



Hommen

Vink

Kok

Hofmann

Klaver

Timmermans

Le

De benoemingsprocedure van commissarissen in de structuurvennootschap is in oktober 2004 gewijzigd ten voordele van de aandeelhouder en de ondernemingsraad. Wat hebben de vergadering van aandeelhouders (AvA) en ondernemingsraad (OR) met die nieuwe rechten gedaan? Ons onderzoek laat zien dat er meer gebruik van het aanbevelingsrecht zou kunnen worden gemaakt dan nu gebeurt. Een analyse van de mogelijke redenen van de onderbenutting van deze rechten brengt ons tot enkele aanbevelingen.

HET AANBEVELINGSRECHT VAN AVA EN OR: FORCE OF FARCE?

Bernard Santen en Suzanne Plusquin

1. Wetswijziging

Voor 2004 werden de commissarissen van een structuurvennootschap benoemd door de raad van commissarissen (RvC): coöptatie dus. De oude wet gaf de OR en de AvA het recht om aan de RvC personen voor benoeming tot commissaris aan te bevelen. De RvC hoefde met die aanbeveling geen rekening te houden. Vervolgens moest de RvC aan de AvA kennis geven van het voornemen een bepaalde persoon te benoemen, waarna de AvA of de OR bezwaar kon maken tegen die voorgenomen benoeming.

De sinds oktober 2004 geldende wet schrijft benoeming van commissarissen door de AvA voor. De RvC doet daartoe een voordracht aan de AvA (art 2:158 lid 4 BW). Die voordracht komt tot stand nadat de RvC aan de OR en de AvA net als voorheen de mogelijkheid heeft geboden kandidaten aan te bevelen (art 2:158 lid 5 BW). Het aanbevelingsrecht van de OR kan sinds de wetswijziging een verplichtend karakter hebben: het zogenaamde versterkte aanbevelingsrecht. Voor een derde van de commissarissen (naar beneden af te ronden indien het quotiënt niet op een geheel getal uitkomt) is de RvC verplicht om de

Datum samenstelling index	4-3-2008	2-3-2007	2-3-2006	2-3-2005
Jaarverslag over	2007	2006	2005	2004
ASML	AEX 8	AEX 7	AEX 8	AEX 7
BAM Groep	AMX 6	AMX 7	AMX 6	AMX 6
Boskalis	AMX 5	AMX 4	AMX 5	overig 4
Corio	AEX 5	AMX 5	AMX 5	AMX 5
Heijmans	AMX 5	AMX 5	AMX 5	AMX 5
Imtech	AMX 6	overig 6	overig 6	overig 6
KPN	AEX 5	AEX 7	AEX 7	AEX 7
Laurus	overig 4	overig 5	overig 5	AMX 7
OPG	overig 6	overig 6	overig 6	overig 6
Ordina	AMX 4	AMX 4	AMX 4	overig 4
Smit	overig 4	overig 4	overig 4	overig 5
SNS Reaal	AMX 7	AMX 8	overig 7	overig 7
Stork	uit 4*)	AMX 5*)	AMX 5	AMX 6
TNT	AEX 10	AEX 10	AEX 9	AEX 8
USG People	AMX 5	AMX 5	AMX 4	overig 5
Totaal commissarissen	84	88	86	88
Wv. met versterkt aanbevelingsrecht	22	23	23	24
*) De drie door de OK bij Stork NV benoemde commissarissen zijn niet meegeteld.				

Tabel 1: Aantal commissarissen per jaarultimo van op enig moment in de periode 2005-2008 in de AEX of AMX genoteerde structuurvennootschappen

aanbeveling van de OR over te nemen (art 2:158 lid 6 BW). Daarbij is het vroeger bestaande bezwaarrecht van AvA en OR overgegaan op de RvC (art 2:158 lid 7 BW). De voordracht van de RvC kan door de AvA worden afgewezen met (in tweede instantie) de helft van het aantal uitgebrachte stemmen (art 2:158 lid 9 BW).

