

Vergaderjaar 2003–2004

28 179

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

D

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 4 juni 2004

Algemeen

Met belangstelling nam ik kennis van de nadere vragen van de leden van de fracties die in het nader voorlopig verslag aan het woord zijn.

De leden van de fractie van het CDA vroegen mijn reactie op de beschouwingen in het nader voorlopig verslag over de verhouding tussen codes en wetgeving. Deze leden verzochten voorts een reactie op de stellingen in de artikelen van mr R. Nowak en prof. mr G. van Solinge alsmede van prof. mr M. J. G. C. Raaijmakers in WPNR 04/6563 over de verhouding tussen code en wet.

Met de leden van de fractie van het CDA en genoemde schrijvers ben ik van oordeel dat opstellers van een code zonder een formele, in de wet opgenomen grondslag, geen regelgeving of inhoudelijk algemeen verbindende voorschriften kunnen vaststellen. Evenmin kan een commissie op basis van zelfregulering de naleving van de code of de rechtsgevolgen bepalen. De gebondenheid wordt bepaald door de geadresseerden van de norm. Zij kunnen verklaren dat zij zich aan (onderdelen van) de code houden. Aan die verklaring kunnen rechtsgevolgen worden verbonden. Artikel 2:391 lid 4 BW verleent aan de code steun door voor alle vennootschappen die daartoe bij AMvB worden aangewezen, voor te schrijven dat zij over naleving een standpunt moeten innemen. De reden hiervoor is de ervaring met de aanbevelingen van een eerdere commissie corporate governance (commissie-Peters) uit 1997. Naleving van deze aanbevelingen bleef onder meer beperkt omdat vennootschappen uit concurrentieoverwegingen bepaalde informatie slechts publiek wilden maken als zij de verzekering hadden dat hun concurrenten zulks ook zouden doen. Artikel 2:391 lid 4 BW maakt aan die onzekerheid een einde. Maar het streven is niet naar gebondenheid in juridische zin aan de materiële codebepalingen. Dat zou slechts leiden tot een door ons allerminst gewenste «afvinkmentaliteit» en verdere verdichting van rechtsregels. De aantrekkingskracht van een code is gelegen in haar flexibiliteit en ruimte om anders dan krachtens wettelijke regels verdergaande transparantie te bereiken omtrent de opvattingen die in de vennootschap en bij haar organen leven ten aanzien van goed

ondernemingsbestuur. Het zou afdoen aan de inspanningen van de commissie corporate governance indien haar werk uitsluitend op de juridische formulering zou worden beoordeeld. Een code is er niet om rechtsvragen te beantwoorden of rechtsregels te ontwerpen, maar om een leidraad te bieden voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.

Dat wil niet zeggen dat een code vrijblijvend is. Daartoe aangewezen vennootschappen zullen de code moeten toepassen. Het voorgestelde artikel 2:391 lid 4 BW scheidt daartoe een basis. Met toepassen wordt bedoeld: hetzij de materiële bepalingen in de code volgen, hetzij aangeven waarom men een bepaling niet volgt, eventueel met vermelding van een alternatief. Zo kan het volgen van een andere code of bepalingen uit een andere code een reden zijn om de Nederlandse codebepaling niet te benutten. Waar het om gaat, is dat informatie wordt verschaft over de wijze waarop de vennootschap omgaat met vraagstukken rond bestuur en toezicht. Dat kan eveneens worden ingekleed naar het stramen van een bepaalde buitenlandse code. Heel groot acht ik het risico van daadwerkelijke botsing van codes overigens niet, omdat de opstellers van de code corporate governance in belangrijke mate zijn geïnspireerd door andere codes.

