

Vergaderjaar 2001–2002

28 179

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

Nr. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 17 juni 2002

Algemeen

Met genoegen namen wij kennis van de vragen en overwegingen van de fracties die in het verslag aan het woord zijn. Wij danken de aan het woord zijnde leden voor hun belangstelling. Het verheugt ons voorts dat vrijwel alle fracties hun steun uitspraken voor de hoofdlijnen van het voorstel. Ook in de literatuur heeft het voorstel aandacht gekregen. Het tijdschrift *Ondernemingsrecht* heeft een bijzonder nummer aan de structuurregeling gewijd (2002–3/4). Commentaren zijn voorts gegeven door de FNV, VNO-NCW, de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor Pensioenfondsen en de gecombineerde commissie van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. Met deze commentaren is rekening gehouden. Voorafgaand aan de schriftelijke voorbereiding van dit voorstel hebben wij van gedachten gewisseld met de Kamer in een algemeen overleg van 29 november 2001 (Kamerstukken II, 2001–02, 25 732, nr. 21). Dat overleg heeft onder meer geleid tot toevoeging van paragrafen in de memorie van toelichting over de vaststelling van de jaarrekening en samenstelling en profielschets van de raad van commissarissen.

Verschillende fracties verzochten ons een overzicht op te nemen van de onderdelen van het SER advies over de structuurregeling die niet of anders zijn overgenomen in het wetsvoorstel.

Op grond van de huidige wettelijke regeling kan de aandeelhouder die een natuurlijke persoon, een stichting, vereniging of de Staat is, niet bewerkstelligen dat de vennootschap waarin een deelneming wordt gehouden, valt onder een vrijstelling of het verzwakte regime. Deze aandeelhouder kan het structuurregime niet zelf vrijwillig aanvaarden (vgl. artikel 2:153/263 BW) en voldoet evenmin aan de voorwaarden voor een beroep op de uitzondering voor een internationaal concern (artikel 2:155/265 BW). Een dergelijke aandeelhouder wordt belemmerd in het geven van centrale leiding aan de vennootschap. De SER zag reden voor een uitzondering voor het geval alle aandelen in een vennootschap die voldoet aan de criteria voor de toepassing van de structuurregeling direct of indirect worden gehouden door een natuurlijke persoon dan wel krachtens een onderlinge regeling tot samenwerking door twee of meer natuurlijke personen. De SER heeft voorgesteld te regelen dat de vennootschap

dan kan volstaan met de toepassing van het verzwakte regime. Dit voorstel is overgenomen. Het voorstel van de SER gaat er voorts vanuit dat met het verzwakte regime ook kan worden volstaan wanneer de aandelen indirect, eventueel via een rechtspersoon, door een of twee of meer samenwerkende personen worden gehouden. De aandeelhouders zouden bijvoorbeeld kunnen kiezen voor aandeelhouderschap via een stichting of een andere rechtspersoon die het structuurregime niet zelf kan aannemen. Wanneer dit voorstel wordt gevolgd, zoals het wetsvoorstel doet, is het vanuit een oogpunt van wetgevingssystematiek onjuist om het verzwakte regime niet in het algemeen open te stellen voor vennootschappen waarvan de enig aandeelhouder een stichting, een vereniging of de Staat der Nederlanden is. Ook die rechtspersonen hebben een gerechtvaardigd belang bij het kunnen geven van centrale leiding. Het wetsvoorstel bevat in zoverre een meer uitgebreide regeling dan in het SER-advies is voorgesteld.

Voor het geval dat de algemene vergadering het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen heeft opgezegd, heeft de SER voorgesteld te bepalen dat het bestuur zich tot de ondernemingskamer moet wenden met het verzoek een of meerdere personen te benoemen die toezicht moeten houden en voorts binnen een door de ondernemingskamer te bepalen termijn ervoor moeten zorgen dat een nieuwe raad wordt benoemd volgens de gewone benoemingsregels. Het gaat dan om een of meer onafhankelijke personen die de toezichtfunctie «ad interim» moeten waarnemen, aldus de SER. De werkzaamheden van de aangewezen personen zijn die van een commissaris. Ter voorkoming van de door de ondernemingskamer benoemde personen aangemerkt als commissaris van de vennootschap. Dit is een aanvulling van het SER-advies. De SER heeft ten aanzien van de vaststelling van de jaarrekening aanbevolen te breken met het huidige systeem op grond waarvan de raad van commissarissen van een structuurvennootschap de jaarrekening vaststelt en deze vervolgens ter goedkeuring voorlegt aan de algemene vergadering. Naar het oordeel van de SER behoort de jaarrekening voor alle vennootschappen te worden vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders. De SER adviseerde een vaststellingsrecht te introduceren dat inhoudelijk gelijk is aan de thans bepaalde goedkeuring. Ook is voorgesteld de raad van commissarissen de jaarrekening te laten goedkeuren alvorens deze met het oog op vaststelling voor te leggen aan de algemene vergadering. Het uitgangspunt dat de aandeelhouders de jaarrekening vaststellen, is in het wetsvoorstel overgenomen. Bij de uitwerking van de regeling is rekening gehouden met het advies van de commissie vennootschapsrecht. Mede gelet op het geringe belang voor de praktijk achten wij het geven van een nieuwe betekenis aan het reeds in de wet gebruikte begrip «goedkeuring» niet gelukkig. Het wetsvoorstel houdt in dat de vaststelling van de jaarrekening geschiedt door de algemene vergadering overeenkomstig de regeling voor de «gewone» vennootschap in artikel 2:101/210 BW. Een regeling voor de goedkeuring van de jaarrekening door de raad van commissaris is niet opgenomen. Met de ondertekening van de jaarrekening geeft de raad van commissarissen aan dat hij zich kan vinden in het door het bestuur gevoerde beleid. Een afzonderlijk besluit tot goedkeuring is dan overbodig. De SER acht het wenselijk dat de raad van commissarissen in overeenstemming met de algemene vergadering en de ondernemingsraad een profielschets opstelt waaraan de raad van commissarissen dient te voldoen. Het wetsvoorstel stelt een profielschets verplicht. Daarmee gaat het wetsvoorstel verder dan het SER-advies. Een wettelijk voorgeschreven profielschets vereenvoudigt naar onze mening het gebruik van het aanbevelingsrecht van de algemene vergadering (artikel 2:158/268 lid 5 BW) en het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad (artikel 2:158/268 lid 6 BW). De raad van commissarissen zal bij het

opstellen van de profielschets rekening kunnen houden met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. De raad van commissarissen dient de schets te bespreken in de algemene vergadering van aandeelhouders en met de ondernemingsraad, voor het eerst bij het opstellen van de profielschets en vervolgens bij iedere wijziging. Er zijn geen advies- of goedkeuringsrechten aan de ondernemingsraad of de algemene vergadering van aandeelhouders toegekend, omdat dit – zoals de SER signaleerde – tot procedures aanleiding zou kunnen geven.

Het advies van de SER beperkt zich tot structuurvennootschappen. Wij beschouwen de onderdelen van het wetsvoorstel die niet alleen voor de structuurvennootschappen gevolg hebben niet als een afwijking van het advies. Een voorbeeld is het agenderingsrecht dat gaat gelden voor de kapitaalverschaffers van alle nv's en bv's ongeacht of op de vennootschap de structuurregeling van toepassing is.

De leden van de fractie van D66 brachten in herinnering dat zij eerder een initiatiefvoorstel over benoeming van commissarissen hadden ingediend. Deze leden en de leden van de fractie van GroenLinks vroegen in te gaan op de verschillen tussen dit voorstel en het eerdere initiatiefvoorstel. De leden van de fractie van GroenLinks waren daarbij van oordeel dat het initiatiefvoorstel voorziet in betere inspraakmogelijkheden voor werknemers, en vroegen onze reactie op deze stelling.

De verschillen met het door leden van de fracties van D66 en GroenLinks ingediende initiatiefvoorstel zijn, naast het goedkeuringsrecht (artikel 2:107a BW), het agenderingsrecht (2:114a/224a BW) en stemmen door certificaathouders (artikel 2:118a BW), vooral zichtbaar bij de benoeming en het ontslag van de leden van de raad van commissarissen. De initiatiefnemers stelden voor dat de raad van commissarissen, de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad elk een derde deel van de commissarissen zouden benoemen. Dat bracht met zich dat de raad altijd uit drie of een veelvoud van drie leden zou moeten bestaan. Verder wilden zij het bezwaarrecht van de algemene vergadering en de ondernemingsraad ten aanzien van de overige benoemingen handhaven en als grond voor bezwaar toevoegen een geobjectiveerd gebrek aan vertrouwen. Ook stelden de initiatiefnemers voor om naast de algemene vergadering en de ondernemingsraad ook het bestuur en de raad van commissarissen een recht van aanbeveling te geven.

Een aanbevelings- of bezwaarrecht voor die commissarissen die men niet zelf benoemt, komt er op neer dat de commissarissen het vertrouwen moeten genieten van alle betrokkenen. Dat is ook het uitgangspunt van het advies van de SER en van dit wetsvoorstel. In zoverre zijn er geen grote verschillen. Alleen het recht voor het bestuur om een aanbeveling te doen achten wij – met de SER – principieel onjuist, omdat een bestuur niet zijn eigen toezichthouders moet kunnen uitzoeken. Of de door de initiatiefnemers voorgestelde benoemingsregeling tot meer inspraak leidt, is moeilijk in te schatten. De invloed van belanghebbenden op de werkwijze van een orgaan en daarmee op de gang van zaken binnen een vennootschap is niet alleen meetbaar aan de hand van getalsverhoudingen. Wanneer dat orgaan vergaande bevoegdheden heeft, neemt de uiteindelijke invloed van de belanghebbenden navenant toe. Aan de andere kant zal alleen een eensgezind orgaan doeltreffend met die bevoegdheden kunnen omgaan. Wij vrezen dat een rechtstreeks benoemingsrecht de raad eerder zal blootstellen aan polarisatie en aanleiding zal geven tot onderonsjes tussen het bestuur en een deel van de raad van commissarissen. Dat vermindert de slagvaardigheid van het toezichthoudend orgaan als geheel en doet de invloed van bepaalde leden van dat orgaan inkrimpen. De door de initiatiefnemers in de toelichting beschreven ervaringen in Duitsland wijzen daar ook op.

In het verslag werd aandacht gevraagd voor wat wordt aangeduid als het Rijnlands model of het Angelsaksische model. De leden van de fractie van de VVD vroegen ons aan te geven hoe het voorstel zich verhoudt tot deze modellen. Deze leden verzochten daarbij te betrekken het voorstel voor een versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad voor leden van de raad van commissarissen en wettelijke voorschriften voor het aantal commissarissen dat door de ondernemingsraad is aanbevolen.

Een aantal ontwikkelingen heeft de belangstelling voor vraagstukken rond de machtsverhoudingen in vennootschappen de laatste jaren versterkt. Een van die ontwikkelingen – de leden van de VVD-fractie wezen daar ook op – is de noodzaak van een goed functionerende kapitaalmarkt waardoor schaarse middelen zo efficiënt mogelijk kunnen worden ingezet. De beslissing om te investeren is niet aan landsgrenzen gebonden. Een investeerder vraagt verantwoording van de ondernemingsleiding over het door die leiding gevoerde beleid. Het faillissement van grote ondernemingen in verschillende landen heeft de vraag doen rijzen of de controle en verantwoording binnen de rechtspersoon goed geregeld zijn. Dat gold zowel in landen met een sterke positie voor de aandeelhouders als in landen waarin de medezeggenschap van werknemers zich eveneens een positie heeft verworven. Een andere ontwikkeling is privatisering waarbij van oudsher publieke taken door ondernemingen met winstoogmerk worden voortgezet. Privatisering heeft de aandacht gevestigd op de verantwoording van het beleid jegens het publiek en op het voorkómen van vermenigving van particuliere belangen en het algemeen belang. De leden van de fractie van de VVD verwezen al naar de rapporten van de commissies Cadbury (1992) en Hampel (1995) in het Verenigd Koninkrijk. Deze rapporten benadrukken het belang van controle op de naleving van jaarrekeningvoorschriften en van onafhankelijke non-executive directors. Zij weerspiegelen daarmee de problemen die in het Verenigd Koninkrijk domineerden, waaronder de deconfitures van BCCI en het concern van Robert Maxwell. In Frankrijk besteedt het rapport-Viénot (1995, herzien in 1999) aandacht aan de rol van de président-directeur-général. Deze PDG verenigde in het Franse vennootschappelijk systeem de posities van voorzitter van het bestuur en algemeen directeur in één persoon en was daarmee kwetsbaar gebleken. De Franse wetgever heeft initiatieven genomen om de positie van aandeelhouders ten opzichte van deze PDG te versterken. De Wet van 15 mei 2001 inzake nieuwe economische bepalingen (Loi relative aux Nouvelles Régulations) bevat onder meer bepalingen over de scheiding van de positie van de voorzitter van het bestuursorgaan en de algemeen directeur en versterking van de rechten van aandeelhouders, bijvoorbeeld door een verbod om in de statuten vast te leggen dat een aandeelhouder die de algemene vergadering wil bezoeken een minimum aantal aandelen moet houden. Ook zijn de belangrijkste bestuurders verplicht informatie te verschaffen over hun inkomen. In Duitsland heeft de sterke positie van de banken aandacht gekregen. Banken danken deze positie niet alleen aan het recht om de stemmen op bij hen gedeponeerde aandelen uit te oefenen, maar ook aan het gegeven dat Duitse ondernemers voor hun financiering eerder een lening bij een bank afsluiten dan aandelen uitgeven. De privatisering van Deutsche Post en Deutsche Telekom en de groei van traditionele familievennootschappen hebben tot veel wetswijzigingen geleid. Inmiddels zijn ingevoerd een wet rond controle en transparantie (KonTraG 1998) en een wet over aandelen op naam en vereenvoudigde stemrechten (NaStraG 2001). Ook is de regeling aangepast over de kapitaalbelasting op verkoop van aandelenpakketten door ondernemingen, die overdracht van dergelijke kruisparticipaties sterk bemoeilijkte. Op 1 januari 2002 is een nieuwe overnamewet van kracht geworden. Inmiddels is ook een Corporate Governance Kodex tot stand gekomen. De Kodex heeft geen kracht van wet, maar de Duitse wetgever heeft een wetsvoorstel ingediend dat beurs-

vennootschappen verplicht in de jaarstukken aan te geven of men de aanbevelingen van de Kodex onderschrijft.

In deze wetgevende initiatieven zijn twee hoofdlijnen herkenbaar: vergroting van de invloed van aandeelhouders en versterking van het toezicht op de vennootschap en haar bestuur. Verschillen in opvatting over de rol van de overheid of de werknemers en in de ontwikkeling van de economie kunnen leiden tot een andere juridische uitwerking, maar in de praktijk nemen de verschillende «modellen» kenmerken van elkaar over. Zo is in het Verenigd Koninkrijk de behoefte onderkend om de kring van waaruit non-executive directors worden gezocht te verruimen. Het versterkte aanbevelingsrecht kan eveneens worden benut om de kring van waaruit commissarissen worden gerekruteerd te verruimen en druist daarmee niet in tegen de internationale trend, zo kunnen wij de leden van de fractie van de VVD antwoorden. Men zie over deze materie verder Weil, Gotshal & Manges, Comparative Study of Corporate Governance Codes, rapport van januari 2002, uitgebracht aan de Europese Commissie; Ruding, De commissie Peters vanuit internationale hoek bezien, TVVS 1997/10, p. 295; Moerland, Onafhankelijkheid van ondernemingstoezicht, MAB augustus 2000, p. 324; Corporate Governance: Effects on Firm Performance and Economic Growth, uitgave OECD 1999, en M. den Boogert in De beursvennootschap, Kluwer 2001, p. 45 e.v.

Aan de zijde van kapitaalverschaffers zijn eveneens veranderingen opgetreden. Door de groei van de belangen van in het bijzonder institutionele beleggers is de noodzaak van een verantwoord beleggingsbeleid op internationale schaal gegroeid. De leden van de fractie van D66 signaleerden in dit verband dat de versterking van de rol van de aandeelhouders van invloed is op de positie van grote institutionele beleggers, zoals het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds, en vroegen hoe de voorgestelde verruiming van de aandeelhoudersrechten zich verhoudt met de macht die dergelijke beleggers daarmee kunnen uitoefenen op de economie als geheel.

Grote institutionele beleggers als pensioenfondsen spelen alleen al vanwege de omvang van hun beleggingen een vooraanstaande rol in de economie. Pensioenfondsen onderscheiden zich van andere beleggers. Het gaat immers om instellingen waaraan werkgevers en werknemers geld toevertrouwen dat in inkomsten na pensionering moet voorzien. Pensioenfondsen hebben dan ook een lange termijn horizon. In dit licht is het van belang zorgvuldig te bezien of de ondernemingen waarin zij beleggen op lange termijn kunnen presteren in termen van dividend en koersstijging. Onlosmakelijk onderdeel hiervan is de aanwezigheid van goed bestuur en van goed toezicht op dat bestuur, ofwel een goede corporate governance structuur. Het wetsvoorstel stelt ook de pensioenfondsen beter in staat hun verantwoordelijkheid als grootaandeelhouder en als beheerder van de pensioengelden waar te maken. Men zie hierover bijvoorbeeld de Code voor zorgvuldig beleggingsbeleid 2000 van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds.

De leden van de fractie van de SP waren van mening dat het kabinet kiest voor een afzwakking van het Rijnlands model en voor een meer Angelsaksisch model. Zij vroegen onze reactie op de stelling dat uit onderzoeken blijkt dat het Rijnlandse model economisch superieur is aan het Angelsaksische en vroegen of de wetwijzigingen tot een meer Angelsaksisch stelsel zullen leiden. Deze leden verzochten ons tevens om een schatting van de negatieve economische gevolgen, die naar hun overtuiging zullen voortvloeien uit het voorstel.

De toevoeging van een aantal rechten voor aandeelhouders betekent niet dat wij kiezen voor het Angelsaksisch model. Afgezien van het feit dat ook de positie van de werknemers en hun vertegenwoordiging aandacht heeft gekregen en krijgt, niet alleen in dit voorstel, maar bijvoorbeeld ook in de wijzigingen van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) in 1998, is corporate governance te complex en te zeer verbonden met de omstan-

digheden van elke onderneming en elk land om een keuze voor een model te rechtvaardigen. Corporate governance is meer dan kiezen voor een blauwdruk. Er zijn ook geen onderzoeken waaruit gezaghebbend blijkt dat het ene model economisch beter presteert dan het andere model. Ook is geen correlatie aangetoond tussen de economische prestaties van (en in) een land en het aldaar vigerende model. Men zie enerzijds De Jong in ESB 13 maart 1996 en anderzijds DeJong, De Jong, Mertens en Wasley in MAB maart 2001. Wij kiezen daarom niet voor één onderzoek of één model, maar voor een combinatie van die factoren die tot meer economische bedrijvigheid, versterking van het investeringsklimaat, behoud van het hoge niveau van medezeggenschap en verbetering van de arbeidsmarktcondities hebben geleid.

De leden van de fractie van de PvdA stonden vooralsnog gereserveerd tegenover verhoging van de kapitaaleis en vroegen op hoeveel vennootschappen de regeling niet langer van toepassing zal zijn als de grens in artikel 2:152/262 BW zal worden verhoogd van € 13 miljoen naar € 16 miljoen.

De verhoging van de kapitaaleis is geadviseerd door de SER. Wij kunnen niet exact aangeven of verhoging tot gevolg zou hebben dat vennootschappen niet langer aan het criterium gaan voldoen, en zo ja, hoeveel dat er zouden zijn. Maar om schommelingen in de toepassing van de regeling te vermijden, kent de wet een in- en uitlooperperiode. De structuurregeling wordt pas van toepassing of houdt eerst op van toepassing te zijn als de vennootschap drie jaar aaneengesloten aan de eisen heeft voldaan, dan wel drie jaar nadat zij is opgehouden aan de eisen te voldoen.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of het kabinet voorstellen zou willen ontwikkelen om gebruik van de nieuwe structuurregeling te bevorderen en als onderdeel daarvan ook het eventuele instrument fiscale prikkels daarbij zou willen betrekken.

Een vennootschap is wettelijk verplicht de structuurregeling toe te passen indien zij voldoet aan de criteria voor toepassing als neergelegd in artikel 2:153/263 BW. Indien een vennootschap niet voldoet aan deze criteria is het aan de vennootschapsorganen om de vennootschappelijke structuur te bepalen. Wij zien het niet als onze taak om vennootschappen met fiscale prikkels aan te moedigen om te kiezen voor een bepaalde inrichting. Veeleer zijn wij van oordeel dat de overheid moet zorgdragen voor een goede en gevarieerde juridische infrastructuur, zodat men zelf kan beoordelen welke rechtspersoon het beste is toegesneden op de specifieke omstandigheden van de onderneming. Dat kan ook het vrijwillig gebruik van de structuurregeling zijn. In de wet is uitdrukkelijk ruimte geschapen voor vennootschappen die de structuurregeling willen gebruiken en niet aan de eisen voldoen. Wel is daarvoor vereist dat de vennootschappen over een ondernemingsraad beschikken. Deze is immers onontbeerlijk bij de benoeming van de raad van commissarissen. Men zie artikel 2:157/267 BW (wet van 28 mei 1975, Stb. 274) en OK 16 februari 1989, NJ 1990, 693 (Douwe Egberts/Sara Lee).

De leden van de fractie van de PvdA vroegen zich af waarom bij toepassing van het verzwakte regime voor overheidsvennootschappen niet wordt aangesloten bij vennootschappen met zwaartepunt in het buitenland. De leden van de fractie van D66 wilden weten waarom het verzwakt regime ook geldt voor de situatie waarin de aandelen in handen zijn van één of meer rechtspersonen, die zelf niet het structuurregime kunnen aannemen, waaronder de Staat. Zij vroegen wat de toegevoegde waarde is van deze uitbreiding. De afzonderlijke aandeelhouders zullen namelijk al snel een tweederde meerderheidsbelang vertegenwoordigen waardoor ze zonder problemen bezwaar kunnen maken tegen benoemingen, aldus die leden, die ook vroegen of de beslissing is ingegeven door de situatie bij de NS.

De criteria voor toepassing van het verzwakte regime zijn opgesomd in artikel 2:155/265 BW en het voorgestelde artikel 2:155a/265a BW. Indien

van een vennootschap waarvan de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door de overheid de meerderheid van de werknemers buiten Nederland werkzaam is, dan kwalificeert zij zich op grond van artikel 2:155/265 BW voor toepassing van het verzwakte regime. In de adviesaanvraag aan de SER besteedden wij aandacht aan de ondernemingen met een besloten aandeelhouderskring vanuit onze overtuiging dat in deze vennootschappen vaak behoefte is aan een uitzondering op de toepassing van het volledige structuurregime. Dan kan op het centrale niveau leiding worden gegeven, onder meer door de leden van het bestuursorgaan te benoemen. Toepassing van de verzwakte regeling betekent dat artikel 2:162/272 BW niet hoeft te worden toegepast. Er is een nuance met de door de SER aangedragen grondslag voor toepassing van de verzwakte regeling op vennootschappen met één aandeelhouder. Daar gaat het om een onderneming die, in de woorden van de SER, een verlengstuk is van de ondernemer. Bij het voorgestelde artikel 2:155a/165a lid 1 sub b BW gaat het niet zozeer om de verlengstukgedachte maar om een vennootschap waar een gespreid aandelenbezit en de daarmee gepaard gaande nadelen zoals een gebrekkige controle op het bestuur en een grote informatieachterstand ontbreken. Dan is er onvoldoende klemmende reden om de aandeelhouder een belangrijk recht, te weten het recht tot benoeming en ontslag van het bestuur, te ontzeggen en dit recht neer te leggen bij een ander orgaan. De regeling is niet ingegeven door de situatie bij de NS, zo kunnen wij de leden van de fractie van D66 antwoorden. Men zie hierover de brief van de minister van Verkeer en Waterstaat van 20 maart 2002, nr. vv 02 000 256. De uitzondering in het voorgestelde artikel 2:155a/265a BW voor vennootschappen waarvan de Staat enig aandeelhouder is, is niet bedoeld om de Staat een sterkere positie te geven dan andere aandeelhouders, maar juist om de positie van de Staat en die van de andere aandeelhouders zoveel mogelijk gelijk te trekken. Wij kunnen de leden van de PvdA-fractie bevestigen dat de regeling voor vennootschappen met een zwaartepunt in het buitenland hierbij is betrokken. De regeling voor de natuurlijke persoon of de Staat is inhoudelijk dan ook gelijk aan artikel 2:155/265 BW: wel een structuurregeling, maar geen benoeming van het bestuur door de verplichte raad van commissarissen.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen waarom het verzwakte regime niet van toepassing zou mogen zijn indien de overheid de meerderheid van de aandelen in de vennootschap houdt. De leden van de fractie van GroenLinks vroegen hoe het in de nota deelnemingenbeleid verwoorde standpunt zich verhoudt met het voorstel om toepassing van het verzwakte structuurregime mogelijk te maken voor onder meer vennootschappen waarvan de Staat enig aandeelhouder is.

