

Vergaderjaar 2001–2002

**28 179**

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

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **Algemeen**

##### *1. Toezegging*

De structuurregeling brengt voor grote naamloze en besloten vennootschappen een wettelijke scheiding aan tussen bestuur en toezicht. Voor grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen geldt op hoofdlijnen een zelfde regeling. Centraal in de regeling staat de raad van commissarissen die het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming moet behartigen. Het wettelijk verankerd onafhankelijk toezicht vervult in ons rechtspersonenrecht een belangrijke rol.

Bij brief van 10 februari 2000 heeft het kabinet de Sociaal Economische Raad verzocht een advies uit te brengen over de structuurregeling, in het bijzonder over de criteria voor de verplichte toepassing van de regeling en het correctiemechanisme bij slecht functionerende commissarissen. Aanleiding voor de adviesaanvraag door het kabinet was de discussie rond bestuur en toezicht op ondernemingen, ook wel aangeduid als corporate governance. De SER heeft een commissie structuurregeling ingesteld onder voorzitterschap van de heer Wijffels. In aanvulling op de adviesaanvraag van het kabinet heeft de Tweede Kamer eveneens advies aan de SER gevraagd (Kamerstukken II 1999/2000, 25 732, nr. 13). De SER heeft bij brief van zijn voorzitter van 21 augustus 2000 (Kamerstukken II, 1999–2000, 25 732, nr. 14) aan de Kamer laten weten, dat bij de beschouwingen ook zullen worden betrokken de vragen van de Kamer omtrent samenstelling en benoeming van de raden van commissarissen van structuurvennootschappen.

Het advies van de SER, getiteld «Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling», werd op 19 januari 2001 vastgesteld (advies 01/02, Kamerstukken II, 2000–2001, 25 732, nr. 17). Het advies beperkt zich tot de structuurregeling bij naamloze en besloten vennootschappen. De SER heeft aangegeven ook de regeling bij grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen ter hand te willen nemen.

In de brief van 9 februari 2001 (Kamerstukken II 2000–2001, 25 732, nr. 18) heeft het kabinet toegezegd de regeling voor bestuur en toezicht van grote

naamloze en besloten vennootschappen aan te passen in overeenstemming met het advies. Het wetsvoorstel strekt tot uitvoering van die toezegging.

## *2. Onderneming, rechtspersoon en maatschappij*

Een ondernemer moet voor zijn economische activiteiten onder meer kunnen beschikken over een goede juridische infrastructuur. Het belang van ondernemingen in onze maatschappij brengt met zich dat de wetgever zich regelmatig zal buigen over de vraag of die juridische infrastructuur (nog) beantwoordt aan de behoeften van die ondernemers en degenen die betrokken zijn bij de onderneming. Daarbij geeft de wetgever zich rekenschap van veranderende opvattingen en omstandigheden, bijvoorbeeld ten aanzien van de wenselijkheid van wettelijk optreden in verhouding tot zelfregulering, wijziging in de posities en machtsverhoudingen of de invloed van internationale opvattingen en gewoonten.

Tot de juridische infrastructuur waarvan een ondernemer gebruik maakt, behoren ook de regels die verband houden met de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. Kenmerkend daarbij is dat de wetgever in beginsel vrijheid laat aan de ondernemer om voor zijn onderneming die rechtsfiguur te kiezen die hem het meest geschikt lijkt. De regelingen over de herschikking van een rechtsvorm, zoals omzetting (artikel 2:18 van het Burgerlijk Wetboek, hierna: BW), juridische fusie (artikel 2:310 e.v. BW), en juridische splitsing (artikel 2:334 e.v. BW), zijn een uitwerking van deze keuzevrijheid. Teneinde de ontwikkeling van economische activiteiten te bevorderen en zo min mogelijk aanleiding te geven tot ontwijkgedrag is afgezien van het dwingendrechtelijk voorschrijven van een bepaald rechtsvorm aan ondernemingen met een bepaalde grootte. Hoewel grote ondernemingen veelal worden gedreven in de vorm van een naamloze vennootschap, kan dat ook in de vorm van een besloten vennootschap (de SHV) een vereniging (de ANWB) of een coöperatie (de Rabobank). In plaats van een dwingende rechtsvorm is gekozen voor het toepassen op alle rechtsvormen van voorschriften die ten doel hebben andere belanghebbenden te beschermen. Men denke aan de regeling voor het publiceren van een jaarrekening volgens Titel 9 van Boek 2 BW voor een vereniging of stichting die een onderneming in stand houdt of aan het medezeggenschapsrecht zoals vervat in de Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR).

De keuze die een ondernemer maakt voor een bepaalde rechtsvorm brengt naast rechten ook verplichtingen met zich. Die verplichtingen betreffen zowel de externe als de interne verhoudingen van de rechtspersoon. Het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW regelt dan ook een aantal verhoudingen met derden, zoals vertegenwoordiging van de rechtspersoon, maar het richt zich vooral op de verhoudingen tussen de organen. Uitgangspunt is een duidelijke afbakening van taken. Voorts streven wij naar evenwicht in de vennootschappelijke verhoudingen. Dat gebeurt op verschillende manieren. Ten eerste stelt de wet tegenover bepaalde bevoegdheden de verplichting tot het afleggen van verantwoording over de wijze waarop die bevoegdheden zijn benut. Ten tweede hanteert de wetgever als grondslag voor het toetsen van de wijze waarop alle organen hun bevoegdheden uitoefenen het voorschrift dat men zich jegens elkaar redelijk en billijk opstelt. Deze grondnorm is neergelegd in artikel 2:8 BW. Van de betrokkenen wordt verder verwacht dat zij bij het nastreven van hun belangen rekening houden met het vennootschappelijk belang. In concernverband gaat het om het belang van de groep en alle groepsvennootschappen die daaronder begrepen zijn. Omgekeerd behoort het bestuur van een dochtervennootschap bij de beleidsbepaling het belang van die dochter als richtsnoer te nemen zonder daarbij het concernbelang

uit het oog te verliezen. Men zie o.a. HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 en HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465. De gedachte van het vennootschappelijk belang vinden wij in de wet terug in de norm voor de commissarissen en impliciet ook voor de bestuurders. Artikel 2:140 BW bepaalt dat zij zich bij de uitoefening van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

### *3. De structuurregeling*

Bij de invoering van de structuurregeling (Wet van 6 mei 1971, Stb 289) heeft de wetgever geen nieuwe rechtsvorm geïntroduceerd, maar gekozen voor dwingendrechtelijke voorschriften voor de bestaande rechtsvormen. Centraal bij de wijziging stond de grote onderneming, meestal gedreven in de vorm van een naamloze vennootschap. De rechtsfiguur naamloze vennootschap biedt ondernemers bij uitstek de mogelijkheid kapitaal aan te trekken buiten een beperkte kring. Geeft de naamloze vennootschap daartoe aandelen aan toonder uit, dan wordt de aandeelhouder letterlijk naamloos. De band tussen de ondernemingsleiding en zijn aandeelhouders wordt losser; de laatsten krijgen meer en meer de functie van kapitaalverschaffer en minder die van mede-ondernemer. Een wettelijke regeling voor het toezicht op het bestuur werd dan ook meer van belang geacht naarmate de door de rechtspersoon gedreven onderneming in omvang en daarmee maatschappelijke betekenis groeide en de doeltreffendheid van het toezicht van de algemene vergadering van aandeelhouders verzwakte (Kamerstukken II, 10 751, 1969–1970, nr. 3, blz. 5). Dat uitgangspunt geldt nog steeds.

De structuurregeling houdt in dat een vennootschap met een bepaalde omvang, een krachtens wettelijk voorschrift ingestelde ondernemingsraad en ten minste honderd werknemers wettelijk verplicht is een raad van commissarissen te hebben. Een vennootschap die aan de voorwaarden voldoet, doet daarvan opgave aan het handelsregister. Heeft de vennootschap gedurende drie opeenvolgende jaren aan de voorwaarden voldaan, dan behoort zij haar statuten in overeenstemming te brengen met de wettelijke voorschriften van titel 4, afdeling 6 respectievelijk titel 5, afdeling 6 van Boek 2 BW. De raad van commissarissen van een structuurvennootschap heeft een viertal bevoegdheden die in het «gewone» model toekomen aan de algemene vergadering van aandeelhouders: benoeming van de commissarissen zelf, benoeming van bestuurders, vaststelling van de jaarrekening en goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten.

De structuurregeling is bedoeld voor de op zich zelf staande vennootschap die geen deel uitmaakt van een groep. Voor volledige dochterondernemingen van structuurvennootschappen is een raad van commissarissen niet noodzakelijk omdat op het niveau van de moedermaatschappij al een verplichte raad van commissarissen bestaat. Een verplichte raad van commissarissen met identieke bevoegdheden op twee niveaus in de groep zou centrale leiding onmogelijk maken. Daarom hebben dochtervennootschappen van structuurvennootschappen een volledige vrijstelling. Volledig wil zeggen dat deze vennootschappen geen opgave hoeven te doen aan het handelsregister dat zij aan de genoemde grootte- en werknemerscriteria voldoen. Voor grote vennootschappen in andere groepsverhoudingen zijn gedeeltelijke vrijstellingen voorzien, die wel tot opgaveplicht maar slechts tot toepassing van een deel van de structuurregeling leiden. Om de eenheid van het concern en het daarin gevoerde beleid niet te doorbreken, blijft de bevoegdheid tot benoeming van het bestuur en vaststelling van de jaarrekening in die gevallen voorbehouden aan de algemene vergadering van aandeelhouders ofwel de moedermaatschappij.

Er zijn vennootschappen die een kleine onderneming in stand houden en een beperkte kring van aandeelhouders hebben die goed samenwerken en uitstekend functioneren als controleorgaan van het bestuur. Dergelijke aandeelhouders zijn in staat in te grijpen als een beleid wordt gevoerd waarin zij geen vertrouwen hebben. Er is dan geen behoefte aan wettelijk ingrijpen. Wel zijn ook die aandeelhouders gebonden aan het bepaalde in artikel 2:8 BW, zodat zij niet steeds hun eigen belang kunnen laten voor gaan op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De aan de aandeelhouders toekomende bevoegdheid om statuten te wijzigen brengt overigens met zich dat die aandeelhouders wel voor zo'n toezichthouder kunnen opteren, hetzij door het vrijwillig toepassen van de structuurregeling, hetzij door in de statuten een raad van commissarissen volgens het gewone model in het leven te roepen.

Door overbrenging van bevoegdheden naar de raad van commissarissen verschuift het toezicht van de algemene vergadering deels naar die raad. Tezelfdertijd verschuift de aard van dit toezicht. De algemene vergadering zal zich bij haar oordeel over het beleid van het bestuur vooral laten leiden door het eigen belang. De raad van commissarissen dient zich bij de uitoefening van zijn toezichthoudende taak uitdrukkelijk te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De structuurregeling kan daarom tevens worden beschouwd als een versterking van de gedachte dat er een vennootschappelijk belang is, dat kan en moet worden onderscheiden van het belang van de aandeelhouders als kapitaalverschaffers.

Die gedachte vinden wij ook terug in de wettelijke verankering van de rol van de ondernemingsraad. De structuurregeling had niet alleen ten doel de inrichting van de vennootschap aan te passen aan de verminderde mogelijkheid van aandeelhouders om hun toezichthoudende taak uit te oefenen. De regeling introduceerde tevens een vorm van medezeggenschap door de ondernemingsraad invloed toe te kennen op de samenstelling van de raad van commissarissen. Mede daarom is de structuurregeling ook van toepassing verklaard op de grote besloten vennootschap. Voor internationale concerns is die invloed beperkt tot het Nederlandse deel van de groep, omdat bij internationale groepen de werknemers in het niet-Nederlandse deel geen vertegenwoordiging door middel van een ondernemingsraad (behoeven te) kennen.

#### *4. Discussies rond de structuurregeling*

De regeling van 1971 is de neerslag van ervaring over het feitelijk functioneren van de algemene vergadering op dat moment en van de meningen over de betrokkenheid van werknemers zoals die zich tot dat tijdstip hadden ontwikkeld. Met grote regelmaat is sedertdien in nationaal en internationaal verband aandacht besteed aan de regeling. Die discussie is bepaald door twee factoren: praktijk en perceptie.

Onder perceptie verstaan wij de beschouwing over het feit dat de wettelijk verplichte structuur afwijkt van structuren en bevoegdheidsverdelingen in kapitaalvennootschappen in andere landen. Vooral de beperking van de bevoegdheden van aandeelhouders zou leiden tot verminderde belangstelling van buitenlandse kapitaalvennootschappen voor samenwerking met structuurvennootschappen. Investeerders zouden aarzelen om kapitaal beschikbaar te stellen aan structuurvennootschappen. De perceptie bepaalt voorts of men vertrouwen heeft in de wijze waarop de doelstellingen van de structuurregeling in de wet zijn neergelegd. Zo zijn de regels over de samenstelling van de raad van commissarissen praktisch vanaf het moment van inwerkingtreding van de wet bekritiseerd. Vele tientallen publicaties zijn in de loop der jaren gewijd aan de gecontro-

leerde coöptatie. Men zie onder meer de verdeelde adviezen van de SER uit 1984 (Advies 84/06 raden van commissarissen structuurvennootschappen en 85/07 Vervolgadvies raden van commissarissen), H. J. M. J. Honée, de benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen, Asser-Maeijer 2-III, nr. 367 en de aldaar genoemde literatuur, of meer recent de polemiek in het Financieele Dagblad (9, 16, 19, 23 en 27 mei en 8 juni 2000).

Met praktijk wordt bedoeld de wijze waarop de regeling daadwerkelijk heeft bijgedragen tot het bereiken van het beoogde doel. Dat geldt voor de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen ten opzichte van het bestuur, voor de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen en de verenigbaarheid daarvan met de centrale positie die de raad door die wet is toebedeeld, voor de invloed van de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad, en voor de werking van de structuurregeling in concerns met een grensoverschrijdend karakter of juist in vennootschappen die kunnen worden beschouwd als een samenwerkingsverband van enkele aandeelhouders.

Mede gelet op de corporate governance discussie heeft het kabinet zich afgevraagd of de structuurregeling moet worden herzien of zelfs afgeschaft. Naar ons oordeel is een herziening noodzakelijk als uit empirisch onderzoek zou blijken dat de structuurregeling een negatief effect heeft op het functioneren van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Met negatief bedoelen wij niet uitsluitend de vraag of de regeling leidt tot lagere financiële prestaties. De wetgever mag de waarde van wettelijke bepalingen niet uitsluitend afmeten aan de koers-winstverhoudingen van de aandelen. Ook arbeids(on)rust, de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming en haar plaats in onze maatschappij zijn – zij het objectief soms moeilijk meetbare – criteria. Tezelfdertijd moet worden bedacht dat economische ratio's bepalend kunnen zijn voor de beslissing van een investeerder om kapitaal ter beschikking te stellen aan een onderneming, hetzij in de vorm van het nemen van aandelen, hetzij door het ter beschikking stellen van leningen tegen gunstige voorwaarden. Dat vertrouwen in de financiële positie van ondernemingen is ook belangrijk voor de werknemers. Ondernemingen bieden werk. Via hun pensioenfondsen vormen de werknemers bovendien een deel van diezelfde investeerders. Er is kortom een spanningsveld tussen de wens tot behoud van het belangenpluralisme en de eisen van de economie. Daarin moet een balans worden gevonden.

De structuurregeling zou ook opnieuw moeten worden gezien als een kloof zou zijn ontstaan tussen het beoogde toepassingsbereik en toepassing van de regeling in de praktijk. Daarom is onderzoek gedaan naar het feitelijk vóórkomen van de regeling bij Nederlandse beursvennootschappen. Dit onderzoek is verricht door prof. mr. H. J. M. N. Honée van de Erasmus Universiteit Rotterdam en prof. mr. L. Timmerman van de Rijksuniversiteit Groningen. De resultaten van het onderzoek zijn bij brief van 10 april 2000 aan de Kamer aangeboden. De onderzoekers hebben geconstateerd dat van de 184 beursvennootschappen 109 structuurvennootschap zijn, waarvan een niet onbelangrijk deel de regeling vrijwillig heeft aanvaard. Vrijwillige toepassing is gebruikelijk bij vennootschappen die een beroep kunnen doen op de uitzondering voor internationale concerns. Bijna 65% van deze vennootschappen past de regeling vrijwillig toe. Van de 73 beursvennootschappen die niet onder de structuurregeling vallen, heeft meer dan twee derde een bindende voordrachtsregeling ten aanzien van de benoeming van bestuurders en bijna al die vennootschappen hebben tevens een bindende voordrachtsregeling ten aanzien van de benoeming van de commissarissen. De onderzoekers formuleren hun conclusie kernachtig: ook bij de vennoot-

schappen waarvoor de structuurregeling niet geldt, ligt het zwaartepunt in de machtsverhoudingen veelal bij de raad van commissarissen. In zoverre is er sinds de invoering van de structuurwet opvallend weinig veranderd. Ook destijds werd geconstateerd dat veel grote vennootschappen in hun statuten zogenoemde oligarchische regelingen hadden doen opnemen, waardoor het zwaartepunt van de macht naar de raad van commissarissen verschuift (Kamerstukken 10 751, 1969/70, nr. 3, paragraaf 8). Uit het verslag van het onderzoek komt verder naar voren dat veel beursvennootschappen, ook structuurvennootschappen, een geconcentreerd aandelenbezit kennen, hetzij via certificering – waardoor het aandelen bezit is geconcentreerd bij een stichting administratiekantoor – hetzij via de mogelijkheid van uitgifte van preferente aandelen, waardoor een stichting preferente aandelen of een stichting continuïteit (groot)aandeelhouder wordt. Men zie hiervoor bijlage 1 van het onderzoeksrapport.

Voorts is een economisch onderzoek verricht door de Katholieke Universiteit Brabant (prof. dr. P. Moerland en prof. dr. J. van Helleman). Uit het rapport van dit onderzoek onder 50 beursgenoteerde vennootschappen ontstond geen eenduidig statistisch significant beeld over de gevolgen van het structuurregime voor de financiële prestaties van de ondernemingen. De onderzoekers constateerden wel dat de aanwezigheid van een grootaandeelhouder en de beperking van de omvang van de raad van commissarissen een gunstige uitwerking hebben op de financiële prestaties. Deze conclusie komt overeen met de resultaten van soortgelijk onderzoek in het buitenland, waar is gerapporteerd dat een grote board (als het vennootschapsrecht een bestuursorgaan kent) of een groot toezichthoudend orgaan (als het vennootschapsrecht ook een scheiding tussen bestuur en toezicht kent) negatief uitwerkt op de prestaties van de vennootschap.

