

Vergaderjaar 2003–2004

28 179

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

C

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 14 mei 2004

Algemeen

De leden van de **CDA**-fractie hadden met belangstelling kennisgenomen van de memorie van antwoord, die op veel punten de gestelde vragen naar tevredenheid beantwoordde. Niettemin hadden zij behoefte aan de gelegenheid om nadere vragen te stellen, vooral in het licht van de inmiddels definitieve versie van de Code-Tabaksblat en het commentaar daarop uit de samenleving.

De leden van de **VVD**-fractie dankten de regering voor de beantwoording van de door hen gestelde vragen. Op enkele punten stelden zij nog nadere vragen.

Code-Tabaksblat

In het algemeen waren de leden van de CDA-fractie van mening dat een code een hulpmiddel kan zijn binnen een organisatie, instelling of groep van beroepsgenoten om te komen tot een deugdelijke taakuitoefening. Evenzeer in het algemeen hebben de leden van de CDA-fractie de indruk, dat codes vaak en in overwegende mate normen bevatten die inherent zijn aan een behoorlijke taakuitoefening en derhalve al door de verantwoordelijken of door de uitvoerders dankzij internalisering ervan in acht genomen hadden moeten worden. De leden hier aan het woord zagen dan ook het gevaar, dat codes niet leiden tot een gewetensvolle uitoefening van de opgedragen taak, maar tot een vervanging van het geweten als bron voor gewetensvol handelen. Waar dit gevaar zich realiseert – en in feite doet zich dat in de samenleving al op veel plaatsen voor – is de consequentie dat de discussie vervolgens niet meer gaat over gewetensvolle taakuitoefening, maar om de vraag of de regel van de code nu linksom of rechtsom moet worden uitgelegd. Met andere woorden: inherent professioneel handelen wordt zo gejuridiseerd.

Na kennisneming van de definitieve tekst van de Code-Tabaksblat hadden de leden van de CDA-fractie de indruk dat het gesignaleerde gevaar ook bij deze code op de loer ligt. De koppeling via de «pas toe of leg uit»-regel

¹ Samenstelling: Holdijk (SGP), Wagemakers (CDA), Rosenthal (VVD), Kohnstamm (D66), Witteveen (PvdA), De Wolff (GL), Van de Beeten (CDA) (*voorzitter*), Broekers-Knol (VVD), Kox (SP), Soutendijk-v. Appeldoorn (CDA) en Westerveld (PvdA).

met wettelijke normen versterkt dat effect nog eens. In beginsel hadden de leden van de CDA-fractie dan ook een voorkeur voor een code die werkelijk geheel zelfregulering van een branche, sector of beroepsgroep inhoudt met regeling in de wet van die elementen die bepalend zijn voor – met name in dynamische situaties of periodes – herstel van evenwicht in – in dit geval – vennootschappelijke verhoudingen. Een wettelijke limitering op cumulatie van bestuurs- en toezichtsfuncties past dan ook goed in deze visie. Desgevraagd heeft de regering over het treffen van een wettelijke voorziening op dit punt niet meer opgemerkt, dan dat zij niet voelt voor specifieke «onafhankelijkheidsbepaling» in wetgeving.

In de eerste plaats zouden de leden van de CDA-fractie gaarne een reactie ontvangen van de regering op de zienswijze die hiervoor ontvouwd is met betrekking tot de verhouding tussen codes en wetgeving. In de tweede plaats zouden deze leden van de regering willen vernemen of er nog andere redenen zijn om geen anti-cumulatiebepalingen in de wetgeving op te nemen, dan dat er in de Code-Tabaksblad een regeling is opgenomen. Indien namelijk uitsluitend de regeling in de Code-Tabaksblad dragend zou zijn voor het standpunt van de regering, vonden de leden hier aan het woord dat bepaald mager.

De leden van de CDA-fractie hadden in het voorlopig verslag gewezen op de macro-economische samenhang tussen het gedrag van banken, pensioenfondsen en andere institutionele beleggers enerzijds en het beleid van grote ondernemingen, beursgenoteerde vennootschappen in het bijzonder, anderzijds. Er is aandacht gevraagd voor het effect van het beloningsbeleid van de institutionele aandeelhouders met betrekking tot hun beleggingsfunctionarissen en de daaruit voortvloeiende druk op bestuurders van ondernemingen. Indien immers de beloning van de beleggingsfunctionarissen bij institutionele beleggers afhankelijk is van de waardeestijging op de beurs, zal dat ertoe leiden, dat deze functionarissen in de hoedanigheid van stemhebbende vertegenwoordigers tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders druk uitoefenen op het bestuur om te komen tot stijging van aandeelhouderswaarde op korte termijn, waardoor de oriëntatie op de continuïteit op de langere termijn vermindert.