Zoals in de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid (Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2) is aangegeven, mag de Staat als aandeelhouder naar onze overtuiging noch een meer bevoorrechte, noch een slechtere positie innemen dan andere aandeelhouders. Bij dit uitgangspunt past niet dat een vennootschap die voldoet aan de criteria voor de toepassing van de structuurregeling alleen vanwege het feit dat 50%+1 van de aandelen door de Staat wordt gehouden het verzwakte regime zou mogen toepassen.

De leden van de fractie van de PvdA stelden enkele vragen over consolidatie en de vraag hoe kan worden bepaald of een vennootschap «binnenlands» dan wel «buitenlands» is.

De structuurregeling kent enkele uitzonderingen op toepassing van het structuurregime (vrijstelling dan wel verzwakte regeling) voor vennootschappen die deel uitmaken van een internationaal concern. De vennootschap naar Nederlands recht die een afhankelijke vennootschap wil vrijstellen, kan dat slechts doen als zijzelf internationale holding is en de meerderheid van de werknemers in haar groepsmaatschappijen in het

buitenland werkzaam is. Wij delen de mening van de aan het woord zijnde leden dat de regels voor consolidatie transparant moeten zijn. Naar ons oordeel is dat ook het geval. De voorschriften zijn gebaseerd op de zevende richtlijn vennootschapsrecht 83/349/EG. Tot de groep behorende vennootschappen moeten worden meegeconsolideerd, tenzij de uitzonderingen van artikel 2:407 en 408 BW van toepassing zijn. De richtlijn laat enige ruimte om te bepalen of consolidatie beter achterwege kan blijven, maar dat levert voor de vennootschap die beoogt de balans van het aantal werknemers naar het buitenland te laten doorslaan, nu juist geen voordeel op. De vennootschap kan niet meer buitenlandse dochters consolideren volgens de richtlijn. Hetzelfde geldt voor toepassing van de verzwakte regeling voor de vennootschap wier moedermaatschappij een internationale rechtspersoon is, dat wil zeggen een rechtspersoon waarvan de werknemers in meerderheid in het buitenland werkzaam zijn. Overigens geeft het onderzoek van prof. Honée en prof. Timmerman (Kamerstukken II, 2001–02, 28 179, nr 3, p. 5) omtrent toepassing van de structuurregeling geen aanleiding om te veronderstellen dat men consolideert met het oog op het uitsluiten van de regeling. De onderzoekers constateerden daarentegen dat veelal geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden voor internationale concerns om de vrijstelling of de verzwakte regeling toe te passen. Voor manipulatie van de consolidatiemogelijkheden met het oog op het ontduiken van de regeling zijn wij dan ook niet bang.

De leden van de fractie van D66 vroegen welke maatregelen in het voorstel ook van toepassing zijn op coöperaties, welke niet en waarom. De voorgestelde bepalingen zijn van toepassing op naamloze en besloten vennootschappen. Dat was ook het toepassingsbereik van het SER advies. De SER bestudeert of een aanvullend advies over de structuurregeling voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen geëigend is. De overige voorstellen betreffen de positie van de algemene vergadering van aandeelhouders bij vooral grotere vennootschappen. Wij hebben geen aanwijzingen dat bij de algemene ledenvergadering van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen behoefte bestaat aan dergelijke aanvullende bevoegdheden. De algemene ledenvergadering van een coöperatie neemt doorgaans een centrale plaats in binnen die rechtspersoon. Dat komt mede doordat het doel van de rechtspersoon primair is het voorzien in de stoffelijke behoeften van diezelfde leden, en niet het in stand houden van een onderneming.

Verschillende fracties stelden vragen over de nieuwe regeling voor de benoeming van de leden van de raad van commissarissen, waaronder de rol van de profiëlschets, de rechten van voordracht en bezwaar van ondernemingsraad en algemene vergadering van aandeelhouders, en de rol van de rechter. Voor zover deze vragen direct ingaan op de voorwaarden en omschrijvingen van het benoemingsrecht, hebben wij deze vragen hieronder beantwoord bij de bespreking van het betreffende artikel 2:158/268 BW. Dat geldt eveneens voor de vragen die vooral betrekking hebben op het recht tot vaststelling van de jaarrekening (artikel 2:101/210 BW), het goedkeuringsrecht (2:107a BW), het agenderingsrecht (2:114a/224a BW), stemrecht voor certificaathouders (2:118a BW) de verzwakte regeling (2:155a/265a BW) en ontslag van de gehele raad van commissarissen (2:161a/271a BW).

De leden van de fractie van D66 merkten op dat er verschillende soorten algemene vergaderingen van aandeelhouders zijn. Zij vroegen zich af of de voorgestelde maatregelen wel even toepasselijk zijn voor een kleine besloten vennootschap als voor een beursgenoteerde naamloze vennootschap. Deze leden vroegen wat een lage opkomst van de aandeelhouders in verband met een algemene vergadering betekent voor de voorgestelde maatregelen. De leden van de VVD-fractie en de leden van de D66-fractie vroegen in hoeverre het kabinet instrumenten aanreikt die het absen-

teïsmen van kapitaalverschaffers kunnen terugdringen, zoals stemmen of volmachtverstrekking op afstand.

Het wetsvoorstel kent een grotere rol toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad bij de benoeming van de leden van de raad van commissarissen. In de nieuwe opzet verschuift de betrokkenheid van de ondernemingsraad van meer passief toezicht achteraf naar meer actieve betrokkenheid. Dat geldt voor bijvoorbeeld de profielschets, voor een afwijking van de wettelijke benoemingsregeling, voor het ontslag van de gehele raad van commissarissen en voor het versterkte aanbevelingsrecht. Ook wordt het ontslag van de gehele raad door de algemene vergadering mogelijk gemaakt. Met het agenderingsrecht wordt de kapitaalverschaffers de mogelijkheid geboden agenda-punten toe te voegen aan de agenda, hetgeen de rol van de algemene vergadering als podium voor informatie-uitwisseling kan versterken. Vooral bij beursvennootschappen blijkt dat in de praktijk slechts een klein deel van de aandeelhouders deel neemt aan een aandeelhoudersvergadering. De besluitvorming van de algemene vergadering kan dan afhankelijk zijn van een toevallige meerderheid in de vergadering. Voor een deel is dit de verantwoordelijkheid van de aandeelhouders zelf. Zij hebben het recht maar niet de plicht hun aandeelhoudersrechten uit te oefenen. Het voorstel ziet op het wegnemen van belemmeringen voor die aandeelhouder die zijn stem wenst te laten horen.

Het uitoefenen van stemrecht kan verder worden vergemakkelijkt. Daartoe is een reeks van initiatieven genomen. Ten eerste is het afgeven en werven van stemvolmachten (proxy solicitation) ondersteund door de invoering in 1999 van een wettelijke regeling voor de zogenoemde registratiedatum in artikel 2:119 BW, waarin is bepaald dat de statuten van de naamloze vennootschap kunnen voorzien in een registratiedatum die maximaal 7 dagen voor de dag van de algemene vergadering ligt. Voor de desbetreffende algemene vergadering geldt als aandeelhouder degene die op de registratiedatum als aandeelhouder staat geregistreerd. Een verlenging van deze termijn wordt overwogen. Men zie onze brief van 2 mei 2002 (Kamerstukken II 2001–02, 17 050/27 555, nr. 235) over de bevindingen van de werkgroep effecten aan toonder. Ten tweede dienen volmachten op grond van de huidige regeling nog te zijn voorzien van een schriftelijke handtekening. Dat vereiste zal vervallen wanneer het wetsvoorstel betreffende de elektronische handel (Kamerstukken II 2001–02, 28 197, nr. 1–3) tot wet wordt verheven. Dan zal bij het afgeven van een volmacht van een elektronische handtekening gebruik kunnen worden gemaakt. Ten derde heeft de SER er op gewezen dat een knelpunt bestaat bij vennootschappen waarvan aandelen worden gehouden door beleggers buiten Nederland. In de praktijk roept het stemmen per volmacht in een grensoverschrijdend kader gecompliceerde problemen op. De aard van deze problemen brengt mee dat oplossingen moeten worden ontwikkeld op ten minste het niveau van de Europese Unie. De minister van Justitie heeft begin 2002 een internationale deskundigengroep ingesteld voor grensoverschrijdend stemmen van aandeelhouders. Deze deskundigengroep doet onderzoek naar de gebruiken bij, ervaringen met en juridische belemmeringen voor grensoverschrijdend stemmen in Europa. Ook zal de groep aanbevelingen doen voor regelgeving op nationaal of Europees niveau. In het eindrapport, dat in de zomer van 2002 zal worden aangeboden aan de minister van Justitie, zullen de conclusies en aanbevelingen van de groep worden geformuleerd. De bevindingen van de groep zullen vervolgens worden aangeboden aan de High Level Group of Company Law Experts, waarover hieronder meer. Wij vertrouwen dat het eindrapport een bijdrage zal leveren aan de totstandkoming van regelgeving op Europees niveau.

De leden van de fractie van de PvdA en de VVD signaleerden dat voor het uitoefenen van stemrecht door certificaathouders in het geval van een niet-vriendelijke overname een voorbehoud wordt gemaakt. Zij vroegen

hoe dit zich verhoudt tot het rapport van de commissie-Winter en het daarop gebaseerde richtlijnvoorstel van de Europese Commissie. De leden van de fractie van de VVD verzochten in het bijzonder in te gaan op «oorlogstijd» en de onafhankelijkheid van het administratiekantoor, en daarbij in te gaan op mogelijke tegenstrijdigheden.

De Europese Commissie heeft in september 2001 de High Level Group of Company Law Experts (commissie-Winter) ingesteld met het doel over vraagstukken van vennootschapsrecht te rapporteren aan de Europese Commissie. Na het falen van het voorstel voor een dertiende richtlijn inzake overname biedingen, heeft de Europese Commissie de commissie-Winter verzocht zich allereerst te richten op zaken die verband houden met overnamebiedingen. Op 10 januari 2002 presenteerde de commissie-Winter haar rapport aan de Europese Commissie. De voorstellen zijn door lidstaten soms kritisch onthaald. In de zomer van 2001 stemde het Europees Parlement uiteindelijk tegen het voorstel voor de dertiende richtlijn, waarbij parlementsleden wezen op het gebrek aan een level playing field en zorgen uitten rondom de kwetsbare positie van sommige Europese vennootschappen. Op dit moment is niet te voorspellen of het voorstel tot een nieuw richtlijnvoorstel van de Europese Commissie zal leiden, en zo ja, wat daarvan de hoofdlijnen zullen zijn. Wij kunnen ook niet zeggen of een eventueel nieuw richtlijnvoorstel van de Europese Commissie aan de bezorgdheid van het Europees Parlement een einde zal maken.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen of met een overname wordt bedoeld een poging tot het verkrijgen van een meerderheid van de aandelen, of een poging de raad van bestuur en/of de raad van commissarissen onder controle te krijgen.

Het begrip overname is een verzamelnaam voor alle situaties waarin een nieuwe partij zeggenschap verwerft over de bedrijfsactiviteiten van een onderneming. Dat kan door een juridische fusie van de rechtspersonen die de onderneming in stand houden, door de aankoop van aandelen in een vennootschap of door de aankoop van activa en passiva van een vennootschap.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen wie bepaalt en hoe wordt bepaald of sprake is van een «oorlogssituatie».

Of sprake is van een oorlogssituatie wordt bepaald in het voorgestelde artikel 2:118a lid 2 BW. Dat artikellid geeft aan onder welke omstandigheden de volmacht mag worden geweigerd. De aandeelhouder bepaalt of sprake is van een van de in lid 2 van het artikel genoemde gevallen. Dit oordeel kan in rechte worden getoetst. Een en ander is niet anders indien de overnemer een buitenlandse rechtspersoon is, zo kunnen wij de leden van de fractie van de PvdA antwoorden.

De leden van de fractie van de PvdA constateerden dat wij voor behoud van certificering als bescherming lijken te kiezen terwijl het wetsvoorstel over invoering van de mogelijkheid tot het treffen van bijzondere maatregelen door de ondernemingskamer over zeggenschap in de naamloze vennootschap (wetsvoorstel beschermingsconstructies, Kamerstukken II 1997–98, 25 732, nrs. 1–22) hieraan juist een einde beoogde te maken. Ook de leden van de fractie van de VVD vroegen ons aan te geven hoe de verhouding van dit voorstel tot het wetsvoorstel beschermingsconstructies ligt. De leden van de fractie van D66 vroegen wat de gevolgen zijn voor de structuurregeling als het wetsvoorstel beschermingsconstructies wordt aangepast aan de aanbevelingen van de commissie-Winter over de 13e richtlijn. Deze leden vroegen waarom wij al kiezen voor een wijziging in het stemrecht terwijl het wetsvoorstel beschermingsconstructies nog niet is behandeld.

Over de verhouding tussen dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel beschermingsconstructies informeerden wij u bij brief van 22 mei 2001 (Kamerstukken II, 2000–01, 25 732, nr. 19). Het wetsvoorstel beschermingsconstructies biedt degene die gedurende ten minste een jaar 70% van het kapitaal verschaft, de mogelijkheid de ondernemingskamer van het

gerechtshof te Amsterdam te verzoeken om, kortweg, beschermingsconstructies te doorbreken. Het voorstel ziet op gevallen waarin de verschaffer van het overgrote deel van het kapitaal niet met het bestuur en de eventuele raad van commissarissen tot overeenstemming is gekomen over het toekomstig beleid ten aanzien van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Het gaat dus om zogenoemde vijandige overnames. Het criterium «verschaffen van kapitaal» betekent dat ook de houder van 70% van de certificaten uiteindelijk het beleid zal kunnen bepalen. Het wetsvoorstel is ook van toepassing op structuurvennootschappen die voldoen aan het bepaalde in het voorgestelde artikel 2:359a BW.

In zijn advies maakt de SER een voorbehoud bij stemrecht voor certificaathouders als op de aandelen van de vennootschap een openbaar bod is aangekondigd, dan wel gemeten naar objectieve maatstaven anderszins een niet-vriendelijke overname dreigt. De SER overweegt daarbij onder meer dat de uitwerking van de toekenning van het stemrecht aan certificaathouders dient aan te sluiten bij het wetsvoorstel beschermingsconstructies. Met zijn voorstel voor het uitoefenen van stemrecht door certificaathouders heeft de SER niet beoogd het wetsvoorstel beschermingsconstructies te doen wijzigen of terzijde te stellen. Dat is ook niet nodig nu dat wetsvoorstel zich richt op situaties waarin meestal sprake is van een vijandige overname, terwijl het uitoefenen van stemrecht door houders van certificaten van aandelen geldt voor gevallen waarin van zo'n overname geen sprake is.

Het in het wetsvoorstel beschermingsconstructies opgenomen artikel 2:359 lid 1 sub c BW bepaalt dat de ondernemingskamer de vrijwillige toepassing van het structuurregime ongedaan kan maken. Lid 2 van dat artikel bepaalt dat de maatregel niet zover kan gaan dat de vennootschap wordt ontheven van een wettelijke verplichting het volledige of verzwakte structuurregime toe te passen. In het voorgestelde artikel 2:154/264 leden 4 tot en met 7 BW is een regeling getroffen voor de omgekeerde situatie: de structuurregeling is aanvankelijk krachtens wettelijke verplichting van toepassing is geworden, maar door gewijzigde omstandigheden de vennootschap niet langer wettelijk verplicht is de regeling volledig of in verzwakte vorm toe te passen.

Denkbaar is de discussie rond stemrecht voor certificaathouders te laten rusten totdat duidelijkheid zal zijn verkregen over stemrecht in overname-situaties. Maar vergroten van de betrokkenheid van kapitaalverschaffers bij de gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming is een van de voornaamste doelstellingen van de corporate governance wetgeving van dit kabinet. Om dat te bevorderen is de registratiedatum ingevoerd, worden het agenderingsrecht en het goedkeuringsrecht voor belangrijke besluiten geïntroduceerd en is de eerder genoemde groep internationale deskundigen ingesteld. Blijkt te zijner tijd dat Europa voor een andere opzet kiest, dan zullen wij de wet aanpassen. Maar het zou naar ons oordeel een gemiste kans zijn om op basis van verwachtingen die, zo leert het Europese traject, na jarenlange onderhandeling toch anders kunnen lopen, certificaathouders ook in vreedstijd stemrecht te ontzeggen.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen hoeveel belangstelling wordt verwacht van het uitoefenen van stemrecht door certificaathouders in vreedstijd.

Uitoefening van stemrecht door certificaathouders, en meer in het algemeen het betrekken van de kapitaalverschaffers die het financiële risico lopen bij het beleid van de vennootschap, is al geruime tijd onderwerp van discussie. De SER stelt in zijn advies vast dat er naar zijn oordeel reden is voor een herwaardering van de positie van de kapitaalverschaffers, met name in het licht van de ontwikkelingen op de effectenmarkten. Men herkent deze gedachte ook in het rapport van de commissie Winter. Al eerder toonde de commissie corporate governance (commissie Peters)

zich voorstander van het verlenen van stemvolmachten aan certificaathouders. Naar onze waarneming zijn kapitaalverschaffers de laatste jaren duidelijk actiever. Dat geldt zowel voor de individuele belegger die zich heeft verenigd in belangenorganisaties als voor de grote investeerder. Men denke aan de in de afgelopen tijd opgerichte organisaties als de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor Pensioenfondsen. De leden van de fractie van de PvdA vroegen welke waarborgen er in de praktijk zijn voor de onafhankelijkheid van het administratiekantoor ten opzichte van het bestuur. Zij vroegen hoe wordt voorkomen dat informele contacten het stemgedrag van het administratiekantoor beïnvloeden. Deze leden waren van oordeel dat het beter zou zijn om de in artikel 2:118a lid 3 BW genoemde categorieën van personen geheel uit te sluiten van het bestuur van de rechtspersoon.

Met de aan het woord zijnde leden zijn wij van oordeel dat de onafhankelijkheid van (het bestuur van) een stichting administratiekantoor zoveel mogelijk moet worden bevorderd. Te zelfder tijd willen wij niet onnodig ingrijpen in de samenstelling van een orgaan van een rechtspersoon. Een stichting administratiekantoor kan een beroep willen doen op, bijvoorbeeld, een voormalig bestuurder van de vennootschap omdat deze door zijn kundigheid en ervaring een bijdrage kan leveren aan goed bestuur van die stichting. Door de regeling in de leden 3 en 4 van artikel 2:118a BW wordt voorkomen dat die (gewezen) bestuurders een doorslaggevende stem hebben. Informele contacten tussen het bestuur van een vennootschap en een grootaandeelhouder zijn onvermijdelijk, ook als geen sprake is van certificering. Maar het bestuur van de vennootschap is wettelijk verplicht aandeelhouders in gelijke omstandigheden gelijk te behandelen (artikel 2:92/201 BW). Men zie over deze materie uitgebreid H. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking*, Deventer 2001.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen wanneer de door de minister van Financiën aangekondigde aanpassingen met betrekking tot het wetsvoorstel beschermingsconstructies verwacht kunnen worden.

Bij brief van 14 januari 2002 (Kamerstukken II 2001–02, 25 732, nr. 22) is een consultatie aangekondigd over de modaliteiten van een verplicht openbaar bod op publiek uitstaande aandelen door degene die, kortweg, de controle over een vennootschap heeft verworven. Daarbij is aangegeven dat ook zou worden gevraagd naar de mening van belanghebbenden over het rapport van de commissie Winter. Inmiddels is een aantal reacties ontvangen. De Tweede Kamer heeft te kennen gegeven op korte termijn met de minister van Financiën van gedachten te willen wisselen over het consultatiedocument. Daarna zal het kabinet een standpunt bepalen over een verplicht openbaar bod.

De leden van de fracties van de VVD, D66 en GroenLinks stelden vragen over de verhouding van dit wetsvoorstel met de nota Deelnemingenbeleid.

In de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid (Kamerstukken II 2001–02, 28 165, nr. 2) is vermeld dat de Staat zich zoveel als mogelijk is, zal gedragen als een gewone aandeelhouder voor wat betreft het gebruik van wettelijke of statutaire zeggenschapsbevoegdheden. De Staat zal binnen de verhoudingen in de algemene vergadering van aandeelhouders en de juridische mogelijkheden van aandeelhouders maximale zeggenschap nastreven over die beslissingen die een fundamentele invloed hebben op de betreffende deelneming en die van significante betekenis kunnen zijn op de waarde daarvan. Het wetsvoorstel versterkt de positie van de aandeelhouder op een aantal punten en de Staat zal deze nieuwe rechten indien nodig ook benutten.

De leden van de fractie van D66 vroegen vanaf wanneer een administratiekantoor mag bepalen dat het stemrecht van certificaathouders wordt beperkt.

De volmacht mag worden geweigerd, beperkt of ingetrokken zodra zich één van de in het voorgestelde artikel 2:118a lid 2 BW genoemde gevallen heeft voorgedaan en geldt voor de algemene vergadering waarvoor de certificaathouder zijn verzoek als bedoeld in lid 1 van dat artikel had gedaan. Het artikellid bepaalt namelijk dat de volmacht geldig is voor een in de volmacht aan te geven algemene vergadering. Dat geldt ook voor het besluit tot intrekking van die volmacht.

De PvdA vroeg op welke wijze in het buitenland draagvlak wordt gecreëerd voor de Nederlandse aanpak.

De door de OESO opgestelde beginselen van corporate governance uit 1999 gaan uit van het bestaan van verschillende vennootschappelijke systemen naast elkaar waarbij men geslaagde ontwikkelingen van elkaar overneemt. Mede op verzoek van Nederland is een hoofdstuk opgenomen over medezeggenschap en de rol van de werknemers. Ook de Europese Unie pleegt rekening te houden met de verschillende tradities van lidstaten in het ondernemingsrecht, inclusief het vennootschapsrecht en het medezeggenschapsrecht. Dat vertaalt zich onder meer in het mede op verzoek van Nederland opgenomen voorschrift dat de medezeggenschap adequaat geregeld is voordat een nieuwe rechtsvormen zoals de Europese vennootschap kan worden benut.

De leden van de fractie van de PvdA, die aangaven zeer te hechten aan invoering van een monitorsysteem, vroegen hoe en wanneer wij de werking van het wetsvoorstel geëvalueerd willen zien.

Het wetsvoorstel wijzigt de procedure voor de benoeming van de leden van de raad van commissarissen, alsmede de verdeling van bevoegdheden tussen de algemene vergadering, de ondernemingsraad en de raad van commissarissen. De gevolgen van de wijziging van de structuurregeling zullen pas in de loop van de tijd goed kenbaar worden. Daarbij is bijvoorbeeld van belang dat de wijziging van het grensbedrag in artikel 2:153/263 BW overeenkomstig het voorgestelde artikel III niet tot gevolg behoeft te hebben dat een structuurvennootschap onmiddellijk kan afzien van de toepassing van het structuurregime. Op grond van artikel 2:154/264 BW zal gelden dat vennootschappen die ten gevolge van de desbetreffende wijziging niet meer aan de kapitaalgrens voldoen, drie jaar na de inwerkingtreding van de wet ervoor kunnen kiezen het structuurregime niet langer toe te passen.

Op grond van de voorgestelde overgangsregeling moeten alle structuurvennootschappen verder bepalen hoeveel leden van de raad van commissarissen worden benoemd krachtens het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. In de overgangsregeling is ook bepaald dat de raad een profielschets voor zijn beoogde samenstelling en omvang moet opstellen. Teneinde te bevorderen dat de samenstelling van de raad van commissarissen binnen een redelijke termijn in overeenstemming wordt gebracht met de wet, is voorgesteld dat bij vacatures om en om commissarissen worden benoemd met inachtneming van het bindend voordrachtsrecht van de raad van commissarissen respectievelijk het bijzonder voordrachtsrecht van de ondernemingsraad.

Ook overigens zal de nieuwe regeling in de praktijk een proces van gewenning zijn. Het is niet goed mogelijk bij voorbaat te bepalen hoeveel tijd daarmee gemoeid zal zijn. In het advies van de SER 84/06 over raden van commissarissen van structuurvennootschappen wordt verwezen naar een onderzoek van het Van der Heijden Instituut naar het feitelijk functioneren van de oorspronkelijke Structuurwet uit 1971. Ten aanzien van die wet is opgemerkt dat het proces van gewenning na zes jaren, in 1977, zeker nog niet was beëindigd. Mocht de praktijk daartoe aanleiding geven, dan zal de wettelijke regeling opnieuw worden bezien. Een evaluatiebepaling in het wetsvoorstel achten wij daarvoor niet noodzakelijk.