Hoewel men voorzichtig moet zijn met het trekken van conclusies uit enkele onderzoeken, is aannemelijk dat de structuurregeling door internationale ondernemingen niet zo negatief wordt beoordeeld als wel is verondersteld. Men kan voor toepassing van de structuurregeling hebben gekozen in de verwachting dat buitenlandse overnemers hierdoor worden afgeschrikt, maar de keuze kan evenzeer ingegeven zijn door de eenheid van het concernbeleid. Bij vrijwillige aanvaarding door de moedermaatschappij geldt de regeling niet voor dochters. Een probleem is dit niet. De structuurwet werkt dan als beoogd door medezeggenschap en toezicht te verankeren op het hoogste niveau van de groep. Het economisch deel van het onderzoek leidt niet tot de eenduidige conclusie dat de structuurregeling een negatief effect heeft op de prestaties van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Er zijn wel aanwijzingen dat de aanwezigheid van een grootaandeelhouder en een kleine raad van commissarissen een gunstige uitwerking hebben op de prestaties. Of dit de conclusie rechtvaardigt dat een structuurvennootschap met meer bevoegdheden voor de grootaandeelhouder (zoals in het SER-advies voorgesteld en in dit wetsvoorstel neergelegd) en een kleine raad van commissarissen tot betere financiële prestaties zal leiden, zal moeten blijken.

##### *5. SER advies en wetsvoorstel*

Het SER-advies bevat een uitgebreide analyse van de praktijk en een visie op het functioneren en de toekomst van de structuurregeling. De verplicht voorgeschreven vennootschappelijke structuur met een bestuursorgaan en een afzonderlijk toezichthoudend orgaan vormt naar het oordeel van de SER de beste waarborg voor een goed functionerende bestuurlijke inrichting van grote ondernemingen. Dit is in overeenstemming met de

reactie van het kabinet op het rapport van de Monitoring Commissie corporate governance (Kamerstukken II, 1998–99, 25 732, nr. 8). De SER herhaalt voorts zijn steun voor het gegeven dat de structuurregeling naast de invloed van kapitaalverschaffers ook de zeggenschap van werknemers verankert. De SER wil geen wijziging aanbrengen in twee bevoegdheden die in het volledige regime aan de raad van commissarissen toekomen, benoeming van het bestuur (artikel 2:162/272 BW) en goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten (artikel 2:164/274 BW). De toezichthoudende taak van de raad van commissarissen krijgt verder gestalte doordat de SER adviseert wettelijk vast te leggen dat het bestuur ten minste één maal per jaar aan de raad van commissarissen schriftelijk rapporteert over de hoofdlijnen van het strategisch beleid van de onderneming, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem. Dit voorstel is overgenomen.

Waar de SER aanpassingen voorstelt, vloeit dit voort uit de wens een grotere rol te creëren voor de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad bij de benoeming van de leden van de raad van commissarissen. De SER heeft daartoe voorstellen gedaan ten aanzien van de toepassing en de benoeming en het ontslag van de raad van commissarissen. Die voorstellen worden in grote lijnen overgenomen. De SER adviseerde tevens over versterking van de positie van kapitaalverschaffers in het algemeen. Wij vinden ook dit laatste zeer waardevol. Het functioneren van de algemene vergadering van aandeelhouders staat immers onder druk. Nationaal en internationaal wordt gewezen op absentisme van de kapitaalverschaffers, de afhankelijkheid van die kapitaalverschaffers van het bestuur als het gaat om informatie, en de gedachte dat sommige aandeelhouders zich soms opstellen als beleggers, uitsluitend gedreven door winst op de korte termijn. De SER bevestigt onze overtuiging dat de oplossing hiervoor niet moet worden gezocht in een vermindering van de wettelijke taak van de algemene vergadering en verdere overbrenging van bevoegdheden naar een ander vennootschapsorgaan. Wij streven daarentegen naar een versterking van de positie van de aandeelhouders en het aanreiken van instrumenten die het absentisme kunnen terugdringen, zoals stemmen of volmachtverstrekking op afstand. Ook de rol van de algemene vergadering als podium voor informatie-uitwisseling kan worden verbeterd. Daarop ziet onder meer het agenderingsrecht, dat in dit wetsvoorstel is opgenomen.

In het wetsvoorstel zijn de adviezen van de SER in grote lijnen verwerkt. Allereerst is de financiële benedengrens voor de toepassing van de regeling (kapitaal en reserves van de vennootschap) verhoogd van 13 miljoen euro naar 16 miljoen euro. Verder zijn de uitzonderingen voor toepassing van de regeling opnieuw bezien. De structuurregeling kent nu een uitzondering voor structuurvennootschappen die deel uitmaken van een internationaal concern. Wordt ten minste de helft van het kapitaal verschaft door een of meer samenwerkende rechtspersonen met het zwaartepunt in het buitenland, dan blijft de bevoegdheid om het bestuur te benoemen en te ontslaan voorbehouden aan de algemene vergadering en dus aan die buitenlandse rechtspersoon of rechtspersonen. Bij de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij is een soortgelijke regeling opgenomen. De wetgever overwoog destijds dat de leden van de coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij het recht zouden moeten behouden om de bestuurders te benoemen en te ontslaan. Op die manier zou recht worden gedaan aan de bestaande nauwe band tussen de leden en de rechtspersoon (Kamerstukken II, 1986–1987, 19 775, nr. 3). De SER adviseert dit regime ook te laten gelden voor vennootschappen waarvan het geplaatst kapitaal direct of indirect wordt gehouden door een natuurlijk persoon of volgens een onderlinge regeling tot samenwerking door meerdere natuurlijke personen. De aandelen kunnen daarnaast in handen zijn

van een rechtspersoon die zelf niet het structuurregime kan aannemen. Men denke aan een stichting, een vereniging of de Staat. Voor de dochter geldt dan het structuurregime, ook als dat voor het geven van centrale leiding niet wenselijk is. In de lijn van toepassing van het verzwakte regime bij vennootschappen met een beperkte kring van leden of natuurlijke personen als aandeelhouder menen wij dat ook in dergelijke gevallen het verzwakte regime de voorkeur verdient.

Als uitwerking van de vraagstukken rond toepassing van de structuurregeling zien wij verder het voorstel van de SER dat als een eerdere wettelijke verplichting tot toepassing van de structuurregeling is komen te vervallen de algemene vergadering zich moet kunnen uitlaten over vrijwillige voortzetting van de structuurregeling. Dit voorstel vergt een zorgvuldige uitwerking, zowel wat betreft de gevolgen als wat betreft de vormgeving. Zo komt het regelmatig voor dat ondernemer en ondernemingsraad in het kader van een ontvlechting van een concern of het herschikken van het Nederlandse deel van een internationale groep een convenant sluiten dat onder meer inhoudt dat voor het Nederlandse deel een met de structuurregeling vergelijkbare invloed van de ondernemingsraad blijft bestaan. (OK 16 februari 1990, NJ 1990, 693).

Een tweede serie voorstellen van de SER hangt samen met de positie van degenen die betrokken zijn bij de structuurvennootschap. Aandacht voor de hun onderlinge verhoudingen past in de doelstelling van het kabinet om de transparantie en verantwoordingsstructuur te verbeteren en daarin een nadrukkelijker plaats in te ruimen voor de algemene vergadering van aandeelhouders. De SER heeft wijzigingsvoorstellen gedaan over de benoeming van de raad van commissarissen. Hij betreft hierbij de positie van aandeelhouders, kapitaalverschaffers en werknemers in het algemeen. De SER meent dat het thans geldende stelsel onvoldoende recht doet aan het fundamentele gegeven dat de vennootschap risicodragend wordt gefinancierd door de aandeelhouders. Aan het huidige stelsel van gecontroleerde coöptatie kleeft naar het oordeel van de SER een zeker legitimeringsgebrek. Daarom wordt geadviseerd dit stelsel te vervangen door een nieuwe regeling waarbij de leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. De raad van commissarissen krijgt een in beginsel bindend recht van voordracht, dat door de algemene vergadering alleen terzijde kan worden gesteld met twee derde van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigende ten minste één derde van het geplaatst kapitaal. Het recht om personen bij de raad aan te bevelen wordt voor de algemene vergadering en de ondernemingsraad gehandhaafd. Voor het bestuur wordt dit recht geschrapt. Het past niet in moderne verhoudingen, aldus de SER, dat een bestuur zijn eigen toezichthouders kan voordragen. Deze voorstellen zijn door ons overgenomen.

Om het evenwicht tussen algemene vergadering en ondernemingsraad te bewaren, stelt de SER voor dat de ondernemingsraad voor ten hoogste één derde van het aantal leden van de raad een bijzonder voordrachtsrecht krijgt. Ook dit voorstel is overgenomen. Het herziene artikel 2:158/268 BW kent in een nieuw lid 6 een versterkt aanbevelingsrecht. Het recht geldt ten opzichte van de raad van commissarissen. Van de raad van commissarissen wordt verwacht dat hij de door de ondernemingsraad voorgedragen kandidaat in beginsel tot de zijne maakt. Daarmee is deze kandidaat te beschouwen als een kandidaat die bindend is voorgedragen door de raad van commissarissen. De algemene vergadering kan slechts met de eerder genoemde versterkte meerderheids- en quorumeisen besluiten de kandidaat niet te benoemen.



Het voorstel voor een versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad doet niet af aan de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen. De opzet van de door de SER geformuleerde voorstellen is dat het vertrouwen van de ondernemingsraad in de raad van commissarissen wordt versterkt zonder dat wij overgaan tot een raad die is gebaseerd op de representatiegedachte. De commissarissen dienen zich te (blijven) richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Ook het feit dat werknemers niet tot commissaris kunnen worden benoemd, moet representatie – en daarmee wellicht polarisatie – in de raad voorkomen.

In die gevallen waarin een door de ondernemingsraad voorgedragen kandidaat niet de steun geniet van de raad van commissarissen, stelt de SER een procedure voor bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Daarbij worden de rechter criteria aangereikt aan de hand waarvan hij moet beoordelen of een kandidaat terecht is geweigerd. Deze criteria zijn gelijk aan de materiële criteria op basis waarvan thans bezwaar kan worden gemaakt tegen een kandidaat, namelijk ongeschiktheid van de kandidaat of de overtuiging dat de raad na benoeming van de kandidaat niet naar behoren zal zijn samengesteld. Bij het besluit of een persoon in beginsel geschikt is, zullen partijen zich kunnen baseren op een profielschets van de raad van commissarissen. De SER beveelt zo'n schets aan. Wij willen de profielschets wettelijk verplicht stellen. Het opstellen van zo'n profielschets wordt een bevoegdheid van de raad van commissarissen, die bij het opstellen de algemene vergadering en ondernemingsraad raadpleegt. Om juridisering van de procedure te vermijden, geldt geen advies- of instemmingsrecht van de aandeelhouders of de ondernemingsraad.

De SER stelde voor dat partijen op basis van overeenstemming tussen raad van commissarissen, algemene vergadering en ondernemingsraad kunnen afwijken van het wettelijke benoemingsstelsel. Ook dit voorstel nemen wij over.

In de adviesaanvraag is gewezen op het beperkte gebruik dat is gemaakt van de wettelijke mogelijkheid op verzoek van de algemene vergadering van aandeelhouders of de ondernemingsraad een individuele commissaris te laten ontslaan. De SER is van mening dat de grondslagen voor het heenzenden van een individuele commissaris niet moeten worden uitgebreid. Hij wijst erop dat de bestaande procedure met de in de wet genoemde criteria 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). Op deze wijze wordt tevens bevorderd dat de raad van commissarissen het vertrouwen heeft van de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad. Toevoeging van een grondslag «geobjectiveerd gebrek aan vertrouwen», zoals wel bepleit, is daarmee overbodig.

Een kernbegrip in de corporate governance discussie is het afleggen van verantwoording over de wijze waarop een vennootschapsorgaan met de toegekende bevoegdheden is omgegaan. Dat geldt ook voor de raad van commissarissen. De SER meent dat behoefte bestaat aan een recht voor de algemene vergadering om, als het vertrouwen in de raad van commissarissen ontbreekt, te besluiten tot het ontslag van de gehele raad van

commissarissen. Het besluit kan slechts worden genomen met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigende ten minste een derde van het kapitaal. Men herkent hierin de meerderheid die nodig is voor het terzijde stellen van een voordracht. De ondernemingskamer van het hof te Amsterdam benoemt vervolgens één of meer commissarissen ad interim die er voor zorgen dat een nieuwe raad van commissarissen wordt benoemd overeenkomstig het wettelijke model. De SER stelt voor dat de ondernemingsraad advies kan uitbrengen over het voorgenomen ontslag en zijn standpunt in de algemene vergadering kan doen toelichten. Het opnemen van de mogelijkheid voor de algemene vergadering om het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen op te zeggen, vormt naar ons oordeel een belangrijke versterking van de positie van de algemene vergadering ten opzichte van de raad van commissarissen.

Een aantal voorstellen van de SER houdt verband met de bevoegdheden en het functioneren van de algemene vergadering van aandeelhouders. Deze voorstellen zijn ook bruikbaar buiten de structuurregeling. Zo adviseert de SER wettelijk vast te leggen dat de algemene vergadering een goedkeuringsrecht heeft ten aanzien van besluiten waarvan de uitvoering ertoe leidt dat de identiteit of het karakter van de vennootschap sterk verandert. Verder wordt in dit wetsvoorstel geregeld wanneer en op welke wijze kapitaalverschaffers onderwerpen kunnen aandragen voor de agenda van de algemene vergadering. De rechten van de algemene vergadering ten aanzien van de benoeming en het ontslag van de leden van de raad van commissarissen noodzaken tot het opnemen van een agenderingsrecht in dit voorstel. Daarom wordt voor dit onderwerp geen afzonderlijk wetsvoorstel ingediend.

#### *6. Toepassingsbereik van de regeling*

De structuurregeling verdeelt de naamloze en besloten vennootschappen in twee groepen: zij met een verplichte scheiding tussen bestuur en toezicht en zij die daarin vrij zijn. Als voor een bepaalde groep dwingende rechtsregels gaan gelden, is een scherpe en hanteerbare scheidslijn noodzakelijk. Gedacht is wel aan beperking van de structuurregeling voor vennootschappen waarvan effecten aan de beurs genoteerd staan. Dat is begrijpelijk vanuit de mede aan de structuurregeling ten grondslag liggende gedachte dat de algemene vergadering van aandeelhouders door versnippering van het bezit en absenteïsme bij de vergadering onvoldoende toezicht kan uitoefenen op het bestuur. Die versnippering en afwezigheid zullen zich vooral voordoen bij beursvennootschappen.

De SER en de wetgever van 1970 kozen evenwel voor toepassing op basis van de omvang van de met de vennootschap verbonden onderneming. Aan dit criterium werd de voorkeur gegeven uit het oogpunt van maatschappelijk belang van dergelijke ondernemingen en de overtuiging dat werknemers bij een onderneming met een bepaalde omvang invloed moeten kunnen uitoefenen op bestuur en toezicht. Die overwegingen werden in het SER-advies 85/07 over de wenselijkheid van een structuurwet voor grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen nogmaals herhaald (p. 15 SER advies 85/07). De vraag of de rechtspersoon voor het eigen vermogen een beroep doet op de openbare effectenmarkt speelt dan geen rol.

Bij het formuleren van regels voor goed ondernemingsbestuur heeft de commissie Peters het niet noodzakelijk geacht onderscheid te maken tussen beursvennootschappen met structuurregime en beursvennootschappen zonder structuurregime. De aanbevelingen van de commissie-Peters, ofschoon gericht tot beursvennootschappen, zijn naar het oordeel

van de commissie-Peters ook goed bruikbaar bij niet-beursvennootschappen. Wij sluiten ons hierbij aan. Duidelijk is ook dat beursvennootschappen waarop het regime niet dwingendrechtelijk van toepassing is, hetzij kiezen voor vrijwillige toepassing, hetzij hun statuten zodanig inrichten dat de raad van commissarissen een zekere machtspositie inneemt. Men zie het eerder genoemde onderzoek van Honée en Timmerman. Ook de SER ziet in zijn advies geen reden om de regeling te beperken tot vennootschappen waarvan de aandelen ter beurse genoteerd staan. Wij sluiten ons hierbij aan en kiezen niet voor een regeling waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen structuurvennootschappen waarvan effecten wel en structuurvennootschappen waarvan effecten niet ter beurse genoteerd zijn of voor beperking van de structuurregeling tot beursvennootschappen.

### *7. Agenderingsrecht*

Het wetsvoorstel bevat tevens een regeling voor het recht van kapitaalverschaffers die een bepaald belang vertegenwoordigen om onderwerpen aan te dragen voor de agenda van de algemene vergadering. De SER adviseert te bepalen dat aandeelhouders die alleen of tezamen tenminste 1% van het geplaatste kapitaal bezitten een voorstel kunnen doen aan de vennootschap tot plaatsing van een onderwerp op de agenda van de aandeelhoudersvergadering, welk voorstel door de raad van commissarissen en het bestuur slechts kan worden gepasseerd indien het belang van de vennootschap dat vordert. Het kabinet gaf al eerder aan dat redelijke verzoeken van kapitaalverschaffers van een zekere omvang dienen te worden gehonoreerd. Nader onderzoek diende aan te geven wat een juiste drempel is voor een recht op agendering en in welke gevallen verzoeken niet gehonoreerd behoeven te worden (Kamerstukken II, 1998–99, 25 732, nr. 8).

De commissie-Peters heeft in haar aanbevelingen opgenomen dat verzoeken van kapitaalverschaffers om onderwerpen te plaatsen op de agenda voor de algemene vergadering van aandeelhouders moeten worden gehonoreerd, indien de kapitaalverschaffers alleen of gezamenlijk 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen en het verzoek tenminste 30 dagen voor de datum van de vergadering bij het bestuur of de voorzitter van de raad van commissarissen is ingediend (aanbeveling 30). Een recht op agendering ontbreekt wanneer er naar het oordeel van de raad van commissarissen en het bestuur zwaarwichtige belangen van de vennootschap zijn die zich tegen opname van het voorgestelde agendapunt verzetten. De commissie-Peters beveelt aan dat het bestuur uitdrukkelijk mededeling doet van een initiatief verzoek dat aan de voornoemde criteria voldoet – maar niet op de agenda is geplaatst – bij de aanvang van de vergadering. Tevens zou het bestuur daarbij moeten motiveren waarom een of meer onderwerpen niet in de agenda zijn opgenomen.

Het voorstel maakt mogelijk dat de vastgestelde agenda ook onderwerpen bevat die door een of meerdere kapitaalverschaffers zijn voorgesteld. Het recht om agendapunten aan te dragen voor een aandeelhoudersvergadering wordt toegekend aan kapitaalverschaffers – aandeelhouders en certificaathouders – met een zodanig belang in een naamloze of besloten vennootschap, dat een inbreuk op de autonomie van (meestal) het bestuur om de agenda van een aandeelhoudersvergadering te bepalen, gerechtvaardigd is. Er moet derhalve een afweging worden gemaakt tussen het belang van de kapitaalverschaffer om onderwerpen aan de orde te kunnen stellen en het belang van de vennootschap om aandeelhoudersvergaderingen ordelijk en zonder onnodig oponthoud te laten plaatsvinden.

