

Vergaderjaar 2003–2004

28 179

Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling

B

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 3 maart 2004

Algemeen

Met belangstelling namen wij kennis van de beschouwingen en vragen van de leden van de fracties die in het voorlopige verslag aan het woord zijn. Het verheugt ons dat het onderwerp na de uitgebreide behandeling in de Tweede Kamer ook in de Eerste Kamer op veel interesse kan rekenen. De leden van de fractie van het CDA wijdden een aantal beschouwingen aan de machtsverhoudingen in grote kapitaalvennootschappen en de noodzaak tot verbetering van het toezicht op het bestuur van dergelijke vennootschappen. Deze beschouwingen onderschrijven wij van harte. De aan het woord zijnde leden stelden vervolgens vragen bij de aanpassingen die in de twee nota's van wijziging door ons zijn voorgesteld. Deze leden brachten in herinnering dat het wetsvoorstel indertijd werd gebaseerd op het advies 01/02 van 19 januari 2001 van de Sociaal-Economische Raad, hierna: het SER-advies. Zij verzochten om een overzicht van de afwijkingen ten opzichte van het SER-advies.

In overeenstemming met het verzoek van de aan het woord zijnde leden zullen wij de al eerder besproken wijzigingen slechts kort de revue laten passeren. Het gaat dan om rechten voor aandeelhouders en kapitaalverschaffers van alle naamloze vennootschappen (de artikelen 2:107a, 2:114 en 2:118a BW), vaststelling van de jaarrekening (de artikelen 2:101/210 BW), uitbreiding van het toepassingsbereik van de verzwakte regeling (de artikelen 2:155a/265a BW), de verplichte profielschets (de artikelen 2:158/268 BW) en de regeling bij ontslag van alle commissarissen (de artikelen 2:161a/271a BW). Deze afwijkingen van het SER advies waren voorgesteld in het wetsvoorstel zoals dat is ingediend bij de Tweede Kamer. Ofschoon twee nota's van wijziging wellicht anders doen vermoeden, behelzen zij nauwelijks verdere afwijkingen van het advies van de SER. De aanpassingen in de eerste nota van wijziging zijn technisch van aard. Dat geldt ook voor een groot deel van de tweede nota van wijziging, waaronder de voorgestelde aanpassingen van de artikelen 2:154/264 BW en 2:155a/265a BW. De aanpassing van artikel 2:114a BW kan eveneens als technisch worden beschouwd. Het gaat hier om aanpassing van de in de wet vastgelegde grens in euro indien het loon- of prijspeil daartoe aanleiding geeft. De overige aanpassingen betreffen

aanscherping van de criteria voor het doen goedkeuren van belangrijke besluiten van het bestuur (artikel 2:107a BW), volmachtverstrekking bij certificering (artikel 2:118a BW) en de rol van aandeelhouders bij de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders (artikel 2:135 BW) en commissarissen (artikel 2:145 BW). Over deze onderwerpen heeft de SER zich in het advies 02/01 al uitgesproken. De SER stelde vast dat de positie van kapitaalverschaffers van grote vennootschappen herwaardering behoeft, met de nadruk op een evenwichtige verdeling van bevoegdheden tussen die kapitaalverschaffers enerzijds en bestuur en toezicht van ondernemingen anderzijds. De voorgestelde wijzigingen komen hieraan tegemoet; een nieuwe adviesaanvraag is dan overbodig.

Overwogen is een adviesaanvraag aan de Raad van State over de tweede nota, en dan in het bijzonder de in artikel 2:391 BW opgenomen mogelijkheid om bij AMvB uitvoering te geven aan verdere inhoud van het jaarverslag. Van zo'n aanvraag is afgezien omdat over de algemene maatregel van bestuur zelf het advies van de Raad zal worden ingewonnen. Omdat de afwijkingen van het SER-advies waren verwerkt in het oorspronkelijke wetsvoorstel had de Raad van State zich al kunnen uitspreken over de andere onderwerpen. Omtrent versterking van de rol van de aandeelhouders bij bezoldiging had de Raad van State advies uitgebracht in het kader van het (toenmalige) voornemen van het kabinet om deze materie wettelijk te regelen. Het door de leden van de fracties van CDA, VVD en D66 in de Tweede Kamer voorgestelde amendement en de tweede nota van wijziging bij dit wetsvoorstel maakten een afzonderlijk wetstraject overbodig.

Een inhoudelijke wijziging ten opzichte van het SER advies en het oorspronkelijke voorstel van wet is de aanpassing in de meerderheids- en quorumeisen bij benoeming van een commissaris en ontslag van alle commissarissen (artikelen 2:158/268 resp. 2:161a/271a BW). In de nota van toelichting is aangegeven dat deze aanpassing voortvloeit uit de discussie over de versterking van de positie van de aandeelhouders in vooral grote vennootschappen. Daarvan toonde ook de SER zich een voorstander. Dat debat heeft het afgelopen jaar onder invloed van de Commissie-Tabaksblad nog aan diepgang gewonnen, wat onder meer blijkt uit de actieve(re) houding van kapitaalverschaffers bij algemene vergaderingen, waarover ook in de media is gerapporteerd. Het kabinet acht het moment gekomen om dit onderdeel van de nieuwe benoeming- en ontslagregeling verder aan te scherpen. De behandeling in de Tweede Kamer heeft laten zien dat deze zienswijze wordt gedeeld.

De leden van de CDA-fractie vroegen of het macro-economische belang vereist dat er meer transparantie wordt verschaft omtrent het beloningsbeleid van banken, pensioenfondsen en andere institutionele beleggers, niet alleen ten aanzien van bestuurders, maar ook ten aanzien van die werknemers die betrokken zijn bij aandelenemissies, beleggingen in vaste waarden en aandelen, evenals in de verkoop van financiële producten die economisch gezien neerkomen op belegging in aandelen.

Artikel 2:135 BW bepaalt dat alle naamloze vennootschappen een beleid op het terrein van bezoldiging van het bestuur moeten hebben. Dat beleid wordt vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders. Met het artikel wordt scheefgroei in de vennootschappelijke verhoudingen ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders beëindigd. Het is ongewenst dat vennootschapsorganen hun eigen bezoldiging vaststellen dan wel een grote invloed daarop kunnen uitoefenen. Werknemers die ressorteren onder verschillende managementlagen hebben deze invloed niet. Het is de verantwoordelijkheid voor het management om een passend en uitdagend bezoldigingspakket voor verschillende werknemers samen te stellen. De algemene vergadering kan besluiten dat er behoefte bestaat aan een meer dan wel minder gedetailleerd voorstel betreffende

het bezoldigingsbeleid. Wij hebben een voorkeur voor een flexibele regeling met eigen verantwoordelijkheid voor de algemene vergadering boven een gedetailleerde, starre wettelijke regeling. Specifieke regels ter voorkoming van belangenverstremgeling bij financiële instellingen horen thuis – en zijn ook opgenomen in – de specifieke toezichtswet- en regelgeving.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts of het vanuit het oogpunt van de bevordering van transparantie en het tegengaan van belangenverstremgeling wenselijk zou kunnen zijn om bij wet het aantal personele unies te beperken (bijvoorbeeld kruisverbanden).

Artikel 2:140 BW bepaalt dat commissarissen zich bij de uitoefening van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dit voorschrift brengt met zich dat commissarissen hun werkzaamheden verrichten zonder last of ruggespraak en zonder enig bijzonder belang te vertegenwoordigen. De onafhankelijkheid van commissarissen moet zowel ten opzichte van het bestuur als ten opzichte van aaneelhouders of werknemers gewaarborgd zijn. De commissie corporate governance heeft criteria geformuleerd aan de hand waarvan een persoon als onafhankelijk kan worden beschouwd (best practice bepaling III.2.2). Een commissaris wordt niet als onafhankelijk beschouwd als hij bestuurder is van een andere beursgenoteerde vennootschap waar een bestuurder van de vennootschap als commissaris fungeert (kruisverbanden) of als de commissaris bestuurder of commissaris is van een rechtspersoon die ten minste tien procent van de aandelen van de vennootschap houdt. Voorts heeft de commissie corporate governance aangegeven dat één persoon binnen de raad van commissarissen niet onafhankelijk in de zin van codebepaling III.2.2 behoeft te zijn. Op grond van de zogenoemde «pas toe of leg uit»-regel hebben beursgenoteerde vennootschappen ruimte om gemotiveerd andere regels te volgen voor de onafhankelijkheid van commissarissen. Wij voelen er niet voor de specifieke «onafhankelijkheidsbepalingen» in wetgeving om te zetten.

De leden van de CDA-fractie informeerden naar de stand van zaken en de inhoud van de ontwerprichtlijn openbare biedingen op effecten. Zij verzochten daarbij aandacht te schenken aan eventuele gevolgen van de richtlijn voor het voorliggende wetsvoorstel evenals het wetsvoorstel beschermingsconstructies (Kamerstukken II, nr. 25 732).

Op 23 december 2003 is door de Europese Unie een politiek akkoord bereikt ten aanzien van de richtlijn openbare biedingen op effecten (hierna: de richtlijn). De richtlijn gaat over de bescherming van minderheidsaandeelhouders van beursvennootschappen. De richtlijn draagt de lidstaten op om te bepalen wanneer een aandeelhouder de controle over een beursvennootschap verwerft. De controlerende aandeelhouder moet een openbaar bod uitbrengen op de aandelen die door de minderheidsaandeelhouders worden gehouden. De richtlijn verplicht tot openbaarmaking in het jaarverslag van de kapitaalstructuur van de vennootschap, het bestaan van verschillende soorten aandelen, het bestaan van beperkingen in de mogelijkheid tot vervreemding of verkrijging van aandelen, de aanwezigheid van aandeelhouders met bijzondere zeggenschap met een beschrijving van de betreffende rechten, het bestaan van beperkingen in de mogelijkheid tot de uitoefening van het stemrecht evenals de eventuele certificering van aandelen met medewerking van de vennootschap.

