling

De 30%-regeling is een fiscale faciliteit die Nederlandse ondernemingen in staat moet stellen om gespecialiseerde krachten uit het buitenland aan te trekken. Op basis van deze regeling kan onder andere een vanuit het buitenland aangeworven bestuurder gedurende maximaal vijf¹⁰ jaar een belastingvrije kostenvergoeding krijgen. Perioden van eerder werken en/of verblijf in Nederland komen in beginsel op deze termijn in mindering. De hoogte van de vergoeding is forfaitair bepaald en bedraagt maximaal 30% van de som van het in Nederland belastbare loon plus de 30%-vergoeding.

In veel gevallen spreken de vennootschap en de bestuurder af dat de vergoeding in de plaats komt van 30% van het salaris.

Voor toepassing van de regeling geldt een aantal (formele) voorwaarden. Fysiek verblijf in Nederland is geen vereiste voor de bestuurder. Om ten volle van de regeling te kunnen profiteren, moet binnen vier maanden na de start van de werkzaamheden een aanvraag voor een 30%-beschikking bij de belastinginspecteur zijn ingediend.

Om in aanmerking te komen voor de 30%-regeling moet de betrokkene in het buitenland zijn aangeworven of vanuit het buitenland naar Nederland worden uitgezonden. De betrokkene moet een schaarse specifieke deskundigheid bezitten die niet of moeilijk op de Nederlandse arbeidsmarkt te vinden is. Specifieke deskundigheid wordt aanwezig geacht bij een loon van meer dan EUR 38.347 op jaarbasis (2020). Voorts geldt als voorwaarde dat de betrokkene gedurende tenminste 2/3e van de 24-maandsperiode voorafgaand aan de start van de werkzaamheden woonachtig was op een afstand van meer dan 150 kilometer (hemelsbreed) van de Nederlandse grens.

Let op: afhankelijk van het geldende belastingverdrag en de omvang van de extraterritoriale kosten, hoeft het voor de niet in Nederland wonende bestuurder niet altijd gunstig te zijn om gebruik te maken van de 30%-regeling.

¹⁰ Deze maximale duur geldt met ingang van 2019. Voorheen was de maximumduur acht jaar, waarvoor in 2019 en 2020 overgangsrecht geldt.

28.2 Directeur-groootaandeelhouder

De bestuurder die tevens (indirect of direct) aandelen houdt in de vennootschap, wordt directeur-groootaandeelhouder (**DGA**) genoemd. Er is ook sprake van een dienstbetrekking tussen een DGA en de vennootschap indien de bestuurder (alle) aandelen houdt in die vennootschap. De DGA (in zijn hoedanigheid van bestuurder) is namelijk onderworpen aan het gezag van de algemene vergadering. De Hoge Raad hanteert hier een formele toets. Het feit dat de DGA zelf zeggenschap heeft in de algemene vergadering doet niet aan de gezagsverhouding af.

Op het gebied van de werknemersverzekeringen is de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder van belang. Indien de bestuurder in privaatrechtelijke dienstbetrekking tot de vennootschap staat, is de bestuurder desalniettemin niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen indien één van de uitzonderingen van de Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder zich voordoet. Deze uitzonderingen zien met name op de mogelijkheid dat de bestuurder zijn eigen ontslag kan tegenhouden of de mogelijkheid dat ieder van de aandeelhouders een gelijk aantal aandelen houdt en allen zijn benoemd tot bestuurder van de vennootschap.

28.3 Bezoldiging van de DGA

Een DGA kan als bestuurder van de vennootschap besluiten geen loon overeen te komen met de vennootschap. Als dit gebeurt, ontbreekt één van de vereisten voor het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, namelijk de verplichting van de werkgever om loon te betalen. Voor die situatie kent de wet een zogenaamde fictieve dienstbetrekking.

Als fictieve dienstbetrekking wordt aangemerkt de arbeidsverhouding van de DGA die arbeid verricht ten behoeve van de vennootschap waarin hij (of zijn echtgenoot) een aanmerkelijk belang (tenminste 5% van de aandelen of van een klasse aandelen) heeft. Met deze fictie alleen geniet de DGA nog geen loon. In dat kader is de gebruikelijk-loonregeling in het leven geroepen.

Op basis van de gebruikelijk-loonregeling dient het loon van de DGA tenminste te worden gesteld op de hoogste van de volgende bedragen:

- 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking;
- het hoogste loon van de werknemers die in dienst zijn van de (groeps)vennootschap;
- EUR 46.000 (cijfer 2020).

In situaties waarbij het loon, op basis van deze regel, hoger zou komen te liggen dan 75% van het loon uit de meest vergelijkbare dienstbetrekking, mag het loon onder voorwaarden naar beneden worden bijgesteld (de bewijslast daarvoor ligt bij de inhoudingsplichtige).

Aandachtspunt is dat in beginsel een gebruikelijk loon voor iedere (fictieve) dienstbetrekking van de DGA dient te worden vastgesteld. Indien de DGA werkzaamheden vervult voor meerdere vennootschappen waarin hij (direct of indirect) een aanmerkelijk belang houdt, dan dient het gebruikelijk loon dus per vennootschap te worden vastgelegd. Praktisch bezien kan dit worden ondervangen door gebruik te maken van de zogenoemde “doorbetaaldloonregeling”. Onder deze regeling wordt de inhoudingsplicht van de verschillende vennootschappen waarvoor de DGA werkzaamheden verricht, verlegd naar de persoonlijke vennootschap van de DGA. In dat geval wordt enkel op het niveau van de persoonlijke vennootschap een gebruikelijk loon in aanmerking genomen. De doorbetaald loonregeling kan zonder beschikking van de belastinginspecteur worden toegepast als (i) de DGA een (indirect) aanmerkelijk belang heeft in zowel de vennootschap als in de persoonlijke vennootschap en (ii) de persoonlijke vennootschap aangifte loonheffingen doet in overeenstemming met de regeling.

Voor DGA's van kwalificerende start-ups geldt een afwijkende (gunstige) regeling om het gebruikelijk loon vast te stellen.

Let op: de doorbetaald loonregeling geldt niet per definitie voor de premies werknemersverzekeringen.

28.4 Fiscale behandeling excessieve beloningsbestanddelen

Bepaalde typen beloningen die een bestuurder ontvangt, kunnen kwalificeren als een lucratief belang, met als gevolg dat deze beloning wordt belast tegen het progressieve tarief in box 1 (max. 49,5%). De lucratief-belangregeling richt zich in hoofdzaak op twee vormen van werknemersparticipatie. Ten eerste de zogenoemde “carried interest” regelingen die veelal gelden voor de werknemers/ investment managers van private equity fondsen. Ten tweede ziet de regeling op de aandelenparticipatie die veelal in het kader van een overname door een private equity fonds, de zogenaamde leveraged buy-outs, worden aangeboden aan het zittende management van de over te nemen vennootschap.