Wij hebben de regels in een aantal Europese landen bestudeerd. In bijna de helft van de onderzochte landen blijkt een agenderingsrecht te

ontbreken. Voor zover een agenderingsrecht bestaat, is in de regel vereist dat een kapitaalverschaffer 5% van het nominale aandelenkapitaal vertegenwoordigt. In een enkel geval bestaat er een agenderingsrecht wanneer de deelneming van de kapitaalverschaffer een bepaald bedrag vertegenwoordigt. Voorbeelden zijn Duitsland en Zwitserland die daarvoor een kapitaalbelang van nominaal DM 1 miljoen respectievelijk CHF 1 miljoen voorschrijven. Uitzonderingen op het voorgaande komen ook voor en variëren van een agenderingsrecht voor elke aandeelhouder tot een agenderingsrecht wanneer 20% van het kapitaal wordt vertegenwoordigd. In overeenstemming met het advies van de SER en de aanbevelingen van de commissie-Peters wordt voorgesteld een agenderingsrecht te introduceren voor degene die alleen of gezamenlijk ten minste 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. De commissie-Peters heeft ook een agenderingsrecht aanbevolen indien het belang van een kapitaalverschaffer een beurswaarde van f 500 000 vertegenwoordigt. Maar een agenderingsrecht voor elke aandeelhouder wiens aandelen een beurswaarde van f 500 000 vertegenwoordigen, zou leiden tot zeer verschillende gevolgen. In de grootste beursvennootschappen vertegenwoordigt dit bedrag nog geen promille van het aandelenkapitaal. 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 slechts 16 van de onderzochte beursgenoteerde ondernemingen aanbeveling 30 uit eigen beweging hebben opgevolgd. Dat is 10%. De grens van f 500 000 beurswaarde wordt door de meeste ondernemingen te laag geacht, aldus het rapport. Tijdens de consultatie van belanghebbende partijen die niet in de SER zijn vertegenwoordigd, is gesproken over een aanmerkelijk hoger gelegen grens, namelijk € 50 miljoen. Door het investeren van een dergelijk bedrag toont een aandeelhouder naar ons oordeel een zekere verbondenheid met de vennootschap, hoe groot of hoe klein het corresponderende percentage van het aandelenkapitaal ook is. Daarom stellen wij voor dat de houder van aandelen met een beurswaarde van € 50 miljoen eveneens het recht krijgt onderwerpen op de agenda van een beursvennootschap te doen plaatsen.

De SER besteedt in zijn advies aandacht aan de ontwikkelingen op het gebied van stemmen en verwerving van volmachten op afstand. Het agenderingsrecht zal een prominente plaats gaan innemen in het vennootschapsrecht. Het kan ook worden benut om aan de orde te stellen waarom een vennootschap zijn statuten niet heeft ingericht zodat gebruik kan worden gemaakt van artikel 2:119 BW. Ook andere maatregelen kunnen bijdragen aan een actieve rol van aandeelhouders in de besluitvorming in de algemene vergadering.

Het recht op agendering raakt vooral de kapitaalverschaffers van een naamloze vennootschap omdat in dergelijke vennootschappen een sterk verspreid aandelenkapitaal kan zijn ontstaan, zeker als de aandelen ter beurse genoteerd zijn. Vooral in deze vennootschappen wordt de behoefte gevoeld aan een verbetering van de relatie tussen de kapitaalverschaffers en het bestuur. Bij de niet-open naamloze vennootschappen en de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid bestaat in de regel geen verspreid aandelenkapitaal, waardoor controle door de kapitaalverschaffers eenvoudiger wordt. Er is echter geen reden het agenderingsrecht aan kapitaalverschaffers van dergelijke vennootschappen te onthouden. Wel is met de verschillende omstandigheden rekening gehouden door afwijkende termijnen voor te stellen voor het aanmelden van een agendapunt.

Voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij wordt niet in een wettelijke regeling voorzien. Bij deze rechtspersonen is de regeling voor de oproep voor een vergadering en de agendering van onderwerpen niet dwingendrechtelijk geregeld. Wij zien geen aanleiding daartoe thans in verband met het recht op agendering over te gaan.

De SER wijdt enige beschouwingen aan de positie van certificaathouders. Certificering is niet wettelijk geregeld. Wel kent de wet aan certificaathouders een aantal bevoegdheden toe, zoals het verzoeken van een enquête bij vermoeden van onjuist beleid. Ook ten aanzien van het doen houden en bijwonen van een algemene vergadering hebben certificaathouders rechten. De SER beveelt aan dat certificaathouders daarnaast het recht krijgen hun stem uit te brengen inzake een aantal onderwerpen ten aanzien waarvan een versterking van de positie van de algemene vergadering is voorgesteld. De SER heeft aangegeven dat de toekenning van stemrecht aan certificaathouders in de structuurregeling voor enkele specifiek door de SER genoemde besluiten niet moet afdoen aan het stemrecht van het administratiekantoor voor die certificaten waarvoor het stemrecht niet door certificaathouders wordt uitgeoefend. Voorts meent de SER dat voor het uitoefenen van het stemrecht door certificaathouders een voorbehoud moet worden gemaakt voor het geval een niet-vriendelijke overname dreigt, de zogenoemde oorlogssituatie. Met «oorlog» wordt bijvoorbeeld bedoeld dat de structuurvennootschap voorwerp is van een openbaar bod dat niet de instemming heeft van het bestuur en de commissarissen.

In de eerdergenoemde brief van 10 mei 1999 zegden wij toe voorstellen te zullen indienen over stemmen door certificaathouders. Daarbij is destijds overwogen zo'n regeling een plaats te geven in de Wet toezicht effectenverkeer 1995. Dit voornemen is in de literatuur evenwel kritisch onthaald. Men zie onder meer J. W. Winter in *Ondernemingsrecht 1999–8* en M. van Olfen, *Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw*, Deventer 2000. Vraagstukken omtrent inrichting van de vennootschap en de bevoegdheden van haar organen horen thuis in Boek 2 BW. De regeling over stemmen door houders van certificaten van aandelen is dan ook opgenomen in een nieuw artikel 2:118a BW.

Bij de regeling van stemrecht voor certificaathouders is aandacht geschonken aan de kwestie van de zogenoemde familievennootschappen. Met familievennootschap wordt bedoeld de vennootschap waarvan de aandeelhouders verwant zijn met elkaar of met de oprichter van de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. Gebruikelijk is dat de oprichter(s) bij leven een belangrijk deel van het aandelenkapitaal in eigen hand houdt. Om ruzie in de familiestaken te voorkomen, vervreemdt de oprichter(s) de door hem gehouden aandelen aan een stichting, welke stichting certificaten uitgeeft aan de erfgenamen van de oprichter. Op die manier beoogt de oprichter te voorkomen dat een ruzie in de familie nadelige gevolgen heeft voor het ondernemingsbeleid. Zo'n ruzie kan er gemakkelijk toe leiden dat de erfgenamen hun stemgedrag niet laten bepalen door de vraag of zij zich kunnen vinden in het beleid, maar door hun gevoelens jegens de beleidsbepaler. Certificering wordt ook gebruikt als erfgenamen ongeschikt zijn om de leiding van de onderneming op zich te nemen, maar de erflater die erfgenamen wel de economische voordelen van zijn bezit wil doen toekomen. Het verlenen van stemrechten aan die certificaathouders bij familievennootschappen zou deze doelstellingen ondergraven. Daarom is de regeling beperkt tot certificaten die ter beurse genoteerd zijn.

Het advies van de SER ziet op houders van certificaten van aandelen in structuurvennootschappen. Ook bij niet-structuurvennootschappen kunnen de aandelen zijn gecertificeerd. De positie van deze certificaathouders verschilt niet van die in een structuurvennootschap. Daarom geldt de regeling voor alle beursgenoteerde naamloze vennootschappen.

Certificering kent een aantal verschijningsvormen. Bij certificering zijn voorts verschillende rechtsverhoudingen denkbaar. In de literatuur worden onderscheiden de verhouding tussen de vennootschap en het administratiekantoor als aandeelhouder; de verhouding tussen het administratiekantoor en de houders van door dat kantoor uitgegeven certificaten; en de verhouding tussen vennootschap en certificaathouder. Men zie onder andere F. J. P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de bv*, Deventer 1991. Elk van die verhoudingen brengt eigen verplichtingen met zich, sommige van rechtspersonenrechtelijke aard, sommige van vermogens- of verbintenisrechtelijke aard. Een wettelijke regeling rond certificering moet deze verhoudingen respecteren. Zo wordt het stemrecht op de aandelen uitgeoefend door het bestuur van de rechtspersoon die de certificaten heeft uitgegeven, meestal een stichting administratiekantoor. Algemeen wordt aangenomen dat het bestuur daarbij de gemeenschappelijke belangen van haar achterliggende partij, de certificaathouders, voorop moet stellen, tenzij deze zich akkoord hebben verklaard met een andere norm. In de praktijk zien we in de verbintenisrechtelijke administratievoorwaarden (de bepalingen in de overeenkomst tussen administratiekantoor en certificaathouder) vaak de norm dat het administratiekantoor zich bij de uitoefening van het stemrecht richt naar het belang van de vennootschap waarvan zij de aandelen houdt en de met die vennootschap verbonden onderneming. Het rechtspersonenrecht is bijvoorbeeld van belang voor de vraag of en in hoeverre het administratiekantoor als aandeelhouder zich tevoren mag verbinden om op een bepaalde wijze te stemmen.

De SER raadt aan een uitzondering te maken voor die gevallen waarin de beschermende functie van certificering de overhand moet krijgen, namelijk in het geval van een (dreigende) vijandige overname of een andere bedreiging van de zelfstandigheid of de continuïteit van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Al eerder gaven wij aan dat een certificaathouder moet kunnen stemmen in een «gewone» vergadering van aandeelhouders, ook wel aangeduid als «vredestijd», maar dat stemrecht niet vanzelfsprekend is in gevallen waarin een besluit voorligt dat terug te voeren is op (het afwerpen van) een vijandige overname, ook wel aangeduid als «oorlogstijd». Men zie de brief van 10 mei 1999, Kamerstukken II, 1998–99, 25 732, nr. 8, p. 15. Voor overnames hebben wij al een regeling voorgesteld. Men zie het wetsvoorstel tot invoering van een regeling over zeggenschap in de naamloze vennootschap, ook wel aangeduid als het wetsvoorstel beschermingsconstructies (Kamerstukken II 1997–98, 25 732, nr. 1–3).

#### *9. De financiële verslaggeving van de onderneming*

De SER beveelt aan dat de raad van commissarissen niet langer de jaarrekening vaststelt waarna deze ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Naar het oordeel van de SER behoort de jaarrekening voor alle vennootschappen te worden vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders.

Het financiële verslag, waarmee hier wordt bedoeld het verzamelbegrip voor de jaarrekening inhoudende de balans en winst- en verliesrekening met toelichting, het jaar- of bestuursverslag en de overige gegevens, vormt de basis voor de door bestuur en raad van commissarissen af te leggen verantwoording over het gevoerde beleid. Het afleggen van verantwoording vindt plaats als de aandeelhouders het financieel verslag in de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:108/218 BW) vaststellen. De vastgestelde jaarrekening wordt voorts besproken met de ondernemingsraad (artikel 31a Wet op de ondernemingsraden). De controle door aandeelhouders zal aan betekenis winnen

als de vaststelling van de jaarrekening niet langer expliciet of impliciet mag samenvallen met het besluit om bestuur en commissarissen kwijting te verlenen (Kamerstukken II 2000–2001, 27 483, nrs. 1–5.)

Er is discussie ontstaan over de vraag of het recht tot vaststelling van de jaarrekening zou inhouden dat de algemene vergadering zelfstandig posten in die jaarrekening zou kunnen aanpassen, om vervolgens de gewijzigde jaarrekening vast te stellen. Dan zou de algemene vergadering in de verleiding kunnen komen om de post «voor verdeling vatbare winst» te verhogen. Een dergelijke gang van zaken verdraagt zich echter niet met de voorschriften over erkenning en waardering van jaarrekeningposten in titel 9 van Boek 2 BW en ook niet met het stelsel van de opgestelde en door een accountant gecontroleerde jaarrekening (artikel 2:393 BW). Titel 9 en de zelfregulerende Richtlijnen voor de jaarverslaggeving van de Raad voor de Jaarverslaggeving kennen uitgebreide en veelal gedetailleerde voorschriften over de wijze waarop activa en passiva moeten worden gewaardeerd. Dat geldt evenzeer voor internationale verslaggevingstandaarden als de International Accounting Standards.

Ook uit het oogpunt van vennootschappelijke verhoudingen is een plotse aanpassing van de post «winst» niet goed denkbaar. Uit het financieel verslag blijkt wat de gemaakte winst of het geleden verlies is. De wet onderscheidt winstvaststelling en winstbestemming. Wat de winst is, wordt bepaald door vaststelling van de jaarrekening. In de statuten kan een regeling worden opgenomen over winstbestemming. Die regeling kan zowel de vraag betreffen hoe de winst moet worden besteed, bijvoorbeeld door een deel te reserveren, als de vraag wie over de winstbestemming beslist. Een ander orgaan kan statutair de bevoegdheid krijgen om voordat de jaarrekening wordt vastgesteld, te bepalen welk deel van de winst wordt gereserveerd (artikel 2:105/216 BW). Gebruikelijk zijn regelingen waarbij een deel van de winst statutair wordt bestemd voor een bepaalde reserve of wordt bepaald dat de raad van commissarissen daarentrent mag beslissen. De statuten kunnen ook bepalen dat een deel van de winst ter beschikking wordt gesteld aan de houders van bepaalde aandelen waaraan bijzondere rechten verbonden zijn, de zogenoemde preferente aandelen. De statutaire regeling kan dus met zich brengen dat een deel van de winst reeds als statutaire reserve in de balans is verwerkt, voordat deze (met de jaarrekening) wordt vastgesteld. Vermelden de statuten dat de overblijvende winst na reservering als dividend zal worden uitgekeerd, dan staat met de vaststelling van de jaarrekening tevens de winstbestemming vast. Bij reservering en meer algemeen bij winstbestemming behoort de redelijkheid en billijkheid in het oog te worden gehouden.

De algemene vergadering zal zich bij de vaststelling van de jaarrekening derhalve uitspreken over de vraag wat de winst is. Of zij ook volledig kan bepalen wat de bestemming is van de winst, hangt van de statutaire bepalingen af. De aandeelhouders kunnen niet besluiten dat het deel van de winst dat statutair is bestemd voor de reserves, alsnog als dividend moet worden uitgekeerd. Ook als de statuten een ander orgaan bestempelen als het orgaan dat kan besluiten welk deel van de winst zal worden gereserveerd, komt die bevoegdheid de algemene vergadering niet (langer) toe. Men behoeft daarom niet bevreesd te zijn voor het leeghalen van een vennootschap door een plotseling te nemen besluit dat de gehele winst de aandeelhouders ten goede komt.

#### *10. Adviezen*

Het wetsvoorstel is voor advies voorgelegd aan de commissie vennootschapsrecht. De commissie heeft twee vergaderingen aan het

voorstel gewijd. Dat heeft geleid tot een aantal wijzigingen. Zo zijn de regelingen over het recht van aandeelhouders om belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren, het agenderingsrecht, de beëindiging van de vrijwillige toepassing van de structuurregeling, en de opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen aangescherpt. Ook aan het overgangsrecht heeft de commissie veel aandacht besteed. Het advies van de commissie is als bijlage I aan deze toelichting gehecht.<sup>1</sup> De commissie heeft voorts een advies uitgebracht over de vormgeving van het recht voor certificaathouders om een stem uit te brengen in de algemene vergadering. Dit advies geeft antwoord op een aantal specifieke vragen die wij aan de commissie voorlegden. Het advies van de commissie over certificering is bijlage II van deze toelichting.<sup>1</sup>

In de brief van 9 februari 2001 hebben wij aangekondigd ook de standpunten te willen vernemen van een aantal belanghebbende organisaties die niet in de SER zijn vertegenwoordigd. Gesproken is met de Nederlandse Corporate Governance Stichting, de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor Pensioenfondsen, de Vereniging van Effectenbezitters, de Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen en Euronext Amsterdam NV. En verslag van deze consultatie is als bijlage aan deze toelichting gehecht.<sup>1</sup> Met het commentaar is rekening gehouden, bijvoorbeeld bij de invulling van het recht om onderwerpen op de agenda van de algemene vergadering te plaatsen en de voorstellen over stemrecht voor certificaathouders. Bij het ontwerpen van een artikel over certificering is tevens het gevoelen ingewonnen van enkele specialisten.

### *11. Slotopmerkingen*

Met het wetsvoorstel wordt beoogd de waardevolle kenmerken van de structuurregeling voor ons vennootschappelijk systeem te behouden. Gehandhaafd is de spilfunctie van het toezichthoudend orgaan dat onafhankelijk is van het bestuur op wiens prestaties moet worden gelet én van de belanghebbenden ten behoeve van wie het toezicht wordt uitgeoefend. Op onderdelen blijkt aanpassing noodzakelijk om tegemoet te komen aan de gerechtvaardigde wens van meer openheid omtrent het functioneren van de raad van commissarissen en meer invloed van de belanghebbenden bij de samenstelling van die raad. De verbetering van de positie van belanghebbenden moet het vertrouwen in de raad – en daarmee in de structuurregeling – versterken zonder dat commissarissen zich voortaan uitsluitend nog richten naar het belang van een (of meer) van die belanghebbenden. De sleutel voor toezicht blijft het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

Gelet op de internationale economie van ons land moet worden gewaakt tegen wettelijke voorschriften die te zeer afwijken van hetgeen in de ons omringende landen gebruikelijk is. Getracht is vergaande juridisering te voorkomen, zodat het beroep op de rechter geen vanzelfsprekend deel van de gang van zaken wordt. Naar ons oordeel passen de voorstellen in de internationale ontwikkelingen rond corporate governance, vooral waar het gaat om het recht van de aandeelhouders de commissarissen te benoemen en te ontslaan. De OESO Principles of Corporate Governance rekenen dit recht tot de kern van de aandeelhoudersbevoegdheden. Het wetsvoorstel bevat tevens een aantal bepalingen die een belangrijke verbetering van de positie van de aandeelhouder en de kapitaalverschaffer kunnen inhouden. Tegelijkertijd doet het voorstel recht aan het hier te lande bereikte niveau van medezeggenschap, in het bijzonder door het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad.

---

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De structuur van een grote onderneming is gecompliceerd en veel verschillende groepen belanghebbenden zijn bij zijn reilen en zeilen



betrokken. Het past de SER en het kabinet om zich dertig jaar na de invoering van een op die onderneming toegesneden regeling af te vragen of de voorschriften nog steeds aan de eisen voldoen. De conclusie van de SER en het kabinet luidt dat het vertrouwen in de regeling onverkort aanwezig is. Wel is op onderdelen verbetering mogelijk. Wij vertrouwen er op dat met deze wijziging de structuurregeling wederom langere tijd haar waarde voor die ondernemingen zal kunnen bewijzen.