De artikelen 9, 11 en 11A van de richtlijn bepalen onder welke voorwaarden een beursvennootschap zich mag beschermen tegen een vijandig openbaar bod. Artikel 9 houdt in dat het bestuur en de raad van commissarissen van een beursvennootschap geen maatregelen mogen treffen die kunnen leiden tot het frustreren van een openbaar bod zonder

de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering. De goedkeuring kan pas worden gegeven vanaf het tijdstip dat de doelvennootschap bekend is met het openbare bod. In het bijzonder mag de vennootschap geen nieuwe aandelen uitgeven zonder de bedoelde goedkeuring, als door de uitgifte controle door de bieder blijvend wordt belemmerd. Wel mag het bestuur onderzoeken of een derde een bod zou willen uitbrengen. Wanneer een openbaar bod op de aandelen van een beursvennootschap is uitgebracht, geldt op grond van artikel 11 dat elke bestaande statutaire beperking van de mogelijkheid tot overdracht van aandelen niet geldt jegens de bieder in de periode waarin op het bod kan worden gereflecteerd. Hetzelfde geldt voor beperkingen van de mogelijkheid tot overdracht in een overeenkomst tussen de vennootschap en haar aandeelhouders of tussen aandeelhouders onderling. Een vergelijkbare regeling geldt voor beperkingen van de mogelijkheid tot de uitoefening van het stemrecht via de statuten of een overeenkomst.

De lidstaten mogen op grond van artikel 11A bepalen dat vennootschappen met statutaire zetel op hun grondgebied niet verplicht zijn om de artikelen 9 en 11 toe te passen. De uitvoeringswet moet beursvennootschappen in elk geval in staat stellen om de artikelen 9 en/of 11 uit eigen beweging toe te passen. Het regime dat op de beursvennootschappen van toepassing is, moet openbaar worden gemaakt. Zo worden mate en wijze van bescherming van een beursvennootschap kenbaar voor de markt, die daaraan eventueel consequenties kan verbinden.

Nederland moet ter uitvoering van de richtlijn het verplichte bod op aandelen invoeren. Afhankelijk van de wijze van uitvoering door de wetgever en de keuze die de vennootschap terzake maakt kan de richtlijn gevolgen hebben voor de mogelijkheid om nieuwe beschermingsmaatregelen te treffen en om op bestaande beschermingsmaatregelen beroep te doen. Het wetsvoorstel betreffende bijzondere maatregelen door de ondernemingskamer over zeggenschap in de naamloze vennootschap (25 732) bepaalt dat degene die – alleen of samen met anderen – gedurende een jaar ten minste 70% van het geplaatste kapitaal van een vennootschap verschaft, via de ondernemingskamer beschermingsmaatregelen kan doen doorbreken. Het wetsvoorstel 25 732 betreft alle open naamloze vennootschappen. Het wetsvoorstel is niet toegespitst op het geval waarin controle over een vennootschap wordt verworven via een openbaar bod. Hoewel wetsvoorstel 25 732 en de richtlijn openbare biedingen op effecten verenigbaar kunnen zijn wanneer gebruik wordt gemaakt van de optie van artikel 11A van de richtlijn, ligt het in de rede het wetsvoorstel en de richtlijn nogmaals grondig te bezien op onderlinge samenhang en consistentie.

Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel structuurregeling op 4 september 2003 heeft de Minister van Justitie toegezegd bij nota onder meer terug te komen op het onderwerp beschermingsconstructies/certificering. Dat kan omdat dit wetsvoorstel niet het geval van een vijandige overname van een structuurvennootschap bestrijkt. Het raakt geen bepalingen van de richtlijn. De richtlijn noodzaakt dan ook niet tot wijziging van het wetsvoorstel structuurregeling.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen aandacht voor uiteenlopende ontwikkelingen op het terrein van het ondernemingsrecht en de corporate governance. Deze leden vroegen of wij een overzicht kunnen presenteren van de verschillende voorstellen met inbegrip van de tijdplanning.

Ook tijdens de mondelinge behandeling van dit voorstel in de Tweede Kamer bleek dat behoefte is aan een overzicht van de lopende en nieuwe trajecten op het rechtsgebied van het ondernemingsrecht, in het bijzonder waar het gaat om de structuurregeling zelf, de beschermingsconstructies/certificering, de nieuwe Nederlandse corporate governance code (Code-Tabaksblad) en vraagstukken rond integriteit van bestuurders. Het is de bedoeling dat een Nota modernisering ondernemingsrecht en een kabinetsreactie op de Code-Tabaksblad in het eerste kwartaal van 2004 naar de beide Kamers worden gezonden.

De leden van de fractie van de PvdA informeerden of er voornemens zijn om de ontwikkelingen met betrekking tot de structuurregeling en in het bijzonder de ontwikkelingen rond bezoldiging te monitoren.

De voorgestelde aanpassingen behelzen een belangrijke stap op weg naar verbetering van de corporate governance van vooral grotere vennootschappen. Goed bestuur en goed toezicht zijn onontbeerlijk voor behoud en verbetering van de economische groei in Nederland en om de aantrekkingskracht van ons land als vestigingsplaats voor ondernemingen te behouden. De ontwikkelingen op dit terrein hebben onze voortdurende aandacht. De corporate governance code bevat bepalingen omtrent de inhoud van de rapportage omtrent het bezoldigingsbeleid. De commissie corporate governance heeft de betrokken ministers aanbevolen om een panel op te richten dat, indien daartoe aanleiding is, besluit over aanpassing van de door die commissie opgestelde corporate governance code, waaronder ook de ervaringen met de uitwerking van de term «bezoldigingsbeleid» van artikel 2:135 lid 1 BW. Het kabinet bereidt een reactie op de aanbevelingen van de commissie corporate governance voor.

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe de rijksoverheid als groot-aandeelhouder van zo'n 40 grote staatsdeelnemingen voornemens is de Tabaksblad code te hanteren.

De Minister van Financiën heeft inmiddels aan de Tweede Kamer laten weten dat hij de corporate governance code van de commissie Tabaksblad, voorzover mogelijk, wil toepassen op de staatsdeelnemingen (kamerstukken II 2003/04, 28 165, nr. 12). Uitgangspunt blijft dat de ondernemingsleiding voorstellen doet aan de aandeelhouder, maar de Minister zal als aandeelhouder wel prioriteiten formuleren. Nu de definitieve code gepubliceerd is, kan daaraan worden gewerkt.

De leden van de fractie van de VVD vroegen zich af of het voor de hand had gelegen om de behandeling van dit wetsvoorstel aan te houden tot na het principiële debat over de toekomst van de structuurregeling, en wat ons heeft doen besluiten om de behandeling voort te zetten. Deze leden gaven in overweging dat ook had kunnen worden gekozen voor afschaffing van het regime en aan aandeelhouders in structuurvennootschappen dezelfde bevoegdheden geven als aan aandeelhouders in niet-structuurvennootschappen. Ook de leden van de fracties van SGP en CU vroegen of dit te verwachten valt.

De nota modernisering ondernemingsrecht behelst een reeks van maatregelen voor modernisering en flexibilisering van het vennootschapsrecht. Onderdeel van die modernisering zijn de nieuwe regeling voor personenvennootschappen en het project vereenvoudiging van het bv-recht. Ook de voortzetting van het debat over de structuurregeling hoort daarbij. Naar ons inzicht zou dat debat zich niet moeten beperken tot de vraag of de structuurregeling moet worden afgeschaft en/of bestaande rechten van werknemers beter in of via de Wet op de

ondernemingsraden kunnen worden vastgelegd. De structuurregeling is de weergave van overtuigingen over het ingrijpen door de wetgever in het beginsel van vrijheid van de ondernemer om zelf de rechtsvorm en structuur te kiezen die hem voor zijn bedrijf past. Wij willen de noodzaak voor ingrijpen in ondernemersvrijheid centraal stellen in de verdere gedachtewisseling over de structuurregeling. Daarbij komen ook aan de orde de (on)wenselijkheid van het behoud van de belangenpluraliteit, de vraag of de wetgever verplicht toezicht zou moeten introduceren, hoe dat toezicht er uit zou moeten zien – in een of meerdere organen van de vennootschap – en zo ja, voor welke vennootschappen. Ook de bevoegdheden van een toezichthoudend orgaan moeten worden besproken. Pas daarna komen wij toe aan de vraag hoe een eventueel toezicht verder moet worden ingevuld. Afschaffing van de structuurregeling of het toekennen van dezelfde bevoegdheden aan aandeelhouders van structuurvennootschappen als aan niet-structuurvennootschappen is in deze opvatting (niet meer dan) een deel van de discussie.

Het debat over de modernisering van het vennootschapsrecht raakt vele onderwerpen en zal naar verwachting meerdere jaren in beslag kunnen nemen. Een aantal verbeteringen kan slechts met behulp van Europese wijzigingen worden verwezenlijkt of zal juist sterk worden beïnvloed door Europese meningsvorming. Wij denken dan aan vraagstukken rond kapitaalbescherming en aansprakelijkheid van bestuurders evenals de onafhankelijkheid van bestuurders en toezichthouders indien zij deel uitmaken van één orgaan. Aanhouding van het wetsvoorstel totdat dat debat zal zijn beëindigd, betekent mogelijk langdurig uitstel van een thans noodzakelijke stap op weg naar verdere modernisering. In het Nederlandse vennootschapsrecht is behoefte aan vergroting van de transparantie en verantwoordingstructuur waar het nu klemt: bij het bestuur en de raad van commissarissen. Het voorstel is ook om andere redenen waardevol. Het bevat rechten voor kapitaalverschaffers van alle vennootschappen, waaronder het agenderingsrecht, het recht om het bezoldigingsbeleid vast te stellen en het recht om bestuursbesluiten goed te keuren waardoor het karakter van de vennootschap wijzigt. Deze versterking van de positie van kapitaalverschaffers blijft ook van belang als te zijner tijd zou worden besloten tot een alternatief voor de structuurregeling zoals wij die nu kennen.

De leden van de fracties van de SGP en de CU vroegen of is gebleken van een behoefte van aandeelhouders aan meer zeggenschap, en of ook na invoering van deze regeling de zeggenschap van aandeelhouders niet schril afsteekt tegen die in het buitenland.

De uitgebreide literatuur over dit onderwerp en de onderhandelingen in de EU en de OESO laten zien dat er evenmin als van één corporate governance systeem sprake is van één catalogus van zeggenschapsrechten voor aandeelhouders. Maar zowel in de literatuur als op algemene vergaderingen van aandeelhouders en in publicaties over de aantrekkelijkheid van Nederlandse kapitaalvennootschappen voor (internationale) beleggers komt naar voren dat herwaardering van de positie van die aandeelhouder/kapitaalverschaffer in ons vennootschapsrecht noodzakelijk is. Het is vervolgens aan die aandeelhouders, in het bijzonder de institutionele beleggers, om zich te realiseren dat met de nieuwe rechten ook verwachtingen worden geschapen over het gebruik daarvan.

De leden van de fractie van SGP en CU stelden verder de vraag waar de door ons genoemde dynamiek van het vennootschapsrecht in het wetsvoorstel tot uitdrukking komt.