Artikel 101/210

Dit artikel gaat over vaststelling van de jaarrekening. De leden van de fractie van de PvdA vroegen waarom niet ook het jaarverslag moet worden goedgekeurd of vastgesteld, omdat een groot deel van de beleidsverantwoording juist in het jaarverslag is te vinden.

De jaarrekening (balans en winst- en verliesrekening met toelichting) is de weergave van de financiële positie van de vennootschap, in het bijzonder ten opzichte van derden. Men ziet dit weerspiegeld in de grondnorm voor de jaarrekening. Deze moet volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar kunnen worden beschouwd een zodanig inzicht verschaffen dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent vermogen en resultaat, solvabiliteit en liquiditeit (art. 2:362 BW). Na vaststelling van de jaarrekening is bepaald welke de jaarrekening van de vennootschap is. De jaarrekening is dus een vennootschappelijk stuk. Voor de totstandkoming van dit stuk is intern een procedure voorgescreven. Binnen het vennootschappelijk systeem vervult de jaarrekening een tweede functie als stuk waarmee bestuurders en commissarissen verantwoording afleggen over het gevoerde financiële beleid respectievelijk het toezicht op dat beleid. Ten bewijze daarvan wordt de opgemaakte jaarrekening ondertekend door alle bestuurders en commissarissen. Het jaarverslag heeft een ander karakter. Het is een eenzijdig door het bestuur opgesteld stuk dat informatie verschaft over bijvoorbeeld de concurrentiepositie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, over gevolgd of voorgenomen aankoopbeleid en over de ondernemingsstrategie in het algemeen. In het jaarverslag is ook plaats voor informatie omtrent maatschappelijk verantwoord ondernemen, risicomangement, automatisering en de interne beheerssystemen. Er is gelegenheid om in te gaan op strategie en beleidsvoornemens. Het jaarverslag wordt geen stuk van de vennootschap en behoeft evenmin goedkeuring van de raad van commissarissen. Een recht van vaststelling voor de algemene vergadering van aandeelhouders past hierbij evenmin. Het jaarverslag is wel een belangrijke informatiebron voor de aandeelhouders om zich een oordeel te vormen over het beleid van het bestuur.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen of vaststelling van de jaarrekening losgekoppeld zal worden van de mogelijkheid om dividend uit te keren.

Zoals de aan het woord zijnde leden aangaven, kan sinds 1 december 2001 het besluit tot vaststelling van de jaarrekening niet langer expliciet of impliciet samenvallen met het besluit tot het verlenen van kwijting aan bestuurders en commissarissen (Wet van 4 oktober 2001, Stb. 467). Dat wil overigens niet zeggen dat het recht van vaststelling van de jaarrekening overbodig zou zijn. De wet van 4 oktober 2001 maakt geen onderscheid tussen vaststellen en goedkeuren, maar bewerkstelligt dat de algemene vergadering van aandeelhouders uitdrukkelijk overweegt of bestuurders en commissarissen kunnen worden gekwet. Een besluit tot vaststellen van dividend kan pas genomen worden na het besluit tot vaststelling van de jaarrekening. Uit de vastgestelde jaarrekening moet namelijk blijken dat het beschikbaar stellen van dividend geoorloofd is uit een oogpunt van kapitaalbescherming. Men vergelijk artikel 2:105/216 BW waarover verder Rechtspersonen, commentaar op artikel 2:105/216 BW, Handboek, paragraaf 331, en Asser/Maeijer paragraaf 145.

De leden van de fractie van de PvdA stelden vragen over winstvaststelling en winstbestemming. De aan het woord zijnde leden vroegen zich af of de praktijk gaat veranderen doordat de vaststelling van de jaarrekening door de algemene vergadering van aandeelhouders zal geschieden. De leden van de fractie van D66 stelden vragen over onze weergave van het advies

van de SER en vroegen zich af wat de meerwaarde is van vaststellen door de aandeelhouders.

In de wettelijke terminologie houdt het besluit tot vaststelling in dat de totstandkoming van de jaarrekening is voltooid en de jaarrekening van de vennootschap kan worden gepubliceerd. De jaarrekening vervult tevens een interne rol bij het afleggen van verantwoording aan de algemene vergadering. Bij zijn bespreking van de rol van de raad van commissarissen heeft de SER opgemerkt dat het in het licht van bevoegdheidsverdeling niet gelukkig is dat de raad van commissarissen de jaarrekening vaststelt en daarna gebruikt om verantwoording over het gevoerde toezicht af te leggen jegens de algemene vergadering van aandeelhouders. Wij onderschrijven dit uitgangspunt. De meerwaarde van het voorstel is gelegen in de verduidelijking van verhoudingen tussen de vennootschapsorganen onderling. De SER stelde voor dat de raad van commissarissen de jaarrekening goedkeurt en ondertekent, waarna de algemene vergadering de jaarrekening vaststelt (of niet vaststelt). Over het verschil tussen vaststellen en goedkeuren is in de loop der jaren een uitgebreide wetenschappelijke discussie gevoerd. Uit de introductie van het goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering in 1971 is afgeleid dat met vaststellen moet zijn bedoeld de uiteindelijke instemming van een vennootschapsorgaan met de jaarrekening nadat alle posten zijn nagelopen en eventueel is besloten dat een correctie moet worden aangebracht. Daaruit volgde weer dat goedkeuring iets anders moet inhouden. Aangenomen is dat goedkeuren slechts de gehele jaarrekening kan betreffen. Maar bij de invoering van de structuurregeling in 1970 werd al aangegeven dat het verschil tussen vaststelling en goedkeuring van geen praktisch belang is, omdat het niet voorkomt dat de algemene vergadering de jaarrekening in afwijking van de door het bestuur opgestelde versie vaststelt. Men zie daarover onder meer de nota van de commissie vennootschapsrecht, bijlage bij de memorie van antwoord, Kamerstukken 1970–1971, 10 751, nr. 11). De door de SER voorgestelde oplossing zou aan de discussie over verschillen tussen goedkeuren en vaststellen onzekerheid toevoegen. Zo zou onzekerheid ontstaan over de vraag wat het onderscheid moet zijn tussen het recht van vaststelling van de algemene vergadering van aandeelhouders na goedkeuring door de raad van commissarissen en het recht van vaststelling van de jaarrekening zonder die voorafgaande goedkeuring. Dergelijke onzekerheid helpt de praktijk niet verder. Daarom wordt één regeling voor vaststelling van de jaarrekening voorgesteld voor zowel structuurvennootschappen als «gewone» vennootschappen. Evenmin als in 1970 verwachten wij dat dit in de praktijk tot een andere gang van zaken zal leiden. Het komt naar onze waarneming nog steeds niet voor dat de algemene vergadering van een grote vennootschap de jaarrekening niet vaststelt uitsluitend met het oog op verruiming van de mogelijkheid tot uitkering van dividend. Daarvoor leent de vergadering zich slecht en ontbeert men ook expertise. Is een individuele aandeelhouder het oneens met de jaarrekening, dan zal hij veeleer de procedure van artikel 999 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering benutten, waarin deskundigen een vooraanstaande rol spelen.

De leden van de fracties van de PvdA en de VVD vroegen in hoeverre met dit voorstel een recht van de aandeelhouders tot amendering van (posten van) de jaarrekening is beoogd, of juist uitsluitend een recht tot goedkeuring of afkeuring. De leden van de fractie van de VVD verzochten het begrip «bewerkstelligen» te verduidelijken. De leden van de fracties van de PvdA, D66 en GroenLinks vroegen of wij nogmaals konden aangeven in hoeverre amendering door de aandeelhouders door andere regelingen beperkt wordt.

Het gebruik van de term «amenderingsrecht» achten wij niet erg gelukkig omdat dit het beeld oproept van een vennootschapsorgaan dat zelf wijzigingen aanbrengt in de jaarrekening, om die vervolgens vast te stellen. Zo'n recht bestaat niet. Het vaststellingsrecht houdt in dat het betreffende

vennootschapsorgaan aan degene die de jaarrekening opmaakt opdracht kan geven om wijzigingen in de opgemaakte jaarrekening aan te brengen. In de literatuur is dit aangeduid als «bewerkstelligen». Daarna is een verklaring van de accountant nodig: de jaarrekening kan niet worden vastgesteld als de algemene vergadering geen kennis heeft kunnen nemen van de accountantsverklaring. Titel 9 van boek 2 BW geeft gedetailleerde voorschriften voor de waardering en rubricering van iedere post op de balans en in de winst- en verliesrekening. Met die voorschriften moet zowel bij het opstellen, het controleren als het vaststellen van de jaarrekening rekening worden gehouden. Ook het wettelijk voorschrift dat een besluit tot vaststelling van de jaarrekening nietig is indien de algemene vergadering geen kennis heeft kunnen nemen van de accountantsverklaring, draagt bij aan een verantwoorde procedure rond de vaststelling van dit vennootschappelijke stuk. Verder mag in de statuten niet worden bepaald dat een vennootschapsorgaan voorschriften of bindende voorwaarden stelt aan enige post van de jaarrekening. De statuten mogen derhalve niet bepalen dat het bestuur of de houder van een prioriteitsaandeel de voorzieningen of de afschrijvingen vaststelt.

Ons werd verzocht nogmaals in te gaan op het verschil tussen winstvaststelling en winstbestemming. De leden van de fractie van de PvdA vroegen of zij goed begrepen hadden dat de algemene vergadering zowel over de winstvaststelling als de winstbestemming besluit. De leden van de fractie van de SP vroegen hoe voorkomen wordt dat de aandeelhoudersvergadering zal aandringen op een hogere winstuitkering aan de aandeelhouders.

Met de vaststelling van de jaarrekening is ook de winst of het verlies bekend. De winstvaststelling is geen afzonderlijk agendapunt bij de algemene vergadering, maar de resultante van de waardering van de baten en lasten van de onderneming. De aandeelhouders kunnen derhalve ook niet separaat vaststellen wat de winst is, laat staan wat zij vinden dat de winst zou moeten zijn. Wel kunnen zij desgewenst in een procedure op basis van artikel 999 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de waardering van bepaalde posten bestrijden. Deze weg staat eveneens open voor andere belanghebbenden, waaronder volgens vaste jurisprudentie ook de werknemers. Men zie Hoge Raad 20 mei 1987, NJ 1987, 973. Dat is in de huidige opzet met het vaststellingsrecht voor de raad van commissarissen overigens niet anders.

Voor de winstbestemming gelden andere voorschriften. Deze voorschriften zijn ook naar huidig recht gelijk voor structuur- en niet-structuurvennootschappen. Alle winst die volgens de vastgestelde jaarrekening is behaald, mag op grond van de wet worden uitgekeerd voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestort kapitaal plus de wettelijk voorgeschreven reserves (artikel 2:105/216 BW). In beginsel staat de winst dus ter beschikking van de aandeelhouders. In de statuten kan echter een andere regeling worden opgenomen over de wijze waarop de winst moet worden besteed (uitkeren of aan de reserves toevoegen) en de vraag wie daarover besluit. De bevoegdheid tot het nemen van dat besluit kan, maar behoeft zeker niet bij de algemene vergadering van aandeelhouders te liggen. Bij grote vennootschappen is een winstbestemmingsregeling in de statuten gebruikelijk. Uit de praktijk kennen wij een winstbestemmingsregeling waarbij allereerst een deel van de winst wordt uitgekeerd aan de houders van preferente aandelen, vervolgens een deel wordt gereserveerd als bepaald door het bestuur na goedkeuring van de raad van commissarissen, en de rest als dividend wordt uitgekeerd, uiteraard voor zover uit de vaststelling van de jaarrekening blijkt dat uitkering geoorloofd is (artikel 2:105 BW). Men zie over deze materie verder Rechtspersonen, losbladig commentaar op artikel 101/210 BW, Handboek para. 331, Asser/Maeijer para. 447 en volgende.

De leden van de fractie van D66 vroegen wat precies de rol van de raad van commissarissen is. De leden van de fracties van de PvdA en Groen-

Links vroegen waarom geen goedkeuringsrecht van de ondernemingsraad is voorzien, zoals voor de raad van commissarissen.

De raad van commissarissen ondertekent de door het bestuur opgestelde jaarrekening. De raad van commissarissen moet niet de jaarrekening, maar het door het bestuur gevoerde beleid goedkeuren. Die goedkeuring blijkt uit de medeondertekening van de jaarrekening door alle commissarissen. In de praktijk vindt daartoe overleg plaats tussen het bestuur en de raad van commissarissen over de door het bestuur opgestelde jaarrekening. Doorgaans zal dit overleg tot overeenstemming over de jaarrekening leiden. Indien een of meer commissarissen zich niet kunnen verenigen met de opgestelde jaarrekening ondertekenen zij niet. Een goedkeuringsrecht voor de raad van commissarissen wordt niet voorgesteld. Het staat het bestuur dan ook vrij om een niet door de commissarissen ondertekende jaarrekening te doen controleren door de accountant en ter fine van vaststelling voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. De wet schrijft echter voor dat commissarissen de redenen van het ontbreken van de handtekening vermelden (artikel 2:101/210 BW). De algemene vergadering zal dat ontbreken, alsmede de redenen, laten meewegen bij de beoordeling van de vraag of de jaarrekening moet worden vastgesteld. De algemene vergadering kan de jaarrekening ook vaststellen en vervolgens geen kwijting verlenen aan de bestuurders of de commissarissen. De rol van de ondernemingsraad wordt behouden door aan lid 1 van het artikel een zin toe te voegen waardoor de ondernemingsraad op hetzelfde moment als de aandeelhouders kan beschikken over de opgestelde jaarrekening.

In de literatuur is terecht opgemerkt dat het doen verdwijnen van de goedkeuring van de algemene vergadering ook gevolgen moet hebben voor de formulering van de artikelen 2: 361 lid 3, 395 en 403 lid 1 BW, alsmede 1001 en 1002 Rv. Ook de artikelen 2:98/208 BW en 2:153/263 BW behoeften op dit punt aanpassing. Bij nota van wijziging is dat alsnog gebeurd in de onderdelen aA, Gb, Qa, Wb, FFa, KK en LL van artikel 1, alsmede door het toevoegen van een nieuw artikel V. Bovendien is in het voorgestelde artikel 2:101/210 BW ten aanzien van het overleggen van de jaarrekening aan de ondernemingsraad ten onrechte geen rekening gehouden met de vennootschap waarop de verzwakte regeling van toepassing is. Bij nota van wijziging (onderdeel A sub 2) is dat hersteld.

Artikel 107a

Het wetsvoorstel noemt een aantal bestuursbesluiten waarvoor de algemene vergadering een goedkeuringsrecht heeft. Aangenomen wordt dat een rol voor de algemene vergadering is weggelegd bij besluiten die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of op de beschikking over de met de vennootschap verbonden onderneming. De SER adviseerde een goedkeuringsrecht wettelijk vast te leggen voor bestuursbesluiten waardoor de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk verandert. Wij menen dat een wettelijke verankering van zo'n goedkeuringsrecht op zijn plaats is. Alvorens in te gaan op de vragen van de verschillende fracties wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om de uitgangspunten van het kabinet ten aanzien van het goedkeuringsrecht meer in het algemeen nader toe te lichten, rekening houdend met beschouwingen over het goedkeuringsrecht in de literatuur.

Artikel 2:107a lid 1 onder a BW bepaalt dat goedkeuring vereist is voor een besluit omtrent de overdracht van de gehele of vrijwel de gehele onderneming van de vennootschap aan een derde. Een dergelijk besluit heeft grote invloed op de structuur van de onderneming. De onderneming komt in andere handen. Lid 1 sub b bepaalt dat goedkeuring vereist is voor het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking van de vennootschap met een andere rechtspersoon of vennootschap, dan wel

het optreden als volledig aansprakelijke vennote van een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap. Handelingen in verband met een duurzame samenwerking zoals het sluiten of verbreken van een joint venture overeenkomst kunnen ingrijpende gevolgen voor de vennootschap hebben. De vennootschap kan zich bijvoorbeeld na het aangaan van een joint venture minder zelfstandig opstellen en de handelingsvrijheid van de vennootschap en haar bestuur kan zijn beperkt. In lid 1 onderdeel c van artikel 2:107a BW is bepaald dat goedkeuring vereist is voor het nemen van een deelneming ter waarde van ten minste een derde van het balanstotaal volgens de laatst vastgestelde jaarrekening. De beoogde deelneming heeft een eigen doelomschrijving en bestaande activiteiten. De status quo van de deelneming wordt op het moment van de verwerving door de verkrijgende vennootschap aanvaard. Of wijziging van de status quo mogelijk is hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de omvang van het belang dat in de deelneming wordt verworven. Afhankelijk van de waarde en omvang van de beoogde deelneming kan er een grote invloed uitgaan op de structuur van de verkrijgende vennootschap en haar onderneming. Voor de toepassing van het goedkeuringsrecht worden de gevallen waarin een deelneming wordt afgestoten met een verwerving gelijkgesteld.

Het houden van een algemene vergadering is vaak kostbaar. Ook betekent de verplichting de algemene vergadering te raadplegen dat het bestuur minder flexibel kan handelen. Er moet rekening worden gehouden met de organisatie van en de oproeptermijn voor een algemene vergadering. Wij menen dat de in artikel 2:107a lid 1 BW genoemde besluiten zodanig ingrijpend van aard zijn dat een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering gerechtvaardigd en op zijn plaats is. Het bestaan van een goedkeuringsrecht ten aanzien van deze besluiten laat onverlet dat de eisen van een behoorlijk bestuur met zich kunnen brengen dat de algemene vergadering ook over andere besluiten geïnformeerd of geconsulteerd wordt. Het is niet goed mogelijk bij wet te voorzien in een regeling die alle mogelijke gevallen bij voorbaat dekt, tenzij wij zouden kiezen voor een wel zeer ruim geformuleerde regeling. Dat leidt tot te veel kosten en beperkt het bestuur onevenredig. Omgekeerd voelen wij er niet voor op de drie besluiten die nu in artikel 2:107a lid 1 BW zijn geregeld verdere uitzonderingen te maken, bijvoorbeeld voor het geval dat het bestuur van de vennootschap surseance van betaling heeft aangevraagd. Dat zou een te grote aantasting opleveren van de beoogde invloed van de algemene vergadering. Het bestuur zal in dergelijke gevallen moeten handelen onder het voorbehoud van goedkeuring van de algemene vergadering. De algemene vergadering dient in staat te worden gesteld te beslissen over het al dan niet geven van goedkeuring met in achtneming van alle relevante feiten en omstandigheden.

Het wetsvoorstel maakte ten aanzien van het goedkeuringsrecht geen onderscheid tussen naamloze en besloten vennootschappen. VNO-NCW heeft in zijn commentaar op het wetsvoorstel aangegeven het invoeren van een verplicht goedkeuringsrecht bij besloten vennootschappen niet passend te vinden. In besloten vennootschappen is er geen reden om een goedkeuringsrecht wettelijk voor te schrijven omdat de aandeelhouders doorgaans dicht bij het management van de onderneming betrokken zijn of praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden, aldus VNO-NCW. Toevoeging van een goedkeuringsrecht voor besloten vennootschappen zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die inhoudelijk niets toevoegen.

Deze argumenten overtuigen. Aandeelhouders in besloten verhoudingen kunnen desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten. Daarvoor is een wettelijk goedkeuringsrecht niet nodig. Van een behoefte op dit punt aan een wettelijke regeling is in de praktijk ook niet gebleken. Artikel 2:217a BW is daarom geschrapt. Dit is verwerkt in de nota van wijziging.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd waarom voor het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering niet is aangesloten bij de artikelen 2:164/274 BW. Deze leden stelden voorts de vraag of de drempel in artikel 2:107a lid 1 sub c niet buitengewoon hoog is en die bepaling daarom zelden van toepassing zal zijn. Zij vroegen waarom niet is aangesloten bij het bepaalde in artikel 2:164 lid 1 sub e BW, waar de drempel ligt op 25% van het geplaatste kapitaal met reserves.

De SER heeft een aantal bestuursbesluiten opgesomd waarvoor een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering op zijn plaats zou zijn. De SER noemde de besluiten die strekken tot overdracht van de gehele of vrijwel de gehele onderneming van de vennootschap alsmede ingrijpende besluiten als het aangaan dan wel verbreken van duurzame samenwerking met of deelneming in een andere onderneming. Deze opsomming komt deels overeen met de opsomming van bestuursbesluiten waarvoor goedkeuring van de raad van commissarissen is vereist krachtens artikel 2:164/274 lid 1 sub d, e en f BW. Het SER-advies gaat voorts uit van een zekere beoordelingsvrijheid van het bestuur om te bepalen of een besluit moet worden voorgelegd aan de algemene vergadering. In het wetsvoorstel is het SER-advies uitgewerkt. Een te grote beoordelingsvrijheid van het bestuur schept naar onze mening te veel onzekerheid voor de praktijk en maakt de toepassing van een goedkeuringsrecht te bezwaarlijk. Daarom zijn drie besluiten genoemd. Men zie in dit verband ook het commentaar van de zijde van VNO-NCW op het wetsvoorstel.

De formulering van artikel 2:107a lid 1 sub b BW sluit aan bij de formulering van artikel 2:164/274 lid 1 sub d BW. Sub c van het voorgestelde artikel sluit deels aan bij de formulering van artikel 2:164/274 lid 1 sub e BW. Ten aanzien van de grens onder c. is overwogen of moet worden aangesloten bij het criterium eigen vermogen (geplaatst kapitaal en reserves) zoals gehanteerd in artikel 2:164/274 lid 1 sub e BW, dan wel bij een ander criterium zoals het balanstotaal. De SER heeft geen voorkeur uitgesproken. Wij hebben gekozen voor het balanstotaal volgens de laatst vastgestelde jaarrekening. Met het balanstotaal wordt doorgaans het geheel van de actief- en passiefposten op de balans aangeduid (artikel 2:364–376 BW). Het balanstotaal omvat naast het eigen vermogen ook voorzieningen en lang- en kortlopende schulden. Het geeft aldus inzicht in de waarde van de met de vennootschap verbonden onderneming. Het besluit wordt beoordeeld op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening. Op de jaarrekening zal accountantscontrole zijn toegepast. Vanwege het belang van het besluit kan niet van de aandeelhouders worden verlangd dat zij hun besluit baseren op een nog niet formeel vastgestelde jaarrekening. Anderzijds kan niet van de vennootschap worden verwacht dat zij op elk willekeurig moment gedurende een jaar een recente gecontroleerde en vastgestelde jaarrekening kan overleggen. Daarom is aangesloten bij de laatst vastgestelde jaarrekening.

De commissie vennootschapsrecht heeft aangegeven dat het bijeenroepen van een algemene vergadering uitsluitend dient te geschieden in de gevallen dat van werkelijk ingrijpende besluiten sprake is en heeft in dat verband voorgesteld uit te gaan van een waarde van ten minste 50% van het balanskapitaal. Wij hebben gekozen voor een percentage van

33 1/3%. Deze kwantitatieve eis is, zoals ook de SER al signaleerde, tot op zekere hoogte arbitrair. Maar het percentage maakt duidelijk dat niet elke verwerving of vervreemding zodanig belangrijk is dat de algemene vergadering daaraan haar goedkeuring moet hechten. Wij vertrouwen dat door deze keuze transacties met een ingrijpend karakter in de regel worden gedekt.

De leden van de fracties van de PvdA, het CDA en D66 vroegen waarom het kabinet het advies van de Raad van State om een goedkeuringsrecht te bepalen voor investeringen van een bepaalde omvang, niet heeft overgenomen. De leden van de VVD-fractie verzochten een onderbouwing van het oordeel dat een bestuursbesluit over investering of desinvestering met eenzelfde waarde als de afstoting of deelneming als bedoeld in onderdeel c. van artikel 2:107a BW geen goedkeuring van de algemene vergadering behoeft. Zij stelden de vraag of denkbaar is dat een dergelijke omvangrijke transactie onder omstandigheden de structuur van een groep kan raken.