Het gegeven dat een bepaling in de code voorkomt, is op zichzelf niet doorslaggevend om van wetgeving af te zien, zo kan ik de leden van de fractie van het CDA antwoorden. Van belang is de aard en gewenste rechtskracht van een voorschrift, die mede bepalen of dat voorschrift beter past in een flexibele code dan wel dat opnemen in de formele wet noodzakelijk is. Dat geldt bijvoorbeeld voor het aantal bestuur- of commissarisfuncties dat een persoon mag vervullen. De reacties op de conceptcode hebben laten zien dat de wet zich niet goed leent voor het bepalen van een absoluut aantal bestuursfuncties of commissariaten, gelet op de diversiteit van het werk en de daarmee gemoeide tijd. In sommige situaties kan men goed zes of zeven functies vervullen, in andere gevallen heeft men aan twee de handen vol. Nadeel van het opnemen van een verbod op het uitoefenen van meer dan (bijvoorbeeld) vijf bestuursfuncties of commissariaten is verder dat zo'n verbod ook gehandhaafd moet worden, en overtreding moet worden gesanctioneerd. Daarbij rijzen vragen over de rechtsgeldigheid van besluiten genomen door (een orgaan met) een bestuurder of commissaris die meer dan het wettelijk toegestane aantal commissariaten vervult. Staat een bepaling in de code, dan kan een vennootschap aangeven of wordt afgeweken en zo ja op welke wijze en waarom. De vennootschap die in haar jaarverslag aangeeft hoe zij met de bepalingen in de code omgaat, legt zich vast ten opzichte van de overige belanghebbenden als bedoeld in artikel 2:8 BW. Geeft een vennootschap aan dat ten aanzien van het aantal commissariaten de aanbevelingen worden gevolgd, dan kan zij daarop worden aangesproken door de aandeelhouder die iets anders constateert, bijvoorbeeld met een beroep op artikel 2:8 BW of in voorkomende gevallen de artikelen 2:9, 2:138 of 2:149 BW. Voorstelbaar is verder dat aan de rechter wordt voorgelegd of handelen in strijd met gedane toezeggingen over de naleving van een code wanbeleid is in de zin van het enquêterecht. Dat laatste is ook aan de orde indien tussen aandeelhouders en bestuur onenigheid bestaat over de vraag of een codebepaling wel of geen toepassing verdient. Niet de overtreding van een materiële bepaling van de code, maar verschil van inzicht over het te voeren beleid staat dan ter discussie. En tenslotte kan het ontbreken van een paragraaf over de toepassing van de code aanleiding zijn voor het onthouden van een goedkeurende verklaring door de accountant en/of een procedure op grond van artt. 999 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zoals bekend streeft het kabinet er naar de naleving van de jaarrekeningvoorschriften (ook) te doen handhaven door de Autoriteit

Financiële Markten (AFM). Handhaving betekent dat de AFM controleert of er een paragraaf als bedoeld in artikel 2:391 lid 4 in het jaarverslag staat, niet of de inhoud van die paragraaf naar het inzicht van de AFM blijkt geeft van goede corporate governance. Men zie over naleving van de code ook Timmerman, Kroniek van het vennootschapsrecht, NJB 2003, p 1626 e.v. en Winter, In Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance, in : LT, verzamelde opstellen aangeboden aan Vito Timmerman, Deventer 2003, p. 331 e.v.

De leden van de fractie van het CDA vroegen te bevestigen dat een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders om afwijking van de codebepalingen over verstrengeling van belangen van commissarissen te aanvaarden, geen afbreuk kan doen aan de rechten van individuele aandeelhouders om een in rechte genomen besluit dat in strijd is met de code aan te vechten.

Ik ben het in grote lijnen eens met de aan het woord zijnde leden, al past hier enige nuancering. Zoals door hierboven genoemde schrijvers ook opgemerkt, bevat de code deels een weergave van het geldend recht, bijvoorbeeld over de taak van het bestuur of het beginsel van onafhankelijkheid van commissarissen. Van die wetsbepalingen kan – uiteraard – niet worden afgeweken door verwijzing naar andere gebruiken, ook niet met een beroep op «leg uit». Een eventueel andersluidend besluit van een vennootschapsorgaan kan in rechte worden aangetast, niet wegens strijd met de code, maar wegens strijd met de betreffende wettelijke bepaling. Nowak en Van Solinge vroegen zich in dit verband af of artikel 2:15 BW aanpassing zou behoeven om een besluit genomen op grond van verkeerd toegepaste codebepalingen in rechte te kunnen vernietigen. Zo'n aanpassing creëert evenwel onjuiste verwachtingen bij belanghebbenden. Vernietiging van een besluit op grond van het niet of onjuist toepassen van materiële codebepalingen doet vermoeden dat die bepalingen zelf (pseudo-) kracht van wet hebben. Dat is niet beoogd.

De leden van de fractie van het CDA verzochten om een nadere toelichting van de toezichtstructuur bij institutionele beleggers. Deze leden toonden zich bevreesd dat (medewerkers van) die beleggingsinstellingen in verband met hun eigen bezoldiging zouden streven naar vergroting van de aandeelhouderswaarde op de korte termijn en zo het beleid van het bestuur zouden beïnvloeden.

Instellingen die, kortweg, risicodragende transacties aangaan met geld dat door anderen aan deze instellingen voor dat doel ter beschikking is gesteld, staan in Nederland onder toezicht. Dat geldt ook voor instellingen die tegoeden beheren waar bepaalde aanspraken op termijn tegenover staan, zoals pensioenen en verzekeringen. Deze beleggers streven naar vergroting van de aandeelhouderswaarde en een herwaardering van de positie van de algemene vergadering van aandeelhouders, juist om de waarde van hun beleggingen op de lange termijn positief te beïnvloeden. Zij houden veelal ook aanzienlijke pakketten die niet zonder meer van de hand worden gedaan teneinde een snelle winst te kunnen nemen. De toezichthouders controleren deze lange termijn benadering door het stellen van strikte eisen aan de solvabiliteit van dergelijke ondernemingen en aan de verhouding tussen de waarde van de verplichtingen en de waarde van de effectenportefeuilles die deze verplichtingen dekken. Een daling van de beurskoersen was afgelopen jaar nog aanleiding voor de toezichthouder Pensioen- & Verzekeringkamer om van de pensioenfondsen maatregelen te eisen waardoor die verhoudingen weer op peil werden gebracht, zoals bekend leidende tot stijging van pensioenpremies. Voorts is in reactie op de Code corporate governance (Kamerstukken II 2003/04, 29 449, nr. 1) door het kabinet aangekondigd dat institutionele

