
Is vrijwillige toepassing van gecontroleerde coöptatie van commissarissen mogelijk?

Een reactie op Winters & De Jong

In hun interessante beschouwing over enige processuele aspecten van gecontroleerde coöptatie van commissarissen bij (vrijwillige) toepassing van de structuurregeling¹ stellen B. Winters en H.G. de Jong voorop dat het ‘volgens de wetgever’ mogelijk is om te kiezen voor het oude systeem van (gecontroleerde) coöptatie.² Zij verwijzen in dit verband naar een passage uit de memorie van toelichting bij artikel 2:158/268 lid 12 BW. In deze passage is te lezen dat de minister met deze bepaling de nodige flexibiliteit in de benoemingsmogelijkheden wilde creëren. De minister gaf aan dat ook het systeem van gecontroleerde coöptatie zijns inziens tot de mogelijkheden zou behoren.³

Als het hierbij was gebleven, dan kon de stelling dat dit het standpunt is van de wetgever, worden onderschreven. De minister is evenwel bij de behandeling van artikel 2:158/268 lid 12 BW op verzet gestuit in de Tweede Kamer. Dit verzet heeft bovendien geleid tot een wijziging van deze bepaling. Of het de bedoeling is van de wetgever dat ook het (oude) systeem van coöptatie tot de mogelijkheden behoort, is hierdoor niet langer vanzelfsprekend. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van het verloop van de parlementaire behandeling van lid 12 van artikel 2:158/268 BW.

Artikel 2:158/268 lid 12 BW verklaart dat van het bepaalde in de leden 2, 4 tot en met 7 en 9 van dit artikel kan worden afgeweken. Op deze mogelijkheid is echter één in dit verband opmerkelijke beperking aangebracht: er kan niet worden afgeweken van de regeling omtrent het afwijzen van de bindende voordracht door de algemene vergadering, aldus artikel 2:158/268 lid 12 BW. Deze regeling is opgenomen in de eerste twee volzinnen van lid 9 van het genoemde artikel. In het vierde lid van dit artikel is bepaald dat de leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering. Wat betekent het nu dat uit lid 12 expliciet blijkt dat van de eerste twee volzinnen van lid 9 niet kan worden afgeweken, terwijl geen beperking is opgenomen ten aanzien van de mogelijkheid om van het bepaalde in het vierde lid af te wijken?

De vraag komt op omdat de beperking dat van het bepaalde in de twee eerste volzinnen van lid 9 niet kan worden afgeweken, weinig betekenis heeft als de benoe-

-
1. B. Winters & H.G. de Jong, Enige processuele aspecten van gecontroleerde coöptatie van commissarissen bij (vrijwillige) toepassing van de structuurregeling, V&O 2006, p. 198 e.v.
 2. Zij staan hierin overigens niet alleen. Zie W.J.M. van Veen, De wijzigingen in Boek 2 in verband met de aanpassing van de structuurregeling, WPNR (2005) 6613/6614, p. 228 en de daar genoemde literatuur.
 3. MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 37.

mingsbevoegdheid aan de algemene vergadering zou kunnen worden onttrokken. Voor het beantwoorden van deze vraag is raadpleging van de parlementaire behandeling vereist. Zoals gezegd kwam in de oorspronkelijke tekst van lid 12 de bewuste verwijzing naar lid 9 niet voor. De minister wilde immers zo veel mogelijk flexibiliteit inbouwen. In de Tweede Kamer leefden evenwel andere gedachten op dit punt. De invloed van de algemene vergadering op de samenstelling van de raad van commissarissen moest door het voorgestelde lid 12 niet te zeer kunnen worden uitgehouden. Ook niet met instemming van de algemene vergadering.⁴ Om dit te bewerkstelligen zijn verschillende amendementen ingediend, waarvan er enkele zijn aangenomen. Hiertoe behoort het amendement waarbij in lid 12 de passages zijn ingevoegd die het afwijken van het bepaalde in de eerste twee volzinnen van lid 9 uitsluiten.⁵ Hoewel de minister zich uitdrukkelijk heeft verzet tegen het bewuste amendement vanuit zijn wens tot flexibilisering,⁶ is het amendement toch aangenomen.