Het besturen van een vennootschap is de taak van het bestuur. Het besturen houdt in het beschikken over vennootschappelijke middelen alsmede het bepalen van de activiteiten van de vennootschap. Tot de bevoegdheid van het bestuur worden niet gerekend besluiten die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of de beschikking over de met de vennootschap verbonden onderneming betreffen. In dat geval wordt in feite beschikt over de vennootschap. De vennootschappelijke structuur wordt in beginsel niet geraakt door bestuursbesluiten betreffende investeringen en desinvesteringen. De activiteiten van de vennootschap behoeven niet ingrijpend te wijzigen door de aankoop of verkoop van goederen. De omvang van de investering of desinvestering is derhalve op zichzelf niet doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of een transactie kan worden gerekend tot de bevoegdheid van het bestuur. Het bestuur dient over dergelijke besluiten wel verantwoording af te leggen aan de raad van commissarissen. Een en ander komt tot uitdrukking in de lijst met belangrijke bestuursbesluiten waarvoor de goedkeuring van de raad van commissarissen is vereist (artikel 2:164 lid 1/274 lid 1 BW). Ook de commissie vennootschapsrecht heeft opgemerkt dat het niet past dat de algemene vergadering het investeringsbeleid bepaalt. Een uitzondering is onderdeel a, het geval dat de onderneming of vrijwel de gehele onderneming wordt overgedragen aan een derde. Een dergelijk besluit is zodanig ingrijpend voor de vennootschap en daarmee de aandeelhouders dat van een desinvestering waarover het bestuur kan beslissen, niet meer kan worden gesproken.

De leden van de PvdA-fractie hebben de vraag gesteld waarom voor de formulering van artikel 2:107a BW niet gebruik is gemaakt van de formulering in de memorie van toelichting, te weten dat een goedkeuringsrecht bestaat wanneer een besluit zo ingrijpend is dat gezegd kan worden dat de aard van het aandeelhouderschap wijzigt. In de memorie van toelichting is op dit punt aangegeven dat de aandeelhouder als het ware kapitaal gaat verschaffen aan een wezenlijk andere vennootschap. De leden van de VVD-fractie vroegen hierover een nadere toelichting. De leden van de D66-fractie stelden de vraag waarom de term «ingrijpende betekenis» niet verder in de wet is uitgewerkt. Deze leden vragen of het de duidelijkheid van het artikel ten goede zou komen wanneer in de wet wordt opgenomen dat het gaat om een besluit dat de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk verandert.

Wij menen dat de algemene vergadering een goedkeuringsrecht dient te hebben ten aanzien van bepaalde belangrijke bestuursbesluiten. De SER formuleerde dit als besluiten die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat

de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk verandert. In de memorie van toelichting is de hiervoor geciteerde omschrijving gegeven. Een dergelijke omschrijving is als wettelijk criterium echter niet goed bruikbaar, omdat men snel van mening kan verschillen over de vraag of een besluit voldoende belangrijk is of de aard van het aandeelhouder-schap voldoende wordt gewijzigd. Ook zou de rechter in het geval van een geschil (te) weinig handvatten worden gegeven om een transactie te kunnen beoordelen. De wetgever kan geschillen over de toepassing van het wettelijke goedkeuringsrecht niet uitsluiten, maar de uitkomst daarvan wel beter voorspelbaar maken. Wij hebben daarom drie soorten besluiten opgesomd. Overwogen is voorts de omschrijving «dat het gaat om een besluit dat de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk verandert» toe te voegen aan de criteria van de onderdelen a, b en c. Maar een dergelijke toevoeging houdt allereerst een beperking in van de reikwijdte van de voorgestelde bepaling; er wordt een criterium toegevoegd aan de voorgestelde criteria. Voorts ontstaat door de omschrijving onzekerheid over de toepassing van de bepaling in de praktijk.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot het wetsvoorstel privatisering energiebedrijven, met name als het gaat om de consolidatie van dochtermaatschappijen.

Het wetsvoorstel heeft betrekking op de regels in boek 2 over het structuurregime en is eveneens van toepassing op die vennootschappen waarvoor de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet regels stellen indien op die vennootschappen de structuurregeling van toepassing is. Voor zover een dergelijke toepasselijkheid zou stuiten op problemen, zullen deze in het kader van het voorstel van wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet moeten worden opgelost. Over dit onderwerp zijn in het kader van het nader verslag over het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet door de leden van de PvdA-fractie ook vragen gesteld, die in de betreffende nota naar aanleiding van het nader verslag zullen worden beantwoord.

De leden van de fractie van de PvdA stelden voorts de vraag in hoeverre in bijzondere wetten uitzonderingen of aanscherpingen op het structuurregime kunnen worden gemaakt ten behoeve van specifieke bedrijven.

Het structuurregime beoogt een algemene regeling te geven voor de zeggenschapsverhoudingen in grote vennootschappen. Uitgangspunt is dat terughoudend wordt omgegaan met uitzonderingen. Het is evenwel altijd denkbaar dat de behartiging van specifieke belangen in specifieke wetgeving op bepaalde punten uitzonderingen of aanscherpingen wenselijk maakt. Hiervoor is een weging van de concrete belangen nodig. Die weging zou bij voorkeur moeten geschieden in het kader van die betrokken specifieke regelgeving. Daarmee wordt voorkomen dat mogelijke problemen op specifieke terreinen de inhoud van boek 2 zouden domineren en deze daardoor een veel wijdere en oneigenlijke strekking zouden krijgen.

De leden van de VVD-fractie vroegen of er een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen de besluiten die op grond van artikel 2:107a BW goedkeuring van de algemene vergadering behoeven en (deel)besluiten die tot doel hebben dat een van die besluiten wordt genomen. Gevraagd wordt of deelbesluiten ook ter goedkeuring aan de algemene vergadering moeten worden voorgelegd en het wetsvoorstel op dit punt moet worden aangescherpt.

Het goedkeuringsrecht is voorgeschreven voor besluiten die een grote invloed hebben op de structuur van de vennootschap of de onderneming.

Het ligt voor de hand dat dergelijke besluiten niet van het een op het andere moment tot stand komen, althans voorbereiding, overweging en afstemming met derden kunnen vergen. Indien het bestuur zich beraadt op het verwerven van een deelneming, zal het bestuur zich oriënteren en in overleg kunnen treden met de verkoper en met de raad van commissarissen. Al deze stappen zouden als deelbesluiten kunnen worden aangemerkt. Voor dergelijke deelbesluiten geldt het goedkeuringsrecht niet. Het bestuur kan tot dat moment naar buiten optreden onder het voorbehoud van goedkeuring van de algemene vergadering van het uiteindelijke besluit. Het inschakelen van de algemene vergadering zou ook prematuur zijn wanneer nog niet duidelijk is of het verwerven van een deelneming zo ingrijpend is dat aan de voorwaarden van artikel 2:107a BW wordt voldaan of dat de raad van commissarissen met de transactie zal instemmen. Verder moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat aan het organiseren van een algemene vergadering tijd en kosten zijn verbonden. Een andere situatie betreft het geval dat een beoogde transactie door het bestuur kunstmatig is opgesplitst, bijvoorbeeld door de verwerving van een deelneming te realiseren via meerdere transacties waarmee telkens een deel van de aandelen in de deelneming wordt verworven. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal in rechte kunnen worden geoordeeld dat een samenstel van transacties leidt tot een goedkeuringsrecht van de algemene vergadering en het bestuur door een opsplitsing van transacties het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering heeft gefrustreerd.

De leden van de VVD-fractie verzochten om een nadere concretisering van de begrippen «vrijwel de gehele onderneming» en «ingrijpende betekenis». De leden van de VVD-fractie vroegen of, naast de in onderdeel c. opgenomen koppeling aan de waarde van het actief, ook de winstgevendheid en de omzet van een vennootschap relevante criteria zouden moeten zijn. In dit verband verwezen zij naar de «Listing Rules» van de London Stock Exchange.

Artikel 2:107a lid 1 onder a BW houdt een goedkeuringsrecht in voor de algemene vergadering voor het geval wordt besloten de onderneming van de vennootschap of vrijwel de gehele onderneming van de vennootschap over te dragen aan een derde. Een dergelijk besluit is zodanig ingrijpend voor de structuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming dat de handeling niet meer tot de bestuursbevoegdheid kan worden gerekend. Ook in de literatuur (Handboek nr. 231, Asser-Maeijer nr. 258) wordt aangegeven dat een beslissing tot vervreemding van de economische activiteiten van een vennootschap buiten het kader van het bestuur valt. Daarentegen kan het beëindigen van een bepaalde economische activiteit, de vervreemding van een onderdeel van een onderneming, wel als een bestuurshandeling worden aangemerkt. Voorkomen moet worden dat het goedkeuringsrecht wordt gefrustreerd door een te verwaarlozen deel van de onderneming buiten de overdracht te houden. Om die reden is bepaald dat het goedkeuringsrecht ook geldt indien vrijwel de gehele onderneming wordt overgedragen. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of de overdracht van vrijwel de gehele onderneming is beoogd. Voor de vraag of een besluit voldoende ingrijpend is, kunnen de door de aan het woord zijnde leden genoemde winstgevendheid en omzet goede aanwijzingen geven. Men denke aan een voorstel tot beëindiging van samenwerking met een marktleider, die beschikt over vooraanstaande kennis over zijn product of een afzetkanaal voor een verwant product, waardoor het risicoprofiel van de vennootschap sterk wijzigt.

De leden van de D66-fractie stelden de vraag of kan worden overwogen het woord «omtrent» in het eerste lid te vervangen door «tot».

In artikel 2:107a lid 1 BW wordt onder b. en c. verwezen naar transacties die door de vennootschap of een van haar dochtermaatschappijen worden verricht. Wanneer de desbetreffende transactie door een dochtermaatschappij geschiedt, neemt het bestuur van de dochtermaatschappij een besluit tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking of een besluit tot het nemen of afstoten van een deelneming. Het besluit wordt door het bestuur van de dochtermaatschappij uitgevoerd. Dat bestuur heeft daarbij een eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid. Het bestuur van de moedermaatschappij kan een dergelijk besluit dus niet voor haar dochtermaatschappij nemen. Het bestuur van de moedermaatschappij kan zich wel uitlaten ten aanzien van een transactie die op het niveau van de dochtermaatschappij zal plaatsvinden. Het neemt dan een besluit omtrent een transactie van de dochtermaatschappij. De formulering brengt met zich in dat de algemene vergadering van de moedermaatschappij een goedkeuringsrecht kan hebben in verband met een besluit van het bestuur van de moeder (als aandeelhouder van de dochtermaatschappij) over een voorgenomen transactie op het niveau van de dochtermaatschappij, indien die transactie voldoende ingrijpend is in relatie tot de aandeelhouders van de moedermaatschappij. Dan hebben zowel de algemene vergadering van de dochter als de algemene vergadering van de moeder in een bijzonder geval een goedkeuringsrecht. Dat is gerechtvaardigd indien de transactie op het niveau van de dochter zeer ingrijpend is voor de aandeelhouders van de moeder. Men denke aan een tussenholding in een groep die het voornemen heeft om over te gaan tot de vervreemding van een deelneming die een kroonjuweel is voor de groep. Dat kan van zodanig belang zijn voor de aandeelhouders van de moedermaatschappij dat deze daaraan hun goedkeuring moeten kunnen hechten. Tot grote problemen behoeft dit niet te leiden. In de regel kan een besluit van de algemene vergadering van de dochtermaatschappij eenvoudig worden gerealiseerd. Op het niveau van de dochter ontbreekt een gespreid aandelenkapitaal; de aandelen worden geheel of voornamelijk gehouden door de moedermaatschappij. Voor de vraag of het besluit voldoende belangrijk is in relatie tot de moedermaatschappij wordt getoetst of een besluit tot samenwerking van ingrijpende betekenis is voor de «vennootschap» (moedermaatschappij), dan wel een besluit ten aanzien van een deelneming een waarde vertegenwoordigt in relatie tot het (geconsolideerde) balanstotaal van de «vennootschap» (moedermaatschappij). Voor de vraag of het besluit van ingrijpende betekenis is voor de dochtermaatschappij, is het balanstotaal van die dochter doorslaggevend.

De leden van de fractie van GroenLinks hebben gevraagd op welke wijze het bestuur concept-besluiten moet voorleggen wanneer de algemene vergadering een goedkeuringsrecht heeft en welke informatie onontbeerlijk is voor de algemene vergadering om tot een gefundeerd oordeel te komen. Bij hun vraag betrokken deze leden de omstandigheid dat het besloten karakter van overleg binnen het bestuur en de raad van commissarissen niet bestaat bij overleg tussen aandeelhouders onderling.

Het bestuur dient de algemene vergadering op de hoogte te stellen van alle feiten en omstandigheden die noodzakelijk zijn voor een behoorlijke oordeelsvorming. Aangezien de wet een besluit van de algemene vergadering voorschrijft, zal het bestuur een vergadering moeten uitschrijven en het besluit moeten agenderen. Voorts zal het bestuur moeten bewerkstelligen dat de algemene vergadering tijdig en behoorlijk van de relevante feiten en omstandigheden kennis kan dragen. Wat daarvoor de meest geschikte weg is, kan van geval tot geval verschillen. Gedacht kan worden aan informatieverstrekking door de terbeschikkingstelling van schriftelijke stukken maar ook aan informatieverstrekking via de website van de vennootschap.

De leden van de fracties van de PvdA, VVD, CDA en D66 hebben een aantal vragen gesteld over het voorgestelde agenderingsrecht. De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af hoeveel punten per aandeelhouder op de agenda mogen worden gezet.

Het wetsvoorstel stelt geen getalsmatige limiet aan het aantal punten dat kapitaalverschaffers kunnen voorstellen. Een limiet is wel gelegen in de mogelijkheid dat een extreme reeks voorgestelde agendapunten – mede vanwege hun inhoud – in een bijzonder geval kan leiden tot de conclusie dat een zwaarwichtig belang van de vennootschap rechtvaardigt dat een of meerdere agendapunt(en) worden geweigerd of samengevoegd. Dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. De wet leent zich niet voor het aangeven van een maximum van bijvoorbeeld twee, tien of vijftig agendapunten.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen hoe lang en op welke manier bepaalde agendapunten worden besproken in de algemene vergadering. Daarnaast is gevraagd of de algemene vergadering kan vergaderen in afwezigheid van het bestuur, de raad van commissarissen of de ondernemingsraad.

In de statuten van de vennootschap wordt in de regel aangegeven wie een algemene vergadering voorziet, op welke wijze over welke onderwerpen wordt gestemd, wie notulen opstelt, enzovoort. De vergaderorde wordt bepaald door de voorzitter van de vergadering. De voorzitter dient daarbij de wettelijke regeling van een algemene vergadering in acht te nemen. Zo dienen aandeelhouders in de gelegenheid te worden gesteld de vergadering bij te wonen, het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen (artikel 2:117/227 lid 1 BW). Ook dienen het bestuur en de raad van commissarissen aan de algemene vergadering binnen de grenzen van de wet de verlangde inlichtingen te verschaffen (artikel 2:107/217 lid 1 BW) en geldt meer algemeen de regel dat de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken partijen zich tegenover elkaar redelijk en billijk moeten gedragen (artikel 2:8 BW). Ook de bestuurders en commissarissen hebben op grond van de wet een rol in de algemene vergadering. Zij hebben als zodanig een raadgevende stem (artikel 2:117/227 lid 4 BW en HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 (Janssen Pers)). De ondernemingsraad heeft uitsluitend een rol bij de algemene vergadering indien de wet dat uitdrukkelijk aangeeft; de ondernemingsraad heeft geen stemrecht. Een voorbeeld van een rol voor de ondernemingsraad bij de algemene vergadering geeft het voorgestelde artikel 2:161a/271a lid 2 BW, op grond waarvan de ondernemingsraad zijn standpunt ten aanzien van het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen kan doen toelichten bij de algemene vergadering. Met het oog op de vergaderorde bepaalt de voorzitter van de vergadering wanneer een start wordt gemaakt met de bespreking van een agendapunt alsmede wanneer het gesprek daarover tot een einde wordt gebracht.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd hoe het agenderingsrecht functioneert in andere landen die dit recht kennen. Zij hebben aangegeven zich af te vragen of de grens van € 50 miljoen – als alternatief voor de drempel van 1% van het geplaatste kapitaal – voor het bestaan van het agenderingsrecht niet aan de hoge kant is, mede in relatie tot de criteria die in Duitsland en Zwitserland gelden. De leden van de VVD-fractie hebben eveneens verzocht om een nadere motivering van de grens van € 50 miljoen voor het agenderingsrecht en vroegen bij het antwoord het advies van de commissie-Peters te betrekken.

De voorgestelde regeling houdt enerzijds rekening met het belang van een kapitaalverschaffer om een agenderingsrecht te hebben en hanteert anderzijds een grens waarvan verwacht wordt dat hij in de praktijk ook voor de grote beursvennootschappen werkbaar is. De SER heeft zich niet uitgesproken over een alternatieve regeling. De commissie Peters heeft

een agenderingsrecht aanbevolen voor kapitaalverschaffers waarvan het belang een beurswaarde van fl. 500 000 (€ 226 890) vertegenwoordigt. De Monitoring Commissie Corporate Governance, die de nakoming van de aanbevelingen van de commissie-Peters heeft getoetst bij 159 beursgenoteerde ondernemingen, heeft in haar rapport van 3 december 1998 opgemerkt dat de meeste ondernemingen die grens te laag achtten. In de grootste beursvennootschappen vertegenwoordigt dit bedrag nog niet één promille van het aandelenkapitaal. De invloed van een dergelijke aandeelhouder op de stemverhoudingen in een algemene vergadering is zeer gering. Het is twijfelachtig of een aandeelhouder in dat geval een zodanige verbondenheid met de vennootschap heeft dat hij van een agenderingsrecht gebruik moet kunnen maken. Belanghebbende partijen die niet in de SER zijn vertegenwoordigd, de Nederlandse Corporate Governance Stichting, de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor Pensioenfondsen, de Vereniging van Effectenbezitters, de Vereniging Effecten Uitgevend Ondernemingen en Euronext Amsterdam NV, zijn onder meer geconsulteerd over de wenselijkheid van een grens voor het agenderingsrecht gekoppeld aan een beurswaarde. Daarbij is gesproken over een grens van € 50 miljoen. Door het investeren van een dergelijk bedrag toont een aandeelhouder een zekere verbondenheid met de vennootschap, hoe groot of hoe klein het corresponderende percentage van het aandelenkapitaal – en daarmee de omvang van het stemrecht – ook is.

Ons onderzoek naar de toepassing van een agenderingsrecht in andere Europese landen heeft een divers beeld opgeleverd. In de memorie van toelichting is verwezen naar Duitsland en Zwitserland die een agenderingsrecht toekennen wanneer een nominaal kapitaalbelang van DM 1 miljoen (thans € 500 000) respectievelijk CHF 1 miljoen wordt vertegenwoordigd. Bij deze grensbedragen moet worden bedacht dat in de genoemde landen – net als in Nederland – de beurswaarde van de aandelen niet gelijk zal zijn aan de (statutaire) nominale waarde. Wanneer wordt uitgegaan van een hogere beurswaarde dan de nominale waarde en ook rekening wordt gehouden met de koersverschillen van de nationale munteenheden (althans voor zover van toepassing voor de introductie van de euro), is het ogenschijnlijke verschil met het Nederlandse voorstel minder groot.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of een houder van aandelen met een waarde van € 5 miljoen een verbondenheid met de vennootschap toont. Deze leden veronderstelden dat de drempel van € 50 miljoen uitsluitend relevant is voor vennootschappen met een aandelenkapitaal van meer dan € 5 miljard en vroegen hoeveel structuurvennootschappen een dergelijk groot kapitaal hebben.

Zoals in het voorgaande is aangegeven is de grens van € 50 miljoen gekoppeld aan de beurswaarde van een vennootschap. Voor de toepassing van dit onderdeel van de regeling is niet doorslaggevend of de vennootschap aan de structuurregeling is onderworpen, wel of zij een beursnotering heeft. De voorgestelde regeling is bedoeld voor de grote beursvennootschappen met een sterk gespreid aandelenkapitaal. Voor een beurswaarde van € 5 miljoen is niet gekozen. Uiteraard is dit een aanzienlijk belang. Er is evenwel een afweging gemaakt tussen de hoogte van het belang en de omvang van het stemrecht in de algemene vergadering. Ervan uitgaand dat de regeling is bedoeld voor die gevallen dat aandeelhouders de grens van 1% van het geplaatste kapitaal niet overschrijden maar wel de voorgestelde grens van de beurswaarde passeren, kan het in de praktijk voorkomen dat de vennootschap een totale beurswaarde van € 5 miljard heeft. Momenteel zijn er in totaal ongeveer 365 naamloze vennootschappen met een beursnotering in Nederland. Op de peildatum 30 juni 2001 hadden ongeveer 20 van deze beursvennootschappen een totale beurswaarde van € 5 miljard of meer. De leden van de D66-fractie wilden vernemen of in lid 2 van artikel 2:114a

BW een inflatiecorrectie kan worden opgenomen voor het grensbedrag van € 50 miljoen.

De waarde van aandelen en certificaten die aan de beurs worden verhandeld is aan schommelingen onderhevig. Die schommelingen kunnen diverse oorzaken hebben. De verwachtingen omtrent de financiële positie en winstgevendheid van de vennootschap is doorgaans de belangrijkste factor. Algemeen wordt aangenomen dat het nationale inflatiecijfer slechts een gering effect heeft. De introductie van een inflatiecorrectie is daarom minder geschikt. Indien op termijn mocht blijken dat de onderhavige grens voor het agenderingsrecht wegens verandering van omstandigheden niet langer passend is, zal aanpassing worden overwogen.

De leden van de CDA-fractie stelden de grens van 1% van het geplaatste kapitaal als voorwaarde voor het bestaan van een agenderingsrecht aan de orde. Zij vroegen zich af of het percentage arbitrair is, mede omdat een percentage van 5% in andere landen meer gangbaar zou zijn.

De regeling van het agenderingsrecht gerelateerd aan een bepaald percentage van het geplaatste kapitaal blijkt in diverse onderzochte Europese landen te verschillen. In sommige landen is het agenderingsrecht onafhankelijk van de omvang van het belang van de aandeelhouder en is het bezit van één aandeel daarmee voldoende. In een ander land blijkt een belang van ten minste 20% van het geplaatste kapitaal te moeten zijn vertegenwoordigd. Een percentage van 1% of € 50 miljoen beurswaarde is gelet op deze verschillen niet opmerkelijk. Het belang van de kapitaalverschaffers om in de algemene vergadering mee te kunnen praten over de vennootschap rechtvaardigt de keuze voor een relatief laag percentage van het geplaatste kapitaal. Het percentage van 1% sluit ook aan bij de adviezen van de commissie-Peters en de SER. Meer in het bijzonder hebben de betrokken ondernemingen tegen de grens van 1% geen bezwaren geuit.

De leden van de VVD-fractie vroegen om een nadere onderbouwing van het criterium «zwaarwichtig belang van de vennootschap» dat aan een afwijzing van een voorgesteld agendapunt ten grondslag moet worden gelegd. Daarbij werd ook gevraagd of denkbaar is dat plaatsing van een punt op de agenda gerechtvaardigd kan zijn, hoewel dat agendapunt de vergaderorde in ernstige mate zal kunnen verstoren. De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd wie bepaalt wat een zwaarwichtig belang is, of tegen een afwijzing beroep mogelijk is en op wie de bewijslast rust. De leden van de CDA-fractie stelden de vraag of het aanbeveling verdient een afwijzing van een voorgesteld agendapunt uitsluitend te baseren op een zwaarwichtig belang van de vennootschap en derhalve niet aan te sluiten bij het uitgangspunt dat een algemene vergadering «ordelijk en zonder onnodig oponthoud» moet kunnen plaatsvinden.

De commissie-Peters heeft vennootschappen in 1997 aanbevolen een agenderingsrecht te introduceren voor kapitaalverschaffers met een belang van een bepaalde omvang. Ook ging deze commissie er van uit dat een recht op agendering zou ontbreken wanneer zwaarwichtige belangen van de vennootschap zich tegen de opname in de agenda van het voorgestelde agendapunt zouden verzetten. De SER adviseerde op overeenkomstige wijze; een recht om onderwerpen op de agenda van de algemene vergadering te plaatsen, tenzij zwaarwegende belangen van de vennootschap zich daartegen zouden verzetten. Ook het wetsvoorstel begrenst het agenderingsrecht waar zwaarwichtige belangen van de vennootschap in het geding zijn. Dergelijke belangen kunnen het onthouden van het agenderingsrecht aan een kapitaalverschaffer rechtvaardigen.

Voor de begrenzing van het agenderingsrecht is gezocht naar een formulering die aan een aantal uitgangspunten voldoet. Het recht op agendering mag niet worden onthouden wanneer uitsluitend een persoonlijk belang van bestuurders of commissarissen in het geding is, bijvoorbeeld omdat het vertrouwen in hun functioneren als agendapunt aan de orde zou worden gesteld. Afwijzing is evenmin gerechtvaardigd wanneer uit het

voorgesteld agendapunt blijkt dat een aandeelhouder verzoekt om openbaarmaking van informatie over de vennootschap, welke informatie het bestuur uit hoofde van het concurrentiegevoelige karakter van de gevraagde informatie niet wenst te verstrekken. Het bestuur zal het desbetreffende punt aan de agenda moeten toevoegen en ter vergadering kunnen motiveren waarom de gevraagde informatie niet wordt verstrekt. Afwijzing van een agendapunt moet daarentegen wel mogelijk zijn wanneer na afweging van alle bij de vennootschap betrokken belangen de conclusie gerechtvaardigd is dat het belang van de vennootschap zich verzet tegen agendering van een voorgesteld agendapunt. Vandaar dat in de memorie van toelichting is aangegeven dat een afwijzing van een verzoek om agendering denkbaar is indien een reeks agendapunten lijkt te zijn voorgesteld uitsluitend met het doel de vergaderorde ernstig te verstoren. In dat geval kan de afweging van belangen van alle bij de vennootschap betrokkenen leiden tot de conclusie dat het belang van de verzoeker niet behoeft te prevaleren.