Dat is immers ook een element geweest in het mechanisme dat heeft geleid tot de extreem hoge bezoldigingen van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, die aldus ook opgejaagd werden om op korte termijn waardeestijging van de aandelen tot het hoogste goed te verheffen. Indien bovendien leden van de raden van commissarissen tevens bestuurders zijn of lid van de raad van commissarissen bij institutionele beleggers, wordt het mechanisme ook nog een vliegwiél.

Voor het bezoldigingsbeleid bij dergelijke institutionele beleggers ten aanzien van de beleggingsfunctionarissen verwijst de memorie van antwoord naar de specifieke toezichtswet- en regelgeving. De leden van de CDA-fractie hadden echter niet de indruk, dat het toezicht in de financiële sector en de onderliggende regels op dit punt veiligheidskleppen bevatten. Zij zouden dan ook graag van de regering een toelichting ontvangen op inhoud en toepassing van die wet- en regelgeving waaruit het vertrouwen kan worden geput, dat institutionele beleggers niet uitsluitend met stijging van aandeelhouderswaarde op korte termijn als oriëntatie te werk zullen gaan, ook in hun hoedanigheid van aandeelhouders die tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders stemrecht uitoefenen.

In WPNR nummer 6563 van 31 januari 2004 is uitvoerig aandacht besteed aan de definitieve versie van de Code-Tabaksblad. Daarin is onder andere

aandacht gevraagd voor de problemen die de verankering van de Code Tabaksblad oproept. De leden van de CDA-fractie refereerden aan het openingsartikel van Prof. Mr G. van Solingen en Mr R. Nowak. Gaarne ontvingen zij een reactie daarop. Voorts wezen deze leden op de beschouwingen van Prof. Mr M.J.G.C.R. Raaijmakers in datzelfde nummer van WPNR, meer in het bijzonder op paragraaf 4 en volgende. Die beschouwingen vormden ook een ondersteuning van de visie van de hier aan het woord zijnde leden over de verhouding tussen codes en wetgeving. Daarnaast bevat zij echter een groot aantal praktische vraagpunten en kritische noten die een reactie van de zijde van de regering verdienen. De leden van de CDA-fractie zouden het op prijs stellen, indien de regering die reactie ook in de nadere memorie van antwoord geeft.

Tot slot nog een specifiek punt met betrekking tot de kwestie van de code. Paragraaf 3 van de pre-ambule acht het bestuur en raad van commissarissen verantwoordelijk voor de afweging van de veelsoortige bij een grote vennootschap betrokken belangen. De code beoogt ook te bewerkstelligen, dat die afweging op een behoorlijke wijze plaatsvindt. Niettemin is het op zich voldoende, dat de algemene vergadering van aandeelhouders een afwijking van de code door het bestuur en raad van commissarissen achteraf goedkeurt. Dat geldt dus ook voor de toepassing van de regels die beogen de onafhankelijkheid van commissarissen te waarborgen om ongeoorloofde belangenverstrengelingen tegen te gaan. Indien nu in een algemene vergadering van aandeelhouders een partij met een flink minderheidsbelang het feitelijk ter vergadering voor het zeggen heeft, kan deze dus goedkeuring verlenen op grond van de «pas toe of leg uit»-regel aan de afwijking van de code. Is de regering het eens met de leden van de CDA-fractie, dat een dergelijke gang van zaken op geen enkele wijze prejudicieert met betrekking tot de bevoegdheid van andere belanghebbenden, bijvoorbeeld de minderheid ter vergadering van aandeelhouders of mogelijk ook de ondernemingsraad, om een in rechte genomen besluit dat in strijd is met de code aan te vechten?

Artikel 118a

In het voorlopige verslag hebben de leden van de CDA-fractie aandacht gevraagd voor de situatie dat de aandeelhouder aan een derde een volmacht had verstrekt nadat de certificaathouder te kennen heeft gegeven geen verzoek om verstreking van een volmacht te zullen doen. Daarvan merkt de regering in de memorie van antwoord op dat het voorstelbaar is dat de aandeelhouder niet op de mededeling van de certificaathouder dat deze afzag van een volmacht, mocht vertrouwen indien zich tussen het moment van de mededeling en de algemene vergadering ontwikkelingen voordoen op grond waarvan de certificaathouder die mededeling niet zou hebben gedaan indien hij van deze ontwikkelingen op de hoogte zou zijn geweest. De leden van de CDA-fractie konden zich zo'n situatie voorstellen, maar dan rijst opnieuw de vraag wat dan de positie is van de derde aan wie door de aandeelhouder al een volmacht was gegeven, afgaande op die mededeling van de certificaathouder.