## **ARTIKELEN**

### **ARTIKEL I**

#### *Artikel 101/210*

Dit artikel regelt de gang van zaken rond de jaarrekening. Bij naamloze en besloten vennootschappen wordt de jaarrekening opgemaakt door het bestuur en ondertekend door zowel het bestuur als de raad van commissarissen (artikel 2:101/ 210 lid 2 BW). In de medeondertekening komt de medeverantwoordelijkheid van de raad van commissarissen tot uitdrukking voor die hoofdlijnen van het bestuursbeleid die uit de jaarrekening kenbaar zijn. De jaarrekening wordt vastgesteld door de algemene vergadering. Het besluit tot vaststelling mag in de statuten niet worden onderworpen aan de goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan of van derden (art. 101/210 lid 4 BW).

Op grond van de huidige regeling heeft de algemene vergadering van aandeelhouders bij een structuurvennootschap uitsluitend het recht te besluiten tot het al dan niet goedkeuren van de jaarrekening die is vastgesteld door de raad van commissarissen. De SER heeft bepleit dat de aandeelhoudersvergadering ook bij toepassing van het volledige structuurregime het bevoegde orgaan wordt voor de vaststelling van de jaarrekening (p. 64–64 en p. 82). De SER adviseerde een vaststellingsrecht te introduceren dat inhoudelijk, zo begrijpen wij het advies, gelijk is aan de thans bepaalde goedkeuring. Ook is voorgesteld de raad van commissarissen de jaarrekening te laten goedkeuren alvorens deze ter fine van vaststelling kan worden voorgelegd aan de algemene vergadering. Bij de invoering van de structuurwet is door de commissie vennootschapsrecht aangegeven dat het verschil tussen vaststellen en goedkeuren geen grote praktische betekenis heeft. Het komt niet voor, aldus de commissie destijds, dat een algemene vergadering de stukken vaststelt in afwijking van de opstelling door het bestuur. Mede gelet op het geringe belang voor de praktijk achten wij het geven van een nieuwe betekenis aan een reeds in de wet gebruikt begrip niet gelukkig. Daarom wordt voorgesteld uit te gaan van de vaststelling die voor de «gewone» vennootschap is voorzien in artikel 2:101/210 BW. Van de door de SER voorgestelde voorafgaande goedkeuring van de jaarrekening door de raad van commissarissen is afgezien. Door ondertekening van de jaarrekening geeft de raad al aan dat hij zich kan vinden in het door het bestuur gevoerde beleid. Ondertekening is ook te beschouwen als een uiting van de toezichhoudende taak van de commissarissen. Een afzonderlijk besluit tot goedkeuring is dan overbodig.

Het voorstel om de algemene vergadering in de structuurregeling het recht te geven om de jaarrekening vast te stellen op basis van het stuk van het bestuur impliceert dat de aandeelhouders kunnen bewerkstelligen dat wijzigingen in het stuk worden aangebracht. Indien de aandeelhouders ten aanzien van bepaalde onderdelen van de jaarrekening hebben gestemd tegen het door het bestuur opgemaakte stuk, dan dient het bestuur in de eerstvolgende vergadering een gewijzigde jaarrekening voor te leggen. Kan het bestuur zich verenigen met de opmerkingen van de aandeelhouders, dan zal dat een aangepaste jaarrekening zijn. Indien het

bestuur zich met de opmerkingen niet kan verenigen, zal de jaarrekening niet kunnen worden vastgesteld. Dat heeft dan tot gevolg dat ook geen winst kan worden uitgekeerd. Tot patstellingen zal dit in het algemeen niet leiden. De regeling omtrent afzonderlijke besluitvorming over decharge houdt in dat de algemene vergadering de jaarrekening kan vaststellen, ook als hij geen decharge wil verlenen. Zowel het bestuur en de raad van commissarissen als de algemene vergadering moeten zich bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden redelijk en billijk jegens elkaar opstellen. Onder omstandigheden kan een weigering om de jaarrekening vast te stellen zonder duidelijk aan te geven op welke punten men bezwaren heeft, in strijd komen met die redelijkheid en billijkheid. Men vergelijk artikel 2:8.

Een nieuwe zin in lid 1 schrijft voor dat het bestuur van een structuurvennootschap de opgemaakte jaarrekening tevens toezendt aan de ondernemingsraad. Het gaat dan om de ondernemingsraad als bedoeld in artikel 158 lid 11, aan wie de wet ook andere taken toebedeelt in het kader van de structuurregeling. Met deze terbeschikkingstelling wordt uitwerking gegeven aan de wens dat de ondernemingraad van een structuurvennootschap op hetzelfde moment over dezelfde informatie behoort te beschikken als de aandeelhouders. Het staat de ondernemingsraad vrij om met de ondernemer van gedachten te wisselen over deze jaarrekening, maar uit de verstrekking vloeien nadrukkelijk geen advies- of overlegrechten voort. Die blijven gekoppeld aan artikel 31a WOR. Het doen verdwijnen van het onderscheid tussen de vaststelling van de jaarrekening bij «gewone» vennootschappen en goedkeuring van de vastgestelde jaarrekening bij structuurvennootschappen houdt tevens een aantal meer technische wijzigingen in. Verwijzingen in titel 4 en 5 van Boek 2 BW naar de goedkeuring van de jaarrekening door de aandeelhoudersvergadering moeten worden geschrapt. Die vinden wij in de artikelen 2:101/210 lid 4 en 105/ 216 BW. Ook moeten in de artikelen 2:362 lid 6, artikel 2:393 lid 6 en artikel 2:394 leden 1 en 2 BW de woorden die verwijzen naar het stelsel van vaststelling en daarna goedkeuring worden aangepast.

#### *Artikel 107a/217a*

Dit artikel gaat over de goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Daartoe behoort het nemen van besluiten omtrent investeringen en desinvesteringen en samenwerking met andere ondernemingen. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft onder meer de bevoegdheid om te besluiten over de structuur van de vennootschap. Men denke aan de regels over fusie, splitsing, omzetting en ontbinding. Daar komt straks bij de beslissing over zetelverplaatsing van een Europese vennootschap, welke regeling de omzetting van de ene nationale rechtsvorm in de andere ten gevolge heeft. De wet geeft niet altijd met zoveel woorden aan of een bevoegdheid toekomt aan het bestuur dan wel aan de algemene vergadering. In de literatuur bestaat al geruime tijd een discussie over de vraag of de algemene vergadering geraadpleegd moet worden over besluiten die zo ingrijpend zijn dat gezegd kan worden dat zij de aard van het aandeelhouderschap doen wijzigen. In het algemeen wordt aangenomen 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 delen van de met de vennootschap verbonden onderneming. De SER adviseert die rol nu wettelijk vast te leggen door de introductie van een goedkeuringsrecht voor bestuursbesluiten waarvan gezegd kan worden dat daardoor de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming sterk verandert.

De door de SER genoemde lijst met besluiten 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. De toezichthoudende taak van de raad van commissarissen brengt mee dat hij nauw betrokken is bij de financiële huishouding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Daartoe behoort ook het investeringsbeleid. Een en ander komt tot uitdrukking in de lijst met belangrijke bestuursbesluiten die goedkeuring van de raad van commissarissen vereisen (artikel 2:164 lid 1/274 lid 1 BW.) De rol van de algemene vergadering is een andere. De commissie vennootschapsrecht heeft opgemerkt dat het niet past indien de algemene vergadering het investeringsbeleid gaat bepalen. Daarbij sluiten wij ons aan. De aandeelhouder behoort 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: hij gaat als het ware kapitaal verschaffen aan een wezenlijk andere vennootschap. De SER is in zijn advies uitgegaan van een zekere beoordelingsvrijheid van het bestuur om te bepalen of een besluit zal worden voorgelegd aan de algemene vergadering. Een dergelijke beleidsruimte schept echter onzekerheid. Daarom zijn in lid 1 drie besluiten omschreven waarvoor het goedkeuringsrecht geldt. Onder a is bepaald dat goedkeuring is vereist voor een besluit omtrent de overdracht van de gehele of vrijwel de gehele onderneming van de vennootschap aan een derde. 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. Bij een besluit waarop onderdeel b ziet, zou onzeker kunnen zijn of het voldoet aan het uitgangspunt dat het de identiteit van de vennootschap raakt. De beperking ligt dan besloten in het criterium dat het moet gaan om samenwerking die van ingrijpende betekenis is. Dit karakter zal mede moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de grenzen die in de andere onderdelen zijn getrokken. In lid 1 onder c is bepaald dat goedkeuring vereist is voor investeringen die inhouden het nemen van een deelneming ter waarde van ten minste een derde van het balanstotaal volgens de laatste vastgestelde jaarrekening. Desinvesteringen ofwel het afstoten van zo'n deelneming worden daarmee gelijkgesteld. Deze kwantitatieve eis is, zoals ook de SER al signaleerde, tot op zekere hoogte arbitrair. Aan een besluit dat niet aan de kwantitatieve eis voldoet kan door aandeelhouders grote betekenis worden toegekend. Maar in tijden van overnameactiviteiten kan de vennootschap niet voortdurend worden verplicht de algemene vergadering bijeen te roepen. Een bestuur dat wil weten of een voorgenomen investering die geen deelneming betreft of niet de kwantitatieve grenzen bereikt op de steun van de aandeelhouders kan rekenen, kan een daartoe strekkend besluit steeds voorleggen.

Bij de bepaling van de grens is overwogen of moet worden aangesloten bij het bestaande criterium eigen vermogen (geplaatst kapitaal en reserves) in het artikel 2:164/274 BW, dan wel bij een ander criterium zoals het ook door de SER genoemde balanstotaal. Het balanstotaal, waarmee doorgaans wordt aangeduid het geheel van de actief- respectievelijk passiefposten op de balans (artikel 2:364–376 BW) omvat naast het eigen vermogen ook voorzieningen en lang- en kortlopende schulden. Het geeft een goed inzicht in de waarde van de met de vennootschap verbonden onderneming en is daarom geschikt als criterium. Omdat de wet geen zelfstandig begrip balanstotaal kent, is de formulering van kleine en middelgrote vennootschappen in artikel 2:396 en 397 BW gebruikt. De Raad van State vroeg aandacht voor besluiten omtrent investeringen en desinvesteringen anders dan in de vorm van een deelneming in het

kapitaal van een andere vennootschap. Dergelijke besluiten 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 raak 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.

In een aantal gevallen zal sprake zijn van een voorgenomen besluit in de zin van artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden, welke ter advisering moet worden voorgelegd aan de betrokken ondernemingsraad.

Daarbij moet in het oog worden gehouden dat artikel 25 WOR als uitgangspunt hanteert een voorgenomen (dus nog niet definitief) besluit van de ondernemer. De regeling werkt aldus zo uit dat bij het overnemen van een andere onderneming in Nederland (men vergelijk artikel 25 lid 1 laatste zinsnede WOR) door het bestuur eerst zal worden overlegd met de raad van commissarissen teneinde de mening van dit adviesorgaan te vernemen. Keurt de raad het voorgenomen besluit goed, dan zal het advies van de ondernemingsraad kunnen worden gevraagd. De goedkeuring van de raad kan ook worden verzocht nadat de ondernemingsraad zijn advies heeft gegeven. Het besluit tot aankoop wordt tenslotte voorgelegd aan de algemene vergadering.

Lid 2 komt overeen met lid 2 van artikel 2:164/275 BW, hetgeen betekent dat derden worden beschermd tegen het ontbreken van goedkeuring. Het uitvoeren van een besluit zonder de wettelijk vereiste goedkeuring kan leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de vennootschap op basis van artikel 2:9 BW. Dat wordt ook aangenomen voor artikel 2:164/274 BW.

#### *Artikel 114a/224a*

Dit artikel betreft het agenderingsrecht van kapitaalverschaffers. Het voorstel geldt voor alle naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Kapitaalverschaffers van een naamloze of besloten vennootschap met een geconcentreerd aandelenbezit en een goede verstandhouding met het bestuur en de raad van commissarissen zullen wellicht minder behoefte hebben aan artikel 2:114a/224a BW. Er ontbreekt echter een reden om een kapitaalverschaffer met een zeker belang in een besloten naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid bij voorbaat uit te sluiten van het agenderingsrecht.

In beginsel draagt het bestuur of de raad van commissarissen van een naamloze of besloten vennootschap zorg voor het bijeenroepen van de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:109/219 BW). Daarbij wordt ook de agenda opgesteld. Artikel 2:113 BW bepaalt in samenhang met artikel 2:114 BW dat de agenda voor een aandeelhoudersvergadering van een naamloze vennootschap bij de oproeping beschikbaar dient te zijn. Hetzelfde geldt op grond van de artikelen 2:223 BW en 2:224 BW voor de besloten vennootschap. De wijze van oproeping is voor beide soorten vennootschappen verschillend geregeld. Bij de naamloze vennootschap wordt uitgegaan van een oproeping door een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad. Het is ook mogelijk de aandeelhouders te berichten

op basis van het adres dat in het aandeelhoudersregister is vermeld. Aandeelhouders van de besloten vennootschap worden opgeroepen door middel van oproepingsbrieven gericht aan hun adres zoals dat is opgenomen in het aandeelhoudersregister. Certificaathouders van de naamloze vennootschap worden in beginsel opgeroepen door een aankondiging in een landelijk verspreid dagblad.

Een verzoek tot agendering dient schriftelijk te worden ingediend. Aangedragen punten worden opgenomen in de agenda van de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering, tenzij het punt is afgewezen op grond van een zwaarwichtig belang van de vennootschap. Vrijwel alle ondernemingen die in de statuten thans een regeling voor agendering hebben opgenomen, eisen een redelijk belang bij het te agenderen onderwerp. Lid 1 bepaalt dat agendering uitsluitend achterwege kan blijven indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Men vergelijkte het recht op informatie van kapitaalverschaffers in de aandeelhoudersvergadering (artikel 2:107/ 217 lid 2 BW). Bij de weigering een onderwerp toe te voegen aan de agenda dient het belang van de vennootschap voorop te staan. «Zwaarwichtig» betekent dat een weigering niet snel gerechtvaardigd zal zijn. Afwijzing van een verzoek om agendering is denkbaar indien een reeks agendapunten lijkt te zijn voorgesteld uitsluitend met het doel de vergaderorde ernstig te verstoren. Elke kapitaalverschaffer die over het vergaderrecht beschikt, kan in de aandeelhoudersvergadering vragen om inlichtingen (artikel 2:107/217 lid 2 BW). Is een agendapunt geweigerd, dan kan met behulp van dit artikel worden gevraagd naar de redenen voor de weigering. Het feit dat een voorgesteld agendapunt een verzoek om informatie impliceert terwijl het bestuur bij voorbaat weet dat het verzoek om informatie niet zal worden gehonoreerd vanwege het belang van de vennootschap, is op zichzelf onvoldoende reden het voorgestelde punt niet te agenderen. Indien een afwijzing niet afdoende kan worden gemotiveerd, is denkbaar dat in rechte worden 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. Het voorgaande laat onverlet dat een verzoek niet ontvankelijk is wanneer de kapitaalverschaffer bij de agendering geen belang heeft, bijvoorbeeld omdat een onderwerp reeds op de agenda staat.

Bij de introductie van de registratiedatum is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel aangegeven dat parallel wordt gewerkt aan een wetsvoorstel dat op termijn een registratiedatum op een veel eerder tijdstip mogelijk maakt. Daarbij moet worden onderzocht onder welke voorwaarden een dergelijke ruimere termijn kan worden toegestaan.

Volmachtverwerving wordt aantrekkelijker indien de registratiedatum 30–40 dagen voor de aandeelhoudersvergadering ligt. De agenda voor de aandeelhoudersvergadering moet dan wel beschikbaar zijn, met inbegrip van agendapunten die door aandeelhouders of certificaathouders zijn aangedragen. De kapitaalverschaffer zal immers op basis daarvan bepalen of hij bij de aandeelhoudersvergadering aanwezig wil zijn of een volmacht wil verstrekken.

Gelet op het bovenstaande is voor de nv een termijn van ten minste 60 dagen voorafgaande aan de algemene vergadering bepaald voor indiening van een agenderingsverzoek. Daarna kan het bestuur van de vennootschap beslissen of een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen agendering verzet. Is dat niet het geval, dan kan de agenda definitief worden opgesteld en kan aansluitend worden begonnen met het werven van volmachten.

Lid 2 bepaalt wie gerechtigd zijn tot het doen van voorstellen voor agendering. Degene die een onderwerp wil voordragen moet aan een van de criteria voldoen op het moment dat hij zijn verzoek kenbaar maakt aan de vennootschap. Daarbij dient de kapitaalverschaffer de omvang van zijn belang voldoende aannemelijk te maken. Het recht wordt toegekend aan

een of meer houders van aandelen die gezamenlijk ten minste 1% van het kapitaal vertegenwoordigen. Dit percentage sluit aan bij de adviezen van de commissie-Peters, de SER en de commissie vennootschapsrecht. Heeft de vennootschap eenmaal aan het verzoek voldaan, dan is niet uit te sluiten dat een kapitaalverschaffer die het door het bestuur geaccepteerde agendapunt – al dan niet met anderen – heeft voorgedragen, zijn belang voorafgaand aan de vergadering (dan wel de daarvoor geldende registratiedatum) heeft verkleind. Dat komt mede omdat iedere kapitaalverschaffer op elk moment gedurende het lopende jaar agendapunten kan aanmelden voor de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering, ook al wordt deze een half jaar later gehouden. De commissie vennootschapsrecht heeft geadviseerd zo'n onderwerp ook ter vergadering te behandelen als de initiatiefnemer niet langer het in dit artikel vereiste belang heeft. Het onderwerp is dan los van degene die het heeft aangedragen blijkbaar van dusdanige betekenis dat een behandeling daarvan in het licht van de vennootschappelijke verhoudingen gerechtvaardigd is. Dit advies, dat wij graag overnemen, maakt ook toevoeging van een criterium beurswaarde mogelijk. Uit de aard der zaak schommelt de waarde van een ter beurse genoteerd aandeel dagelijks, in wezen zelfs ieder moment. Beurswaarde kan dan ook slechts als criterium dienen als een moment kan worden bepaald waarop de waarde doorslaggevend is. In het door de commissie voorgestelde systeem kan een houder van aandelen die ter beurse zijn genoteerd, onderwerpen aandragen voor de agenda op het moment dat hij aantoonde dat zijn aandelen een waarde vertegenwoordigen van € 50 miljoen. Door het investeren van een dergelijk bedrag toont een aandeelhouder een verbondenheid met de vennootschap, hoe groot of hoe klein het corresponderende percentage van het aandelenkapitaal ook is. Lid 2 bepaalt daarom dat de houder van aandelen met een beurswaarde van € 50 miljoen eveneens het recht krijgt onderwerpen op de agenda te doen plaatsen. De in de officiële prijscourant opgenomen prijs van een aandeel is beslissend voor de vraag of het belang van de aandeelhouder op het moment van het verzoek inderdaad van € 50 miljoen waard is. Eventuele «pakketvergoedingen» of premies die een ander bereid is te betalen voor een belang met een bepaalde omvang tellen niet mee. Uit de aard der zaak is dit agenderingsrecht alleen van betekenis bij vennootschappen waarvan effecten ter beurse genoteerd zijn. Voor de definitie is aangesloten bij artikel 2:86c BW. Het recht om agendapunten voor te stellen ontstaat niet pas door de bekendmaking van de datum van de aandeelhoudersvergadering. Een kapitaalverschaffer kan ook van het agenderingsrecht gebruikmaken door in de loop van een jaar agendapunten voor te dragen. In de praktijk is de datum van een aandeelhoudersvergadering van een naamloze vennootschap waarvan effecten aan de beurs zijn genoteerd vaak (bij benadering) bekend ruim voordat de genoemde termijn begint te lopen. Lid 3: vooral bij beursvennootschappen zal gebruik worden gemaakt van volmachtverwerving. De aandeelhoudersvergadering kan besluiten statutair te bepalen dat een kortere termijn dan 60 dagen geldt. Voor besloten vennootschappen is gekozen voor een minimumtermijn van 30 dagen, nu voor deze vennootschappen een systeem van volmachtverwerving niet openstaat. Zij kunnen althans geen registratiedatum bepalen. Ook de termijn van 30 dagen mag in de statuten worden verkort. Het recht om agendapunten voor te dragen wordt in lid 4 (lid 2 van artikel 2:224a BW) ook toegekend aan houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Boek 2 BW stelt certificaathouders bij regelingen over vergaderen en informatie gelijk aan aandeelhouders. Verwezen wordt naar de oproeping voor een aandeelhoudersvergadering (artikel 2:113/223 lid 2 BW) en het recht om de vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren (artikel 2:117/ 227 lid 2 BW), alsmede het recht de rechtbank te verzoeken te worden gemachtigd tot bijeenroeping van een algemene vergadering (artikel 2:110/220 lid 2 BW).