Een vergelijkbare afweging van belangen moet plaatsvinden wanneer kapitaalverschaffers verzoeken om informatie in de algemene vergadering (artikel 2:107/ 217 lid 2 BW). In de betreffende bepalingen is het criterium voor afwijzing van een verzoek eveneens «een zwaarwichtig belang» van de vennootschap. Ten behoeve van de eenheid van terminologie in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is bij deze formulering aangesloten. Wij vertrouwen dat de praktijk met deze formulering ook uit de voeten kan. Een verzoek tot agendering dient schriftelijk te worden ingediend bij de vennootschap. In de regel stelt het bestuur van de vennootschap de agenda van de algemene vergadering vast. In dat geval is het ook het bestuur dat over de mogelijke afwijzing van een voorgesteld agendapunt dient te beslissen. Vindt geen afwijzing plaats, dan kan de agenda definitief worden vastgesteld. Vindt wel afwijzing plaats, dan kan de kapitaalverschaffer zich voorafgaand aan de algemene vergadering – zodra de agenda overeenkomstig de daarvoor geldende wettelijke of (langere) statutaire termijn is openbaar gemaakt – beraden op mogelijke juridische stappen teneinde te bewerkstelligen dat de algemene vergadering niet zal plaatsvinden op basis van een agenda waarin het door hem voorgestelde agendapunt ontbreekt. Ook wanneer geen beroep op de rechter wordt gedaan, kan elke kapitaalverschaffer die over het vergaderrecht beschikt in de aandeelhoudersvergadering vragen om inlichtingen (artikel 2:107/217 lid 2 BW), waaronder de redenen voor de eventuele weigering van een agendapunt. De bewijslast dat een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen agendering verzet, rust in beginsel op het bestuur. Indien een afwijzing niet afdoende kan worden gemotiveerd, is denkbaar dat een kapitaalverschaffer beroep doet op de rechter en in rechte wordt geoordeeld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur van de desbetreffende bestuurders dan wel een onrechtmatige daad jegens de kapitaalverschaffer die het geweigerde agendapunt heeft voorgesteld. Is een voorgesteld agendapunt eenmaal toegevoegd aan de agenda, dan dient het te worden behandeld. Het bestuur mag het opgenomen punt niet schrappen omdat de verzoeker ten tijde van de algemene vergadering zijn belang heeft vervreemd of verkleind en daardoor een belang bij behandeling ontbreekt. Ook de mede-aandeelhouders kunnen belang hebben bij behandeling van het toegevoegde agendapunt. Zij moeten op de openbaar gemaakte agenda kunnen vertrouwen.

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe het kabinet denkt over het introduceren van een vragenrecht voor de algemene vergadering en de ondernemingsraad, met name om daarmee een recht op een juist en waarheidsgetrouw antwoord toe te kennen.

Aandeelhouders hebben reeds thans het recht op een juist en waarheidsgetrouw antwoord wanneer zij overeenkomstig het recht op inlichtingen vragen aan het bestuur hebben gesteld. Zou het bestuur onjuiste informatie hebben verstrekt, dan kan het bestuur door de algemene vergade-

ring ter verantwoording worden geroepen. Ook de ondernemingsraad heeft recht op waarheidsgetrouwe informatie op grond van artikel 31 WOR. Een aanvullend vragenrecht is overbodig.

De leden van de CDA-fractie hebben een uiteenzetting gevraagd over een agenderingsrecht bij de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

Bij het opstellen van het agenderingsrecht voor de kapitaalverschaffers van de NV en de BV is aansluiting gezocht bij de bestaande dwingend-rechtelijke regeling van de wijze waarop de oproep van kapitaalverschaffers moet plaatsvinden en de wijze van besluitvorming op basis van een agenda. Bij de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij is de regeling voor de oproep voor een vergadering en de agendering van onderwerpen voor de vergadering niet dwingend-rechtelijk geregeld. De rechtspersonen zijn vrij in de inrichting ervan. In de praktijk wordt in de statuten een regeling opgenomen van bijvoorbeeld de wijze waarop leden worden opgeroepen, de wijze waarop punten aan de orde kunnen worden gesteld, het voorzitterschap van de vergadering of de wijze waarop wordt gestemd. Ook voor het agenderingsrecht kan een regeling worden getroffen. Een dwingendrechtelijke regeling van het agenderingsrecht voor de genoemde rechtspersonen zou een uitzondering inhouden op de overigens bestaande vrijheid zelf een regeling te treffen. Wij zien voor een dergelijke uitzondering geen aanleiding.

Artikel 118a

Dit artikel introduceert een recht voor houders van beursgenoteerde certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven om te stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen in welke mate het voor de hand ligt dat ook certificaathouders van preferente aandelen volmacht kunnen krijgen om te stemmen in de algemene vergadering. Deze leden verwezen naar de opmerkingen van VNO-NCW, en wilden weten hoe stemrecht voor houders van preferente aandelen zich verhoudt met de aanbevelingen van de Commissie corporate governance. De leden van de fractie van D66 verzochten ons het artikel zodanig aan te passen dat het stemrecht van certificaathouders bij volmacht naar rato van hun financiële inbreng is. Dit brengt het artikel naar het oordeel van deze leden in lijn met de geest van de wet, namelijk dat kapitaalverstrekkers meer invloed zouden moeten hebben bij de benoeming van de raad van commissarissen. Men zie ook het advies van de gecombineerde commissie en VNO-NCW.

Beurskoersen fluctueren en de koers van een aandeel kent hoogte- en dieptepunten. De houder van een aandeel met één stem kan voor die stem veel meer of veel minder betaald hebben dan zijn buurman op de algemene vergadering. Een zekere discrepantie tussen de investering en het stemrecht is ook voor gewone aandelen onvermijdelijk. In de praktijk worden voorts verschillende soorten aandelen gecertificeerd en de redenen voor certificering verschillen. Om die reden is onder meer een onderscheid gemaakt tussen certificaten die aan de beurs genoteerd zijn en certificaten op naam van een familievennootschap. Wij hebben ons afgevraagd of eveneens een uitzondering zou moeten worden voorzien voor certificaten van financieringspreferente aandelen, dat wil zeggen preferente aandelen die zijn uitgegeven met het uitsluitend oog op de financieringsbehoefte van de vennootschap. Kenmerk van alle preferente aandelen is dat zij zonder voorkeursrecht kunnen worden uitgegeven tegen een andere koers dan de «gewone» aandelen, en voorts dat zij slechts voor 25% behoeven te worden volgestort (art. 2:96a BW). Overigens ligt het bij zuiver financieringspreferente aandelen niet voor de hand dat van deze gedeeltelijke volstorting gebruik wordt gemaakt, zulks in

tegenstelling tot de zogenoemde beschermingspreferente aandelen, omdat vergroting van het beschikbare kapitaal nu juist het doel van de emissie is. Sommige beursgenoteerde vennootschappen zijn overgegaan tot certificering van deze aandelen waarbij men aangeeft verwatering van het stemrecht van de «gewone» aandelen te hebben willen voorkomen. Het opnemen van een algemene uitzondering voor certificaten aan toonder van andere dan gewone aandelen heeft nadelen. Het onderscheid tussen preferente aandelen met uitsluitend een financieringskarakter en andere preferente aandelen die voor de nemer mede een zeggenschapsaspect hebben, is in zijn algemeenheid niet te maken. Preferente aandelen met een winstdelingsregeling die slechts in geringe mate afwijkt van de regeling voor «gewone» aandelen kunnen eveneens gecertificeerd worden. Of de verhouding tussen de financiële inbreng en het stemrecht (dat is gebaseerd op de nominale waarde van de aandelen) erg verschilt van de verhouding tussen het kapitaal en het stemrecht van de houder van gewone aandelen, hangt daarmee af van de omstandigheden van het geval. Voor de gesignaleerde problemen kunnen bovendien in de relatie tussen de aandeelhouder en de financier (de houder van de certificaten) afspraken worden gemaakt. Een van de in de literatuur reeds langere tijd gesignaleerde problemen voor de gewone kapitaalverschaffer is de onmogelijkheid om invloed uit te oefenen op de inhoud van de administratievoorwaarden. Bij «echte» financieringspreferente aandelen ligt dat anders. Daar is sprake van een grote kapitaalverschaffer die een nauwe en gelijkwaardige relatie heeft met de vennootschap. Als partijen van oordeel zijn dat de financieringsfunctie in combinatie met de wens de relatieve invloed van de bestaande aandeelhouders in stand te houden dat vergt, staat het de certificaathouder vrij om af te zien van gebruikmaking van het recht op een volmacht.

De leden van de VVD-fractie verzochten de regering onder meer met voorbeelden nader te onderbouwen wanneer sprake is van «oorlogstijd», en verzochten ons omstandigheden te noemen op grond waaraan de in het tweede lid bedoelde stemgerechtigde de aldaar genoemde «gerechtvaardigde verwachting» kan ontlenen.

Wat wordt verstaan onder oorlogstijd wordt bepaald in het voorgestelde lid 2. Dit artikellid identificeert gevallen waarin het belang van de vennootschap (welk belang de stichting administratiekantoor als aandeelhouder krachtens haar doelomschrijving doorgaans dient) vooralsnog moet prevaleren boven het belang van de individuele kapitaalverschaffer om te stemmen naar eigen inzichten. Lid 2 sub a noemt het geval dat een openbaar bod is aangekondigd of uitgebracht – hetgeen voor een ieder duidelijk kenbaar is – dan wel de gerechtvaardigde verwachting bestaat dat zo'n bod zal worden uitgebracht. Het gaat daarbij om de verwachting van degene die moet besluiten over het al dan niet verlenen van de volmacht, ofwel de stichting administratiekantoor. Die verwachting kan zijn gebaseerd op het gegeven dat de stichting als aandeelhouder is benaderd door een potentiële bidder of van het bestuur van de doevennootschap heeft vernomen dat deze is benaderd. Gaat het om (de dreiging of voorbereiding van) een openbaar bod, dan bieden de regels rond openbare biedingen verder uitkomst. De Wet toezicht effectenverkeer 1995 en het op deze wet gebaseerde Besluit toezicht effectenverkeer 1995 bevatten uitgebreide voorschriften omtrent openbare mededelingen over bijvoorbeeld een op handen zijnd bod (artikel 9b Bte 1995). In artikel 9 d en f van het Bte 1995 vinden we ook de term gerechtvaardigde verwachting terug. De in lid 2 sub a en b verwoorde gevallen zijn voor a deels en voor b geheel objectief kenbaar. Voor het sub c genoemde geval geldt dat niet. In de literatuur wordt op dit criterium dan ook kritiek geleverd. Het zou te vaag zijn en tot rechtsonzekerheid leiden. Niet uit te sluiten valt dat over de vraag of het belang van de vennootschap in het gedrang is zal worden geprocedeerd: dat is op zichzelf beschouwd geen reden om het criterium niet toe te voegen. De dreiging van een overname kan op velerlei wijze

duidelijk worden en daarbij hoeft een openbaar bod nog lang niet aan de orde te zijn. Zo'n bod is in ons land eerder het sluitstuk dan het begin van een overname. We menen dan ook dat behoefte zal zijn aan een algemeen geformuleerd criterium dat, onafhankelijk van de precieze vorm waarin de dreiging zich manifesteert, het bestuur van de rechtspersoon die de aandelen houdt in staat stelt om tot een weloverwogen besluit te komen ten aanzien van de wenselijkheid van die overname, voor de vennootschap, haar kapitaalverschaffers, en haar werknemers. Wel moet worden voorkomen dat de aan het bestuur van de aandeelhouder-rechtspersoon geboden ruimte wordt gebruikt in gevallen waar van een tegenstrijdig belang kan worden gesproken. Dat is in het bijzonder het geval als het besluit of sprake is van zo'n situatie en de wijze waarop de aandeelhouder zich vervolgens opstelt vooral wordt ingegeven door de persoonlijke belangen van bestuurders en commissarissen van de vennootschap. Daarom bepaalt lid 3 dat lid 2 alleen kan worden gebruikt door een bestuur van een rechtspersoon dat in meerderheid onafhankelijk is van de vennootschap. In dat geval kunnen aan de vennootschap gelieerde personen bovendien niet meestemmen bij het bepalen van de positie van de rechtspersoon/aandeelhouder ten aanzien van zowel het besluit tot intrekken van de volmacht als het besluit hoe te stemmen in de algemene vergadering.

De leden van de fractie van de VVD vroegen in hoeverre wij het wenselijk achten dat de aan bovenstaande afweging ten grondslag gelegen motivering tezamen met de relevante gegevens volledig en schriftelijk ter kennis wordt gegeven aan de getroffen kapitaalverschaffers.

Het besluit om geen volmacht te verlenen, een eerder genomen besluit te herroepen of een besluit in te trekken kan zich alleen hebben voorgedaan indien er sprake is van de in lid 2 genoemde bijzondere omstandigheden. De afweging die daarbij wordt gemaakt, is ook voor de kapitaalverschaffers van groot gewicht. Hierin past dat het bestuur van een stichting administratiekantoor aan zowel haar eventuele medeaandeelhouders als haar certificaathouders helder aangeeft waarop het besluit is gebaseerd. Alleen dan kunnen de certificaathouders zich een oordeel vormen over de vraag of inderdaad terecht een beroep is gedaan op een van de in lid 2 vervatte uitzonderingen en over de wijze waarop met hun belangen in de besluitvorming rekening is gehouden, ook al zal, zoals in de literatuur opgemerkt (Ondernemingsrecht 3 /4 p. 85) een toetsing van het besluit voordat de aandeelhoudersvergadering plaatsvindt lang niet altijd mogelijk zijn. Juist het recht op informatie weegt de laatste tijd zwaar bij de rechter. Men zie de uitspraken van de ondernemingskamer in de enquêteprocedures rond HBG (OK 4 juli 2001, JOR 2001, 149, OK 19 september 2001, JOR 2001, 224 en OK 21 januari 2002, JOR 2002, 28) en Rodamco North America (OK 16 oktober 2001, JOR 2001, 251, OK 15 november 2001, JOR 2001, 252, OK 22 februari 2002, JOR 2002, 63 en OK 22 maart 2002, JOR 2002, 82). Daarom is lid 2 bij nota van wijziging aangevuld met een informatieplicht (onderdeel A sub 3a). Omdat de wijze waarop de certificaathouders efficiënt en afdoende kunnen worden ingelicht sterk afhangt van de spreiding van het bezit aan certificaten wordt de wijze waarop de informatie wordt verschaft overgelaten aan partijen. Desgewenst kunnen daarover in de administratievoorwaarden schriftelijke afspraken worden gemaakt. De aandeelhouder dient er zorg voor te dragen dat certificaathouders er redelijkerwijze kennis van kunnen nemen.

De leden van de fractie van de VVD noteerden dat wordt voorgesteld dat een stichting administratiekantoor in «oorlogstijd» reeds verleende volmachten kan aantasten indien zij van oordeel is dat «uitoefening van het stemrecht door een houder van certificaten wezenlijk in strijd is met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming». In hoeverre kan deze doorgaans voor de functievervulling van de raad van commissarissen en bestuur geldende leidraad strijdig zijn met de belangen van de getroffen kapitaalverschaffers, zo vroegen zij. De aan het

woord zijnde leden vroegen ook hoe een en ander zich verhoudt tot de beoogde versterking van de positie van kapitaalverschaffers. Bij certificering worden de aandelen doorgaans gehouden door een rechtspersoon. De statuten van deze rechtspersoon kennen een doelstelling die meer kan omvatten dan uitsluitend het behartigen van het belang van de certificaathouders. Meestal wordt bepaald dat de rechtspersoon het stemrecht op de aandelen zodanig zal uitoefenen dat de belangen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming worden behartigd. Aan deze doelstelling is het bestuur van de rechtspersoon gebonden. De positie van een certificaathouder kan beter worden vergeleken met de «gewone» aandeelhouder die bij het uitoefenen van het stemrecht in beginsel zijn eigen belangen mag nastreven. Men zie daarover reeds de Hoge Raad 30 juni 1944, NJ 1944, 405 (Wennex). Als de certificaathouder bij het bepalen van zijn stemgedrag wordt gebonden aan de doelomschrijving van de rechtspersoon of aan andere contractuele bepalingen, blijft van de beoogde versterking van zijn positie weinig over. Lid 1 bepaalt daarom dat de certificaathouder het door middel van de volmacht verkregen stemrecht naar eigen inzicht mag uitoefenen. Deze zinsnede ziet niet alleen op de doelomschrijving van de rechtspersoon, maar ook op de voorwaarden in de overeenkomst die de rechtspersoon als uitgever van de certificaten sluit met de houder van certificaten. Pogingen van certificaathouders om het administratiekantoor te verplichten om te stemmen volgens de wensen van die certificaathouders zijn bij de rechter niet altijd geslaagd (Pres. Rb Amsterdam 8 februari 1988, KG 1988, 99, waarover de NV 1988, p. 112). Aldus wordt de positie van de kapitaalverschaffer versterkt.

In situaties waar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming in het gedrang komt, ligt dat anders. Dat leidt tot de vraag onder welke omstandigheden wij het verplicht verlenen van de volmacht niet langer willen voorschrijven. Het gaat dan om veel meer dan een situatie waarin de rechtspersoon op een andere wijze zou hebben gestemd dan de certificaathouder: wezenlijke belangenschending houdt in dat de continuïteit van het aandeelhouderschap en wellicht van de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden gevaar loopt en van de aandeelhouder/rechtspersoon gelet op zijn specifieke doelomschrijving niet langer gevegd kan worden dat hij daaromtrent laat beslissen door de certificaathouder. De laatste mag immers zijn eigen belang – bijvoorbeeld een hoge prijs of aantrekkelijke ruilverhouding voor zijn certificaat – de doorslag laten geven. Als in de statuten van de rechtspersoon is bepaald dat men moet handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zal het bestuur van de rechtspersoon bijvoorbeeld ook laten meewegen op welke wijze een bod wordt gefinancierd en welke gevolgen dat heeft voor de financiële positie van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Men denke ook aan het geval dat moet worden besloten over het ontslag van het bestuur in een periode waarin het voortbestaan van de onderneming op het spel staat en een bestuursvacuüm zeer ongewenst is. Het belang van de certificaathouder kan, maar hoeft derhalve niet parallel te lopen met dat van de vennootschap waarin de rechtspersoon aandelen houdt.

De leden van de fractie van de VVD wilden weten of aantasting van verleende volmachten onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een beschermingsconstructie en verzochten ons aan te geven in hoeverre dat overeenstemt met het wetsvoorstel over zeggenschap in de naamloze vennootschap, ook wel aangeduid als het wetsvoorstel beschermingsconstructies (Kamerstukken II, 1997–98, 25 732, nrs.1–22).

Het intrekken van een verleende volmacht kan slechts geschieden als zich een van de in lid 2 beschreven situaties voordoet. Dat kan betekenen dat de aandeelhouder anders stemt dan de certificaathouder zou hebben gedaan. De certificaathouder kan dit ervaren als een beschermingsconstructie. Het is evenwel niet ons uitgangspunt gebruik van iedere

beschermingsmaatregel onder alle omstandigheden te verbieden. Uit de verschillende parlementaire stukken over het wetsvoorstel beschermingsconstructies blijkt dat de vennootschap zich mag beschermen tegen een overname die onwenselijk is uit het oogpunt van het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De tijd die beschikbaar komt door intrekking van de volmacht kan worden benut om te zoeken naar alternatieven. De regeling van artikel 118a is zo opgezet dat steeds opnieuw zal moeten worden besloten of voldoende redenen zijn om het stemrecht niet bij de certificaathouder te leggen. Daarmee wordt aan de vanzelfsprekendheid van het negeren van de mening van kapitaalverschaffers een einde gemaakt en wordt bereikt dat alle partijen zich actief rekenschap moeten geven van de redenen voor hun positie en het belang dat zij daarmee beogen te – of zeggen te – dienen. Uiteindelijk zal dit ook in rechte kunnen worden getoetst. Men herkent hierin de uitgangspunten van het wetsvoorstel beschermingsconstructies: bescherming is permanent noch vanzelfsprekend; bescherming wordt niet verboden, maar over het gebruik moet jegens de kapitaalverschaffer, en uiteindelijk voor de rechter, verantwoording worden afgelegd; de doelvennootschap krijgt gelegenheid om overeenstemming of alternatieven te zoeken, maar zeggenschap zal uiteindelijk bij de certificaathouder worden gelegd voor zover dat niet tegen het belang van de vennootschap indruist.

De leden van de fractie van de VVD vroegen aandacht voor de formulering van lid 2, onderdeel b en vroegen of wij van oordeel waren dat deze machtsconcentratie ook zou kunnen ontstaan door een combinatie van zowel houders van certificaten als aandeelhouders. De aan het woord zijnde leden wezen er op dat de bepaling lijkt te miskennen dat een beursvennootschap naast gecertificeerde aandelen ook niet-gecertificeerde aandelen kan uitgeven.

Een machtsconcentratie zou inderdaad ook kunnen ontstaan als de houder van bijvoorbeeld 20% van de aandelen 5% van de certificaten verwerft en vervolgens aan het bestuur van de rechtspersoon een stemvolmacht voor die 5% verzoekt. De formulering «ten minste 25% van het geplaatst kapitaal verschaffen of doen verschaffen» zegt niets over de samenstelling van dit kapitaal. Lid 2 sub b kan derhalve ook worden toegepast bij de kapitaalverschaffer die een deel houdt in de vorm van aandelen en een deel in de vorm van certificaten, of een joint venture van een certificaathouder en een aandeelhouder. De enige eis is dat er (door één partij) ten minste één certificaat wordt gehouden. Bestaat het belang of de samenwerking alleen uit aandelen of aandeelhouders, dan doet artikel 118a niet ter zake. Zijn er naast de certificaathouders aandeelhouders met een pakket van 25% aanwezig, dan is dat op zich onvoldoende reden om de certificaathouders de volmacht te weigeren.

Zou in lid 3 de zinsnede «meerderheid van de bestuurders» niet beter kunnen worden gewijzigd in «meerderheid van de stemgerechtigde bestuurders», aldus de fractie van D66. De aan het woord zijnde leden wezen er op dat het stemrecht van bestuurders van administratiekantoren kan zijn beperkt of dat zij van stemrecht zijn uitgesloten.

Ons wettelijk systeem gaat uit van collegiaal bestuur waarbij iedere bestuurder verantwoordelijk is voor het geheel. Daarbij past slecht dat een bestuurder nimmer invloed zou kunnen uitoefenen op de besluitvorming binnen het bestuursorgaan. Op grond van artikel 2:129 lid 2 BW kunnen aan een bestuurder wel meer stemmen worden toegekend. Voor de vraag of het bestuur van een stichting administratiekantoor in meerderheid onafhankelijk is, moet dan ook niet het aantal bestuurders, maar het aantal uit te brengen stemmen doorslaggevend zijn. Lid 3 is met het oog hierop aangepast.

De leden van de fractie van D66 vroegen wat precies wordt verstaan onder «vaste adviseurs» in lid 3c.

De woorden vaste adviseurs zijn afkomstig uit Bijlage X bij het Fondsenreglement van Euronext Amsterdam NV. Het gaat om adviseurs van de

vennootschap waarvan de rechtspersoon de aandelen houdt. Daaronder wordt begrepen de accountant die op grond van artikel 2:393 BW de jaarrekening van de vennootschap controleert, alsmede de notaris en de advocaat die de vennootschap of haar organen regelmatig van dienst zijn. In het algemeen zal over de vraag of een (kandidaat-) bestuurder een vaste adviseur is, weinig onduidelijkheid bestaan. Twijfelt men, dan is het beste advies: geen zitting nemen in het bestuur van de rechtspersoon. In de literatuur zijn enkele adviezen gegeven over de formulering van in het bijzonder de leden 3 en 4. Zo is aandacht gevraagd voor gevallen die worden bestreken door artikel 2:120 lid 3. Dan is sprake van een nieuwe vergaderdatum uitsluitend omdat in de eerste algemene vergadering een besluit aan de orde was waarvoor quorum-eisen gelden, en het quorum niet aanwezig of vertegenwoordigd was. Deze regeling is bedoeld voor die vennootschappen die het houden van zo'n tweede vergadering niet statutair hebben uitgesloten of daaraan een quorum hebben verbonden en beoogt een belemmering voor de besluitvorming door de algemene vergadering weg te nemen. Een belemmering zou ook gelegen kunnen zijn in het wederom moeten verzoeken van een volmacht. De regeling laat lid 2 onverlet; is ten tijde van de tweede vergadering inmiddels sprake van een situatie als bedoeld in dat lid, dan kan de volmacht op dat moment worden ingetrokken.