beleggers wettelijk worden verplicht een beleid te hebben inzake de uitoefening van de zeggenschapsrechten op de aandelen die zij bezitten, dit bekend te maken en jaarlijks verslag te doen van de uitvoering van het beleid. Dergelijke verplichtingen onderstrepen de verantwoordelijkheid van institutionele beleggers om primair te handelen in het belang van hun begunstigen of beleggers. Daarbij hoort een zorgvuldige en transparante beoordeling van het gebruik maken van de zeggenschapsrechten.

Artikel 118a

De leden van de fractie van het CDA verwezen naar het in de memorie van antwoord geschetste geval dat aan een derde een volmacht is verleend om te stemmen in de algemene vergadering nadat de aandeelhouder uit de mededelingen van de certificaathouder opmaakte dat die certificaathouder geen volmacht zou verlangen op grond van het bepaalde in lid 1 en zich tussen het moment van die mededeling en de algemene vergadering een gebeurtenis voordoet waardoor de certificaathouder toch gebruik wil maken van zijn recht als vervat in lid 1. Deze leden vroegen zich af wat de positie van de derde is aan wie reeds een volmacht is verleend.

Een volmacht verleend aan een derde wordt niet bestreken door de bijzondere situatie van dit artikel en werkt niet privaat. De volmachtgever kan aan die volmacht eenvoudig de werking ontnemen door zelf ter vergadering te verschijnen en te stemmen. Ook kan de volmachtgever een volmacht verleend aan een derde intrekken en, afhankelijk van het tijdsverloop, de bijzondere volmacht van lid 1 verlenen aan de certificaathouder. Of dat tot vergoeding van de eventuele door de derde geleden schade leidt, hangt geheel af van de omstandigheden van het geval en de reden voor het verlenen van de volmacht aan de derde. In de memorie van antwoord is aangegeven dat het verlenen van onherroepelijke volmachten aan derden door een houder van aandelen waarvoor certificaten zijn uitgegeven als bedoeld in lid 1 bepaald niet in de rede ligt, gelet op het voor die onherroepelijkheid vereiste bijzondere belang en de zekere beperking van de beschikkingsbevoegdheid die inherent is aan lid 1. Zou een onherroepelijke volmacht in een zeer uitzonderlijk geval niettemin zijn verleend, dan stemt de derde en vertaalt het niet nakomen van de verplichting van de aandeelhouder aan de certificaathouder als bedoeld in lid 1 zich in een vordering tot vergoeding van de door die certificaathouder geleden schade. In die procedure kan dan aan de orde komen voor wiens rekening en risico een en ander moet komen, waarbij de rechter ook kan beoordelen in hoeverre de aandeelhouder had mogen vertrouwen op de mededeling van de certificaathouder. Tot problemen rond de geldigheid van de uitgebrachte stem leidt dit niet.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of het tijdstip waarop de stemgerechtigde (in dit geval de aandeelhouder, niet de certificaathouder) de verwachting heeft dat een openbaar bod zal worden aangekondigd, altijd ligt na het moment waarop volgens de fusiecode de vakbonden moeten zijn ingelicht door het bestuur.

De stemgerechtigde kan zijn verwachting omtrent een openbaar bod ontlenen aan verschillende situaties. De stemgerechtigde kan zijn benaderd door een potentiële bidder of van het bestuur van de vennootschap hebben vernomen dat deze is benaderd. Ook kan een openbare mededeling zijn gedaan op grond van de regels betreffende openbare biedingen in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) en het op deze wet gebaseerde Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (Bte 1995). In het Bte 1995 zijn gedetailleerde bepalingen opgenomen over het doen van openbare mededelingen over een op handen zijnd bod (artikel 9b Bte

1995). In dat geval is het moment van verwachting van de stemgerechtigde ook objectief te bepalen. In artikel 3 van de SER Fusiegedragsregels 2000 is de bepaling opgenomen dat voordat een openbare mededeling wordt gedaan over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie de verenigingen van werknemers van de inhoud in kennis worden gesteld. Indien een algemeen voor het effectenverkeer geldend voorschrift zich tegen voorafgaande kennisgeving verzet, vindt de kennisgeving van werknemers plaats uiterlijk op het moment waarop de openbare mededeling wordt gedaan. Deze bepaling is opgenomen om rekening te houden met het verbod op het mededelen van voorwetenschap (artikel 46a Wte 1995). Ingevolge artikel 4, eerste lid, van de SER Fusiegedragsregels 2000 moeten de vakbonden in ieder geval voordat overeenstemming over een fusie wordt bereikt, in kennis zijn gesteld.

