

Afwijking van benoemingsregels voor structuurcommissarissen?

Nieuwe benoemingsregels voor commissarissen

Op 9 september 2003 is het wetsvoorstel 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling' met verschillende amendementen door de Tweede Kamer aangenomen en is het (gewijzigd) voorstel van wet aan de Eerste Kamer gezonden (Wetsvoorstel 28 179). Het wetsvoorstel bevat in een nieuw artikel 2:158 BW voor 'structuurvennootschappen' een regeling voor de benoeming van de leden van de raad van commissarissen ('structuurcommissarissen'). De structuurcommissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) op voordracht van de raad van commissarissen (RvC). De AVA en de ondernemingsraad (OR) kunnen aan de RvC personen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. De AVA kan bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, de voordracht afwijzen. Als niet ten minste een derde van het kapitaal vertegenwoordigd was, kan een nieuwe vergadering worden bijeengeroepen waarin het besluit met volstreekte meerderheid kan worden genomen. Indien de AVA de voorgedragen persoon niet benoemt en niet besluit tot afwijzing van de voordracht, benoemt de RvC de voorgedragen persoon.

Afwijking van de benoemingsregels

In het advies 'Functioneren en de toekomst van de structuurregeling' van 19 januari 2001 (p. 91) adviseert de Sociaal-Economische Raad (SER) afwijking van de wettelijke benoemingsregels toe te staan indien de RvC, de AvA en de OR daarmee instemmen. Volgens de SER zou men moeten kunnen afwijken van:

- de bevoegdheid tot vaststelling van het aantal leden van de RvC;
- de bevoegdheid tot het doen van een voordracht aan het tot benoeming bevoegde orgaan;
- de bevoegdheid tot benoeming, respectievelijk verwerping van de voordracht;
- het aantal commissarisplaatsen dat in aanmerking komt voor het doen van een versterkte voordracht door de OR;
- procedurele aspecten, zoals termijnen waarbinnen de bij de benoemingsprocedure betrokken organen hun beslissingen moeten nemen; en
- de zittingstermijn van commissarissen.

In het nieuwe artikel 2:158 lid 12 BW wordt bepaald dat in de statuten kan worden afgeweken van de wettelijke benoemingsregels en dat hiervoor een besluit tot wijziging van de statuten en de voorafgaande goedkeuring van de RvC en de OR is vereist.

Lid 12 laat afwijkingen toe van:

- a. het minimumaantal commissarissen van drie;
- b. benoeming van commissarissen door de AvA op voordracht van de RvC;
- c. het niet kunnen beperken van de kring van personen die tot commissaris kunnen worden benoemd;
- d. aanbevelingsrechten van de AvA en de OR; en
- e. afwijzing door de AvA van een voordracht door de RvC door een besluit dat met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen is genomen, tegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal.

De memorie van toelichting (Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3. p. 37) stelt dat al langer in de praktijk behoefte blijkt te zijn aan een mogelijkheid om van de wettelijke benoemingsprocedure af te wijken. Het wetsvoorstel biedt volgens de memorie ruimte voor maatwerk. Om er zeker van te zijn dat dit maatwerk voor eenieder kenbaar is, moeten de afspraken worden opgenomen in de statuten van de vennootschap. Uitdrukkelijk wordt vermeld dat lid 12 ook gecontroleerde coöptatie mogelijk maakt.

Amendement-Blok

De Tweede Kamer heeft ingestemd met een amendement op lid 12, voorgesteld door de heer Blok van de VVD (Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 45). Volgens het amendement kan niet worden afgeweken van de regel dat de AvA met een gewone meerderheid de voordracht van de RvC kan afwijzen. Volgens de toelichting op het amendement zou het eisen van een gekwalificeerde meerderheid de invloed van de aandeelhouders weer tenietdoen, hetgeen ongewenst wordt geacht. In het wetgevingsoverleg in de Vaste Commissie voor Justitie van 1 september 2003 stelt de heer Blok:

'Met betrekking tot genoemde meerderheid is een belangrijke ontsnappingsclausule ingebouwd in artikel 158. In lid 12 van dat artikel staat dat er in de statuten afgeweken kan worden van een aantal leden. Een van die leden is nr. 9, waarin de meerderheidseis wordt geregeld. Creëren we daarmee niet het risico dat in een vergadering van aandeelhouders eenmalig wordt besloten dat een gigantische meerderheid nodig is – die nooit wordt gehaald – en dat vanaf dat moment de invloed van de aandeelhouders tot in de eeuwigheid wordt geblokkeerd?'

De Minister van Justitie (bij brief van 3 september 2003) heeft het amendement ontraden omdat door het amendement de beoogde flexibiliteit om een benoemingsregeling overeen te komen die past bij de kenmerken van de betreffende onderneming, weer teniet wordt gedaan. Tijdens de algemene beraadslagingen van 4 september 2003 voegt de minister daar nog aan toe dat het amendement niet consistent is met de voorstellen van de regering, die veronderstellen dat de inrichting van de statuten een kwestie is van de onderneming.