Het voorgestelde lid 4 beoogt te bewerkstelligen dat een besluit over de toepassing van lid 2 of een besluit over de wijze waarop de aandeelhouder/stichting administratiekantoor reageert op bijvoorbeeld een uitgebracht vijandig openbaar bod onafhankelijk van de opinie van de vennootschap wordt genomen. Een besluit over toepassing van lid 2 kan slechts worden genomen door een rechtspersoon waarvan de meerderheid van de bestuurders onafhankelijk is in de zin van lid 3. In andere gevallen zal steeds een volmacht moet worden verleend. Maar ook als de aan de vennootschap gelieerde bestuurders een minderheid vormen, achten wij het voor een heldere bevoegdheidsverdeling van belang dat uitsluitend de onafhankelijke bestuurders zich uitlaten over de vraag of een volmacht moet worden ingetrokken en hoe de rechtspersoon stemt.

Artikel 144/254

Naast de mogelijkheid tot schorsing en ontslag van iedere commissaris van een structuurvennootschap (artikel 2:161/271 BW) zal de wet ook een regeling bevatten voor ontslag van de gehele raad door de algemene vergadering (2:161a/272a nieuw BW). Onduidelijk kan zijn hoe deze nieuwe bevoegdheid zich verhoudt tot de algemene regel dat commissarissen worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming, vooral als de voorgestelde nieuwe benoemingsregeling in artikel 2:158/268 BW in aanmerking wordt genomen. De nieuwe redactie maakt duidelijk dat de benoeming- en ontslagregeling bij structuurvennootschappen afwijkt van de algemene regel van artikel 2:144/254 BW.

Artikel 154/264

Dit artikel gaat onder meer over het besluit over vrijwillige voortzetting van de volledige of verzwakte structuurregeling indien de wettelijke verplichting daartoe niet langer bestaat. In de literatuur zijn over de voorgestelde leden een aantal vragen gesteld, die op een enkel punt tot heroverweging van de tekst hebben geleid. Zo was onduidelijk of het recht van de aandeelhouders om te beslissen over voortzetting ook geldt als de vennootschap artikel 2:155/265 BW verplicht toepast en bijvoorbeeld door wijzigingen in de structuur van de groep waartoe de vennootschap behoort onder de vrijstelling van artikel 2:153 lid 3/263 lid 3 BW zou vallen. De voorgestelde regeling ziet op alle gevallen waarbij de toepassing van een wettelijk voorschrift wegvalt; daaronder valt ook de

vennootschap met een verzwakt regime die van de vrijstelling gebruik zou kunnen maken of de vennootschap waarop artikel 2:155a/265a BW van toepassing wordt. Het artikellid is met het oog hierop verduidelijkt (onderdeel A sub 6). Onder de aandacht is voorts gebracht dat het besluit tot voortzetting bij voorbaat, dus onder opschortende voorwaarde, kan worden genomen. Naar onze overtuiging moet de algemene vergadering over al dan niet voortzetten kunnen besluiten op het moment dat de wettelijke verplichting daadwerkelijk is komen te vervallen. Alleen dan kunnen de aandeelhouders of de certificaathouders op basis van het bepaalde in artikel 2:118a BW de voordelen en nadelen van zo'n voortzetting of beëindiging in hun context overwegen. Dan kan bijvoorbeeld een afspraak met een werknemersvertegenwoordiging aan de orde zijn. Men vergelijk de uitspraak DE/Sara Lee, hiervoor aangehaald. Met die gedachte verdraagt zich niet een besluit van een algemene vergadering gebaseerd op de overwegingen van dat moment, waarmee een mogelijk anders samengestelde algemene vergadering zich later geconfronteerd ziet. Dat draagt de kiem in zich van procedures en onenigheid. Door het woord «uiterlijk» te schrappen wordt bereikt dat eerst op de vergadering volgend op de in lid 4 beschreven gevallen zo'n besluit kan worden geagendeerd. Wordt dan besloten de regeling te handhaven, dan biedt artikel 2:118a BW uitkomst voor de aandeelhouders die de voortzetting van de regeling enkele jaren later opnieuw ter discussie willen stellen. Het besluit tot statutenwijziging bedoeld in lid 5 is een gevolg van het besluit van de algemene vergadering om terug te keren of de regeling te handhaven. Dat besluit zou echter moeilijk of zelfs onmogelijk uitvoerbaar worden als voor het besluit tot statutenwijziging dat rechtstreeks voortvloeit uit het eerdere besluit een versterkte meerderheids- of quorumeis geldt. Daarom worden de laatste twee zinnen van lid 4 ook van toepassing verklaard in lid 5.

Artikel 155/265

In het voorgestelde lid 1 aanhef is bij vergissing de dubbele punt vervallen. Bij nota van wijziging is dit hersteld.

Artikel 155/265a

Dit artikel introduceert de mogelijkheid tot toepassing van de verzwakte regeling op structuurvennootschappen waarvan de aandeelhouders aan bepaalde eisen voldoen. De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af waarom geen onderscheid is gemaakt tussen familiebedrijven en overige samenwerkingsverbanden. Deze leden wilden weten hoe de situatie tot nu toe is met betrekking tot de invloed van de aandeelhouders in familiebedrijven. Ook de leden van de fracties van het CDA en D66 vroegen bijzondere aandacht voor de familiebedrijven.

Met de aan het woord zijnde leden zijn wij van oordeel dat familiebedrijven in ons land een niet te onderschatten rol spelen. Vele beursgenoteerde bedrijven in Nederland zijn van oorsprong familiebedrijven; familiebedrijven vinden wij voorts in het kleinere en middelgrote segment. Uit een recent onderzoek (bron: CBS 2000) blijkt dat er 194 100 familiebedrijven zijn op een totaal van 348 800 bedrijven. Men zie: BDO Accountants & Adviseurs: Cijfers en feiten van het familiebedrijf; 10 jaar onderzoek onder familiebedrijven door Dr. Roberto H. Flören, 2002. Bijna 50 procent van de bedrijven met meer dan 100 werknemers is een familiebedrijf. Dit komt overeen met 3000 bedrijven van de in het totaal 6 700 grote bedrijven in Nederland. Het merendeel van de grote familiebedrijven, ruim 60% procent, heeft een raad van commissarissen ingesteld. Bij 90% van alle familiebedrijven, ook voor de grote familiebedrijven met minimaal 100 werknemers, bezit één familie meer dan 50% van de aandelen. De familiebedrijven zijn goed voor ongeveer de helft van het

BNP en nemen tussen de 40% en 60% van de werkgelegenheid voor hun rekening. Bij «familiebedrijven» zijn overigens niet altijd alle aandelen in handen van familieleden. In studies wordt wel gehanteerd dat minstens 50% van de aandelen in handen is van één familie dan wel dat één familie aanzienlijke invloed uitoefent op of een aanzienlijk deel uitmaakt van het bestuur.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen of wij het mogelijk achten om in de wet onderscheid te maken naar betrokkenheid en deskundigheid ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 2:162/272 BW.

Zoals de leden van de fractie van de PvdA naar voren brengen, zal de mate van betrokkenheid en deskundigheid van aandeelhouders in familiebedrijven variëren. Dat is ook een van de overwegingen geweest bij de invoering van de structuurregeling voor dergelijke vennootschappen. De omvang van de onderneming en het aantal werknemers rechtvaardigen dat er een orgaan is met een aantal toezichthoudende taken. Daarom zal de verplichte raad van commissarissen bij deze vennootschappen blijven bestaan. Ook de lijst met belangrijke besluiten waaraan de raad zijn goedkeuring moet hechten, blijft gehandhaafd. Het is niet goed mogelijk in de wet een onderscheid te maken tussen families die wel en families die niet in staat zijn om goede bestuurders uit te zoeken, net zo min als de wet dat kan voor alle andere vennootschappen. Daarom is een andere oplossing gekozen die een balans schept tussen het belang van de oprichter/eigenaar en de familie om rechtstreeks invloed uit te oefenen op het beleid en het belang van andere betrokkenen, waaronder vooral de werknemers, bij een goed toezicht op dat beleid. Die balans is enerzijds de vrijheid om bestuurders te benoemen en anderzijds de verplichting om een raad van commissarissen in te stellen, op de samenstelling waarvan ook de ondernemingsraad en de raad van commissarissen zelf invloed hebben.

De leden van de fractie van het CDA en D66 vroegen of de bijzondere positie van familievennootschappen kan worden benadrukt door de aandeelhouders het recht te geven een individuele commissaris te ontslaan. De leden van de fractie van D66 wilden tevens weten hoe thans wordt omgegaan met een slecht functionerende commissaris.

Het belang dat wij hechten aan een onafhankelijke raad van commissarissen weerhoudt ons ervan het voorstel van de leden van de fractie van het CDA en D66 over te nemen om de aandeelhouders – lees: de familie – het recht te geven een individuele commissaris te ontslaan. Een niet functionerende commissaris kan al worden ontslagen door de rechter op verzoek van die familieleden/aandeelhouders op de in artikel 2:161/271 BW genoemde gronden, zo kunnen wij de leden van de fractie van D66 antwoorden. De familie heeft dus een mogelijkheid om een slecht functionerende commissaris te laten ontslaan. Misbruik van deze mogelijkheid wordt tegengegaan door de limitatief opgesomde gronden voor het ontslag en de rol van de rechter die zijn opgenomen in artikel 2:161/271 BW. Indien wij daaraan een bevoegdheid tot ontslag van één commissaris door de familie zelf zouden toevoegen, of indien wij gebrek aan vertrouwen als grondslag voor het ontslag door de ondernemingskamer zouden toevoegen, dreigt het gevaar dat zo'n commissaris zich min of meer gedwongen voelt om bij het toezicht de belangen van die familie bovenmatig gewicht toe te kennen. Dat willen wij voorkomen.

De leden van de fractie van de PvdA wilden weten wat precies wordt verstaan onder een «onderlinge regeling tot samenwerking», en vroegen zich af of de formulering niet scherper zou moeten.

De woorden «onderlinge regeling tot samenwerking» zijn tot nu toe gebruikt om het economische begrip joint venture te omschrijven. Een onderlinge regeling tot samenwerking heeft dan de vorm van een overeenkomst tussen twee investerende vennootschappen die onder meer bepalingen omvat over de verhouding van de aandelenpakketten. Het hebben van een blokkeringregeling is, hoewel in joint venture verhou-

dingen zeker niet ongebruikelijk, op zichzelf niet voldoende om te spreken van een onderlinge regeling tot samenwerking. Dat vereist een actieve vormgeving van de gedachten en voornemens rondom het beleid. Van de aandeelhouders wordt verwacht dat zij gezamenlijk, en niet bij meerderheid maar unaniem (de regeling spreekt over alle aandelen) een beleid vormgeven. De wet leent zich slecht voor een nadere opsomming van eisen. Bij de vraag of sprake is van een onderlinge regeling is de rechtspraak normgevend. Men denke aan de uit het verbintenissenrecht bekende norm over de uitleg van overeenkomsten: bepalend is de bedoeling die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635).

Discussie is ontstaan over de vraag of ook een stichting administratiekantoor kan worden beschouwd als een onderlinge regeling tot samenwerking. Toepassing van de regeling op administratiekantoren is niet beoogd. Artikel 155a/265a lid 1 sub b BW maakt dit duidelijk door toevoeging van de zinsnede «voor eigen rekening». Lid 1 sub a heeft uitsluitend betrekking op de natuurlijke persoon en de door deze gecontroleerde rechtspersoon(en). De woorden «verschafft of doet verschaffen» sluiten hierop beter aan. In de literatuur is verder opgemerkt dat lid 1 onder a niet van toepassing zou zijn als de natuurlijk persoon een deel van de aandelen zelf houdt en een deel via een door hem gecontroleerde rechtspersoon. Dat is niet beoogd. Het artikellid is op deze punten aangepast bij nota van wijziging, onderdeel A sub 8a. Lid 1 onder b is gewijzigd om hieronder tevens de gevallen te begrijpen waarin de daar bedoelde rechtspersoon de aandelen houdt door middel van een door de rechtspersoon gecontroleerde rechtspersoon (onderdeel A sub 8b).

De leden van de VVD fractie signaleerden dat in het eerste lid, onderdeel b, artikel 1 wordt genoemd. Deze leden vroegen of, in afwijking van artikel 2:1 BW, uitsluitend de Staat der Nederlanden zou moeten worden aangemerkt als «een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1», en of wij bereid waren de toelichting op dit punt te verduidelijken.

Het gaat om ieder overheidslichaam dat aandeelhouder is maar zelf niet de structuurregeling kan toepassen. In de praktijk is dat thans de Staat der Nederlanden als houder van bijvoorbeeld aandelen in KPN of de NS, maar ook veel gemeenten en provincies zijn aandeelhouder van vennootschappen die bijvoorbeeld waterleiding- en kabelbedrijven exploiteren. Voor een dergelijk overheidslichaam gelden de overwegingen voor toepassing van artikel 2:155a/265a BW: de gemeente geeft het beleid mede vorm door de benoeming van bestuurders: de belangen van anderen worden ook beschermd door de verplichte raad van commissarissen die belangrijke bestuursbesluiten goedkeurt.

De gecombineerde commissie signaleerde nog dat de formulering «bloedverwanten in rechte lijn»; beter zou kunnen luiden «erfgenaamen die een natuurlijk persoon zijn», nu ook andere natuurlijke personen dan bloedverwanten erfgenaam kunnen zijn. Inderdaad kunnen ook andere natuurlijke personen erfgenaam zijn of tot erfgenaam worden benoemd. De voorgestelde regeling is echter uitsluitend bedoeld voor de zogenoemde familievennootschappen met een band die tot uitdrukking komt in de onderlinge regeling tot samenwerking. Wij voelen niet voor een verruiming tot alle natuurlijke personen. Dat laat onverlet dat indien één natuurlijk persoon uiteindelijk de nieuwe aandeelhouder wordt, hij of zij zelf een beroep kan doen op lid 1 sub a, of dat een erfgenaam-natuurlijk persoon met de familieleden een onderlinge regeling tot samenwerking aangaat waardoor hij eveneens een beroep kan doen op a. Lukt dit niet, dan zal de vennootschap het volledige regime moeten toepassen. Een probleem is dit niet. In beide regimes is immers sprake van een verplichte raad van commissarissen.

rissen die bevoegd is tot goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten. Voldoet de vennootschap niet aan lid 1 sub a of b, dan komt de bevoegdheid tot benoemen van het bestuur daar nog bij.

Artikel 158/268

Dit artikel gaat over de benoeming van de leden van de raad van commissarissen. Nieuw zijn onder meer de verplichte profielschets, de benoeming van de leden door de algemene vergadering van aandeelhouders op voordracht van de raad van commissarissen, het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad, en de mogelijkheid om in samenspraak van de benoemingsregeling af te wijken. Het artikel is de voornaamste uitwerking van het in de SER bereikte akkoord over de positie van de verschillende belanghebbenden in de vennootschap bij de benoeming van de toezichthouders.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de mogelijkheid gebruik te maken van een aandeelhouderscommissie, blijft bestaan. Gevraagd werd tevens of deze commissie gebruik zal kunnen maken van de nieuwe bevoegdheden van de algemene vergadering. De leden van de fractie van D66 verzochten ons dieper in te gaan op de procedure.

In het voorgestelde lid 10 wordt de mogelijkheid gebruik te maken van een aandeelhouderscommissie behouden. Het gaat niet om een verplichting, maar om een recht van de algemene vergadering waarmee is beoogd de procedure rond benoeming van de leden van de raad van commissarissen te vergemakkelijken. Dat wil zeggen dat een aandeelhouderscommissie personen kan aanbevelen aan de raad van commissarissen om als commissaris te worden voorgedragen. In het geval een aandeelhouderscommissie is ingesteld, dient de raad van commissarissen deze commissie op de hoogte te stellen van een eventuele vacature in de raad. Een besluit tot instelling van een aandeelhouderscommissie moet geagendeerd zijn en alle aandeelhouders moeten in de gelegenheid zijn gesteld om daarover hun opinie te geven en mee te stemmen. De commissie kan immers bepaalde bevoegdheden van de algemene vergadering uitoefenen en moet derhalve representatief zijn voor de gevoelens in de voltallige algemene vergadering. Aan het besluit tot instelling van een commissie kunnen meerderheidsen quorum-eisen gesteld worden. Men zie over deze materie uitgebreid Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen, Kluwer 1998.

De leden van de fractie van de PvdA signaleerden dat de raad van commissarissen zelf de profielschets opstelt. Deze leden vroegen waarom, gelet op de gedachte dat de raad van commissarissen het vertrouwen moet hebben van de algemene vergadering en de ondernemingsraad, niet is voorzien in advies- of instemmingsrechten voor de algemene vergadering of de ondernemingsraad. De leden van de VVD-fractie stelden zich daarentegen op het standpunt dat uitsluitend de raad van commissarissen bevoegd moet zijn tot vaststelling van de wettelijke profielschets. De leden van de fractie van het CDA toonden zich ingenomen met ons voorstel. De leden van de fractie van GroenLinks dachten dat er juist discussie zal ontstaan over omvang en samenstelling van de raad van commissarissen als de ondernemingsraad niet betrokken wordt bij de opstelling van de profielschets.

Een profielschets voor de samenstelling van een raad van commissarissen is niet nieuw. Veel grote ondernemingen kennen al zo'n profielschets. Daarmee zijn verschillende doeleinden gediend. Een profielschets geeft inzicht in de taak die de raad van commissarissen zichzelf gesteld ziet en dwingt de raad daarover ook na te denken. Dan vermindert de vanzelfsprekendheid van benoemingen. Ook wordt nagedacht over wat de behoeften van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming zijn. Dat kan de pluriformiteit, waarvoor de leden van de fractie van de

PvdA aandacht vroegen, ten goede komen. Een profielschets kan er toe aanzetten naast financieel-economische en ondernemersexpertise ook andere kwaliteiten te benoemen, bijvoorbeeld bekendheid met de wensen van grote afnemers van een product of een personeelorganisatieachtergrond. Mede gelet op de gedachtewisseling tijdens het algemeen overleg van 29 november 2001 (Kamerstukken II, 2001–02, 25 732, nr. 21) is in de memorie van toelichting aangegeven dat in de profielschets aandacht kan worden geschonken aan de wenselijkheid van doorstroming van oud-bestuurders en dergelijke. Een raad van commissarissen blijft echter een orgaan van een vennootschap die een commerciële onderneming drijft. Dat betekent dat de raad van commissarissen primair verstand moet hebben van ondernemen. Naar ons oordeel kan de raad van commissarissen het beste zelf beoordelen welk profiel aansluit bij de behoeften van de vennootschap in kwestie. Wij hebben daarbij afgezien van het verlenen van formele instemmings- en adviesrechten voor de aandeelhouders of de ondernemingsraad om te voorkomen dat over de precieze bewoordingen van de schets of de precieze omvang uiteindelijk door een rechter moet worden beslist. De rechter zal voor zijn beslissing immers moeten beschikken over criteria voor een «juiste» profielschets. De wet leent zich slecht voor het vaststellen van dergelijke criteria. Daarvoor is de schets te zeer verbonden met de aard en de werkzaamheden van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Formele instemmingsrechten zouden voorts onnodig hard ingrijpen in de bestaande praktijk waar veel raden zich al van een profielschets bedienen. Ook de invloed van bijvoorbeeld een grootaandeelhouder zou onevenredig groot kunnen zijn indien hij moet instemmen met de schets. Om te vermijden dat de raad van commissarissen een profielschets vaststelt waarmee de aandeelhouders of de ondernemingsraad grote moeite hebben, is wel voorzien in overleg. Daarbij kunnen zowel de aandeelhouders – eventueel vertegenwoordigd door de aandeelhouderscommissie – als de ondernemingsraad hun wensen of problemen ten aanzien van de schets naar voren brengen. Om misverstanden te vermijden is in artikel 158 lid 3 «opstellen» gewijzigd in «vaststellen». Men zie ook het advies van de gecombineerde commissie.

De leden van de fractie van de PvdA, VVD en D66 verzochten tevens dieper in te gaan op de criteria «ongeschikt» en «niet naar behoren samengesteld». De leden van de fractie van de PvdA verzochten ons voorbeelden te noemen van gevallen waarin het criterium is gebruikt. De leden van de fractie van D66 misten de bezwaargrond «op grond van door feiten of omstandigheden gerechtvaardigd gebrek aan vertrouwen in de persoon».

De criteria «ongeschikt voor de vervulling van de taak als commissaris» en «niet naar behoren samengesteld» worden thans gebruikt bij het uitoefenen van het recht van bezwaar van de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad tegen een voorgenomen benoeming door de raad van commissarissen. Beide criteria zijn in procedures nader ingevuld. Met «niet naar behoren samengesteld» wordt bedoeld dat de raad op een essentieel punt deskundigheid of ervaring ontbeert of dat deze karakteristieken juist onevenredig veel nadruk krijgen. Ook als er sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of grote te verwachten onenigheid kan van niet naar behoren samengesteld worden gesproken, aldus de parlementaire geschiedenis van artikel 158 lid 6 zoals gewijzigd bij de Wet van 1 juli 1987, Stb. 336. In de rechtspraak is dat sedertdien bevestigd. Men zie onder meer de uitspraken Kodak (OK 2 februari 1989, NJ 1990, 86 en Nedlloyd (OK 24 september 1992, NJ 1993, 39). Voor de grond «ongeschikt» moeten voldoende objectieve gronden aannemelijk zijn. «Ongeschikt» was bijvoorbeeld aan de orde in de procedure REGEV, waar de ondernemingsraad bezwaar maakte tegen de voorgenomen benoeming in de raad van commissarissen bij een energiebedrijf van een voormalig gemeenteraadslid, dat zich als gemeenteraadslid

negatief had uitgelaten over de keuze van de structuurregeling voor dat bedrijf en liever had gezien dat het bedrijf de vorm had gekregen van een publiekrechtelijke instelling. Het bezwaar van de ondernemingsraad werd afgewezen omdat voor de verwachting van ongeschiktheid voldoende objectieve gronden aanwezig moeten zijn (OK 11 april 1991, NJ 1991, 533). Daaronder valt ook een zogenaamd geobjectiveerd gebrek aan vertrouwen. Voor een overzicht van alle uitspraken zie Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 12e druk p. 363–365.

Overwogen is of «een gebrek aan vertrouwen» aan deze gronden moet worden toegevoegd. Een soortgelijke discussie speelt rond de gronden waarop een commissaris mag worden ontslagen. Maar gebrek aan vertrouwen komt er op neer dat men geen andere reden voor een afwijzing behoeft aan te voeren dan een persoonlijke mening. Dat kan er toe leiden dat juist kandidaten die men nog niet kent of die niet tot het «old boy's network» behoren, zullen worden geweigerd. De SER stelt voor dat een kandidaat alleen kan worden geweigerd als hij ongeschikt is of als de raad niet naar behoren zal zijn samengesteld. Een soortgelijk bezwaar geldt voor de gedachte om aan de bestaande ontslagregeling in artikel 2:161/271 BW toe te voegen dat een individuele commissaris ook kan worden ontslagen op verzoek van de aandeelhouders of de OR op grond van een gemotiveerd gebrek aan vertrouwen. De SER sprak zich uit tegen zo'n toevoeging omdat het gevaar dreigt dat een commissaris die is benoemd op voorstel van de OR en vervolgens niet doet wat die OR wil, wordt ontslagen.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen of de criteria voor het niet overnemen van een voordracht van de ondernemingsraad ruimte laten voor juridisering.

Een gevaar van juridisering is hier vooral dat onenigheid of een verschil van mening niet langer door de partijen zelf wordt behandeld maar dat men na kennisneming van de standpunten onmiddellijk de besluitvorming aan een derde overlaat. Besluitvorming leidt dan niet tot consensus maar tot een sfeer waarin men bijna per definitie de rechten- en daarmee de rechter – in stelling brengt. Men zie hierover in ruimer verband de brieven van de minister van Justitie van 17 juni 1999 (Kamerstukken II, 1998–99, 26 630, nr. 1–2) en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (Kamerstukken II, 1998–99, 26 360, nr. 1). Daarom wordt niet voorzien in rechten voor bijvoorbeeld de aandeelhouders of de ondernemingsraad als de materie dat niet vergt. Maar het tegengaan van overmatige juridisering betekent niet dat rechthebbende de toegang tot de rechter steevast moet worden ontzegd. Waar eenmaal is voorzien in rechten voor andere belanghebbenden, zoals bij het recht om een bijzondere voordracht te doen of het recht van aanbeveling van kandidaten van de algemene vergadering van aandeelhouders, behoort de wet de naleving van die rechten ook te sanctioneren.