Ontleent de stemgerechtigde zijn verwachting aan een voor ieder kenbare openbare mededeling, dan zal het moment waarop volgens de fusiecode de vakbonden moeten zijn ingelicht daarmee samenlopen. Gaat het om een benadering door de potentiële bieder of door het bestuur van de doelvennootschap, dan zal dit moment liggen vóór het moment dat de vakbonden moeten zijn ingelicht. Het moment van benadering door de bieder of het bestuur van de doelvennootschap ligt immers vóór het moment van het doen van een openbare mededeling. Artikel 9b lid 2 sub b Bte 1995 bepaalt in dit verband dat een openbare mededeling gedaan moet worden bij de gerechtvaardigde verwachting dat overeenstemming zal worden bereikt tussen bieder en doelvennootschap. Met andere woorden: die overeenstemming is er nog niet en laat ruimte voor het informeren en van de werknemersverenigingen en het adviesrecht van de ondernemingsraad. Uiteraard kan in de openbare mededeling vermeld worden dat bij de uiteindelijke overeenstemming het advies van de ondernemingsraad en de in kennisstelling van de werknemersvereniging nog een rol zullen spelen en kan daarover een verwachting uitgesproken worden.

De leden van de fractie van het CDA stelden een vraag over de functie van de motiveringseis in lid 2, nu een ondeugdelijke of ontbrekende motivering geen voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van het besluit tot intrekking.

Motivering is geen voorwaarde voor de rechtsgeldigheid en het ontbreken of ondeugdelijk zijn ervan kan, kortweg, niet leiden tot aantasting achteraf van het besluit tot intrekking en de daaruit voortvloeiende besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders. Het belang van de vennootschap bij rechtszekerheid omtrent de besluitvorming prevaleert hier. Een ondeugdelijke motivering kan voor de certificaathouder wel aanleiding zijn om voor het tijdstip van de algemene vergadering de aandeelhouder in rechte te betrekken en naleving van de volmachtverlening in lid 1 te eisen. Om te bepalen of die eis tot nakoming enige kans van slagen heeft, moet de certificaathouder zijn geïnformeerd over de grond van het besluit. Ook overigens acht ik het uit overwegingen van corporate governance gewenst dat kapitaalverschaffers worden geïnformeerd over de reden voor het niet verlenen van de volmacht, die immers nauw verbonden is met de gang van zaken binnen de vennootschap.

Artikel 135

De leden van de CDA-fractie vroegen of ten aanzien van het bezoldigingsbeleid de algemene vergadering niet beter zou moeten worden aange-merkt als de ondernemer, aangezien dat het orgaan is dat het bezoldigingsbeleid vaststelt. Het uitgangspunt van de Wet op de ondernemingsraden is dat de

ondernemingsraad overleg voert met de ondernemer. De Wet op de ondernemingsraden gaat ervan uit dat in elke «onderneming» ten minste één functionaris is die als «bestuurder» optreedt en als zodanig de ondernemer tegenover de ondernemingsraad vertegenwoordigt. Bestuurder is dan degene die alleen of samen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. De omstandigheid dat een ander orgaan van de vennootschap dan het bestuur in de betekenis van boek 2 BW bevoegd is te besluiten over een bepaald onderwerp doet daaraan niet af. Overleg tussen ondernemingsraad en aandeelhouders is gezien het karakter en de organisatie van de algemene vergadering van aandeelhouders in de praktijk ook geen werkbare oplossing. Het staat de ondernemingsraad overigens vrij de algemene vergadering van aandeelhouders te informeren over zijn inzichten ten aanzien van het beloningsbeleid. Deze leden vroegen voorts of het bestuur de verplichting heeft om de algemene vergadering van aandeelhouders op de hoogte te brengen van het gevoelen van de ondernemingsraad en of de ondernemingsraad niet de bevoegdheid zou moeten hebben om in de algemene vergadering van aandeelhouders het gevoelen toe te lichten. Zij wezen hierbij ter vergelijking op de positie van de ondernemingsraad ten aanzien van het voorstel tot het opzeggen door de algemene vergadering van aandeelhouders van het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen, zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 2:161a lid 2 BW.