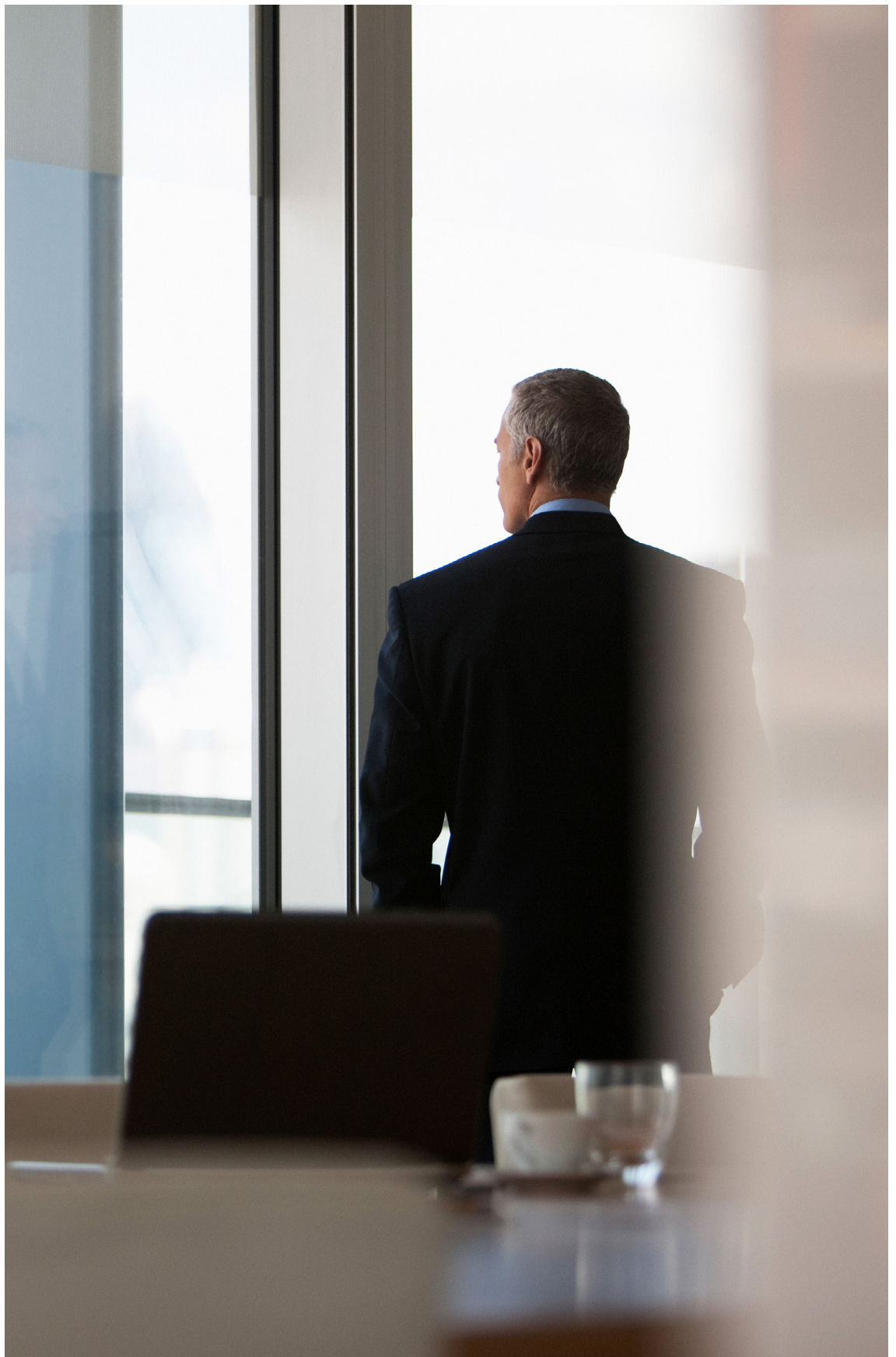
De lucratief-belangregeling beperkt zich echter niet tot deze twee vormen, ook andere vormen van (werknemers)participatie kunnen worden getroffen.

Bij de toekenning van participaties is het dus van belang om na te gaan hoe deze het best vorm gegeven kunnen worden om fiscaal een zo vriendelijk mogelijk resultaat te bereiken.

Voorts dient de vennootschap bij het betalen van een ontslagvergoeding aan een bestuurder die meer verdient dan EUR 559.000 (2020) per jaar de regels inzake excessieve beloningsbestanddelen in het oog te houden. Aan de vennootschap wordt namelijk een pseudo-eindheffing van 75% opgelegd over de vertrekvergoeding aan een bestuurder met een jaarsalaris van meer dan EUR 559.000 indien deze vertrekvergoeding bepaalde drempels overschrijdt. Dit is een pseudo-eindheffing, omdat de heffing bij de werkgever plaatsvindt naast de heffing over de vertrekvergoeding bij de werknemer. Een punt van aandacht hierbij is dat voor de berekening van de 'vertrekvergoeding' alle loonbestanddelen in aanmerking worden genomen die zijn genoten vanaf het kalenderjaar voorafgaande aan het jaar van uitdiensttreding (bijv. bonussen, aandelen, Stock Appreciation Rights).

28.5 Bestuurdersaansprakelijkheid voor schulden van loonheffingen en btw

Onder omstandigheden kunnen bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor schulden van de vennootschap ter zake van (onder meer) loonbelasting, premies sociale verzekeringen en btw. Bestuurders zijn aansprakelijk als hen kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten. Aansprakelijk gestelde bestuurders hebben een voorwaardelijke disculpatiemogelijkheid. De vennootschap is verplicht onmiddellijk nadat is gebleken dat zij niet in staat is haar betalingsverplichting na te komen, daarvan een melding te doen aan de Belastingdienst. Als deze melding tijdig en volledig is gedaan, is de bestuurder slechts aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding.



Deel II

Het commissariaat **in vogelvlucht**

II Het commissariaat in vogelvlucht

1 Taak van de raad van commissarissen

De raad van commissarissen (**RvC**) heeft op basis van de wet tot algemene taak het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Ook staat de RvC het bestuur met raad terzijde.

Het houden van toezicht op het bestuur is echter niet altijd even eenvoudig. Denkbaar is dat de commissarissen te laat bij de besluitvorming worden betrokken of dat een onvolledig beeld van de situatie wordt geschetst. Ook is het mogelijk dat wanneer eenmaal een besluit is genomen, de wijze waarop het besluit wordt uitgevoerd afwijkt van hetgeen met de RvC is besproken.