Het vennootschapsrecht is bij uitstek een instrument voor ondernemen en ondernemers. Het biedt het bedrijfsleven een aantal rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven. Aan die rechtsvormen zijn voordelen verbonden, zoals een eenvoudige mogelijkheid om kapitaal te verwerven of de onderneming over te dragen. Daar staan ook verplichtingen tegenover: voorschriften over rol en gedrag van allen die krachtens de wet bij de vennootschap en de door haar gedreven onderneming betrokken zijn. Rode draad in die voorschriften is de gedachte dat een ondernemer zich bij zijn gebruik van de rechtsvorm mede laat leiden door de gerechtvaardigde belangen van andere betrokkenen. De behoeften van ondernemers en de kapitaalmarkt waarop zij een beroep willen doen, wijzigen. Over de grenzen worden andere vennootschapsvormen aangeboden. Het vennootschapsrecht kan dan niet statisch blijven. Het moet een dynamische weergave zijn van gewijzigde opvattingen, zonder te verworden tot een ad hoc samenraapsel van discussies en ideeën. Juist die dynamiek vergt dat de wetgever zich bij zijn keuzes rekenschap geeft van de beginselen waaraan het recht voor vennootschappen moet voldoen. Die dynamiek is in het wetsvoorstel op verschillende plaatsen zichtbaar. Wij noemen flexibele toepassing van bijvoorbeeld de benoemingsregel, de rechten voor aandeelhouders die verband houden met transparantie en het verbeteren van de informatiestroom met bestuur en toezichthouders, en de maatschappelijk gevoelde behoefte aan duidelijkheid omtrent samenstelling en verantwoordelijkheid voor de bezoldiging van bestuurders en commissarissen.

De aan het woord zijnde leden informeerden welke Europese regelgeving op het terrein van het vennootschapsrecht binnen afzienbare tijd te verwachten valt.

In haar «Mededeling: modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van corporate governance, een actieplan» van 21 mei 2003 (COM (2003) 284 final) heeft de Europese Commissie haar voornemens voor dit rechtsgebied uiteen gezet. Voor de korte termijn, tot 2006, heeft de Commissie voorstellen aangekondigd voor grensoverschrijdende fusie en zetelverplaatsing, grensoverschrijdend stemmen, verbetering van de informatie over corporate governance en vaststelling van de collectieve verantwoordelijkheid van bestuur en commissarissen, herziening van de tweede richtlijn kapitaalbescherming, en verbetering van de informatie over groeps- en piramidestructuren. Ook worden aanbevelingen van de Europese Commissie in het vooruitzicht gesteld over onder meer de onafhankelijkheid van toezichthouders en bezoldiging van bestuurders. Naar verwachting zal in 2004 allereerst aandacht kunnen worden geschonken aan grensoverschrijdende fusie en mogelijk zetelverplaatsing, aan de tweede richtlijn kapitaalbescherming en aan de aanbevelingen voor onafhankelijkheid van toezichthouders en over bezoldiging van bestuurders. Tijdens het Nederlands voorzitterschap zullen wij meewerken aan de besprekingen van de richtlijnvoorstellen voor kapitaalbescherming, fusie en zetelverplaatsing. Ook het voornemen om een richtlijn grensoverschrijdend stemmen in te dienen, zullen wij krachtig ondersteunen.

Ten slotte informeerden de leden van de fracties van SGP en CU wat overwegingen zijn geweest om in de Commissie-Tabaksblat geen vertegenwoordigers van de werknemers en kleine en middelgrote beursgenoteerde ondernemingen op te nemen.

Op uitnodiging van de Ministers van Financiën en van Economische Zaken, is de commissie Tabaksblat ingesteld door zes private organisaties (Vereniging VNO-NCW, het Nederlands van Directeuren en Commissarissen, de Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen, de Vereniging van Effectenbezitters, de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor

Pensioenfondsen en Euronext Amsterdam). Deze zes organisaties hebben een aantal personen verzocht om zitting te nemen in de commissie corporate governance. De leden van de commissie zijn door de genoemde organisaties gekozen op basis van deskundigheid en deden hun werk zonder last en ruggespraak. Van vertegenwoordiging is geen sprake geweest, wat ook moge blijken uit de soms zeer kritische commentaren van de initiërende organisaties zelf. Voor zover ons bekend is niet specifiek gekeken naar vertegenwoordiging vanuit grote, middelgrote of kleine vennootschappen. De commissie heeft zich gericht op de rol en het functioneren van de organen van de beursgenoteerde vennootschap: de algemene vergadering, het bestuur en de raad van commissarissen, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de positie van andere belanghebbenden, waaronder de werknemers. Gelet op de taakopdracht hebben de initiërende organisaties afgezien van het opnemen van een vertegenwoordiger van werknemers.

ARTIKELEN

Artikel 101/210

De leden van de CDA fractie wijdden enige beschouwingen aan de rol van de aandeelhoudersvergadering bij de vaststelling van de jaarrekening, mede in relatie tot de door de Minister van Justitie gemaakte vergelijking met de Eerste Kamer. Wij danken de aan het woord zijnde leden voor hun steun. Deze leden hadden wel een vraag over de status van de accountantsverklaring.

De verklaring van de accountant op grond van artikel 2:393 BW volgt op de externe controle waarbij is vastgesteld of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële positie en het resultaat van de rechtspersoon. Daarbij wordt bezien of de rechtspersoon de voorschriften van titel 9 van boek 2 heeft nageleefd. Die voorschriften kennen soms verschillende mogelijkheden om een bepaalde post te waarderen. Zoals er tussen bestuur en accountant een professioneel verschil van mening kan zijn over bijvoorbeeld herwaarderingen en voorzieningen, zo kan dat ook het geval zijn tussen een deskundige aandeelhouder en het bestuur dat de jaarrekening opmaakt. De verklaring van de accountant dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft, houdt niet in dat de jaarrekening op geen enkele andere manier in overeenstemming met de wet zou kunnen zijn opgemaakt. Een accountant kan dus ook op de herziene jaarrekening een goedkeurende verklaring geven.

De leden van de fractie van het CDA stelden enkele vragen over openbaarmaking van de jaarrekening en de eventuele aansprakelijkheid van bestuurders.

De wet biedt in artikel 2:394 BW een voorziening voor gevallen waarin de opgemaakte jaarrekening (nog) niet wordt vastgesteld. Het bestuur kan bij niet-vaststelling ook de opgemaakte jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar openbaar maken bij het handelsregister. Gaat het om aansprakelijkheid van bestuurders voor de schulden van een gefailleerde vennootschap (artikel 2:138/248 BW) dan behoeft de curator niet te bewijzen dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld indien de jaarrekening niet is gedeponereerd. De bestuurder kan deze omkering van de bewijslast vermijden door deponeren van de opgemaakte jaarrekening conform het bepaalde in artikel 2:394 BW voornoemd.

Artikel 107a

Dit artikel betreft het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering ten aanzien van besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. De leden van de CDA-fractie stelden allereerst de vraag of een goedkeuringsrecht bestaat in verband met een verzoek om surseance van betaling of het faillissement van de vennootschap, omdat het ondernemingsbelang naar het oordeel van deze leden kan vereisen dat snel en zonder voorafgaande publiciteit één van de genoemde besluiten kan worden genomen met het oog op de doorstart of sanering van de vennootschap.

Op grond van artikel 2:164 lid 1 sub i BW vereist een besluit van het bestuur van een structuurvennootschap omtrent de aangifte van het eigen faillissement de goedkeuring van de raad van commissarissen. Voorts regelt artikel 2:136 BW dat het bestuur van elke NV – onafhankelijk van de vraag of de structuurregeling van toepassing is – niet zonder opdracht van de algemene vergadering bevoegd is tot het doen van aangifte tot faillietverklaring, tenzij bij de statuten anders is bepaald. Het aanvragen van het eigen faillissement heeft zodanig ingrijpende gevolgen voor de vennootschap en haar aandeelhouders dat het bestuur daartoe in beginsel niet kan overgaan zonder opdracht van de algemene vergadering. Artikel 2:164 lid 1 sub i BW houdt voorts in dat een besluit van het bestuur van een structuurvennootschap omtrent de aanvraag van surseance van betaling de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft. Voor een verzoek tot surseance van betaling behoeft het bestuur in beginsel geen goedkeuring van de algemene vergadering. Hoewel het verlenen van surseance grote gevolgen kan hebben voor de vennootschap, leidt surseance op zichzelf niet tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap. De leden van de CDA-fractie refereerden aan opmerkingen in de nota naar aanleiding van het verslag (p. 18). Dit is een misverstand. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer is gevraagd of er een uitzondering op de onderdelen a, b of c van lid 1 van artikel 2:107a moet worden gemaakt voor het geval dat een vennootschap in surseance van betaling verkeert. Geantwoord is dat een uitzondering te veel zou leiden tot een aantasting van de beoogde invloed van de algemene vergadering. Op grond van onderdeel a is bijvoorbeeld goedkeuring van de algemene vergadering vereist wanneer vrijwel de gehele onderneming wordt overgedragen. Wij wilden aandeelhouders dat goedkeuringsrecht niet ontnemen vanwege de surseance van betaling van de vennootschap. De overdracht zal het karakter en de identiteit van de vennootschap en de onderneming belangrijk wijzigen, terwijl de gevolgen van de surseance niet rechtvaardigen dat de aandeelhouders worden gepasseerd.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of het goedkeuringsrecht zal leiden tot risicomidend gedrag van bestuurders dan wel veelvuldige procedures. De leden van de VVD-fractie vroegen of mogelijke interpretatieverschillen kunnen worden opgelost via een limitatieve opsomming in de wet dan wel een regeling in de statuten van de vennootschap.

