

NVP

HANDBOEK VOOR DE PARTICIPATIECOMMISSARIS

Een uitgave van DLA Piper Nederland N.V. 2011

Copyright 2011, DLA Piper Nederland N.V.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opname of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van DLA Piper Nederland N.V.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the written permission of DLA Piper Nederland N.V.

Dit boek bevat geen juridisch advies. DLA Piper Nederland N.V. aanvaardt geen aansprakelijkheid voor de juistheid van de inhoud van de tekst

Voorwoord

Nederlandse participatiemaatschappijen investeren jaarlijks zo'n € 2 miljard in niet-beursgenoteerde bedrijven. Circa 80% van het aantal investeringen ligt onder de € 5 miljoen. Veel kapitaal gaat dus naar verzelfstandiging van bedrijfsonderdelen, bedrijfsoverdrachten en groeifinanciering van middelgrote en kleine bedrijven.

Het kapitaal beschikbaar voor investeringen in private equity neemt sterk toe. Het vermogen onder beheer van de Nederlandse participatiemaatschappijen bedraagt ruim € 24 miljard. Meer dan duizend grote en kleine bedrijven in Nederland zijn gefinancierd met private equity. Hun gezamenlijke omzet bedraagt € 82 miljard, oftewel 15% van het BBP; zij bieden werkgelegenheid aan 350.000 mensen, ofwel 6% van de werkgelegenheid in de particuliere sector.¹ Uit onderzoek blijkt dat omzet, winst en werkgelegenheid van deze bedrijven gemiddeld sneller groeien dan bij andere bedrijven.² Sterker nog, van de ondervraagde ondernemingen zegt meer dan de helft zich sneller te hebben ontwikkeld door de buyout en is 20% van mening dat zij hun voortbestaan aan de buyout te danken hebben. Deze cijfers maken duidelijk welke groeiende rol participatiemaatschappijen vervullen in de Nederlandse economie.

Het is onze overtuiging dat deze cijfers voor een belangrijk deel te danken zijn aan het feit dat de verstrekking van private equity hand in hand gaat met professionalisering van het ondernemingsbestuur. De raad van commissarissen, waarvan een participatiecommissaris deel uitmaakt, speelt daarin een cruciale rol. De participatiecommissaris verkeert in een bijzondere positie. Hij of zij wordt voorgedragen door de participatiemaatschappij - is soms zelfs werknemer van die partij - maar moet in zijn rol als commissaris steeds de belangen van alle belanghebbenden in de vennootschap tegen elkaar afwegen. De participatiemaatschappijen die een commissaris benoemen zijn zich ervan bewust dat zij hierdoor een spanningsveld creëren. Dit vraagt van de participatiemaatschappij en de participatiecommissaris een hoge mate van professionaliteit en transparantie. Daarom worden afspraken tussen aandeelhouders, management en commissarissen gedetailleerd en op maat vastgelegd in bijvoorbeeld een aandeelhoudersovereenkomst, managementovereenkomst en reglement van de raad van commissarissen.

De vraag kan gesteld worden waarom participatiemaatschappijen voor dit model kiezen. Bij veel portfolio ondernemingen is de instelling van een raad van commissarissen wettelijk niet verplicht. Een regelmatige vergadering van aandeelhouders zou een gemakkelijker en veiliger manier kunnen zijn om invloed uit te oefenen op het management van de onderneming. De meeste participatiemaatschappijen zien echter de instelling van een raad van commissarissen als een essentieel onderdeel van de professionalisering van het ondernemingsbestuur bij middelgrote en kleinere bedrijven. In de raad van commissarissen worden onafhankelijke experts betrokken bij de belangrijkste beslissingen die de onderneming moet nemen op het gebied van strategie en financiën. Of het nu gaat om kennis van afzetmarkten, productontwikkeling of strategie- en organisatievragen. Het commissariaat geeft deze experts een rol die veel verder gaat dan die van adviseur: zij worden formeel in de besluitvorming betrokken en moeten bij hun inbreng rekening houden met de belangen van de vennootschap. Wanneer participatiemaatschappijen niet voor bovengenoemd besturingsmodel kiezen kan het 'one tier board' model nog een mogelijkheid zijn om aan bovengenoemde doelen te voldoen. Met het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht bij de N.V. en B.V. wordt dit model ingevoerd.

De Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (NVP) is zeer verheugd met deze tweede editie van het Handboek voor de Participatiecommissaris. Hiermee is op initiatief van de NVP wederom een handzaam en praktisch boek beschikbaar, dat tevens een inkijk in aankomende wetgeving geeft. De belangrijkste verschillen ten opzichte van de eerste editie betreffen met name aanpassingen in regelgeving door de jaren heen. Wij hopen dat ook deze editie door nieuwe, maar ook zittende participatiecommissarissen veelvuldig gebruikt zal worden.

Amsterdam, mei 2011

Philip Houben Voorzitter NVP

¹ PwC – Corporate

² Studie naar de economische en sociale effecten van buyouts in Nederland. Meer werkgelegenheid en groei in ondernemingen na een private equity-investering. NVP, 2008.

Inhoud

Hoofdstuk 1	8
INTRODUCTIE	8
1. Waarom dit handboek?	8
2. Wat is een participatiecommissaris?	8
3. Wat vindt de participatiecommissaris in dit handboek?	9
Hoofdstuk 2	10
TOEZICHT OP EN ADVIES AAN HET BESTUUR	10
1. Takenpakket in de wet vastgelegd	10
2. Reikwijdte werkzaamheden	10
3. Concrete taken	11
4. Belang van de vennootschap	11
5. Frequentie overleg	12
6. Collectieve verantwoordelijkheid	12
7. De commissaris die 'bestuurt'	12
8. Gedelegeerd commissaris	13
9. Informatievoorziening	13
10. Aandachtspunten en tips	13
Hoofdstuk 3	15
BENOEMING, ONTSLAG EN SCHORSING	15
1. Benoeming	15
1.A. Beperking benoembaarheid	15
1.A.1. Algemeen	15
1.A.2. Kwaliteitseisen	15
1.A.3. Leeftijdsgrens	16
1.A.4. Termijn	16
1.A.5. Voordracht of aanbeveling tot benoeming	16
1.B. Praktijkoplossingen	17
1.B.1. Stemovereenkomsten	17
1.B.2. Gebruik van mogelijkheden van letteraandelen	17
1.B.3. Creëren van tenminste drie 'lettercommissarissen'	17
2. Schorsing en ontslag	18
2.A. Algemeen	18
2.B. Procedure	18
3. Kamer van Koophandel	18
4. Aandachtspunten en tips	19
Hoofdstuk 4	20
REMUNERATIE	20
1. Inleiding	20
2. Bepaling van de beloning van commissarissen	20
3. Betaling van de beloning van commissarissen	20
4. Hoogte van de beloning	20
5. Vastlegging van de beloning	21
6. Typen beloning	21
6.A. Vast salaris	22

6.B. Presentiegeld	22
6.C. Winstafhankelijke vergoeding (tantième)	22
6.D. Opties en aandelen	22
6.E. Onkostenvergoeding	22
7. Openheid.....	23
8. Aandachtspunten en tips	23
Hoofdstuk5	24
AANSPRAKELIJKHEID	24
1. Soorten aansprakelijkheid	24
1.A. Behoorlijke taakvervulling.....	24
1.B. Wanbeleid in enquêtezaken.....	24
1.C. Aansprakelijkheid in verband met belasting- en premieafdrachten.....	25
1.D. Aansprakelijkheid voor de jaarrekening.....	25
1.E. Aansprakelijkheid in faillissement	26
1.F. Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad	26
2. Het verrichten van bestuurshandelingen	27
3. Belangenverstrengeling.....	27
4. Goedkeuringsbesluiten	27
5. Gedelegeerd commissaris	27
6. Bedrijven in moeilijkheden.....	28
7. Décharge	28
8. Aandachtspunten en tips in verband met voorkomen aansprakelijkheid	29
Hoofdstuk 6	30
VERZEKERING, VRIJTEKENING EN VRIJWARING	30
1. Verzekering	30
1.A. Verzekerde limiet.....	30
1.B. Schikken of rechterlijke beslissing?	31
1.C. Uitsluitingen	31
2. Vrijtekening.....	32
2.A. Voorschot kosten bij geschillen over interne aansprakelijkheden	32
2.B. Onherroepelijke vaststelling in rechte	32
3. Vrijwaring	32
3.A. Grenzen aan beroep op vrijwaring.....	33
3.B. Wanneer is sprake van ernstig verwijt	33
3.C. Vaststelling ernstig verwijt	33
3.D. Statutaire of contractuele vrijwaring	34
4. Verzekering vergeleken met vrijtekening en vrijwaring	34
5. Aandachtspunten en tips	34
Hoofdstuk 7	36
TEGENSTRIJDIG BELANG	36
1. Tegenstrijdig belang	36
2. Wettelijk systeem.....	36
3. Praktijk	36
4. Aandachtspunten en tips bij de uitvoering van de commissarissentaak	37
5. Aandachtspunten en tips voor de structuur/inrichting	37

6. Andere situaties van tegenstrijdig belang	38
6.A. Wettelijke regeling tegenstrijdig belang voor bestuurders	38
6.B. Toepasselijkheid wettelijke tegenstrijdig belang regeling op commissarissen.....	39
6.C. De commissaris handelt 'met zichzelf'	39
Hoofdstuk 8	40
JAARREKENING EN ACCOUNTANT	40
1. Jaarrekening	40
1.A. Jaarstukken	40
1.B. Jaarrekening, opmaken, inrichten, publicatie en termijnen	40
1.C. Ondertekening jaarrekening door bestuurders en commissarissen.....	41
1.D. Jaarverslag, overige gegevens en verslag raad van commissarissen	42
1.E. Winstverdeling	43
2. Accountant.....	43
2.A. Wettelijke controle van jaarrekeningen.....	43
2.B. Benoeming en ontslag van de accountant	43
2.C. Accountantsverklaring	44
2.D. Managementletter en Accountantsverslag.....	44
3. Wettelijke vrijstellingen m.b.t. inrichting, controle en publicatie van jaarrekeningen	45
3.A. Kleine, middelgrote en grote vennootschappen	45
3.B. De vrijstelling voor kleine en middelgrote vennootschappen	46
3.C. Vrijstelling op grond van een 403-verklaring.....	46
4. Verantwoordelijkheid van de commissarissen in verband met de jaarrekening	46
5. Aandachtspunten en tips	47
Hoofdstuk 9	49
RELATIE MET DE ONDERNEMINGSRAAD	49
1. Verschillende vormen van medezeggenschap	49
1.A. Algemeen.....	49
1.A. 1. Ondernemingsraad	49
1.A.2. Personeelsvertegenwoordiging/personeelsvergadering.....	50
1.A.3. Gemeenschappelijke vormen van medezeggenschap.....	50
1.A.4. Schematische weergave vormen van medezeggenschap	51
2. Werkwijze en bevoegdheden van de ondernemingsraad	51
2.A. De werkwijze.....	51
2.B. Het adviesrecht	51
2.B.1. Wezenlijke invloed	51
2.B.2. Advies in het kader van een overname	52
2.B.3. Beroepsrecht ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer	52
2.B.4. Enige praktische vuistregels bij het adviesrecht.....	52
2.C. Het instemmingsrecht.....	53
2.D. Het recht op informatie	54
2.E. Het spreekrecht op de AvA.....	54
2.F. Enquêteverzoeken.....	55
3. Overlegvergadering van de ondernemingsraad	55
3.A. Overlegfrequentie.....	55
3.B. Bestuurder in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden	55

4. Relatie tussen de ondernemingsraad en de raad van commissarissen	56
5. De ondernemingsraadcommissaris in structuurvennootschappen	56
6. Aandachtspunten en tips	57
Hoofdstuk 10	58
EXIT.....	58
1. Soorten exits	58
2. Aandachtspunten en tips	58
Hoofdstuk 11	60
STRUCTUURREGELING.....	60
Nederlandse structuurregeling.....	60
1. Inleiding.....	60
2. Criteria voor toepassing structuurregime	60
2.A. Structuurregime.....	60
2.B. Gemitigeerd regime	60
2.C. Vrijwillige toepassing	61
3. Gevolg toepasselijkheid structuurregime.....	61
3.A. Benoeming, ontslag en schorsing van commissarissen.....	61
3.B. Bevoegdheden raad van commissarissen	62
4. Aandachtspunten en tips	62
Hoofdstuk 12	63
VERHOUDING CORPORATE DOCUMENTEN	63
1. Inleiding.....	63
2. Statuten.....	63
2.A. Inhoud statuten en derdenwerking	63
2.B. Voor raad van commissarissen van belang zijnde onderwerpen in statuten	63
3. Aandeelhoudersovereenkomsten	64
4. Directie- en commissarissenreglementen	66
5. Andere documenten	66
6. Verhouding verschillende documenten	66
7. Aandachtspunten en tips	67
Hoofdstuk 13	68
DE FLEXIBELE B.V.	68
1. Inleiding.....	68
2. Kapitaal	68
3. Kapitaalsbescherming	68
4. Inkoop	68
5. Oprichting en uitgifte	68
6. Uitkeringen.....	68
7. Overdracht van aandelen.....	69
8. Stemrechtloze aandelen.....	69
9. Winstrechtloze aandelen	69
10. Benoeming bestuurders en commissarissen	70
11. Ontstentenis leden raad van commissarissen	70
12. Instructiebevoegdheid aandeelhouders.....	70
13. Kwaliteitseisen	71

14. Aandachtpunten en tips	71
Hoofdstuk 14	72
ONE TIER BOARD	72
Bijlage 1	73
CHECKLIST ASPIRANT-COMMISSARIS	73
Bijlage 2	74
CHECKLIST ONDERWERPEN COMMISSARISSENREGLEMENT	74
Bijlage 3	75
CHECKLIST INFORMATIEVOORZIENING AAN RAAD VAN COMMISSARISSEN	75
Bijlage 4	76
VOORBEELDLIJST GOEDKEURINGSBESLUITEN	76
Bijlage 5	78
LIJST VERPLICHTE GOEDKEURINGSBESLUITEN STRUCTUURVENNOOTSCHAP	78
ARTIKEL 274 BOEK 2 BURGERLIJK WETBOEK	78
Bijlage 6	79
LIJST VAN ADVIESPLICHTIGE BESLUITEN	79
ARTIKEL 25 WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN	79
Bijlage 7	80
LIJST VAN INSTEMMINGSPLICHTIGE BESLUITEN ARTIKEL 27 WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN	80
Bijlage 8	81
MODEL OPZEGGINGSBRIEF	81

Hoofdstuk 1

INTRODUCTIE

1. Waarom dit handboek?

Sinds de Commissie Tabaksblat haar Code inzake de Beginselen van Goed Ondernemingsbestuur (de 'Corporate Governance Code') presenteerde in december 2003 wordt er in Nederland veel over corporate governance gesproken. Inmiddels is de Corporate Governance Code in 2008 aangepast door de Commissie Frijns en wordt de toepassing daarvan periodiek geëvalueerd. Het laatste evaluatierapport van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (onder leiding van drs. J.B.M. Streppel) dateert van december 2010, het 'Tweede rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code'. In de discussie over corporate governance is de rol van de commissarissen erg belangrijk. Het merendeel van de principes en best practice bepalingen in de Corporate Governance Code heeft bijvoorbeeld betrekking op de commissarissen. Hoewel de Corporate Governance Code alleen geldt voor *beursgenoteerde* bedrijven, wordt een aantal principes en best practice bepalingen daarin ook nuttig geacht voor toepassing in *niet-beursgenoteerde* bedrijven. De Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam verwijst inmiddels regelmatig naar regels van corporate governance in het kader van enquêteprocedures. Zie ook hierna hoofdstuk 5, paragraaf LB.