Het amendement is ondanks de bezwaren van de minister door de Tweede Kamer aanvaard. De vraag rijst hoe verstrekkend de gevolgen van het amendement zijn voor de mogelijkheden tot afwijking van de wettelijke regeling voor de benoeming van commissarissen. Doordat het amendement afwijking van de besluitvormingsregels voor afwijzing van een voordracht door de AvA onmogelijk maakt, zou hieruit kunnen worden afgeleid dat de AvA steeds het bevoegde orgaan moet blijven.

Blijkens de discussies over het amendement is hierdoor niet beoogd andere door lid 12 toegelaten afwijkingen onmogelijk te maken. Men wilde slechts zeker stellen dat als de AvA het bevoegde orgaan is, zij een voordracht met een gewone meerderheid kan afwijzen. Het amendement laat nog steeds toe dat de bevoegdheid tot benoe-

ming van structuurcommissarissen aan anderen dan de AvA toekomt. De tekst van het nieuwe lid 12 ondersteunt deze opvatting ook, omdat door de verwijzing naar het desbetreffende artikellid nog steeds afwijking wordt toegestaan van benoeming door de AvA op voordracht van de RvC. De toevoeging 'met dien verstande dat niet kan worden afgeweken van de eerste twee zinnen van lid 9' doet hieraan niets af. Deze toevoeging geldt alleen indien de AvA het bevoegde orgaan is. Naast de ongelukkige wijze waarop het amendement in lid 12 is verwerkt, lijkt de toevoeging inhoudelijk weinig logisch. De bevoegdheid tot benoeming kan wel geheel worden weggehaald bij de AvA en worden toegekend aan bijvoorbeeld de RvC, maar men kan geen zwaardere meerderheid eisen voor een besluit van de AvA tot afwijzing van een voordracht door de RvC. Het meerdere kan wel en het mindere niet.

Overheidscommissarissen via een omweg?

Het wetsvoorstel schrapte de mogelijkheid structuurcommissarissen door de overheid te laten benoemen (huidig art. 2:158 lid 12 BW). De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (p. 37) stelt dat het recht van benoeming door de Staat het gevaar van belangenverstremgeling met zich brengt. Daarnaast stelt de memorie dat de Staat als aandeelhouder noch een meer bevoorrechte, noch een slechtere positie mag innemen dan andere aandeelhouders. Uitdrukkelijk wordt vermeld dat schrapping van de overheidscommissaris onverlet laat dat de Staat als eventuele (groot)aandeelhouder de invloed uitoefent die de wet en de nieuwe regeling voor structuurvennootschappen aan de aandeelhouders en de AvA verleent.

Onder huidig recht kan aan een derde (met uitzondering van de overheid) niet de bevoegdheid worden toegekend structuurcommissarissen te benoemen. Volgens het wetsvoorstel kan door een wijziging van de statuten met goedkeuring van de RvC en de OR worden afgeweken van de nieuwe wettelijke regels voor benoeming van structuurcommissarissen. Het wetsvoorstel bevat geen beperkingen ten aanzien van degene aan wie het benoemingsrecht wordt toegekend. Voor de niet-structuurvennootschap bepaalt de wet (art. 2:143 BW) dat ten hoogste een derde van het totale aantal commissarissen door anderen dan de AvA kan worden benoemd. Deze bepaling is niet van toepassing op de structuurvennootschap en wordt door het wetsvoorstel niet aangepast. Voor structuurvennootschappen geldt derhalve dat de bevoegdheid tot benoeming van alle commissarissen ook kan worden toegekend aan een derde en dus ook aan de overheid. Voor deze meer flexibele regeling voor de structuurvennootschap dan voor de niet-structuurven-

nootschap (niet meer dan een derde van het aantal commissarissen) lijkt geen goede reden te bestaan. Hoewel ik de beoogde flexibilisering van de benoemingsregeling voor commissarissen toejuich, is het geen goede ontwikkeling dat bevoegdheden zoals die tot benoeming van commissarissen aan anderen dan organen van de vennootschap kunnen worden toegekend, en zeker niet als het alle leden van een orgaan betreft. Het had dan ook de voorkeur verdiend de mogelijkheid om derden benoemingsrechten te geven ook voor structuurvennootschappen te beperken.

Overheidscommissarissen kunnen door gebruikmaking van de wettelijke afwijkingsmogelijkheid weer worden geïntroduceerd. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting zal de Staat hiervan geen gebruik maken. Lagere overheden, zoals gemeenten, die bijvoorbeeld op grond van de huidige statuten de bevoegdheid hebben tot benoeming van commissarissen, zullen wellicht wel hiervan gebruik willen maken om de bestaande situatie te kunnen voortzetten. Het handhaven of introduceren van overheidscommissarissen zal niet meevallen. Gezien het nu ook nog eens in de memorie van toelichting gesignaleerde gevaar van belangenverstremgeling zullen de OR en de RvC hieraan niet snel hun goedkeuring mogen geven.

Mr. C.J. Groffen