De leden van de fracties van de PvdA, VVD en D66 vroegen hoe de profielschets zich verhoudt tot de criteria waarop een kandidaat die krachtens het versterkte aanbevelingsrecht is voorgedragen door de ondernemingsraad kan worden afgewezen en de rol van de rechter daarin.

Een profielschets heeft niet dezelfde rechtskracht in de vennootschap als, bijvoorbeeld, haar statuten. Wij zien de meerwaarde van de profielschets vooral in de bewustwording van alle belanghebbenden bij de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De profielschets geeft immers informatie over de taakopvatting van de raad van commissarissen. Ook voor de rechter zal deze opvatting waardevolle informatie opleveren. De schets kan door de rechter geraadpleegd worden bij de beoordeling van de kandidatuur van een krachtens het versterkte aanbevelingsrecht voorgedragen kandidaat. Ook zal de rechter in aanmerking kunnen nemen hoe diepgaand het overleg over de schets tussen aandeelhouders, ondernemingsraad en raad van commissarissen is geweest en of de raad zich ontvankelijk heeft betoond voor wensen van

de aandeelhouders of de ondernemingsraad over de inhoud. De profielschets zal daarmee het oordeel van de rechter beïnvloeden, maar de rechter blijft steeds zelfstandig in de beoordeling of terecht bezwaar is gemaakt op de gronden vermeld in lid 7. De grond «strijd met de profielschets» is daarin bewust niet opgenomen. Aldus ook de ervaringen met eerdere profielschetsen of afspraken over de samenstelling van de raad van commissarissen, bijvoorbeeld in de procedure ODS (kenbaar uit de NV 1986, p 118) en HVA-Scofin (HR 19 maart 1975, NJ 1976, 267). De leden van de fractie van de PvdA toonden zich bezorgd dat de profielschets wordt aangegrepen om coöptatie in stand te houden. De leden van de fractie van de VVD noemden het voorbeeld van de profielschets waarin door de ondernemingsraad of de algemene vergadering van aandeelhouders voorgedragen kandidaten worden uitgesloten. Zij vroegen welke waarborgen het voorstel op dit punt biedt.

De profielschets mag niet in strijd zijn met de wet. Dat zou het geval zijn indien de commissarissen zich binden aan een profielschets die in strijd komt met de wettelijke regeling, bijvoorbeeld door bij voorbaat de benoeming uit te sluiten van kandidaten die zijn voorgedragen krachtens het versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad (lid 6). De schets mag de uitoefening van de rechten van aandeelhouders of ondernemingsraad evenmin feitelijk onmogelijk maken, bijvoorbeeld door de kring van kandidaten zodanig nauw te omschrijven dat slechts coöptatiekandidaten daarbinnen kunnen vallen. De raad van commissarissen heeft er echter geen belang bij om de profielschets op die manier vorm te geven. De profielschets kan juist een prettig hulpmiddel zijn bij de besprekingen over, bijvoorbeeld, een door de ondernemingsraad aan te zoeken kandidaat.

De leden van de fractie van de VVD vroegen of wij het wenselijk achten dat de wettelijke profielschets steeds binnen een nader te bepalen periode moet worden herzien, en of de algemene vergadering, gebruikmakende van haar agenderingsbevoegdheid, een dergelijke herziening kan bewerkstelligen. De leden van de fractie van D66 signaleerden dat geen evaluatie of besprekingsmoment opgenomen met de ondernemingsraad en de algemene vergadering over de profielschets. Zij vroegen of een dergelijke bepaling alsnog kon worden opgenomen.

Of er behoefte is aan een wijziging van de profielschets zal afhangen van de ontwikkelingen van en in de vennootschap. Zo ligt het voor de hand dat de raad van commissarissen de profielschets zal willen aanpassen als de werkzaamheden en het karakter van een vennootschap door grote overnames sterk zijn gewijzigd. Andere profielschetsen kunnen langere tijd mee. Daarom is niet voorzien in een periodieke herziening of evaluatie. Wel zijn wij met de vragenstellers van oordeel dat plaats moet worden ingeruimd voor overleg met belanghebbenden als de raad zijn profielschets wil aanpassen. Daarop ziet het voorgestelde lid 3. Een aandeelhouder die voldoet aan de in artikel 2:114a BW voorgestelde criteria kan de profielschets desgewenst op de agenda zetten. Maar de algemene vergadering noch de ondernemingsraad kan de raad van commissarissen dwingen om een wijziging door te voeren. De vaststelling van de schets is uitsluitend aan de raad van commissarissen.

De leden van de fractie van de VVD vroegen of naast de raad van commissarissen ook de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is om een individueel profiel vast te stellen en, eventueel gebruikmakende van haar agenderingsbevoegdheid, de vaststelling dan wel behandeling van het individuele profiel als punt op de agenda te plaatsen.

De regeling van lid 3 ziet op het profiel van de raad van commissarissen als geheel. In individuele profielen is niet voorzien; van een vaststellingsbevoegdheid van een individueel profiel voor de raad van commissarissen of een ander orgaan van de vennootschap is daarom geen sprake. Wij kunnen ons voorstellen dat het profiel van de raad wel gevolgen heeft voor de gang van zaken rond een mogelijke aanbeveling van een persoon

door de algemene vergadering en de ondernemingsraad op grond van lid 4 of het versterkte aanbevelingsrecht op grond van lid 6. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Als het profiel van de raad van commissarissen vermeldt dat de raad moet beschikken over kennis van verschillende voor de onderneming van belang zijnde disciplines, en een commissaris met een bijzondere kennis van de voor deze onderneming belangrijke milieuaspecten vertrekt, dan zal de raad bij de kennisgeving van de vacature aangeven dat de voorkeur zal uitgaan naar een kandidaat die deze kennis beschikbaar heeft of zich snel eigen kan maken. Het staat steeds zowel de aandeelhouders als de ondernemingsraad vrij om, gegeven het profiel van de raad, van gedachten te wisselen over de kwaliteiten van een nieuwe commissaris in relatie tot de zittende commissarissen.

De leden van de fractie van D66 gaven in overweging in de wet een aantal eisen op te sommen, waaraan de schets in ieder geval moet voldoen. In zijn advies uit 1969 omschreef de SER de samenstelling van de raad als volgt: «Bij de samenstelling van de raad van commissarissen dient daarom de spreiding van specifieke deskundigheid ten aanzien van één of meer aspecten van het ondernemingsdoel gecombineerd te worden met een brede maatschappelijke ervaring, wijsheid en bezonnenheid in oordeel, onafhankelijkheid en onpartijdigheid en een open oog voor de maatschappelijke ontwikkeling bij ieder lid van deze raad.» Meer dan dertig jaar later heeft deze omschrijving niets aan kracht ingeboet. Maar omdat iedere onderneming anders is, kunnen en willen wij de profiel-schets niet verder invullen. Voor een familievennootschap die zich richt op één product zullen wellicht andere commissarissen nodig zijn dan voor een grote beursvennootschap met gespreide activiteiten. Een vennootschap die zijn leveranciers of afzetgebied in een ander werelddeel heeft, wil wellicht een commissaris die ervaring heeft in dat werelddeel. Het stellen van overheidseisen kan dan belemmerend werken. Om die reden zien wij ook af van eisen omtrent, bijvoorbeeld, het aantal vrouwen in een raad. Beter is het een sociaal-economisch klimaat te scheppen waarin iedereen zich de ervaring kan eigen maken die noodzakelijk is voor zo'n commissariaat.

De leden van de fractie van de PvdA vroegen naar initiatieven die worden ontplooid om de pluriformiteit van de raad van commissarissen te vergroten.

Dergelijke initiatieven worden zowel door de overheid als door de sociale partners genomen. Zo steunt de overheid een bureau dat zich zonder winstoogmerk richt op het vinden van vrouwelijke kandidaten voor bestuurs- en commissariaatfuncties. Het bureau heeft zowel klanten in de overheid en non-profit sector als in het bedrijfsleven. Ook waar het gaat om benoeming bij adviesraden, commissies en toezichthouders wordt aandacht geschonken aan pluriformiteit. Men zie hierover onder meer het rapport «De staat van advies» over de kaderwet adviescolleges, aan uw Kamer gezonden bij brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 12 oktober 2001 (Kamerstukken II 2001–02, 28 101, nr.1). De sociale partners hebben onlangs een initiatief gepresenteerd dat de kring waaruit kandidaten kunnen worden gezocht verder verruimt. Daartoe worden registers van de vakbonden en het commissarissen- en bestuurdersregister van het NCD samengevoegd. Er worden nieuwe regels ontwikkeld voor de beoordeling van kandidaten voor toevoeging aan dit register. Ook zal het register beter toegankelijk worden gemaakt voor de grote en de kleinere ondernemingen. Bijzondere aandacht wordt geschonken aan voorlichting, training en cursussen voor commissarissen. Ofschoon opname in zo'n register nooit een voorwaarde voor benoeming zal kunnen zijn – op die manier zou het oordeel over een kandidaat verschuiven van de belanghebbenden in de vennootschap in kwestie naar de beheerders van een register – juichen wij deze ontwikkeling toe. De sociale partners tonen met dit initiatief aan dat men de nieuwe

benoemingsregels serieus neemt en zich de kritiek uit het verleden heeft aangetrokken.

Veel vragen werden ook gesteld naar aanleiding van het door de SER geadviseerde en door ons overgenomen versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. De leden van de fractie van de PvdA vroegen waarom sprake is van een versterkt aanbevelingsrecht in plaats van een bijzonder voordrachtsrecht zoals de SER heeft voorgesteld. Zij vroegen zich af hoe hard dat recht is en in hoeveel gevallen wij schatten dat de aanbeveling in de praktijk afgewezen zal worden.

De term versterkt aanbevelingsrecht is gekozen omdat de termen aanbeveling en bezwaar in de huidige regeling bekend zijn. Er is geen wijziging beoogd met hetgeen de SER heeft voorgesteld. Wij kunnen geen schatting geven over het verloop van een nieuw te introduceren recht. De SER is evenwel tot zijn advies gekomen op basis van de ervaringen in de praktijk. Juist in de praktijk wordt informeel met de ondernemingsraad overlegd omtrent een te benoemen commissaris om er zeker van te zijn dat deze de steun heeft van de ondernemingsraad. Een versterkt aanbevelingsrecht kan de kring van kandidaten verder verruimen. Wij verwachten niet dat er veel gevallen zijn waarbij de kandidaat duidelijk ongeschikt is. De ondernemingsraad heeft geen belang bij het op de spits te drijven van de zaak en juist wel belang bij een goed werkende raad. Dan moeten de commissarissen ook vertrouwen hebben in elkaar en in elkaars expertise. Anders ontstaan voor het functioneren van sommige commissarissen nadelen, zoals het in Duitsland bekende fenomeen van voorvergaderingen.

Tenslotte denken wij te kunnen vertrouwen op het gevoel van verantwoordelijkheid van de kandidaten zelf. Het aanvaarden van een commissariaat is niet vrijblijvend. Het vergt tijd en kennis en verantwoordelijkheidsgevoel. Een goede commissaris is kritisch en begrijpend, tactvol en doortastend, nauw genoeg bij de onderneming betrokken om bruikbare adviezen te verlenen en toch afstandelijk genoeg om het bestuur de ruimte te geven om te besturen. Wij verwachten dat de raad van commissarissen en de ondernemingsraad ook na de inwerkingtreding van lid 6 zullen blijven overleggen omtrent mogelijke kandidaten. De positie van de ondernemingsraad wordt tenslotte versterkt door de procedure in het voorgestelde lid 7 en 8. Is het thans zo dat een ondernemingsraad moet aantonen dat het bezwaar tegen een voorgenomen kandidaat van de raad gegrond is, in de toekomst is het de raad van commissarissen die moet laten zien dat hij terecht bezwaar maakt. In het verleden is het voor ondernemingsraden wel eens lastig gebleken om de bezwaren tegen een kandidaat in de juridisch juiste vorm te gieten.

De leden van de fractie van de PvdA, D66 en GroenLinks stelden vragen over rechtstreekse benoeming van commissarissen door de ondernemingsraad. In haar initiatiefwetsvoorstel pleit D66 voor een benoeming van de leden van de raad van commissarissen door de ondernemingsraad, de algemene vergadering en de raad van commissarissen zelf in een verhouding van eenderde/eenderde/eenderde. Deze leden vroegen onze mening over dit voorstel. De leden van de PvdA suggereerden in dit verband een bindend recht van versterkte aanbeveling, om zo, aldus de aan het woord zijnde leden, ook juridisering tegen te gaan. De leden van de fractie van de VVD toonden zich juist bezorgd over het versterkte aanbevelingsrecht en vroegen of een introductie van deelbelangen in de raad van commissarissen kan leiden tot stagnerende besluitvorming. Deze leden vroegen zich af of wij kunnen onderbouwen waarom een «werknemerscommissaris» een toegevoegde waarde heeft. De leden van de fractie van de SP vroegen of kan worden gesproken van een derde werknemerscommissarissen en tweederde aandeelhouderscommissarissen.

Zoals bekend adviseerde de SER eerder over het benoemingsstelsel bij structuurvennootschappen. In zijn advies 84/06 besprak de SER verschillende benoemingsstelsels. Als nadelen van een rechtstreekse benoeming

werden genoemd polarisatie, minder onafhankelijkheid en minder eenvoudige mogelijkheid tot spreiding van deskundigheid. Ook loert het gevaar dat men slechts vertrouwen heeft in en zich richt op de «eigen» commissaris met daarmee gepaard gaand een verlies van vertrouwen in de raad als geheel. Met deelbenoeming gaat men naar behartiging van deelbelangen. Deze overwegingen hebben er mede toe geleid dat de SER in 1984 verdeeld was en in 2001 van het idee van rechtstreekse benoeming is afgestapt. Wij kunnen ons in dit verband goed vinden in de beschouwingen van de leden van de fractie van de VVD. Deze leden brachten in herinnering dat wettelijk uitgangspunt is en blijft dat de raad van commissarissen als orgaan van de vennootschap handelt en zich bij de vervulling van zijn toezichthoudende taak richt naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dat belang vergt dat commissarissen zonder last of ruggespraak en volstrekt onafhankelijk opereren. Ook de SER was van oordeel dat een onafhankelijke raad van commissarissen de beste garantie is voor goed toezicht. Daarom hebben wij de door de SER unaniem gesteunde oplossing overgenomen waarbij de in de praktijk gegroeide rol van de ondernemingsraad wettelijk wordt vastgelegd zonder de introductie van een rechtstreeks benoemingsrecht. De door middel van het versterkte aanbevelingsrecht gevonden kandidaten zijn ook geen «werknemerscommissarissen». Zij zijn niet benoemd door de werknemers maar door de algemene vergadering van aandeelhouders nadat de raad van commissarissen – die een bindend voordrachtsrecht heeft voor alle kandidaten – deze kandidaten tot de zijne heeft gemaakt. Wij zouden geen toegevoegde waarde zien in een «echte» werknemerscommissaris, zo kunnen wij de leden van de VVD antwoorden. Dat geldt evenzeer voor een commissaris die zou zijn benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders zonder de voorgestelde bemoeienis van de ondernemingsraad of de raad van commissarissen. Zoals de aan het woord zijnde leden terecht opmerkten, is het niet de taak van een deel van de raad van commissarissen om op te komen voor de belangen van een bepaalde groep. Wij verwachten daarentegen van de gehele raad dat deze bij de uitvoering van zijn taak aandacht schenkt aan alle relevante belangen.

De leden van de fractie van de VVD verzochten om een overzicht van de verschillende wettelijke bevoegdheden die de ondernemingsraad heeft. Deze leden vroegen ons om daarbij ook te betrekken hetgeen is neergelegd in thans aanhangige wetsvoorstellen.

De ondernemingsraad heeft krachtens de wet op de ondernemingsraden (WOR) bespreek- en initiatiefrecht met betrekking tot alle aangelegenheden die de onderneming betreffen (artikel 23, tweede en derde lid WOR), en het recht om tenminste twee maal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming te bespreken (artikel 24, eerste lid WOR). Daarnaast heeft de ondernemingsraad een aantal bevoegdheden bij specifieke onderwerpen. Men denke aan het adviesrecht ten aanzien van de belangrijke financieel-economische en bedrijfsorganisatorische besluiten, genoemd in artikel 25 WOR, met daaraan gekoppeld een recht van beroep bij de ondernemingskamer (artikel 26 WOR). Verder heeft de ondernemingsraad een instemmingsrecht ten aanzien van de in artikel 27 WOR genoemde regelingen op het gebied van het sociale beleid in de onderneming, een stimuleringsstaak ten aanzien van de in artikel 28 WOR genoemde onderwerpen en een benoemingsrecht van bestuursleden van door de ondernemer voor het personeel opgerichte instellingen (artikel 29 WOR). Tenslotte is er een adviesrecht met betrekking tot de benoeming en het ontslag van een bestuurder van de onderneming (artikel 30 WOR). De leden van de fractie van de VVD vroegen naar de mogelijkheid van vakbondsbestuurders om zitting te nemen in de raad van commissarissen en wensten voorts enige verduidelijking van hetgeen de Minister van Financiën over dit punt tijdens het algemeen overleg over corporate

governance op 29 november 2001 (Kamerstukken II 2001/02, 25 732, nr. 21) heeft gezegd.

Op grond van artikel 2:160/270 BW kunnen bestuurders en personen in dienst van een werknemersorganisatie welke pleegt betrokken te zijn bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van het personeel of van een afhankelijke maatschappij geen commissaris zijn bij structuurvennootschappen. Een besluit tot benoeming van een commissaris dat in strijd is met deze wettelijke bepaling is nietig. Naast de wettelijke taakstelling van de raad van commissarissen (ook bij niet-structuurvennootschappen) bevat de wet aldus een extra waarborg voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de commissarissen. Ook is de raad van commissarissen op grond van artikel 2:158/268 lid 3 BW verplicht een profielschets te maken voor de gewenste samenstelling van de raad van commissarissen. In het profiel moeten tot uitdrukking komen de gewenste achtergrond en ervaring van een kandidaat, een en ander mede in het licht van de samenstelling van de raad van commissarissen. Lid 6 geeft de raad van commissarissen het recht bezwaar te maken tegen een aanbevolen persoon op grond van de verwachting dat hij ongeschikt zal zijn dan wel dat de raad na zijn of haar benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld. Daarbij kan de profielschets een rol spelen. In het algemeen hoeft het geen probleem te zijn dat een oud-vakbondsbestuurder deel uitmaakt van de raad van commissarissen. Voor een bestuurder uit de bedrijfstak van de vennootschap die zeer recent zijn functie heeft neergelegd of de functie van vakbondsbestuurder bij een verwante bedrijfstak blijft uitoefenen, zou dat anders kunnen liggen.

De leden van de fracties van PvdA en D66 gaven in overweging om in de wet op te nemen dat het aanbevelingsrecht geldt voor exact 1/3 van de raad van commissarissen, in plaats van maximaal 1/3. Dit zou tot gevolg hebben dat de raad steeds bestaat uit drie personen of een veelvoud daarvan. De leden van de fractie van de SP vroegen hoe wij willen voorkomen dat men kiest voor een raad van commissarissen van 4 of 5 leden. Grote raden zijn niet in het voordeel van de vennootschap. De ervaringen in Duitsland, waar de «Aufsichtrat» soms uit 15 tot 20 personen bestaat, laten dat goed zien. Wij zijn geen voorstander van een regeling die wanneer een raad van drie commissarissen bijzondere expertise zou willen toevoegen in de vorm van een vierde commissaris, daaraan de eis vastknoopt een raad van 6 (9,12,15) commissarissen te hebben. Wij laten daarbij ook meewegen dat de ondernemingsraad invloed heeft op de benoeming van alle commissarissen, hetzij via het al bestaande aanbevelingsrecht van lid 5, hetzij via het versterkt aanbevelingsrecht van lid 6. Wij verwachten ook niet dat men de grootte van een raad uitsluitend laat afhangen van vermeende problemen rond het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Lid 6 is immers de wettelijke vastlegging van een sinds jaar en dag in structuurvennootschappen gegroeide praktijk. Men zie hierover ook het SER advies, p. 51. De leden van de fracties van de PvdA en D66 uitten twijfels over de wenselijkheid van afschaffing van het bezwaarrechten van de ondernemingsraad.

De SER adviseerde om het bezwaarrechten af te schaffen gelet op het recht van de algemene vergadering om alle commissarissen te benoemen alsmede het recht voor de ondernemingsraad om voor ten hoogste een derde van de leden van de raad een versterkt aanbevelingsrecht te hanteren. Ook wij zien onvoldoende reden om het bezwaarrechten te handhaven. In het bijzonder zouden wij willen voorkomen dat voortdurend wordt geprocedeerd over kandidaten. De positie van de ondernemingsraad is verbeterd door de invoering van het versterkt aanbevelingsrecht, de wettelijk vastgelegde bemoeienis met de profielschets, de rol bij het ontslag van de gehele raad van commissarissen en de in lid 12 neergelegde contractuele afwijking van het benoemingsrecht. De ondernemingsraad speelt in de nieuwe wetgeving voor grote vennootschappen dus op

veel meer plaatsen een rol. De positie van de algemene vergadering van aandeelhouders is verbeterd door de benoemingsregels en het recht van ontslag van de gehele raad.

De leden van de PvdA-fractie hebben gevraagd hoe de regeling van het versterkte aanbevelingsrecht past in de ontwikkeling van werknemersinspraak in Europa.

Voor de toepassing van de structuurregeling is onder meer doorslaggevend of bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen tezamen in de regel ten minste honderd werknemers in Nederland werkzaam zijn. De toekenning van een versterkt aanbevelingsrecht voor de benoeming van maximaal een derde van de leden van de raad van commissarissen leidt er toe dat de positie van de ondernemingsraad van een structuurvennootschap wordt versterkt, zoals ook de invloed van de algemene vergadering door het wetsvoorstel wordt versterkt. Toegespitst op de positie van de werknemers in Europees perspectief is het moeilijk een eenduidige Europese ontwikkeling aan te geven. Bijlage 6 van het SER-advies verschaft veel informatie over werknemersparticipatie. Volgens deze bijlage kennen zeven van vijftien onderzochte Europese landen een vorm van wettelijke werknemersparticipatie in de bestuurlijke of toezichthoudende organen. Voorts is in de genoemde bijlage opgemerkt dat wetgeving of overeenkomsten met betrekking tot vertegenwoordiging of afvaardiging in het algemeen van toepassing zijn op ondernemingen boven een bepaalde grootte of binnen een bepaalde sector. Oostenrijk, Denemarken, Duitsland, Luxemburg en Zweden kennen regelingen waarbij de werknemers van ondernemingen van een bepaalde grootte (die onderling sterk verschilt) het recht hebben om leden van het toezichthoudend orgaan te kiezen. In Finland mag zo'n benoemingsrecht in de statuten worden neergelegd. In Frankrijk mogen werknemers die over meer dan 3% van de aandelen beschikken, een of meer bestuurders benoemen. Het Nederlandse voorstel loopt naar onze mening ten aanzien van de beoogde invulling van de medezeggenschap niet uit de pas met elders in Europa geldende systemen.

De bevoegdheidsverdeling voor de toepassing van het versterkt aanbevelingsrecht bij een onderneming waar verschillende ondernemingsraden bestaan, maar er geen centrale ondernemingsraad is ingesteld, heeft in de literatuur tot commentaar aanleiding gegeven. In de oude opzet van de structuurregeling is het bevoegd verklaren van alle ondernemingsraden afzonderlijk geen probleem, omdat het de verschillende ondernemingsraden vrij staat om personen voor benoeming tot commissaris aan te bevelen. In het nieuwe artikel 158(6) maakt de toevoeging van het versterkte aanbevelingsrecht de zaak iets gecompliceerder. De WOR bepaalt uitdrukkelijk dat het mogelijk is meerdere ondernemingsraden in te stellen binnen één onderneming, indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR. In de situatie dat er meerdere ondernemingsraden zijn, zal in de praktijk, indien er gemeenschappelijke onderwerpen zijn, de ondernemer meestal de keuze maken een COR in te stellen. De wet geeft daartoe de mogelijkheid in artikel 33 WOR. Indien er niet is besloten een COR in te stellen, achten wij het noodzakelijk dat de bevoegdheid van lid 6 in gezamenlijkheid door de in de onderneming aanwezige ondernemingsraden wordt uitgeoefend. Lid 11 is daarom aangepast. Dit is verwerkt in de nota van wijziging.