Enkele hoofdregels van toezicht zijn:

- de RvC toetst ieder belangrijk bestuursbesluit. Dit is slechts mogelijk indien de commissarissen over toereikende informatie beschikken. Deze informatie dient het bestuur te verschaffen;
- daarnaast dient het bestuur de RvC ten minste één keer per jaar schriftelijk te informeren over de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap;
- bij twijfel over de volledigheid of juistheid van de informatie zullen de commissarissen proactief moeten optreden. In dat geval dient de RvC (schriftelijk) om (nadere) informatie te vragen.

De raadgevende en adviserende taak van commissarissen brengt mee dat de RvC het bestuur gevraagd en ongevraagd van raad voorziet. Het bestuur kan deze raad niet ongemotiveerd naast zich neerleggen.

Het is de RvC toegestaan om op kosten van de vennootschap professioneel advies in te winnen. De RvC dient zich tijdig te laten adviseren indien dit voor het uitoefenen van het toezicht noodzakelijk wordt geacht, bijvoorbeeld in het geval van een belangrijke transactie waarbij sprake is van tegenstrijdige belangen.

Tot het takenpakket van de RvC behoren verder:

- het overnemen van bestuurstaken in kwesties waarin bestuurders een belang hebben dat tegenstrijdig is met dat van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming;
- toezicht op financiële verslaggeving (zie hoofdstuk 2);
- zekere communicatie met de ondernemingsraad (zie hoofdstuk 14); en
- het benoemen en ontslaan van bestuurders bij structuurvennootschappen (met volledig regime).

2 De commissaris en financiële verslaggeving

De RvC houdt mede toezicht op het financiële beleid en de financiële verslaggeving van het bestuur. Steeds vaker ziet men dat bij grotere ondernemingen en instellingen een auditcommissie wordt ingesteld als subcommissie van de RvC. Voor beursgenoteerde ondernemingen is dit beginsel vastgelegd in de Nederlandse Corporate Governance Code (**Corporate Governance Code**) en - voor bepaalde gevallen - in Europese Richtlijnen. De samenstelling van de RvC moet dusdanig zijn, dat er adequaat toezicht kan worden uitgeoefend op het financiële beleid en de financiële verslaggeving. Ook voor vergaderingen van de auditcommissie geldt dat het belang van duidelijke en volledige notulen groot is.

Een belangrijk hulpmiddel voor de RvC bij het beoordelen van de jaarrekening is het accountantsverslag (naast de accountantsverklaring). In dit verslag, dat is geadresseerd aan de RvC en het bestuur, zet de accountant zijn bevindingen uiteen. De accountant is onder meer verplicht melding te maken van zijn bevindingen over de betrouwbaarheid en continuïteit van de automatische gegevensverwerking.

In de praktijk wordt het accountantsverslag in schriftelijke vorm aangeboden. De RvC dient in overleg te treden met de accountant indien zijn bevindingen daartoe aanleiding geven. Daarnaast zijn ook de door de accountant opgestelde "letter of representation" (voorbehouden bij het onderzoek) en de door het bestuur opgestelde management letter en eventuele "in control" statement relevante informatiebronnen voor de RvC.

Beursgenoteerde vennootschappen zijn verplicht om de International Financial Reporting Standards (**IFRS**) toe te passen. De wet geeft ook niet-genoteerde ondernemingen de mogelijkheid om de IFRS als uitgangspunt te nemen. Dit gebeurt steeds vaker.

Alle commissarissen dienen de jaarrekening te ondertekenen. Door ondertekening wordt blijk gegeven van instemming met de inhoud van de jaarrekening. Indien een commissaris zich niet in de inhoud van de jaarrekening kan vinden, kan hij weigeren een handtekening te zetten en de reden daarvoor te (laten) vermelden op de jaarrekening.

Indien een commissaris zich niet met die inhoud kan verenigen en aan zijn bezwaren niet tegemoet wordt gekomen, kan de commissaris overwegen om af te treden.

Indien de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) twijfelt over de juiste toepassing van de verslaggevingsvoorschriften kan zij een beursgenoteerde vennootschap verzoeken om een nadere toelichting. Wanneer de vennootschap de nadere toelichting aan de AFM heeft verstrekt, maar de twijfel niet is weggenomen, kan dit de AFM ertoe doen leiden:

- de vennootschap daarvan op de hoogte te stellen; en/of
- een aanbeveling aan de vennootschap te doen om een bericht algemeen verkrijgbaar te stellen waarin de vennootschap uitleg geeft op welke onderdelen de financiële verslaggeving niet voldoet aan de voorschriften en hoe deze voorschriften in de toekomst zullen worden toegepast; en/of
- de Ondernemingskamer verzoeken de vennootschap te bevelen de jaarrekening in te richten conform de vereiste verslaggevingsvoorschriften.

3 Besluitvorming binnen de RvC

De RvC dient frequent te vergaderen, in ieder geval zo vaak als de omstandigheden eisen. Het belang van duidelijke en volledige notulen van deze vergaderingen is groot: een besluitenlijstje alleen is niet voldoende. Wanneer de RvC of één of meerdere van haar leden het oneens is/zijn met het (voorgenomen) handelen van het bestuur of van de overige commissarissen, dient dit - alsook de specifieke redenen voor onthouding - expliciet uit de notulen te blijken. Dit is met name relevant in verband met de mogelijkheid van disculpatie in geval van aansprakelijkheidsstelling van de RvC.

4 Tegenstrijdig belang

Zoals in hoofdstuk 4 van Deel 1 uiteengezet, dient een bestuurder zich op grond van de wet te onthouden van deelname aan de besluitvorming indien er sprake is van een direct of indirect persoonlijk belang dat strijdig is met het belang van de vennootschap. Hetzelfde geldt voor de commissaris. Een commissaris met een direct of indirect persoonlijk belang dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming of organisatie, mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming binnen de RvC ten aanzien van het desbetreffende onderwerp.

Wanneer alle commissarissen ten aanzien van een besluit geconflicteerd zijn en daardoor geen besluit kan worden genomen dan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Zoals al benoemd in hoofdstuk 4 van Deel 1 zal de tegenstrijdig belangregeling die sinds 2013 al voor de BV en NV gold, vanaf inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) ook voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij gelden. Voor de stichting zal per dat moment een in grote mate vergelijkbare regeling gaan gelden.

5 Taakverdeling

De commissarissen dienen het toezicht op het bestuur gezamenlijk uit te oefenen. De RvC draagt een zogeheten collectieve verantwoordelijkheid en de commissarissen zijn daarom - in beginsel - hoofdelijk aansprakelijk voor tekortkomingen in het toezicht (zie hoofdstuk 15).

De commissarissen kunnen wel een onderlinge taakverdeling maken. Over de hoofdlijnen van het algemene en financiële beleid van het bestuur en andere ingrijpende besluiten dienen de commissarissen echter altijd gezamenlijk te oordelen. Een taakverdeling kan het beste schriftelijk worden vastgelegd, bijvoorbeeld in een commissarissenreglement.