Lid 2 bepaalt dat het bezoldigingsbeleid schriftelijk en gelijktijdig met de aanbieding aan de algemene vergadering van aandeelhouders ter kennisneming aan de ondernemingsraad wordt aangeboden. De ondernemingsraad heeft op grond van deze bepaling het recht om op de hoogte gesteld te worden van het voorstel voor een bezoldigingsbeleid. Het past niet bij de rol van de ondernemingsraad als vertegenwoordigingsorgaan van de werknemers dat hij deelneemt aan de besluitvorming over het bezoldigingsbeleid van het bestuur van de vennootschap. Die formele rol legt het artikel bij de algemene vergadering van aandeelhouders. Ten aanzien van de ondernemingsraad is beoogd dat het bezoldigingsbeleid onderwerp van bespreking kan worden in het overleg met de bestuurder in de zin van de WOR. Het wettelijk recht op kennisgeving stelt de ondernemingsraad daartoe in de gelegenheid. Het is aan de ondernemingsraad om te beoordelen of hij de informatie over het bezoldigingsbeleid wenst te betrekken in het overleg met de bestuurder. De gedachte dat de bezoldiging van bestuurders in algemene zin onderwerp van overleg moet kunnen zijn tussen de ondernemingsraad en de bestuurder komt ook tot uitdrukking in het voornemen van het kabinet om de ondernemingsraad van ondernemingen met een zekere omvang een informatierecht toe te kennen ten aanzien van de beloningsverhoudingen tussen het bestuur, het toezichthoudend orgaan en de overige groepen werknemers. Men zie de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 29 april 2004, nr SZW AV/CAM/30904. De positie van de ondernemingsraad bij het ontslag van de raad van commissarissen zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 2:161a lid 2 BW verschilt van de positie bij het bezoldigingsbeleid. De ondernemingsraad krijgt in het wetsvoorstel ten aanzien van de raad van commissarissen een versterkt aanbevelingsrecht voor de benoeming van een derde van de leden (voorgesteld artikel 2:158 BW) en heeft daarmee, anders dan ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, een formele rol in de besluitvorming over de samenstelling van de raad. Dit rechtvaardigt dat de ondernemingsraad bij een voorgenomen opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen door de algemene vergadering van aandeelhouders voorafgaand aan het besluit in kennis wordt gesteld van het voorgenomen ontslag en zijn standpunt in de algemene vergadering kan toelichten.

De leden van de CDA-fractie vroegen of de algemene vergadering van

aandeelhouders uitsluitend een algemeen beleid ten aanzien van de afvloeiingsregeling kan bepalen en geen concrete regeling kan vaststellen in een individueel geval.

De algemene vergadering kan een concrete afvloeiingsregeling vaststellen in een individueel geval. Indien bij de statuten geen ander orgaan is aangewezen, is de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd om de bezoldiging van bestuurders, waaronder individuele afvloeiingsregelingen, vast te stellen. Indien een ander orgaan op grond van de statuten bevoegd is tot vaststelling van de bezoldiging bepaalt de algemene vergadering via het bezoldigingsbeleid de grenzen waarbinnen die bezoldiging moet worden vastgesteld. Het is aan de algemene vergadering om te beslissen hoe gedetailleerd zij die grenzen wenst te trekken.

Artikel 154/264

De leden van de fractie van het CDA stelden de vraag of met lid 5 wijziging is beoogd van de jurisprudentie die uitgaat van het bestaan van een adviesrecht voor de ondernemingsraad indien een statutenwijziging strekt tot beëindiging van de toepassing van de structuurregeling.

In de memorie van antwoord is ingegaan op de vraag of de ondernemingsraad het recht moet hebben een verzoek in te dienen bij de ondernemingskamer om de statuten van de vennootschap vast te stellen wanneer de algemene vergadering heeft besloten tot beëindiging van de toepassing van de (volledige) structuurregeling (lid 4), maar niet heeft ingestemd met een daarop volgend voorstel tot statutenwijziging van het bestuur (lid 5). De ondernemingskamer bepaalt in dat geval hoe de statuten komen te luiden. Het recht om het betreffende verzoek tot vaststelling van de statuten in te dienen bij de ondernemingskamer wordt in lid 6 BW toegekend aan een vertegenwoordiger van het bestuur of de raad van commissarissen alsmede de kapitaalverschaffer met een agenderingsrecht. De ondernemingsraad komt dit recht niet toe. De ondernemingsraad kan ook in het algemeen niet het initiatief nemen tot het vaststellen of wijzigen van de statuten van de vennootschap.

Een andere kwestie is de vraag of de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt vanwege het voorstel van het bestuur van de vennootschap om de structuurregeling niet langer (geheel) toe te passen. De verplichting van het bestuur om een voorstel te doen om de structuurregeling al dan niet te verlaten vloeit voort uit lid 4. Wanneer het bestuur het voorstel doet om de structuurregeling te verlaten, betreft dit een voorgenomen besluit ten aanzien waarvan de ondernemingsraad een adviesrecht heeft in de zin van artikel 25 Wet op de ondernemingsraden. Het is verdedigbaar te stellen dat in dat geval een wijziging van de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming plaatsvindt. Men vergelijk Hof Amsterdam 15 oktober 1992, NJ 1993/210, met noot Maeijer en HR 26 januari 1994, NJ 1994/545, met noot Maeijer. Een wijziging van deze jurisprudentie is niet beoogd.

