

## Benoemingsprocedure commissarissen onder de nieuwe structuurwet

### Inleiding

In het navolgende zal ik ingaan op de gevolgen van de nieuwe structuurwet<sup>1</sup> voor de benoemingsprocedure voor commissarissen. Met de verschuiving van de bevoegdheid tot benoeming van commissarissen van de raad van commissarissen naar de algemene vergadering van aandeelhouders is ook de benoemingsprocedure gewijzigd. Voor een goed begrip van het geïntroduceerde systeem is kennisneming van de parlementaire geschiedenis bij de nieuwe structuurwet van belang. De wetgever heeft op diverse plaatsen standpunten naar voren gebracht die niet direct blijken uit de bewoordingen van de wet. Aangezien deze opmerkingen bij de totstandkoming van de wet zijn gemaakt en de wet pas recentelijk, op 1 oktober 2004, van kracht is geworden, lijkt men moeilijk om deze standpunten heen te kunnen.

### De profielschets

Op grond van artikel 2:158 lid 3 BW moet de raad van commissarissen een profielschets vaststellen voor zijn omvang en samenstelling, rekening houdend met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. De raad bespreekt de profielschets voor het eerst bij vaststelling en vervolgens bij iedere wijziging in de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: de algemene vergadering) en met de ondernemingsraad.

#### *Bevoegdheid van uitsluitend de raad van commissarissen*

De bevoegdheid tot vaststelling van de profielschets ligt uitsluitend bij de raad van commissarissen. Hieruit vloeit voort dat de vaststelling van de profielschets niet aan de goedkeuring van een ander orgaan kan worden onderworpen.

#### *Voorafgaande bespreking*

De verplichting tot het bespreken van de profielschets bij vaststelling en wijziging impliceert dat vaststelling pas plaatsvindt nadat hierover overleg heeft plaatsgevonden met de algemene vergadering en de ondernemingsraad. In deze overleggen kunnen wensen en problemen ten aanzien van de schets naar voren worden gebracht. Om dit voorafgaand overleg tot uitdrukking te brengen is bij de totstandkoming van de nieuwe structuurwet het 'opstellen' van de profielschets gewijzigd in 'vaststellen'.<sup>2</sup>

---

1. De Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling (Stb. 2004, 370).

2. Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 38.

#### *Omvang raad van commissarissen*

Voorzover het betreft de omvang van de raad van commissarissen zal de profielschets het in de statuten vastgestelde aantal moeten vermelden. Indien de statuten geen vast aantal vermelden en de bevoegdheid tot vaststelling van het aantal commissarissen niet toekennen aan de raad van commissarissen, zal de profielschets het door de algemene vergadering vastgestelde aantal moeten vermelden.

#### *Profiel*

De profielschets dient in elk geval aandacht te schenken aan de aard van de met de vennootschap verbonden onderneming, de activiteiten van de onderneming en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. De profielschets kan daarnaast uitgangspunten formuleren over de toetreding van oud-bestuurders of de gewenste maatschappelijke ervaring.

De profielschets betreft het profiel van de raad van commissarissen als geheel en niet dat van een individuele kandidaat. Voor het profiel van een individuele kandidaat 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.'<sup>3</sup>

De profielschets kan wel gevolgen hebben voor de aanbeveling van een persoon als commissaris. De nota naar aanleiding van het verslag<sup>4</sup> geeft hiervan een voorbeeld:

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

#### *De Nederlandse Corporate Governance Code*

Ook de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: de Code) (best practice bepaling III.3.1) bevat voor beurs-

---

3. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, B, p. 4.

4. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 41.

genoteerde vennootschappen een verplichting tot het opstellen van een profielschets met dezelfde inhoud als vermeld in artikel 2:158 lid 3 BW. Lid 3 eist daarenboven dat de raad van commissarissen de profielschets bij vaststelling en wijziging bespreekt in de algemene vergadering en met de ondernemingsraad. De Code bevat de verplichting voor beursgenoteerde vennootschappen de profielschets algemeen verkrijgbaar te stellen en op de website van de vennootschap te plaatsen.

Volgens de Code dient de raad van commissarissen zodanig te zijn samengesteld, dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren (principe III.2). Alle commissarissen, met uitzondering van ten hoogste één persoon, dienen volgens de Code 'onafhankelijk' te zijn (best practice bepaling III.2.2). Elke commissaris dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elke commissaris dient te beschikken over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad (principe III.3).

Volgens de Code dient ten minste één lid van de raad van commissarissen een 'financieel expert' te zijn. Deze persoon moet relevante kennis en ervaring hebben opgedaan op financieel administratief/accounting terrein bij beursgenoteerde vennootschappen of bij grote rechtspersonen (best practice bepaling III.3.2).