6 Toezicht en dossier

Zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet, houdt de RvC toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap. Dat houdt uiteraard niet in dat de RvC dagelijks de gangen van de bestuurders nagaat. Afhankelijk van de soort onderneming en de (financiële) situatie zal in meer of mindere mate toezicht (moeten) worden gehouden en moet de RvC erop toezien dat de informatie die van de bestuurder afkomstig is, volledig en juist is. Een aantal handvatten kan hierbij van pas komen:

- het verdient aanbeveling afspraken met het bestuur schriftelijk vast te leggen;
- voorkomen moet worden dat schriftelijke vastlegging van afspraken met het bestuur pas gebeurt nadat discussies zijn gevoerd over de uitvoering en/of naleving van de taken. De ervaring leert dat er dan een sfeer van “dossiervorming” kan ontstaan, waardoor bestuur en RvC tegenover elkaar kunnen komen te staan; en
- met de benodigde frequentie moet de uitvoering en/of naleving van vastgelegde afspraken worden nagegaan.

7 Benoeming van commissarissen

Een commissaris van een NV of BV wordt benoemd door de algemene vergadering. In de statuten van de vennootschap kan voorzien worden in een bindende voordracht door bijvoorbeeld de RvC zelf of door houders van aandelen van een bepaalde soort. Tevens is het mogelijk bij de statuten van een BV een (rechtstreeks) benoemingsrecht voor commissarissen toe te kennen aan houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding of, voor ten hoogste een derde van het gehele aantal, aan derden. De wet schrijft voor dat bij een aanbeveling of voordracht van een commissaris bepaalde persoonlijke gegevens dienen te worden verschaft en dat de aanbeveling of voordracht dient te worden gemotiveerd. Een bindende voordracht behoeft, tenzij de statuten anders bepalen, ten minste één kandidaat.

Bij een structuurvennootschap geldt dat de ondernemingsraad ten aanzien van 1/3e van de zetels van de RvC een versterkt aanbevelingsrecht heeft. De RvC is verplicht de aanbeveling aan de algemene vergadering voor te leggen, tenzij de RvC meent dat de aanbevolen persoon ongeschikt is voor de vervulling van zijn taak of de RvC na de benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld.

Voor het resterende 2/3e deel geldt dat de RvC een (niet-bindende) voordracht opstelt (op basis van aanbevelingen van de algemene vergadering en de ondernemingsraad). De algemene vergadering beslist over de voordracht en kan de voordracht van zowel de ondernemingsraad als de RvC afwijzen bij volstrekte meerderheid van de stemmen (de helft plus één), die ten minste 1/3e van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.

Wordt het aantal van 1/3e van het geplaatste kapitaal niet gehaald, dan moet een tweede vergadering worden gehouden, waarbij deze minimum aanwezigheidseis niet geldt. Bij afwijzing van de voordracht door de algemene vergadering moet volgens de hiervoor beschreven procedure opnieuw een voordracht worden opgesteld door de algemene vergadering. De statuten kunnen een afwijkende regel bevatten, mits dat geschiedt met instemming van de ondernemingsraad en voorafgaande goedkeuring van de RvC.

Rekening moet worden gehouden met de regeling dat een commissaris niet meer dan vijf commissariaten (of vergelijkbare posities, zoals niet-uitvoerend bestuurder in een zogenaemde “one tier board”) bij grote entiteiten tegelijk mag vervullen. Deze beperkingsregeling wordt in de praktijk wel aangeduid met ‘puntenregeling’ en de punten die aan een bepaalde functie zijn gekoppeld met ‘Irrgang-punten’. De regeling houdt in dat een commissaris maximaal vijf Irrgang-punten mag hebben. Personen die dus niet tot commissaris kunnen worden benoemd, zijn personen die commissaris, niet-uitvoerende bestuurder of toezichthouder zijn bij vijf of meer andere grote entiteiten. Een voorzitterschap van de RvC telt dubbel. Ook mag een commissaris die meer dan twee “grote” commissariaten (of vergelijkbare posities) of een voorzitterschap van een raad van commissarissen of one tier board houdt, niet tot bestuurder van een grote entiteit worden benoemd. Posities in groepsmaatschappijen tellen niet mee. Overschrijding van het maximaal toegestane aantal functies bij grote entiteiten kan leiden tot ongeldigheid van benoemingsbesluiten. Voor functies die aanvaard zijn vóór de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 geldt een vrijstelling.

Voor besturen en RvC's van grote entiteiten gold tot 1 januari 2020 een streefcijfer voor een evenwichtige man/vrouw verdeling. Er was geen sanctie verbonden aan het niet voldoen aan dit streefcijfer. Wanneer het streefcijfer niet werd gehaald, moest de vennootschap dit wel toelichten in het bestuursverslag. Zoals in hoofdstuk 14 van Deel 1 is toegelicht heeft het onderwerp diversiteit niet minder aandacht met het vervallen van deze voorschriften. Dit blijkt onder

meer uit het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid (Stb. 2016, nr. 559). Ook verscheen in september 2019 het SER-advies “Diversiteit in de top” en werd in de Tweede Kamer een drietal moties aangenomen om de aanbevelingen uit het SER-advies over te nemen. Naar verwachting zal dit, op basis van een consultatie van april/mei 2020 (www.internetconsultatie.nl), leiden tot wetgeving, waardoor bepaalde rechtspersonen wettelijk verplicht zullen worden om in de RvC een bepaald aantal vrouwelijke leden te benoemen (“wettelijk quotum”).

Een grote entiteit in de zin van de hierboven omschreven beperkingsregeling is een NV of BV die niet voldoet aan twee van de drie vereisten die in aanmerking worden genomen voor de toepassing van de jaarrekeningvrijstelling voor kleine rechtspersonen.

8 Rechtsbetrekking tussen commissaris en vennootschap

Een commissaris staat in een contractuele verhouding tot de vennootschap, doorgaans op basis van een overeenkomst van opdracht. Daarnaast kunnen taken en bevoegdheden van een commissaris in de statuten verder worden uitgewerkt. Omdat een commissaris niet in dienst is van de vennootschap, zijn de wettelijke beschermende bepalingen voor een werknemer, op een commissaris niet van toepassing.

Met ingang van 1 januari 2017 is de fictieve dienstbetrekking (voor de loonbelasting) van commissarissen afgeschaft. Mitsdien geldt voor de vennootschap geen verplichting tot inhouding. De wet biedt overigens wel de mogelijkheid dat vennootschap en commissaris vrijwillig kiezen voor inhouding van loonbelasting. Dit is de zogenoemde ‘opting-in’ regeling. Hiervan wordt met name gebruik gemaakt door buitenlandse commissarissen. De belangrijkste redenen hiervoor zijn de toepassing van de 30%-regeling (zie hoofdstuk 28) alsmede administratief gemak voor de commissaris, die met de afdracht van loonbelasting in de regel zal kunnen voorkomen dat in Nederland aangifte inkomstenbelasting moet worden gedaan.

