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

Inleiding

Op 9 september 2003 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling (28 179) aangenomen. De ingrijpende herziening van de structuurregeling waarin dit wetsvoorstel voorziet, is daarmee een stuk dichterbij gekomen. Reden om in deze bijdrage bij de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige structuurregeling stil te staan. Ook de verdere aanpassingen van Boek 2 ingevolge het wetsvoorstel – dat niet beperkt is tot aanpassing van de structuurregeling, maar ook bepalingen bevat die (tevens) voor niet-structuurvennootschappen gelden – zullen daarbij kort worden behandeld.

Wijziging structuurregeling

Benoeming en ontslag van commissarissen

Het huidige coöptatiesysteem waarin commissarissen door de raad van commissarissen (RvC) worden benoemd, verdwijnt. Daarvoor in de plaats komt een systeem waarbij de benoemingsbevoegdheid berust bij de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA), zij het dat deze daarin niet geheel vrij is. De opzet is als volgt.

De RvC stelt een profielschets op voor zijn omvang (minimaal drie commissarissen) en samenstelling, daarbij rekening houdend met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. Deze bespreekt hij bij de eerste vaststelling en bij iedere latere wijziging in de AVA en met de ondernemingsraad (OR). Indien er een vacature binnen de RvC ontstaat, deelt de RvC dit tijdig mee aan de AVA en de OR, waarbij hij tevens aangeeft wanneer de vacature vervuld moet zijn en aan welke profielschets een kandidaat moet voldoen. De AVA en de OR kunnen vervolgens personen voor voordracht als commissaris aanbevelen. Voor een derde van het aantal commissarissen geldt daarbij een versterkt aanbevelingsrecht van de OR, wat inhoudt dat de RvC de door de OR aanbevolen persoon op de voordracht moet plaatsen. Dit is alleen anders indien de RvC bezwaar maakt vanwege de ongeschiktheid van de aanbevolen persoon of omdat de RvC met de benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld. Wat dit laatste betreft, speelt de profielschets een grote rol. Handhaaft de RvC, na overleg met de OR, zijn bezwaar, dan beslist de Ondernemingskamer op verzoek van de RvC. De AVA neemt het benoemingsbesluit op basis van de door de RvC opgestelde voordracht. Deze voordracht kan de AVA (ook indien het een door de OR aanbevolen kandidaat betreft) met volstreekte meerderheid vertegenwoordigend minimaal een derde van het geplaatste kapitaal afwijzen. Indien niet minstens een derde van het geplaatste kapitaal ter vergadering vertegenwoordigd was, kan een nieuwe vergadering worden bijengeroepen waarin de voordracht kan worden afgewezen met een volstreekte meerderheid zonder dat er een quorumeis geldt. Hoewel het wetsvoorstel dit niet expliciet bepaalt, lijkt uit het systeem daarvan te volgen dat pas sprake kan zijn van een tweede vergadering indien in de eerste vergadering het quorum niet is gehaald, maar wel een meerderheid van de stemmen is uitgebracht voor afwijzing. Heeft immers tijdens een eerste vergadering waarbij het quorum niet is gehaald, een meerderheid wel conform de voordracht voor benoeming gestemd, dan is dit benoemingsbesluit (waarvoor anders dan voor het afwijzingsbesluit geen quorum geldt) rechtsgeldig genomen en is een tweede vergadering voor afwijzing van de voordracht een gepasseerd station. Na een afwijzing moet de RvC overeenkomstig de hiervoor beschreven procedure wederom een voordracht opstellen. Indien de AVA de voordracht niet afwijst, maar evenmin tot overeenkomstige benoeming overgaat, benoemt de RvC de voorgedragen kandidaat. In de statuten kan van het nieuwe benoemingsstelsel worden afgeweken en bijvoorbeeld voor de bestaande gecontroleerde coöptatie worden gekozen. Voor het besluit tot statutenwijziging is

voorafgaande goedkeuring van de RvC en toestemming van de OR nodig. Is ook het afwijkende systeem gebaseerd op benoeming door de AVA op basis van een bindende voordracht, zo begrijp ik het wetsvoorstel, dan kan echter van het hiervoor beschreven recht van de AVA tot afwijzing (in een eerste of een tweede vergadering) niet worden afgeweken. De overheidscommissaris komt in de herziene structuurregeling niet terug.

De AVA wordt bevoegd om met volstreekte meerderheid vertegenwoordigend minimaal een derde van het geplaatste kapitaal de RvC bij gebrek aan vertrouwen collectief te ontslaan. Bij een collectief ontslag zal de Ondernemingskamer hangende de nieuwe benoemingsprocedure tijdelijk één of meer commissarissen aanstellen.

