

Vergaderjaar 2001–2002

28 179

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

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 3 december 2001 en het nader rapport d.d. 21 december 2001, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie, mede namens de ministers van Economische Zaken, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 1 augustus 2001, no. 01.003722, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, gedaan mede namens de Minister van Economische Zaken, de Minister van Financiën en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling.

Aan het wetsvoorstel ligt ten grondslag een advies van de Sociaal-Economische Raad (SER) getiteld «Het functioneren van de toekomst van de structuurregeling».¹ De SER-voorstellen kunnen op brede maatschappelijke instemming bogen. Over het voorontwerp heeft de Commissie vennootschapsrecht adviezen uitgebracht. De Raad van State kan zich met de strekking van het wetsvoorstel verenigen. Hij meent te kunnen volstaan met te wijzen op een aantal punten waarop verduidelijking wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 1 augustus 2001, nr. 01.003722, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde ontwerp van een voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 3 december 2001, nr. W03.01.0388/l, bied ik U hierbij mede namens de ministers van Economische Zaken, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan.

1. Omvang goedkeuringsrecht algemene vergadering van aandeelhouders
In het voorgestelde artikel 2:107a lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn de besluiten van het bestuur van de vennootschap opgesomd die onderworpen zijn aan goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). Uit de memorie van toelichting blijkt het uitgangspunt dat de aandeelhouders behoren te worden geraadpleegd «als het door de raad van commissarissen goedgekeurde besluit zo ingrijpend is dat gezegd kan worden dat het de aard van het aandeelhouderschap wijzigt: zij gaan als het ware kapitaal verschaffen aan een wezenlijk andere vennootschap.»² Voorts vermeldt de memorie van toelichting dat elk onderdeel van lid 1 mede moet worden beoordeeld tegen de

¹ Advies 01/02, kamerstukken II 2000/01, 25 732, nr. 7.

² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 107a/217a, tweede alinea.

achtergrond van de andere onderdelen van dat lid. Bezien vanuit het gekozen uitgangspunt constateert de Raad een niet zonder meer verklaarbare leemte. Onderdeel a van het aan de orde zijnde artikellid betreft de overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming. Onderdeel b ziet op het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming als deze samenwerking voor de vennootschap van ingrijpende betekenis is. In onderdeel c ten slotte worden deelnemingen – zowel het nemen als het afstoten daarvan – in een andere onderneming genoemd, indien het (kort gezegd) om een deelneming gaat ter waarde van minstens een derde van de vennootschap. Een door de SER geadviseerd onderdeel d, betreffende investeringen en desinvesteringen ook los van een mogelijke relatie met deelneming in of samenwerking met een andere onderneming, is na het commentaar van de Commissie vennootschapsrecht geschrapt. Het is de Raad opgevallen dat in onderdeel c alleen gesproken wordt van deelneming in het kapitaal van een andere vennootschap, niet van het verkrijgen of vervreemden van activa van zo'n vennootschap van minstens de genoemde waarde. Toch zal de betekenis daarvan, voor de onderneming alsook voor de aandeelhouders, bezien in het licht van het in de memorie van toelichting geformuleerde uitgangspunt, doorgaans niet onderdoen voor die van een deelneming van diezelfde waarde. Niet duidelijk is dan ook waarom geen goedkeuring door de AvA vereist wordt voor de overdracht van activa anders dan in de vorm van een deelneming indien hun waarde, dan wel de waarde van een gedeelte van de onderneming bedoelde grens overstijgt. De Raad adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken en, zo nodig, het artikel aan te vullen.