De positie en verantwoordelijkheden van de commissarissen zijn steeds vaker inzet van juridische procedures, met name bij de Ondernemingskamer. Door de toegenomen regelgeving en de praktijk is de rol van de raad van commissarissen de laatste jaren inhoudelijk duidelijk verzwakt. Dit is niet alleen het geval bij beursgenoteerde ondernemingen maar zeker ook bij niet-beursgenoteerde ondernemingen, in het bijzonder bij diegenen waarbij private equity investeerders ('participatiemaatschappijen') betrokken zijn.

In de private equity sector wordt veel gewerkt met participatiecommissarissen, die benoemd worden op voordracht van de participatiemaatschappij. De positie van deze commissarissen heeft een extra dimensie, omdat zij niet alleen wettelijk verplicht zijn om rekening te houden met alle belanghebbenden in de vennootschap, maar ook een bepaalde relatie hebben met één van de belanghebbenden, namelijk een (groot)aandeelhouder. Het gevolg is dat de participatiecommissaris 'twee petten op heeft'.

Binnen de private equity sector wordt veel aandacht besteed aan corporate governance. In juni 2005 heeft de European Venture Capital Association (EVCA) bijvoorbeeld richtlijnen gepubliceerd die betrekking hebben op de positie en verantwoordelijkheden van participatiemaatschappijen bij de ondernemingen waarin zij investeren (de '*EVCA Guidelines and good practice in the management of privately held companies in the Private Equity and Venture Capital Industry*'; the '*EVCA Corporate Governance Guidelines*').³ Om meer inzicht te geven in de werkwijze van haar leden heeft de NVP in 2007 het initiatief genomen om te komen tot een herziene gedragscode en lidmaatschapscode. Deze code maakt daarbij tevens inzichtelijk hoe rekening wordt gehouden met de belangen van alle bij een onderneming betrokken belanghebbenden (*stakeholders*), zoals beleggers, het bestuur en medeaandeelhouders. De code is inmiddels verplicht voor het lidmaatschap van de NVP. In aanvulling daarop bestond in de Nederlandse private equity-sector behoefte aan een meer gedetailleerd en toch handzaam overzicht van de verantwoordelijkheden en plichten van de participatiecommissaris. Daarom is in samenwerking met de NVP dit handboek tot stand gekomen.

2. Wat is een participatiecommissaris?

De participatiecommissaris komt in verschillende hoedanigheden voor: hij kan zijn (i) de (professionele) commissaris die uit het netwerk van de betreffende participatiemaatschappij afkomstig is, de zogenaamde 'netwerkcommissaris', dan wel (ii) de investment manager van de betreffende participatiemaatschappij die als commissaris optreedt bij de onderneming waarin wordt geïnvesteerd, de zogenaamde 'investment manager commissaris'. Elke commissaris moet zich bij zijn handelen laten leiden door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden

³ Op 28 januari 2011 heeft de EVCA (via haar *Professional Standards Committee*) aangekondigd haar professionele richtlijnen, waaronder de *Corporate Governance Guidelines*, middels consultatie onder haar leden, te gaan herzien.

onderneming(en). Dat is in de wet vastgelegd en de meest essentiële regel voor commissarissen. Indien de belangen van de onderneming en de participatiemaatschappij op wier voordracht de participatiecommissaris is benoemd uit elkaar gaan lopen, kan de participatiecommissaris in een spanningsveld terecht komen. Dit is een extra dimensie waarmee de participatiecommissaris rekening moet houden.

3. Wat vindt de participatiecommissaris in dit handboek?

In dit handboek wordt een overzicht gegeven van onderwerpen waarmee elke commissaris en dus ook participatiecommissaris te maken krijgt in zijn rol van toezichthouder op en adviseur van het bestuur van de onderneming. Van elk onderwerp wordt allereerst het juridisch kader geschetst. Vervolgens wordt zoveel mogelijk op praktische wijze dieper ingegaan op de verschillende rechten en verplichtingen, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de commissaris. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van praktische aandachtspunten. Het eerdergenoemde spanningsveld of de extra dimensie waarmee de participatiecommissaris rekening moet houden, loopt als een rode draad door dit handboek. Het handboek bevat tevens een aantal checklists en modellen.

Het handboek is geschreven vanuit een juridische invalshoek. De positie van de participatiecommissaris wordt bekeken in relatie tot de niet-beursgenoteerde onderneming waar hij commissaris is. Wij gaan niet in op specifieke aspecten van het commissariaat bij beursgenoteerde ondernemingen. Uiteraard zal elke participatiecommissaris ook zijn relatie met een achterliggende participatiemaatschappij moeten beoordelen. Die relatie kan informeel zijn, bijvoorbeeld in het geval van een netwerkcommissaris, maar ook formeel in geval van de investment manager commissaris. Die relatie valt buiten het bestek van dit boek.

Hoofdstukken 2 tot en met 4 geven een overzicht van de rechten, verplichtingen en de juridische positie van commissarissen. In hoofdstukken 5 tot en met 7 komt een aantal bijzondere situaties aan de orde waarin de participatiecommissaris terecht kan komen, te weten aansprakelijkheid, verzekering, vrijtekening en vrijwaring en tegenstrijdig belang. Hoofdstukken 8, 9 en 10 gaan in op de positie van de commissaris met betrekking tot de jaarrekening en accountant, de ondernemingsraad, en de exit, de verkoop van de onderneming waarbij de relatie met de participatiemaatschappij eindigt. Tot slot eindigt het handboek met enige opmerkingen over de structuurregeling bij grotere ondernemingen, de verhouding tussen de verschillende corporate documenten, de aangekondigde wetgeving rondom de flexibele B.V. en de One Tier Board.

Veel dank zijn wij verschuldigd aan onze collega's Hendrik Bennebroek Gravenhorst, Aston Goad, Marita Hoogeveen en Jos Wouters, die hun medewerking hebben verleend aan deze tweede druk.

Tot slot wijzen wij er op dat deze uitgave algemeenheden weergeeft en geen juridisch advies bevat.

Amsterdam, mei 2011

De redactie:

Richard Fens
Sander Wiggers

Hoofdstuk 2

TOEZICHT OP EN ADVIES AAN HET BESTUUR

1. Takenpakket in de wet vastgelegd

De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap ende met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat is de letterlijke wettelijke taakomschrijving voor commissarissen, zowel binnen vennootschappen mét als binnen vennootschappen zónder structuurregime. Wat betekent dat nu in de praktijk? Wat moet een commissaris doen en wat moet hij vooral laten en welke instrumenten heeft hij daarvoor?

2. Reikwijdte werkzaamheden

De taakomschrijvingen voor toezicht en advies zijn niet in de wet geconcretiseerd. Dat is ook niet mogelijk. Het is immers ondoenlijk om een sluitende omschrijving te maken die direct toepasbaar zou zijn op een onoverzienbare hoeveelheid vennootschappen en een ontelbaar aantal situaties waarin deze tijdens hun levensloop kunnen komen te verkeren. Wat het toezicht in een gegeven geval moet inhouden, hangt af van de specifieke omstandigheden. Ideeën over toezicht kunnen in de loop der tijd bovendien aan verandering onderhevig zijn. Het geven van inhoud aan de toezichthoudende taak is overgelaten aan degenen die hiermee zijn belast, te weten de commissarissen zelf. Bij een inhoudelijke toetsing zal dan ook terughoudendheid betracht worden; slechts evidente misslagen zullen gesanctioneerd worden. Toetsing zal vooral betrekking hebben op zorgvuldigheid ten aanzien van voorbereiding en uitvoering en het alert reageren op signalen uit de onderneming.

De commissarissen kunnen het bestuur dus op allerlei uiteenlopende fronten controleren en adviseren, waarbij wel bedacht moet worden dat in beginsel het bestuur de vennootschap *bestuurt* en de commissarissen dus niet. Dat brengt een zekere beleidsruimte voor het bestuur met zich mee, met name ten aanzien van de dagelijkse gang van zaken, die door de commissarissen ook geboden moet worden. Tenzij het bestuur ernstig tekortschiet, zullen de commissarissen zich slechts moeten bezighouden met het toetsen van de besluitvorming van het bestuur - en niet dunnetjes deze besluitvorming over doen. De commissarissen dienen vooral de besluitvorming van het bestuur te toetsen ten aanzien van het meer algemene (concern)beleid, zoals de plannen op langere termijn, de strategie, (des)investeringen, de financiering van de vennootschap en andere ingrijpende besluiten. De commissarissen dienen te toetsen op de risico's van de voorgenomen besluitvorming en of er voldoende maatregelen zijn genomen om die risico's te beperken. De commissarissen dienen zich hierbij tevens af te vragen of het algemene beleid de continuïteit van de onderneming dient en of dit in overeenstemming met toepasselijke wetgeving is; dit alles met inachtneming van de (mogelijk tegenstrijdige) belangen van de verschillende belanghebbenden, zoals aandeelhouders, management, werknemers, banken. Tenzij de statuten voor specifieke gevallen anders bepalen (bijvoorbeeld via een goedkeuringslijst, zie paragraaf 3 hierna en hoofdstuk 5 paragraaf 4), is het bestuur niet verplicht aanwijzingen van de raad van commissarissen te volgen, maar voor afwijking van die aanwijzingen geldt voor het bestuur wel een motiveringsplicht. Ingeval de commissarissen zich structureel - dat wil zeggen na verloop van enige tijd en op basis van meerdere voorvallen - niet kunnen verenigen met het bestuursbeleid, dan zullen zij dit kenbaar moeten maken aan bestuur en aandeelhouders. Tot het verstrekken van alle benodigde en relevante informatie aan de vergadering van aandeelhouders zijn de commissarissen - ook als zij zich wel kunnen verenigen met het beleid - wettelijk verplicht. Indiening van het eigen ontslag kan voor de commissarissen of een individuele commissaris de ultieme consequentie zijn, mede omdat opvallend genoeg de commissarissen niet veel (andere) juridische instrumenten hebben om op te treden indien zij het niet eens zijn met het door het bestuur gevoerde beleid. De raad van commissarissen heeft namelijk geen wettelijke mogelijkheid tot directe handhaving. Het huidige wettelijk instrumentarium kent alleen de mogelijkheid tot indirecte handhaving, via bijvoorbeeld schorsing - en bij een structuurvennootschap ook ontslag - van bestuurders door de raad van commissarissen.

Ten aanzien van de intensiteit van het toezicht en de advisering, kan als algemene stelregel worden gebedzigt dat het bestuur van een vennootschap in zwaar weer meer begeleiding nodig heeft dan dat van een vennootschap die succesvol is. De intensiteit hangt natuurlijk ook sterk af van de kwaliteit, inzet en kennis van de bestuurders en het overige management van de vennootschap.

Daarnaast zal de raad van commissarissen dienen te opereren vanuit zijn eigen taak en opvatting. Hoewel de raad van commissarissen vooral toezicht zal houden op basis van informatie verkregen van het bestuur, zal hij zich toch niet zonder meer mogen verlaten op het bestuur bij klachten van andere organen over het bestuur. De raad van commissarissen zal zich daarbij kritisch moeten opstellen jegens het bestuur en haar functioneren.

Daarbij is wel eerst de vraag gesteld of de raad van commissarissen een plicht tot bemiddeling heeft bij een conflict tussen de algemene vergadering en het bestuur. De Hoge Raad heeft in 2010⁴ bepaald dat de raad van commissarissen een dergelijke plicht niet heeft. Wel kan de raad van commissarissen benaderd worden en zal dan adequaat moeten handelen. Dat zou kunnen leiden tot bemiddeling, maar de raad van commissarissen moet de vrijheid hebben om van geval tot geval af te wege of bemiddeling dan wel rechtstreeks contract met aandeelhouders wenselijk is.

3. Concrete taken

Naast de invulling van de algemene toezichthoudende en adviserende taken van de commissarissen, hebben zij ook meer specifieke wettelijke taken, waaronder:

- medeondertekening van de jaarrekening;
- verschaffing van alle verzochte inlichtingen aan de aandeelhoudersvergadering, tenzij een zwaarwegend vennootschappelijk belang zich daartegen verzet;
- vertegenwoordiging van de vennootschap bij tegenstrijdig belang van een bestuurder, tenzij de statuten of aandeelhouders anders bepalen;
- benoeming van een controlerend accountant indien de aandeelhouders zulks nalaten;
- het bijwonen van overlegvergaderingen met de ondernemingsraad;
- een raadgevende stem in de algemene vergadering van aandeelhouders.

Voor commissarissen van een structuurvennootschap met volledig regime zijn nog meer taken weggelegd die bij niet-structuurvennootschappen meestal bij de aandeelhouders liggen. Zo benoemen en ontslaan zij bestuurders en hebben zij een voordrachtsrecht bij de benoeming van hun eigen collega-leden.

Verder bevatten statuten regelmatig - en in het geval van vennootschappen waarin wordt geparticipeerd door participatiemaatschappijen zeer vaak - een zogenaamde goedkeuringslijst. Op basis daarvan moet het bestuur de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen verkrijgen voor bepaalde in de lijst opgenomen besluiten. Het betreft dan meestal besluiten die belangrijk zijn in verband met de vermogenspositie van de onderneming en waarvan de gevolgen een zekere waarde overstijgen of die buiten de normale bedrijfsvoering liggen (voor een voorbeeld van een dergelijke lijst, zie bijlage 4 van dit handboek).

Een bestuursbesluit dat de vereiste goedkeuring ontbeert, is nietig wegens strijdigheid met de statuten. Echter het ontbreken van goedkeuring tast de bevoegdheid van bestuurders om de vennootschap naar buiten toe te vertegenwoordigen niet aan. Dat wil zeggen dat een gesloten overeenkomst ondanks het ontbreken van de vereiste goedkeuring van de commissarissen wél geldig is en dat de vennootschap daaraan is gehouden. Het ontbreken van een goedkeuring heeft in dat soort situaties eigenlijk alleen relevantie voor de (interne) aansprakelijkheid van bestuurders.

4. Belang van de vennootschap

Bij de invulling van hun taken dienen de commissarissen zich 'te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'. Met andere woorden: het belang van de vennootschap, als totaalpakket van alle deelbelangen van bij de vennootschap betrokkenen, moet centraal staan. Deelbelangen zoals die van de werknemers, een participatiemaatschappij, een bank of een bepaalde handelspartner mogen niet leidend zijn bij de taakvervulling door een commissaris. Hoewel hij alle deelbelangen moet meewegen bij zijn taakuitoefening, moet hij onafhankelijk opereren, dat wil zeggen: niet één deelbelang laten prevaleren. De commissaris die toch bepaalde deelbelangen laat prevaleren, loopt het risico onbehoorlijk zijn taak te vervullen. Commissarissen, zeker ook investment manager commissarissen en - hoewel in mindere mate -

⁴ LJN HR 09/04512, 9 juli 2010 (ASMi)

netwerkcommissarissen, kunnen klem komen te zitten tussen deelbelang en vennootschappelijk belang, waardoor tegenstrijdige belangen kunnen ontstaan. Zie hierna hoofdstuk 7.

