

DE STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP



Bindend voordrachtsrecht en de kring van benoembare structuurcommissarissen

1. Inleiding

Structuurvennootschappen hebben verplicht een rvc (art. 2:158/268 lid 1 BW). Dit uitgangspunt is overgenomen in het wetsvoorstel aanpassing structuurregeling.¹ Het wetsvoorstel bevat een nieuw benoemingsstelsel (waarover hierna meer).

Met toestemming van alle *stakeholders* (ava, or en rvc) kan, conform de aanbeveling van de SER², in de statuten afgeweken worden van het wettelijk benoemingsstelsel (ontwerp-art. 2:158/268 lid 12 BW).³ Zo behoeft de rvc

niet te bestaan uit ten minste drie leden, zoals thans art. 2:158/268 lid 3 BW dwingendrechtelijk voorschrijft. In het wetsvoorstel is de benoemingsbevoegdheid ter zake van structuurcommissarissen toebedeeld aan de ava (ontwerp-art. 2:158/268 lid 4 BW). Hiervan kan worden afgeweken. *Stakeholders* kunnen kiezen voor het bestaande, gecontroleerde coöptatiesysteem.⁴

1. Wetsvoorstel 28 179, nr. 3, p. 32.
2. SER-advies d.d. 19-1-2001, p. 90-91 (punt 8).
3. De staten zullen na inwerkingtreding van de wet eerst het wettelijk benoemingsstelsel moeten bevatten alvorens van dit stelsel kan worden afgeweken. Wetsvoorstel 28 179, nr. 3, p. 44.
4. Wetsvoorstel 28 179, nr. 3, p. 37.

Artikel 2:158/268 lid 2 bepaalt thans onder meer dat:

- de bevoegdheid tot benoeming niet door enige bindende voordracht kan worden beperkt (tweede zin); en
- onverminderd art. 2:160/270 BW (inzake onverenigbaarheid van functies) de statuten de kring van benoembare personen niet kunnen beperken (derde zin).

De tweede zin van het tweede lid voorkomt dat de rvc zijn autonome benoemingsbevoegdheid prijsgeeft en daarmee de aanbevelingsrechten van andere organen in feite beknot. Ook indien de statuten de kring van benoembare personen beperken, blijven beslissingsbevoegdheden (de aanbevelingsrechten alsmede het benoemingsrecht van de rvc) formeel behouden. Het gevaar bestaat dat de ava door het opnemen van bijzondere kwaliteitseisen in de statuten de kring van benoembare personen te zeer beperkt. Hierdoor worden voornoemde beslissingsbevoegdheden van andere organen uitgehold omdat er voor hen (te) weinig te kiezen valt. In deze bijdrage bespreek ik de vraag of er ook na inwerkingtreding van de wet aanpassing structuurregeling behoefte blijft bestaan aan beide waarborgen alsmede de vraag of andere waarborgen wenselijk zijn.

2. Bindend voordrachtsrecht

In het ontwerp-art. 2:158/268 BW komt de zinsnede: “de bevoegdheid tot benoeming kan niet door enige bindende voordracht worden beperkt”, niet voor. Vanwaar deze schrapping?⁵ Mag straks de benoemingsbevoegdheid van de ava – of van de rvc ingeval van het gecontroleerde coöptatiestelsel – worden beknot door middel van een bindende voordracht? Het schrappen van voormelde zinsnede lijkt verband te houden met de introductie van een in het wettelijk benoemingsstelsel tot op zekere hoogte bindend voordrachtsrecht.

De ava benoemt de door de rvc voorgedragen kandidaat-commissaris, tenzij de ava de voordracht met ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal afwijst (ontwerp-art. 158/268 lid 9 BW). Van deze doorgaans vrij hoge verwerpingseisen, kan in de statuten worden afgeweken met toestemming van alle *stakeholders* (lid 12).

Ook het versterkt recht van aanbeveling van de or, ook wel bijzonder voordrachtsrecht genoemd, om een derde van het aantal commissarissen te mogen voordragen, is tot op zekere hoogte bindend. De rvc is in beginsel verplicht de door de or voorgedragen kandidaat (ik neem aan als enige) op zijn voordracht te plaatsen. Mocht de rvc bezwaar hebben tegen de door de or voorgedragen kandidaat (de rvc verwacht bijvoorbeeld dat de aanbevolen kandidaat ongeschikt zal zijn als commissaris), dan staat de rvc – nadat overleg niet heeft geleid tot overeenstemming – nog de weg naar de Ondernemingskamer (hierna: OK) open (ontwerp-art. 2:158/268 lid 7 BW). Biedt de OK-weg geen soelaas (of is deze weg onbegaanbaar omdat hij is uit-

gesloten op de voet van lid 12), dan draagt de rvc de door de or aanbevolen persoon voor. De ava kan met de al eerder genoemde meerderheids- en quorum-eisen (ontwerp-art. 2:158/268 lid 9 BW) het versterkt recht van aanbeveling van de or doorbreken.