Jaarrekening

Onder de nieuwe wetgeving wordt de AVA ook bij structuurvennootschappen het orgaan dat de jaarrekening vaststelt. Bij AMvB kunnen nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een in de AMvB aan te wijzen gedragscode (zoals de gedragscode van de Commissie -Tabaksblat).

Vrijstellingen, verzwakt regime en vrijwillige toepassing

Afhankelijke maatschappijen van structuurvennootschappen blijven ook onder de nieuwe structuurregeling vrijgesteld van het structuurregime. Hetzelfde geldt voor internationale financierings- en houdstermaatschappijen. Het verzwakte regime blijft gelden voor de structuurvennootschap binnen een internationaal concern. Daarnaast wordt het verzwakte regime toepasselijk op familievennootschappen en op vennootschappen waarvan het gehele geplaatste kapitaal in handen is van een vereniging, een stichting (niet zijnde een stichting-administratiekantoor) of een publiekrechtelijke rechtspersoon. Er is sprake van een familievennootschap indien het gehele geplaatste kapitaal wordt gehouden door één natuurlijke persoon of door twee of meer natuurlijke personen volgens een onderlinge regeling tot samenwerking. Onder het begrip natuurlijke persoon vallen ook de echtgenoot, de geregistreerde partner en bloedverwanten in de rechte lijn, mits deze bloedverwanten binnen zes maanden na het overlijden van de natuurlijke persoon een onderlinge regeling tot samenwerking zijn aangegaan.

Het vrijwillig toepassen van het structuurregime wordt aan beperkingen onderworpen. In de eerstvolgende AVA nadat een vrijstelling op de vennootschap van toepassing is of deze voor het verzwakte regime kwalificeert, moet het bestuur de AVA voorstellen om het structuurregime

volledig af te schaffen dan wel het verzwakte regime toe te passen. Dit voorstel moet ook aan de AVA worden gedaan indien een vennootschap op of na 1 januari 1997 vrijwillig het structuurregime is gaan of blijven toepassen. Indien indertijd door de AVA na overeenstemming met de RvC en de OR tot toepassing of handhaving van het structuurregime is besloten, is een dergelijk voorstel echter niet verplicht. Het besluit van de AVA terzake wordt genomen met volstreekte meerderheid, ongeacht eventuele statutaire voorzieningen omtrent besluitvorming en goedkeuringsvereisten voor statutenwijziging. Indien de AVA tot afschaffing van het structuurregime of toepassing van het verzwakte regime besluit, maar er vervolgens geen besluit tot statutenwijziging volgt, kan de Ondernemingskamer de statuten vaststellen.

Verdere wijzigingen Boek 2

Goedkeuringsrecht AVA

Bij de NV (maar niet bij de BV) zullen bestuursbesluiten 'omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming' onderworpen zijn aan goedkeuring van de AVA. Het wetsvoorstel bevat een opsomming van bestuursbesluiten waarvoor goedkeuring in ieder geval vereist is: overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming; het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking, indien van ingrijpende betekenis voor de vennootschap; en het nemen of afstoten van een deelneming ter waarde van ten minste een derde van het bedrag van de activa. Het ontbreken van goedkeuring van de AVA tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aan. Een vergelijkbare wettelijke bepaling voor de BV acht de wetgever onnodig. Zijn argument daarvoor is dat aandeelhouders van een BV doorgaans dicht bij het bestuur betrokken zijn of praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich niet daarin kunnen vinden. Aandeelhouders in besloten verhoudingen kunnen volgens de wetgever desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten. Toevoeging van een wettelijk goedkeuringsrecht voor de BV zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die niets toevoegen. Naar huidig recht wordt algemeen aangenomen dat zowel bij de NV als de BV de AVA in principe (mede) beslissende bevoegdheid heeft wanneer het gaat over besluiten die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of op de beschikking van een wezenlijk deel van haar onderneming. Dat de wetgever dit algemeen aangenomen recht wel voor de NV codificeert, maar niet

voor de BV, betekent mijns inziens niet dat de wetgever het bestaan daarvan afwijst c.q. dit recht na invoering van het wetsvoorstel niet meer in bepaalde situaties in enigerlei vorm aan de aandeelhouders van BV's kan toekomen.