In het artikel zijn in de onderdelen a, b, en c bestuursbesluiten genoemd waarvan buiten kijf staat dat zij leiden tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter. De aandeelhouders komt in die gevallen telkens een goedkeuringsrecht toe. Daarnaast volgt uit de aanhef van lid 1 dat ook in andere gevallen een goedkeuringsrecht kan bestaan, mits een belangrijke karakter- of identiteitsverandering wordt aangetoond. Of een dergelijke verandering zal plaatsvinden, wordt beoordeeld op basis van de

omstandigheden van het geval. Wanneer bestuurders en de algemene vergadering behoefte voelen aan een verdergaande invulling van het goedkeuringsrecht via de statuten, dan staat dat de vennootschap vrij. Desgewenst kan worden bepaald dat een goedkeuringsrecht bestaat bij een investering of desinvestering van een bepaalde omvang. Dat bestuurders op basis van het voorgestelde goedkeuringsrecht een vergaand risicomijdend gedrag zouden gaan vertonen, verwachten wij niet. De regeling van het goedkeuringsrecht sluit aan bij hetgeen volgens literatuur en jurisprudentie al geldend recht is. Ook thans moeten bestuurders bij ingrijpende wijzigingen van het karakter en de identiteit van de vennootschap zichzelf de vraag stellen of zij dat besluit zonder tussenkomst van de algemene vergadering mogen nemen. Over de invulling van het goedkeuringsrecht kan worden geprocedeerd. De zich ontwikkelende jurisprudentie beperkt de noodzaak van verdere procedures over gelijksoortige gevallen. Het is niet goed mogelijk bij wet te voorzien in een regeling die bij voorbaat alle mogelijke gevallen dekt. Dat zou een wel zeer ruim geformuleerde regeling vergen. Omgekeerd wilden wij het goedkeuringsrecht niet langer volledig beperken tot die gevallen die in artikel 107a lid 1 onderdeel a, b of c zijn genoemd. De Tweede Kamer was bevreesd dat een dergelijke beperking zou leiden tot het standpunt dat de algemene vergadering in alle andere gevallen een goedkeuringsrecht ontbeert. Dat zou onvoldoende recht doen aan het uitgangspunt dat de algemene vergadering bij belangrijke structuurwijzigingen wordt betrokken.

De leden van de CDA-fractie stelden voorts de vraag of een handelen door bestuurders in strijd met het goedkeuringsrecht een rol kan spelen wanneer de vennootschap een procedure uit hoofde van onrechtmatige daad aanspant tegen een derde die profiteert van het eigengereide optreden van de bestuurders.

Het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering raakt de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet (artikel 2:107a lid 2). Ook wanneer bestuurders het goedkeuringsrecht negeren, is de betreffende rechtshandeling van het bestuur rechtsgeldig. De vennootschap kan zich in zoverre tegenover derden niet beroepen op schending van het goedkeuringsrecht door bestuurders. Dat is een intern vennootschappelijke kwestie. Wanneer echter in rechte komt vast te staan dat de met betrekking tot derde een transactie is aangegaan met de vennootschap terwijl hij weet dat het bestuur geen goedkeuring heeft verkregen, is een zekere externe werking niet bij voorbaat uit te sluiten. Het ontbreken van de goedkeuring zou in een onrechtmatige daad procedure kunnen worden tegengeworpen aan de wederpartij. Denk daarvoor aan het geval dat de vennootschap een procedure start tegen – onder meer – de derde nadat de transactie is afgerond en daarbij aanvoert dat de vennootschap door de transactie is geschaad. Hoewel de derde niet verantwoordelijk is voor het feit dat in de intern vennootschappelijke verhouding fouten zijn gemaakt, zou de rechter het profijt «te kwader trouw» onrechtmatig kunnen achten, en gedeeltelijke schadeloosstelling van de vennootschap kunnen toewijzen.

Artikel 114a/224a

De leden van de CDA-fractie vroegen of de criteria voor het agenderingsrecht van kapitaalverschaffers – 1% van het geplaatste kapitaal of een beurswaarde van € 50 miljoen – cumulatieve eisen zijn. Deze leden stelden voorts een vraag over de rechtsgevolgen van een weigering tot agendering.

Voor toekenning van het agenderingsrecht moet 1% van het geplaatste kapitaal worden vertegenwoordigd. Het criterium van de beurswaarde is een regeling naast de 1% en bedoeld voor grote beursvennootschappen waar de 1% grens de facto zelden kan worden gehaald. Er is geen sprake van cumulatie.

Wanneer een verzoek om agendering is afgewezen, kan de kapitaalverschaffer zich voorafgaand aan de algemene vergadering – zodra de agenda voor die vergadering openbaar is gemaakt – beraden op juridische stappen teneinde te bewerkstelligen dat de algemene vergadering niet zal plaatsvinden op basis van een agenda waarin het door hem voorgestelde agendapunt ontbreekt. De kapitaalverschaffer kan bijvoorbeeld in kort geding verzoeken dat de agenda nog in overeenstemming met zijn wensen wordt aangepast. Indien de rechter de kapitaalverschaffer in het gelijk stelt, moet een nieuwe agenda in overeenstemming met de wet (artikel 2:114/224 BW) openbaar worden gemaakt. Een wijziging van de agenda op zeer korte termijn voor de beoogde datum van de algemene vergadering kan tot gevolg hebben dat de vergadering moet worden verschoven teneinde te voldoen aan de minimale oproepingstermijn van artikel 2:115/225 BW. Voor een beursvennootschap zal dat kostbaar zijn. Denkbaar is ook dat een kapitaalverschaffer in rechte vordert dat het door hem voorgestelde agendapunt wordt toegevoegd aan de agenda van de eerstvolgende te houden algemene vergadering. Wanneer geen beroep op de rechter wordt gedaan, kan de kapitaalverschaffer die over het vergaderrecht beschikt in de vergadering vragen om inlichtingen (artikel 2:107/217 lid 2 BW) over de redenen voor de weigering van het door hem voorgestelde agendapunt. In de nota naar aanleiding van het verslag is in dit verband opgemerkt dat denkbaar is dat de kapitaalverschaffer alsnog beroep doet op de rechter, indien een afwijzing daarbij niet voldoende kan worden gemotiveerd. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou de rechter kunnen oordelen dat de betreffende bestuurders onbehoorlijk hebben bestuurd dan wel een onrechtmatige daad jegens de kapitaalverschaffer hebben gepleegd. Ook dit oordeel hangt af van de aard en het belang van het voorgestelde agendapunt.

De leden van de CDA-fractie wezen op artikel 2:9 BW. Op grond van dat artikel is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. Wanneer onbehoorlijk bestuur wordt aangetoond, zijn de bestuurders aansprakelijk voor de schade die de vennootschap heeft geleden. Voor aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW betreft aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap. Een kapitaalverschaffer die constateert dat een door hem voorgesteld agendapunt is afgewezen, kan aan artikel 2:9 BW geen rechten ten opzichte van de bestuurder ontnemen.

Artikel 118a

In dit artikel wordt de houder van ter beurze genoteerde certificaten een recht verleend op volmachtverstrekking door de houder van het aandeel waarvoor een certificaat is uitgegeven. De volmacht werkt privaatief, hetgeen wil zeggen dat de volmachtverstrekker niet door zelf ter vergadering te verschijnen de werking aan de volmacht kan ontnemen. De volmachtverstrekker ofwel aandeelhouder mag de volmacht weigeren, beperken, intrekken of herroepen indien zich een van drie limitatief in de wet opgesomde gevallen voordoet. De aandeelhouder kan evenwel geen beroep doen op die beperking indien het bestuur van de aandeelhouder (veelal een stichting administratiekantoor) niet onafhankelijk is van het bestuur van de vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden. De leden van de fractie van het CDA verzochten om een bespreking van de

keuze voor de volmachtconstructie en gaven daarbij aan dat deze constructie dogmatisch bedenkingen bij deze leden had opgeroepen. Deze leden zagen certificering als een structurele (stem-)volmachtverlening door de economische eigenaar van het aandeel, de houder van de certificaten. Als voordeel van deze laatste benadering zagen deze leden vooral het ontlopen van de discussie over privaatieve werking. Indien het administratiekantoor (AK) als gevolmachtigde moet worden aangemerkt, zou de eigenlijke gerechtigde, de certificaathouder, door te verschijnen de privaatieve werking aan deze algemene volmacht kunnen ontnemen.

Algemeen wordt aangenomen dat het AK juridisch gerechtigd is tot de aandelen; zij vallen ook in het vermogen van het administratiekantoor. De aandelen worden gehouden ten titel van beheer. Certificering is geen vennootschappelijke rechtsfiguur, maar een privaatrechtelijke overeenkomst. Zo geldt ten aanzien van de financiële rechten verbonden aan het aandeel dat contractueel een recht wordt gegeven op een uitkering gelijk aan de hoogte van het dividend dat aan de aandeelhouder is uitbetaald. Men zie hierover Asser/Maeijer II-3, De rechtspersoon, nrs. 403 en volgende en Uniken Venema en Eisma, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, preadvies Vereeniging handelsrecht 1990, p. 50 e.v. Daarmee is een nadeel van de door het CDA in overweging gegeven oplossing genoemd: de wet zou vergaand moeten worden uitgebreid om rechten en verplichtingen van de certificaathouder en de positie van het administratiekantoor als volmachtneer te regelen. Daarbij moet in de wet worden aangegeven onder welke omstandigheden van zo'n overgang geen sprake is of onder welke omstandigheden de overdracht (deels) ongedaan wordt gemaakt, waarbij tevens zal moeten worden stilgestaan bij de vraag aan wie de besluitvorming over ongedaanmaking toekomt. In zijn artikel bepleit mr. Nowak geen «omkering» van de posities van aandeelhouder en certificaathouder. Wel wijst hij er op dat ook een wettelijke regeling denkbaar is waarbij de certificaathouder een uit de wet voortvloeiend stemrecht krijgt. Deze gedachte is destijds besproken met de commissie vennootschapsrecht. De commissie wees er op dat een omvangrijke en structurele volmachtverlening kenmerken vertoont van een permanente voorafgaande vervreemding van het stemrecht, leidende tot een denatureren van het aandeelhouderschap. De commissie had bezwaren tegen een directe wettelijke scheiding van aandeelhouderschap en stemrecht en sprak een voorkeur uit voor de volmachtconstructie.

Voor het verlenen van een volmacht zelf kan in onze visie geen vergoeding worden geboden. Dat geldt overigens evenzeer voor volmachtverlening die niet op artikel 2:118a BW is gebaseerd. Men raakt dan al snel aan het betalen voor stemmen of de verkoop van het stemrecht, die in strijd mogen worden geacht met de vennootschappelijke orde.

De leden van de fractie van het CDA vroegen aandacht voor de situatie dat de aandeelhouder al aan een derde een onherroepelijke volmacht heeft verstrekt dan wel aan die derde een volmacht verstrekt nadat de certificaathouder te kennen heeft gegeven geen verzoek om verstreking van de volmacht te zullen doen.