Deze gang van zaken kan men mijns inziens niet negeren bij het bepalen van de reikwijdte van artikel 2:158/268 lid 12 BW. De strekking van het geamendeerde lid 12 is geen andere dan dat aan de bevoegdheid tot benoeming van commissarissen door de algemene vergadering niet kan worden getornd, hoezeer de minister hiervoor ook heeft gepleit. Dit brengt mee dat ook de passages in de memorie van toelichting waarin de minister de mogelijkheid van coöptatie bepleitte, door het verloop van de parlementaire behandeling zijn achterhaald. Als het in de bedoeling van de wetgever al niet is toegestaan dat de benoemingsbevoegdheid van de algemene vergadering zozeer wordt ingeperkt dat de benoemingsbevoegdheid feitelijk bij een ander orgaan komt te liggen, dan brengt redelijke wetsuitleg, zo lijkt mij, ook mee dat benoeming door anderen dan de algemene vergadering – dat een veel verdergaande inbreuk maakt op de bevoegdheden van de algemene vergadering – niet tot de mogelijkheden behoort. Ook de minister onderkende dat het desbetreffende amendement ertoe strekt dat een afwijkende benoemingsregeling '(...), in elk geval niet kan betreffen het voorschrift dat de aandeelhoudersvergadering benoemt bij volstreekte meerderheid vertegenwoordigende een derde van het geplaatste kapitaal.⁷

4. Zie verslag wetgevingsoverleg, Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 52, p. 17-18 en 28.

5. Daarnaast is de bepaling in lid 9 geamendeerd met de regeling dat de voordracht kan worden doorbroken met een gewone meerderheid in een stemming over de voordracht in de tweede vergadering. Voor de goede orde merk ik op dat de tekst van lid 9 met de inwerkingtreding van de Wet tot bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen op 1 januari 2007, wordt gewijzigd teneinde deze te verduidelijken. Inhoudelijk treedt geen wijziging op.

6. Zie zijn brief, Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 51, p. 3.

7. Zie zijn brief, Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 51, p. 3.

Overigens zou het aannemen van de mogelijkheid te kunnen afwijken van de benoemingsbevoegdheid door de algemene vergadering zonder enige beperking tot merkwaaardige inconsistenties hebben geleid. Het zou bijvoorbeeld aanleiding kunnen geven tot de vraag of ook het bestuur de bevoegdheid zou kunnen worden verleend om de commissarissen te benoemen, terwijl het op principiële gronden onjuist werd geacht het bestuur zelfs maar een recht van aanbeveling te verlenen bij de benoeming van commissarissen.⁸ Verder zou dan wellicht benoeming door willekeurige derden onbeperkt mogelijk moeten worden geacht, terwijl aan deze mogelijkheid voor niet-structuurvennootschappen een wettelijke basis ten grondslag ligt en ook dan aan getalsmatige restricties is onderworpen (art. 2:143/253 BW). De regeling omtrent de benoeming van commissarissen onder het structuurregime zou dan bovendien beduidend flexibeler zijn dan ten aanzien van de benoeming van commissarissen in een niet-structuurvennootschap, hetgeen niet voor de hand ligt.

De wijze van flexibilisering zoals de minister hier voor ogen stond, was derhalve niet goed ingekaderd.⁹ Dat deze regeling niet op deze wijze door het parlement is gekomen, behoeft naar mijn mening daarom niet te worden betreurd.

*Mr. W.J.M. van Veen, universitair hoofddocent
Vrije Universiteit en Baker&McKenzie, Amsterdam*

Naschrift

Volgens W.J.M. van Veen zou uit de parlementaire geschiedenis betreffende de nieuwe structuurregeling volgen dat het niet mogelijk is om af te wijken van de wettelijke bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) om commissarissen bij een structuurvennootschap te benoemen (zie lid 4 van art. 2:158/268 BW). Wij delen de mening van Van Veen niet.