Agenderingsrecht

Een aandeelhouder of een groep van aandeelhouders die ten minste 1% van het geplaatste kapitaal bezit of, indien het om een beursvennootschap gaat, een beurswaarde van € 50 miljoen vertegenwoordigt, krijgt het recht om opname van onderwerpen op de agenda te verlangen. Het verzoek daartoe moet uiterlijk zestig dagen (bij de BV dertig dagen) voor de vergadering schriftelijk aan de vennootschap worden gedaan. In de statuten kan het vereiste van het gedeelte van het kapitaal of de waarde van de aandelen lager worden gesteld en de termijn voor indiening van het verzoek worden verkort. Het bestuur hoeft niet aan het verzoek tot agendering te voldoen indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen de behandeling van het onderwerp verzet. Het agenderingsrecht komt tevens toe aan houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten.

Volmacht genoteerde certificaten

Houders van beursgenoteerde met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten worden op hun verzoek door het administratiekantoor (AK) gevolmachtigd om het stemrecht op de onderliggende aandelen uit te oefenen. Deze volmacht is onbeperkt en daarmee niet begrensd door een beperking van de royeringsmogelijkheid. Het AK kan de volmacht slechts beperken, uitsluiten of herroepen, indien (a) een vijandig openbaar bod is aangekondigd of uitgebracht, of de verwachting bestaat dat het zal worden uitgebracht, (b) iemand of een groep 25% van het geplaatste kapitaal in handen heeft gekregen, of (c) naar het oordeel van het AK het stemrecht van een certificaathouder wezenlijk in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het AK moet een besluit tot beperking, uitsluiting of herroeping gemotiveerd ter kennis van de certificaathouders en aandeelhouders brengen. Het recht op een volmacht is onbeperkt indien de meerderheid van de stemmen in het bestuur van het AK kan worden uitgebracht door niet-onafhankelijke bestuurders. Bij de besluitvorming over het beperken, uitsluiten of herroepen van de volmacht en over de wijze waarop het stemrecht op de door het AK beheerde aandelen wordt uitgeoefend, kunnen niet-onafhankelijke bestuurders geen stem uitbrengen.

Bezoldiging van bestuurders en commissarissen

Naamloze vennootschappen moeten een door de AVA vastgesteld beleid ten aanzien van de bezoldiging van het bestuur hebben. Heeft de vennootschap een OR, dan wordt het voorgestelde beloningsbeleid tevens ter kennisneming aan de OR aangeboden. De bezoldiging van bestuurders wordt met inachtneming van het beleid door de AVA vastgesteld, tenzij de statuten een ander orgaan daartoe aanwijzen. Is een ander orgaan dan de AVA op grond van de statuten op dit punt bevoegd, dan legt dat orgaan voorstellen voor aandelen- en optieregelingen ter goedkeuring aan de AVA voor. In een dergelijk voorstel moet ten minste worden bepaald hoeveel effecten aan het bestuur mogen worden toegekend en welke criteria voor toekenning of wijziging gelden. De bezoldiging van commissarissen (van naamloze en besloten vennootschappen) wordt een exclusieve bevoegdheid van de AVA waarvan, anders dan nu het geval is, statutair niet kan worden afgeweken.

Relatie bestuur - RvC en benoeming of herbenoeming commissarissen

Aan de op het bestuur rustende verplichting om de RvC tijdig alle voor diens taakvervulling noodzakelijke gegevens te verschaffen wordt de verplichting toegevoegd om minstens één keer per jaar de RvC schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Bij de (her)benoeming van een commissaris wordt de aanbeveling en voordracht tot (her)benoeming gemotiveerd, waarbij in het geval van herbenoeming rekening wordt gehouden met de wijze waarop de kandidaat zijn commissariaat gedurende zijn eerdere termijn(en) heeft vervuld.

Slotopmerkingen

Ingevolge het wetsvoorstel zal met name vanwege het recht van de AVA om de RvC collectief te ontslaan de uiteindelijke zeggenschap bij structuurvennootschappen voor een groot deel bij de AVA komen te berusten. Dat de AVA naast dit collectieve ontslagrecht geen onbeperkte benoemingsrechten heeft, doet hier maar in beperkte mate aan af. Bij het opstellen van de voordracht zal immers terdege rekening moeten worden gehouden met het draagvlak voor een kandidaat-commissaris in de AVA. Niet alleen omdat de AVA de voordracht kan afwijzen, maar ook omdat het doen benoemen van personen waarvoor de AVA niet warmloopt, het risico met zich brengt dat de AVA op termijn eerder geneigd zal zijn om de RvC collectief naar huis te sturen.

*Mr. M.C. Wurfbain
Stibbe*