Een onherroepelijke volmacht ontbeert een kenmerk van de volmacht in het algemeen. De volmachtgever is niet bevoegd de onherroepelijke volmacht in te trekken en de rechtshandeling zelf te verrichten. Artikel 3:74 BW bepaalt dan ook dat een onherroepelijke volmacht slechts mag worden verleend voor zover de betrokken rechtshandeling in het belang van de volmachtgever of van een derde is. Artikel 2:118a BW bevat een in de wet vastgestelde beperking van de beschikkingbevoegdheid van de aandeelhouder over het stemrecht. Onder bepaalde omstandigheden is hij

gehouden een volmacht te verstrekken aan de certificaathouder. Dat brengt met zich dat de aandeelhouder, deze beperking kennende, zich zal moeten realiseren of het verlenen van onherroepelijke volmachten nog in zijn belang en dat van de derde – in dit geval de certificaathouder – is. Nu het hier steeds gaat om een afzonderlijke aandeelhoudervergadering is voor die onherroepelijkheid ook geen prangende reden. Indien aan een derde een (gewone) volmacht is verstrekt en de certificaathouder om een volmacht verzoekt, kan de eerdere volmacht worden ingetrokken en een volmacht op basis van artikel 2:118a BW aan de certificaathouder worden verleend. Of een certificaathouder een beroep kan doen op artikel 2:118a BW nadat hij eerder te kennen heeft gegeven van zijn recht te zullen afzien, hangt af van de omstandigheden van het geval. Voorstelbaar is dat in rechte wordt uitgemaakt dat de aandeelhouder gelet op de omstandigheden van het geval mocht vertrouwen op de mededeling van de certificaathouder dat hij afzag van een volmacht. Dat ligt weer anders indien zich tussen het moment van de mededeling en de algemene vergadering ontwikkelingen voordoen en de certificaathouder die mededeling niet zou hebben gedaan indien hij van deze ontwikkelingen eerder op de hoogte zou zijn geweest.

De leden van de fractie van het CDA vroegen hoe het criterium van lid 2 onder a zich verhoudt tot de SER-fusiecode.

In lid 2 worden drie situaties genoemd waarin de aandeelhouder kan besluiten de volmacht niet te verlenen. De situatie onder a betreft het openbaar bod op de aandelen of certificaten van de vennootschap. Het criterium is ontleend aan de regels rond openbare biedingen in artikel 6a Wet toezicht effectenverkeer 1995 en de uitwerking daarvan in de artikelen 9a en volgende van het besluit toezicht effectenverkeer 1995. De SER-fusiecode bevat regels voor kennisgeving, informatie en overleg met werknemersorganisaties in het kader van een fusie. Die fusie kan, maar behoeft zeker niet de vorm te krijgen van een openbaar bod. Ook het tijdstip waarop de fusiepartners volgens de SER-fusiecode de vakbonden moeten inlichten, behoeft niet gelijk te zijn aan het moment waarop de aandeelhouder weet of verwacht dat een openbaar bod zal worden uitgebracht.

De situatie onder b betreft het geval dat er een houder is van ten minste 25% van de uitstaande certificaten, dan wel meerdere houders die verbonden zijn door een onderlinge regeling tot samenwerking. De leden van de fractie van het CDA vroegen welke eisen worden gesteld aan kenbaarheid en originaliteit van die regeling.

Het begrip onderlinge regeling tot samenwerking is bekend uit de structuurregeling (de artikelen 2:153/263 BW), maar wordt in de wet niet nader omschreven omdat de overeenkomst veel vormen kan aannemen. Kenmerk van de regeling is dat de partijen bij die regeling hun beleid ten opzichte van de vennootschap waarin de aandelen of certificaten worden gehouden gezamenlijk vorm willen geven. Eisen ten aanzien van de originaliteit worden niet gesteld.

De leden van de fractie van het CDA schetsten het geval van een aandelenuitgifte door een vennootschap, zonder dat voor die aandelen vervolgens certificaten worden uitgegeven. Zij vroegen wat de situatie van lid 2 sub b is indien die nieuwe aandelen 25% van het geplaatste kapitaal uitmaken en er terzake een onherroepelijke (stem)volmacht wordt verleend aan het bestuur.

Hier is sprake van een misverstand. Het artikellid gaat over gevallen waarbij de certificaathouder ten minste 25% van het kapitaal in handen

heeft. Als het aandelenkapitaal met 25% wordt verhoogd zonder dat voor deze aandelen certificaten worden uitgegeven, vindt het artikel ten aanzien van deze aandelen geen toepassing. Een houder van aandelen waarvoor geen certificaten zijn uitgegeven, kan in de algemene vergadering gewoon stemmen, of hij nu meer of minder dan 25% van de aandelen houdt. Het staat die aandeelhouder ook vrij om een volmacht te verlenen aan een ander. Wetsvoorstel 25 732 is hier niet van toepassing. Dat wetsvoorstel voorziet in een doorbreking van bepaalde beschermingsconstructies, waaronder decertificering, door de Ondernemingskamer op verzoek van de houder van ten minste 70% van de aandelen of certificaten.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of een certificaathouder aan de rechter opschorting van de algemene vergadering kan verzoeken indien het besluit tot beperking, intrekking of herroeping niet gemotiveerd was.

In lid 2 van het artikel is bepaald dat de stemgerechtigde de volmachtverlening kan beperken, intrekken of herroepen. Het besluit wordt gemotiveerd ter kennis gebracht van de certificaathouder(s) en overige aandeelhouders. De bepaling is zo geredigeerd dat de in lid 2 genoemde motivering geen voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van het intrekkingbesluit. Wordt dat besluit niet, of naar de overtuiging van de certificaathouder niet voldoende, gemotiveerd, dan kan die certificaathouder in rechte de naleving van artikel 2:118a BW door de aandeelhouder vorderen. Hoewel het de certificaathouder als belanghebbende bij de vennootschap vrij staat de vennootschap in rechte te betrekken en opschorting van de algemene vergadering te vorderen, achten wij het niet vanzelfsprekend dat de vennootschap en de overige aandeelhouders nadeel ondervinden van een dispuut tussen de aandeelhouder en de certificaathouder. De vennootschap is bij dat geschil ook geen partij.

Artikel 135

De leden van de CDA-fractie vroegen of het niet voor de hand had gelegen om de ondernemingsraad ten opzichte van de raad van commissarissen een adviesrecht toe te kennen met betrekking tot het bezoldigingsbeleid en of het niet zo is dat het huidige lid 2 de ondernemingsraad in het ongewisse laat over datgene wat zij vermag met betrekking tot dit onderwerp.

Het artikel legt de bevoegdheid tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid bij de algemene vergadering van aandeelhouders. De algemene vergadering kan dat beleid ook aanpassen als de omstandigheden daartoe aanleiding geven. De bezoldiging van een individuele bestuurder moet met inachtneming van het bezoldigingsbeleid worden bepaald. Het past in de ontwikkelingen rond corporate governance dat de bevoegdheid van de aandeelhouders op dit punt wordt versterkt. Het artikel bevat in lid 2 een recht op informatie over het bezoldigingsbeleid, dat de ondernemingsraad inzicht verschafft in de grenzen waarbinnen de daadwerkelijke vaststelling van de bezoldiging zal plaatsvinden. Op grond van dat lid wordt een krachtens wettelijke bepaling ingestelde ondernemingsraad op de hoogte gesteld van het voorstel voor een bezoldigingsbeleid gelijktijdig met de aanbieding daarvan aan de algemene vergadering. De ondernemingsraad kan het beleid aan de orde stellen in het periodieke overleg van de ondernemingsraad met de ondernemer (artikel 23 Wet op de ondernemingsraden). Daarbij kan de ondernemingsraad zijn gevoelens ten aanzien van het beleid ook kenbaar maken. Wij menen dat de formulering voor wat betreft hetgeen de ondernemingsraad met betrekking tot dit onderwerp vermag, voldoende duidelijk is.

Het kabinet zal in reactie op het advies van de SER van 19 december 2003 een afzonderlijk standpunt naar de Kamer sturen over andere bevoegdheden van de ondernemingsraad bij topinkomens.

Het was de leden van de CDA-fractie opgevallen dat het artikel niet ziet op een afvloeiingsregeling die de raad van commissarissen kan treffen met een bestuurder. Nu juist die regelingen vaak steen des aanstoots zijn, zou er volgens deze leden aanleiding zijn om de aandeelhoudersvergadering een bevoegdheid te verstrekken tot goedkeuring daarvan.

Artikel 135 lid 1 bepaalt dat in het bezoldigingsbeleid ten minste de in artikelen 2:383c tot en met 2:383e BW omschreven onderwerpen aan de orde moeten komen, voor zover die betrekking hebben op het bestuur. Artikel 2:383c BW ziet onder andere op uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband, waaronder ook afvloeiingsregelingen zijn begrepen. Men vergelijkte de toelichting op richtlijn 271–501 en 271–602 en volgende van de richtlijnen voor de jaarverslaggeving, waarop de artikelen 2:383c-e BW zijn gebaseerd. Het beleid ten aanzien van afvloeiingsregelingen wordt dan ook vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders.

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts aandacht voor het feit dat in het kader van afvloeiingsregelingen vaak ook door de vertrekkende bestuurder vrijwaring van aansprakelijkheid wordt bedongen. Deze leden waren van oordeel dat een dergelijke vrijwaring mogelijk geen hout snijdt, omdat er enerzijds geen decharge is verleend door de vergadering van aandeelhouders, doch anderzijds een vertrokken bestuurder niet meer op dezelfde wijze als een fungerend bestuurder verantwoording kan afleggen op basis waarvan een beslissing over decharge kan worden verleend.

Vrijwaring en decharge (kwijting) hebben betrekking op verschillende vormen van aansprakelijkheid. Vrijwaring gaat over gevallen waarbij een bestuurder wordt aangesproken door derden; gebruikelijk zijn constructies waarbij is vastgelegd dat de bestuurder de vennootschap in vrijwaring kan roepen (artt. 68–74 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) of dat de vennootschap de kosten vergoedt van eventuele procedures waarin deze door derden is betrokken, waaronder de advocaatkosten. Decharge gaat over aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap. De algemene vergadering van aandeelhouders kan via decharge aan de bestuurder kwijting verlenen van aansprakelijkheid. De kwijting kan slechts betrekking hebben op de interne aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap (HR 20 oktober 1989, Ellem, NJ 1990/308). Of aan vrijwaring behoefte is, hangt dus af van de omstandigheden van het geval.

De leden van de VVD-fractie gaven aan dat artikel 2:135 lid 4 BW de mogelijkheid opent dat een ander orgaan dan de algemene vergadering de bezoldiging vaststelt. Deze leden vroegen of in dat geval de bezoldiging niet hoeft te worden vastgesteld «met inachtneming van het beleid».