5. Frequentie overleg

Een commissaris houdt toezicht op en geeft (gevraagd en ongevraagd) advies aan het bestuur. In de praktijk wordt deze taak op verschillende manieren ingevuld. In de ene vennootschap komen bestuur en commissarissen wekelijks bijeen, in andere vennootschappen komen zij twee keer per jaar bijeen. De wet bepaalt niets over de frequentie van overleg met het bestuur. Participatiemaatschappijen die één of meerdere commissarissen hebben voorgedragen plegen betrekkelijk divers om te gaan met hun wensen ten aanzien van de mate van commissarissentoezicht. In de participatieovereenkomst kunnen afspraken worden vastgelegd over de frequentie en inhoud van vergaderingen van commissarissen en bestuur, maar ook over de frequentie en vorm van informatievoorziening door het bestuur aan de commissarissen. Om op een adequate wijze uitvoering te geven aan de toezichthoudende en adviserende taak zal over het algemeen toch een zekere regelmaat van bijeenkomsten - waarbij niet-fysieke bijeenkomsten bijvoorbeeld via een telefoonconferentie natuurlijk ook tot de mogelijkheden behoren - met de andere commissarissen en met het bestuur wel noodzakelijk zijn. Voor een behoorlijke taakvervulling is het noodzakelijk dat commissarissen ervoor zorgen dat zij via informatie en regelmatig overleg op de hoogte zijn van wat er leeft en speelt binnen de vennootschap en haar onderneming. Onbehoorlijke taakvervulling kan leiden tot aansprakelijkheid, waarover hierna hoofdstuk 5.

6. Collectieve verantwoordelijkheid

De raad van commissarissen kan bestaan uit één of meerdere leden, afhankelijk van de in de statuten opgenomen vereisten. Een structuurvennootschap moet minimaal drie commissarissen hebben. De aan de commissarissen toebedeelde taken gelden voor het college als geheel, er is dan ook sprake van een wettelijke collectieve verantwoordelijkheid. Een interne taakverdeling binnen de raad van commissarissen verandert hieraan in beginsel niets, anders dan een mogelijke disculpatiegrond voor een individuele commissaris. De commissaris die zich structureel niet kan verenigen met en geen verantwoordelijkheid wenst te dragen voor de door de raad van commissarissen als college uitgedragen standpunten, zal zich in het uiterste geval moeten terugtrekken.

Een raad van commissarissen kan een (huishoudelijk) reglement opstellen, waarin regels zijn vastgelegd over het onderling functioneren en over de interne taakverdeling. Deze veranderen in beginsel niets aan het feit dat de verantwoordelijkheid voor het toezicht op het bestuur een gezamenlijke is, hoewel een interne taakverdeling wel een bescheiden rol kan spelen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een commissaris voor beslissingen die buiten zijn takenpakket vielen. Een reglement heeft in beginsel puur interne werking. Indien het reglement ter informatie is voorgelegd aan dan wel mede is opgesteld door andere organen binnen de vennootschap, dan kunnen deze de commissarissen aanspreken op naleving van de in het reglement vervatte regels.

7. De commissaris die 'bestuurt'

Het is niet de bedoeling dat commissarissen zich bezighouden met het besturen van de vennootschap. Doet een commissaris dit toch, dan zal hij voor wat betreft de uitvoering daarvan ook als bestuurder beoordeeld worden. Dit speelt vooral in aansprakelijkheidskwesties (zie hoofdstuk 5). Het komt voor dat een commissaris zelf besluit om zich (ook) uitvoerig met het besturen van de vennootschap te gaan bemoeien, wat ook kan liggen in 'gewone' hulpvaardigheid van een commissaris. Zo kan een commissaris de vennootschap introduceren bij een bevriende bank of het voortouw nemen bij een beursgang of exit. Het eerste zal niet direct worden gezien als bemoeienis met het beleid of de uitvoering ervan; het tweede wel. De commissaris kan echter ook op grond van de statuten of van een besluit van de aandeelhouders in de positie komen dat hij bestuurshandelingen gaat verrichten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie of rechtshandeling of in geval van tijdelijk of definitief uitvallen van een bestuurder, waarbij telkens een commissaris inspringt als tijdelijk vervanger van het bestuur.

Voor de duidelijkheid moet hier nog worden opgemerkt dat de commissaris in beginsel niet bevoegd is om de

vennootschap te vertegenwoordigen. Vertegenwoordiging naar buiten toe is een bestuurstaak. Dit kan anders zijn als aan de commissaris op basis van de statuten dan wel op basis van een specifieke volmacht een dergelijke bevoegdheid (beperkt of onbeperkt) wel is toegekend. Meestal heeft een dergelijke commissaris dan wel een bijzondere (meer actieve) rol binnen de vennootschap, omdat vertegenwoordigingsbevoegdheid niet vereist is voor vervulling van zijn toezichthoudende taak. Er kan gediscussieerd worden over de vraag of een commissaris dan nog wel handelt ter uitoefening van zijn taken als commissaris en of hij dan niet aan het besturen is. In ieder geval is de commissaris die de vennootschap een enkele keer vertegenwoordigt niet per definitie direct aan het besturen.

8. Gedelegeerd commissaris

De statuten van een vennootschap kunnen de functie van een zogenaamde gedelegeerd commissaris in het leven roepen. Dit kan slechts een lid van de raad van commissarissen zijn. Hij is belast met één of meer bijzondere taken waarvan het karakter niet mag indruisen tegen de algemene taak van commissarissen. In beginsel zal een gedelegeerd commissaris belast worden met het verscherpt toezicht op (de uitvoering van) het beleid. De gedelegeerd commissaris kan echter ook worden belast met bepaalde bestuurstaak, mits deze de eigenlijke bestuurstaak niet uithollen. Zie hierover meer in detail hoofdstuk 5 paragraaf 5.

9. Informatievoorziening

Uitgangspunt voor een goed toezicht is dat het bestuur de commissarissen adequaat en tijdig informeert over de feitelijke stand van zaken binnen de onderneming, relevante ontwikkelingen en voorgenomen besluiten. Het bestuur is hiertoe wettelijk verplicht, hoewel de wet zwijgt over vorm en reikwijdte van de te verstrekken informatie. Op basis van hetzelfde wetsartikel moet het bestuur ten minste één keer per jaar de commissarissen schriftelijk op de hoogte brengen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Zoals hierboven al aangegeven, kan in de participatieovereenkomst een minimumregeling worden opgenomen voor de informatievoorziening. Op basis van die informatie kunnen de commissarissen zich een oordeel vormen over het beleid van het bestuur en – zo nodig - pogen bij te sturen. De verplichte informatieverstrekking door het bestuur doet natuurlijk niet af aan de plicht van commissarissen om ook proactief om bepaalde informatie te vragen bij het bestuur of anderen binnen de vennootschap.

Als de raad van commissarissen het vermoeden heeft, of zou behoren te hebben, dat de door het bestuur verstrekte informatie niet toereikend is, ontstaat voor de commissarissen een doorvraagplicht. Constateren dat informatie niet deugt is niet voldoende, men zal vervolgens actief achter aanvullende informatie aan moeten gaan. Uit de rechtspraak blijkt dat indien rond de besluitvorming van ingrijpende onderwerpen concrete risico's zijn geïdentificeerd van de raad van commissarissen verwacht mag worden dat zij bij de implementatie van die besluiten nauw(er) toezicht houdt of de risico's zich realiseren en of de voorgenomen maatregelen inderdaad toereikend zijn. De raad van commissarissen heeft dus niet alleen een haalplicht ten aanzien van informatie; hij dient de verstrekte informatie ook te duiden en in dien nodig te monitoren. Ook zal de raad van commissarissen toezicht moeten houden en zich daarbij een bewust oordeel moeten vormen omtrent de kwaliteit van de verstrekte informatie.

Behalve het recht op informatie heeft de raad van commissarissen, naast het bestuur, ook de plicht de algemene vergadering van aandeelhouders alle inlichtingen te verschaffen die zij verlangt, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.

10. Aandachtspunten en tips

- Toezicht houden omvat het toetsen van de besluitvorming van het bestuur - en niet deze dunnetjes overdoen. Bij het toetsen dient de raad van commissarissen met name in te zoomen op de risico's en de voorgestelde maatregelen om de risico's te beperken.
- Pleeg regelmatig - bijvoorbeeld vier keer per jaar op ruim van tevoren vastgestelde tijdstippen - overleg met het bestuur en bereid dit overleg voor, onder andere door middel van een kritische beoordeling van de van het

bestuur verkregen informatie.

- Leg de inhoud van overleg (inclusief genomen besluiten) met het bestuur vast in notulen en let op dat deze een reële weergave van de vergadering geven.
- Indien het bestuur niet uit zichzelf met voldoende informatie komt, spreek het bestuur hier dan bij voorkeur schriftelijk op aan. Het verdient aanbeveling om een vaste wijze en frequentie van verslaggeving door het bestuur schriftelijk vast te leggen.
- Bij ingrijpende besluiten mag van de raad van commissarissen verwacht worden dat zij verscherpt toezicht houdt op de implementatie of de uitvoering van die besluiten.
- Disfunctioneren van het bestuur zou niet gemaskeerd moeten worden door een raad van commissarissen die feitelijk het bestuur overneemt; in die situatie zal eerder aan de orde moeten komen of het bestuur wellicht vervangen moet worden. Met andere woorden: ga niet op de stoel van de bestuurder zitten.
- Openheid richting de aandeelhouders is belangrijk. De raad van commissarissen zal de aandeelhoudersvergadering op haar verzoek van informatie moeten voorzien. Er moet voor gezorgd worden dat alle aandeelhouders op een zelfde wijze behandeld worden.
- Zorg ervoor dat de raad van commissarissen regelmatig zijn eigen werkwijze evalueert.

Hoofdstuk3

BENOEMING, ONTSLAG EN SCHORSING

1. Benoeming

Hoofdreel is dat de algemene vergadering van aandeelhouders iedere commissaris benoemt, tenzij de commissarissen zijn aangewezen in de akte van oprichting van de vennootschap.

Als afwijking van de hoofdreel kunnen de statuten bepalen dat maximaal één derde van het totale aantal commissarissen benoemd wordt door anderen dan de algemene vergadering van aandeelhouders. De wet stelt hierbij geen beperkingen. In de praktijk wordt deze bevoegdheid vaak toegekend aan één of meer specifiek in de statuten aangeduide aandeelhouders, de raad van commissarissen zelf, de overheid of een bank. Een alternatief dat vaak gebruikt wordt bij participaties is hieronder uitgewerkt in paragraaf 1.B.

Bij een structuurvennootschap is de benoeming van commissarissen anders geregeld. Dit is nader uitgewerkt in hoofdstuk 11. In dit hoofdstuk wordt verder alleen de benoeming, schorsing en ontslag behandeld van een commissaris bij een 'gewone' (niet-structuur) vennootschap.

1.A. Beperking benoembaarheid

1.A.1. Algemeen

Volgens de wet kunnen uitsluitend natuurlijke personen tot commissaris worden benoemd. Daarnaast kunnen nog meer beperkingen aan de benoembaarheid van commissarissen worden gesteld. Hieronder worden die beperkingen nader uitgewerkt. Vaak moeten dergelijke beperkingen, willen ze geldig zijn, in de statuten zijn opgenomen. De statuten spelen dan ook een centrale rol bij de wijze van benoeming en de beperkingen van de benoembaarheid.

1.A.2. Kwaliteitseisen

Kwaliteitseisen komen in de praktijk niet vaak voor, maar kunnen wel een nuttig instrument zijn om de samenstelling van een raad van commissarissen te beïnvloeden. De statuten kunnen de kring van benoembare personen beperken door kwaliteitseisen te stellen waaraan de commissarissen moeten voldoen. Zo zorgt men ervoor dat een persoon met de juiste achtergrond, opleidingsgraad of functie zitting heeft in de raad van commissarissen. Kwaliteitseisen moeten in de statuten worden opgenomen. De algemene vergadering van aandeelhouders kan altijd besluiten deze eisen opzij te stellen voor een bepaalde commissaris. De algemene vergadering van aandeelhouders kan daartoe uitsluitend besluiten met twee derden van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.

Deze kwaliteitseisen moeten niet verward worden met een profiel voor de nieuw te benoemen commissaris of met een profielschets voor de samenstelling van een gehele raad van commissarissen. Het verschil tussen een profielschets en een kwaliteitseis zit hem met name in het dwingende karakter van een kwaliteitseis. Bovendien zou men kunnen stellen dat een kwaliteitseis vaker ziet op de persoon of de functie van die persoon (bijvoorbeeld een 'notaris' of 'lid van het bestuur van de branchevereniging') en een profiel meer ziet op specifieke kennis of expertise ('juridische expertise' of 'kennis van een specifieke branche'). Voor de structuurvennootschap is een profielschets wettelijk voorgeschreven, voor andere vennootschappen kan een dergelijke profielschets vrijwillig zijn vastgelegd. Het verdient aanbeveling om ook bij niet-structuurvennootschappen na te denken over de wenselijke samenstelling van de raad van commissarissen. Vaak wil men een aantal verschillende disciplines of expertises in de raad van commissarissen vertegenwoordigd hebben, zoals specifieke branchekennis, juridische of financiële kennis, et cetera. Dergelijke profielen hoeven niet in de statuten te worden opgenomen, maar kunnen ook worden vastgelegd via een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders of in een reglement.

1.A.3. Leeftijdsgrens

De vroegere leeftijdsgrens van 72 jaar is in 2002 uit de wet geschrapt. Toch mogen de statuten nog wel een leeftijdsgrens voorschrijven, maar uitsluitend als daarvoor een objectief gerechtvaardigde reden bestaat.

1.A.4. Termijn

De zittingsperiode van een commissaris kan aan een maximumtermijn gebonden worden. Na afloop van een dergelijke termijn is de betrokken commissaris herbenoembaar, voor zover de statuten de mogelijkheid van herbenoeming niet beperken of uitsluiten.

Bij een vennootschap waarbij gekozen is voor een benoemingstermijn, voorzien de statuten vaak in (de mogelijkheid van) een rooster van aftreden. Zo wordt een gelijkmatig en voorspelbaar aftreedritme gecreëerd en wordt bovendien voorkomen dat op één tijdstip de gehele raad van commissarissen moet aftreden. Om het oorspronkelijke rooster zoveel mogelijk na te leven, wordt bij een tussentijds aftredende commissaris zijn vervanger vaak benoemd voor de resterende periode die de vervangen commissaris nog zou vervullen. Wellicht ten overvloede wordt nog vermeld dat ook bij een tussentijds aftredende commissaris zijn vervanger benoemd moet worden door de algemene vergadering van aandeelhouders.

De maximumtermijn kan in de statuten zijn vastgelegd of kan door de algemene vergadering van aandeelhouders (of de andere benoemende instantie) bij de benoeming worden bepaald. In de praktijk wordt de zittingsperiode vaak geregeld in het benoemingsbesluit.