2. Onderzoek

Sommigen hebben zich destijds kritisch uitgelaten over het nieuwe stelsel (De Bos, Donker en Santen, 2003). Zij vroegen zich af of de AvA en de OR op deze manier daadwerkelijk invloed zouden gaan uitoefenen, of dat zij zich zouden beperken tot het honoreren van de voordracht

van de RvC. Dat hebben wij onderzocht over de eerste periode van vier jaren na de wetswijziging, namelijk in de jaren 2005, 2006, 2007 en 2008. Onze steekproef bestond uit de in totaal vijftien in de jaren 2005-2008 op enig moment in de AEX- en AMX-genoteerde structuurvennootschappen. Onze probleemstelling luidde: *Is het versterkte aanbevelingsrecht van de OR en het aanbevelingsrecht en het benoemingsrecht van de AvA, gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt, een daadwerkelijke verandering van het voor die tijd geldende systeem van coöptatie?*

Tabel 1 geeft aan welke vennootschappen wij hebben onderzocht en in welke jaren ze onderdeel van de AEX of AMX uitmaakten. Met 'overig' in de tabel wordt bedoeld dat de vennootschap in het betreffende jaar op de beurs werd genoteerd onder 'overige fondsen'.

Jaar	2005	2006	2007	2008	Totaal
AEX	8	5	9	8	30
wv. met versterkt aanbevelingsrecht	2	0	3	0	5
	25%	0%	33%	0%	17%
AMX	7	12	9	11	36
wv. met versterkt aanbevelingsrecht	1	4	0	3	8
	14%	33%	0%	27%	22%
<i>overige fondsen</i>	10	7	6	9	35
wv. met versterkt aanbevelingsrecht	1	1	2	1	5
	10%	14%	33%	11%	14%

Tabel 2: Aantal (her)benoemingen van commissarissen van op enig moment in de periode 2005-2008 in de AEX of AMX genoteerde structuurvennootschappen

De cijfers in tabel 1 geven het aantal commissarissen per jaarultimo aan. Daarbij valt op dat van de zestig waarnemingen slechts dertien keer (22 procent) de RvC uit drie commissarissen of een exact veelvoud daarvan bestaat. Het gevolg is dat in 47 gevallen het aantal door de OR op grond van het versterkte aanbevelingsrecht aan te bevelen commissarissen reeds daarom minder dan een derde bedraagt. De onderste regels van tabel 1 laten dit zien. Tabel 2 geeft een overzicht van het aantal commissarissen dat in de onderzochte jaren is (her)benoemd door de AvA. Tevens is daarin aangegeven hoeveel commissarissen zijn benoemd na te zijn voorgedragen door de RvC op grond van het versterkt aanbevelingsrecht van de OR.

In tabel 2 valt direct op dat het aantal door de OR versterkt aanbevolen commissarissen veel minder is dan een derde van het aantal benoemde commissarissen zoals de wetstekst bij vluchtige lezing suggereert (art 2:158 lid 6 BW). In principe zou de uitkomst van een derde kunnen worden verwacht, nu de onderzochte periode vier jaren beslaat en de benoemingsperiode wettelijk maximaal vier jaren is (art 2:161 lid 1 BW). De verklaring voor dit ogenschijnlijk tekort is drieërlei.

Ten eerste: doordat het aantal commissarissen in de RvC slechts in 22 procent van de gevallen een precies veelvoud van drie is, is het aantal te benoemen commis-

sarissen onder het versterkt aanbevelingsrecht lager dan een derde van het aantal beschikbare benoemingen. Van de 346 commissaris-posten uit onze steekproef zouden er, zo laat de onderste regel van tabel 1 zien, 92 (27 procent) op grond van de wettelijke ‘een derde regel’ moeten worden benoemd met het versterkt aanbevelingsrecht.

Ten tweede: als er een komen en gaan van op voorstel van de grootaandeelhouder door de AvA voorgedragen commissarissen is, zoals bij Laurus (Super de Boer) waar in vier jaren zeven commissarissen de revue passeerden, of als de hele RvC vertrekt (Boskalis; Stork, complete wisseling van RvC vlak voor de beursexit), dan vertekent dit het beeld.