Ook indien in de statuten een ander orgaan dan de algemene vergadering is aangewezen voor de bepaling van de individuele bezoldiging van een bestuurder, dient die vaststelling plaats te vinden met inachtneming van het bezoldigingsbeleid. Lid 3 is de grondslag voor aanwijzing van een ander orgaan. Bij grotere vennootschappen met een verspreid aandelenbezit is het gebruikelijk dat de raad van commissarissen de bezoldiging van individuele bestuurders bepaalt. Hij dient daarbij te blijven binnen de kaders voor bezoldiging die zijn vastgelegd door de algemene vergadering. In de wet komt dit onderscheid tot uitdrukking in het gebruik van de termen bestuur (voor alle leden van het orgaan tezamen) en

bestuurders (voor de individuele leden). Lid 4 bevat een specifieke regeling voor de goedkeuring van aandelen- en optieregelingen, die de algemene beleidsbepaling van lid 1 en de invulling daarvan in lid 3 uitwerkt. Wil een orgaan aan een of meer bestuurders een optieregeling toekennen, dan dient de regeling op het geaggregeerde niveau (bestuur) te worden goedgekeurd door de aandeelhouders. In die regeling staat vervolgens hoeveel aandelen mogen worden toegekend en welke criteria daarbij gelden.

Artikel 154/264

De artikelen betreffen de vaststelling van nieuwe statuten door een vennootschap waarvan de algemene vergadering heeft besloten dat de structuurregeling niet langer (volledig) van toepassing zal zijn. Dit vereist een besluit tot beëindiging van de vrijwillige toepassing van de volledige of verzwakte structuurregeling. Teneinde voorts de statutenwijziging te bewerkstelligen is een daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering vereist. Wanneer de algemene vergadering geen besluit tot statutenwijziging neemt, voorzien de leden 5, 6 en 7 in een regeling. De statuten worden dan vastgesteld door de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. De leden van de CDA-fractie stelden de vraag of de ondernemingskamer daarbij aansluit bij het voorstel tot statutenwijziging of ook een eigen tekst kan vaststellen. Ook vroegen deze leden of de notaris een toetsende rol heeft in het kader van de statutenwijziging wanneer de algemene vergadering wel tot statutenwijziging besluit.

De ondernemingskamer bepaalt hoe de statuten van de vennootschap dienen te luiden. Uitgangspunt is daarbij het besluit van de algemene vergadering dat de statuten niet langer uitgaan van de toepassing van de (volledige) structuurregeling. De ondernemingskamer kan rekening houden met de omstandigheden van het geval. De ondernemingskamer kan bepalen dat voor de inhoud van de statuten van de vennootschap wordt aangesloten bij het voorstel tot statutenwijziging dat eerder aan de algemene vergadering is voorgelegd. Hij kan echter ook andersluidende statuten vaststellen. De ondernemingskamer is niet gebonden aan het ontwerp van de statuten dat door de algemene vergadering is afgewezen. Wanneer de algemene vergadering wel een besluit tot statutenwijziging neemt, moet nog een notariële akte tot statutenwijziging worden gepasseerd door de notaris. De notaris zal daarbij toetsen of aan alle voorwaarden voor de statutenwijziging is voldaan. De notaris dient zich er bijvoorbeeld van te overtuigen dat het besluit om de structuurregeling niet langer (geheel) toe te passen rechtsgeldig is, dat voorts het besluit tot statutenwijziging rechtsgeldig is en dat de beoogde statutenwijziging aansluit bij de wet.

De leden van de fractie van het CDA stelden voorts de vraag waarom de ondernemingsraad niet bevoegd is tot indiening van een verzoek tot vaststelling van de statuten in overeenstemming met lid 6. Ook vroegen zij naar de betekenis van lid 7.

Het bestuur, de raad van commissarissen en de aandeelhouders/kapitaalverschaffers hebben een rol in het kader van de besluitvorming over de beoogde statutenwijziging. De statuten van een naamloze vennootschap worden gewijzigd op grond van een besluit van de algemene vergadering (artikel 2:121 evenals 2:154/264 lid 4 BW). Dat besluit kan worden genomen wanneer de agenda van de algemene vergadering een daartoe strekkend agendapunt inhoudt (artikel 2:114 BW). Een afschrift van het voorstel tot statutenwijziging waarin de voorgedragen wijziging woordelijk is opgenomen, moet voorafgaand aan de algemene vergadering ter beschikking staan van de aandeelhouders

(artikel 2:123 BW). Kapitaalverschaffers kunnen via het agenderingsrecht van artikel 2:114a BW de mogelijkheid hebben om een eigen voorstel voor de wijziging van de statuten in te dienen. Op grond van artikel 2:154/264 lid 5 BW dient het bestuur van de vennootschap ervoor zorg te dragen dat tijdig een voorstel tot wijziging van de statuten wordt voorgelegd aan de algemene vergadering. De raad van commissarissen moet hierop toezicht houden. Het ligt voor de hand dat deze spelers in staat worden gesteld om zich tot de rechter te wenden teneinde een statutenwijziging af te dwingen. De bevoegdheid is niet toegekend aan kapitaalverschaffers van wie het belang onvoldoende omvang heeft om het agenderingsrecht te rechtvaardigen. De belangen van deze kapitaalverschaffers worden behartigd door het bestuur en de raad van commissarissen. Hetzelfde geldt voor de ondernemingsraad en de werknemers van de vennootschap. Ook zij hebben geen wettelijke rol in het kader van een statutenwijziging van de vennootschap. Aan hen komt daarom niet de bevoegdheid toe om zelf het verzoek in de zin van lid 5 van artikel 2:154/264 BW te doen.

De ondernemingskamer regelt zonedig de gevolgen van de beslissing over de vaststelling van de statuten. Ook wordt een afschrift van de beschikking ten kantore van het handelsregister neergelegd door de griffier van de ondernemingskamer (lid 7). De voorgestelde regeling houdt rekening met de mogelijkheid dat de ondernemingskamer opdracht wil geven aan bijvoorbeeld het bestuur of de raad van commissarissen om een met de statutenwijziging samenhangende handeling te verrichten. Wat die handeling zou kunnen zijn, hangt van de inhoud van de statuten af. Wanneer de nieuwe statuten inhouden dat in een reglement van de raad van commissarissen wordt bepaald welke procedure wordt gehanteerd voor de totstandkoming van besluiten waarbij een tegenstrijdig belang van een commissaris meespeelt, kan de ondernemingskamer de raad van commissarissen opdragen om zo'n reglement binnen een bepaalde termijn op te stellen.

Artikel 155a

Dit artikel breidt de mogelijkheden uit voor toepassing van de verzwakte regeling. Van het toepassingsbereik van dit artikel is een stichting administratiekantoor als enig aandeelhouder uitgesloten. De leden van de fractie van het CDA verzochten om een reactie op hun overwegingen over het gebruik van certificering door familievennootschappen.

De verzwakte regeling is vooral bedoeld voor vennootschappen die tot een groep behoren en die in de groepsstructuur als afhankelijke dochter een plaats innemen. Er is sprake van een nauwe band tussen de eigenaar en de onderneming. Die eigenaar wil dan een beleid kunnen voeren dat past in de groep. Is de eigenaar/enig aandeelhouder een kapitaalvennootschap, maar voldoet deze niet aan de huidige vereisten voor artikel 2:155/265 BW, dan kan eenheid van beleid niettemin worden bereikt door zelf vrijwillig de regeling te aanvaarden. De aandeelhouder die een natuurlijke persoon is of een stichting zoals het ABP kan de structuurregeling niet aanvaarden. Daarom voorziet artikel 2:155a/265a BW in een uitbreiding van het toepassingsbereik van de verzwakte regeling.

Toepassing van de regeling op administratiekantoren zou met zich brengen dat het verzwakte regime ook gaat gelden wanneer de aandelen zijn gecertificeerd en sprake is van een zeer verspreid bezit van die certificaten. Dat is niet beoogd, ook niet als de houders van die certificaten familie van elkaar zijn. Veelal roept een erflater zo'n stichting juist in het leven als de nauwe persoonlijke band tussen familie en onderneming verflauwt en hij bevreesd is voor ruzie. De vennootschap is evenmin

verlengstuk van de stichting AK als eigenaar/ondernemer. Bestaat er wel een band tussen onderneming en familieleden/economische eigenaren, dan kunnen zij die persoonlijke band aantonen door een onderlinge regeling tot samenwerking te sluiten. Dat vergt inderdaad een inspanning van die familieleden. Die inspanning achten wij een gerechtvaardigde eis teneinde enerzijds de natuurlijke persoon althans zijn erfgenamen de gelegenheid te bieden van de verzwakte regeling gebruik te maken en anderzijds misbruik van de regeling te voorkomen. De wet leent zich nu eenmaal niet voor uitzonderingen op basis van de omschrijving familievennootschap.

Artikel 158/268

De leden van de fractie van het CDA vroegen aandacht voor de besprekingen van het wetsvoorstel door P. A. M. Witteveen en H. J. de Kluiver. De leden van de fractie van de PvdA hadden in dit verband vragen over het vervallen van het bezwaarrecht in relatie tot het verkrijgen van het versterkte voordrachtsrecht.

Met de kanttekeningen van de heer Witteveen kon al in de nota naar aanleiding van het verslag rekening worden gehouden. Dat heeft onder meer geleid tot aanpassing van lid 11 voor wat betreft de uitoefening van de bevoegdheden van «de» ondernemingsraad wanneer er meer dan één ondernemingsraad is. Zien wij het goed, dan maakt de schrijver voorts terecht onderscheid tussen de profielschets voor de gehele raad van commissarissen en die voor een individuele kandidaat, waarbij hij de ondernemingsraden adviseert actief te zijn indien sprake is van individuele profielschetsen. Ook voor het overige legt hij de nadruk op de wenselijkheid dat alle betrokkenen in onderling overleg tot nadere afspraken komen. Dat lijkt ons juist.