Voor een structuurvennootschap geldt overigens een wettelijke benoemingstermijn van vier jaar. Ook in de Corporate Governance Code (alsmede in diverse andere Branche gerelateerde governance codes) wordt de maximumtermijn van vier jaren genoemd. Een benoemingstermijn bij niet-beursgenoteerde vennootschappen of bij niet-structuurvennootschappen, is - hoewel niet verplicht - langzamerhand wel een usance geworden. Eigenlijk alleen in geval van vennootschappen waarbij een participatiemaatschappij is betrokken, is vaak een benoemingstermijn opgenomen. Een verklaring daarvoor is dat bij dergelijke vennootschappen de 'exit' van de participatiemaatschappijen in kwestie een logisch moment is waarop de door hen opgetuigde vennootschapsstructuur onder de loep wordt genomen. Vaak eindigt bij een exit het commissariaat van de op voordracht van de participatiemaatschappij benoemde commissarissen.

1.A.5. Voordracht of aanbeveling tot benoeming

Een ander voorbeeld waarbij de benoembaarheid wordt beperkt is het instrument van de voordracht of de aanbeveling tot benoeming.

De aanbeveling of voordracht tot benoeming (of herbenoeming) moet gemotiveerd worden. Naast de motivatie wordt aan de algemene vergadering van aandeelhouders bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van de kandidaat meegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep, het bedrag van de door hem gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap en de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een commissaris. Ook wordt vermeld aan welke andere vennootschappen hij reeds als commissaris is verbonden.

De statuten kunnen bepalen dat de voordracht tot benoeming een bindend karakter zal hebben. Als de statuten een dergelijke regeling bevatten dan moet de voordracht, om bindend te zijn, ten minste twee personen voor een vacature bevatten. Algemeen wordt deze laatste eis als overbodig en omslachtig beschouwd. In de praktijk levert dit hilarische situaties op waarbij voor de vorm twee personen bindend worden voorgedragen als commissaris, terwijl tevoren vaststaat dat nummer twee (bijvoorbeeld de notaris van de vennootschap) niet wordt gekozen. Er ligt dan ook een wetsvoorstel in het kader van de vereenvoudiging van het B.V.-recht, waarbij de eis om bij een bindende voordracht twee personen voor te dragen vervalt.

De bevoegdheid tot het doen van een bindende voordracht kan worden gegeven aan een orgaan van de vennootschap of zelfs aan een buitenstaander, zoals een bank, een specifieke aandeelhouder (de participatiemaatschappij) of de overheid.

De algemene vergadering van aandeelhouders kan overigens altijd het bindend karakter ontnemen aan die voordracht. De algemene vergadering van aandeelhouders kan daartoe besluiten met twee derden van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Als de algemene vergadering van aandeelhouders het bindend karakter aan een voordracht ontnemt, is zij in beginsel vrij een ander als commissaris te benoemen. De mate van vrijheid hierin wordt echter bepaald door de specifieke omstandigheden van het geval (zoals de tekst van de statuten en de wijze van agendering). Het inroepen van deskundig advies is in een dergelijke situatie dan ook raadzaam.

1.B. Praktijkoplossingen

Zoals uit bovenstaande blijkt kan de benoembaarheid van commissarissen aanzienlijk worden beperkt of gereguleerd. Wel zal dat bijna altijd via een specifieke bepaling in de statuten moeten. Statuten worden neergelegd bij de Kamer van Koophandel. Dit document kan door iedereen worden opgevraagd en geraadpleegd. Vaak wenst men dergelijke specifieke afspraken niet openbaar te maken, omdat deze het resultaat zijn van onderhandelingen en specifiek op deze vennootschap van toepassing zijn. Om die reden neemt men bovenstaande benoemingsbeperkingen vaak op in een separate overeenkomst.

Hieronder volgt een (niet uitputtende) opsomming van een aantal veel voorkomende oplossingen die in de praktijk worden toegepast. Doel van deze regelingen is enerzijds specifieke afspraken te maken rond de benoeming van commissarissen en anderzijds deze afspraken niet openbaar te hoeven maken.

1.B.1. Stemovereenkomsten

In een separate overeenkomst (participatie- of aandeelhoudersovereenkomst) wordt afgesproken dat indien een bepaalde (groep van) aandeelhouders vóór een bepaalde commissaris stemt, de andere aandeelhouders dit stemgedrag zullen volgen. Uiteraard wordt dit dan wederzijds afgesproken.

Gevolg is dat formeel de algemene vergadering van aandeelhouders nog steeds iedere commissaris benoemt, maar dat in feite via een contractuele verbintenis iedere (groep van) aandeelhouder(s) de benoeming van zijn eigen commissaris(sen) kan afdwingen. Hoewel in de juridische literatuur een discussie bestaat over de mate waarin stemovereenkomsten toelaatbaar zijn, wordt algemeen aangenomen dat een regeling zoals boven omschreven aanvaardbaar is.

1.B.2. Gebruik van mogelijkheden van letteraandelen

Vaak wordt om andere (financieel gedreven) redenen gekozen voor verschillende soorten aandelen, bijvoorbeeld voor cumulatief preferente aandelen of voor 'gewone' letteraandelen. Deze verschillende klassen van aandelen kunnen ook gebruikt worden om aan één specifieke klasse een recht van (bindende) voordracht te geven tot benoeming van een commissaris.

1.B.3. Creëren van tenminste drie 'lettercommissarissen'

Een veel voorkomende oplossing is om drie (typen) commissarissen te creëren in de statuten. Commissaris A betreft de commissaris die benoemd is (via voordracht of stemovereenkomst) vanwege de participatiemaatschappij. Commissaris B betreft de commissaris die benoemd is (via voordracht of stemovereenkomst) vanwege het management. Commissaris C betreft in dat geval de commissaris, die niet gelieerd is aan één van beide groepen. Deze fungeert dan ook vaak als voorzitter. De commissaris C wordt dan benoemd door de commissarissen A en B gezamenlijk. Op deze wijze wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de wet biedt om maximaal één derde van het totale aantal commissarissen te laten benoemen door anderen dan de algemene vergadering van aandeelhouders.

2. Schorsing en ontslag

2.A. Algemeen

Een commissaris kan worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming. Dit betekent dat commissarissen die benoemd worden door anderen dan de algemene vergadering van aandeelhouders slechts door die benoemende instantie kunnen worden geschorst en ontslagen. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft daarop geen invloed.

Het lidmaatschap van een raad van commissarissen kan ook eindigen door opzegging door de commissaris zelf (bedanken). Bovendien kan een commissaris ingeval van gebleken wanbeleid worden geschorst en ontslagen door de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam.

Als kwaliteitseisen zijn opgenomen in de statuten, zal ook vaak een regeling zijn opgenomen dat een commissaris moet opzeggen (of ontslag zal worden verleend) als hij niet langer voldoet aan de kwaliteitseisen.

Bij verloop van de zittingsperiode eindigt het lidmaatschap van de raad van commissarissen in beginsel automatisch, afhankelijk van de tekst van de statuten of de relevante passage in het benoemingsbesluit hieromtrent.

Als gekozen is voor stemovereenkomsten met betrekking tot de benoeming (zie eerder in dit hoofdstuk), dan zal een dergelijke stemafpraak ook betrekking hebben op voorstellen tot ontslag en schorsing. Deze stemafpraak zal dan inhouden dat een commissaris slechts kan worden ontslagen of geschorst op voorstel van de (groep van) aandeelhouders die hem oorspronkelijk heeft aangedragen. Indien deze (groep van) aandeelhouders een voorstel tot ontslag van de betrokken commissaris (doet) doen, zullen de andere aandeelhouders hierin meestemmen.

Bij ontslag wordt ook vaak een besluit tot décharge genomen. Hiervoor wordt verwezen naar hetgeen daarover is geschreven in hoofdstuk 5 paragraaf 7.

2.B. Procedure

Voor ieder besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders geldt dat de bestuurders en commissarissen een raadgevende stem hebben. Dit betekent dat als de algemene vergadering van aandeelhouders een door haar benoemde commissaris wenst te schorsen of te ontslaan, alle commissarissen (maar dus ook de betrokken commissaris) in de gelegenheid moeten worden gesteld hun advies te geven. Bij een vergadering zal de betrokken commissaris dus moeten worden uitgenodigd; bij een besluit buiten vergadering zal de commissaris enige tijd moeten worden gegund zijn advies over het voornemen tot ontslag of schorsing te geven.

Bovendien is nog wel eens in de statuten opgenomen dat een commissaris bij een algemene vergadering van aandeelhouders waarin een dergelijk voorstel wordt behandeld zich door een raadsman mag laten vergezellen.

Vaak kennen de statuten een bepaling dat een schorsing eindigt na drie maanden, tenzij een uitdrukkelijk besluit tot ontslag is genomen.

3. Kamer van Koophandel

De vennootschap is verplicht ervoor te zorgen dat alle in functie zijnde commissarissen worden ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Hiervoor heeft de Kamer van Koophandel een speciale procedure ontworpen, waarvan onder meer het invullen van speciale formulieren deel uitmaakt. Voor inschrijving van een nieuwe commissaris is de handtekening van de betreffende commissaris op het formulier vereist; het formulier tot uitschrijving van een commissaris hoeft slechts ondertekend te worden door de rechtsgeldige vertegenwoordiger(s) van de vennootschap.

4. Aandachtspunten en tips

- De algemene vergadering van aandeelhouders benoemt iedere commissaris. Als afwijking van de hoofdregel kunnen de statuten bepalen dat maximaal één derde van het totale aantal commissarissen benoemd wordt door anderen dan de algemene vergadering van aandeelhouders.
- Uitsluitend natuurlijke personen kunnen tot commissaris worden benoemd.
- De benoembaarheid van commissarissen kan op diverse manieren beperkt worden, zoals door het opnemen van kwaliteitseisen in de statuten of door het vastleggen van een profiel. Andere beperkingen zijn onder meer het opnemen van een leeftijdsgrens of een benoemingstermijn in de statuten. Tot slot kan gedacht worden aan het instrument van de (bindende) voordracht of aan de aanbeveling.
- In de praktijk wordt via stemovereenkomsten bereikt dat via een contractuele verbintenis iedere (groep van) aandeelhouders de benoeming van zijn eigen commissaris kan afdwingen. Alternatief is het gebruik van de mogelijkheden die letteraandelen bieden bij de voordracht tot benoeming. Een veelgebruikte oplossing is om drie typen commissarissen te creëren, waarbij het eerste type commissaris (commissaris A, bijvoorbeeld de participatiecommissaris) en het tweede type commissaris (commissaris B, bijvoorbeeld de commissaris op voordracht van het management) gezamenlijk de derde commissaris (voorzitter, niet gelieerd aan de eerste twee groeperingen) benoemen.
- Iedere commissaris kan worden geschorst en ontslagen door degene die tot benoeming bevoegd is. Het commissariaat eindigt ook door verloop van de zittingstermijn of door opzegging van de commissaris zelf. Als gebruik is gemaakt van stemovereenkomsten met betrekking tot benoeming, zal een dergelijke overeenkomst ook vaak betrekking hebben op ontslag en schorsing.
- Alle in functie zijnde commissarissen moeten zijn ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Hoofdstuk4

REMUNERATIE

1. Inleiding

Voor niets gaat de zon op, ook niet voor de participatiecommissaris. Deze zal dus over het algemeen een vergoeding verlangen. Wie bepaalt en betaalt nu deze vergoeding, waaruit kan deze bestaan en wat zijn de aandachtspunten daarbij? Deze vragen komen in dit hoofdstuk aan de orde.

2. Bepaling van de beloning van commissarissen

De beloning (ook wel bezoldiging genoemd) van commissarissen wordt bepaald door de algemene vergadering van aandeelhouders. Onder beloning moet worden verstaan iedere vergoeding voor werkzaamheden als commissaris. Vergoeding van uitgaven in het belang van de vennootschap (onkostenvergoeding) valt niet onder beloning.

In het geval van een participatie kan het onderwerp beloning van commissarissen ook al in de aandeelhoudersovereenkomst zijn geregeld. Als de beloning nog niet vastgelegd is in de aandeelhoudersovereenkomst, dan zullen de aandeelhouders deze dus nog formeel moeten vaststellen in een vergadering (uiteraard is besluitvorming buiten vergadering onder bepaalde voorwaarden ook mogelijk). Daartoe zijn zij op grond van de wet en meestal ook expliciet op grond van de statuten bevoegd.

Bij grotere ondernemingen zal het bestuur vaak een voortrekkersrol richting aandeelhouders vervullen als het gaat om de beloning van de commissarissen. In dergelijke gevallen zal het bestuur een gemotiveerd voorstel doen aan de aandeelhoudersvergadering die uiteindelijk de beloning van de commissarissen zal vaststellen.

3. Betaling van de beloning van commissarissen

De beloning van commissarissen en de vergoeding van eventuele onkosten geschiedt door en ten laste van de vennootschap. Krijgt een commissaris zijn beloning en vergoeding niet of niet tijdig uitbetaald, dan zal hij de vennootschap hierop kunnen aanspreken.

In de meeste gevallen zal de beloning direct aan de commissaris worden betaald. Het komt echter ook wel voor dat tussen investment manager commissaris en participatiemaatschappij is afgesproken dat het vervullen van commissariaten onderdeel uitmaakt van zijn normale werkzaamheden, waarvoor hij al salaris ontvangt. De door de vennootschap te betalen beloning gaat in dergelijke gevallen naar de rekening van de participatiemaatschappij. Voor de netwerkcommissaris ligt dat uiteraard anders. Deze zal gewoonlijk rechtstreeks worden betaald voor zijn commissariaat.

Het verdient de voorkeur vanuit het perspectief van onafhankelijkheid dat de beloning van de commissaris wordt betaald door de vennootschap aan de commissaris en niet door of via één van de deelbelanghebbenden, zoals een participatiemaatschappij.

4. Hoogte van de beloning

De hoogte van de vast te stellen beloning zal afhangen van vele feitelijke factoren die per onderneming kunnen verschillen. In beginsel zullen de beloningen van de commissarissen gelijk zijn, wellicht, met uitzondering van de voorzitter van de raad van commissarissen. Ook komt het voor dat er een verschil in beloning bestaat tussen de netwerkcommissaris en de commissaris die tevens als investment manager in dienst is van de participatiemaatschappij. Hier wordt volstaan met het noemen van enkele factoren:

- De ene vennootschap is nu eenmaal de andere niet qua betalingen aan medewerkers en adviseurs. De ene vennootschap zal het belang van de werkzaamheden van haar raad van commissarissen hoger waarderen dan de andere vennootschap.
- De hoogte van de beloning van de commissarissen zal ook afhankelijk zijn van externe factoren zoals de

sector of markt waarin de betreffende onderneming zich bevindt.

- Het stadium van groei waarin de vennootschap verkeert zal eveneens meespelen bij de vraag of er financiële ruimte is voor enige beloning van commissarissen. Een startende onderneming zal haar kosten zoveel mogelijk willen beperken. In die situatie zal vaker dan bij volwassen ondernemingen gekozen worden voor beloning van commissarissen in de vorm van opties of aandelen in plaats van een vaste vergoeding.
- De kunde en 'faam' van de commissaris in kwestie bepalen mede de beloning die hij zal ontvangen. De netwerkcommissaris met bijvoorbeeld een verleden als bestuursvoorzitter van een beursgenoteerde onderneming zal hoger beloond (willen) worden.
- Bij het bepalen van de beloning zal ook worden gekeken naar de gewenste inhoud en omvang van de werkzaamheden en de tijdbesteding die daarmee gepaard gaat: twee vergaderingen per jaar kosten minder tijd dan een maandelijks vergaderschema.