1. Het voorgestelde artikel 2:107a lid 1 sub c BW beoogt aandeelhouders het recht te geven om besluiten van het bestuur goed te keuren als die besluiten wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of de werkzaamheden van de met de vennootschap verbonden onderneming. Daartoe wordt onder meer bepaald dat besluiten van het bestuur omtrent het nemen en afstoten van een deelneming van de vennootschap zijn onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering indien de deelneming een waarde vertegenwoordigt van ten minste een derde van het bedrag van de activa van de vennootschap. Hetzelfde geldt voor een besluit omtrent het nemen of afstoten van een deelneming door een dochtermaatschappij. Zo'n besluit raakt de structuur van de groep. Bestuursbesluiten omtrent investeringen en desinvesteringen anders dan in de vorm van een deelneming in het kapitaal van een andere vennootschap zijn op grond van het SER-advies en in overeenstemming met het advies van de commissie vennootschapsrecht niet onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. De bedoelde besluiten behelzen bijvoorbeeld de aan- of verkoop van een gebouw. Dat is een typisch bestuursbesluit dat de identiteit of het karakter van de vennootschap niet per definitie zodanig raakt dat een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering op zijn plaats is. Een dergelijk besluit kan wel – gelet op het ermee gemoeide financiële belang – onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:164 en 274 BW). Houdt de aan- of verkoop van bepaalde activa in wezen de overdracht in van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming (artikel 2:107a/217a lid 1 sub a BW), dan liggen de zaken anders. Dat besluit is naar zijn aard op voorhand zodanig ingrijpend voor de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming dat een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering gerechtvaardigd is. De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

2. Stemvolmacht certificaathouders

Over de regeling van de stemvolmachten merkt de Raad het volgende op.

a. De in het voorgestelde artikel 118a genoemde regeling, waarbij de aandeelhouder ten titel van beheer aan de certificaathouder die dat wenst volmacht geeft het stemrecht uit te oefenen op het gecertificeerde aandeel, strekt er volgens de memorie van toelichting toe dat de volmacht privaatieve werking heeft.¹ Uit de tekst van het wetsartikel vloeit dat echter niet zonder meer voort.

De Raad adviseert de wettekst aan te passen.

¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 118a, vierde alinea.

b. Volgens de memorie van toelichting kan een aandeelhouder zelf het stemrecht uitoefenen indien de certificaathouder geen gebruik maakt van de hem verleende volmacht.¹ Aldus gesteld, wordt geen rekening gehouden met de onder a besproken private werking van de volmacht. De Raad adviseert de passage te schrappen.

2. De regeling waarbij houders van certificaten van aandelen die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven een volmacht van de aandeelhouder kunnen verlangen, beoogt aan deze volmachtverlening private werking te geven. De Raad van State adviseert deze private werking ook in de tekst van het artikel vast te leggen.

Het vennootschapsrecht gaat er van uit dat stemrecht en aandeelhouderschap onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Zo'n ander geval is de vestiging van een vruchtgebruik of pandrecht op het aandeel, waarbij krachtens artikel 2:88/197 BW respectievelijk 2:89/198 BW het stemrecht kan worden toegekend aan de vruchtgebruiker of pandhouder. Het verlenen van een volmacht daarentegen doet het stemrecht niet overgaan op de volmachtnemer, maar de volmachtnemer kan als vertegenwoordiger van de aandeelhouder diens stem in de algemene vergadering uitbrengen. De volmachtnemer kan tevens de daarvoor benodigde andere rechtshandelingen verrichten, zoals registratie ingevolge het bepaalde in artikel 2:119 BW. Een «gewone» volmacht werkt niet private, hetgeen wil zeggen dat de aandeelhouder-volmachtgever de bevoegdheid behoudt om zelf ter vergadering te verschijnen en het stemrecht uit te oefenen. Die uitoefening van het stemrecht kan wanprestatie opleveren jegens de volmachtnemer, maar aan de geldigheid van de uitgebrachte stem doet dit niet af.

Nieuw is derhalve de koppeling van private werking aan het verlenen van een volmacht terwijl het recht zelf bij de aandeelhouder blijft. Ik acht dit verdedigbaar omdat het hier om een wettelijk verplichte volmacht gaat, waarbij het initiatief ook niet van de volmachtgever (aandeelhouder) uitgaat, maar van de certificaathouder. Met de Raad van State ben ik van oordeel dat dit in de wet ook tot uitdrukking moet worden gebracht. Voorgesteld wordt de zinsnede «met uitsluiting van de volmachtgever» te gebruiken. Deze omschrijving is bekend uit de regeling rond private werking van de lastgeving (artikel 7:423 BW). De tekst van artikel 118a lid 1 BW is dienovereenkomstig aangepast. De toelichting is uitgebreid. Daarbij is ook, overeenkomstig het advies van de Raad, de zin over de uitoefening van het stemrecht bij niet-verschijnen van de certificaathouder geschrapt. Private werking brengt met zich dat de aandeelhouder of andere stemgerechtigde het stemrecht slechts (weer) kan uitoefenen indien een van de in lid 2 genoemde gevallen zich voordoet of indien een certificaathouder geen gebruik heeft gemaakt van het recht een volmacht te verlangen. Heeft hij dit wel gedaan, dan is het aan de certificaathouder te bepalen of en hoe hij die volmacht benut. De aandeelhouder of andere stemgerechtigde kan daaraan geen beperkingen opleggen, behoudens de gevallen vervat in lid 2.