Nu de ava in het wettelijk benoemingsstelsel geen *autonome* benoemingsbevoegdheid heeft, is het zinledig om een verbod tot het doen van enige bindende voordracht te koppelen aan de benoemingsbevoegdheid. De vraag rijst of er behoefte bestaat aan een waarborg voor een autonome uitoefening van het voordrachtsrecht van de rvc. Een *indirect* bindend voordrachtsrecht beknot in feite de in het voorgestelde lid 5 opgenomen aanbevelingsrechten van de ava en de or. Dit lid is van dwingend recht. Daar komt nog bij dat een indirect bindend voordrachtsrecht van een grootaandeelhouder het uitoefenen van het verwerpingsrecht van de ava kan blokkeren met als gevolg dat de benoeming doorgang vindt.⁶ Ik denk aan de volgende casuspositie.

Stel dat aandeelhouder A, houder van een 20%-pakket, met de rvc een (indirect) bindend voordrachtsrecht van A overeenkomt. A heeft dit recht in het geval dat de rvc aan de beurt is om een kandidaat voor te dragen. Aangezien de laatste vacature is vervuld met inachtneming van het versterkt aanbevelingsrecht maakt de or slechts gebruik van zijn gewone aanbevelingsrecht.⁷ Bij de eerstvolgende vacature draagt de rvc A als kandidaat voor, omdat A zichzelf heeft voorgedragen. De rvc passeert de door de ava en de or aanbevolen kandidaten. Op de ava wordt het quorum van een derde van het geplaatste kapitaal niet behaald, waardoor de ava haar verwerpingsrecht niet kan uitoefenen. De ava benoemt A tot commissaris. Is het benoemingsbesluit vernietigbaar ex art. 2:15 jo art. 8 BW indien het aantal stemmers voor afwijzing een groter gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt dan A? Is de rvc naar behoren samengesteld? De statuten kunnen e.e.a. verijdelen door te bepalen dat het voordrachtsrecht van de rvc niet door een bindende voordracht kan worden beperkt.

Indien *stakeholders* ervoor kiezen om het gecontroleerde coöptatiestelsel te handhaven, bestaat m.i. nog steeds behoefte aan een verbod om de bevoegdheid van de rvc tot benoeming door middel van een bindende voordracht te beperken. Ontbreekt dit verbod, dan dreigt het aanbevelingsrecht van de ava, de or en het bestuur uitgehold te worden. De statuten kunnen in het verbod voorzien.

3. Kring van benoembare personen

De rvc dient in overleg met de rvb van zichzelf een gewenst profiel op te stellen, aldus de commissie corporate governance (1997). De rvc beperkt de kring van benoembare personen door het stellen van positieve of negatieve kwaliteitseisen in de profielschets.

De vraag is niet *of* kwaliteitseisen bij benoemingen gehanteerd mogen worden, maar hoe die eisen tot stand komen en *hoe ver* die eisen mogen gaan. Het is onwenselijk dat

opstellers van kwaliteitseisen een zeer nauwe kring van benoembare personen creëren, waardoor zij de bij de benoeming betrokken organen dwingen om een keuze te maken uit de door hen gewenste kandidaten. Het tweede lid van art. 2:158/268 BW voorkomt dat de ava de keuzevrijheid van de or en het bestuur (bij het aanbevelen) en de rvc (bij het benoemen) beperkt door te bepalen dat de *statuten* de kring van te benoemen personen niet mogen beperken.⁸ Deze waarborg keert terug in ontwerp-art. 2:158/268 lid 4 BW. De wetgever acht het ongewenst dat de ava door middel van de statuten de keuzevrijheid kan beperken van de rvc bij het opstellen van zijn voordracht resp. van de or bij het uitoefenen van zijn gewone en versterkte aanbevelingsrecht.

Opmerkelijk is dat het gehele ontwerp-lid 4 van regelend recht is, terwijl het voorgestelde lid 5 – over aanbevelingsrechten – van dwingend recht is. Is de waarborg dat er nog wat te kiezen moet blijven niet nodig indien *stakeholders* instemmen met een afwijking van het wettelijk benoemingsstelsel? Ik zou er voor willen pleiten dat het verbod om in de statuten de kring van benoembare personen te beperken, wordt overgeheveld naar lid 3, dat van dwingend recht is.

De wetgever kiest voor een verplichte profielschets, op te stellen door de rvc. Het ontwerp-art. 2:158/268 lid 3 BW bepaalt:

De raad van commissarissen stelt een profielschets voor zijn omvang en samenstelling vast, rekening houdend met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen.