Artikel 158/268

De leden van de fractie van de VVD stelden een nadere vraag over lid 9, zoals gewijzigd door het amendement van de leden De Vries (CDA), Blok (VVD) en Giskes (D66). De aan het woord zijnde leden meenden dat de bewoordingen van het artikellid niet in overeenstemming waren met de bedoeling van de leden van de Tweede Kamer, te weten dat een tweede vergadering alleen wordt gehouden indien in de eerste vergadering een meerderheid tegen benoeming is, terwijl de regeling thans lijkt in te houden, aldus deze leden, dat de tweede vergadering wordt gehouden

omdat in de eerste niet ten minste een derde van het geplaatst kapitaal aanwezig was. De leden van de fractie van de VVD verzochten om een meer uitgebreide toelichting.

Lid 9 speelt alleen een rol indien een kandidaat niet wordt benoemd op basis van lid 4. Voor deze benoeming gelden geen wettelijke meerderheden en quorumeisen. Is de meerderheid vóór benoeming, dan wordt de kandidaat gewoon benoemd. De thans neergelegde regeling in lid 9 ziet naar mijn oordeel op het geval dat in een eerste vergadering geen benoeming op grond van lid 4 plaatsvindt omdat er een meerderheid is tegen de benoeming, maar deze tegenstemmende meerderheid onvoldoende kapitaal vertegenwoordigt om de voordracht ook af te wijzen. Er ontstaat dan een «niemandslaan»: geen uitdrukkelijk besluit tot benoeming, maar ook geen rechtsgeldig besluit tot afwijzing. In de oorspronkelijke, op het SER-advies gebaseerde opzet gold de kandidaat dan op grond van de wet als benoemd. Over de bedoelingen van de indieners van het amendement kan ik geen gezaghebbende uitspraken doen, maar ik heb de indieners zo begrepen dat zij de aandeelhouders die in meerderheid tegenstemden maar onvoldoende kapitaal vertegenwoordigden niet wilden confronteren met de wettelijke vaststelling dat de kandidaat is benoemd omdat hij, zoals men zou kunnen zeggen, niet niet is benoemd. In de nieuwe opzet wordt daartoe een tweede vergadering gehouden waarin wederom over de kandidaat wordt gestemd, en waarbij deze kan worden afgewezen met volstreekte meerderheid van stemmen zónder dat de quorumeis nog geldt. Aldus wordt een meerderheid niet geconfronteerd met een wettelijke benoemingsfictie omdat zij onvoldoende «kapitaal heeft kunnen mobiliseren». Voor die tweede vergadering is evenwel wel degelijk vereist dat in de eerste vergadering de meerderheid tegen was. Was de meerderheid voor, dan had zij de kandidaat immers op de voet van lid 4 benoemd. Daarmee is aan de wensen van de indieners van het amendement naar mijn indruk voldaan.

De bepaling *kan* is gebaseerd op de in grote lijnen gelijklopende bepaling in artikel 2:120/230 lid 3 BW, zo kan ik de leden van de fractie van de VVD antwoorden. Met *kan* wordt aangegeven dat de oproeping voor de eerste vergadering niet tevens een voorwaardelijke oproeping voor de tweede vergadering kan inhouden. Men zie Asser/Maeijer 2-III, Deventer 2000, paragraaf 276 en de aldaar geciteerde literatuur. Het gaat derhalve niet om een keuze voor degene die bevoegd is tot oproeping, doorgaans het bestuur of de raad van commissarissen (artikel 2:109/219 BW).

De leden van de fractie van het CDA vroegen opnieuw aandacht voor het recht van de ondernemingsraad om bezwaar te maken tegen een kandidaat. Zij vroegen of het onverdedigbaar is dat de ondernemingsraad als belanghebbende wordt aangemerkt bij een deugdelijke samenstelling van de raad van commissarissen als geheel, nu de raad van commissarissen niet onevenwichtig mag zijn samengesteld en een commissaris ook geschikt dient te zijn. Deze leden verzochten mij deze kwestie te betrekken bij de verdere bezinning op de structuurregeling.

Met de vragenstellers ben ik van oordeel dat de ondernemingsraad als belanghebbende kan worden aangemerkt bij een deugdelijke samenstelling van de raad van commissarissen, dat deze evenwichtig moet zijn samengesteld en moet bestaan uit personen die geschikt zijn voor hun functie. Dat geldt evenzeer voor andere belanghebbenden bij deugdelijk ondernemingsbestuur. Ik noem de schuldeisers van de vennootschap en de aandeelhouders. De vraag is of en wanneer het belang bij goed ondernemingsbestuur en onafhankelijke toezichthouders zich moet vertalen in rechten ten aanzien van de benoeming en het ontslag van die toezichthouders, aan welke belanghebbenden die rechten moeten

toekomen, en of het (ook door mij) noodzakelijk geachte vertrouwen van belanghebbenden eveneens op een andere manier kan worden verzekerd. Deze kwestie wordt betrokken bij de verdere bezinning op de toekomst van het ondernemingsrecht en daarbinnen de structuurregeling, zo kan ik de leden van de fractie van het CDA bevestigen.