Ten derde: het komt een enkele keer voor dat een commissaris voor een kortere tijd wordt herbenoemd. Als dit niet de versterkt aanbevolen commissaris is, betekent dit ook een vermindering in het aandeel.

Laten we duidelijk ‘verstorende’ bedrijven als Laurus, Boskalis en Stork buiten beschouwing, dan toont tabel 3 een ‘genormaliseerd’ beeld.

Opvallend in tabel 3 is dat de AMX-vennootschappen met 24 procent het dichtst in de buurt van de berekende ‘versterkte’ score van commissarissenbenoemingen komen van 27 procent. De AEX haalt alleen in 2007 de ‘wettelijke’ score, maar komt gemiddeld niets eens op

Jaar	2005	2006	2007	2008	Totaal
AEX	8	5	9	8	30
wv. met versterkt aanbevelingsrecht	2	0	3	0	5
	25%	0%	33%	0%	17%
AMX	2	9	7	11	29
wv. met versterkt aanbevelingsrecht	0	4	0	3	7
	0%	44%	0%	27%	24%
<i>overige fondsen</i>	8	6	4	2	20
wv. met versterkt aanbevelingsrecht	1	1	2	0	4
	13%	17%	50%	0%	20%

Tabel 3: 'Genormaliseerd' (*) overzicht van het aantal (her)benoemingen van commissarissen van op enig moment in de periode 2005-2008 in de AEX of AMX genoteerde structuurvennootschappen

(*) Benoemingen bij Laurus, Boskalis en Stork zijn buiten beschouwing gelaten.

twintig procent. Dat betekent dat minder dan één op de vijf commissarissen die in een AEX-onderneming worden benoemd, zijn voorgedragen met het versterkt aanbevelingsrecht. Dat is een lagere score dan op grond van de wet verwacht. Voor de overige fondsen is de score wel iets beter, maar met één op vijf nog lang niet de verwachte één op drie.

Als het *versterkte* aanbevelingsrecht al niet ten volle wordt benut, wat zou er dan van het in art 2:158 lid 5 BW bedoelde aanbevelingsrecht van de AvA en het *gewone*, onversterkte aanbevelingsrecht van de OR in de praktijk in onze steekproef terecht zijn gekomen? In de stukken komen wij niet met zoveel woorden tegen dat de AvA een aanbeveling heeft gedaan; voor de OR is dat één keer. Iets dat lijkt op een aanbeveling van de AvA komt voor bij Laurus waar 'op voordracht van Casino door de AvA' commissarissen zijn benoemd. Bij Ordina doet de Stichting Prioriteit Ordina Groep de aanbeveling. Dergelijke afwijkingen van de wet zijn toegestaan in art 2:158 lid 12 BW. Het *gewone* aanbevelingsrecht van de OR lijkt evenmin nauwelijks van de grond te komen: één keer vonden wij dat een OR een benoeming (niet versterkt) had aanbevolen. Een in de praktijk gevonden modus is de mededeling dat de OR een bepaalde voor-

dracht steunt. Dat kwam vijftien keer voor. De OR liet dus in totaal (versterkt en niet-versterkt) bij 33 benoemingen (33 procent) van zich horen.

Tenslotte het *stemrecht* van de AvA: hoe vaak heeft de AvA *daadwerkelijk* gebruikgemaakt van haar stemrecht en een voordracht van de RvC afgewezen? Bij de onderzochte vennootschappen is dat één keer gebeurd: in het heetst van de strijd bij Stork. Voor het overige zijn, voorzover wij hebben kunnen nagaan, alle voordrachten van de RvC door de AvA gehonoreerd.

3. Conclusie

Ons onderzoek is gedaan op basis van een kleine steekproef, maar wel met grotere, in de belangstelling staande bedrijven. Op basis van die steekproef luidt de conclusie dat het versterkte aanbevelingsrecht van de OR een nog voor verbetering vatbaar succes is, omdat de een derde regel nog niet perfect lijkt te worden nageleefd.