Het preadvies van prof. De Kluiver voor de vergadering van de Christen Juristenvereniging van 23 mei 2003 sluit af met een aantal stellingen en aanbevelingen. De stellingen hebben voor een groot deel betrekking op modernisering van het vennootschapsrecht en de uitgangspunten die de wetgever daarbij moet en kan hanteren. Daarover gaat de toegezegde nota modernisering ondernemingsrecht. Wij vertrouwen er op dat die stellingen in dat debat uitgebreid aan de orde zullen worden gesteld. Waar het gaat om de structuurregeling menen wij dat de nieuwe regeling per saldo niet nadelig voor de ondernemingsraad behoeft uit te werken. In het huidige stelsel is gelijkheid van aandeelhouders en werknemers van principiële betekenis, zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van wet (Kamerstukken 1969–70, 10 751, nr 3, para. 10). Inmiddels is duidelijk dat behoud van de pluraliteit van belangen – die door ons wordt onderschreven – niet vereist dat aandeelhouders en werknemers ook identieke instrumenten ter beschikking staan. Doel van het voorstel is om de verantwoording van de raad van commissarissen te versterken door de algemene vergadering en de ondernemingsraad meer invloed op de benoeming van commissarissen te geven. Het benoemingsrecht van de algemene vergadering en het bijzondere voordrachtsrecht van de ondernemingsraad vervullen die rol. In relatie tot het benoemingsrecht van de algemene vergadering past het niet om aan de ondernemingsraad niet alleen een bijzonder voordrachtsrecht maar ook een bezwaarrecht toe te kennen. Overigens is het bezwaarrecht, zoals bekend, in de afgelopen 35 jaar nauwelijks gebruikt.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of wij het karakter van de bespreking van de profielschets nader kunnen bepalen.

Te verwachten valt dat de profielschets met de aandeelhouders kan worden besproken in de algemene vergadering van aandeelhouders, het forum voor een gedachtewisseling tussen bestuur, commissarissen en aandeelhouders. Gaat het om de ondernemingsraad, dan ligt het voor de hand dat gebruik wordt gemaakt van de overlegvergadering met de bestuurder. In beide gevallen worden notulen gemaakt. De bespreking is in beide gevallen een uitwisseling van informatie. Zij volgt geen door de wet opgelegd stramien, evenmin als er bij wet voorschriften worden verbonden aan de inhoud van die profielschets. De profielschets is een hulpmiddel in de corporate governance discussie binnen de vennootschap. Ook thans maken veel vennootschappen van zo'n schets gebruik. Tot grote botsingen heeft dat voor zover ons bekend niet geleid. Wij achten het dan ook niet goed denkbaar dat een raad van commissarissen een wens van een grote groep aandeelhouders ten aanzien van een profielschets zonder meer naast zich neerlegt. In dat geval, zo vermoeden wij, gaat het eigenlijk niet om de tekst van de profielschets, maar om een fundamenteel verschil van mening tussen aandeelhouders en toezicht-houders over het beleid van de vennootschap. Evenmin valt te verwachten dat aandeelhouders *en masse* kandidaten afwijzen die wel geschikt zijn uitsluitend omdat zij bepaalde wensen hebben ten aanzien van de inhoud van de profielschets. Het besluit om een kandidaat af te wijzen behoeft evenwel niet te worden genomen op bepaalde gronden; in het uiterst theoretische geval dat een goede kandidaat wordt afgewezen uitsluitend omdat er een verschil van mening bestaat over de profiel-schets, is dat besluit rechtsgeldig. Dat geldt ook als de kandidaat is voorgedragen op basis van het versterkte voordrachtsrecht van de ondernemingsraad als bepaald in lid 6, zo kunnen wij de leden van de CDA fractie antwoorden. De rechtsgeldigheid van een besluit van de aandeelhoudersvergadering kan op de gebruikelijke wijze worden aangetast wegens strijd met bijvoorbeeld artikel 2:8 of 2:15 BW.

De toetsing door de ondernemingskamer van het bezwaar is gelijk aan de toets in de bestaande procedure. De ongegrondverklaring van het bezwaar betekent dat het bezwaar niet genoegzaam steunt op een van de in het artikel genoemde gronden. Er wordt getoetst aan het geheel van de feiten in hun onderlinge samenhang bezien; die toets is dus inhoudelijk en niet alleen marginaal.

De leden van de fractie van het CDA stelden dat wellicht kan worden gezegd dat de ondernemingsraad zijn recht heeft verspeeld indien een bezwaar tegen een eerdere voordracht gegrond is verklaard.

De procedure rond het bezwaarsrecht van de raad van commissarissen kan er toe leiden dat een kandidaat niet wordt voorgedragen door de raad van commissarissen omdat er door de ondernemingskamer gerechtvaardigd geachte bezwaren waren. Die bezwaren hoeven niet per definitie te kleven aan de kandidaat; zij kunnen ook betrekking hebben op de samenstelling van de raad van commissarissen na benoeming. Met de nieuwe procedure wordt mede gestreefd naar verruiming van de kring van kandidaten waaruit leden van de raad worden benoemd. Met die gedachte verdraagt zich slecht dat een ondernemingsraad die met een «nieuwe» kandidaat komt die om welke reden dan ook niet kan worden benoemd, zijn rechten zou hebben verspeeld. Dat geldt tenslotte ook niet voor de raad van commissarissen als de aandeelhouders een kandidaat van die raad afwijzen. Uiteindelijk zal de raad van commissarissen bij de vervulling van zijn taak mede acht moeten slaan op de belangen van de werknemers.

De leden van de fractie van de VVD hadden een vraag over de nieuwe formulering van lid 9 en wezen daarbij op commentaar in de literatuur van prof. Gerard van Solinge en mr A. Leijten.

In beginsel wordt een kandidaat benoemd tenzij de meerderheid van de aandeelhouders zich tegen benoeming verzet en die meerderheid ten minste een derde van het aandelenkapitaal vertegenwoordigt. Is niet ten minste een derde van het kapitaal vertegenwoordigd, dan kan geen besluit tot afwijzing worden genomen, zelfs niet als alle aanwezige aandeelhouders zich tegen de kandidaat zouden keren. Zien wij het goed, dan wil de Tweede Kamer met het amendement de positie van aandeelhouders verder versterken. Is niet ten minste een derde van de aandeelhouders aanwezig geweest, dan kan een tweede vergadering worden gehouden waarin de eis van een derde aanwezigheid en voorstemmers niet langer geldt. Dat betekent inderdaad dat in de tweede vergadering de eisen aanzienlijk lichter zijn: niet alleen hoeft niet een minimum deel van het kapitaal vertegenwoordigd te zijn, het besluit hoeft niet te worden gedragen door ten minste een derde van het kapitaal. Om die reden waren wij geen voorstander van het amendement. Op zichzelf beschouwd is de regeling echter ondubbelzinnig en hoeft het geen aanleiding te geven tot problemen. De door prof. Van Solinge geschetste situatie waarin wel een derde van het kapitaal vertegenwoordigd is maar een besluit niet de steun heeft van ten minste een derde van het kapitaal wordt door de tweede volzin niet bestreken. In dat geval is er blijkbaar onvoldoende steun voor de afwijzing van een kandidaat, terwijl niet gesteld kan worden dat dat samenhangt met een te beperkte opkomst. Het is overigens inherent aan het opnemen van grenzen in de wet dat zich gevallen kunnen voordoen waarin die grens net wel of net niet wordt overschreden. Maar tactisch wegblijven teneinde doorbreking van een voordracht te bevorderen, is niet zo eenvoudig. Daarvoor is noodzakelijk dat de betreffende aandeelhouders precies weten hoe het aandelenbezit verdeeld is en hoe de andere aandeelhouders in beide vergaderingen zullen optreden. Aandeelhouders die aanvankelijk niet verschenen, bijvoorbeeld omdat zij geen behoefte hadden aan stemmen, kunnen immers besluiten in de tweede vergadering wel te verschijnen om voor de kandidaat stemmen.

Artikel 161a/271a

Dit artikel gaat over het ontslag van de gehele raad van commissarissen. De leden van de CDA-fractie stelden een aantal vragen met betrekking tot het besluit van de algemene vergadering om de gehele raad van commissarissen te ontslaan.

De algemene vergadering kan bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, het vertrouwen in de raad van commissarissen opzeggen. Het besluit moet door de algemene vergadering worden gemotiveerd. Het besluit heeft het ontslag van de gehele raad van commissarissen tot gevolg. Wanneer een aanzienlijk deel van de aandeelhouders het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen heeft verloren, moet zij in staat zijn om de leden van de raad te ontslaan zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter. Bij een zodanige vertrouwensbreuk kan handhaving van de commissarissen niet van de aandeelhouders worden verlangd. Zoals de aan het woord zijnde leden aangaven, kan een conflict tussen aandeelhouders en commissarissen ook betekenen dat een conflict bestaat tussen aandeelhouders en bestuur, maar de gang van zaken bij enkele grote vennootschappen in de afgelopen tijd – men denke aan Corus – laat zien dat dit niet altijd het geval hoeft te zijn. Onafhankelijk van aandeelhouders of bestuurders heeft

de raad van commissarissen een eigen wettelijke taak. Hij zal zelf moeten beoordelen of er voldoende reden is om bestuursleden te ontslaan wanneer (een deel van de) aandeelhouders daarop aandringt. Zou de raad niet tot ontslagverlening van bestuurders besluiten en zou de consequentie daarvan zijn dat de algemene vergadering besluit het vertrouwen in de raad op te zeggen, dan zal de algemene vergadering dat besluit met redenen moeten omkleeden. Indien ook overigens is voldaan aan het bepaalde in artikel 2:161a lid 1, dan is een gemotiveerd ontslagbesluit van de aandeelhouders rechtsgeldig, ook wanneer de leden van de raad hun taak feitelijk naar behoren hebben vervuld.

Wanneer de gehele raad van commissarissen wordt ontslagen, zal de ondernemingskamer onverwijld tijdelijk een of meer commissarissen aanstellen. Er zal zich slechts voor een korte periode de situatie kunnen voordoen dat bij een structuurvennootschap – ten gevolge van het ontslag van alle commissarissen – geen enkele commissaris is aangesteld. In het uitzonderlijke geval dat ook het bestuur ontbreekt, zal een tijdelijke commissaris zo spoedig mogelijk in de vacatures van het bestuur moeten voorzien. Het ligt niet voor de hand om de raad van commissarissen die het vertrouwen van de algemene vergadering heeft verloren, nog een tijdlang te laten optreden, ook niet als vertegenwoordigers van de vennootschap in het geval dat het bestuur is afgetreden. Aan die vertegenwoordigers zullen de aandeelhouders immers ook niet hun vertrouwen willen verbinden. Hetzelfde geldt ten aanzien van de vraag van de leden van de CDA-fractie of het niet wenselijk is te bepalen dat de raad van commissarissen in functie blijft totdat de ondernemingskamer een of meer tijdelijke commissarissen heeft aangesteld. Vanaf het tijdstip waarop het besluit is genomen dat de gezamenlijke commissarissen het vertrouwen van de algemene vergadering hebben verloren, ontstaat een situatie waarin de (tijdelijke) handhaving van de commissarissen geen zin heeft. Zij genieten niet de steun en het vertrouwen van de aandeelhouders en kunnen daardoor hun taak niet goed vervullen. Omgekeerd kan van de (ex-)commissarissen niet worden verlangd dat zij ondanks een «motie van wantrouwen» van de aandeelhouders toch doorgaan om de belangen van – onder meer – die aandeelhouders te behartigen.