De leden van de fractie van het CDA vroegen of kan worden opgekomen tegen een onevenwichtige samenstelling van de raad van commissarissen, bijvoorbeeld op grond van artikel 2:8 BW.

Het is zinvol een onderscheid te maken tussen het opkomen tegen een onevenwichtige samenstelling van de raad als zodanig en tegen het voornemen tot benoeming van een individuele commissaris dat tot zo'n onevenwichtige samenstelling zou leiden. Een belanghebbende die van oordeel is dat het besluit tot benoeming heeft geleid tot zo'n onevenwichtige samenstelling, kan trachten dat besluit in rechte aan te tasten, bijvoorbeeld op grond van artikel 2:8 of 2:15 BW, zo kunnen wij de leden van de fractie van het CDA antwoorden. Gelet op haar betrokkenheid bij de totstandkoming van die benoeming is zeer wel denkbaar dat een ondernemingsraad door de rechter wordt aangemerkt als belanghebbende. Maar indien de procedures naar behoren zijn gevolgd, zal de raad van commissarissen niet onevenwichtig zijn samengesteld. Het evenwicht in de samenstelling wordt bewerkstelligd door de verschillende rechten van betrokkenen: het aanbevelingsrecht van algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad, het versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad, het voordrachtsrecht van de raad van commissarissen en het benoemingsrecht van de algemene vergadering.

Artikel 161a/271a

De leden van de fractie van het CDA vroegen naar de zin van het vereiste van motivering van het besluit van de algemene vergadering om het vertrouwen op te zeggen in de gehele raad van commissarissen. Zij wezen op de mogelijkheid dat een aandeelhouder vóór het voorstel tot opzegging van het vertrouwen stemt, maar daarvoor een andere reden heeft dan degene die het voorstel heeft ingediend. Ook wezen zij op het veranderende karakter van de algemene vergadering waarbij meningsvorming tijdens de vergadering afneemt, bijvoorbeeld door het stemmen bij volmacht en het stemmen op afstand.

Lid 1 bepaalt dat degene die voorstelt het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen, zijn voorstel moet motiveren. Wanneer de algemene vergadering het voorstel ongewijzigd overneemt, wordt daarmee tevens aangegeven dat de motivering voor de opzegging van het vertrouwen wordt ondersteund. Daarmee is niet uitgesloten dat een individuele aandeelhouder eventueel een ander motief heeft voor zijn besluit om het voorstel te ondersteunen. Indien hij dat motief uitspreekt en de algemene vergadering overtuigt van het feit dat dit motief een betere of een aanvullende reden is voor opzegging van het vertrouwen, kan de motivering van het besluit van de algemene vergadering overeenkomstig worden aangepast. Spreekt de individuele aandeelhouder zich niet uit over zijn eigen motief of kan hij zijn medeaandeelhouders niet overtuigen, dan geeft de betreffende aandeelhouder met zijn stem voor het oorspronkelijke voorstel aan dat hij in elk geval ook de motivering van dat voorstel steunt.

Wanneer een aandeelhouder gebruik maakt van de mogelijkheid om bij volmacht te stemmen, is hij in de algemene vergadering vertegenwoordigd via een gevolmachtigde. De inhoud van de volmacht is bepalend voor de vraag of de gevolmachtigde tijdens de algemene

vergadering het door hem in te nemen standpunt nog kan aanpassen vanwege de discussie die in de vergadering heeft plaatsgevonden. Dat is een keuze van de aandeelhouder. Daarin behoeft de wetgever niet te treden. Bij stemmen op afstand zal in de toekomst met moderne communicatiemiddelen kunnen worden deelgenomen aan de algemene vergadering door een aandeelhouder die daarbij niet fysiek aanwezig is. In dat geval zal zo'n aandeelhouder zijn stemgedrag mede kunnen laten afhangen van de discussie in de algemene vergadering. Hij zal op afstand kunnen aangeven of hij de voorgestelde motivering ondersteunt of niet. In alle aangegeven gevallen zal uit het stemgedrag van de aandeelhouders kunnen worden afgeleid of zij de motivering van het besluit tot opzegging van het vertrouwen onderschrijven.

De leden van de fractie van de VVD stelden de vraag of er voldoende waarborgen zijn tegen misbruik in het geval dat een 100% aandeelhouder van een dochtermaatschappij besluit tot ontslag van de gehele raad van commissarissen van die dochtermaatschappij. Zij vroegen ook of overwogen wordt in de naaste toekomst nadere waarborgen te formuleren.