9 Bezoldiging van commissarissen

De algemene vergadering kan een commissaris een vergoeding toekennen. Deze bevoegdheid kan niet aan een ander orgaan worden toebedeeld. In Nederland worden commissarissen doorgaans niet variabel beloond; de vergoeding bestaat meestal uit een vast bedrag. Een eventueel aanvullend tantième zal vaak aan een maximum gebonden zijn.

Volgens de Corporate Governance Code mag een eventuele bezoldiging van de commissaris niet afhankelijk zijn van de resultaten van de vennootschap en worden bij wijze van bezoldiging geen aandelen toegekend.

Voor de beursgenoteerde NV en beursgenoteerde BV geldt dat zij ook een beleid moeten hebben voor de bezoldiging van commissarissen. Het bezoldigingsbeleid moet ten minste iedere vier jaar opnieuw door de RvC aan de algemene vergadering worden voorgelegd ter vaststelling. Hiervoor is een meerderheid van $\frac{3}{4}$ van de uitgebrachte stemmen vereist, tenzij de statuten een lagere meerderheid voorschrijven. De ondernemingsraad¹¹ heeft een adviesrecht bij het vaststellen van het beleid. Het bezoldigingsbeleid moet duidelijk en begrijpelijk zijn en een aantal elementen bevatten,¹² zoals een toelichting op de wijze waarop het bezoldigingsbeleid bijdraagt aan de strategie, de lange termijn belangen en de duurzaamheid van de vennootschap. Voorts moet ieder jaar een bezoldigingsverslag¹³ worden opgesteld met en overzicht van alle bezoldigingen die in het voorafgaande boekjaar aan individuele commissarissen zijn toegekend of verschuldigd zijn. Het bezoldigingsverslag moet jaarlijks ter adviserende stemming aan de algemene vergadering worden voorgelegd.

In de in hoofdstuk 16 deel 1 besproken Wet Normering bezoldiging Topfunctionarissen wordt, net als bij bestuurders, de bezoldigingsmaxima vastgesteld voor commissarissen in de publieke en semipublieke sector.

11 Als het advies van de ondernemingsraad niet of niet geheel wordt gevolgd, moet een schriftelijke onderbouwing voor het afwijken van het advies aan de algemene vergadering worden aangeboden. De ondernemingsraad heeft geen beroepsrecht.

12 Artikel 2:135a van het Burgerlijk Wetboek bevat een lijst met onderwerpen die in ieder geval terug moeten komen in het bezoldigingsbeleid.

13 Artikel 2:135b van het Burgerlijk Wetboek bevat een lijst met elementen die in ieder geval terug moeten komen in het bezoldigingsverslag, zoals het relatieve aandeel van vaste en variabele bezoldigingen, het aantal toegekende en aangeboden aandelen en aandelenopties en de belangrijkste voorwaarden voor uitoefening van de rechten.

10 Ontstentenis en belet

Op basis van de huidige stand van Boek 2 BW moeten de statuten van een BV voorschriften bevatten voor de wijze waarop voorlopig in de RvC van de vennootschap wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle commissarissen. Voor de NV geldt op dit moment nog geen verplichting om statutair in een regeling te voorzien.

Met inwerkingtreding van de WBTR geldt voor zowel de BV als de NV een verplichting om een regeling op te nemen in de statuten voor het geval van belet of ontstentenis van alle commissarissen; het opnemen van een regeling voor het geval van belet of ontstentenis van één of meer commissarissen wordt facultatief.

Met belet wordt bedoeld, de situatie dat een commissaris gedurende korte of langere tijd zijn toezichthoudende taken niet kan uitoefenen (bijvoorbeeld vanwege ziekte). Bij het opstellen van dergelijke voorschriften geldt een grote vrijheid om regelingen te treffen die aansluiten bij (de aard van) de onderneming.

Onder huidig recht kunnen de statuten van een BV het begrip 'belet' nader definiëren. Algemeen wordt aangenomen dat dit in de statuten van een NV ook kan, ook al ontbreekt op dit moment daarvoor nog een wettelijke grondslag. Die wettelijke grondslag komt er voor de NV (alsmede voor de vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) met de inwerkingtreding van de WBTR.

Denk bij een statutaire regeling aan uitbreiding van het begrip 'belet' in de statuten bijvoorbeeld door te bepalen dat een functionaris belet is indien hij dit schriftelijk heeft verklaard. Ook zijn statutaire constructies mogelijk waarbij een functionaris kwalificeert als belet indien hij geacht wordt een tegenstrijdig belang te hebben.

De WBTR verduidelijkt dat de persoon die bij belet of ontstentenis tijdelijk als commissaris handelt voor wat deze handelingen betreft met een commissaris wordt gelijkgesteld.

11 Schorsing van commissarissen

Het orgaan dat de commissaris heeft benoemd, is bevoegd om een commissaris te schorsen. Bij een structuurvennootschap is ook de RvC bevoegd tot schorsing van een individuele commissaris. Als de algemene vergadering niet het orgaan is dat de commissaris heeft benoemd, maar bijvoorbeeld bij een BV de vergadering van houders van een bepaalde soort aandelen, dan kan alleen dit orgaan de commissaris schorsen. Bij een BV kunnen de statuten voorts bepalen dat een commissaris eveneens kan worden geschorst door de algemene vergadering.

Voordat een commissaris wordt geschorst, moet hij worden gehoord. Bij de schorsing van een commissaris dienen dezelfde punten in acht te worden genomen als bij de schorsing van een bestuurder (zie hoofdstuk 18 van deel I).

12 Ontslag van commissarissen

De wet kent als uitgangspunt dat een benoeming tot commissaris voor onbepaalde duur is. Een commissariaat van een commissaris van een NV of BV kan op vijf verschillende manieren worden beëindigd: (i) door het verstrijken van de termijn waarvoor de commissaris is benoemd (veelal is er een rooster van aftreden, zo veronderstelt de Corporate Governance Code dat een commissaris maximaal drie maal vier jaren zitting kan hebben in de RvC, na twee benoemingstermijnen van vier jaar dient de herbenoeming wel gemotiveerd te worden); (ii) door ontslag door de algemene vergadering (eventueel op basis van een bindende voordracht); (iii) door ontslag van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding indien de statuten van een BV een (rechtstreeks) ontslagrecht hebben toegekend; (iv) door de Ondernemingskamer als in een enquêteprocedure van wanbeleid is gebleken en (v) door (vrijwillig) terugtreden.