De leden van de CDA-fractie vroegen wat men zich moet voorstellen bij een besluit dat met redenen is omkleed evenals wat het rechtsgevolg is wanneer een besluit niet aan de voorwaarden van lid 2 van art. 2:161a/271a voldoet.

Het besluit van de algemene vergadering om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen vereist dat daartoe een agendapunt wordt opgenomen in de agenda van die vergadering. Ook moet de ondernemingsraad ten minste 30 dagen voorafgaand aan de betreffende algemene vergadering op de hoogte worden gesteld van het voorstel voor het besluit en de gronden daartoe. Degene die het agendapunt heeft voorgesteld, zal zijn voorstel moeten motiveren. Deze motivering is van belang voor het verdere verloop van de procedure. De algemene vergadering zal moeten afwegen of het beoogde ontslag van de raad van commissarissen gerechtvaardigd is. Wanneer de afweging van de algemene vergadering leidt tot het besluit om het vertrouwen op te zeggen, zijn daarmee de gronden voor het besluit bekend. Het bestuur van de vennootschap houdt van de genomen besluiten aantekening (artikel 2:120 lid 4 BW). Een individuele aandeelhouder kan andere gronden hebben voor het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen dan degene die het agendapunt heeft voorgesteld. Dat laat onverlet dat voor de besluitvorming van de algemene vergadering en de motivering van het besluit op grond van artikel 2:161a/271a slechts

relevant is of de betreffende aandeelhouder de motivering van degene die het agendapunt heeft voorgesteld, kan ondersteunen.

De regeling in artikel 161a/271a lid 2 BW bewerkstelligt dat de ondernemingsraad in staat is de algemene vergadering op de hoogte te stellen van zijn standpunt. De ondernemingsraad kan zijn standpunt in de algemene vergadering doen toelichten. Wanneer het besluit van de algemene vergadering is genomen terwijl de ondernemingsraad in het geheel niet in de gelegenheid is gesteld om zijn gevoelen ten aanzien van het (voorgenomen) besluit kenbaar te maken, is het besluit vernietigbaar (artikel 2:15 lid 1 onder a BW). Het besluit is dan genomen in strijd met de wettelijke regels ten aanzien van de totstandkoming. De positie van de ondernemingsraad is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de positie van bestuurders en commissarissen die een raadgevende stem hebben in de algemene vergadering (artikel 2:117 lid 4 BW). Ook daarvan is de ratio dat – in dat geval bestuurders of commissarissen – in de gelegenheid worden gesteld om hun visie te geven op een door de algemene vergadering voorgenomen besluit, zodat de aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden. Het besluit is in dat geval eveneens in beginsel vernietigbaar (Hof Amsterdam 18 mei 1989, NJ 1989, 591 en Maeijer in zijn noot bij HR 10 maart 1995, NJ 1995/595).

De leden van de PvdA-fractie vroegen waarom in art. 2:161a/271a niet overeenkomstig art. 2:158/268, lid 9 en 12, is bepaald dat wanneer bij volstreekte meerderheid het vertrouwen in de raad van commissarissen is opgezegd, maar in de algemene vergadering niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal was vertegenwoordigd, een nieuwe vergadering bijeen kan worden geroepen waarin bij volstreekte meerderheid kan worden besloten tot opzegging van het vertrouwen, onafhankelijk van de omvang van de vertegenwoordiging van het kapitaal in de (tweede) vergadering.

Zoals deze leden in herinnering brengen, zijn de voorwaarden voor een besluit van de algemene vergadering betreffende de afwijzing van een voordracht voor de benoeming van een lid van de raad van commissarissen gewijzigd bij amendement van de Tweede Kamer. In een tweede vergadering zijn de voorschriften voor afwijzing van een kandidaat aanmerkelijk verlicht ten opzichte van de eerste vergadering. Daar staat tegenover dat die tweede vergadering alleen plaatsvindt indien in de eerste vergadering onvoldoende kapitaal was vertegenwoordigd om een afwijzend besluit te nemen, maar de aanwezigen wel in meerderheid tegen waren. Een vergelijkbaar amendement is niet ingediend ten aanzien van artikel 2:161a/271a BW. Het besluit tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen heeft het ontslag van de gehele raad tot gevolg. Het rechtsgevolg is ingrijpender dan bij de afwijzing van een voordracht voor benoeming van leden van de raad van commissarissen. Een zo belangrijk besluit behoort naar onze mening niet genomen te kunnen worden op basis van een toevallige meerderheid in een algemene vergadering die minder dan een derde deel van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt. Voor het besluit is derhalve het quorumvereiste gehandhaafd, ook in een eventueel tweede algemene vergadering.

De leden van de VVD-fractie vroegen hoe de mogelijkheid van de algemene vergadering om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen zich verhoudt tot het geval dat een aandeelhouder 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij houdt. Deze leden vroegen hoe gewaarborgd wordt dat de moeder de gerechtvaardigde belangen van de dochter in voldoende mate afweegt voordat de raad van commissarissen van de dochter wordt ontslagen.

Wanneer de structuurregeling van toepassing is op een vennootschap waarvan alle aandelen (of een grote meerderheid van de aandelen) in handen zijn van een en dezelfde aandeelhouder, dan kan deze aandeelhouder voldoen aan de voorwaarden voor opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen zoals bepaald in artikel 2:161a/271a BW. De aandeelhouder vertegenwoordigt de meerderheid in de algemene vergadering. Ook wordt voldaan aan het quorumvereiste. Wanneer die aandeelhouder het vertrouwen in de raad van commissarissen heeft verloren, is er ook geen reden om hem de mogelijkheid te onthouden om de raad heen te zenden. Van de aandeelhouder kan niet worden verlangd dat hij enkel omdat hij grootaandeelhouder is genoeg neemt met een raad van commissarissen die hem geen vertrouwen inboezemt. Er zijn verschillende mechanismen die bevorderen dat een grootaandeelhouder geen misbruik zal maken van de mogelijkheid om het vertrouwen op te zeggen. De aandeelhouder dient het voorgenomen besluit te motiveren (lid 1). Wanneer deze motivering achterwege blijft, is het besluit in rechte aantastbaar. Denkbaar is ook het ontslagbesluit in rechte te laten toetsen. Daarnaast geldt dat de aandeelhouder niet in staat is om de raad van commissarissen terstond te vervangen door een raad waarvan hij de samenstelling geheel zelf heeft bepaald. In eerste instantie zal de ondernemingskamer een of meer tijdelijke commissarissen aanstellen. De aldus gevormde raad van commissarissen moet bevorderen dat er een nieuwe raad wordt samengesteld met inachtneming van de voorschriften van artikel 2:158/268 BW.

Artikel 391

Zowel de leden van de CDA-fractie als de leden van de PvdA-fractie stelden een vraag over de positie van de Eerste Kamer in verband met de toepassing van artikel 2:391.

In dit artikel is in lid 4 bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften kunnen worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag en in het bijzonder omtrent de naleving van een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode. In een nieuw lid 5 is bepaald dat de voordracht voor een algemene maatregel van bestuur niet eerder wordt gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd. Het ontwerp van de algemene maatregel van bestuur zal daarom zowel bij de Tweede als bij de Eerste Kamer worden voorgehangen, zodat beide Kamers zich daarover kunnen uitspreken.

Artikel IV

De leden van de VVD-fractie vroegen of vennootschappen een extra algemene vergadering moeten houden, uitgaand van de veronderstelling dat het wetsvoorstel, nadat het kracht van wet heeft gekregen, in werking treedt op 1 januari 2004. Zij vroegen ook hoeveel vennootschappen dit zou betreffen en of het geen aanbeveling verdient om de inwerkingtreding van de wet op 1 juli te bepalen.

De bepaling verplicht niet tot het houden van een extra algemene vergadering. Het artikel verplicht in bepaalde gevallen tot het doen van een voorstel aan de algemene vergadering over de verdere toepassing van de structuurregeling evenals het opstellen van een profielschets van de beoogde omvang en samenstelling van de raad van commissarissen. Het bedoelde voorstel en de profielschets worden besproken in de eerstvolgende algemene vergadering die plaatsvindt nadat een termijn van zes maanden is verstreken na de datum van inwerkingtreding van de wet. Deze algemene vergadering zal in het algemeen de jaarlijkse

vergadering van de vennootschap betreffen. Er behoeft voor de toepassing van Artikel IV geen tussentijdse vergadering te worden georganiseerd, zodat in zoverre niet voor extra kosten behoeft te worden gevreesd. Dat neemt niet weg dat bij het bepalen van de datum van inwerkingtreding rekening kan worden gehouden met het gegeven dat juist in het voorjaar veel algemene vergaderingen worden gehouden. Mocht het wetsvoorstel tot wet worden verheven, dan komt de datum 1 juli 2004 ons vooralsnog niet onredelijk voor. Wel moet voor dit tijdstip rekening worden gehouden met de termijn van zes weken die in op grond van artikel 12 lid 1 van de Tijdelijke referendumwet in acht moet worden genomen.

Diversen

De leden van de vaste commissie voor Justitie hebben nog enkele redactionele opmerkingen gemaakt. Zij verwezen naar het tweede deel van de eerste volzin van artikel 155 lid 10 (bedoeld zal zijn artikel 158 lid 10), dat als een zelfstandige zin zou kunnen worden geformuleerd. Wij nemen aan dat een gelijke opmerking is beoogd ten aanzien van artikel 158 lid 11. Ook is opgemerkt dat in het bij amendement toegevoegde deel van artikel 159 lid 9 (bedoeld zal zijn 158 lid 9) het woord «meerderheid» niet correct is geschreven.

Hetzelfde geldt voor 268 lid 9. Ook dient aan onderdeel N nog een dubbele punt te worden toegevoegd. Wij danken de commissie voor de redactionele opmerkingen. Zij zullen worden meegenomen in een ander wetsvoorstel zodra zich daarvoor een passende gelegenheid voordoet.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst

De Minister van Financiën,
G. Zalm

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. J. de Geus