5. Vastlegging van de beloning

Zoals reeds aangegeven in hoofdstuk 3 is de verhouding tussen de vennootschap en de commissaris een contractuele. Zij kan worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht. In de praktijk wordt deze overeenkomst vastgelegd door middel van een brief van de vennootschap aan de commissaris waarin zijn benoeming tot commissaris wordt bevestigd. Deze aanstellingsbrief bevat de vastgestelde voorwaarden, zoals beloning en onkostenvergoedingen, termijn van aanstelling en vaak het vergaderschema.

6. Typen beloning

Mede onder invloed van de corporate governance discussies zijn de opvattingen over de typen beloning van commissarissen in de afgelopen jaren sterk veranderd. Daar waar het vroeger gebruikelijk was om deze meer afhankelijk te stellen van de resultaten van de onderneming, gaan er nu steeds meer geluiden op om dit juist niet te doen. De verzwaarde rol van de commissaris noopt ertoe om zijn onafhankelijkheid zoveel mogelijk te waarborgen. Indien zijn beloning afhankelijk is van de resultaten van de onderneming zal die onafhankelijkheid onder druk kunnen komen te staan. In de Code Frijns is dan ook uitdrukkelijk opgenomen dat de honorering van de commissaris niet afhankelijk zou moeten zijn van de resultaten van de vennootschap. De Code Frijns bepaalt ook uitdrukkelijk dat aan commissarissen geen aandelen of opties als beloning moeten worden toegekend. De Code geldt voor beursvennootschappen, maar bevat 'best practices' die ook waardevol kunnen zijn voor niet-beursgenoteerde ondernemingen. Beloning in de vorm van aandelen of opties komt nog steeds voor, vooral bij jonge innovatieve bedrijven,⁵ maar steeds meer volwassen bedrijven lijken te kiezen voor een vaste niet-winstafhankelijke vergoeding. De beloning voor commissarissen bestaat dan ook meestal uit een vast bedrag. Zoals gezegd geldt de verhouding tussen de commissaris en de vennootschap als een overeenkomst van opdracht en dus niet als arbeidsovereenkomst. De commissaris wordt voor fiscale doeleinden in beginsel beschouwd als werknemer. Dit betekent dat over de beloning van een commissaris in beginsel loonbelasting afgedragen moet worden door de vennootschap. De beloning wordt dan fiscaal als winst uit onderneming behandeld, hetgeen kan resulteren in een aanmerkelijk lagere belastingdruk door de mogelijkheid om kosten af te trekken en door de MKB-winstvrijstelling van 12 procent. Wanneer de commissaris aan de vennootschap een Verklaring ArbeidsRelatie-winst uit onderneming (VAR-wuo) overlegt, dan hoeft de vennootschap geen loonbelasting meer in te houden op de beloning. Een ander fiscaal aspect waarop gelet moet worden is het feit dat voor de vennootschapsbelasting slechts een beperkt bedrag aan beloning aftrekbaar is, indien de commissaris tevens direct of indirect meer dan 5% van de aandelen in de vennootschap houdt (een zogenaamd aanmerkelijk belang). De aftrekbeperking houdt in dat bij een beloning van € 1.815 of meer, slechts de helft van de beloning in aftrek

⁵ Uit het jaarverslag van Crucell over boekjaar 2009 volgt dat de commissarissen van Crucell een beloning in aandelen ('share grants') hebben ontvangen. Crucell motiveert deze afwijking van best practice bepaling 111.7.1 van de Nederlandse Corporale Governance Code in haar jaarverslag. Crucell acht een beloning in aandelen voor commissarissen passend aangezien dit gangbaar is bij een internationaal opererende biotechnologische onderneming als Crucell. Daarbij wordt Crucell met een dergelijke vorm van beloning in staat gesteld om gekwalificeerde commissarissen met specifieke kennis van de biotechnologische industrie en internationale handelspraktijken aan te trekken, aldus Crucell in haar jaarverslag. Zie ook Antwoord van de Ministers van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, Veiligheid en Justitie en Financiën van 28 februari 2011 (kenmerk: 5686791/11/6) op vragen van het lid Gesthuizen over het bericht dat de raad van commissarissen van Crucell een persoonlijk belang heeft bij de overname (ingezonden 3 februari 2011).

mag worden gebracht met een minimum van € 1.815 en een maximum van € 9.076. Het surplus komt echter toch voor aftrek in aanmerking, voor zover wordt aangetoond, kort gezegd, dat de kosten voor de echte commissaristaken hoger liggen. Te zake geldt een zware bewijslast.

Een deel van de commissarissenbeloning kan ook worden aangemerkt als vergoeding voor advieswerkzaamheden, waardoor er geen loonbelasting hoeft te worden ingehouden, de vergoeding volledig aftrekbaar is voor de vennootschapsbelasting en de vergoeding bijvoorbeeld kan worden uitbetaald aan de privé-holding van de commissaris. Onder advieswerkzaamheden wordt verstaan het geven van deskundige adviezen die ook aan buiten de vennootschap staande personen hadden kunnen worden gevraagd. Ook wanneer meer dan bijkomstig aan de bestuurstaak wordt deelgenomen, kan de beloning geheel afgetrokken worden. Per individueel geval zal het verschillen hoe de verhouding fiscaal het meest optimaal kan worden ingekleed. De beloning kan uit verschillende componenten bestaan:

6.A. Vast salaris

Bij een vaste beloning staat de financiële opbrengst voor de commissaris van te voren vast. Salaris kan in de vorm van geld worden uitbetaald, maar ook bijvoorbeeld in de vorm van aandelen van de vennootschap. Dit laatste komt in de praktijk nog maar zelden voor.

6.B. Presentiegeld

De beloning van commissarissen kan ook worden gekoppeld aan de door hen de uitoefening van hun taken bestede tijd. Dat is natuurlijk moeilijk precies aan te meten, maar er kan bijvoorbeeld worden aangehaakt bij het aantal vergaderingen of andere bijeenkomsten waarbij de individuele commissaris daadwerkelijk aanwezig is.

6.C. Winstafhankelijke vergoeding (tantième)

Deze kan alleen of tezamen met andere beloningscomponenten worden toegekend en is per definitie variabel. De hoogte daarvan staat van te voren nog niet vast. Het gaat hierbij om een beloning in de vorm van een salaris dat afhankelijk is van de resultaten van de onderneming of om een beloning die wordt uitbetaald in een aantal aandelen of opties.

6.D. Opties en aandelen

De beloning of een deel daarvan kan bestaan uit het toekennen van opties of aandelen aan de commissaris. Het kan gaan om een tevoren vastgesteld bedrag aan opties of aandelen, waardoor het een vaste vergoeding is, of om een tevoren vastgesteld aantal, wat de vergoeding variabel maakt. Deze vorm van beloning komt steeds minder voor.

6.E. Onkostenvergoeding

De onkostenvergoeding hoort feitelijk niet onder het kopje 'beloning' thuis als het gaat om de pure vergoeding van onkosten, al dan niet op declaratiebasis en tegen vooraf vastgestelde tarieven bijvoorbeeld een kilometervergoeding. Als de onkostenvergoeding (ook) een vaste component bevat - dat willen zeggen: een vaste periodieke vergoeding zonder dat daarvoor bonnen moeten worden ingeleverd - en zeker als deze aanzienlijk is, dan kan deze wel degelijk als (deel van de) beloning worden gezien.

Bij grotere ondernemingen is de beloning van de voorzitter van de raad van commissarissen vaak hoger dan die van de overige commissarissen, omdat men er vanuit gaat dat de voorzitter meer tijd moet besteden om zijn taken goed te kunnen uitoefenen. Zo zal hij vergaderingen moeten voorbereiden en wellicht extra taken hebben, zoals het periodiek bijwonen van bestuurs- en aandeelhoudersvergaderingen.

7. Openheid

Voor beursvennootschappen geldt dat in de toelichting bij de jaarrekening mededeling moet worden gedaan van het beleid met betrekking tot de beloning van commissarissen en van de wijze waarop aan dat beleid gevolg is gegeven.

Voorts geldt voor beursvennootschappen dat in de toelichting mededeling moet worden gedaan van de beloning van individuele bestuurders en (gewezen commissarissen). Voor niet-beursgenoteerde vennootschappen gelden deze verplichtingen niet. Voor alle middelgrote (dit wil zeggen ondernemingen met een werknemersaantal van 50 of meer) niet-beursgenoteerde vennootschappen geldt echter dat de toelichting bij de jaarrekening het gezamenlijke bedrag van de beloningen van de commissarissen moet bevatten. Opgaven die herleid kunnen worden tot een enkele natuurlijke persoon mogen achterwege blijven. De beloning van de commissarissen als groep komt dus terecht in de toelichting op de winst en verliesrekening.⁶

8. Aandachtspunten en tips

- De algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap bepaalt de hoogte van de beloning van de commissarissen.
- In de aandeelhoudersovereenkomst kan een bepaling worden opgenomen over de hoogte van de beloning en onkostenvergoedingen van commissarissen. Ook de statuten kunnen richtlijnen voor de beloning bevatten, bijvoorbeeld in vorm van een maximum.
- Om een zo onafhankelijk mogelijke taakvervulling te bewerkstelligen en ervoor te zorgen dat commissarissen zich (blijven) richten naar het belang van de vennootschap, verdient het aanbeveling een vaste, niet-resultaatafhankelijke vergoeding toe te kennen.
- Het jaarverslag dient informatie te benutten over de beloning van commissarissen.

⁶ Recent onderzoek laat zien dat ruim een derde deel van de middelgrote ondernemingen met 50 tot 250 werknemers met meer dan één bestuurder of commissaris in de jaarrekening geen informatie verschaft over de bestuurders- en commissarissen beloning. Zie het Financiële Dagblad 25 januari 2011 ('Weinig animo bij mkb voor publicatie salaris').

Hoofdstuk5

AANSPRAKELIJKHEID

1. Soorten aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van commissarissen heeft dezelfde juridische basis als de aansprakelijkheid voor bestuurders. Het spreekt voor zich dat persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen minder snel zal voorkomen dan die van de bestuurders, omdat commissarissen zich als toezichthouders niet bemoeien met de dagelijkse gang van zaken van de onderneming. Net zoals bestuurders kunnen commissarissen persoonlijk aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap (zogenaamde interne aansprakelijkheid) alsmede tegenover derden, zoals de aandeelhouders en crediteuren (zogenaamde externe aansprakelijkheid). Ten aanzien van de interne aansprakelijkheid dient men te beseffen dat er in feite sprake is van een zogenaamde 'tweetrapsraket'. Pas als er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid komt ment toe aan de vraag of ook de commissarissen jegens de vennootschap aansprakelijk zijn. Hieronder komt een aantal mogelijkheden van persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen aan de orde, zowel op basis van de interne als externe aansprakelijkheid.

1.A. Behoorlijke taakvervulling

De wet schrijft voor dat elke commissaris tegenover de vennootschap in beginsel gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Het gaat hier om een collectieve verantwoordelijkheid van de gehele raad van commissarissen. Dit wil zeggen dat een commissaris persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld als sprake is van onbehoorlijk of onzorgvuldig toezicht door de raad van commissarissen, ten zij het niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De meeste voorbeelden in de rechtspraak over het wettelijk criterium 'onbehoorlijke taakvervulling' hebben betrekking op het functioneren van bestuurders. Daarbij wordt aangenomen dat sprake moet zijn van een ernstig verwijtbaar handelen waarbij wordt gekeken naar hoe een redelijk handelende en redelijk denkende bestuurder zou handelen in de gegeven omstandigheden. Als die rechtspraak op de positie van de commissaris wordt toegepast, zou van persoonlijke aansprakelijkheid van een commissaris pas sprake zijn indien hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de onbehoorlijke taakvervulling, dit wil zeggen, onzorgvuldig toezicht. Daarbij zal dan worden gekeken naar de wijze waarop een redelijk handelend en redelijk denkend commissaris zou hebben gehandeld. Er moet steeds naar de concrete omstandigheden van het geval worden gekeken of hiervan sprake is. De sporadische voorbeelden van persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen op grond van een onbehoorlijke taakvervulling betreffen veelal situaties waarin een commissaris, al dan niet formeel, op de stoel van de bestuurder is gaan zitten en zijn mate van aansprakelijkheid dus gelijk is aan die van een bestuurder (zie hierna paragraaf 2).

Meest in het oog springende voorbeeld van aansprakelijkheid van commissarissen is de uitspraak van de rechtbank Utrecht in december 2007.⁷ In dit vonnis zijn alle bestuurders, commissarissen en de enig aandeelhouder aansprakelijk gehouden voor het faillissementstekort, dat door de rechtbank is geschat op tenminste € 50 miljoen. Volgens de rechtbank hadden de commissarissen gefaald in hun toezicht door de gekozen groeistrategie te blijven steunen terwijl er alle signalen waren dat de organisatie de groei niet aan kan. Vooraf gesignaleerde risico's deden zich daadwerkelijk voor, terwijl dit voor de commissarissen geen aanleiding was de gevolgen hiervan voor de strategie nog eens te bespreken met het bestuur. Het beleid was dus niet goed, maar het toezicht erop heeft evenzeer gefaald. Aldus de rechtbank.

1.B. Wanbeleid in enquêtezaken

In recente enquêteprocedures bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (de 'Ondernemingskamer') is de positie van commissarissen diverse malen aan de orde gesteld. De Ondernemingskamer heeft de wijze van toezicht door de raad van commissarissen nader ingevuld. Hierna volgt een aantal vuistregels:

⁷ 7LJN : BB9709 Rechtbank Utrecht, 171413 (Ceteco).

- Daar waar bestuursbesluiten de voorafgaande goedkeuring behoeven van de raad van commissarissen, is het voldoende dat de raad van commissarissen een dergelijk bestuursbesluit marginaal toetst. Hij hoeft niet de besluitvorming van het bestuur over te doen. De raad van commissarissen moet bijvoorbeeld beoordelen of de risico's voldoende zijn bekeken en/of maatregelen zijn genomen om deze te beperken.
- De raad van commissarissen moet op de hoogte blijven van de implementatie van genomen bestuursbesluiten. Onder omstandigheden mag zelfs een verscherpt toezicht worden verwacht indien het gaat om de uitvoering van een strategisch belangrijk besluit. Indien dat niet gebeurt, kan de raad van commissarissen medeverantwoordelijk worden gehouden voor geconstateerd wanbeleid.
- Toezicht op het bestuur moet worden gehouden door een raad van commissarissen die zijn eigen opvattingen en positie voldoende krachtig doet gelden. Indien er bijvoorbeeld klachten van een minderheidsaandeelhouder op het functioneren van het bestuur komen, moet de raad van commissarissen zich bij de beoordeling daarvan onafhankelijk ten opzichte van het bestuur opstellen.
- Indien de continuïteit van de onderneming bedreigd wordt door een impasse in de besluitvorming in de vergadering van aandeelhouders, heeft de raad van commissarissen onder omstandigheden tot taak deze impasse te doorbreken.