Tenslotte is in de leden 4, 10 en 12 een enkele redactionele wijziging aangebracht. Zo is in lid 4 ten onrechte het begrip «rechtspersoon» gebruikt. In lid 10 is de term «kennisgeving» uit de bestaande wettelijke regeling vervangen door het beter op lid 5 aansluitende «mededeling». Men zie onderdeel A sub 9 van de nota van wijziging. In lid 12 wordt gesproken over «instemming» van de ondernemingsraad met een afwijkende benoemingsregeling. Het begrip «instemming» heeft in de Wet op de ondernemingsraden een bijzondere betekenis. Om ieder verwarring –

ook bij ondernemingsraden zelf – te voorkomen, wordt voorgesteld «toestemming» te gebruiken.

Artikel 159/269 en 161/271

In zowel artikel 2:159/269 als 2:161/271 BW wordt ten onrechte ook lid 12 van artikel 2:158/268 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Bedoeld is het nieuw voorgestelde lid 11 dat de bevoegdheidsverdeling tussen ondernemingsraden vastlegt. Deze vergissing is hersteld.

s

Artikel 2:161a/271a BW geeft de algemene vergadering de mogelijkheid het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen op te zeggen. In dat geval stelt de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam tijdelijk een of meer commissarissen aan.

De leden van de PvdA-fractie vroegen op basis van welke criteria de tijdelijke commissarissen worden benoemd, of zij ad interim worden aangesteld dan wel gedurende langere tijd aan de vennootschap zijn verbonden, en zo ja, hoe lang. Zij hebben verder gevraagd of de door de ondernemingskamer aangestelde commissarissen door de algemene vergadering kunnen worden afgewezen volgens het wettelijke model. Voorts informeerden deze leden of de overige commissarissen één voor één dan wel allemaal tegelijk worden benoemd.

Wanneer de gehele raad van commissarissen is ontslagen op grond van artikel 2:161a/271a lid 3 BW is er geen enkele commissaris in functie die met inachtneming van de regels van artikel 2:158/268 lid 5 BW de aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad van de vacatures op de hoogte kan stellen. Lid 3 van artikel 2:161a/271a BW biedt hiervoor een oplossing. Het bestuur van de vennootschap dient de ondernemingskamer onverwijld te verzoeken één of meer commissarissen aan te stellen. Een dergelijke commissaris krijgt opdracht om binnen een door de ondernemingskamer te bepalen termijn te bevorderen dat een nieuwe raad van commissarissen wordt samengesteld met inachtneming van de procedure van artikel 2:158/268 BW. Het ligt voor de hand dat de ondernemingskamer bij de benoeming rekening houdt met de hiervoor genoemde taak van de tijdelijke commissaris naast de gebruikelijke taken en bevoegdheden van (leden van) een raad van commissarissen. De ondernemingskamer is bekend met het fenomeen tijdelijke commissarissen omdat deze ook kunnen worden aangesteld in het kader van het enquêterecht (artikel 2:356 BW). De ondernemingskamer is niet gebonden aan de profielschets van de vennootschap. De aanstelling door de ondernemingskamer geldt voor een door de rechter te bepalen termijn en heeft daarmee een tijdelijk karakter. De termijn kan van geval tot geval verschillen afhankelijk van de omstandigheden die voor de vennootschap van toepassing zijn als het gaat om de vraag wanneer een nieuwe raad van commissarissen kan zijn samengesteld. Een en ander vloeit voort uit lid 3 van artikel 2:161a/271a BW waarin is bepaald dat de ondernemingskamer de gevolgen van de benoeming regelt. De ondernemingskamer zou bijvoorbeeld ook kunnen bepalen dat de aanstelling van de tijdelijke commissarissen eindigt wanneer ten minste drie nieuwe commissarissen zijn benoemd op basis van de procedure van artikel 2:158/268 BW. In dat geval zouden de nieuwe commissarissen gehouden zijn maatregelen te treffen om het ledental verder aan te vullen (artikel 158/269 lid 2 BW). Voor de aanstelling van een tijdelijke commissaris door de ondernemingskamer geldt geen aanbevelings- of voordrachtsrecht. De aanstelling geschiedt door de rechter. Dat behoeft aandeelhouders of anderen er overigens niet van te weerhouden om personen voor te stellen. Zelfs is denkbaar dat commissarissen worden voorgesteld die eerder door de algemene vergadering zijn ontslagen, bijvoorbeeld als de nijpende situatie waarin de vennootschap verkeert – niet ondenkbaar is dat het bestuur

afreedt als de commissarissen worden ontslagen – zulks noodzaakt. Om een carousel van ontslagen en aanstellingen te vermijden, bepaalt lid 1 dat een op grond van artikel 2:161a/271a BW aangestelde raad van commissarissen niet door de algemene vergadering kan worden ontslagen. De algemene vergadering en de ondernemingsraad hebben op grond van artikel 2:158/268 BW rechten ten aanzien van de benoeming van de nieuwe leden van de raad van commissarissen.

Omdat een tijdelijke commissaris in alle opzichten de verantwoordelijkheden van een commissaris op zich neemt, vervult hij bij de benoeming van de nieuwe commissarissen een bijzondere rol. De tijdelijke leden zijn (mede) betrokken bij het opstellen van de voordracht ten behoeve van de algemene vergadering. Hoewel dat in de literatuur wel is voorgesteld, bestaat er geen aanleiding enkel op het punt van de voordracht een uitzondering te maken op de taken en bevoegdheden van de tijdelijke commissarissen, bijvoorbeeld door die commissarissen slechts een raadgevende stem toe te kennen.

De leden van de nieuwe raad van commissarissen worden normaliter benoemd door de algemene vergadering (artikel 2:158/268 lid 4 BW). Voor zover kandidaten gelijktijdig worden voorgedragen door de tijdelijke commissarissen kan de benoeming tot commissaris in een en dezelfde algemene vergadering plaatsvinden. Aangezien aan het houden van een algemene vergadering kosten zijn verbonden, ligt het voor de hand dat een gezamenlijke benoeming wordt nagestreefd.

De leden van de PvdA-fractie vroegen ook hoe een nieuwe raad van commissarissen wordt benoemd indien de raad uit zichzelf is afgetreden. Voor de situatie dat alle commissarissen ontbreken als gevolg van het ontslag door de algemene vergadering geldt de bijzondere regeling van artikel 2:161a/271a BW. De commissie vennootschapsrecht adviseerde deze regeling te splitsen van de (bestaande) regeling in artikel 2:159/269 BW voor het geval dat alle commissarissen ontbreken door een andere oorzaak. Zo'n andere oorzaak kan zijn gelegen in het feit dat een volledige raad van commissarissen uit eigen beweging aftreedt. In dat geval benoemt de algemene vergadering de raad van commissarissen. Degene die de algemene vergadering bijeenroept moet tevens de ondernemingsraad inlichten over de benoeming van de commissarissen. Doorgaans is dit het bestuur. Het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad wordt in dat geval geldend gemaakt jegens de algemene vergadering. De algemene vergadering kan slechts weigeren een kandidaat te benoemen op de in lid 6 van artikel 2:158/268 BW genoemde gronden. Alsdan heeft de ondernemingsraad het recht opnieuw een voordracht te doen.

De leden van de PvdA-fractie, de VVD-fractie, CDA-fractie en de D66-fractie vroegen naar de mogelijkheid om individuele leden van de raad van commissarissen te ontslaan.

De SER heeft geadviseerd een regeling te treffen op grond waarvan de gehele raad van commissarissen tussentijds kan worden heengezonden met behoud van de ontslagprocedure voor individuele commissarissen. Een individuele commissaris kan in de huidige regeling (artikel 2:161/271 BW) op verzoek van de vennootschap, vertegenwoordigd door de raad van commissarissen, of op verzoek van de algemene vergadering of de ondernemingsraad worden ontslagen door de ondernemingskamer wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens een ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving van een commissaris redelijkerwijze niet van de vennootschap kan worden verlangd. Deze regeling wordt door het wetsvoorstel niet inhoudelijk gewijzigd.

De bestaande procedure voor het ontslag van een individuele commissaris is bedoeld voor «noodgevallen». Naar het oordeel van de SER kan daartoe ook worden gerekend het bekend worden van feiten of omstandigheden die aan het goed functioneren van en daarmee het vertrouwen

in een commissaris ernstig in de weg staan. Uit de jurisprudentie blijkt dat een geobjectiveerd gebrek aan vertrouwen in wezen neerkomt op de overtuiging dat de kandidaat ongeschikt zal zijn voor de functie van commissaris of zijn wettelijke verplichtingen niet zal nakomen (OK 11 april 1991, NJ 1991, 533 en OK 24 september 1992, NJ 1993, 39). De mogelijkheid een individuele commissaris te ontslaan kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, voorkómen dat de verhoudingen tussen de organen zodanig verstoord raken dat behoefte ontstaat de gehele raad van commissarissen heen te zenden. In het geval van een vertrouwenscrisis wordt de mogelijkheid geboden te kiezen tussen het doen ontslaan van een individuele commissaris en het ontslag van de gehele raad, rekening houdend met de vraag welke maatregel in het betreffende geval proportioneel is. In het geval dat het vertrouwen in een individuele commissaris ontbreekt, kunnen de andere leden van de raad van commissarissen in functie blijven.

Door de gecombineerde commissie vennootschapsrecht is geopperd een (aanvullende) regeling te introduceren op grond waarvan individuele commissarissen bij familievennootschappen (vgl. artikel 2:155a/265a BW) kunnen worden ontslagen door de algemene vergadering met een tweederde meerderheid vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. Voor een dergelijke regeling bestaat naar onze mening geen aanleiding. Ook de SER maakt geen onderscheid tussen «gewone» structuurvennootschappen en familievennootschappen. Een familievennootschap kan op grond van het wetsvoorstel opteren voor de toepassing van het verzwakte structuurregime, mits de vennootschap centraal wordt geleid (bijvoorbeeld doordat familieleden een onderlinge regeling tot samenwerking zijn aangegaan). De toepassing van het verzwakte regime beïnvloedt niet de wijze van benoeming van leden van de raad van commissarissen. De commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering na toepassing van de benoemingsregels van artikel 2:158/268 BW. Omdat de benoeming van de commissarissen heeft plaatsgevonden met inachtneming van de procedure van artikel 2:158/268 BW zijn zowel de algemene vergadering, de ondernemingsraad als de raad van commissarissen bij de benoemingsprocedure betrokken geweest. De onderlinge positie van alle bij een benoeming betrokken partijen is in het wetsvoorstel in evenwicht gebracht. Dit evenwicht wordt in gevaar gebracht wanneer individuele commissarissen die via de procedure van 2:158/268 BW zijn benoemd – al dan niet op basis van een versterkt aanbevelingsrecht – vervolgens relatief eenvoudig kunnen worden ontslagen door de algemene vergadering met een tweederde meerderheid, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. Een uitgebalancerde benoemingsregel houdt geen stand wanneer een ontslag verhoudingsgewijs eenvoudig kan worden bewerkstelligd door één van de bij de benoeming betrokken partijen. De gecombineerde commissie stelt geen voorwaarden aan het ontslagbesluit. Er hoeft niet te worden getoetst of een commissaris behoorlijk functioneert of niet. De mogelijkheid van het heenzenden van de gehele raad van commissarissen indien het vertrouwen in de raad is verloren, naast de bestaande mogelijkheid een individuele commissaris heen te zenden door tussenkomst van de rechter indien bijvoorbeeld sprake is van verwaarlozing van de taak, tasten het beoogde evenwicht tussen de algemene vergadering, de ondernemingsraad en de raad van commissarissen niet wezenlijk aan en biedt voldoende mogelijkheden om een ongewenste situatie onder controle te brengen. Van een aanvullende ontslagregeling voor familievennootschappen zijn wij dan ook geen voorstander.

De leden van de VVD-fractie hebben gevraagd om een onderbouwing van de criteria voor het opzeggen van het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen.

Het heenzenden van de gehele raad van commissarissen is een ultimatum remedium als de verhoudingen tussen de organen verstoord zijn en

aandeelhouders hun bezorgdheid hebben geuit over de gang van zaken of het gevoerde beleid en het toezicht daarop. Aan het besluit zijn quorum- en meerderheidseisen gesteld. De algemene vergadering kan het vertrouwen in de raad slechts opzeggen met een tweederde meerderheid van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigende ten minste eenderde van het geplaatste kapitaal. Deze eisen zijn opgenomen om te voorkomen dat de raad van commissarissen onevenredig onder druk kan worden gezet of gedwongen kan worden tot het nemen van besluiten die uitsluitend gericht zijn op de korte termijn behoeften van een kleine deel van de kapitaalverschaffers dat op een bepaalde vergadering een toevallige meerderheid vormt. Besluitvorming bij gewone meerderheid van de algemene vergadering is daarom niet passend geacht. De criteria voor het opzeggen van het vertrouwen in de gehele raad zijn gelijk aan de gekwalificeerde meerderheid die nodig is voor het verzet van de algemene vergadering tegen de voordracht van een kandidaat-commissaris (artikel 2:158/268 lid 9 BW).

De leden van de VVD-fractie hebben voorts gevraagd naar de verhouding tussen het opzeggen van het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen en het agenderingsrecht.

Een besluit van de algemene vergadering tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen moet zijn gebaseerd op een daartoe strekkend agendapunt. De algemene vergadering kan ten aanzien van een niet correct en tijdig aangekondigde onderwerp niet rechtsgeldig besluiten, tenzij het besluit met algemene stemmen wordt genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd (artikel 2:114/224 BW). De aandeelhouders dienen op basis van de agenda in staat te zijn te beslissen of zij in de vergadering vertegenwoordigd willen zijn. Aan dit uitgangspunt kan uitsluitend worden voorbij gegaan indien alle aandeelhouders in persoon of via een gevolmachtigde aanwezig zijn in de vergadering.

De agenda dient beschikbaar te zijn wanneer de algemene vergadering wordt bijeengeroepen. De agenda wordt in de regel vastgesteld door het bestuur of de raad van commissarissen (artikel 2:109/219 BW). In dat geval bestaat behoefte aan een agenderingsrecht voor de kapitaalverschaffers. Daarnaast bestaat voor de kapitaalverschaffers die gezamenlijk ten minste 10% van het geplaatste kapitaal verschaffen (of zoveel minder als de statuten van de vennootschap bepalen) de mogelijkheid zelf een vergadering bijeen te roepen, wanneer de president van de rechtbank de kapitaalverschaffers daarvoor machtiging verleent (artikel 2:110–111/220–221 BW). In dat geval bepalen de kapitaalverschaffers de agenda. In verband met een verzoek om machtiging zal de president nagaan of de kapitaalverschaffers reeds een verzoek hebben gericht aan het bestuur en de raad van commissarissen om een algemene vergadering bijeen te roepen en of de nodige maatregelen zijn getroffen om de algemene vergadering binnen zes weken na het verzoek te houden. De president toetst of de kapitaalverschaffers een redelijk belang hebben bij het houden van de algemene vergadering (artikel 2:111/221 BW).

In het geval dat een kapitaalverschaffer het mogelijke ontslag van de raad van commissarissen tijdig als agendapunt heeft aangedragen voor een door het bestuur te organiseren algemene vergadering, wordt dit punt opgenomen in de agenda van de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering. Zoals hiervoor en in de memorie van toelichting is aangegeven, kan agendering uitsluitend achterwege blijven indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Het belang van de vennootschap staat daarmee voorop. Het vereiste van een «zwaarwichtig belang» betekent dat een weigering niet snel gerechtvaardigd is. Voor een weigering bestaat normaliter onvoldoende aanleiding als deze is gebaseerd op de enkele omstandigheid dat het aangedragen agendapunt het ontslag van de raad van commissarissen betreft. Om een weigering te rechtvaardigen zal er dus meer aan de hand moeten zijn, waarbij gedacht

moet worden aan omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat het punt is voorgesteld uitsluitend met het doel de vergaderorde ernstig te verstoren. Met de gekozen formulering wordt beoogd te voorkomen dat het agenderingsrecht eenvoudig kan worden gefrustreerd, hetgeen – zoals de leden van de VVD-fractie terecht aangeven – onwenselijk zou zijn. Tegelijkertijd geldt dat een besluit tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen zo ingrijpend is, dat geëist moet worden dat het besluit van de algemene vergadering met redenen wordt omkleed (artikel 2:161a/271a lid 1 BW).

De leden van de VVD-fractie hebben geïnformeerd naar de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij een voorgenomen besluit tot opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen en de feitelijke gang van zaken rondom de algemene vergadering. Ook de leden van de D66-fractie informeerden naar de rol van de ondernemingsraad. Zij vroegen zich af of de ondernemingsraad een grotere rol moet worden toegekend.

In het geval dat het (mogelijk) opzeggen van vertrouwen in de raad van commissarissen als agendapunt is voorgesteld, kan worden gesproken van een voorstel voor een besluit, zoals bedoeld in artikel 2:161a/271a lid 2 BW. De ondernemingsraad dient van het desbetreffende agendapunt tijdig in kennis te worden gesteld. Dat wil zeggen dat de ondernemingsraad voor een standpuntbepaling ten minste 30 dagen de tijd moet worden geboden, voorafgaand aan de algemene vergadering waarin het agendapunt zal worden besproken. De opdracht aan het bestuur om te bewerkstelligen dat de kennisgeving met inachtneming van de termijn van 30 dagen geschiedt, kan tot gevolg hebben dat het bestuur onmiddellijk nadat het agendapunt naar voren is gebracht, in contact moet treden met de ondernemingsraad om deze over het agendapunt te informeren. De ondernemingsraad moet eveneens op de hoogte worden gesteld van de gronden voor een gebrek aan vertrouwen. De ondernemingsraad wordt hierdoor in de gelegenheid gesteld dergelijke gronden te laten meewegen in zijn standpuntbepaling. De gecombineerde commissie vennootschapsrecht heeft in dit verband voorgesteld te bepalen dat de kennisgeving aan de ondernemingsraad «onverwijld» dient plaats te vinden, ter voorkoming van de mogelijkheid van het bestuur te traineren. De toevoeging van het woord «onverwijld» heeft naar onze mening echter geen toegevoegde waarde, omdat de gestelde termijn van 30 dagen reeds de vrijheid van het bestuur aan banden legt. Indien de kennisgeving voldoet aan de 30 dagen-termijn, maar niet onverwijld heeft plaatsgevonden, bestaat er geen belemmering voor de standpuntbepaling door de ondernemingsraad en de besluitvorming van de algemene vergadering. Nadat de termijn is verstreken waarin de ondernemingsraad zijn standpunt kan vaststellen en dit standpunt overeenkomstig lid 2 is bekendgemaakt, kan het besluit van de algemene vergadering tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen worden genomen. Indien de termijn van 30 dagen niet is geboden maar de ondernemingsraad toch in staat is geweest om binnen een kortere termijn zijn standpunt te bepalen, kan de ondernemingsraad afzien van een beroep op schending van lid 2 van artikel 2:161a/271a BW. In de derde zin van datzelfde artikellid ligt besloten dat de algemene vergadering in dat geval een besluit kan nemen over het vertrouwen in de raad van commissarissen. Het ingrijpende karakter van een dergelijk besluit rechtvaardigt dat het besluit over de vertrouwenskwestie met redenen dient te zijn omkleed (lid 1).

De voorgestelde regeling sluit goed aan bij het advies van de SER. De SER heeft voorop gesteld dat zowel de algemene vergadering als de ondernemingsraad onder het huidige recht in staat zijn het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen. De wet verbindt daaraan echter geen consequentie. De raad van commissarissen kan het desbetreffende besluit van de aandeelhouders en/of de ondernemingsraad naast zich neerleggen. Naar het oordeel van de SER moet de wet in afwijking van de

huidige situatie gevolgen gaan verbinden aan de opzegging van het vertrouwen in de gehele raad door de aandeelhouders, in het licht van de specifieke verantwoordingsplicht van de raad van commissarissen jegens de verstrekkers van risicodragend kapitaal. De SER stelde daarom een regeling voor op grond waarvan de algemene vergadering kan besluiten dat de raad van commissarissen in zijn geheel moet aftreden. Dit is in het wetsvoorstel verwoord. De SER heeft voorts aangegeven dat er geen specifieke voorziening nodig is voor het geval de ondernemingsraad het niet eens is met een of meer onderdelen van het ondernemingsbeleid en daarom het vertrouwen in de raad van commissarissen opzegt. Volgens de SER staan de ondernemingsraad op grond van Boek 2 BW respectievelijk de Wet op de ondernemingsraden al voldoende middelen ter beschikking. De ondernemingsraad kan voor iedere commissaris afzonderlijk het ontslag verzoeken bij de ondernemingskamer (artikel 2:161/271 lid 2 BW). De ondernemingsraad kan bij een fundamenteel verschil van mening over de gewenste koers van het ondernemingsbeleid tegen eventuele voorgenomen besluiten als bedoeld in artikel 25 WOR in beroep gaan bij de ondernemingskamer (artikel 26 WOR). Ook kunnen organisaties van werknemers op suggestie van de ondernemingsraad een verzoek indienen bij de ondernemingskamer tot het houden van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap (artikel 2:344 BW). Indien wanbeleid wordt geconstateerd, kan de ondernemingskamer leden van de raad van commissarissen schorsen of ontslaan en tijdelijke een of meer commissarissen aanstellen. Er is geen aanleiding ten aanzien van dit onderdeel af te wijken van het SER-advies.

Artikel IV

Nadere gedachtevorming en besprekingen in de literatuur hebben er toe geleid dat de overgangsregeling op een enkel punt moet worden aangepast. Het bestuur van de vennootschap dient op grond van lid 1 een voorstel te doen voor het al dan niet handhaven van het structuurregime. In de literatuur is opgemerkt dat het bestuur voor het doen van een dergelijk ingrijpend voorstel voldoende voorbereidingstijd moet worden gegund. Een termijn van zes maanden is daarvoor naar ons oordeel redelijk. Het eerste lid is gewijzigd in die zin dat het voorstel moet worden gedaan in de eerstvolgende algemene vergadering die wordt gehouden nadat zes maanden zijn verstreken na de inwerkingtreding van deze wet.

Voorts is aan lid 1 toegevoegd dat de leden 5 tot en met 7 van artikel 2:154/264 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Wanneer een besluit over het al dan niet blijven toepassen van de structuurregeling is genomen, bestaat daardoor duidelijkheid over de procedure die voor een eventuele statutenwijziging moet worden gevolgd.

Lid 2 verplicht de raad van commissarissen binnen zes maanden na de datum van de inwerkingtreding van de wet een profielschets in verband met zijn omvang en samenstelling op te stellen. Overeenkomstig artikel 2:158/268 lid 3 BW dient de profielschets te worden besproken in de algemene vergadering van aandeelhouders en met de ondernemingsraad. Teneinde de kosten van een extra algemene vergadering voor de bespreking van de profielschets te voorkomen, is aan de overgangsregeling toegevoegd dat de bespreking in de algemene vergadering – uiterlijk – plaatsvindt in de eerstvolgende algemene vergadering die wordt gehouden nadat de termijn van zes maanden is verstreken. Indien de raad van commissarissen reeds een profielschets heeft opgesteld voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet en deze profielschets voldoet aan de vereisten van lid 2, kan ook in de toekomst van deze profielschets gebruik worden gemaakt. Wel dient een dergelijke profielschets, voor zover dat

nog niet was geschied, alsnog te worden besproken in de algemene vergadering en met de ondernemingsraad.

In de literatuur is gewezen op de mogelijkheid dat een commissaris is benoemd – voordat het wetsvoorstel wet wordt en in werking treedt – op basis van een aanbeveling door de ondernemingsraad. Een dergelijke commissaris wordt door het wetsvoorstel niet automatisch gelijkgesteld aan een commissaris die is benoemd met inachtneming van het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad krachtens artikel 2:158/268 lid 6 BW. De laatstgenoemde artikelen beogen een afgewogen wettelijke procedure voor de benoeming van commissarissen, waarbij zowel de ondernemingsraad, de raad van commissarissen als de algemene vergadering betrokken is. Een wettelijke grondslag voor een gelijkstelling met commissarissen die via een andere procedure zijn benoemd is om die reden niet gewenst. Indien alle betrokken partijen zich daarmee kunnen verenigen staat er echter niets aan in de weg om in onderling overleg te bepalen dat een dergelijke reeds benoemde commissaris geacht wordt een positie in te nemen alsof hij op basis van een bijzonder aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad is benoemd. Dit kan naar onze mening aan de praktijk worden overgelaten.

Artikel Va

De aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering vloeit voort uit de voorgestelde wijziging van artikel 2:101/210 BW en wordt aldaar nader toegelicht.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink

De Minister van Financiën,
G. Zalm

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. A. F. G. Vermeend