Deze leden hebben het oog op de situatie dat de moedervernootschap de commissarissen van de dochtermaatschappij ontslaat omdat deze een eigen koers varen met het oog op de belangen van de dochtermaatschappij. Ook in dat geval moet het besluit van de algemene vergadering – de moedervernootschap – met redenen worden omkleed. Indien de moedervernootschap een motivering geeft die het besluit tot het opzeggen van het vertrouwen in de gehele raad niet kan dragen, zal de rechter moeten oordelen over de rechtsgeldigheid van het besluit. De aandeelhouder dient zich overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid te gedragen jegens de gezamenlijke commissarissen. Omgekeerd kan niet worden verlangd dat de aandeelhouder zich verzoent met een raad van commissarissen bij de dochtermaatschappij die geheel voorbij gaat aan gerechtvaardigde belangen van de aandeelhouder/ moedermaatschappij. Welk belang in een gegeven geval voorrang dient te krijgen kan slechts de rechter bepalen, na een afweging van alle omstandigheden van het betreffende geval. Voor deze beoordeling is de motivering van het besluit tot opzegging van het vertrouwen van wezenlijk belang.

Artikel 101/210

De leden van de fractie van het CDA stelden enkele nadere vragen over de verklaring van de accountant indien de jaarrekening is herzien.

De aan het woord zijnde leden wilden weten of de accountant een goedkeurende verklaring *kan* geven als hij al zijn goedkeuring had gehecht aan de eerder opgemaakte jaarrekening; in de memorie van antwoord heb ik opgemerkt dat dit goed denkbaar is, omdat het jaarrekeningrecht voor sommige posten meerdere waarderingsmethoden toestaat. Daarmee is niet gezegd dat de accountant zijn goedkeuring aan de nieuw opgemaakte jaarrekening *moet* geven. De accountant beoordeelt de als gevolg van een discussie in de aandeelhoudersvergadering aangepaste jaarrekening die hem wordt voorgelegd op basis van artikel 2:393 BW. Kan hij zich niet verenigen met de nieuwe methode, dan geeft hij een andersoortige verklaring: afkeurend, met beperking of oordeelonthouding. Voor welke verklaring hij kiest, hangt geheel af van de omstandigheden van het geval. De aandeelhouders kunnen vervolgens de jaarrekening vaststellen en deze kan worden gedeponereerd. Voor vaststelling is nodig dat de algemene vergadering naast een jaarrekening (balans, winst- en verliesrekening en toelichting) kennis heeft genomen

van de accountantsverklaring. Die accountantsverklaring behoeft geen goedkeurende te zijn.

Artikel 391

De leden van de fractie van de VVD vroegen of wij al kunnen meedelen wat de vennootschapsrechtelijke gevolgen zijn van het eventueel schenden van best practice regels uit de code. Deze leden vroegen eveneens voor welke techniek wij zullen kiezen bij het vaststellen van de AMvB: statisch of dynamisch?

In het algemeen deel van deze memorie zijn beschouwingen gewijd aan de verhouding tussen de code en de wet. In aansluiting daarop kan ik de leden van de fractie van de VVD antwoorden dat het voornemen is de AMvB zo in te richten dat de bepalingen zelf geen materiële werking krijgen. Naar mijn overtuiging biedt de huidige formulering van het artikellid daarvoor ook geen ruimte. Zij laat toe dat nadere regels worden gegeven over de inhoud van het jaarverslag. Dat kan zijn het geven van uitleg door de ondernemingsleiding over de naleving van de code in de pas toe of leg uit vorm: uitleg dat de codebepalingen worden onderschreven en toegepast, of uitleg dat men op een andere wijze met de in de code geregelde onderwerpen omgaat. Dat is iets anders dan het bij AMvB vaststellen van (of verwijzen naar) die regels zelf.

Een statische verwijzing ligt voor de hand. Dynamisch verwijzen is onnodig en niet in overeenstemming met het gevoel van de Tweede Kamer nauw betrokken te worden bij een en ander, zoals ook blijkt uit de bij amendement vastgelegde voorhangprocedure. In het gekozen systeem van zelfregulering wordt acceptatie en daarmee de kracht van de code bepaald door de geadresseerden van de normen. Of aanpassingen nodig zijn en zo ja welke, is thans niet te voorspellen, en al helemaal niet door de wetgever. Voor het instrument van de AMvB is gekozen uit overwegingen van efficiëntie. In de toekomst *kan* zonder formele wetwijziging naar eventueel benodigde aanpassingen worden verwezen, overigens zonder dat ik daarmee vastleg dat ik ook altijd naar eventuele aanpassingen *zal* verwijzen. Bij de beoordeling of nieuwe bepalingen zich lenen voor aanwijzing op basis van lid 4 kan ook het advies van de Raad van State dienstig zijn. Dezelfde gedachte is te herkennen in mijn overwegingen tijdens het wetgevingsoverleg en later de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in september 2003, toen nog niet duidelijk was wat de code-Tabaksblat zou gaan behelzen. Van het al «aanwijzen» van een code met nog onbekende inhoud is destijds uitdrukkelijk afgezien. Bij wijzigingen gelden geen andere overwegingen.

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