Ook het antwoord op de verhouding tot de SER-fusiecode geeft aanleiding tot een nadere vraag. In de memorie van antwoord wordt opgemerkt, dat het tijdstip waarop de fusiepartners volgens de SER-fusiecode de vakbonden moeten inlichten, niet gelijk hoeft te zijn aan het moment waarop de aandeelhouder weet of verwacht dat een openbaar bod zal worden uitgebracht. Anders gezegd: ligt het moment waarop de stemgerechtigde de gerechtvaardigde verwachting heeft dat een openbaar bod zal worden aangekondigd, altijd na het moment waarop volgens de fusiecode de vakbonden moeten worden ingelicht door het bestuur?

Het antwoord met betrekking tot het gemotiveerde besluit als bedoeld in lid 2 van dit artikel gaf deze leden ook nog aanleiding tot een nadere vraag. De memorie van antwoord zegt dat de in lid 2 genoemde motivering geen voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van het intrekingsbesluit. De vraag is of dit ook geldt indien prima facie de motivering niet deugt en de stemverhouding bij volmachtverlening aan de certificaathouder anders zou komen te liggen? Indien het antwoord op deze vraag eveneens is dat het geen rechtsgevolgen heeft, rijst de vraag, aldus deze leden, wat dan nog de functie is van de eis dat een besluit gemotiveerd ter kennis moet worden gebracht van de certificaathouder(s) en de overige aandeelhouders.

Artikel 135

In de memorie van antwoord heeft de regering opgemerkt, dat de ondernemingsraad het gevoel over het voorstel betreffende het bezoldigingsbeleid in het overleg met de ondernemer (in casu: het bestuur) als bedoeld in artikel 23 WOR kenbaar kan maken. De leden van de CDA-fractie vroegen of in deze niet de algemene vergadering van aandeelhouders moet worden aangemerkt als de ondernemer, aangezien dat het orgaan is dat het beloningsbeleid vaststelt. Brengt dat dan niet de verplichting met zich mee voor het bestuur om ook de algemene vergadering van aandeelhouders op de hoogte te brengen van het gevoel van de ondernemingsraad? Zou de ondernemingsraad ook niet de bevoegdheid moeten hebben om in de algemene vergadering van aandeelhouders het eigen gevoel toe te lichten? Vergelijk in dit verband ook de positie van de ondernemingsraad zoals geregeld in artikel 161a, tweede lid ten aanzien van het voorstel tot het opzeggen door de algemene vergadering van aandeelhouders van het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen.

Zagen de leden van de CDA-fractie het goed, dat de algemene vergadering van aandeelhouders uitsluitend een algemeen beleid ten aanzien van de afvloeiingsregeling kan bepalen en geen concrete regeling kan vaststellen in een individueel geval?

Artikel 154/264, 5e lid

Op de vraag van de leden van de CDA-fractie naar de reden om de ondernemingsraad niet de bevoegdheid te geven aan de Ondernemingskamer een verzoek te doen tot vaststelling van de statuten, antwoordt de regering, dat de belangen van de werknemers door het bestuur en raad van commissarissen worden behartigd en de ondernemingsraad geen rol speelt in het kader van statutenwijziging van de vennootschap. Is dit antwoord wel in overeenstemming met de rechtspraak van de Ondernemingskamer over de reikwijdte van artikel 25, 1e lid WOR? De leden hier aan het woord hadden de indruk, dat een belangrijke wijziging in de organisatie van of van de bevoegheidsverdeling in de onderneming – op welk punt de ondernemingsraad in ieder geval adviesrecht toekomt – ook wel degelijk aan de orde is bij een statutenwijziging, zodra de statutenwijziging strekt tot geheel of gedeeltelijke beëindiging van het structuurregime of introductie daarvan. Beoogt dit wetsvoorstel wijziging te brengen in de jurisprudentie?