De Code bepaalt dat het aantal commissariaten van één persoon bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen zodanig beperkt is, dat een goede taakvervulling is gewaarborgd en niet meer dan vijf bedraagt, waarbij het voorzitterschap van een raad van commissarissen dubbel telt (best practice bepaling III.3.4). Een commissaris kan volgens de Code ten hoogste driemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de raad van commissarissen (best practice bepaling III.3.5). De voorzitter van de raad van commissarissen mag volgens de Code niet een voormalig bestuurder van de vennootschap zijn.

### *Sarbanes-Oxley Act*

De Sarbanes-Oxley Act (section 407), die onder meer op een Nederlandse vennootschap van toepassing kan zijn indien aandelen in haar kapitaal aan een beurs in de Verenigde Staten van Amerika zijn genoteerd, bepaalt bij de definitie van de *financial expert* van het *audit committee*:

'(...) the Commission shall consider whether a person has, through education and experience as a public accountant or auditor or a principal financial officer, controller or a principal accounting officer of an issuer, or from a position involving the performance of similar functions:

- (1) an understanding of generally accepted accounting principles and financial statements;
- (2) experience in:
  - (A) the preparation or auditing of financial statements of generally comparable issuers; and

- (B) the application of such principles in connection with the accounting for estimates, accruals and reserves;
- (3) experience with internal accounting controls; and
- (4) an understanding of audit committee functions.'

### **Voordracht en recht van aanbeveling**

De algemene vergadering en de ondernemingsraad kunnen aan de raad van commissarissen personen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. De raad deelt hun daartoe tijdig mede wanneer, ten gevolge waarvan en overeenkomstig welk profiel in zijn midden een plaats moet worden vervuld (art. 2:158 lid 5 BW).

### *Mededeling vacature*

De raad van commissarissen moet tijdig de vacature meedelen. Tijdig betekent een termijn van ongeveer twee maanden, die onder bijzondere omstandigheden korter kan zijn.<sup>5</sup> De bedoelde termijn loopt tot het tijdstip waarop de raad van commissarissen de voordracht bekendmaakt aan de algemene vergadering en de ondernemingsraad op grond van het bepaalde in lid 4.

De mededeling kan plaatsvinden door opneming in de oproeping of door opneming in een stuk dat ter kennisneming op het kantoor van de vennootschap wordt neergelegd indien dit in de oproeping wordt vermeld (art. 2:114/2:224 lid 3 BW). De wet gaat ervan uit dat de algemene vergadering zich moet kunnen uitspreken over een mededeling, en in de gelegenheid wordt gesteld een aanbeveling te doen, zodat een mededeling een vergadering impliceert.

### *Rooster van aftreden*

Indien een rooster van aftreden wordt vastgesteld, ligt het voor de hand dat hierin ook wordt vermeld wanneer er een versterkt aanbevelingsrecht is. De raad van commissarissen moet het rooster van aftreden meedelen aan de ondernemingsraad en de algemene vergadering.<sup>6</sup> De memorie van toelichting vermeldt: 'De raad doet daarvan [het rooster, CJG] mededeling krachtens het bepaalde in lid 5.' Hieruit kan worden afgeleid dat indien de vacature (met de vermelding van het al dan niet versterkte recht van aanbeveling) ontstaat overeenkomstig hetgeen vermeld is in een rooster van aftreden dat bij vaststelling of wijziging reeds is meegedeeld aan de ondernemingsraad en de algemene vergadering, niet nogmaals een mededeling hoeft te worden gedaan zodra de vacature daadwerkelijk moet worden vervuld. De mededeling als bedoeld in lid 5 zou dan al zijn gedaan. Om de algemene vergadering (en de ondernemingsraad) ook daadwerkelijk in de gelegenheid te stellen tijdig een aanbeveling te doen lijkt een (aanvullende) mededeling gewenst, zeker indien reeds langere tijd is verstreken sinds de mededeling over het rooster van aftreden is gedaan.

5. Zie o.m. Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 52, p. 27.

6. Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 35.

De vaststelling van een rooster van aftreden door de raad van commissarissen bewerkstelligt in beginsel niet dat een commissaris defungeert voordat de periode is verstreken waarvoor hij is benoemd. De bevoegdheid tot ontslag van een commissaris komt niet toe aan de raad van commissarissen. Alleen de Ondernemingskamer is bevoegd een commissaris te ontslaan (art. 2:161 lid 2 BW). De algemene vergadering kan alleen de gehele raad van commissarissen ontslaan. Een commissaris kan zich wel verplichten terug te treden per de in het rooster vermelde datum.