Ook de eerder gebruikte term «aandeelhouder ten titel van beheer» is vervangen. Gelet op artikel 2:88/197 lid 3 en 2:89/198 lid 3 BW moet rekening worden gehouden met het feit dat de aandeelhouder het stemrecht kan doen overgaan door vestiging van vruchtgebruik op of verpanding van zijn aandelen. In die gevallen kan de aandeelhouder niet langer voldoen aan een wettelijke verplichting tot verlening van een volmacht. Denkbaar is dat de wet verpanding met overgang van het stemrecht voor aandelen waarvoor certificaten zijn uitgegeven beperkt of zelfs verbiedt. Naar mijn overtuiging is dat een onnodig vergaande ingreep in de contractsvrijheid. In plaats daarvan wordt voorgesteld de verplichting tot verlenen van de volmacht te leggen op de «stemgerechtigde». Dat kan de aandeelhouder, de pandhouder of de vruchtgebruiker zijn.

Verder is er reden de toepassing van artikel 2:88/197 lid 4 en 2:89/198 lid 4 uit te sluiten voor zover het gaat om artikel 118a. De artikkelleden geven de vruchtgebruiker of pandhouder met stemrecht en de aandeelhouder zonder stemrecht het recht om bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders bij te wonen en daarin het woord te voeren. Daartoe worden zij gelijk gesteld met de houder van certificaten van aandelen. Aan deze rechten wordt niet getornd. Toevoeging van het stemrecht dat thans in artikel 118a wordt geïntroduceerd voor certificaathouders zou, gelet op het bovenstaande, evenwel tot ongerijmde resultaten leiden.

¹ Artikelsgewijze toelichting bij artikel 118a, zesde alinea.

De tekst van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn in deze zin aangevuld.

3. Samenstelling raad van commissarissen

Het wetsvoorstel verplicht de raad van commissarissen (RvC) om voor zijn omvang en samenstelling een profielschets op te stellen. Ingevolge lid 3 van de voorgestelde artikelen 158 en 268 bespreekt hij de vastgestelde profielschets in de AvA en met de ondernemingsraad (OR). De SER heeft niet gepleit voor een wettelijke regeling, omdat hij vreesde dat een profiel door de rechter moet worden vastgesteld wanneer de RvC, AvA en OR daarover van mening verschillen en zij allen een vetorecht hebben. Om het gevaar van juridisering te vermijden kent het voorstel de bevoegdheid tot vaststellen uitsluitend toe aan de RvC. De Raad kan instemmen met de motivering van de gemaakte keuze maar meent dat het gewenst is meer duidelijkheid te geven over de betekenis van het door de RvC vastgestelde profiel, in het bijzonder bij de toepassing van lid 6, het bijzondere voordrachtsrecht van de OR. Indien blijkt dat de profielschets niet correspondeert met de wensen van de OR, komt een verschil van mening over de samenstelling van de RvC als geheel naar voren in het kader van de aanbeveling en benoeming van bepaalde personen. Het feit dat een te benoemen commissaris niet in het profiel past betekent naar de mening van het college niet dat bij benoeming van de betrokken kandidaat de RvC als zodanig automatisch «niet naar behoren is samengesteld». Met het oog op het belang van duidelijke vennootschappelijke verhoudingen acht de Raad nadere toelichting op de functie en de juridische status van de profielschets gewenst.

3. Het verheugt mij dat de Raad van State kan instemmen met de gekozen motivering ten aanzien van de wettelijke verplichting tot het opstellen van een profielschets. De Raad adviseert wel de functie en de juridische status van deze schets in de toelichting nader vorm te geven.