Zou het de bedoeling van de wetgever zijn geweest om afwijking van de wettelijke benoemingsbevoegdheid van de AVA niet toe te staan, dan zou de wetgever er niet mee hebben volstaan – en er ook niet mee hebben kunnen volstaan – in lid 12 (van art. 2:158/268 BW) afwijking van de eerste twee zinnen van lid 9 te verbieden, maar zou de wetgever hebben bepaald – en hebben moeten bepalen – dat (ook) van de eerste zin van lid 4 niet kan worden afgeweken. In de eerste zin van lid 4 wordt immers de bevoegdheid om de commissarissen bij een structuurvennootschap te benoemen aan de AVA toegekend. Lid 12 staat heel algemeen toe om in de statuten af te wijken van lid 4.

Gelet op hetgeen in de voorafgaande alinea naar voren is gebracht, moet de wetgever met het in lid 12 opgenomen verbod om in de statuten af te wijken van de eerste twee zin-

8. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 3.

9. Vgl. ook P.J. Dortmund, Een afwijkende benoeming, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 93.

Vennootschap & Onderneming

nen van lid 9 dus een andere bedoeling hebben gehad. Dat is blijkens de parlementaire geschiedenis ook het geval geweest.

Het in lid 12 opgenomen verbod om te mogen afwijken van de eerste twee zinnen van lid 9 is het gevolg van een amendement van Blok c.s. geweest.¹ Dit amendement hield niet meer in dan dat in lid 12 de mogelijkheid om in de statuten af te wijken van lid 9 zou vervallen (hetgeen uiteindelijk is geworden dat in lid 12 het verbod is opgenomen om in de statuten af te wijken van de eerste twee zinnen van lid 9). In de toelichting bij het amendement merkten Blok c.s. op dat lid 12 het mogelijk maakt af te wijken van de volstreekte meerderheid die in lid 9 staat vermeld en dat een dergelijke afwijking de invloed van de aandeelhouders weer teniet zou doen en derhalve ongewenst zou zijn.²

In het amendement van Blok c.s. valt derhalve niet meer te lezen dan dat *als in de statuten niet is afgeweken van het wettelijk benoemingsrecht van de AVA en het wettelijk benoemingsrecht dus toekomt aan de AVA*, niet kan worden afgeweken van de regel dat de AVA bij volstreekte meerderheid als bedoeld in de eerste twee zinnen van lid 9 de voordracht kan afwijzen.

Naar aanleiding van het amendement van Blok c.s. schrijft de minister van Justitie: 'In amendement 40 wordt voorgesteld dat een afwijkende benoemingsregeling, waartoe lid 12 de mogelijkheid biedt, in elk geval niet kan betreffen het voorschrift dat de aandeelhoudersvergadering benoemt bij volstreekte meerderheid vertegenwoordigende een derde van het geplaatste kapitaal.'³

Ook hieruit valt niet meer af te leiden dan dat de minister van Justitie het amendement van Blok c.s. opvat zoals hiervoor (twee alinea's eerder) is aangegeven.

Tot slot kunnen wij ook uit het door Van Veen aangehaalde verslag van het wetgevingsoverleg niet afleiden dat Van Veen het gelijk aan zijn zijde zou hebben. Ook daaruit valt niet meer af te leiden dan hetgeen wij hiervoor (drie alinea's terug) hebben aangegeven.⁴

Dat Van Veen het gelijk niet aan zijn zijde heeft, blijkt ook uit hetgeen bij de behandeling van de nieuwe structuurregeling in de Eerste Kamer aan de orde kwam. Eerste Kamerlid Van de Beeten stelde aan de minister van Justitie de vraag of het niet gewenst zou zijn dat de Ondernemingskamer kan worden geadieerd als het geschil over de benoeming van commissarissen voortvloeit uit van de wettelijke regeling afwijkende, contractuele benoemingsstelsels.⁵ Zou het standpunt van Van Veen juist zijn, dan zou de reactie van de minister van Justitie natuurlijk zijn geweest dat afwijking van het aan de AVA wettelijk toegekende benoemingsrecht niet mogelijk was (zodat de vraag van Van de Beeten irrelevant was). Aldus luidde de reactie van de minister evenwel

niet. De minister ging er – met Van de Beeten – vanuit dat (inderdaad) een alternatief regime voor de benoeming van commissarissen overeen kon worden gekomen.⁶