De tweede conclusie luidt dat het gewone aanbevelingsrecht van de AvA niet en dat van de OR nauwelijks wordt gebruikt. Waarom zou het aanbevelingsrecht zo slecht worden gebruikt en welke remedies zijn denkbaar? Daarop gaan we nu in.

4. Procedure van aanbeveling door de AvA

Het komt hoogst zelden voor dat aandeelhouders zichzelf of anderen openlijk kandidaat stellen. Een verklaring daarvoor van een commissaris tegenover ons luidde, dat dit kennelijk betekent dat de AvA tevreden is met de RvC. Maar er is net zo goed een andere verklaring denkbaar. Die enkele keer dat aandeelhouders publiekelijk commissarissen voorstellen, ontstaat vaak commotie (Fortis, OPG, ASMI, Alanheri, eerder: Nedlloyd). Voor de kandidaat, zeker als het een ander is dan een direct belanghebbende investeerder, dreigt op zo'n moment reputatieschade. De kans dat een kandidaat de inzet wordt van een conflict beschadigt hem en vermindert zijn inzetbaarheid daar, en vervolgens elders. Een commissaris moet eerder bruggen slaan dan ze op te blazen. Het reputatierisico is bij een onversterkte aanbeveling te groot. Dat risico wordt nog in de hand gewerkt door het door veel structuurvennootschappen gebruikte benoemingsmodel, dat wel *telescoopmodel* wordt genoemd. In dit model, instemmend besproken door Lennarts (2009) wordt in één vergadering de hele procedure voor het (her)benoemen van een commissaris doorlopen. De procedure die wordt afgewerkt in de vorm van achtereenvolgende (sub)agendapunten op de AvA, is als volgt:

- a. Aan de AvA wordt gemeld dat er een vacature is in de RvC (art 2:158 lid 5 BW) en 'wanneer, ten gevolge waarvan en overeenkomstig welk profiel' de plaats moet worden vervuld. Ook wordt gemeld of het versterkt aanbevelingsrecht op de vacature van toepassing is. Als deze vacature ontstaat overeenkomstig het rooster van aftreden zal worden medegedeeld of de aftredende commissaris voor herbenoeming in aanmerking komt c.q. wenst te komen;
- b. De AvA krijgt de gelegenheid om aan de RvC personen aan te bevelen om als commissaris voorgedragen te worden (met inachtneming van de geldende profiel-schets);
- c. De RvC geeft de AvA kennis van de voor benoeming door hem voorgedragen persoon. In de agenda wordt al aangekondigd wie er door de RvC zal worden voorgedragen als de AvA geen gebruikmaakt van haar aanbevelingsrecht. Tevens komt hier aan de orde of de OR

- een al dan niet versterkte aanbeveling heeft gedaan en of deze aanbeveling door de RvC wordt overgenomen;
- d. Het voorstel tot benoeming van de door de RvC voorgedragen persoon wordt in stemming gebracht en aannemende dat er geen afwijzing van de voordracht door de AvA plaatsvindt (waarna de procedure van art 2:158 lid 9 BW zou moeten worden gevolgd), volgt benoeming;
- e. Mededeling over verwachte vacatures in de RvC na afloop van de AvA volgend jaar.

Via deze procedure wordt de door de AvA aan te bevelen kandidaat pas op de AvA bekendgemaakt en direct publiekelijk door de RvC gehaald. Geen kandidaat zal dat risico willen lopen. Grotere aandeelhouders spreken mede daarom, denken wij, liever één-op-één met het bestuur, dan de confrontatie aan te gaan binnen de AvA met de pers en het grote publiek als toeschouwer in de strijd om een benoeming in de RvC. Toch kan het anders, en de wet wijst duidelijk op die mogelijkheid, al is bij de parlementaire behandeling bij het handhaven van deze al eerder bestaande mogelijkheid in de nieuwe context nauwelijks stil gestaan (Kamerstukken II, 2001/02, 28179, nr. 3). Art 2:158 lid 10 BW bepaalt dat de bevoegdheid van de AvA om commissarissen aan te bevelen voor een periode van twee jaren kan worden overgedragen aan een commissie van aandeelhouders. Dat was voor de wetswijziging ook al zo, maar nu de AvA de commissaris zelf benoemt, is de context wel gewijzigd. Die commissie kan, in alle rust en in overleg met de RvC, naar kandidaten zoeken in het eigen netwerk, waardoor breder dan nu naar de beste kandidaat kan worden gezocht, zonder de discussie over een kandidaat direct publiek te maken. Een uitgelezen kans lijkt het om het voordrachtsrecht van de AvA inhoud te geven. Van Schilfgaarde en Winter (2006) vragen zich af hoe de stemverhoudingen in de AvA zouden moeten doorklinken in de commissie. Dit is een complexe vraag. Omdat alleen het aanbevelingsrecht van de AvA aan de commissie kan worden overgedragen, en niet het benoemingsrecht, zal de commissie er hoe dan ook goed aan doen met de verhoudingen binnen de AvA rekening te houden, om haar aanbeveling een kans te laten maken.