Artikel 158

De leden van de **VVD**-fractie meenden dat de gevraagde opheldering over art. 2:158 lid 9 in de memorie van antwoord nog niet in voldoende mate wordt gegeven. Zij meenden dat de bewoordingen van art. 2:158 lid 9 zoals dit thans in het gewijzigd voorstel van wet luidt niet in overeen-

stemming zijn met de bedoeling van de indieners van het amendement-De Vries c.s. De bedoeling lijkt te zijn dat de tweede vergadering er alleen komt als in de eerste vergadering een meerderheid tegen benoeming is; anders gezegd, als de algemene vergadering van aandeelhouders de voorgedragen persoon niet benoemt. In de tweede volzin van art. 2:158 lid 9 wordt de mogelijkheid van een tweede vergadering gekoppeld aan de enkele omstandigheid dat op de eerste vergadering niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigd was. Niet hoeft ook te blijken dat een meerderheid tegen benoeming van de voorgedragen kandidaat was. De leden van de VVD-fractie stelden prijs op een nadere, meer uitgebreide toelichting van de regering teneinde iedere onduidelijkheid over de bedoeling van de regeling uit de weg te ruimen.

De tweede volzin van art. 2:158 lid 9 bepaalt dat een tweede vergadering «kan» worden bijeen geroepen. Betekent dit dat degene die bevoegd is een vergadering bijeen te roepen dit ook zonder meer kan nalaten? Zo nee, zou het dan niet aanbeveling verdienen om in plaats van «kan» het woord «dient» te lezen?

Artikel 158/268

Op pagina 18 van de memorie van antwoord reageert de regering, desgevraagd door de leden van de **CDA**-fractie, op de opvattingen van professor De Kluiver. Zij stelt, dat het niet past om aan de ondernemingsraad niet alleen een bijzonder voordrachtsrecht, maar ook een bezwaarrecht toe te kennen. In dit verband is van belang eraan te herinneren, dat de algemene vergadering van aandeelhouders elke voordracht, om welke reden dan ook, met inbegrip van de voordrachten die berusten op een bijzondere voordracht van de ondernemingsraad, kan verwerpen. Het bijzondere voordrachtsrecht heeft bovendien betrekking op ten hoogste (neerwaarts af te ronden) een derde van het aantal commissarissen. Ten aanzien van de overigen stelt de raad van commissarissen geheel ongebonden de voordracht aan de algemene vergadering van aandeelhouders op. Het valt niet direct in te zien, waarom het niet zou passen, dat de ondernemingsraad formeel bezwaar zou kunnen maken tegen die voorgenomen voordracht voor de overige commissarisplaatsen. Zowel onder het huidige als het toekomstige structuurregime dient ten aanzien van alle commissarissen immers te gelden dat zij geschikt zijn en steeds dient te gelden dat de raad van commissarissen niet onevenwichtig zal zijn samengesteld. Is het dan onverdedigbaar dat de ondernemingsraad als belanghebbende wordt aangemerkt bij een deugdelijke samenstelling van de raad van commissarissen als geheel? Is de regering bereid deze kwestie ook te betrekken bij de verdere bezinning op de toekomst van de structuurregeling?

De leden van de CDA-fractie tekenden hierbij aan, dat de opmerking van de regering dat de ondernemingsraad nauwelijks van bezwaren gebruik heeft gemaakt, niet overtuigt. Zoals ook elders in het recht wordt van formele bevoegdheden vaak weinig gebruikgemaakt, omdat al in vergaande mate rekening wordt gehouden met de consequenties van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid in de voorfase. Onder het thans geldende structuurregime doet zich dan ook in de praktijk veel informeel overleg voor en komt het tot informele afspraken die het onnodig maken om het bezwaarrecht uit te oefenen. Daarnaast doet zich de vraag voor of benoeming van ongeschikte personen of benoemingen die leiden tot een onevenwichtige samenstelling van de raad van commissarissen, kunnen leiden tot handelen in strijd met de binnen de vennootschappelijke verhoudingen geldende eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 en 2:15 BW). Indien dit zo is, is het dan in de visie

van de regering niettemin onmogelijk voor de ondernemingsraad om tegen een dergelijke onevenwichtige samenstelling of een benoeming van een apert ongeschikte persoon op te komen?