Kortom, als in de statuten niet is afgeweken van het wettelijk benoemingsrecht van de AVA, dan mag van de eerste twee zinnen van lid 9 niet worden afgeweken. Is in de statuten wel van dit wettelijk benoemingsrecht afgeweken en de benoeming van de commissarissen aan een ander dan de AVA opgedragen, dan komt men aan de toepassing van lid 9 niet meer toe.⁷

Bezwaarlijk is het voorafgaande niet, waar van het wettelijk benoemingsrecht slechts bij statuten kan worden afgeweken en het dus uiteindelijk aan de AVA is om te beslissen of zij haar wettelijk benoemingsrecht wil prijsgeven (art. 2:121/231 BW).⁸

Van Veen is voorts van oordeel dat de mogelijkheid van afwijking van het wettelijk benoemingsstelsel zonder enige beperking tot merkwaaardige inconsistenties zou leiden, waarbij Van Veen wijst op benoeming van commissarissen door bestuurders of door willekeurige derden. Dergelijke 'inconsistenties' kunnen zich ingevolge lid 12 voordoen, net zo goed als deze 'inconsistenties' zich bij gewone vennootschappen kunnen voordoen als de statuten bepalen dat de benoeming van maximaal een derde van de commissarissen door een derde geschiedt (art. 2:143/253 BW). De door Van Veen gesignaleerde inconsistenties komen ons nogal theoretisch voor, waar het niet erg voor de hand ligt dat statuten zouden bepalen dat bestuurders één of meer van hun eigen toezichthouders (commissarissen) aanwijzen⁹ of dat willekeurige derden dit zouden doen.¹⁰ In dit naschrift wilden wij de theorie maar de theorie laten, temeer waar onze bijdrage zich richtte op enige processuele aspecten van gecontroleerde coöptatie van commissarissen bij (vrijwillige) toepassing van de structuurregeling. Wellicht kan een ander nog eens een artikel wijden aan deze door Van Veen opgeworpen kwestie.

Mr. B. Winters
Mr. H.G. de Jong
De Brauw Blackstone Westbroek

1. Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 40.

2. Zie noot 1.

3. Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 51, p. 3.

4. Zie in dezelfde zin over de parlementaire geschiedenis: G.N.H. Kemperink, P.A.M. Witteveen & H. Reumkens, *Het ondergeschoven kind van de structuurregeling*, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 83.

5. Kamerstukken I 2003/04, 28 179, nr. 38, p. 2072.

6. Kamerstukken I 2003/04, 28 179, nr. 38, p. 2134, geciteerd in ons artikel in *V&O* 2006, p. 199.

7. Zo ook: Kemperink, Witteveen & Reumkens 2006, t.a.p.; Van Schilf-gaarde/Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2006, p. 393.

8. Zie daarover: Kemperink, Witteveen & Reumkens 2006, p. 82-88; K. Schwarz, Een reactie op het artikel het ondergeschoven kind van de structuurregeling, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 424-427; G.N.H. Kemperink, P.A.M. Witteveen & H. Reumkens, *Naschrift, Ondernemingsrecht* 2006, p. 427-428.

9. Zie over de benoeming van commissarissen door bestuurders in verschillende zin: Asser/Maeijer 2-III, Deventer: Kluwer 2000, nr. 356; Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 290; J.J. Kröner, *Maatwerk bij de benoeming van de structuurcommissaris* (art. 2:158/268 lid 12 BW), *TvOB* 2005, p. 161-162.

10. Zie over de benoeming van commissarissen door (willekeurige) derden: Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 356; J.B. Huizink, *Rechtspersonen (losbl.)*, Deventer: Kluwer, art. 2:143 BW, aant. 2; Van Schilf-gaarde/Winter 2006, p. 222.