

Wie de SE met medezeggenschap kansen wil geven moet zeker niet proberen om nationale ideologische veren te transplanteren op een vogel die daardoor niet meer kan vliegen.

Wie, zoals ik, vooral heil ziet in de SE in de medezeggenschapsvrije variant, behoeft zich hierover eigenlijk niet druk te maken. Toch zou ook ik niet gaarne getuige zijn van de creatie met veel moeite van een medezeggenschappelijke SE die onder de last van haar pracht vervolgens niet eens van de grond kan komen.

D.C. Buijs

De invloed van de Nederlandse corporate governance code op statuten van beursgenoteerde vennootschappen

094

1. Inleiding

Aan de Nederlandse corporate governance code van de Commissie-Tabaksblat (hierna: Code) zijn eerder dit jaar van twee tijdschriften themanummers gewijd, waarvan één het onderhavige tijdschrift.¹ In aanvulling op de daarin verschenen artikelen, waarvan in verband met het hiernavolgende met name van belang zijn dat met betrekking tot de verplichting tot naleving van de Code² en dat met betrekking tot de data van inwerkingtreding van de Code³, volgt hieronder een overzicht van de wijzigingen in de statuten van onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen waartoe de principes en best practice bepalingen van de Code in eerste instantie aanleiding geven. Niet beoogd is om hiervan een volledig overzicht te geven. Dit is ook niet mogelijk omdat dit afhankelijk is van de huidige tekst van de statuten van onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen en is dus maatwerk. Nagegaan wordt voor welke onderwerpen of bevoegdheden die voorkomen in de principes en best practice bepalingen van de Code *het in belangrijke mate geldt* dat het gebruikelijk is dat deze in statuten worden geregeld of zelfs dat daarvoor een statutaire grondslag is vereist.

Aangenomen wordt wel dat ook grote, niet ter beurze genoteerde, vennootschappen de Code zoveel mogelijk zullen volgen. Ook voor deze vennootschappen kan het overzicht in dit artikel dienst doen.

Wat betreft het tijdspad geldt dat uiterlijk op de in 2005 te houden algemene vergadering van aandeelhouders de invulling aan de nakoming van de Code moet zijn geëffectueerd. Dit zou bij een onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschap waarvan jaarlijks maar één algemene vergadering van aandeelhouders wordt gehouden, tot gevolg hebben dat het voorstel tot wijziging van de statuten als gevolg van de Code reeds vóór de in 2004 te houden aandeelhoudersvergadering op de agenda zou moeten staan. In verband met de vijf-maandstermijn voor het opmaken van de jaarrekening in art. 2:101 BW en de zes-maandstermijn voor het houden van de jaarlijkse vergadering van aandeelhouders als genoemd in art. 2:108 lid 2 BW wordt de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders meestal gehouden in de maanden mei en juni van elk jaar. De tijd dringt derhalve en als het niet lukt om op de eerstkomende aandeelhoudersvergadering het voorstel tot statutenwijziging te behandelen zou hiervoor in de tweede helft van

2004 een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders moeten worden gehouden. In het voorstel tot statutenwijziging zou dan gelijk meegenomen kunnen worden de wijzigingen als gevolg van het thans bij de Eerste Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling⁴, waarvan de geplande inwerkingtreding juli 2004 is.⁵

2. Aanpassing van de statuten

Bij de hierna volgende opsomming van onderwerpen in de principes en best practice bepalingen van de Code waarvoor in belangrijke mate geldt dat het gebruikelijk is dat hierover een regeling wordt getroffen in statuten van vennootschappen of waarvoor geldt dat daarvoor een statutaire grondslag is vereist, wordt dezelfde volgorde gehanteerd als waarin deze onderwerpen gebruikelijk in de statuten geregeld worden.

a. Benoeming bestuurders (duur; bindende voordracht benoeming; ontslag)

Duur

Ingevolge best practice bepaling II.1.1 van de Code wordt een bestuurder benoemd voor een periode van maximaal vier jaar. Herbenoeming kan telkens voor een periode van maximaal vier jaar plaatsvinden.

Het is gebruikelijk om de beperking van de duur van benoeming van de bestuurders in statuten te regelen.

In de brief van het kabinet aan de Tweede Kamer van 1 maart 2004 is aangekondigd om de benoemingstermijn van maximaal vier jaar, met mogelijkheid van herbenoeming, in de wet op te nemen.