De Code geeft als best practice bepaling (III.3.6) dat de raad van commissarissen een rooster van aftreden vaststelt om zo veel mogelijk te voorkomen dat commissarissen tegelijk aftreden. Het rooster moet volgens de Code algemeen verkrijgbaar worden gesteld en in ieder geval op de website van de vennootschap worden geplaatst.

### Telescoopsysteem

Voor de benoeming van een commissaris zijn in beginsel steeds ten minste twee algemene vergaderingen van aandeelhouders vereist: eerst een vergadering voor de mededeling van de vacature, vervolgens een vergadering waarin de voordracht van de raad van commissarissen wordt bekendgemaakt en waarin over de benoeming wordt gestemd.

De mededeling van de vacature met de vermelding van het recht van aanbeveling enerzijds en anderzijds de voordracht door de raad van commissarissen en het voorstel tot benoeming van de voorgedragen commissaris kunnen ineen worden geschoven (het 'telescoopsysteem'). De mededeling moet tijdig geschieden. Zoals hiervoor is vermeld, betekent tijdig in beginsel twee maanden voor de bekendmaking van de voordracht. Instemming van de algemene vergadering is dan ook vereist indien de twee maanden niet in acht worden genomen. Indien ook ten aanzien van de ondernemingsraad wordt afgeweken van de tweemaandstermijn, zal ook van hem hiervoor instemming zijn vereist. Ervan uitgaande dat de tweemaandstermijn ook ten opzichte van de ondernemingsraad niet in acht is genomen, kan de oproeping van de algemene vergadering vermelden:

- a. de mededeling van de vacature met de vermelding van het recht van aanbeveling;
- b. de voordracht door de raad van commissarissen, onder de volgende opschortende voorwaarden:
  1. het onder c bedoelde besluit;
  2. de ondernemingsraad heeft geen kandidaat aanbevolen en verlangt geen uitstel van de voordracht teneinde een aanbeveling te doen;
- c. het voorstel te besluiten geen kandidaat aan te bevelen en geen uitstel van de voordracht te verlangen teneinde een aanbeveling te doen;
- d. indien de opschortende voorwaarden zijn vervuld, het voorstel tot benoeming van de voorgedragen kandidaat.

Het besluit van de algemene vergadering geen aanbeveling te doen en geen uitstel van de voordracht te verlangen zal

met gewone meerderheid van stemmen kunnen worden genomen. Het besluit tot afwijzing van de voorgedragen kandidaat kan alleen worden genomen met een gewone meerderheid van stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal (zie art. 2:158 lid 9 BW).

Indien de ondernemingsraad, voorafgaand aan de oproeping van de algemene vergadering, al heeft meegedeeld geen kandidaat te zullen aanbevelen en de mededeling aan de ondernemingsraad twee maanden voor de oproeping van de algemene vergadering heeft plaatsgevonden, of indien die termijn niet in acht is genomen, maar de ondernemingsraad geen uitstel van de voordracht verlangt, kan de oproeping van de algemene vergadering vermelden:

- a. de mededeling van de vacature met de vermelding van het recht van aanbeveling;
- b. de voordracht door de raad van commissarissen, onder de opschortende voorwaarde van het onder c bedoelde besluit;
- c. het voorstel te besluiten geen kandidaat aan te bevelen en geen uitstel van de voordracht te verlangen teneinde een aanbeveling te doen;
- d. indien de opschortende voorwaarde is vervuld, het voorstel tot benoeming van de voorgedragen kandidaat.

Bij de voorafgaande afstemming met de ondernemingsraad is van belang dat de voordracht van de raad van commissarissen niet aan de ondernemingsraad mag worden bekendgemaakt vóór de oproeping van de algemene vergadering. Lid 4 eist immers dat de voordracht gelijktijdig aan de algemene vergadering en de ondernemingsraad wordt bekendgemaakt.

Indien in de oproeping alleen de mededeling van de vacature wordt opgenomen, met de voordracht onder de voorwaarde dat de algemene vergadering geen aanbeveling doet, en de algemene vergadering besluit vervolgens tot benoeming van de voorgedragen kandidaat, kan hieruit worden afgeleid dat de algemene vergadering heeft ingestemd met de afwijking van de tweemaandstermijn.

Een statutaire regeling is niet vereist om het hiervoor omschreven telescoopsysteem toe te passen.

### Conclusie

Door de nieuwe structuurwet is de benoemingsprocedure voor commissarissen ingrijpend gewijzigd. Niet alleen de verplichte profielschets en het overleg hierover met de algemene vergadering, maar ook de voordracht en aanbeveling van een commissaris wijken belangrijk af van het 'oude' regime.

Ook onder de nieuwe structuurwet is het mogelijk door toepassing van een telescoopsysteem de benoeming van commissarissen te laten plaatsvinden in één algemene vergadering.

*Mr. C.J. Groffen*