Stork had zo'n commissie, maar deze is in de AvA van 2005 mede vanwege de gewijzigde Structuurwet opgeheven. Men kreeg geen feedback van aandeelhouders. Het is wonderlijk dat de commissie juist op dat moment werd opgeheven, omdat door de gewijzigde structuurwet het nu niet meer bij een enkele aanbeveling voor een commissaris door de commissie blijft, maar de AvA door haar benoemingsrecht deze aanbeveling ook, desnoods tegen de wil van de RvC in, in een 'harde' benoeming kan omzetten. Op dit moment heeft, voor zover wij konden nagaan, geen van de door ons onderzochte beursgenoteerde structuurvennootschappen een commissie van aandeelhouders.

5. Praktische aanbevelingen

Ons onderzoek levert twee aanbevelingen op. De eerste is dat de OR het versterkte aanbevelingsrecht serieus moet (blijven) nemen. Blijken onze statistieken lijkt het erop dat de OR het recht wel eens laat schieten. Misschien gebeurt dat onder het motto 'beter geen kandidaat dan een slechte kandidaat' maar het is een waarschuwing voor de OR om steeds in staat te zijn wanneer het moet, een kandidaat aan te bevelen, en er dus één op een lijstje te hebben. In het poldermodel zou het zelfs wel passen als de OR, als zij geen kandidaten heeft, tijdig met de RvC over mogelijke kandidaten in overleg zou treden. De tweede aanbeveling komt voort uit de constatering dat het aanbevelingsrecht van de AvA nu in de praktijk niet wordt gebruikt. Een niet gebruikt aandeelhoudersrecht in de wet lijkt, in een tijd van toenemend aandeelhoudersactivisme, de conclusie te wettigen dat het zo niet werkt. Men zou kunnen denken aan een versterkt aanbevelingsrecht van de AvA, zoals destijds voorgesteld door het kamerlid Blok (Kamerstukken II, 2002/03, 28179, nr. 24), mogelijk zelfs voor eveneens een derde van het aantal commissarissen. Maar voor tot dit soort rigoureuze stappen over te gaan, zouden de ondernemingen en de aandeelhouders eerst moeten overwegen om de commissie van aandeelhouders leven in te blazen, om te bezien of op deze manier echte participatie van aandeelhouders bij de aanbeveling, voordracht en benoeming van commissarissen kan worden bereikt.

Literatuur:

- ★ A. de Bos, H.A. Donker, B.P.A. Santen, 2003, Commissie-Tabaksblad doet niets aan coöptatiesysteem, *Het Financieele Dagblad*, 24-07-2003.
- ★ M.L. Lennarts, 2009, losbladige Rechtspersonen, Artikel 158.
- ★ P. van Schilfgaarde en J. Winter, 2006, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer, veertiende druk.
- ★ Kamerstukken II, 2001/02, 28179, nr. 3; en 2002/03, 28179, nr. 24.

Over de auteurs:

Mr. Drs. B.P.A. Santen is werkzaam aan de juridische faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam, sectie Financieel recht. Suzanne Plusquin LLM werkte aan dit onderzoek in het kader van haar afstuderen als master Financieel recht en is thans werkzaam bij Deloitte Belastingadviseurs.