Het is belangrijk om op te merken dat door de Ondernemingskamer geconstateerd wanbeleid van de vennootschap door toedoen of nalaten van de raad van commissarissen, nog niet betekent dat de individuele commissarissen ook persoonlijk aansprakelijk zijn.⁸ Zoals hierboven gezegd in paragraaf 1.A, moet daarvoor ook een ernstig verwijt gemaakt kunnen worden. De Ondernemingskamer is ook niet de rechter die dit bepaalt, dat is de civiele rechter. Het kan wel een rol spelen in de oordeelsvorming van de rechter. Daarnaast kan het vaststellen van wanbeleid door de Ondernemingskamer als gevolg van gedragingen van de raad van commissarissen uiteraard wel leiden tot mogelijke reputatieschade van de individuele commissarissen, zeker als het gaat om grotere ondernemingen.

1.C. Aansprakelijkheid in verband met belasting- en premieafdrachten

Indien de vennootschap niet langer kan voldoen aan haar verplichting tot het betalen van belastingen en sociale premies, moet zij daarvan melding doen aan de ontvanger van de belastingdienst. Deze meldingsplicht rust zowel op de vennootschap als op de bestuurders afzonderlijk. De bestuurder is persoonlijk aansprakelijk voor betaling van deze schulden, indien aannemelijk is dat de betalingsonmacht het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur van het collectieve bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van de melding van de betalingsonmacht. Indien de melding niet wordt gedaan, geldt dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een gegeven is en ontstaat er een wettelijk vermoeden dat het niet betalen van de belastingschulden en/of premies aan de bestuurder te verwijten valt. Om in dat geval aan aansprakelijkheid te ontkomen moet de bestuurder dit vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat het uitblijven van de melding niet aan hem te wijten is. Deze speciale wettelijke regeling is niet van toepassing verklaard op commissarissen. Dus formeel is hier geen taak voor de commissarissen weggelegd. Echter gelet op de huidige (aangescherpte) eisen die de rechtspraak en de praktijk aan het toezicht van de commissarissen stellen, dienen de commissarissen actief toezicht te houden op de naleving van deze meldingsplicht. Dit geldt zeker nu die melding altijd moet plaatsvinden in een situatie waarin de onderneming in financiële moeilijkheden is. Zie ook hierna paragraaf 6.

1.D. Aansprakelijkheid voor de jaarrekening

De wet kent een speciale regeling op grond waarvan commissarissen (naast de bestuurders) aansprakelijk zijn tegenover derden voor schade die is geleden doordat bij de Kamer van Koophandel een jaarrekening is gedeponereerd die een misleidende voorstelling geeft van de toestand van de vennootschap. Deze aansprakelijkheid van de commissarissen is volgens de wet hoofdelijk, dit wil zeggen dat derden elke commissaris voor de gehele schade kunnen aanspreken. Net zoals bij 'onbehoorlijk bestuur' geldt ook hier dat de commissaris die bewijst dat de misleidende jaarrekening niet aan een tekortkoming van zijn kant in het toezicht is te wijten, is vrijgesteld. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de betrokken commissaris heeft geweigerd de jaarrekening

⁸ Zie voor een recente bevestiging daarvan de uitspraak van de Ondernemingskamer van 27 mei 2010 (PCM zaak).

te ondertekenen juist omdat die op bepaalde punten een misleidende voorstelling van zaken gaf. Zie ook hoofdstuk 8 paragraaf 1.C.

Deze speciale regeling voor aansprakelijkheid van commissarissen geldt overigens niet voor het jaarverslag (ook wel bestuurs- of directieverslag genoemd) en de tussentijdse cijfers. Daarvoor geldt het gewone regime van commissarissenansprakelijkheid, zoals hierboven beschreven in paragraaf 1.A.

1.E. Aansprakelijkheid in faillissement

Het burgerlijk wetboek kent een bijzondere aansprakelijkheid voor bestuurders en commissarissen tegenover de boedel bij faillissement van de vennootschap. Volgens de hoofdregel is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De wet noemt twee situaties waarin er vanuit wordt gegaan dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, te weten (i) indien het bestuur niet heeft voldaan zijn wettelijke boekhoud- en administratieplicht of (ii) indien het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichting tot publicatie van de jaarrekening. In die twee situaties staat vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. De wet gaat een stapje verder door in die twee situaties aan te nemen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De aangesproken bestuurder zal dit laatste vermoeden kunnen weerleggen door aan te tonen dat het faillissement het gevolg is van omstandigheden die niet aan de bestuurder kunnen worden toegerekend, hetgeen niet altijd even gemakkelijk zal zijn. De vordering van aansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan door de curator worden ingesteld voor onbehoorlijke taakvervulling ontstaan in de periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement. Als de balans van 31 december 2009 te laat is gepubliceerd (dat wil in beginsel zeggen na 1 februari 2011), kan een curator voor deze nalatigheid een vordering instellen in geval van een faillissement dat vóór 1 februari 2014 uitgesproken.

Deze wettelijke aansprakelijkheid in het kader van een faillissement is ook van toepassing verklaard op de commissarissen. Voor commissarissen geldt dat zij als zodanig aansprakelijk kunnen zijn, indien zij hun toezichthoudende en/ of adviserende taak niet behoorlijk vervuld hebben en deze onbehoorlijke taakvervulling als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden aangemerkt. In die situatie moet er dus verband bestaan tussen bijvoorbeeld gebrek aan toezicht of onjuiste adviezen en het faillissement. Ook hier biedt de wet de curator een helpende hand. Indien bijvoorbeeld in faillissement komt vast te staan dat het bestuur de jaarrekening niet heeft gepubliceerd en blijkt dat de raad van commissarissen daar geen aandacht aan heeft besteed en dus op dat punt onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend, dan wordt als vaststaand aangenomen dat de raad van commissarissen zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld. Vervolgens wordt in die situatie het vermoeden aangenomen dat de onbehoorlijke taakvervulling door de commissarissen eveneens een belangrijke oorzaak is van het faillissement en kunnen de commissarissen naast de bestuurders persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de tekorten in het faillissement. De raad van commissarissen zal dan moeten aantonen dat het faillissement is veroorzaakt door van buiten komende oorzaken. Iedere individuele commissaris heeft de mogelijkheid zich van schuld vrij te spreken (disculperen). Indien een commissaris bijvoorbeeld aantoont dat hij er bij het bestuur regelmatig op aan heeft gedrongen tot publicatie van de jaarrekening over te gaan en vervolgens is afgetreden omdat hij bij zijn collega-commissarissen en het bestuur geen gehoor vond, is hij voldoende vrijgepleit.

1.F. Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Een algemene grond voor aansprakelijkheid vormt de onrechtmatige daad. Dit is een 'zware' vorm van aansprakelijkheid die bij commissarissen enkel vanwege hun toezichthoudende taak niet gauw zal voorkomen. Er moet bij onrechtmatige daad bijvoorbeeld sprake zijn van een ernstige mate van onzorgvuldig handelen door een commissaris dat tot schade heeft geleid bij een derde partij. Een duidelijk voorbeeld is frauderend handelen door een commissaris waardoor de vennootschap schade lijdt op grond waarvan de vennootschap in staat van faillissement geraakt. De benadeelde partij moet aantonen dat zijn schade een gevolg is van het handelen van de betreffende commissaris. Het enkele toezicht zal niet snel tot die conclusie leiden. Het verhaal wordt anders indien commissarissen op de stoel van de bestuurders gaan zitten (zie ook de volgende paragraaf).

2. Het verrichten van bestuurshandelingen

In sommige gevallen is de positie van de commissaris gelijk aan die van de bestuurder, ook wat betreft aansprakelijkheid, te weten in die gevallen waarin de commissaris bestuurshandelingen verricht. Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin een commissaris bestuurshandelingen kan verrichten:

- De commissaris die handelt in het kader van een tegenstrijdig belang situatie bij de bestuurders. Op grond van de wet mag de bestuurder van de vennootschap deze in beginsel niet vertegenwoordigen in geval van een tegenstrijdig belang tussen bestuurder en de vennootschap. In dergelijke gevallen wordt de vennootschap vertegenwoordigd door haar commissarissen, tenzij de aandeelhouders een ander persoon daartoe aanwijzen of de statuten bepalen dat het bestuur toch mag handelen. Zie hierna hoofdstuk 7.
- Op grond van de statuten of een besluit van de aandeelhoudersvergadering kan een commissaris worden aangewezen om gedurende een bepaalde tijd of onder bepaalde omstandigheden bestuurshandelingen te verrichten. In het geval van het aftreden van de CEO of CFO kan één van de commissarissen bijvoorbeeld worden aangewezen om die positie tijdelijk waar te nemen (zie ook hierna paragraaf 5).
- De commissaris als semi-bestuurder/feitelijk beleidsbepaler: die situatie zal zich voordoen indien de commissaris feitelijk op de stoel van het bestuur gaat zitten door zich te bemoeien met de dagelijkse gang van zaken en die zelfs (mede) te bepalen.

3. Belangenverstrengeling

Volgens de wet moeten de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit wil zeggen dat de commissarissen hun taak niet mogen uitoefenen enkel ten dienste van bepaalde deelbelangen. De participatiecommissaris bevindt zich in een spanningsveld: enerzijds is hij benoemd op voordracht van de investeerder, anderzijds de moet hij zich richten op de belangen van de vennootschap, dit willen zeggen de stakeholders. Het is niet gezegd dat de participatiecommissaris zich op geen enkele wijze mag laten leiden door het belang van de investeerder, zijnde een van de belangrijke aandeelhouders in de vennootschap. Integendeel, ook het aandeelhoudersbelang is een belang dat door de commissarissen moet worden meegewogen. Ook bestaat er geen algemene plicht tot het voorkomen van tegenstrijdige belangen. Waar het op aankomt, is of de commissaris daarmee op zorgvuldige wijze is omgegaan in het kader van de besluitvorming. Het verschaffen van een zo groot mogelijke openheid en transparantie over zijn positie is daarbij belangrijk. Zie ook hierna hoofdstuk 7.

4. Goedkeuringsbesluiten

In het kader van zorgvuldig toezicht is het voor de commissarissen zeer van belang om mogelijke bijzondere bevoegdheden die zijn vastgelegd in de statuten in de gaten te houden en na te leven. Vaak is een bepaling opgenomen dat het bestuur voor bepaalde besluiten tot of het aangaan van bepaalde belangrijke rechtshandelingen de voorafgaande goedkeuring nodig heeft van de raad van commissarissen. Dergelijke goedkeuringlijsten (zie hiervoor hoofdstuk 2 paragraaf 3) zijn zeer gebruikelijk en resulteren niet in een verdergaande aansprakelijkheid van de commissarissen dan als toezichthouder. Een dergelijk goedkeuringsrecht moet in beginsel niet verder gaan dan een marginale toetsing van het voorgelegde bestuursbesluit. Uiteraard moet de raad van commissarissen zich uitgebreid laten voorlichten door het bestuur over de achtergronden van het te nemen besluit, maar de goedkeuring mag niet zover gaan dat de raad van commissarissen het besluit integraal opnieuw beoordeelt en neemt. Dit laatste brengt namelijk het risico met zich dat de commissarissen zouden worden beschouwd als semi-bestuurders/feitelijk beleidsbepalers met alle gevolgen van dien.

5. Gedelegeerd commissaris

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de statuten de functie van 'gedelegeerd commissaris' kennen. De gedelegeerd commissaris is een commissaris die met een bijzondere taak is belast. Hoe die bijzondere taak eruit ziet zal in de statuten nader moeten worden geregeld. Vaak bestaat die taak eruit dat deze commissaris het dagelijkse contact onderhoudt met het bestuur dan wel de voorzitter van het bestuur. De gedelegeerd

commissaris mag geen andere bevoegdheden hebben dan die toekomen aan de raad van commissarissen zelf. Datgene wat de gedelegeerd commissaris doet valt onder de collectieve verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen. Het is daarom van belang dat een gedelegeerd commissaris regelmatig de volledige raad van commissarissen informeert over de uitoefening van zijn taak.

Het komt in de praktijk voor dat een commissaris onder omstandigheden met bestuurstaken wordt belast, bijvoorbeeld in een situatie waarin de CEO of de CFO van de onderneming is vertrokken. Een dergelijke commissaris wordt in de praktijk wel eens aangeduid als de gedelegeerd commissaris, hetgeen juridisch met geheel zuiver is. In dat geval wordt de commissaris namelijk als bestuurder beschouwd en komt hij onder het bestuurdersaansprakelijkheidsregime te vallen. Indien een commissaris tijdelijk het bestuur dan wel bepaalde bestuursfuncties waarneemt, verdient het aanbeveling om hem niet langer te belasten met zijn taken als commissaris. De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat een vermenging van bestuurstaken en toezichtstaken voor een periode langer dan zes maanden uit het oogpunt van corpora te governance onwenselijk is, zeker niet in het belang van de vennootschap is en tot complicaties en onduidelijkheden in de relatie van een vennootschap met derden aanleiding kan geven. Het is dus raadzaam om de periode van waarneming van het bestuur door een commissaris te beperken. Beter nog is het om, net als de Corporate Governance Code aanbeveelt de commissaris die tijdelijk met het bestuur is belast, uit de raad van commissarissen te laten treden. Een dergelijk terugtreden moet ook bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel worden gemeld.

6. Bedrijven in moeilijkheden

Mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen zal zich met name voordoen in faillissementsituaties. Dat betekent dat in de aanloop naar het faillissement extra alertheid van commissarissen wordt verwacht. De bovengenoemde gronden en omstandigheden voor mogelijke aansprakelijkheid zullen in een dergelijke situatie scherp in acht genomen moeten worden. Zo zullen de commissarissen extra moeten letten op bijvoorbeeld implementatie van bepaalde maatregelen, deponeren van jaarrekeningen en de wijze van boekhouding. Van de commissarissen wordt in een situatie waarin de onderneming in financiële moeilijkheden zit, verwacht dat zij proactief adviseren en toezicht houden. Een aantal vuistregels hierbij zijn:

- Zorg er voor dat de adviezen die door de raad van commissarissen worden gegeven zoveel mogelijk schriftelijk worden vastgelegd, bijvoorbeeld in notulen van vergaderingen.
- Huur een externe deskundige in teneinde als raad van commissarissen in staat te zijn een objectief oordeel te vellen over een bepaalde voorgenomen beslissing om de onderneming te redden.
- Heb als raad van commissarissen oog voor alle deelbelangen binnen de vennootschap inclusief, maar zeker niet alleen, het aandeelhoudersbelang.

7. Décharge

Net zoals het bestuur is ook de raad van commissarissen voor het vervullen van zijn taak verantwoording verschuldigd aan de aandeelhouders. Deze verantwoordingsplicht blijkt in de eerste plaats uit de wet waarin staat dat de jaarrekening (mede) wordt ondertekend door de commissarissen. Voorts heeft de raad van commissarissen evenals het bestuur de wettelijke plicht aan de algemene vergadering van aandeelhouders alle verlangde inlichtingen te verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Voorheen leidde de vaststelling door de algemene vergadering van aandeelhouders van de jaarrekening tot décharge (ook wel volgens de wet kwijting genoemd) van de bestuurders en de commissarissen. Echter sinds 2002 leidt vaststelling van de jaarrekening niet automatisch tot décharge van de bestuurders en commissarissen. De décharge zal afzonderlijk moeten worden geagendeerd en verleend.