Dit artikel gaat over het recht van de houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven om te stemmen in de algemene vergadering. De in het artikel gebruikte formuleringen zijn gebaseerd op het advies van de commissie vennootschapsrecht. De commissie adviseerde onder meer om de regeling van toepassing te verklaren op certificaten van aandelen in alle naamloze vennootschappen. Dat verklaart de plaats van de regeling in de afdeling over de algemene vergadering bij de naamloze vennootschap. Teneinde problemen rond familievennootschappen te vermijden, is het toepassingsbereik beperkt tot certificaten die zelf ter beurse genoteerd staan. Voor de toepassing maakt het niet uit of ook aandelen zijn genoteerd. Bij de omschrijving van ter beurse genoteerde certificaten is aangesloten bij artikel 2:86c BW. Wij hebben ons afgevraagd welke juridische figuur ten grondslag moet worden gelegd aan het stemrecht voor certificaathouders. In beginsel zijn er twee mogelijkheden: een systeem waarbij het stemrecht voortvloeit uit een door de aandeelhouder te verlenen volmacht of een systeem waarin het stemrecht rechtstreeks op de wet is gebaseerd. De commissie vennootschapsrecht heeft tevens aandacht gevraagd voor het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de volmachtgever voor het stemgedrag van de gevolmachtigde en de daarmee verband houdende vraag of de volmachtenemer bij het uitoefenen van het stemrecht is gebonden aan hetgeen met de volmachtgever daarover is overeengekomen. Niet ongebruikelijk is dat in de statuten van een stichting administratiekantoor wordt aangegeven dat de stichting het stemrecht uitoefent ter behartiging van de belangen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming en alle daarbij betrokkenen. Het is dan de vraag of het administratiekantoor een in dit opzicht volstrekt open volmacht kan verstrekken aan de certificaathouders.

Ten aanzien van een rechtstreeks op de wet gebaseerde regeling overwegen wij, in navolging van de commissie vennootschapsrecht, dat het aandeelhouderschap zou denatureren als de wetgever het stemrecht rechtstreeks aan een ander doet toekomen. De commissie heeft een voorkeur voor het verlenen van stemrecht aan certificaathouders op basis van een volmacht. Een dergelijke grondslag voorkomt onnodige inbreuken op het uitgangspunt in artikel 2:118/228 BW dat het stemrecht op aandelen toekomt aan de aandeelhouder.

Lid 1 bepaalt dat de houder van een certificaat recht kan doen gelden op een volmacht voor de algemene vergadering. De volmacht wordt op verzoek verstrekt en geldt voor de eerstvolgende algemene vergadering. Dit zal ook op de volmacht kunnen worden aangegeven. De volmacht verliest zijn geldigheid aan het einde van de desbetreffende vergadering. De wettelijke verplichting om op verzoek een volmacht te verlenen, houdt in dat de volmacht privaatieve werking heeft. De volmachtgever kan derhalve aan de volmacht niet het wettelijk verplichtend karakter ontnemen door zelf ter vergadering te verschijnen en zijn stem uit te brengen. Hij handelt dan in strijd met de wet. Dat is uiteraard anders als hij niet verplicht is een volmacht te verlenen omdat een van de in lid 2 genoemde omstandigheden zich voordoet.

De Raad van State adviseerde de privaatieve 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 resp. 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 volmachtenemer, maar de volmachtenemer 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 privaat, 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 privaatieve werking aan het verlenen van een volmacht terwijl het recht zelf bij de aandeelhouder blijft. Wij achten 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 zijn wij 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 privaatieve werking van de lastgeving (artikel 7:423 BW).

Privaatieve 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 vevat in lid 2.

Voor de berekening van het stemrecht dat toekomt aan de certificaathouder zullen de administratievoorwaarden een regeling moeten geven. Dat is vooral van belang als de verhouding van het certificaat tot het onderliggende aandeel niet één op één is, dat wil zeggen dat voor een aandeel meer of minder dan een certificaat is uitgegeven. In de administratievoorwaarden wordt wel opgenomen dat het stemrecht is gerelateerd aan het kapitaalbelang van de certificaten in verhouding tot de waarde van de gewone aandelen. Voor de berekening van het stemrecht wordt dan uitgegaan van de totale waarde van het aantal certificaten waarvoor de houder een stemvolmacht heeft gevraagd, gedeeld door de beurskoers van één aandeel. Ook wordt wel bepaald dat de certificaathouder zoveel stemmen kan uitbrengen als het bedrag van de nominale waarde van het certificaat een geheel aantal malen is begrepen in het totale nominale bedrag van de aandelen waarvoor hij certificaten houdt. Hoe de regeling luidt, zal geheel afhangen van de verhouding tussen aandeel en certificaat. Een algemene wettelijke regeling kan niet worden gegeven zonder in te grijpen in deze contractuele verhouding. Daarvoor voelen wij niet.

Indien aan de aandeelhouder of andere stemgerechtigde geen volmacht wordt gevraagd, kan deze het stemrecht zelf uitoefenen. Dat vloeit voort uit artikel 2:118/228 BW. Een verdere regeling is overbodig.

Lid 1 bepaalt tevens dat de certificaathouder vrij is de richting van zijn stemgedrag te bepalen, ongeacht eventuele andersluidende bepalingen in de administratievoorwaarden en ongeacht hoe volgens die voorwaarden de aandeelhouder zelf zou moeten stemmen. Daarbij blijft ook de certificaathouder/volmachtnemer gebonden aan de normen van redelijkheid en billijkheid. Wel kunnen de administratievoorwaarden inhouden dat de aandeelhouder wordt uitgesloten van aansprakelijkheid als gevolg van het stemgedrag van de certificaathouder.

Het artikellid bepaalt tenslotte dat de toepassing van artikel 2:88/197 lid 4 en 2:89/198 lid 4 wordt uitgesloten voor zover het gaat om de het artikel 118a opgenomen recht. De artikelen 2:88/197 lid 4 en 2:89/198 lid 4 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 tot ongeërdde resultaten leiden.

Lid 2 gaat over gevallen waarin de aandeelhouder of andere stemgerechtigde kan weigeren een volmacht te verlenen of een eenmaal verstrekte volmacht kan herroepen. Bij de omschrijving is aangesloten bij het advies van de commissie vennootschapsrecht en de administratievoorwaarden die zijn opgesteld voor administratiekantoren van enkele grote beursgenoteerde vennootschappen. Wij vinden een beperking van de volmachtverplichting noodzakelijk voor die gevallen waarin een besluit moet worden genomen waarbij de continuïteit, onafhankelijkheid, identiteit of ontplooiing van de vennootschap op het spel staat. Het besluit zal zorgvuldig en met inachtneming van alle betrokken belangen tot stand moeten komen. Ook het wetsvoorstel tot invoering van een regeling over zeggenschap in de naamloze vennootschap is gebaseerd op de overtuiging dat de besluitvormingsprocedure bij overnames die niet op de instemming van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap kunnen rekenen moet waarborgen dat recht wordt gedaan aan alle betrokken belangen.

De regeling geldt alleen voor de houder van aandelen waarvoor certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. 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 onze 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. Lid 2 spreekt daartoe over «stemgerechtigde».

Lid 2 identificeert de drie gevallen waarin de certificaathouder geen recht kan doen gelden op een volmacht. Het eerste geval is het openbaar bod dat is uitgebracht of wordt voorbereid, en dat niet de steun geniet van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap. Het bod kan zowel de certificaten als de onderliggende aandelen betreffen. Een tweede geval doet zich voor als een of meer samenwerkende houders van certificaten tezamen ten minste 25% van het kapitaal verschaffen. Op advies van de commissie vennootschapsrecht is aangesloten bij een percentage in de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 (hierna: Wmz 1996). Degene die de drempel van 25% overschrijdt, moet daarvan krachtens artikel 2 juncto 1 Wmz 1996 mededeling doen aan de Stichting Toezicht Effectenverkeer. Artikel 7 van de Wmz 1996 bepaalt dat de STE die melding openbaar maakt door publicatie van de melding in een landelijk verspreid dagblad. Op die manier kunnen andere certificaathouders vaststellen dat lid 2 sub b van toepassing is en het recht tot het verkrijgen van een volmacht ontbreekt. Lid 2 sub c is een restcategorie. De wet is ongeschikt voor een limitatieve opsomming van gevallen waarin de continuïteit of de onafhankelijkheid van de vennootschap wordt bedreigd. In plaats daarvan wordt voorzien in een bevoegdheid van de aandeelhouder om vast te stellen dat de uitoefening van het stemrecht door de certificaathouder wezenlijk in strijd zou zijn met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Het begrip «wezenlijke strijd» is nader omschreven in de memorie van toelichting bij het voorstel van wet tot invoering van de mogelijkheid tot het treffen van bijzondere maatregelen door de ondernemingskamer over zeggenschap in naamloze vennootschappen (Kamerstukken II, 1997–98, 25 732, nr. 3, p. 21). Het ligt voor de hand dat

het bestuur van het administratiekantoor een besluit om geen volmacht te verstrekken in de algemene vergadering toelicht.

De commissie vennootschapsrecht adviseerde aan het criterium «openbaar bod» toe te voegen dat oorlogstijd ontstaat indien het bestuur van de doelvennootschap zich niet met het openbare bod kan verenigen. Ten aanzien van het criterium «verwerving van een bepaald percentage van het geplaatste kapitaal» adviseerde zij het percentage aan te laten sluiten bij een bestaand percentage van de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996. Daardoor wordt de omvang van het belang controleerbaar. De commissie adviseerde het percentage te stellen op 25%. Deze adviezen zijn in het artikel verwerkt.

De constructie waarbij aandelen worden ondergebracht in een (stichting) administratiekantoor staat onder meer bloot aan kritiek omdat het bestuur van deze rechtspersoon niet onafhankelijk zou zijn van het bestuur of de raad van commissarissen van de vennootschap waarvan de aandelen in de rechtspersoon zijn ondergebracht. In het overleg met belanghebbenden die niet in de SER vertegenwoordigd zijn, is hierop gewezen.

Sommigen hebben bepleit dat de doelstelling van een stichting administratiekantoor aan bepaalde voorwaarden wordt gebonden, bijvoorbeeld dat men uitsluitend de belangen van de certificaathouders zou mogen of moeten dienen. Dat zou vergaand ingrijpen in de institutionele en contractuele verhoudingen. Daarvoor voelen wij niet. In plaats daarvan willen wij aansluiten bij de benadering van Euronext Amsterdam NV. Bijlage X bij het Fondsenreglement, dat de verhouding regelt tussen de beurs en de vennootschappen waarvan effecten ter beurze genoteerd zijn, stelt een aantal eisen aan de samenstelling van het bestuur van een stichting administratiekantoor in het geval dat certificaten zijn genoteerd aan Euronext Amsterdam NV. De commissie vennootschapsrecht adviseerde een regeling te ontwerpen op grond waarvan de meerderheid van de leden van het bestuur van het administratiekantoor naar in de wet op te nemen criteria onafhankelijk dient te zijn van de vennootschap. Aanvullend kan worden bepaald dat de niet-onafhankelijke leden geen stem kunnen uitbrengen wanneer de vraag moet worden beantwoord of de vennootschap wordt geconfronteerd met een situatie die als oorlogstijd kan worden gekwalificeerd. Deze leden zouden ook niet mogen meestemmen over de besluiten die in tijd van oorlog worden genomen. Dit advies nemen wij over.

Lid 3 bepaalt aldus dat lid 2 niet van toepassing is – en de certificaathouder dus steeds recht heeft op een volmacht, ongeacht de omstandigheden – als het bestuur van de rechtspersoon in meerderheid bestaat uit bestuurders of commissarissen van de vennootschap. Het maakt daarbij niet uit of deze functionarissen nog in dienst zijn van respectievelijk nog commissaris zijn bij de vennootschap. Ook voormalige bestuurders en commissarissen hebben een nauwe band met de vennootschap. Die nauwe band en hun ervaring is vaak juist de reden om hen te verzoeken zitting te nemen in het bestuur van een stichting administratiekantoor. Daar is niets tegen, mits zijn niet de beslissende stem kunnen uitbrengen bij besluiten over de koers van de stichting als aandeelhouder. Hetzelfde geldt voor werknemers in dienst van de vennootschap of groepsmaatschappijen van de vennootschap. De formulering sluit aan bij artikel 2:160/270 BW. Vaste adviseurs van de vennootschap, zoals de advocaat of de accountant, kunnen eveneens worden beschouwd als «insiders». Om de schijn van belangenverstremming te vermijden, wordt ook voor deze groep bepaald dat zij in het bestuur van de stichting administratiekantoor geen meerderheid mogen vormen. Van een ongeoorloofde meerderheid is – vanzelfsprekend – ook sprake als een bestuur van vijf personen één commissaris, één werknemer en één vaste adviseur omvat.

Lid 4 is het spiegelbeeld van lid 3. Er kunnen goede redenen zijn om een of enkele bestuurders, commissarissen of vaste adviseurs op te nemen in het bestuur van een stichting administratiekantoor, vooral als het bestuur zich op grond van de administratievoorwaarden bij zijn taakuitoefening

moet richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De stichting administratiekantoor is echter ook aandeelhouder en heeft in de algemene vergadering mede tot taak het beleid van het bestuur en de taakuitoefening door de commissarissen te beoordelen. Een bestuurder die bepaalt hoe het administratiekantoor stemt, velt daarmee een oordeel over zijn eigen functioneren. Dat past niet in de huidige opvattingen over corporate governance. Daarom wordt wettelijk vastgelegd dat die bestuurders, commissarissen, werknemers en adviseurs niet mogen meestemmen als wordt besloten op welke wijze het administratiekantoor zijn stemrecht gaat uitoefenen. Hetzelfde geldt voor de vraag of sprake is van een oorlogssituatie als omschreven in lid 2.

#### *Artikel 141/252*

Dit artikel gaat over de relatie tussen bestuur en raad van commissarissen. Om zijn taak als toezichhoudend orgaan goed te kunnen uitvoeren, moet de raad kunnen beschikken over alle informatie die hij met het oog op de uitoefening van zijn taak nodig acht. De wet regelt niet welke informatie hieronder precies moet worden verstaan. De SER heeft opgemerkt (p. 60–62) dat er geen behoefte lijkt te zijn aan een wettelijke precisering voor zover het gaat om beursvennootschappen. De SER motiveert dit met een verwijzing naar de door hem gesignaleerde praktijk rond de instelling van audit-, benoeming- en bezoldigingcommissies die de besluitvorming in de raad van commissarissen voorbereiden ten aanzien van bijvoorbeeld de arbeidsvoorwaarden voor bestuurders. Volgens de SER is er minder zicht op de praktijk van de informatieverstrekking bij niet-beursvennootschappen die onder het structuurregime vallen. De SER acht het daarom van belang dat de communicatie en informatieverstrekking bij niet-beursvennootschappen wettelijk wordt geregeld, zodat de effectiviteit van het toezicht voldoende wordt verzekerd.

Wij kunnen ons vinden in het voorstel voor een wettelijke regeling. Lid 1 van het artikel bepaalt al dat het bestuur de raad van commissarissen tijdig alle informatie dient te verschaffen die nodig uit voor de uitoefening van de taak van de raad. Lid 2 is nieuw en regelt dat er ten minste een maal per jaar bepaalde in het artikellid genoemde informatie aan de raad van commissarissen moet worden verstrekt. Het gaat dan om de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's van de vennootschap en de wijze waarop deze risico's systematisch worden beheerst. Anders dan de SER willen wij deze verplichting niet beperken tot niet-beursvennootschappen. De Commissie-Peters stelt in aanbeveling 21 die is gericht tot beursvennootschappen voor dat de raad van bestuur schriftelijk aan de raad van commissarissen moet rapporteren over de ondernemingsdoelstellingen, de strategie, de daaraan verbonden risico's en de mechanismen tot beheersing van risico's van financiële aard. In richtlijn 400–105 van de Raad voor de jaarverslaggeving, welke richtlijn handelt over onderwerpen die in het jaar- of bestuursverslag aan de orde kunnen komen, is een soortgelijke opsomming te lezen.

#### *Artikel 142/252*

Dit artikel gaat over de wijze waarop commissarissen hun taken vervullen en de gang van zaken rond eventuele herbenoeming van zittende commissarissen. Artikel 2:142/252 lid 3 BW bevat een opsomming van de gegevens die verstrekt moeten worden bij het doen van een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een commissaris. Daartoe behoort bijvoorbeeld informatie over het beroep van de kandidaat en over de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn voor de vervulling van de taak als commissaris.

Voor het geval van herbenoeming van een commissaris adviseert de SER te bepalen dat de voordracht van de kandidaat wordt gemotiveerd in het

licht van de wijze waarop de voorgedragen persoon in de verstreken periode zijn taak als commissaris heeft vervuld (p. 54). Het wetsvoorstel bepaalt in lid 3 dat de aanbeveling of voordracht tot benoeming of herbenoeming van een commissaris wordt gemotiveerd en dat bij herbenoeming acht geslagen wordt op de wijze waarop de kandidaat zijn of haar taak als commissaris heeft vervuld. Deze motiveringsplicht bevordert dat men zich bij elke herbenoeming rekenschap geeft van het functioneren van de betreffende commissaris. De motiveringsplicht is ook bij niet-structuurvennootschappen nuttig en heeft daarom een plaats gekregen in het algemene artikel 142/252. De SER adviseerde eveneens tot dit toepassingsbereik. Indien niet uit eigener beweging informatie wordt verstrekt over de wijze waarop de taak als commissaris is vervuld, kan de algemene vergadering van aandeelhouders daarom vragen.