Ontnemen bindend karakter voordracht benoeming bestuurder; ontslag bestuurder

Indien in de statuten van onder de Code vallende beurs- (niet-structuur) vennootschappen in overeenstemming met art. 2:133 BW wordt bepaald dat benoeming van bestuurders door de algemene vergadering van aandeelhouders geschiedt op grond van een bindende voordracht en/of indien daarin wordt bepaald dat het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot ontslag van een bestuurder met een versterkte meerderheid (met inachtneming van het bepaalde in art. 2:134 lid 2 BW) moet worden genomen, moet(en) deze regeling(en) in overeenstemming zijn dan wel worden gebracht met best practice bepaling IV.1.1. Deze houdt onder andere in dat de in de statuten voor deze besluiten eventueel vereiste versterkte meerderheid niet hoger mag zijn dan een derde van het vertegenwoordigde geplaatste kapitaal.^{6,7}

1. *Ondernemingsrecht* 2004-4 en *WPNR* 2004/6563.
2. S.M. Bartman, 'De Code-Tabaksblat; een juridisch lichtgewicht', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 123-126.
3. M. Das, 'Geldt de Code?', *Ondernemingsrecht* 2004, p. 126-129.
4. *Kamerstuknummer* 28 179.
5. Zie over de invoering in de statuten van Ahold van het in dit wetsvoorstel voorkomende agendarecht van de verschaffers van ten minste 1% van het geplaatste kapitaal: Frank van den Ingh & Richard Nowak, 'Corporate governance perikelen bij Ahold', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 640.
6. De eis van een derde komt niet uit de lucht vallen. Onder nr. 51 van het hoofdstuk 'Verantwoording van het werk van de Commissie' van de Code wordt verwezen naar een onderzoek van het Ministerie van Financiën, waaruit blijkt dat het gemiddeld aantal uitgebrachte stemmen tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap zonder certificaten van aandelen, 33% bedraagt (waarbij de spreiding groot is).
7. Zie hoe dit in de statuten van Ahold wordt geregeld: Frank van den Ingh & Richard Nowak, 'Corporate governance perikelen bij Ahold', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 639-640.

In het hoofdstuk 'Aanbevelingen aan de wetgever en de opstellers van verslaggevingsstandaarden' van de Code beveelt de commissie ter facilitering van deze best practice bepaling de wetgever aan om art. 2:133 lid 1 BW zodanig te wijzigen dat de voordracht tot benoeming van een bestuurder niet meer dan één persoon hoeft te bevatten. Ook dient de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid te krijgen om, indien de algemene vergadering van aandeelhouders aan deze voordracht het bindend karakter ontnemt, aan degene aan wie het voordrachtrecht is toegekend een nieuwe voordracht te vragen, waarbij de algemene vergadering van aandeelhouders zelf een persoon voor benoeming kan aanbevelen. In de genoemde brief van het kabinet aan de Tweede Kamer van 1 maart 2004 is aangekondigd om deze aanbeveling in de wet op te nemen.

Ingevolge dezelfde best practice bepaling gelden dezelfde eisen als voornoemd voor de besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders tot ontslag van bestuurders.

Goedkeuring bestuursbeleid/-handelingen en -besluiten

Ingevolge best practice bepaling II.1.2 dienen de volgende bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de raad van commissarissen te worden voorgelegd:

a de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap;

b de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen;

c de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd, bijvoorbeeld ten aanzien van de financiële ratio's. Eveneens behoeven goedkeuring van de raad van commissarissen:

a het verstrekken van persoonlijke leningen en garanties aan bestuurders onder de in de Code genoemde voorwaarden (best practice bepaling II.2.8);

b transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurder (best practice bepaling II.3.4);

c de benoeming en ontslag van de secretaris van de vennootschap (zie over de secretaris hierna in dit hoofdstuk) door het bestuur (best practice bepaling III.4.3).

Tegelijkertijd kan ook in de statuten worden opgenomen de goedkeuringregeling als genoemd in ontwerpartikel 2:107a BW van het wetsvoorstel tot wijziging van de structuurregeling, op grond waarvan aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming.

Bezoldiging bestuur

Het is gebruikelijk dat statuten van vennootschappen en zeker van beursgenoteerde vennootschappen een bepaling bevatten over de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging en verdere arbeidsvoorwaarden van bestuurders. Over de bezoldiging van bestuurders gaan de best practice bepalingen II.2.1 tot en met II.2.8 (o.a. opties, bezit van effecten, maximale vergoeding bij ontslag, persoonlijke leningen en garanties) en II.2.9 tot en met II.2.14 (o.a. remuneratierapport).

Het zou teveel zijn al deze bepalingen op te nemen in de statuten van onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen. Volstaan zou kunnen worden met te bepalen dat de raad van commissarissen de bezoldiging van iedere individuele bestuurder vaststelt, op voorstel van de remuneratiecommissie, een en ander binnen het door de algemene vergadering van aandeelhouders overeenkomstig de Code vastgestelde bezoldigingsbeleid⁸ (zie best practice bepaling II.2, Vaststelling en openbaarmaking van de bezoldiging, Principe, tweede alinea).

b. Raad van commissarissen

Duur zittingperiode en rooster van aftreden commissarissen

Een commissaris kan maximaal drie maal voor een periode van vier jaar worden benoemd (best practice bepaling III.3.5). De raad van commissarissen stelt een rooster van aftreden vast (best practice bepaling III.3.6).