Décharge wordt meestal gekoppeld aan de vaststelling van de jaarrekening. Décharge betekent ontslag van aansprakelijkheid voor gepleegde handelingen van welke aard ook, voor zover deze handelingen uit de jaarrekening zijn af te leiden dan wel uitdrukkelijk aan de algemene vergadering van aandeelhouders bekend zijn gemaakt. Het moet gaan om handelingen waarmee de algemene vergadering van aandeelhouders uitdrukkelijk bekend is dan wel had kunnen zijn op basis van de Jaarrekening. Volgens de rechtspraak kan een bestuurder zich niet beroepen op een door hem door de algemene vergadering van aandeelhouders uitdrukkelijk verleende

décharge, indien de gepleegde handelingen niet uit de jaarstukken (kunnen) blijken en de bestuurder deze handelingen heeft verzwegen. Ten aanzien van de commissarissen betekent décharge ontslag van eventuele aansprakelijkheid voor de door hen uitgeoefende taak van toezicht en advies.

Décharge kan ook worden gegeven in bijzondere omstandigheden bijvoorbeeld bij ontslag of terugtreden van een bestuurder of commissaris. In die situatie komt de vennootschap finale kwijting overeen met de betreffende bestuurder of commissaris. Met name in geval van conflictsituaties met een bestuurder speelt deze décharge een belangrijke rol. Décharge heeft alleen betrekking op de eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder of commissaris tegenover de vennootschap (interne aansprakelijkheid) en niet op eventuele aansprakelijkheid tegenover derden (externe werking).

8. Aandachtspunten en tips in verband met voorkomen aansprakelijkheid

- Wees proactief in de toezichthoudende en adviserende taak; heb in het bijzonder aandacht voor toezicht op naleving van de wettelijk en statutaire verplichtingen, zoals jaarlijkse publicatie van de jaarrekening en de boekhoudplicht en meldingen onder de belasting- en sociale verzekeringswetgeving. Laat een dergelijk proactief toezicht in de notulen van vergaderingen vastleggen zodat daarover later nooit onduidelijkheid of discussie met bijvoorbeeld een curator kan ontstaan.
- Commissarissen moeten erop toezien dat het bestuur melding maakt van betalingsonmacht zodra de vennootschap belastingen en sociale premies niet kan voldoen.
- De proactieve toezichts-en adviesrol mag niet zo intensief worden dat de commissaris op de stoel van de bestuurder gaat zitten en medebeleidsbepaler wordt. Toezicht op en advies aan het bestuur door de raad van commissarissen blijft een marginale toetsing van de besluiten en rechtshandelingen die het bestuur namens de vennootschap aangaat.
- Indien voor bepaalde belangrijke besluiten van het bestuur de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen nodig is, moet de raad van commissarissen zich beperken tot een marginale toets van dit besluit. De raad van commissarissen moet bijvoorbeeld beoordelen of de risico's voldoende zijn bekeken en/of maatregelen zijn genomen om deze te beperken, maar hij moet het besluit niet integraal opnieuw nemen.
- In de situatie waarin de vennootschap een ingrijpende verandering ondergaat, strategisch dan wel financieel, is het belangrijk dat de raad van commissarissen zijn toezicht op het handelen en nalaten van het bestuur verscherpt, met name als het gaat om de implementatie van belangrijke besluiten.
- De participatiecommissaris moet zich er steeds van bewust zijn dat hij zich moet richten op de belangen van de vennootschap en niet enkel op het belang van de betreffende aandeelhouder op wiens voordracht hij is benoemd. Heldere communicatie en transparantie hierover is gewenst. Echter, ook het aandeelhoudersbelang is een belang dat door de commissarissen moet worden meegewogen.
- De gedelegeerd commissaris moet zich bewust zijn van zijn bijzondere taak zowel naar het bestuur toe als naar zijn eigen raad van commissarissen. De gedelegeerd commissaris mag geen bestuurshandelingen verrichten en moet de raad van commissarissen periodiek informeren over zijn contacten met het bestuur.
- Indien een commissaris tijdelijk het bestuur of een bestuursfunctie langer dan zes maanden waarneemt, moet hij zich terugtrekken uit de raad van commissarissen. Dit moet ook in het handelsregister worden aangetekend.

Hoofdstuk 6

VERZEKERING, VRIJTEKENING EN VRIJWARING

De voortgaande juridisering van onze maatschappij zorgt ervoor dat de uit Amerika overgewaaide claimcultuur ook bij ons een steeds herkenbaarder en steviger plek krijgt. Ook commissarissen hebben er nadrukkelijk rekening mee te houden dat zij persoonlijk worden aangesproken op de wijze waarop zij hun taak hebben vervuld. Het risico dat ze daarbij lopen is dat schadevergoedingen of boetes uit het privé vermogen voldaan moeten worden. Bovendien zal de aangesproken commissaris de kosten ter verdediging van zulke claims in zijn privé vermogen voelen, ook al blijken uiteindelijk de claims ongegrond en wordt de commissaris vrijgesproken. Om te voorkomen dat een dergelijke persoonlijke financiële malheur de commissaris treft, zijn er drie preventieve maatregelen te treffen: (i) een aansprakelijkheidsverzekering bestuurders en commissarissen, (ii) vrijtekening door de vennootschap voor eventuele interne aansprakelijkheden en (iii) vrijwaring door de vennootschap voor vorderingen van derden (de eventuele externe aansprakelijkheden). Deze preventieve maatregelen kunnen zowel afzonderlijk als naast elkaar.

Bij het belichten van deze maatregelen zal uitsluitend worden uitgegaan van de positie van de commissaris. De meeste in dit hoofdstuk besproken aspecten gelden overigens ook voor bestuurders; (nuance)verschillen worden echter niet toegelicht.

1. Verzekering

De kern van de aansprakelijkheidsverzekering is de dekking van persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen voor vergoeding van schade die veroorzaakt is door het handelen of nalaten van een commissaris in diens hoedanigheid van commissaris plus de rechtsbijstandskosten die ter zake van de verdediging tegen die aanspraken worden gemaakt.

Tevens geniet ook de vennootschap dekking onder een dergelijke verzekering voor vergoedingen die zij betaalt aan commissarissen naar aanleiding van claims van derden (bijvoorbeeld op grond van een door de vennootschap verleende vrijwaring).

De aansprakelijkheidsverzekering wordt (bijna) altijd door de vennootschap gesloten. De vennootschap is verzekeringnemer en betaalt de premies. De verzekering wordt gesloten ten behoeve van de bestuurders en de commissarissen gezamenlijk. Zij zijn allen tezamen de verzekerden. De verzekerden kunnen zelf een beroep doen op de verzekering. Tussenkost van de verzekeringnemer is in beginsel niet nodig.

1.A. Verzekerde limiet

De verzekerde som is het maximum bedrag dat de verzekeraars onder de polis per gebeurtenis en/of per verzekeringsjaar hoeven uit te keren.

Aandacht moet worden besteed aan de situatie dat de verzekerde som onvoldoende is om alle claims te kunnen voldoen. Er kan dan immers onenigheid ontstaan over de vraag aan wie welk deel van de verzekerde som moet worden betaald. Vaak is daarover niks vastgelegd in de polis of is slechts volstaan met de bepaling dat de verzekerde som in redelijkheid zal worden verdeeld.

Verdeling zal vaak een heikel punt blijken, te meer daar (objectieve en eerlijke) criteria moeilijk te geven zijn. Toch enkele voorzetten om in de polis op te nemen:

- de verzekerde som delen door het aantal verzekerden;
- een eigen limiet voor bestuurders enerzijds en een eigen limiet voor commissarissen anderzijds;
- het aantal jaren in functie kan dienen als criterium voor verdeling.

Het laatste criterium zal echter als onredelijk worden beschouwd door de nieuwkomers, met name als de aanspraak voortvloeit uit langlopende kwesties waar de nieuwkomers weinig bemoeienis mee hebben gehad.

1.B. Schikken of rechterlijke beslissing?

Statistisch gezien zal er vaker een beroep worden gedaan op de aansprakelijkheidsverzekering voor vergoeding van rechtsbijstandskosten dan voor vergoeding van schades. Niet iedere juridische gang leidt immers tot aansprakelijkheid. Dekking van rechtsbijstandskosten is dan ook een belangrijke reden om een aansprakelijkheidsverzekering te laten sluiten. Hoe meer rechtsbijstandskosten worden gemaakt, hoe minder er van de verzekerde som overblijft om de schade te voldoen als de commissaris aansprakelijk is. Dit kan een overweging zijn om in een vroeg stadium te schikken. Dan is de verzekerde som immers nog grotendeels intact en nog niet verdampt door de rechtsbijstandskosten. Zeker als eerder in de looptijd al een uitkering is gedaan onder de aansprakelijkheidsverzekering, is de noodzaak tot schikken evident. Zie hiervoor ook de problematiek omtrent de verzekerde limiet onder 1.A.

Voor schikken is vaak de goedkeuring van de verzekeraar vereist. Wordt deze niet verkregen dan loopt de commissaris het risico dat de verzekeraar zal stellen niet gehouden te zijn tot betaling. In de polis staat immers vaak dat de verzekeraar de bedragen zal vergoeden waarvoor aansprakelijkheid van de commissaris wordt vastgesteld. Bij schikking is geen sprake van 'vaststelling van aansprakelijkheid', zodat in dat geval de goedkeuring van de verzekeraar vereist is.

1.C. Uitsluitingen

Een aansprakelijkheidsverzekering kent zoals iedere verzekering een aantal uitsluitingen, in de volksmond ook wel de beruchte 'kleine lettertjes'.

Dit zal per polis verschillen, maar een heel algemene en niet uitputtende opsomming valt wel te maken:

- De aansprakelijkheidsverzekering dekt alleen zuivere vermogensschade. Andere soorten schade, zoals letselschade, zijn uitgesloten, net als de vermogensschade die uit die andere soorten schade voortvloeit. Voor deze andere schade is de vennootschap vaak zelf ook aansprakelijk en daarvoor kan een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (de zogenoemde A VB) afgesloten worden.
- Opzettelijk toegebrachte schade wordt niet vergoed. Onder opzet wordt verstaan het willens en wetens handelen of nalaten met de bedoeling de schade toe te brengen. Ook indien men bij het handelen of nalaten zeker is dat schade zal ontstaan (hoewel de ontstane schade wellicht niet specifiek beoogd was), valt onder opzet. Tevens is vaak bepaald dat onder opzet wordt verstaan het handelen of nalaten waardoor de commissaris zichzelf of anderen bevoordeelt (of heeft laten bevoordelen).
- De aansprakelijkheid die voortvloeit uit het niet voldoen aan de verplichting een deugdelijke boekhouding bij te houden of de verplichting om tijdig de jaarcijfers te deponeren bij de KvK, wordt ook vaak uitgesloten van dekking.
- Aansprakelijkheid die verband houdt met enige beursnotering in de Verenigde Staten van Amerika.
- Claims ingediend vóór het aangaan van de verzekering zijn vaak uitgesloten. De aansprakelijkheidsverzekering is een zogeheten 'claims made '-polis. Daarbij zijn twee types te onderscheiden. Soms gaat het erom of de claim binnen de looptijd van de verzekering is ingediend; bij het andere type is beslissend of binnen de looptijd van de verzekering een claim is ingesteld bij een of meer verzekerden onder de polis. Aangezien de looptijd vaak slechts een jaar is, is het raadzaam iedere mogelijke aansprakelijkheidsstelling onmiddellijk te melden bij de verzekeraar. Gebeurt dit niet of te laat, dan gaat de dekking verloren.

Gebrek aan kennis van deze uitsluitingen kan zorgen voor een onterecht gevoel van bescherming. Het is daarom van belang deze uitsluitingen goed door te lezen en te begrijpen. Met name moet ook per uitsluiting nauwkeurig nagegaan worden of deze uitsluiting juist cruciaal is in de overweging een verzekering te nemen. In dat geval

zullen ofwel bij de verzekeraar aanvullende polisvoorwaarden overeengekomen moeten worden ofwel zal gekeken moeten worden naar andere vormen van bescherming, zoals verder in dit hoofdstuk belicht.

2. Vrijtekening

De commissaris kan op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn ten opzichte van de vennootschap. Deze aansprakelijkheid geldt indien de commissaris een ernstig verwijt gemaakt kan worden bij zijn handelen of nalaten. Zie hiervoor met name hoofdstuk 5, waarin verder wordt ingegaan op deze zogenoemde interne aansprakelijkheid.

Zuivere vrijtekening is onder het Nederlandse recht, naar alom wordt aangenomen, niet mogelijk. Zuivere vrijtekening houdt immers in dat de vennootschap aan de commissaris alle bedragen zal vergoeden waarvoor persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris jegens de vennootschap wordt vastgesteld. Dit leidt evident tot een vicieuze cirkel.

De heersende mening is dan ook dat een bestuurder of commissaris geen rechten aan een vrijtekening kan ontlenen als zijn handelen of nalaten als 'ernstig verwijtbaar' wordt bestempeld. Dit laatste is de norm voor interne aansprakelijkheid, en leidt tot de conclusie dat de vennootschap geen vrijtekening kan verlenen aan de commissaris voor interne aansprakelijkheid. In 3.B en 3.C wordt nader ingegaan op de vraag wanneer sprake is van 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten.

De betekenis van een vrijtekening is dan ook beperkt. De vrijtekening kan slechts van belang zijn voor gemaakte kosten ter verdediging tegen een uiteindelijk ongegrond verklaarde claim ingesteld door de vennootschap tegen de commissaris.

Is immers géén sprake van een ernstig verwijt dan is de claim van de vennootschap ongegrond en heeft de vrijtekening slechts betekenis voor de gemaakte rechtsbijstandskosten. Is wél sprake van ernstig verwijtbaar gedrag, dan is de commissaris jegens de vennootschap schadeplichtig en kan hij geen aanspraak onder de vrijtekening geldend maken, ook niet voor de kosten van rechtsbijstand.

2.A. Voorschot kosten bij geschillen over interne aansprakelijkheden

Ook een door de vennootschap ingestelde claim jegens de commissaris (denk aan een namens de vennootschap door de curator in faillissement ingestelde claim) kan ontaarden in een lange juridische strijd. Overeengekomen kan worden dat de hoge kosten die een dergelijke strijd met zich meebrengt door de vennootschap zullen worden voorgeschoten. Zoals hierboven vermeld, zullen deze slechts terugbetaald hoeven te worden als komt vast te staan dat de commissaris ernstig verwijtbaar gedrag heeft vertoond.

2.B. Onherroepelijke vaststelling in rechte

De vennootschap zal echter vaak (proberen te) weigeren de kosten voor te schieten met het argument dat er (al of niet) sterke aanwijzingen zijn voor het aannemen van een ernstig verwijt. Om te voorkomen dat de commissaris zelf de torenhoge kosten op zich moet nemen, verdient het aanbeveling om in de tekst van een dergelijke vrijtekening in deze situatie te voorzien. Zo zou opgenomen kunnen worden dat de commissaris een beroep kan doen op de vrijtekening tenzij onherroepelijk door een Nederlandse rechter is vastgesteld dat er sprake is van een ernstig verwijt. Tot die uitspraak is de vennootschap dus gebonden haar verplichtingen onder de vrijtekening, waaronder het voorschieten van de juridische kosten, na te komen. Een dergelijke bepaling luistert echter zeer nauw en vereist maatwerk.

3. Vrijwaring

Met vrijwaring wordt bedoeld dat de vennootschap zich vastlegt dat zij alle schadevergoedingen, boetes en verdedigingskosten zal vergoeden aan de commissaris waarvoor persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris jegens derden wordt vastgesteld.