Artikel 161a/271a

Inzake de motivering voor het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders om het vertrouwen in de raad van commissarissen op te zeggen, merkt de memorie van antwoord op dat een individuele aandeelhouder andere gronden kan hebben dan degene die het ontslag van de raad van commissarissen heeft voorgesteld, maar dat dat onverlet laat de besluitvorming van de algemene vergadering, omdat daarvoor slechts relevant is of de betreffende aandeelhouder de motivering van degene die het agendapunt heeft voorgesteld, kan ondersteunen. De leden van de **CDA**-fractie hadden de indruk dat hier toch in feite met een fictie wordt gewerkt. Indien die aandeelhouder immers openlijk verklaart wel voor het voorstel te stemmen, maar niet om de aangevoerde reden, heeft dat geen consequenties. De vraag is dan wat de relevantie is van de motivering van de aandeelhouder die het voorstel doet. Voorts zal het karakter van de algemene vergadering van aandeelhouders – dat ook de afgelopen decennia door het optreden van institutionele beleggers sowieso al is gewijzigd – nog sterker veranderen door verschijnselen als stemmen bij volmacht of stemmen op afstand, waardoor moeilijk gesproken kan worden van enige vorm van meningsvorming tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders en die vergaderingen meer het karakter krijgen van een plebisciet. Ook tegen die achtergrond stelden deze leden de vraag wat de zin is van het stellen van de eis van een motivering.

Artikel 167a/271a

Op een vraag van de leden van de **VVD**-fractie hoe gewaarborgd wordt dat een 100% aandeelhouder (de moeder) de gerechtvaardigde belangen van de dochter in voldoende mate afweegt voordat de raad van commissarissen van de dochter wordt ontslagen, antwoordt de regering in de memorie van antwoord: «Wanneer die aandeelhouder het vertrouwen in de raad van commissarissen heeft verloren, is er ook geen reden om hem de mogelijkheid te onthouden om de raad heen te zenden.» Vervolgens noemt de regering twee waarborgen: 1) de aandeelhouder dient het voorgenomen besluit te motiveren en 2) de aandeelhouder is niet in staat om de raad van commissarissen terstond te vervangen door een raad waarvan hij de samenstelling geheel zelf heeft bepaald. De leden van de **VVD**-fractie vroegen of deze waarborgen voldoende zijn om onder omstandigheden misbruik van de zijde van de moeder te voorkomen. Zij kunnen zich namelijk situaties voorstellen waarin het de moeder goed uitkomt om een «lastige» raad van commissarissen van de dochter naar huis te sturen wanneer deze raad, om redenen gericht op het belang van de dochter, het beleid van de moeder ten opzichte van de dochter van de hand wijst. Een motivering van het ontslagbesluit is door de moeder niet al te moeilijk te formuleren en een mogelijke rechterlijke tussenkomst zou ultimum remedium moeten zijn. Meent de regering dat in dergelijke situaties de door haar genoemde waarborgen voldoende zijn? Overweegt zij in de naaste toekomst wellicht nadere waarborgen te formuleren?

Artikel 201/210

Het antwoord op de vraag van de leden van de **CDA**-fractie omtrent de status van de accountantsverklaring gaf hen nog aanleiding tot een nadere vraag. Het antwoord van de regering in de memorie van antwoord houdt in, dat een accountant ook op een herziene jaarrekening een goedkeurende verklaring kan geven. In de eerste plaats rijst dan de vraag,

aldus deze leden, of een accountant gehouden is om een herziene jaarrekening een goedkeurende verklaring te geven; ten tweede: zo nee, wat is dan rechtens de situatie met betrekking tot de jaarrekening en welke jaarrekening moet dan worden gedeponneerd?

Artikel 391

In art. 2:391 lid 4 wordt bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere voorschriften kunnen worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag en in het bijzonder omtrent de naleving van een in de AMvB aan te wijzen gedragscode. In de brief van de ministers van Financiën, van Justitie en van Economische Zaken van 1 maart 2004 wordt de Code-Tabaksblad aangewezen als die gedragscode. De best practice bepalingen uit de Code-Tabaksblad zullen daardoor het effect van materiële wetgeving krijgen. Kan de regering reeds thans meedelen welke de vennootschapsrechtelijke gevolgen zijn in het geval van eventuele schendingen van best practice bepalingen uit de code, zo vroegen de leden van de **VVD**-fractie. Voor welke techniek zal worden gekozen bij het vaststellen van de AMvB in relatie tot de code, de statische verwijzing, waarbij de AMvB wordt aangepast als de code wordt aangevuld of gewijzigd, of de dynamische verwijzing, waarbij naar de code wordt verwezen inclusief eventuele latere aanvullingen of wijzigingen?

De voorzitter van de commissie,
Van de Beeten

De griffier van de commissie,
Janssen