De taak van een commissaris van een structuurvennootschap kan op vier verschillende manieren worden beëindigd. Een commissaris van een structuurvennootschap dient binnen vier jaar na zijn benoeming af te treden (de commissaris kan zich wel weer herkiesbaar stellen, maar de hiervoor beschreven benoemingsprocedure zal eerst opnieuw moeten worden gevoerd). Ten tweede kan de RvC, de algemene vergadering of de ondernemingsraad de Ondernemingskamer verzoeken een commissaris te ontslaan op grond van de stelling dat (a) deze zijn taken verwaarloost, (b) er sprake is van gewichtige

redenen (bijvoorbeeld betrokkenheid bij een schandaal), (c) er sprake is van een ingrijpende wijziging van omstandigheden of (d) in een enquêteprocedure van wanbeleid is gebleken.

Als derde mogelijkheid kan de algemene vergadering van een structuurvennootschap collectief alle commissarissen ontslaan in geval van een vertrouwensbreuk (de algemene vergadering kan niet - zoals een commissaris van een niet- structuurvennootschap - een individuele commissaris ontslaan). Ten laatste kan de commissaris (vrijwillig) ontslag nemen.

13 Ontslagvergoeding

Met het ontslag van de commissaris dient de opdrachtverhouding met de commissaris te worden beëindigd. Indien er een opzegtermijn is afgesproken, dan dient de opzegtermijn in acht te worden genomen. De commissaris heeft in beginsel geen aanspraak op een ontslagvergoeding. De rechter kan de verhouding niet herstellen, maar kan, onder zeer bijzondere omstandigheden, de vennootschap wèl verplichten om de commissaris een schadevergoeding te betalen. Bijvoorbeeld omdat de aangevoerde reden voor het ontslag niet juist is en/of deze reden onvoldoende met feiten is onderbouwd.

14 De commissaris en de ondernemingsraad

In beginsel loopt het contact met de ondernemingsraad via het bestuur (zie hoofdstuk 21 van deel I). Wel dienen de leden van de RvC in verschillende gevallen betrokken te zijn bij de ondernemingsraad:

- wanneer belangrijke bestuursbesluiten worden genomen;
- bij de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders¹⁴ en commissarissen;
- bij de vaststelling van het bezoldigingsbeleid van het bestuur;
- tijdens de bespreking (ten minste twee keer per jaar) van de algemene gang van zaken van de onderneming waar in beginsel minimaal één commissaris bij aanwezig dient te zijn;

¹⁴ Anders dan bij een bestuurder (zie hoofdstuk 21) van deel 1 wordt de ondernemingsraad geen adviesrecht op basis van de Wet op de ondernemingsraden toegekend bij de benoeming of ontslag van een commissaris.

- tijdens de verplichte overlegvergadering in het kader van een adviesaanvraag dient in beginsel eveneens één van de commissarissen aanwezig te zijn; en
- (in geval van een door de ondernemingsraad voorgedragen commissaris bij een structuurvennootschap) tijdens het overleg met de ondernemingsraad in verband met de - vrijblijvende - input richting de RvC.

De ondernemingsraad van een beursgenoteerde NV of beursgenoteerde BV heeft een adviesrecht bij het vaststellen van het bezoldigingsbeleid van bestuurders en commissarissen. In het geval het advies van de ondernemingsraad niet (geheel) wordt gevolgd, moet dat schriftelijk aan de algemene vergadering worden uitgelegd. Daarnaast moet de voorzitter van de ondernemingsraad (of een ander lid van de ondernemingsraad) in de gelegenheid worden gesteld het advies toe te lichten. Er bestaat voor de ondernemingsraad geen beroepsrecht.

Ten slotte dient de door de ondernemingsraad aanbevolen commissaris onderdeel uit te maken van de remuneratiecommissie (als deze is ingesteld).

15 Aansprakelijkheid tegenover de vennootschap

Zoals in hoofdstuk 2 uiteengezet, draagt de RvC een zogeheten collectieve verantwoordelijkheid en de commissarissen zijn daarom - in beginsel - hoofdelijk aansprakelijk voor tekortkomingen in het toezicht. De commissarissen kunnen wel een onderlinge taakverdeling maken.

Een commissaris dient zijn taak “behoorlijk” uit te oefenen. Hij zal slechts aansprakelijk zijn indien hem met betrekking tot die taakvervulling een “ernstig verwijt” treft.

Een commissaris kan aansprakelijkheid afweren (zich individueel disculperen) indien hij kan aantonen dat de tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is (in dit kader is een taakverdeling relevant) en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkomingen in de toezichtstaak af te wenden. Het is ook om deze reden van groot belang dat de werkzaamheden, beslissingen en overwegingen van de RvC goed worden gedocumenteerd. Indien een commissaris zich niet kan vinden in het handelen van de RvC, kan hij in het uiterste geval aftreden.

16 Aansprakelijkheid tegenover derden

Een commissaris kan ook tegenover derden zoals handelscrediteuren, financiers etc. aansprakelijk zijn voor tekortkomingen in het toezicht.

Ter illustratie een tweetal voorbeelden:

- wanneer de openbaar gemaakte jaarrekening een misleidende voorstelling geeft van de vennootschap en derden lijden daardoor schade, dan zijn bestuurders en commissarissen voor deze schade hoofdelijk aansprakelijk;
- in geval van faillissement van de vennootschap kan de curator - namens de gezamenlijke crediteuren - de commissarissen onder omstandigheden aansprakelijk houden voor het tekort in de boedel. Er moet dan wel sprake zijn van zogenaamde “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling” in de drie aan het faillissement voorafgaande jaren. Deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement.

Van een dergelijk vergaande aansprakelijkheid kan alleen sprake zijn als “geen redelijk denkend commissaris onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld”. Niet ieder gebrekkig toezicht levert dus - gelukkig - een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op.

Als een individuele commissaris kan aantonen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen hiervan af te wenden, is hij niet aansprakelijk. Een taakverdeling binnen de RvC kan in dit kader van belang zijn.

Let op: indien de administratieplicht of de verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekening niet is nageleefd zijn de risico's op aansprakelijkheid aanmerkelijk groter. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling staat dan vast. De commissaris moet dan aantonen dat dit onbehoorlijke toezicht geen belangrijke oorzaak was van het faillissement en dat een andere omstandigheid dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement.

17 Strafrechtelijke aansprakelijkheid commissaris

Het Nederlandse strafrecht kent verschillende vormen van aansprakelijkheid. Een commissaris kan ten eerste, net als ieder ander, zelfstandig een delict plegen of medeplegen en hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Zo kan in de ondernemingsstrafrechtpraktijk voorkomen dat een commissaris wordt vervolgd ter zake van oplichting of valsheid in geschrift. Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht bevat ook strafbepalingen die zich specifiek richten tot commissarissen, zoals ter zake van benadeling van schuldeisers in een faillissement.