#### *Artikel 154/264*

Dit artikel geeft een regeling voor de doorhaling van de inschrijving van een vennootschap als structuurvennootschap, alsmede een regeling voor het geval de structuurregeling niet langer verplicht op een vennootschap van toepassing is. In zijn advies over de introductie van de structuurregeling uit 1970 stelde de commissie vennootschapsrecht aan de orde dat bij de uitwerking van de structuurregeling twee wegen openstonden. De wetgever kon nieuwe regels geven voor de zogenoemde grote vennootschappen en voor de overige vennootschappen de bestaande regels – die voor een belangrijk deel dwingend recht zijn – handhaven; zij kon ook bepaalde regels voorschrijven aan de structuurvennootschap en de overige vennootschappen de keuze laten. De commissie vennootschapsrecht en de wetgever opteerden voor het laatste. Dat wil zeggen dat een vennootschap ook vrijwillig het structuurregime kan aanvaarden of kan blijven toepassen indien door een wijziging in de structuur van de groep waarvan de vennootschap deel uitmaakt, een uitzondering op haar van toepassing is geworden, mits deze vennootschap een ondernemingsraad heeft ingesteld. Meest in het oog lopend is de vennootschap die als gevolg van een overname deel gaat uitmaken van een internationaal concern met zwaartepunt buiten Nederland, waardoor in het algemeen de verzwakte regeling op haar van toepassing zal worden. De voorschriften omtrent de vrijwillige toepassing van de regeling zijn ingevoerd bij Wet van 28 mei 1975, Stb 274. Deze regeling maakt duidelijk dat bij vrijwillige gedeeltelijke aanvaarding in ieder geval de bepalingen van artikel 2:158/268 BW en de bepaling over de goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten in artikel 2:164/274 BW moeten worden toegepast. Die toepassing valt samen met het aannemen of handhaven van de verzwakte regeling. In het eerder genoemde rapport van het onderzoek naar toepassing van de structuurregeling noemen de onderzoekers het opvallend dat bijna 65% van de vennootschappen die gebruik zou kunnen maken van de uitzondering voor internationale holdings, deze regeling niet benut. Aangenomen mag worden dat de buitenlandse moedermaatschappij met deze vrijwillige voortzetting instemt.

De regeling in lid 2 houdt in dat de doorhaling van een inschrijving als structuurvennootschap in het handelsregister – wanneer de vennootschap niet meer voldoet aan de criteria voor de toepassing van de structuurregeling – leidt tot beëindiging van de toepassing van de artikelen 2:158 tot en met 164 BW, indien er drie jaren na de doorhaling zijn verstreken en de vennootschap gedurende die termijn niet opnieuw toe opgave verplicht is geweest. Deze regeling voorkomt dat een vennootschap bij een kortstondige wijziging van omstandigheden wordt geconfronteerd met het einde van de toepassing van de structuurregeling en kort daarna weer met de toepassing daarvan. Indertijd is vooral gedacht aan de situatie dat het eigen vermogen van de vennootschap of haar werknemersaantal schommelt rond de genoemde criteria. Deze regeling

wordt niet gewijzigd. De vennootschap die niet langer beschikt over een ondernemingsraad, kan de regeling ook niet vrijwillig voortzetten (HR 24 december 1986, NJ 1987, 903). De regeling moet dan geacht worden te zijn beëindigd.

Nieuw is lid 4, waarmee gevolg wordt gegeven aan het advies van de SER om te bepalen dat het bestuur en de raad van commissarissen verplicht zijn om uiterlijk voor de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering nadat de vennootschap in een situatie is komen te verkeren dat de structuurregeling door gewijzigde omstandigheden niet langer verplicht toegepast behoeft te worden, het onderwerp «afschaffing van de structuurregeling» te agenderen. Het gaat dan om het geval dat de vennootschap haar opgave kan schrappen omdat de vrijstelling van artikel 2:153/263 lid 3 BW op haar van toepassing is geworden of gebruik kan maken van de verzwakte regeling van artikel 2:155/265 BW. De statuten van de vennootschap worden hiermee in overeenstemming gebracht.

Wanneer de structuurregeling niet langer verplicht is, kan de aandeelhoudersvergadering besluiten tot een statutenwijziging teneinde terug te keren naar het «gewone» regime. In de praktijk bestaan er echter belemmeringen voor de aandeelhoudersvergadering om een dergelijk besluit tot statutenwijziging te nemen. Veelal kan het besluit slechts op initiatief van het bestuur worden genomen, dient het besluit met een gekwalificeerde meerderheid te worden genomen en geldt ook nog een quorumeis, aldus de SER. In een situatie als deze wordt de aandeelhoudersvergadering te vergaand beperkt in de uitoefening van haar bevoegdheden om terug te komen op het op grond van de wet verplichte besluit tot aanpassing van de statuten aan de structuurregeling. De SER adviseert te bepalen dat wanneer de aandeelhoudersvergadering besluit dat de vennootschap terug keert naar het «gewone» model, het bestuur verplicht is een daartoe strekkend voorstel voor te leggen aan de aandeelhoudersvergadering binnen een termijn van zes maanden. Het nieuwe lid 4 regelt de gevallen waarin de vennootschap een beroep kan doen op de vrijstellingen van artikel 2:153/263 lid 3 BW of de verzwakte regeling van 2:155/265 BW. Het bestuur behoort uiterlijk in de eerstvolgende vergadering nadat het verzwakte regime van toepassing is geworden of de vennootschap een beroep kan doen op de vrijstelling van artikel 2:153/263 lid 3 BW, een voorstel te doen aan de aandeelhoudersvergadering over het voortzetten dan wel afschaffen van de structuurregeling. Het besluit wordt genomen bij volstreekte meerderheid. Een statutair bepaalde versterkte meerderheid als vereiste voor een statutenwijziging geldt dan niet. Evenmin geldt een statutaire regeling dat een besluit tot statutenwijziging uitsluitend kan worden genomen na een daartoe strekkend voorstel van een ander orgaan van de vennootschap. De aandeelhouders moeten in vrijheid kunnen beslissen. Indien de aandeelhouders besluiten tot terugkeer naar het gewone regime, bepaalt lid 4 tevens dat de vennootschap haar statuten in overeenstemming brengt met dit besluit.

Onder omstandigheden kan het voorgenomen besluit tot afschaffing van de structuurregeling tevens worden beschouwd als een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden binnen van de structuur van de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 sub e WOR. Zo'n voorgenomen besluit is adviesplichtig. De ondernemingsraad moet dan door de ondernemer in de gelegenheid worden gesteld advies uit te brengen. Het advies wordt uitgebracht aan de ondernemer, doorgaans het bestuur. Het advies zal een rol kunnen spelen bij het besluit van de ondernemer om aan de algemene vergadering een voorstel te doen omtrent handhaving dan wel afschaffing van de structuurregeling.

De commissie vennootschapsrecht is van oordeel dat dit besluit evenals de overige besluiten van de algemene vergadering die de gang van zaken bij de structuurvennootschap betreffen, zou moeten worden onderworpen aan een quorumeis. Dat advies hebben wij niet overgenomen. Het gaat

steeds om gevallen waar de wet aan de vennootschap een bepaalde inrichting heeft opgelegd zonder een besluit waaruit de wil van de aandeelhoudersvergadering blijkt. Indien dat wettelijk voorschrift niet langer van toepassing is, moet de algemene vergadering eenvoudig over voortzetting dan wel afschaffing kunnen besluiten. Een quorumeis bergt steeds het risico in zich dat niet rechtsgeldig kan worden besloten omdat het quorum niet aanwezig is, ook al kunnen alle aanwezigen het voorstel steunen.

Wordt besloten dat de vennootschap niet langer vrijwillig de structuurregeling geheel of gedeeltelijk (dat wil zeggen zonder toepassing van artikel 2:162/272 BW) zal toepassen, dan ligt het voor de hand dat men zich buigt over de vraag hoe de statutaire inrichting van de vennootschap eruit zal moeten zien. In het bijzonder kan worden gedacht aan handhaving van het orgaan raad van commissarissen en een statutaire regeling voor de benoeming van de commissarissen. Zo'n voorstel vloeit niet voort uit het niet langer toepasselijk zijn van de structuurregeling en dient daarom afzonderlijk aan de aandeelhouders te worden voorgelegd. Dat kan door middel van een opvolgend agendapunt in dezelfde vergadering. Voor deze statutenwijziging gelden de gewone wettelijke en statutaire voorschriften.

Als de algemene vergadering besluit tot afschaffing van de structuurregeling, maar geen besluit kan of wil nemen over de nieuwe inrichting van de vennootschap, ontstaat een lastige situatie. De SER had geadviseerd dat het structuurregime na een bepaalde periode van rechtswege zou moeten vervallen. De commissie vennootschapsrecht acht dit uit oogpunt van rechtszekerheid en bescherming van derden niet verstandig. Naar het oordeel van de commissie vereist het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dat de structuurregeling wordt gehandhaafd totdat de statuten zijn gewijzigd. Wel dient naar het oordeel van de commissie binnen een bepaalde termijn na het besluit van de algemene vergadering tot wijziging van het structuurregime een voorstel van het bestuur tot wijziging van de statuten te worden geagendeerd. De commissie stelt voor deze termijn op twaalf maanden te bepalen. Voor deze termijn is gekozen omdat – anders dan in het voorstel van de SER – geen gevolgen worden verbonden aan niet-handelen, maar juist een verplichting tot handelen wordt opgelegd. Een termijn van zes maanden achten wij daarvoor te kort.

Indien een voorstel van het bestuur inhoudt in de statuten te bepalen dat de benoeming van bestuurders door de aandeelhouders plaatsvindt op basis van een bindende voordracht, dan moet daarover worden beslist met de in de wet of de statuten voorgeschreven meerderheid. Het bestuur kan ook andere wijzigingen van de statuten voorleggen aan de aandeelhouders. Voor een rechtsgeldige besluitvorming over die andere wijzigingen zal eveneens aan de statutaire voorschriften moeten worden voldaan. De commissie vennootschapsrecht wijst er op dat ook in zo'n geval soms niet rechtsgeldig kan worden besloten, bijvoorbeeld omdat de statutair vereiste meerderheid of de vereiste goedkeuring van de raad van commissarissen ontbreekt (zie artikel 2:164/274 BW). Het nog langer voortduren van de structuurregeling zou dan gelet op het besluit van de algemene vergadering niet gerechtvaardigd zijn, maar het van rechtswege doen vervallen van het structuurregime kent ook na afloop van de termijn de bezwaren die hierboven zijn genoemd. De commissie vennootschapsrecht heeft aanbevolen voor deze impasse een oplossing te zoeken in de geest van het enquêterecht. In de wet zou een bevoegdheid kunnen worden geschapen voor de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam om op verzoek van een gerechtigde als bedoeld in artikel 114a/224a, van het bestuur of van de raad van commissarissen, de statuten zodanig vast te stellen dat de structuurregeling niet langer wordt toegepast. Deze gedachte spreekt ons aan. Een soortgelijke (zij het tijdelijke) voorziening is getroffen in de regeling voor herinrichting van de

statuten in het wetsvoorstel beschermingsconstructies (Kamerstukken II 1997–98, 25 732, nr. 2, voorstel voor artikel 2:359c en 359d jo artikel 359i BW). De nieuwe leden 5 tot en met 7 regelen deze bevoegdheid van de ondernemingskamer. De formulering sluit aan bij het enquêterecht en het wetsvoorstel beschermingsconstructies.

#### *Artikel 155/265*

De oude regeling van het verzwakte regime houdt in dat de algemene vergadering het recht heeft tot benoeming van het bestuur alsmede het recht heeft tot vaststelling van de jaarrekening, in afwijking van de situatie bij toepassing van het volledige structuurregime. De wetswijziging heeft tot gevolg dat de algemene vergadering altijd het recht heeft om de jaarrekening vast te stellen. De verwijzing naar de vaststelling van de jaarrekening door de raad van commissarissen (artikel 2:163/273 BW) in de aanhef van artikel 2:155/265 lid 1 BW kan dan worden geschrapt. Om het antwoord op de vraag naar de toepasselijkheid van het verzwakte regime te vereenvoudigen, wordt tevens voorgesteld in artikel 2:382 op te nemen dat de vennootschap die opgave doet van het aantal in dienst zijnde werknemers tevens aangeeft hoeveel van die werknemers niet in Nederland werkzaam zijn.

#### *Artikel 155a/265a*

In antwoord op de adviesaanvraag van het kabinet heeft de SER aandacht besteed aan de vraag of een uitzondering op de verplichte volledige toepassing zou moeten worden gecreëerd als sprake is van een of enkele aandeelhouders-natuurlijke personen die volgens een onderlinge regeling tot samenwerking gezamenlijk een beleid in de vennootschap willen vormgeven. Voor kapitaalvennootschappen is in zo'n geval een uitzondering voorzien. Als de moedermaatschappij de structuurregeling kent, zijn dochters vrijgesteld. Is de aandeelhouder een natuurlijke persoon, een stichting, vereniging of de Staat, dan kan hij niet bewerkstelligen dat de vennootschap waarin een deelneming wordt gehouden valt onder een vrijstelling of het verzwakte regime, aangezien deze aandeelhouder het structuurregime niet zelf vrijwillig kan aanvaarden. Hierdoor wordt centrale leiding bemoeilijkt. De SER heeft opmerkt op dat geconcentreerd aandelenbezit zich in vele en zeer verschillende vormen voordoet (p. 73). Een van die vormen betreft het geval dat de aandelen van een vennootschap in handen zijn van een natuurlijke persoon of van een familie. De aandelen in een familievennootschap kunnen echter ook verspreid zijn over een groot aantal familieleden terwijl er van samenwerking of directe betrokkenheid bij het bestuur van de vennootschap geen sprake is, aldus de SER (p. 74). De SER ziet reden een uitzondering te bepalen 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 (p. 75–76). De SER stelt voor te regelen dat de vennootschap dan kan volstaan met toepassing van het verzwakte regime.

Dit voorstel nemen wij over. De commissie vennootschapsrecht heeft geadviseerd om, gelet op de vormgeving van artikel 155, de uitzondering op te nemen in een afzonderlijk artikel 2:155a/265a. Het nieuwe artikel 2:155a/265a BW bepaalt dat het verzwakte regime van toepassing is op de natuurlijke persoon die enig aandeelhouder is (sub *a*) en in het geval dat er een onderlinge regeling tot samenwerking is (sub *b*). Indien er slechts één aandeelhouder is die de aandelen direct of indirect houdt, kan de vennootschap met de aandeelhouder worden geïdentificeerd. Indien er meerdere aandeelhouders zijn, moeten deze hun persoonlijke betrokkenheid en gebondenheid jegens elkaar hebben vormgegeven in een onder-

linge regeling tot samenwerking. Deze formulering is ontleend aan artikel 2:155/265 lid 1 onder c BW. De onderlinge regeling kan de vorm hebben van een overeenkomst, maar ook van een stichting of vennootschap die de aandelen voor economische belanghebbenden houdt. Om misbruik van deze mogelijkheid te voorkomen, is bepaald dat het geplaatste kapitaal voor eigen rekening moet worden verschaft. Indien deze eis niet wordt toegevoegd, zou een vennootschap waarvan alle aandelen worden gehouden door een stichting administratiekantoor gebruik kunnen maken van de uitzondering, ook als het kapitaal wordt verschaft via ter beurze genoteerde certificaten. Dat is niet beoogd.

In zijn advies pleit de SER ook voor toepassing van het verzwakte regime wanneer aandelen indirect, eventueel via een rechtspersoon, worden gehouden. Uit een oogpunt van wetgevingssystematiek is het dan onjuist om het verzwakte regime niet van toepassing te verklaren op rechtspersonen die bijvoorbeeld enig aandeelhouder zijn en die niet onder de structuurregeling kunnen vallen. Ook die rechtspersonen hebben een gerechtvaardigd belang bij het kunnen geven van centrale leiding. De commissie vennootschapsrecht signaleerde dat door het tussenschuiven van een buitenlandse rechtspersoon het ontwijken van de regeling zeer eenvoudig zou worden. Daarom is in het artikel aangegeven dat het moet gaan om de stichting, de vereniging of de Staat der Nederlanden als aandeelhouder. Voor dit laatste is aangesloten bij de definitie van artikel 2:1 BW.

Lid 2 ziet op het geval dat de natuurlijk persoon bedoeld in lid 1 sub a komt te overlijden. Als de achterblijvende familie geen onderlinge regeling tot samenwerking heeft – en dat ligt niet voor de hand – zou door het overlijden de vennootschap van rechtswege in het volledige regime vallen. Dat gaat te ver. Daarom is bepaald dat voor de toepassing van lid 1 de erfgenamen van de aandeelhouder/natuurlijk persoon met hem of haar gelijkgesteld worden. De formulering is ontleend aan artikel 2:12 BW.

#### *Artikel 157/267*

In de artikelen 2:157/267 BW wordt de verwijzing naar artikel 2:163/273 BW geschrapt, omdat met dit wetsvoorstel de regeling voor de vaststelling van de jaarrekening door de raad van commissarissen wordt geschrapt.

#### *Artikel 158/268*

Dit artikel is de kern van de nieuwe benoemingsregeling voor de raad van commissarissen in grote vennootschappen. Uitgangspunt van de structuurregeling blijft de verplichte raad van commissarissen als toezichthoudend orgaan. Lid 1 bepaalt onveranderd dat structuurvennootschappen verplicht zijn een raad van commissarissen in te stellen. In het nieuwe lid 6 wordt geregeld dat een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen kan worden benoemd met gebruikmaking van een bijzonder aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Dat vereist dat er ten minste drie commissarissen zijn. Lid 2 bepaalt daarom dat de raad van commissarissen bestaat uit ten minste drie leden. Wanneer het aantal commissarissen onder de drie daalt, moet de raad onverwijld bewerkstelligen dat de procedure voor de benoeming van commissarissen wordt gestart. Het aantal commissarissen is doorgaans bepaald in de statuten. Is dat niet het geval, dan valt deze bevoegdheid toe aan de algemene vergadering. De statuten kunnen ook bepalen dat de raad van commissarissen het aantal vaststelt.

De SER heeft aangegeven dat het wenselijk is dat raden van commissarissen een profiel vaststellen waaraan een te benoemen commissaris dient te voldoen (p. 90 advies). Een profielschets kan ingaan op de gewenste samenstelling en omvang van de raad en de achtergrond en ervaring van de leden. In de praktijk komt het al vaak voor dat een raad



van commissarissen zo'n profielschets maakt, aldus de SER. In zijn algemeenheid komt het de transparantie ten goede wanneer bij voorbaat vaststaat aan welke eisen een kandidaat moet voldoen om geschikt te zijn voor de vervulling van een vacature en om zekerheid te bieden dat de raad in zijn geheel behoorlijk zal zijn samengesteld. Er is niet gepleit voor een wettelijke regeling, omdat de SER vreest dat een profiel door de rechter zal moeten worden vastgesteld wanneer partijen daarover van mening verschillen en zij allen een vetorecht hebben.