Het is gebruikelijk om de beperking van de duur van de benoeming van commissarissen in statuten te regelen.

Ontnemen bindend karakter voordracht benoeming commissaris; ontslag commissaris

Hetgeen hiervoor is geschreven over het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot het ontnemen van het bindend karakter aan een voordracht tot benoeming van een bestuurder en tot ontslag van een bestuurder, geldt eveneens voor een commissaris (best practice bepaling IV.1.1).

Bezoldiging commissarissen

De algemene vergadering van aandeelhouders stelt de bezoldiging van de commissarissen vast⁹, welke niet afhankelijk mag zijn van de resultaten van de vennootschap (Principe bij III. Bezoldiging). Aan een commissaris worden geen aandelen en/of rechten op aandelen bij wijze van bezoldiging toegekend (best practice bepaling III.7.1). De raad van commissarissen stelt een reglement vast waarin regels worden gesteld ten aanzien van het bezit van en aandelen in effecten door commissarissen (best practice bepaling III.7.3). De vennootschap verstrekt aan haar commissarissen geen persoonlijke leningen, garanties, en dergelijke, tenzij in de normale uitoefening van het bedrijf en na goedkeuring van de raad van commissarissen. Leningen worden niet kwijtgescholden (best practice bepaling III.7.4).

Voor het opnemen van deze bepalingen in statuten van onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen is, naar analogie, van toepassing hetgeen hiervoor is geschreven met betrekking tot de beloning van bestuurders.

c. Algemene vergadering van aandeelhouders

Agenda van de algemene vergadering van aandeelhouders

Het is gebruikelijk om in statuten van vennootschappen de meest voorkomende onderwerpen te noemen voor de agenda van de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders.¹⁰ Aan de Code onderworpen beursgenoteerde vennootschappen zijn verplicht om de volgende punten apart op de agenda te zetten:

- het reservering- en dividendbeleid van de vennootschap (best practice bepaling IV.1.4);
- voorstel tot uitkering van dividend (best practice bepaling IV.1.5);
- décharge van bestuurders (best practice bepaling IV.1.6);

8. In deze zin ook de brief van het kabinet aan de Tweede Kamer van 1 maart 2004. Zie ook het voorgestelde art. 2:135 BW van het wetsvoorstel tot wijziging van de structuurregeling.

9. Zie ook het voorgestelde art. 2:145 BW van het wetsvoorstel tot wijziging van de structuurregeling.

10. Zie hierover ook: Frank van den Ingh & Richard Nowak, 'Corporate governance perikelen bij Ahold', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 639.

- décharge van commissarissen (best practice bepaling IV.1.6).¹¹

De onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen zouden hun statuten op dit punt kunnen aanpassen.

Bijwonen algemene vergadering van aandeelhouders door externe accountant

Op grond van best practice bepaling V.2.1 dient de externe accountant de algemene vergadering van aandeelhouders bij te wonen en is hij bevoegd daarin het woord te voeren. De commissie beveelt de wetgever aan om die bevoegdheid van de externe accountant in Boek 2 BW te verankeren. In de brief van het kabinet aan de Tweede Kamer van 1 maart 2004 wordt aangekondigd deze aanbeveling over te nemen. Zonder wettelijke regeling geldt dat de algemene vergadering bevoegd is andere personen dan de in art. 2:117 BW genoemden tot de algemene vergadering toe te laten.¹² Wel kan deze bevoegdheid van de externe accountant in de statuten van onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen worden verankerd.

Verslag (notulen) algemene vergadering van aandeelhouders

De wet bepaalt niets omtrent het maken van notulen.¹³ Het is gebruikelijk om in statuten te bepalen dat van het verhandelde in een algemene vergadering van aandeelhouders notulen moeten worden gehouden tenzij daarvan een notariële proces-verbaal wordt opgemaakt. Daarom is het goed gebruik om in statuten van onder de Code vallende beursgenoteerde vennootschappen ook over te nemen hetgeen is bepaald in best practice bepaling IV.3.8, namelijk dat het verslag van de algemene vergadering van aandeelhouders, alvorens dit wordt vastgesteld, uiterlijk drie maanden na afloop van de vergadering op verzoek aan aandeelhouders ter beschikking wordt gesteld en dat de aandeelhouders binnen drie maanden nadien de gelegenheid hebben om op het verslag te reageren.