Er zijn geen advies/instemmingsrechten van de or of de ava. De rvc zal voorafgaand aan het vaststellen van de profielschets en vervolgens bij iedere wijziging de schets met de or en de ava bespreken. In een instemmingsrecht van de ava of van de or is niet voorzien teneinde de door de SER gevreesde juridisering te vermijden.⁹ Ik deel de mening van de wetgever dat het de rvc is die de behoefte aan de gewenste samenstelling qua spreiding van kennis, gewenste ervaring etc. het beste kan beoordelen.¹⁰

Indien de rvc normale of gebruikelijke kwaliteitseisen in de profielschets/het reglement opneemt, zoals een brede ervaring, internationale oriëntatie en onafhankelijkheid, dreigt niet het gevaar van onvoldoende keuzevrijheid voor de ava of de or bij het uitoefenen van hun aanbevelingsrechten. Deze kwaliteitseisen beperken de kring van benoembare personen in het belang van de vennootschap. Dit is wellicht anders indien de rvc met het oog op de door hem gewenste achtergrond van de te benoemen personen tevens bijzondere kwaliteitseisen voor een of meer van zijn leden opneemt in de profielschets/het reglement. Deze kwaliteitseisen kunnen de kring van benoembare personen zeer sterk beperken.¹¹ Zij kunnen meebrengen dat aanbevelingsrechten in feite worden beknut en de rvc

qua samenstelling niet voldoet aan aanvaarde inzichten van corporate governance. Ik denk aan de volgende bijzondere kwaliteitseisen: het hebben van ten minste x% aan aandelen, het zijn van ex-bestuurder van de vennootschap, het zijn (ingeval van een structuurdochter) van bestuurder van de moedermaatschappij etc. Ik zou er een voorstander van zijn indien de commissie corporate governance onder leiding van M. Tabaksblat aandacht besteedt aan dit onderwerp. In het wettelijk benoemingsstelsel is niet voorzien in de gang naar de OK indien de rvc gebruik maakt van zijn voordrachtsrecht.

Samenvatting

Het verbod tot het doen van een bindende voordracht dat thans is opgenomen in art. 2:158/268 lid 2 BW waarborgt de autonome uitoefening van de benoemingsbevoegdheid van de rvc en voorkomt daarmee het uithollen van aanbevelingsrechten. Dit verbod keert niet terug in het wetsvoorstel aanpassing structuurregeling. Na invoering van de wet aanpassing structuurregeling blijft mijns inziens behoefte aan voormeld verbod bestaan indien *stakeholders* ervoor kiezen om het huidige, gecontroleerde coöptatiesysteem te handhaven. Voor wat betreft het voorgestelde wettelijk benoemingsstelsel heb ik mij afgevraagd of er behoefte bestaat aan een in de statuten op te nemen verbod voor de rvc tot het verlenen van een indirect bindend voordrachtsrecht.

Bijzondere kwaliteitseisen al dan niet opgenomen in de door de rvc, in de toekomst verplicht, vast te stellen profielschets zijn bezwaarlijk indien zij de kring van benoembare kandidaten (te) zeer beperken. Een te nauwe kring van benoembare personen beknut in feite het uitoefenen van aanbevelingsrechten en vergroot de kans dat de rvc niet naar behoren wordt samengesteld.

*Mm. mr. M. Y. Nethé**

5. Een en ander wordt niet toegelicht in de MvT.
6. De ava en de or hebben in het wettelijk benoemingsstelsel geen bezwaarsrecht.
7. Zie voor de om en om-benoeming: wetsvoorstel 28 179, nr. 3, p. 43.
8. De afgeschafte Departementale Richtlijnen (1986) bepaalden in par. 14 dat de statuten geen kwaliteitseisen mogen bevatten voor structuurcommissarissen. Zie ook het advies van de werkgroep vennootschapsrecht d.d. 18 november 1974 en Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 354.
9. Wetsvoorstel 28 179, nr. 5, p. 38.
10. Wetsvoorstel 28 179, nr. 5, p. 38.
11. Dat de wetgever oog heeft voor het gevaar van uitholling van aanbevelingsrechten door middel van een profielschets blijkt uit de volgende opmerking in de nota n.a.v. het verslag: "De schets mag de uitoefening van de rechten van aandeelhouders of de ondernemingsraad evenmin feitelijk onmogelijk maken, bijvoorbeeld door de kring van kandidaten zodanig nauw te omschrijven dat slechts coöptatiekandidaten daarbinnen kunnen vallen." Wetsvoorstel 28 179, nr. 5, p. 40.

* Universitair docent sectie Handelsrecht en sociaal recht Rijksuniversiteit Groningen.