Het Nederlandse vennootschapsrecht legt de nadruk op de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen in relatie tot zijn in de wet verankerde taak. De raad van commissarissen richt zich bij zijn taakuitoefening naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dit voorschrijft, dat tot de kernvoorschriften van ons vennootschapsrecht gerekend mag worden, brengt met zich dat de commissarissen hun werkzaamheden verrichten zonder last of ruggespraak en zonder enig bijzonder belang te vertegenwoordigen. Terzelfder tijd behoort de raad het vertrouwen te hebben van alle bij de vennootschap en haar onderneming betrokkenen. Dat geldt zeker voor de raad van commissarissen van een structuurvennootschap, die immers een aantal bijzondere bevoegdheden heeft. Een heldere regeling over benoeming en ontslag van de leden van de raad van commissarissen is dan noodzakelijk. Een profielschets, die overigens ook door de commissie corporate governance (commissie-Peters) wordt aanbevolen en bij grote vennootschappen heel gebruikelijk is, kan daarbij naar mijn oordeel dienstig zijn.

Men onderscheide verder de profielschets van de raad van commissarissen en het profiel van een bepaalde kandidaat. Het voorstel ziet op de schets van de gehele raad. Zo'n profielschets is een weergave van de raad van commissarissen die het beste zou aansluiten bij de behoeften van de betreffende vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Daarbij wordt op grond van de voorgestelde bepaling in elk geval aandacht geschonken aan de aard van de met de vennootschap verbonden onderneming, de activiteiten van die onderneming en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. De profielschets kan daarnaast uitgangspunten formuleren over de toetreding van oud-bestuurders tot de raad of de gewenste maatschappelijke ervaring. Ik vertrouw er op dat de discussie over de profielschets er toe zal leiden dat benoeming geen automatisme is, maar het product van zorgvuldige overweging door alle betrokkenen over de behoeften van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, waardoor kandidaten uiteindelijk op basis van zo veel mogelijk objectieve criteria kunnen worden aangezocht en beoordeeld.

In het geval van een vacature kan, gelet op de dan bestaande samenstelling in verhouding tot het vastgestelde profiel van de raad, worden besloten voor die vacature eveneens een profiel op te stellen. Men kan op zoek zijn naar iemand met ervaring in de branche waarin de onderneming werkzaam is, of naar

iemand met specifieke capaciteiten op het vlak van de sociale verhoudingen of milieu. Voor dit profiel gelden geen wettelijke regels, niet alleen omdat het daarvoor te zeer verweven is met de omstandigheden van het geval, maar ook omdat de ervaring leert dat een kandidaat die men graag wil hebben niet altijd precies aan het individuele profiel behoort te beantwoorden. Het feit dat een te benoemen kandidaat niet in dat profiel past, is geen reden om aan te nemen dat de raad van commissarissen per definitie niet naar behoren zal zijn samengesteld.

De toelichting is in deze zin aangevuld.

4. Artikelen 158 en 268

In verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijzigen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen, zijn onder meer de artikelen 158 en 268 boek 2 BW gewijzigd.¹ Aan lid 2 van beide bepalingen is toegevoegd dat, onverminderd het in de artikelen 160 en 270 bepaalde, de statuten de kring van benoembare personen niet kunnen beperken. Een dergelijke toevoeging is in de thans voorgestelde artikelen niet overgenomen.

De Raad adviseert ook in de voorgestelde artikelen 158 en 268 te bepalen dat behoudens in artikel 160 respectievelijk artikel 270 de statuten de kring van tot commissaris benoembare personen niet kunnen beperken.

4. Overeenkomstig het advies van de Raad van State en de wet tot herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijziging van statuten van naamloze en besloten vennootschappen (Wet van 22 juni 2000, Stb. 283) is aan de artikelen 158 en 268 toegevoegd dat behoudens het bepaalde in artikel 160 respectievelijk artikel 270 de statuten de kring van tot commissaris benoembare personen niet kunnen beperken.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Met de redactionele opmerkingen van de Raad van State is rekening gehouden.

Daarnaast zijn enkele aanpassingen in de voorgestelde tekst doorgevoerd. Het voorstel van wet bevatte in artikel II een wijziging van artikel 2:101/210 die afhankelijk was gesteld van de aanvaarding van het wetsvoorstel houdende een wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met kwijting aan bestuurders en commissarissen. Dit voorstel is op 1 december 2001 in werking getreden (Wet van 4 oktober 2001, Stb. 467). Artikel I, onderdeel A, houdt thans rekening met de nieuwe tekst van artikel 2:101/210 BW. Artikel II kan daarmee vervallen. De artikelen III en volgende zijn vernummerd tot II en volgende.