Ook wij hechten aan een profielschets. Wij stellen voor dat de wet verplicht tot het voorhanden zijn van zo'n schets. Het verheugt ons dat de Raad van State kan instemmen met de gekozen motivering ten aanzien van de wettelijke verplichting tot het opstellen van een profielschets. 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 voorschrift, 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 ons 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 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. Daarbij wordt uiteraard uitgegaan van het statutair of door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde aantal commissarissen. De profielschets kan daarnaast uitgangspunten formuleren over de toetreding van oud-bestuurders tot de raad of de gewenste maatschappelijke ervaring. Een wettelijk voorgeschreven profielschets vereenvoudigt naar ons oordeel ook het gebruik van het aanbevelingsrecht van de algemene vergadering krachtens het hierna te bespreken lid 5 en het eveneens nieuwe versterkt aanbevelingsrecht dat op grond van lid 6 toekomt aan de ondernemingsraad. Wij vertrouwen 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 hoeft 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. Om het door de SER gesignaleerde gevaar van juridisering te vermijden, wordt voorgesteld de bevoegdheid tot vaststelling uitsluitend te laten toekomen aan de raad van commissarissen. Lid 3 schrijft voor dat de raad van commissarissen de schets bespreekt in de algemene vergadering van aandeelhouders en met de ondernemingsraad. De bespreking vindt voor het eerst plaats bij het opstellen van de profielschets en vervolgens bij iedere wijziging. Er zijn geen formele adviesrechten van de ondernemingsraad of de algemene vergadering van aandeelhouders. Lid 4 regelt dat de algemene vergadering de raad van commissarissen benoemt, behalve wanneer een commissaris reeds is benoemd bij de oprichting van de vennootschap of voordat het artikel op de rechtspersoon van toepassing is geworden. In dat geval is artikel 2:159/269 van toepassing. Benoeming door de aandeelhouders vindt plaats op basis van een voordracht van de raad van commissarissen. Op de voordracht is artikel 2:142/252 lid 3 BW van toepassing. Dit betekent dat de voordracht met redenen moet worden omkleed en van de kandidaat onder meer wordt meegedeeld wat zijn leeftijd, beroep en het bedrag van de door hem gehouden aandelen in de vennootschap is en of hij eerder commissaris is geweest. Betreft het een herbenoeming, dan wordt bij de motiveering van de voordracht tevens rekening gehouden met de wijze waarop de commissaris zijn taak in de afgelopen periode heeft vervuld. De voordracht van de raad van commissarissen kan worden beïnvloed door de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad; zij kunnen personen aanbevelen om als commissaris voor te dragen (lid 5). Daartoe moet de raad van commissarissen hun ten minste twee maanden van tevoren op de hoogte stellen van de vacature. De raad dient tevens aan te geven of het gaat om een plaats die moet worden vervuld met inachtneming van het bepaalde in lid 6. Het recht van aanbeveling bestaat ook in de huidige structuurregeling. Lid 4 bepaalt tevens dat de raad van commissarissen de ondernemingsraad laat weten of een aanbeveling wordt overgenomen. Naast het recht om bij iedere vacature een persoon aan te bevelen, krijgt de ondernemingsraad in lid 6 een bijzonder recht van aanbeveling. Het bestaande recht tot het doen van een aanbeveling is vrijblijvend in die zin dat de raad van commissarissen een aanbeveling naast zich kan neerleggen zonder dat de ondernemingsraad (of de algemene vergadering) daartegen in rechte kan opkomen. Voor het in lid 6 voorgestelde versterkte recht van aanbeveling ligt dat anders. Voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen geldt dat de raad van commissarissen een de door de ondernemingsraad aanbevolen persoon op de voordracht plaatst. De raad van commissarissen kan bezwaar maken, maar alleen op grond van de verwachting dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of dat de raad van commissarissen bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld. Voor de term «versterkt recht van aanbeveling» in plaats van het door de SER gebruikte «bijzonder voordrachtsrecht» is gekozen om een onderscheid aan te brengen tussen aanbevelingen die worden gedaan aan de raad van commissarissen en voordrachten van de commissarissen zelf. Om te bepalen of de ondernemingsraad een beroep kan doen op zijn versterkte aanbevelingsrecht, moet worden gezien uit hoeveel commissarissen de raad bestaat. Vervolgens wordt berekend welk maximum aantal commissarissen kan worden benoemd krachtens aanbeveling van de ondernemingsraad. Indien de deling door drie resulteert in een breukdeel, wordt naar beneden afgerond. Is het aantal niet door drie deelbaar, dan moet gebruik worden gemaakt van het naastgelegen lagere getal dat wel door drie deelbaar is. Enkele voorbeelden: wanneer de statuten bepalen

dat de raad bestaat uit 6 leden, dan kunnen er maximaal 2 personen worden benoemd op basis van de versterkte aanbeveling van de ondernemingsraad. Moeten er 9 leden zijn, dan geldt de versterkte aanbeveling voor 3 personen. Bestaat de raad uit 7 personen, dan wordt voor het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad het naastgelegen lagere getal dat wel door drie deelbaar is gehanteerd, te weten 6, en geldt het recht dus voor 2 personen. Indien in het laatste voorbeeld reeds 2 personen zijn benoemd overeenkomstig de versterkte aanbeveling van de ondernemingsraad en een van de andere commissarissen defungeert, dan heeft de ondernemingsraad niet het recht van versterkte aanbeveling. Het ligt in de rede dat de vennootschap een rooster van aftreden opstelt om aan te geven wanneer het versterkte aanbevelingsrecht geldend gemaakt kan worden. De raad doet daarvan mededeling krachtens het bepaalde in lid 5.

Of de raad van commissarissen eerder een door de ondernemingsraad op basis van het algemene recht van aanbeveling naar voren geschoven kandidaat tot de zijne heeft gemaakt, maakt voor het versterkte aanbevelingsrecht niet uit. De regeling «een derde» betreft het aantal plaatsen waarvoor het versterkte aanbevelingsrecht geldt en niet het aantal commissarissen dat feitelijk door tussenkomst van de ondernemingsraad is benoemd. De ondernemingsraad is niet verplicht van zijn versterkt recht van aanbeveling gebruik te maken. In zo'n geval zal de ondernemingsraad de raad van commissarissen daarvan op de hoogte stellen. Een reden kan, maar hoeft niet te worden gegeven.

Wanneer de ondernemingsraad een versterkte aanbeveling doet, plaatst de raad van commissarissen de aanbevolen kandidaat op de voordracht aan de aandeelhouders. De raad van commissarissen is uitsluitend gerechtigd om de aanbeveling af te wijzen wanneer de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of wanneer de raad van commissarissen bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld. Deze criteria zijn gelijk aan de bestaande regels voor bezwaar door de algemene vergadering of de ondernemingsraad tegen een voorgenomen benoeming van een commissaris door de raad van commissarissen (artikel 2:158/268 lid 6 BW). Als de raad van commissarissen bezwaar heeft tegen de aanbeveling, moet hij de ondernemingsraad daarvan op de hoogte stellen, waarbij de raad van commissarissen tevens de bezwaargrond vermeldt. Partijen treden dan onverwijld met elkaar in overleg om te bezien of alsnog overeenstemming kan worden bereikt. Lukt dat niet, dan kan een vertegenwoordiger van de raad van commissarissen de ondernemingskamer van het Hof te Amsterdam verzoeken te verklaren dat het bezwaar van de commissarissen gegrond is. Zo'n verzoek kan niet eerder worden ingediend dan nadat vier weken zijn verstreken nadat het overleg tussen raad van commissarissen en ondernemingsraad is begonnen. Op die manier wordt beide partijen enige tijd gegund om zo nodig ook onderling te overleggen. Anderzijds zijn alle belanghebbenden en de vennootschap er niet mee gediend als het overleg maandenlang duurt. De commissarisplaats blijft dan immers onbezet.

Wanneer de raad van commissarissen op grond van lid 7 een verzoekschriftprocedure voor de ondernemingskamer start teneinde uitsluitel te verkrijgen over de gegrondheid van zijn bezwaar tegen een door de ondernemingsraad voorgedragen kandidaat, schrijft lid 8 voor dat de ondernemingsraad wordt opgeroepen. Ook al gaat het formeel om de benoeming van een kandidaat, in feite ligt aan de procedure een geschil tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad ten grondslag. De ondernemingsraad behoort alsdan in de gelegenheid te worden gesteld zijn standpunt toe te lichten. Gelijk aan de oude regeling voor het bezwaarrecht staat tegen de uitspraak van de ondernemingskamer geen rechtsmiddel open. De regeling waarin wordt bepaald dat de ondernemingskamer geen proceskostenveroordeling kan uitspreken, wordt even-

eens gehandhaafd. De raad van commissarissen en de ondernemingsraad behartigen in de verzoekschriftprocedure beide een belang van de vennootschap. De kosten behoren uiteindelijk door de vennootschap te worden gedragen. Acht de ondernemingskamer het bezwaar gegrond, dan is de aangewezen plaats niet ingevuld kan de ondernemingsraad een andere kandidaat aanbevelen. Het staat de raad van commissarissen derhalve niet vrij om zelf een kandidaat voor te dragen wanneer het overleg tussen de raad en de ondernemingsraad niet in overeenstemming uitmondt. De ondernemingsraad kan wel van zijn recht krachtens lid 6 afzien.

In het nieuwe stelsel benoemt de algemene vergadering van aandeelhouders de raad van commissarissen op voordracht van de raad van commissarissen. De algemene vergadering kan die voordracht slechts terzijde stellen met twee derde van de stemmen vertegenwoordigende ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. Het maakt daarbij niet uit of de kandidaat is voorgesteld krachtens het voordrachtsrecht van de raad van commissarissen zelf of (mede) op grond van het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Dat versterkte recht werkt jegens de raad van commissarissen: de algemene vergadering is gerechtigd iedere kandidaat af te wijzen, maar alleen met de daarvoor benodigde quorum- en meerderheidseisen. Een kandidaat kan derhalve slechts worden afgewezen indien deze duidelijk niet het vertrouwen van een meerderheid van de aandeelhouders heeft. Gelet op de versterkte quorum- en stemeisen is verdere motivering van het besluit van de algemene vergadering niet vereist.

Wanneer een kandidaat wordt afgewezen, dient de raad van commissarissen ervoor zorg te dragen dat een nieuwe voordracht wordt opgesteld. Daartoe moet de procedure van lid 4 en 5 opnieuw worden gevolgd.

Mocht de kandidaat zijn voorgedragen krachtens het versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad, dan kan de ondernemingsraad een andere kandidaat aanbevelen. Op het advies van de commissie vennootschapsrecht is dit in de wet vastgelegd. Lid 9 geeft voorts regels voor het geval de algemene vergadering de voordracht van de raad van commissarissen niet afwijst en evenmin overgaat tot benoeming van de voorgedragen kandidaat. In dat geval dreigt de vacature in de raad van commissarissen onvervuld te blijven. Voorgesteld wordt dat de raad van commissarissen dan de voorgedragen persoon benoemt. Deze regeling doet naar onze overtuiging recht aan de positie van alle betrokkenen. De algemene vergadering heeft geen gebruik gemaakt van het recht om de voordracht af te wijzen; de wet geeft de algemene vergadering niet het recht een eigen kandidaat voor te dragen. De kandidaat kan als geaccepteerd worden beschouwd. De raad van commissarissen kan niet een ander dan de voorgedragen persoon benoemen.

De algemene vergadering kan de rechten verband houdend met benoeming van de een commissaris overdragen aan een commissie van aandeelhouders voor een maximum duur van twee jaren (lid 10). Wanneer een aandeelhouderscommissie is ingesteld, dient de raad van commissarissen deze commissie in de gelegenheid stellen een aanbeveling te doen. Lid 11 komt grotendeels overeen met het oude lid 13. Aangegeven wordt welke ondernemingsraad bevoegd is een aanbeveling te doen voor de benoeming van een commissaris indien er meerdere ondernemingsraden, een groepsondernemingsraad of een centrale ondernemingsraad is. De bevoegdheidsverdeling tussen de centrale ondernemingsraad, de eventuele groepsondernemingsraad en de ondernemingsraden is geregeld in artikel 35 WOR. De centrale ondernemingsraad en de groepsondernemingsraad mogen alleen die onderwerpen behandelen die van belang zijn voor alle of een meerderheid van de ondernemingen waarvoor die centrale of groepsondernemingsraad is ingesteld. In dat geval zijn zij exclusief bevoegd, hetgeen wil zeggen dat de ondernemingsraad op het lagere niveau zijn bevoegdheden die uit dit artikel voortvloeien, verliest.

In zijn advies geeft de SER aan (p. 91) dat op basis van overeenstemming tussen de raad van commissarissen, de aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad moet kunnen worden afgeweken van het wettelijke benoemingsstelsel. Als onderdelen van het benoemingsstelsel waarvan kan worden afgeweken, noemt de SER vaststelling van het aantal leden van de raad van commissarissen; het doen van een voordracht aan het orgaan dat tot benoeming bevoegd is; benoeming of verwerping van de voordracht; het aantal commissarisplaatsen dat in aanmerking komt voor het bijzondere voordrachtsrecht van de ondernemingsraad; procedurele aspecten en de zittingstermijn van commissarissen. Partijen kunnen ook kiezen voor de bestaande gecontroleerde coöptatie. Al langer blijkt in de praktijk behoefte te zijn aan een mogelijkheid om van de wettelijke benoemingsregeling af te wijken. Het nieuwe lid 12 maakt die afwijkingen mogelijk indien daarover overeenstemming wordt bereikt door de ondernemingsraad, de raad van commissarissen en de algemene vergadering. De wet biedt aldus de ruimte voor maatwerk. Om er zeker van te zijn dat dit maatwerk voor een ieder kenbaar is, moeten de afspraken worden opgenomen in de statuten van de vennootschap. Afwijking van de benoemingsprocedure vergt derhalve een statutenwijziging. Voor het besluit tot statutenwijziging gelden de gewone wettelijke of statutaire meerderheids- en quorumeisen.

Het oude lid 12 voorzag in de mogelijkheid voor overheden tot het benoemen van commissarissen van overheidswege bij structuurvennootschappen. Dit artikellid wordt geschrapt gelet op het overleg met de Kamer in het voorjaar van 2001 (Kamerstukken II, 2000/01, 22 064, nr. 5 en 6). Wij streven naar meer transparantie van de relatie tussen de Staat en zijn deelnemingen. De Staat kan ten aanzien van die deelnemingen verschillende functies vervullen. Binnen de vennootschap maakt hij deel uit van de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarnaast kan de Staat toezichthouder of beleidsmaker zijn. Het recht van benoeming van een bijzondere commissaris brengt het gevaar van belangenverstremming met zich. Daarnaast zijn wij van oordeel dat de Staat als aandeelhouder noch een meer bevoorrechte, noch een slechtere positie mag innemen dan andere aandeelhouders. De uitwerking van dit beginsel is afhankelijk van de juridische vormgeving en doelstelling van de deelneming. Naast deelnemingen in vennootschappen waarop de structuurregeling van toepassing is bestaan er ook deelnemingen in vennootschappen waarop de regeling niet van toepassing is en deelnemingen in vennootschappen die tot primaire taak hebben de vervulling van een publiek belang. Voor structuurvennootschappen betekent het beleid dat het recht tot bijzondere benoeming behoort te vervallen. Schrapping van de overheidscommissaris laat onverlet dat de Staat als eventuele (groot-) aandeelhouder de invloed uitoefent die de wet en de nieuwe regeling voor structuurvennootschappen aan de aandeelhouders en de algemene vergadering van aandeelhouders verleent.

#### *Artikel 159/269*

Dit artikel regelt de gevolgen van de afwezigheid van de gehele raad van commissarissen. Gedoeld is op gevallen waarin de structuurregeling van toepassing wordt op een vennootschap die geen raad van commissarissen heeft. In zo'n geval benoemt de algemene vergadering de raad van commissarissen. Vaak gebeurt dit in het kader van de statutenwijziging die onvermijdelijk is als de structuurregeling op een vennootschap van toepassing wordt. De ondernemingsraad kan thans bezwaar maken tegen een voorgenomen benoeming. Dit artikel moet worden aangepast gelet op het voorstel dat het bezwaarrecht van artikel 158 vervalt en een versterkt recht van aanbeveling wordt ingevoerd.

Lid 2 bepaalt dat degene die de algemene vergadering bijeenroept – doorgaans het bestuur – tevens de ondernemingsraad inlicht over de benoe-

ming van de commissarissen. Het versterkte aanbevelingsrecht wordt in dat geval niet geldend gemaakt jegens de raad van commissarissen, die er immers nog niet is, maar rechtstreeks jegens de algemene vergadering. De verwijzing in lid 3 nieuw (lid 4 oud) maakt duidelijk dat de procedure rond het versterkt voordrachtsrecht ook hier geldt, waarbij de algemene vergadering de rol van de raad van commissarissen overneemt. De algemene vergadering kan slechts weigeren een kandidaat te benoemen op de in lid 6 genoemde gronden. Alsdan heeft de ondernemingsraad het recht opnieuw een voordracht te doen.

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.

Voor de situatie dat de alle commissarissen ontbreken als gevolg van het ontslag door de algemene vergadering geldt een bijzondere regeling die is opgenomen in het nieuwe artikel 2:161a/271a BW. De commissie vennootschapsrecht adviseerde tot zo'n splitsing.

#### *Artikel 161/271*

Dit betreft een technische wijziging. De artikelen 2:161 lid 2/271 lid 2 BW bepalen thans dat in verband met het ontslag van een commissaris 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, lid 11 en 13 van artikel 2:158/268 BW (benoeming van een commissaris) van overeenkomstige toepassing zijn. Dit betreft de mogelijkheid een aandeelhouderscommissie in te stellen en de aanwijzing van de bevoegde ondernemingsraad indien er meerdere ondernemingsraden zijn of er een centrale ondernemingsraad is. Met dit wetsvoorstel vindt een hernummering van artikel 158/268 plaats, zodat de verwijzing naar de leden 11 en 13 moet worden vervangen door een verwijzing naar de leden 10 en 11. Lid 4 is geschrapt.

#### *Artikel 161a/271a*

De SER heeft overwogen of er een regeling moet worden getroffen op grond waarvan de raad van commissarissen tussentijds kan worden heengezonden (p. 67) met behoud van de ontslagprocedure voor individuele commissarissen. De SER heeft voorop gesteld dat zowel de algemene vergadering als de ondernemingsraad in staat is om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen. De wet verbindt daaraan echter geen consequentie. De raad kan het desbetreffende besluit van de aandeelhouders en/of de ondernemingsraad naast zich neerleggen. Naar het oordeel van de SER (p. 68) moet de wet gevolgen verbinden aan de opzegging van het vertrouwen in de gehele raad in het licht van de specifieke verantwoordingsplicht van de raad van commissarissen jegens de verstrekkers van risicodragend kapitaal. De SER heeft een regeling voorgesteld op grond waarvan de algemene vergadering kan besluiten dat de raad van commissarissen in zijn geheel dient af te treden. Dit besluit moet worden genomen met 2/3 van de stemmen vertegenwoordigende ten minste 1/3 van het geplaatste kapitaal. De SER heeft aangegeven dat er geen specifieke voorziening behoeft te worden getroffen voor het geval de ondernemingsraad het niet eens is met een of meer onderdelen van het ondernemingsbeleid er daarom het vertrouwen in de raad van commissarissen

rissen opzegt (p. 69). 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). Voorts kan de ondernemingsraad 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.