Daarnaast kunnen commissarissen strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor strafbare feiten die door de rechtspersoon zijn begaan, als zij daaraan feitelijk leiding of daartoe opdracht hebben gegeven. In de praktijk wordt zelden vervolgd voor opdrachtgeven, maar strafbare aansprakelijkheid als feitelijk leidinggever komt wel vaak voor, zeker ook ten aanzien van financiële, economische en fiscale delicten. Wij bespreken daarom hierna deze deelnemingsvorm. Let wel dat commissarissen minder snel aansprakelijk zullen zijn als feitelijk leidinggever dan bestuurders, gezien hun minder directe betrokkenheid bij de gang van zaken in de rechtspersoon. Wij lichten dit hierna toe.

Feitelijk leidinggeven: Als is vastgesteld dat een bepaald strafbaar feit aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, kan daarna aan de orde komen of iemand daarvoor als feitelijk leidinggever strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. De taalkundige betekenis van het begrip impliceert al dat het gaat erom wie 'feitelijk' de macht had over wat er gebeurde, niet wie formeel bevoegd was. Als feitelijk leidinggevers kunnen worden aangemerkt statutair bestuurders of afdelingshoofden - en onder omstandigheden ook commissarissen. De formele positie is niet bepalend. Ook een lagere manager kan feitelijk leidinggever zijn.

Iemand kan onmiskenbaar als feitelijk leidinggever worden aangemerkt indien hij de verboden gedraging van de rechtspersoon actief en effectief bevordert heeft. Feitelijk leidinggeven kan verder ook aan de orde zijn wanneer de betrokkene een algemeen beleid gevoerd heeft waarvan de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is geweest. Of de betrokkene heeft een zodanige bijdrage geleverd aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en daarbij een zodanig initiatief genomen, dat hij geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven.

Ook een meer passieve rol kan feitelijk leidinggeven opleveren. Als ondergrens geldt dat aansprakelijk is als leidinggever degene die, terwijl hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedraging te voorkomen of te beëindigen, maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. Door dit nalaten in te grijpen terwijl hij wel kon en moest ingrijpen, wordt de leidinggever geacht de verboden gedraging opzettelijk te hebben bevorderd. 'Voorwaardelijk opzet' volstaat hier: de leidinggever moet tenminste de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden (of soortgelijke) gedraging van de rechtspersoon zich voordeed. Daarvan moet hij dan dus wel op de hoogte zijn geweest.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid als feitelijk leidinggever is aldus sterk afhankelijk van de verantwoordelijkheden en zeggenschap van de persoon in kwestie en de feitelijke kennis en betrokkenheid ten aanzien van het door de rechtspersoon gepleegde strafbare feit.

De commissaris als feitelijk leidinggever: Commissarissen zullen doorgaans minder snel dan een bestuurder worden aangemerkt als feitelijk leidinggever, omdat de mogelijkheden en de invloed van een commissaris veelal beperkt zijn tot het houden van toezicht en zij bovendien in de regel niet betrokken zijn bij de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming. Er zijn evenwel omstandigheden denkbaar waarin een commissaris als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt, bijvoorbeeld indien sprake is van een atypische taakverdeling of bijzondere betrokkenheid van de commissaris bij de (dagelijkse gang van zaken van de) onderneming. Of een commissaris geacht kan worden bevoegd en redelijkerwijs gehouden te zijn maatregelen ter voorkoming of beëindiging van de strafbare gedraging te nemen is een feitelijke toets, waarbij bijvoorbeeld statuten, bijzondere overeenkomsten maar ook feitelijk gezag relevant kunnen zijn.

18 Aansprakelijkheid tegenover toezichthouders

Onder omstandigheden kan een commissaris door toezichthouders zoals de ACM, AFM, DNB, AP en de Belastingdienst aansprakelijk worden gehouden voor een door de vennootschap begane overtreding. De toezichthouders kunnen een commissaris een bestuurlijke boete opleggen als hij kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever aan de door de rechtspersoon begane overtreding (de rechtspersoon is normadressaat van de toezichtswetgeving).

Voorbeelden

De voormalig directeur-groootaandeelhouder is na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd voorzitter van de RvC geworden. Het feitelijke gezag van deze voorzitter is groot (hij heeft de “touwtjes in handen”) en is uitstekend op de hoogte van wat er binnen de vennootschap speelt. De voorzitter is door de accountant geïnformeerd dat de procedures die worden gevolgd bij btw-teruggaven niet adequaat worden nageleefd waardoor standaard onjuiste aangiften omzetbelasting worden gedaan. Stilzitten en nalaten in te grijpen kan leiden tot een boete.

Indien een commissaris op grond van een bijzondere overeenkomst met de vennootschap specifiek de taak is toebedeeld toezicht te houden op naleving van ACM-voorschriften en hij op de hoogte is van handelingen in strijd met deze voorschriften, dan moet de commissaris maatregelen treffen om deze overtredingen te stoppen en in de toekomst te voorkomen.

19 Decharge, verzekering en vrijwaring

19.1 Decharge als bescherming tegen aansprakelijkheid

Decharge betekent dat een commissaris door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt ontslagen van (mogelijke) aansprakelijkheid jegens de vennootschap. Decharge is iets anders dan vrijwaring (zie hoofdstuk 19.3). Gebruikelijk is dat decharge plaatsvindt tijdens de jaarlijkse algemene vergadering. De algemene vergadering kan besluiten een commissaris decharge te verlenen, maar is hiertoe niet verplicht. Decharge moet als apart agendapunt voor de (jaar)vergadering worden opgenomen.

Na verlening van decharge kan de vennootschap de commissaris in beginsel, ook bij (ernstig) verwijtbaar gedrag, niet meer aansprakelijk houden. Echter, ondanks een verleende decharge bestaan er nog steeds aansprakelijkheidsrisico's voor de commissaris:

- decharge ontheft de commissaris slechts van aansprakelijkheid voor zijn handelen tegenover de vennootschap voor zover dit blijkt uit de jaarstukken en/of onderwerpen die in de jaarvergadering zijn besproken;
- derden, zoals handelscrediteuren of financiers, kunnen volledig voorbij gaan aan de decharge;

- ook de curator die een commissaris aanspreekt wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan de decharge niet worden tegengeworpen;
- een besluit tot decharge kan onder omstandigheden worden vernietigd.

Let op: treedt een commissaris voor de (jaar)vergadering terug, dan doet de commissaris er verstandig aan om voor zijn vertrek schriftelijk te bedingen dat er een specifieke decharge plaatsvindt per het uittreedtjdstip dan wel dat er op de (jaar)vergadering ook over zijn decharge als voormalig functionaris wordt besloten.

19.2 Verzekering als bescherming tegen aansprakelijkheid

De meest effectieve bescherming tegen aansprakelijkheid is de directors & officers (D&O) aansprakelijkheidsverzekering. De vennootschap is verzekeringsnemer en betaalt de premie, terwijl bestuurders en commissarissen verzekerd zijn. Een D&O-verzekering dekt doorgaans al het handelen van bestuurders en commissarissen behalve opzettelijke misdrijvingen en fraude.