Stemrecht financieringspreferente aandelen

Best practice bepaling IV.1.2 schrijft voor dat het stemrecht op financieringspreferente aandelen gebaseerd moet worden op de - in ieder geval bij de uitgifte - reële waarde van de kapitaalbreng. Voor het opnemen van een dergelijke bepaling in statuten van vennootschappen is wetswijziging vereist waartoe dan ook de Commissie de wetgever een aanbeveling doet. In de brief van het kabinet aan de Tweede Kamer van 1 maart 2004 ontbreekt deze aanbeveling in de opsomming van aanbevelingen tot wetswijziging van de Commissie-Tabaksblad die het kabinet overneemt.

3. Slot

In dit artikel is een overzicht gegeven van onderwerpen uit de Code die gelet op de huidige statutaire praktijk in de statuten verankerd behoren te worden. Een dergelijke statutenwijziging zou uiterlijk in 2004 aan de vergadering van aandeelhouders voorgelegd moeten worden. Voor een aantal onderwerpen dienen de initiatieven van de wetgever af-

gewacht te worden. Er zijn evenwel meer best practice bepalingen in de Code die aanleiding geven voor een regeling in de statuten. Het advies hiertoe is echter maatwerk en zal mede afhankelijk zijn van de vraag hoe de statuten van de desbetreffende beursgenoteerde vennootschap in concreto luiden.

W. Bosse

Wetsvoorstel Wet financiële dienstverlening

095

1. Inleiding

Het wetsvoorstel Wet financiële dienstverlening (Wfd) heeft een lange voorgeschiedenis. In *Ondernemingsrecht* 2003, p. 133-137 is al ingegaan op de in 2001 verschenen consultatienota 'Bemiddeling in financiële diensten' en het 'Rapport inzake toezichtstructuur en regulerend kader voor bemiddelingsactiviteiten in de financiële sector' van de Raad van Financiële Toezichthouders, het in 2002 uitgebrachte SER-advies 'Bemiddeling in financiële diensten' en op het in februari 2003 gepubliceerde consultatie-wetsvoorstel Wfd. Begin april 2004, ruim een jaar later, is het wetsvoorstel Wfd in de Tweede Kamer ingediend (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 507). Het wetsvoorstel vervangt de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf en voor het grootste deel de Wet op het consumentenkrediet (WCK) en geeft uitvoering aan Richtlijn 2002/92/EG inzake verzekeringsbemiddeling alsmede aan Richtlijn 2002/65/EG betreffende verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (deels in de Wfd en deels in het BW). De Wfd is geschied op de leest van de nieuwe toezichtstructuur (functioneel toezichtmodel) zoals deze tot uiting zal komen in het nog in te dienen wetsvoorstel Wet financieel toezicht (Wft)¹ en zal vervolgens 'opgaan' in de Wft (deel 3 gedragstoezicht).

De Raad van State toonde zich in zijn op 2 december 2003 uitgebrachte advies niet positief en adviseerde tot 'heroverweging van het voornemen tot het indienen van een voorstel voor een afzonderlijke Wfd zo kort voordat, naar verwachting, het definitieve voorstel voor de (onderscheiden onderdelen van de) Wft gereed is en in procedure wordt gebracht.' Aanleiding voor dit advies waren onder meer de vele vragen die de Wfd oproept die 'over de Wfd heen reiken' en betrekking hebben op de uitgangspunten (onderbouwing en consequenties van het functioneel toezichtmodel; concentratie bij één orgaan van zowel regelgevende en uitvoerende taken als verantwoordelijkheid voor toezicht en sanctionering) en de voorgenomen inhoud van de Wft (waaronder inhoud en betekenis van begrippen). De Raad ziet het als een belemmering voor een adequate beoordeling en als een mogelijk obstakel voor de verdere behandeling van de Wfd (waarin de nieuwe toezichtstructuur voor het eerst op het niveau van wet in formele zin aan de orde is), dat de tekst van het voorstel voor de Wft waarvan de Wfd een onderdeel zal gaan uitmaken nog niet beschikbaar is. Het advies van de Raad is echter niet opgevolgd. De daarvoor aangevoerde redenen zijn onder meer het bestaan van 'een aantal knelpunten in het gedrag van financiële

11. De invoering op 1 december 2001 van de laatste zin van lid 3 van art. 2:101 BW, ingevolge welke de vaststelling van de jaarrekening niet meer automatisch tot décharge van bestuurders onderscheidenlijk commissarissen kon leiden, noopte reeds tot agendering van de onderwerpen décharge van bestuurders onderscheidenlijk commissarissen voor de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders.

12. Asser-Maeijer 2-III, nr. 281.

13. Niet te verwarren met de verplichting van het bestuur tot het houden van aantekening van de genomen besluiten (art. 2:120 lid 4 BW). Zie hierover Asser-Maeijer 2-III, nr. 261 en 273.

1. Zie ook Seminar Hervorming financiële toezichtswetgeving, Kluwer 2004, p. 13-19.