In het voorgestelde artikel 2:159/269 lid 4 BW worden enkele leden van artikel 2:158/268 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarbij is de verwijzing naar de aandeelhouderscommissie ten onrechte niet overgenomen. Bovendien is verzuimd het lid te vernummeren tot lid 3, terwijl het huidige lid 3 vervalt.

Het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 2:158/268 lid 12 BW op de door artikel 2:159/269 BW bestreken gevallen betekent dat ook als de vennootschap structuurvennootschap wordt een van artikel 2:158/268 lid 4 BW afwijkende benoemingsregeling kan worden overeengekomen. Daarvoor is wel de aanwezigheid van een raad van commissarissen vereist. Heeft de vennootschap nog geen raad van commissarissen, dan zal de algemene vergadering van aandeelhouders deze eerst moeten benoemen krachtens artikel 2:159/269 BW alvorens kan worden overlegd omtrent een voor de toekomst afwijkende regeling. De toelichting is op dit punt verduidelijkt.

De inwerkingtreding van de wet herziening preventief toezicht (Wet van 22 juni 2000, Stb. 283) op 1 september 2001 (Besluit van 4 augustus 2001, Stb. 368) heeft onder meer geleid tot een wijziging van artikel 2:195 BW. De artikelleden 3 tot en met 8 zijn vernummerd tot 4 tot en met 9. Daardoor kloppen de verwijzingen in de tekst van het artikel niet meer. Voorgesteld wordt deze vergissing te herstellen. Daartoe is een nieuw artikel I, onderdeel Q ingevoegd. De overige onderdelen zijn vernummerd.

Verder is gebleken dat de vraag of de zogenoemde verzwakte structuurregeling in artikel 2:155/265 lid 2 BW kan worden toegepast soms lastig te beant-

¹ Wet van 22 juni 2000 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijzigen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen (Stb. 283).

woorden is omdat vennootschappen geen opgave behoeven te doen van het aantal werknemers dat in Nederland dan wel in het buitenland werkzaam is. Artikel 2: 382 BW schrijft wel voor dat een rechtspersoon in de toelichting opneemt het gemiddelde aantal werknemers dat gedurende het boekjaar werkzaam is geweest, maar eist geen uitsplitsing. Voorgesteld wordt daarom te bepalen dat de rechtspersoon bij de opgave bedoeld in artikel 2:382 BW die uitsplitsing maakt, uiteraard voor zover het gaat om de werknemers werkzaam bij de rechtspersoon zelf en de in de eventuele consolidatie betrokken groepsmaatschappijen van de rechtspersoon. De rechtspersoon kan geen informatie verschaffen over het aantal werknemers in binnen- en buitenland van de moedermaatschappij. Artikel 2:382 BW is met het oog op het bovenstaande aangepast. Daartoe is in artikel I een nieuw onderdeel Q ingevoegd en zijn de onderdelen Q tot en met HH vernummerd. Tenslotte is de overgangsregeling van artikel V (na vernummering thans IV) nader bestudeerd. De redactie van de regeling in lid 1 is aangescherpt. De toelichting is overeenkomstig aangevuld. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens de ministers van Economische Zaken, van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 3 december 2001, no. W03.01.0388/I, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In artikel I, onderdeel D, in het voorgestelde artikel 114a lid 1 het woord «mits» vervangen door «indien», teneinde buiten twijfel te stellen dat het bestuur en de raad van commissarissen bevoegd zijn een onderwerp te agenderen ook al heeft de vennootschap het verzoek ontvangen na de zestigste dag van de vergadering; vervolgens het woord «mits» invoegen voor «geen zwaarwichtig belang».
- In artikel I, onderdeel E, in het voorgestelde artikel 118a lid 2 de term «intrekken» vervangen door «herroepen», nu laatstgenoemde term wordt gebruikt in artikel 3:72 van het Burgerlijk Wetboek. Tevens het beoogde karakter van de opsomming in lid 3 uitdrukkelijk in de tekst vastleggen (zie memorie van toelichting, artikelsgewijs commentaar bij artikel 118a, twaalfde alinea).