De verzekering is vaak gebaseerd op het “claims made” principe. Er is dan slechts dekking voor claims die binnen de looptijd van de verzekering zijn ingesteld en/of (afhankelijk van de polisvoorwaarden) zijn aangemeld bij de verzekeraar. De gevolgen van een verzekering met een claims made principe kunnen worden verzacht door een uitloopdekking af te sluiten. Let erop dat:

- de verzekering zowel de aansprakelijkheid tegenover de vennootschap als tegenover derden en toezichthouders dekt;
- de kosten voor rechtsbijstand zijn meeverzekerd;
- er geen nadelige uitsluitingen zijn opgenomen;
- de claim altijd tijdig wordt aangemeld;
- de commissaris de polisvoorwaarden ontvangt en dat deze corresponderen met de afspraken van de commissaris met de vennootschap;
- de vennootschap zorgdraagt voor betaling van de premie; en
- in geval van faillissement van de rechtspersoon door de curator, maar ook door de verzekerde commissaris “uitloopdekking” kan worden gekocht. Dit moet vaak binnen een korte termijn gebeuren.

19.3 Vrijwaring als bescherming tegen aansprakelijkheid

Naast een D&O-verzekering kan een statutaire of contractuele vrijwaring van de vennootschap de commissaris bescherming bieden. De vrijwaring houdt veelal in dat de vennootschap de commissaris schadeloos stelt indien deze door derden wordt aangesproken op zijn werkzaamheden als commissaris. De commissaris is dan beschermd tegen schade die een derde op hem probeert te verhalen en tegen de kosten voor rechtsbijstand. De bescherming van een vrijwaring is beperkt. Bij aansprakelijkheid voor grove schuld zal de commissaris bijvoorbeeld geen beroep op de vrijwaring toekomen.

Daarnaast geldt dat aansprakelijkstelling van commissarissen zich vaak voordoet in faillissementssituaties. De vennootschap is in dat geval echter niet meer bij machte de schade van de commissaris te vergoeden. Een vrijwaring biedt dan weinig soelaas.

Toch kan een vrijwaring een nuttige functie vervullen in de bescherming tegen gevolgen van aansprakelijkheid (in aanvulling op een D&O verzekering), bijvoorbeeld om de kosten van de advocaat te kunnen voldoen. Een D&O-verzekering dekt alleen claims in een bepaalde periode en tot een bepaald bedrag, een vrijwaring kent deze beperkingen doorgaans niet. Voorts bestaat er altijd een risico dat een verzekeraar weigert dekking te verlenen onder uw D&O-verzekering. Dan is het goed een alternatief achter de hand te hebben.

20 Commissaris van een beursgenoteerde vennootschap

In de Corporate Governance Code is bepaald dat een commissaris wordt benoemd voor een periode van vier jaar en daarna eenmalig voor een periode van vier jaar kan worden herbenoemd. De commissaris kan nadien wederom worden herbenoemd voor een benoemingstermijn van twee jaar die daarna met maximaal twee jaar kan worden verlengd. Herbenoeming na een periode van acht jaar wordt gemotiveerd in het verslag van de raad van commissarissen.

De Corporate Governance Code stelt dat alle commissarissen met uitzondering van maximaal één persoon onafhankelijk dienen te zijn in de zin van best practice bepaling 2.1.8 onderdelen i. tot en met v. uit de Corporate Governance Code. Meerdere commissarissen, doch minder dan de helft van het totaal aantal commissarissen, mogen "afhankelijk" zijn in de zin dat zij een aandelenpakket in de vennootschap van ten minste tien procent bezitten of bestuurder of

commissaris zijn van een rechtspersoon met een dergelijk aandelenbezit. De voorzitter van de raad van commissarissen mag geen voormalig bestuurder van de vennootschap zijn en dient onafhankelijk te zijn.

Ten aanzien van beloning van commissarissen bepaalt de Corporate Governance Code dat deze een adequate uitoefening van de functie stimuleert en niet afhankelijk is van de resultaten van de vennootschap. Aan een commissaris worden bij wijze van beloning geen aandelen en/of rechten op aandelen toegekend. De beloning van de commissarissen reflecteert de tijdsbesteding en de verantwoordelijkheden van de functie.

Ook op basis van sectorale governance codes, geïnspireerd door de Corporate Governance Code, gelden veelal ook restricties ten aanzien van benoemingstermijnen en worden onafhankelijkheidseisen gesteld.

21 De fiscale positie van de commissaris

Met ingang van 1 januari 2017 is de fictieve dienstbetrekking voor de commissaris uit de Wet op de loonbelasting verdwenen. Dit betekent dat de commissaris voor de inhouding van loonbelasting niet langer als werknemer wordt gezien en dat de vennootschap de beloning van een commissaris mag uitbetalen zonder loonbelasting in te houden.

Vooruitlopend op de afschaffing van de fictieve dienstbetrekking was bij Besluit van de Minister van Financiën al goedgekeurd dat de vennootschap - desgewenst indien de commissaris daarvoor koos - de inhouding van loonbelasting per 1 mei 2016 achterwege mocht laten en vanaf die datum geen inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet meer was verschuldigd.

De commissaris zal de commissarisbeloning in beginsel als resultaat uit overige werkzaamheden in de aangifte inkomstenbelasting moeten verantwoorden. Met het vervallen van de inhoudingsplicht verschuift de bijdrageplicht voor de Zorgverzekeringswet van de vennootschap naar de commissaris, hetgeen betekent dat de commissaris zelf de bijdrage is verschuldigd.

Afhankelijk van de situatie van de commissaris, kan de beloning ook als winst uit onderneming kwalificeren. Bovendien komt het ook voor dat de commissaris de werkzaamheden vanuit zijn of haar persoonlijke vennootschap verricht.

Met het vervallen van de fictieve dienstbetrekking van de commissaris kan in beginsel niet langer gebruik worden gemaakt van de faciliteiten van de loonbelasting, zoals de 30%-regeling. Onder voorwaarden kan desgewenst echter worden gekozen voor “opting-in”, als gevolg waarvan de vennootschap inhoudingsplichtig is voor de commissarisbeloning en de 30%-regeling wel kan worden toegepast.

In geval van een in het buitenland wonende commissaris, zal moeten worden nagegaan in hoeverre Nederland, op basis van het geldende belastingverdrag, belasting mag heffen. Onder nagenoeg alle verdragen heeft Nederland als vestigingsstaat van de vennootschap een volledige heffingsbevoegdheid ten aanzien van de commissarisvergoeding. De verdragen met de VS en het VK kennen evenwel een sterk afwijkende regeling.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland zaken doet. Met onze vestigingen in de Benelux en Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokyo, Zurich