In de door de SER voorziene gevallen zal sprake zijn van een min of meer langdurig verstoorde verhouding in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Daarom moet de ondernemingsraad zich naar kunnen uitspreken over het voornemen van de aandeelhouders om de raad van commissarissen te ontslaan. Daarvoor moet de ondernemingsraad ten minste vier weken de tijd hebben. Het oordeel van de ondernemingsraad zou aan de raad van commissarissen en de algemene vergadering meegedeeld moeten worden. Voorts moet de ondernemingsraad in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt nader toe te doen lichten, aldus de SER.

Het heenzenden van de raad van commissarissen is een ultimum 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. Het instrument moet niet worden gebruikt om de raad van commissarissen onevenredig onder druk te zetten of te dwingen tot het nemen van besluiten die uitsluitend gericht zijn op de korte-termijn behoeften van dat kleine deel van de kapitaalverschaffers dat op een bepaalde vergadering een toevallige meerderheid uitmaakt. Daarom worden aan het besluit quorum- en meerderheidseisen gesteld. De algemene vergadering kan het vertrouwen in de gehele raad slechts opzeggen met een 2/3 meerderheid van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigende ten minste 1/3 van het geplaatste kapitaal. Men herkent hierin de gekwalificeerde meerderheid bij het verzet tegen de benoeming van een voorgedragen kandidaat.

Een besluit tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad door de algemene vergadering moet zijn gebaseerd op een daartoe strekkend agendapunt. Het besluit wordt niet genomen voordat de ondernemingsraad in kennis is gesteld van de omstandigheid dat het (opzeggen van het) vertrouwen in de raad een agendapunt van de algemene vergadering is, alsmede de gronden voor dat voorgenomen besluit. Het artikel bepaalt daartoe dat het voorstel met redenen omkleed moet zijn. Op advies van de commissie vennootschapsrecht is afgezien van het stellen van verdergaande eisen zoals een beperking van de gronden waarop het kan berusten. De ondernemingsraad dient een redelijke termijn te hebben om tot een standpunt te komen. Lid 2 bepaalt daartoe dat de kennisgeving aan de ondernemingsraad ten minste 30 dagen voor de algemene vergadering waarin het voorstel zal worden behandeld, moet plaatsvinden.

Aan het ontslagrecht kan in samenhang met de beoogde rol van de ondernemingsraad slechts invulling worden gegeven indien in boek 2 BW een recht van agendering voor kapitaalverschaffers wordt opgenomen en de ondernemingsraad voldoende tijd heeft om tot een beslissing te komen. Op grond van de artikelen 2:114a/224a BW geldt dat mogelijke agendapunten in ieder geval op een termijn van 60 resp. 30 dagen voor de algemene vergadering bekend moeten zijn bij de vennootschap, tenzij statutair een kortere termijn is bepaald. De termijn tussen het vaststellen van

de agenda en de datum van de algemene vergadering zal in de praktijk voor grote vennootschappen ten minste 30 dagen bedragen. Wij menen dat een termijn van 30 dagen de ondernemingsraad ook voldoende tijd biedt om te beraadslagen over zijn standpunt.

Wanneer de ondernemingsraad een standpunt ter zake heeft bepaald, wordt dit aan het bestuur kenbaar gemaakt en stelt dat orgaan de raad van commissarissen, de aandeelhouders en de certificaathouders uiterlijk op de algemene vergadering op de hoogte. Ook heeft de ondernemingsraad het recht zijn standpunt te doen toelichten in de algemene vergadering. Indien de ondernemingsraad het voorgenomen besluit van de algemene vergadering steunt, is waarschijnlijk dat de raad van commissarissen wordt geconfronteerd met een motie van wantrouwen. Steunt de ondernemingsraad dat besluit niet, dan is het aan de aandeelhouders te bezien of zij hun steun aan het voorgenomen besluit geven of onthouden. Zij zijn niet gebonden aan het standpunt van de ondernemingsraad. Voor de hand ligt dat zij nogmaals goed afwegen of het beoogde ontslag van de raad van commissarissen gerechtvaardigd is, gelet op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

Lid 3 ziet op de situatie na het ontslag van de raad van commissarissen. Voor de toepassing van de voorschriften van de structuurregeling wordt de feitelijke aanwezigheid van zowel de ondernemingsraad als de raad van commissarissen verondersteld. Als de algemene vergadering het vertrouwen in de gehele raad heeft opgezegd is er niet langer een commissaris in functie om de raad te vertegenwoordigen en de aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad van een vacature op de hoogte te stellen met inachtneming van de regels van artikel 2:158/268 lid 5 BW. De SER heeft voorgesteld 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, maar die, zo begrepen wij uit het advies, niet tot commissaris worden benoemd.

Wij voelen niet voor de introductie van «ad interim waarnemers» met een onduidelijke status. De werkzaamheden van de aangewezen personen zijn die van een commissaris. Dat kan slechts leiden tot de conclusie dat de bedoelde personen feitelijk de functie van commissaris hebben vervuld en bij kennelijk onbehoorlijke vervulling van de daarbij behorende taken ook als zodanig aansprakelijk kunnen worden gesteld (artikel 2:149/259 juncto artikel 2:138/248 lid 7 BW). Wij geven daarom de voorkeur aan een regeling waarbij de door de ondernemingskamer benoemde personen worden aangemerkt als commissaris van de vennootschap. Lid 3 bepaalt daarom dat het bestuur van de vennootschap onverwijld de rechter verzoekt een of meer commissarissen aan te stellen. Het is de verantwoordelijkheid van het bestuur om zo spoedig mogelijk nadat duidelijk is dat alle commissarissen ontbreken een verzoekschrift in te dienen bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Men vergelijk de tijdelijke aanstelling van een commissaris indien wanbeleid is vastgesteld in het kader van een enquêteprocedure (artikel 2:356–357 BW).

De ondernemingskamer regelt de gevolgen van de benoeming. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de vergoeding van de commissaris. De ondernemingskamer zal moeten bepalen voor welke tijd de aanstelling geldt. De tijdelijkheid van de aanstelling blijkt ook uit lid 4, dat regelt dat de raad van commissarissen die ontstaat door de uitspraak van de rechter moet bevorderen dat een nieuwe raad van commissarissen wordt samengesteld overeenkomstig de gewone benoemingsregels van artikel 2:158/258 BW. De ondernemingskamer bepaalt voorts binnen welke termijn de commissaris(sen) een nieuwe raad van commissarissen moeten doen samenstellen.



Een door de ondernemingskamer op grond van deze bepaling aange-  
stelde commissaris kan niet door de algemene vergadering worden  
geschorst of ontslagen. De laatste zin van lid 1 bepaalt dat een besluit tot  
ontslag van de raad ten opzichte van deze commissarissen rechtskracht  
ontbeert.

#### *Artikel 163/273*

Artikel 2:163/273 BW regelt thans dat de vaststelling van de jaarrekening  
door de raad van commissarissen geschiedt en bevat de verplichting om  
vervolgens goedkeuring te vragen van de jaarrekening van de aandeel-  
houders, alsmede overlegging van de jaarrekening aan de ondernemings-  
raad. Deze regeling wordt vervangen door de in artikel 2:101/210 BW  
voorgestelde regeling op grond waarvan de algemene vergadering beslist  
over vaststelling van de jaarrekening. De bespreking met de onderne-  
mingsraad van de vastgestelde jaarrekening geschiedt overeenkomstig  
het bepaalde in artikel 31a WOR: daarnaast wordt aan de ondernemings-  
raad de opgemaakte jaarrekening toegezonden ingevolge het voorge-  
stelde lid 2 van artikel 2:101/210 BW.

#### *Artikel 195*

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. Daarbij  
is evenwel verzuimd de verwijzingen naar artikelleden in de tekst ook aan  
te passen. Het gaat om de verwijzing in de leden 5, 6 en 7 naar de  
blokkeringsregeling die thans in lid 4 staat. Voorgesteld wordt deze vergis-  
sing te herstellen.

#### *Artikel 362 lid 6, artikel 393 lid 6 en artikel 394*

In deze artikelen worden de verwijzingen naar het goedkeuringsrecht van  
de aandeelhoudersvergadering na vaststelling van de jaarrekening door  
de raad van commissarissen geschrapt.

#### *Artikel 382*

Er is op gewezen dat de vraag of de zogenoemde verzwakte structuur-  
regeling in artikel 2:155/265 lid 2 BW kan worden toegepast soms lastig te  
beantwoorden 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. Voorge-  
steld 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 rechtspers-  
soon. De rechtspersoon kan geen informatie verschaffen over het aantal  
werknemers in binnen- en buitenland van de moedermaatschappij.

## **ARTIKEL II**

In verband met de gewijzigde systematiek van goedkeuring en vaststelling  
van de jaarrekening heeft ook de Wet op de ondernemingsraden  
aanpassing. Op grond van artikel 31a lid 2 van die wet moet de jaarreke-  
ning van een structuurvennootschap na de vaststelling door de raad van

commissarissen worden verstrekt aan de ondernemingsraad. Dat zal nu, zoals bij gewone vennootschappen, zo spoedig mogelijk moeten geschieden na de vaststelling van de jaarrekening door de algemene vergadering. De eerste volzin van het tweede lid voorziet daarin. De tweede zin die ziet op de uitzondering voor structuurvennootschappen kan vervallen. Dat vergt ook een aanpassing van de verwijzing in de laatste volzin.

### **ARTIKEL III**

In de adviesaanvraag van het kabinet is aandacht gevraagd voor de toepassingscriteria van de structuurregeling. De SER heeft geoordeeld dat er geen aanleiding is het werknemerscriterium te wijzigen. Internationaal bestaan er veel verschillen, maar Nederland loopt met een criterium van 100 werknemers niet uit de pas, aldus de SER.

Ten aanzien van het kapitaalscriterium oordeelt de SER dat de omstandigheid dat het verspreid aandelenbezit afneemt geen reden is voor een belangrijke verhoging. Ook wijst de SER er op dat met schaalvergroting rekening is gehouden bij de totstandkoming van de structuurregeling; om die reden is een vast vermogenscriterium gekoppeld aan een prijsindexatie. De SER stelt voor het kapitaalscriterium vast te stellen op 35 miljoen gulden (16 miljoen euro). Het bedrag van 16 miljoen is overgenomen in het wetsvoorstel. De SER heeft voorts geadviseerd dit bedrag te indexeren vanaf 1 januari 2000. In het wetsvoorstel is opgenomen dat als datum sedert welke de ontwikkeling van het prijsindexcijfer wordt vastgesteld, de datum van het inwerkingtreden van deze wet geldt. Op die datum wordt ook het kapitaalscriterium aangepast.

### **ARTIKEL IV**

Op verschillende punten moet aandacht worden geschonken aan het overgangsrecht. Allereerst denken wij aan de vennootschappen die in het verleden op enig moment niet meer verplicht waren het structuurregime toe te passen en de regeling op het moment van de inwerkingtreding van de wet vrijwillig toepassen. De commissie vennootschapsrecht heeft erop gewezen dat door sommige structuurvennootschappen nauwelijks nog na te gaan is wanneer zij ophielden aan de voorschriften te voldoen. Wij voegen daaraan toe dat de grote hoeveelheid nationale en internationale herstructureringen van het Nederlandse bedrijfsleven ertoe leiden dat niet goed meer na te gaan is op welk moment een vennootschap ophiel aan de voorschriften te voldoen, laat staan dat met zekerheid is na te gaan of de vennootschap bij aanvang van de toepassing van de structuurregeling daartoe door de wet werd gedwongen dan wel dit vrijwillig heeft gedaan. Dit is van belang omdat de SER bij zijn voorstel uitsluitend voor ogen had de situatie dat de vennootschap op grond van een wettelijke verplichting tot die structuurwijziging werd gedwongen en de aandeelhouders daarover niet een eigen besluit hadden kunnen nemen.

Aldus ontstaat voor ons de keuze tussen een regeling waardoor alleen vennootschappen die na de inwerkingtreding van de wet in de in artikel 154/264 beschreven situatie geraken, verplicht zijn het besluit tot voortzetting dan wel afschaffing aan de aandeelhouders voor te leggen en een regeling die alle of een bepaald deel van de vrijwillige structuurvennootschappen daartoe verplicht. De commissie vennootschapsrecht adviseerde de overgangsregeling te beperken tot vennootschappen die de afgelopen vijf jaar de regeling vrijwillig zijn gaan toepassen. Deze vennootschappen moeten op de eerste algemene vergadering na de inwerkingtreding van de wet de eventuele continuering van het structuurregime agenderen en afhankelijk van de besluitvorming, hun statuten

aanpassen overeenkomstig het nieuwe artikel 2:154/264 lid 4 BW. Naar ons oordeel is dit een goede middenweg tussen de uitzondering voor alle gevallen – ook degenen die in het zicht van een nieuwe regeling tot statutenwijziging besluiten – en een wellicht zuiverder, maar in de praktijk niet te hanteren regeling.

De vraag of de toepassing van de structuurregeling wordt gehandhaafd moet aan de algemene vergadering worden voorgelegd indien de vennootschap op of na 1 januari 1997 is overgegaan tot toepassing van het volledige structuurregime hoewel zij beroep kon doen op een vrijstelling dan wel het verzwakte regime kon toepassen. Hetzelfde geldt voor de vennootschap die al voor 1 januari 1997 het volledige structuurregime toepaste en op of na 1 januari 1997 in de omstandigheid kwam te verkeren dat zij beroep kon doen op een vrijstelling of het verzwakte regime, maar dat niet heeft gedaan. De algemene vergadering behoeft uitsluitend te worden geraadpleegd wanneer de mogelijkheid van een vrijstelling of de toepassing van het verzwakte regime ook op de datum van inwerkingtreding van de wet nog openstaat.

Ook zijn er vennootschappen die in de afgelopen vijf jaar hebben gekozen voor voortgezette toepassing op grond van afspraken met bijvoorbeeld de ondernemingsraad. De SER heeft naar onze indruk niet bedoeld de toepassing van de structuurregeling ook voor te leggen aan de algemene vergadering in gevallen waarin die vrijwillige voortzetting de uitkomst was van onderhandelingen met onder meer de ondernemingsraad. De laatste zin van het eerste lid ontslaat zo'n vennootschap van de verplichting vervat in artikel 2:154/264.

Alle structuurvennootschappen dienen te bepalen of en zo ja hoeveel leden van de raad van commissarissen benoemd moeten worden op aanbeveling van de ondernemingsraad wanneer een vacature in de raad van commissarissen ontstaat. Een ander is afhankelijk van het rooster van aftreden van de commissarissen, de omvang van de raad, de invloed van de ondernemingsraad op de samenstelling van de zittende raad etc. Daarom wordt bepaald dat de raad een profielschets voor zijn beoogde samenstelling en omvang moet opstellen. Vervolgens zal men vooruitlopend op een vacature in de raad moeten bepalen of en in welk geval het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad geldt. Op grond van lid 5 van artikel 2:158/268 BW dient te worden aangegeven wanneer een commissaris zal kunnen worden benoemd met inachtneming van het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Om te bevorderen dat de samenstelling van de raad van commissarissen binnen een redelijke termijn in overeenstemming is met de gedachte van de SER, wordt bepaald dat bij het vrijvallen van een vacature om en om zal moeten worden benoemd met inachtneming van het bindend voordrachtsrecht van de raad van commissarissen respectievelijk het bijzonder voordrachtsrecht van lid 6. Dat wil zeggen dat bij het eerstvolgend defungeren van een commissaris een kandidaat wordt voorgedragen door de raad met inachtneming van het bepaalde in artikel 2:158/268 lid 5 en voor de eerstvolgende met inachtneming van het bepaalde in lid 6, net zolang tot het maximum van 1/3 is vervuld.

De commissie vennootschapsrecht heeft er voorts op gewezen dat een overgangsregeling moet worden getroffen in verband met het bepaalde in artikel 2:158/268 lid 12. Dit artikellid maakt het mogelijk dat raad van commissarissen, algemene vergadering en ondernemingsraad gezamenlijk besluiten tot een ander benoemingsmodel dan het in de leden 5 en 6 voorgeschreven model. Hierbij doen zich verschillende vragen van overgangsrecht voor. Het is mogelijk dat partijen in de bestaande structuurvennootschap al overeenstemming hadden bereikt over een bepaald model, maar het in artikel 2:158/268 voorgeschreven model door een van hen aantrekkelijker wordt gevonden. Alsdan is de vraag of men kan worden gehouden aan de eerdere afspraken en of deze rechtens beschouwd zouden moeten worden als een uitwerking van lid 12 dan wel

dat daarvoor een nieuw besluit van de algemene vergadering met de goedkeuring van de raad van commissarissen en de instemming van de ondernemingsraad is vereist. Mogelijk is ook dat over de samenstelling van de raad van commissarissen eerder afspraken zijn gemaakt tussen aandeelhouders en raad, zonder dat de ondernemingsraad daarbij betrokken was.

Het is niet goed denkbaar dat het overgangsrecht voor al deze gevallen een afzonderlijke regeling biedt. Daarom is geen bijzondere regeling getroffen. Iedere structuurvennootschap zal op het moment van inwerkingtreding van deze wet haar statuten in overeenstemming moeten brengen met het bepaalde in (onder meer) artikel 158/268. Vanaf dat moment is er ook gelegenheid om krachtens het bepaalde in lid 12 van de wet af te wijken. Een besluit strekkend tot uitvoering van het bepaalde in lid 12 moet dus worden genomen na de inwerkingtreding van deze wet. Ontbreekt zo'n besluit, dan geldt artikel 2:158/168 onverkort en ongeacht andersluidende bepalingen in de statuten. Alsdan is de vennootschap gehouden haar statuten in overeenstemming te brengen met de wet. In zoverre is hier geen verschil met het geval dat de structuurregeling dwingend van toepassing wordt op een vennootschap, in welk geval de wet er eveneens van uitgaat dat de statuten worden aangepast aan de nieuwe wettelijke voorschriften. Indien een van de belangenhebbende partijen meent dat een ander op onredelijke of onbillijke wijze zijn instemming of goedkeuring aan het bepaalde in lid 12 onthoudt, zal de rechter uitkomst moeten bieden.

## **ARTIKEL V**

Teneinde rekening te kunnen houden met de gevolgen van de Tijdelijke referendumwet (Kamerstukken II 2000–2001, 27 034), is gekozen voor inwerkingtreding bij koninklijk besluit. Op deze manier kan worden verzekerd dat de termijn van zes weken die voortvloeit uit artikel 12 lid 1 Tijdelijke referendumwet in acht kan worden genomen.

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