3.A. Grenzen aan beroep op vrijwaring

Ook ten aanzien van de vrijwaring is de heersende mening dat de commissaris geen rechten aan een vrijwaring kan ontlenen als zijn handelen of nalaten als 'ernstig verwijtbaar' wordt bestempeld. Zoals hierboven toegelicht, is dit de norm voor interne aansprakelijkheid.

Een commissaris kan dus een beroep doen op de vrijwaring voor externe aansprakelijkheid tenzij zijn handelen of nalaten in de verhouding tot de vennootschap wordt aangemerkt als ernstig verwijtbaar. Bij de beoordeling of een commissaris rechten kan ontlenen aan de vrijwaring (aansprakelijkheden jegens derden) speelt dus de norm voor interne aansprakelijkheid een beslissende rol. Voor de vraag of een commissaris een beroep kan doen op de vrijwaring maakt het dus niet uit of hij onrechtmatig heeft gehandeld jegens die derde of dat dit door een schikking buiten het oordeel van de rechter is gebeven. Doorslaggevend is of hij de norm voor interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap heeft overtreden. Is een dergelijke overschrijding van de norm onherroepelijk door een rechter vastgesteld, slechts dan kan de commissaris geen beroep doen op de door de vennootschap gegeven vrijwaring.

3.B. Wanneer is sprake van ernstig verwijt

De vraag wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is niet goed in het algemeen te beantwoorden. Dit zal specifiek per geval bekeken moeten worden, waarbij alle relevante omstandigheden meegewogen moeten worden.

Er valt veel voor te zeggen, en er zijn dan ook diverse stemmen die dit betogen, dat de rechter met een zekere voorzichtigheid het gedrag van de commissaris (en bestuurder) moet beoordelen. Niet iedere fout, mislukking of achteraf gezien onjuiste beoordeling van feiten en omstandigheden mag tot aansprakelijkheid leiden. Het moet gaan om serieuze fouten ofwel fundamenteel tekortschieten.

Wel is inmiddels uitgemaakt dat handelen in strijd met statutaire bepalingen die zijn vastgesteld om de vennootschap te beschermen, persoonlijke aansprakelijkheid met zich meebrengt. In een dergelijk geval staat tegen bewijs open voor verzachtende omstandigheden waardoor in een concreet geval dit geen ernstig verwijt oplevert.

3.C. Vaststelling ernstig verwijt

Zoals ook hierboven onder vrijtekening (2.B) is gesuggereerd, verdient het bij vrijwaring de voorkeur te bepalen dat de commissaris een beroep kan doen op de vrijwaring tenzij onherroepelijk door een Nederlandse rechter is vastgesteld dat er sprake is van een ernstig verwijt. Als niet uitdrukkelijk een 'Nederlandse' rechter is opgenomen, valt iedere rechterlijke uitspraak - ook de uitspraak van een buitenlandse rechter - daaronder. De begrippen die in een dergelijke vrijwaring gebruikt worden, kunnen en immers een andere interpretatie hebben onder Nederlands recht dan in het recht waaronder een buitenlandse rechter uitspraak doet.

Zolang een dergelijke uitspraak nog niet is gedaan, dus ook bij een schikking met de derde die de claim heeft ingesteld, moet de vennootschap aan zijn verplichtingen onder de vrijwaring voldoen. Indien de vennootschap in een bepaalde situatie vrijwaring ongepast acht, moet zij een vordering tot interne aansprakelijkheid indienen tegen de betrokken commissaris.

De beslissing tot instelling van een vordering tot interne aansprakelijkheid zal in principe gedaan moeten worden door het bestuur namens de vennootschap. Het zal echter over het algemeen wenselijk zijn deze beslissing over te laten aan de raad van commissarissen waarbij de commissaris die aanspraak maakt op de vrijwaring niet deelneemt aan de besluitvorming. Wel moet in een dergelijk geval worden voorzien in de situatie dat alle commissarissen bij een concreet geval zijn gediskwalificeerd. Zo kan gedacht worden aan aanwijzing van een objectieve derde die de beslissing daarover maakt.

3.D. Statutaire of contractuele vrijwaring

Via beide documenten kan een vrijwaring vastgelegd worden.

Vastlegging via de statuten heeft de volgende twee in het oog springende gevolgen vergeleken met contractuele vastlegging:

- De vrijwaring geldt voor iedere bestuurder of commissaris. Het is niet nodig om met elke bestuurder en commissaris separaat afspraken te maken.
- Een latere wijziging van de statuten brengt geen nadeel toe aan de rechten die de commissaris (of gewezen) commissaris heeft op grond van de statutaire vrijwaring, tenzij hij in die specifieke wijziging toestemt of de vennootschap bij de totstandkoming van de regeling zich uitdrukkelijk de bevoegdheid heft voorbehouden om die regeling te wijzigen.

Indien bovenstaande gevolgen als nadelig worden beschouwd valt het aan te raden om de vrijwaring contractueel vast te leggen. Indien wordt besloten de vrijwaring contractueel vast te leggen, rijst al gauw de vraag welk orgaan bevoegd is te beslissen over toekenning van de vrijwaring.

Algemeen wordt aangenomen dat de vrijwaring valt onder het bezoldigingsbeleid. Het orgaan dat bevoegd is te beslissen omtrent de bezoldiging van commissarissen is ook bevoegd te beslissen over eventuele toekenning van een vrijwaring aan commissarissen. Zie over bezoldiging hoofdstuk 4.

Tot slot zij opgemerkt dat op grond van de wet de aan commissarissen en bestuurders verstrekte vrijwaringen in de toelichting op de jaarrekening moeten worden vermeld.

4. Verzekering vergeleken met vrijtekening en vrijwaring

Zonder twijfel biedt verzekering de hoogste mate van bescherming. Verzekering dekt immers tot opzet en bewuste roekeloosheid, terwijl vrijtekening en vrijwaring slechts gelden tot de situatie dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid. En hoewel beide begrippen wat diffuus zijn, is toch duidelijk dat eerder sprake zal zijn van ernstige verwijtbaarheid dan van opzet.

Ook kan bij een faillissement in het algemeen nog wel een beroep op de verzekering worden gedaan, terwijl een beroep op vrijwaring of vrijtekening dan niet meer mogelijk is. Ook een eventueel voorschot op de juridische kosten kan bij een faillissement niet meer gevraagd worden.

Aan de andere kant worden bij aansprakelijkheidsverzekeringen bepaalde claims vaak uitgesloten. Aansprakelijkheidsverzekeringen bieden daarnaast slechts dekking voor claims die zijn ontstaan binnen de verzekerde periode. Bovendien wordt verwezen naar de problematiek omtrent de maximale verzekerde som, welke problematiek bij een vrijwaring niet speelt.

Bij aansprakelijkheidsverzekeringen speelt ook nadrukkelijk het gevaar dat de verzekeraar de verzekering vernietigt omdat hem onjuiste informatie is verstrekt of omdat relevante informatie is verzwegen bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst.

Deze laatste overwegingen maken en dat een commissaris gebaat kan zijn bij een aansprakelijkheidsverzekering én een vrijwaring om te voorkomen dat een commissaris tussen wal en schip valt.

5. Aandachtspunten en tips

- De kern van de aansprakelijkheidsverzekering is de dekking van persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen voor vergoeding van schade die veroorzaakt is door het handelen of nalaten van een commissaris. Onder de verzekering vallen ook de rechtsbijstandskosten die ter zake van de verdediging tegen die aanspraken worden gemaakt.

- Vrijtekening heeft betrekking op de interne aansprakelijkheid van de commissaris jegens de vennootschap. Algemeen wordt aangenomen dat een bestuurder of commissaris geen rechten aan een vrijtekening kan ontleen als zijn handelen of nalaten als 'ernstig verwijtbaar' wordt bestempeld.
- Vrijtekening heeft een beperkte betekenis. Vrijtekening is slechts van belang ter dekking van gemaakte kosten van verdediging tegen een uiteindelijk ongegrond verklaarde claim ingesteld door de vennootschap tegen de commissaris.
- Met vrijwaring wordt bedoeld dat de vennootschap zich vastlegt dat zij alle schadevergoedingen, boetes en verdedigingskosten zal vergoeden aan de commissaris waarvoor persoonlijke aansprakelijkheid jegens derden wordt vastgesteld.
- De commissaris kan geen rechten aan een vrijwaring ontleen als zijn handelen of nalaten als 'ernstig verwijtbaar' wordt bestempeld.
- Vrijwaring kan via de statuten of contractueel worden vastgelegd. Statutair vastgelegde vrijwaring geldt voor iedere commissaris; er hoeven niet met elke commissaris separaat afspraken gemaakt te worden.
- Verzekering biedt de hoogste mate van bescherming, vergeleken met vrijtekening en vrijwaring. Wel zijn er situaties waarbij de verzekering geen dekking biedt, terwijl de vrijwaring of vrij tekening dat wel doen. Om die reden biedt een combinatie van verzekering en vrijwaring de beste bescherming.

Hoofdstuk 7

TEGENSTRIJDIG BELANG

1. Tegenstrijdig belang

Zoals in hoofdstuk 2 al uiteengezet, moet de commissaris zich bij zijn handelen laten leiden door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dat is wettelijk vastgelegd en de meest essentiële regel voor commissarissen. Het belang van de vennootschap is een resultante van allerlei deelbelangen, waaronder het werknemersbelang, het aandeelhoudersbelang (dat zelf ook weer uiteen kan vallen in verschillende belangen van bijvoorbeeld minderheids- en meerderheidsaandeelhouders) en de belangen van derden, zoals financiers, afnemers en leveranciers.

Een commissaris kan bij de behartiging van het belang van de vennootschap in conflict komen met andere belangen die hij in andere hoedanigheden moet behartigen. Zo kan een commissaris die is benoemd op voordracht van één van de aandeelhouders en die bij die aandeelhouder zelfs in dienst is of daarmee een andere verhouding heeft, tegen een conflict tussen het belang van de vennootschap en het belang van 'zijn' aandeelhouder aan lopen. Hier ontstaat dus een spanningsveld. Voor een participatiecommissaris is het belangrijk zich bewust te zijn van dit dreigende belangenconflict. Dat dreigende belangenconflict komt vooral tot uiting in situaties waarin de belangen van de vennootschap niet parallel (lijken te) lopen met die van de participatiemaatschappij, bijvoorbeeld bij beslissingen over investeringen of een exit. Maar ook in andere beeld situaties kan van een conflict tussen verschillende belangen sprake zijn, bijvoorbeeld in het geval de commissaris een functie (bestuurder, aandeelhouder, commissaris) bekleedt bij een contractspartner van de vennootschap. Dat laatste kan natuurlijk ook andere commissarissen dan participatiecommissarissen overkomen, waarbij nog aantekening verdient het feit dat commissarissen vaak juist gevraagd worden vanwege de nuttige relaties die zij hebben bij andere bedrijven. De commissaris kan dan zijn waarde bewijzen door de juiste contacten tot stand te brengen. Hij zal er echter voor moeten waken daadwerkelijk één van beide bedrijven te gaan vertegenwoordigen.

2. Wettelijk systeem

Het wettelijk systeem gaat uit van een onafhankelijke commissaris die zich bij zijn taakuitoefening laat leiden door het belang van de vennootschap en niet door één of enkele individuele deelbelangen dan wel door (direct of indirect) persoonlijk belang. Voor bijvoorbeeld beursvennootschappen en structuurvennootschappen zal het uitgangspunt van het wettelijk systeem, namelijk de onafhankelijke commissaris, veelal ook de praktijk zijn.

3. Praktijk

Bij niet-beursgenoteerde vennootschappen, in het bijzonder die waarbij een participatiemaatschappij is betrokken en dus met een minder diverse groep aandeelhouders, ligt dat vaak anders. Het is gebruikelijk dat een participatiemaatschappij bedingt één of meer commissarissen te mogen benoemen. Hoofdrede hiervoor is over het algemeen dat de aldus benoemde commissaris de belangen van de participatiemaatschappij binnen de raad van commissarissen maar ook richting het bestuur kan behartigen. Een commissaris staat vanuit zijn functie als toezichthouder en adviseur dicht bij het bestuur dan een aandeelhouder en kan zodoende meer invloed uitoefenen. Een dergelijke rol van belangenbehartiger kan het beste ingevuld worden door een persoon die een (sterke) band heeft met de participatiemaatschappij. Die persoon kan de investment manager zijn die de bewuste vennootschap in zijn portfolio heeft. Het risico van een tegenstrijdig belang is hier evident, want belangen kunnen botsen. Zo zal de participatiemaatschappij die zich richt op een exit binnen afzienbare termijn minder geneigd zijn in te stemmen met grote investeringen met een hoog risico. Voor de netwerkcommissaris zal het risico van tegenstrijdige belangen minder evident aanwezig zijn, aangezien hij onafhankelijker is van de participatiemaatschappij die hem heeft benoemd. De benoeming van een netwerkcommissaris zal dan ook meestal ingegeven zijn door de wens om (objectieve) controle op het bestuur van de vennootschap uit te laten oefenen en minder door de wens tot belangenbehartiging. Desalniettemin kan ook de netwerkcommissaris te maken krijgen met tegenstrijdig belang.

Tegenstrijdig belang speelt niet alleen een rol op het moment dat de commissaris extern optreedt namens de vennootschap (wat in de praktijk niet zo vaak voorkomt), maar ook al in het kader van overlegsituaties met het bestuur, bij de manier waarop invulling wordt gegeven aan de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen en bij de afweging om bepaalde bestuursbesluiten goed te keuren.

Steeds zal de participatiecommissaris zichzelf de vraag moeten stellen of het (steeds dreigende) belangenconflict niet in de weg staat aan een goede uitoefening van de aan hem opgedragen taak. De commissaris die zich bij zijn handelen niet laat leiden door het belang van de vennootschap, handelt in strijd met zijn wettelijke plicht. Dat kan aansprakelijkheid opleveren. Met name de interne aansprakelijkheid dreigt hier (zie over dit onderwerp hoofdstuk 5). De curator in een faillissement van de vennootschap bijvoorbeeld zal niet schromen de mogelijkheden van een aansprakelijkstelling te onderzoeken, indien hij vermoedt dat een commissaris andere belangen dan het vennootschapsbelang heeft laten meespelen in de uitvoering van zijn toezichthoudende taak.

4. Aandachtspunten en tips bij de uitvoering van de commissarissentaak

De participatiecommissaris die door een bepaalde combinatie van hoedanigheden in een belangenconflict dreigt te geraken, moet dan ook letten op een aantal punten.

- Maximale openheid en transparantie over zijn positie is van groot belang. Medecommissarissen, bestuur, aandeelhouders en andere betrokkenen dienen volledig op de hoogte te zijn van eventuele andere functies die een mogelijk tegenstrijdig belang tot gevolg kunnen hebben.
- Ook in tegenstrijdig belang situaties is het de taak van de commissaris het (voorgenomen) beleid van het bestuur kritisch te toetsen bijvoorbeeld door het stellen van vragen. Het is verstandig dergelijke kritische noten te laten notuleren, zodat naderhand geen twijfel kan ontstaan over de vraag of de commissaris zijn toezichthoudende rol wel naar behoren heeft uitgevoerd ondanks de tegenstrijdige belangen waarmee hij te maken had.
- Zodra in een concrete situatie de belangen van enerzijds vennootschap anderzijds participatiemaatschappij niet op eenzelfde wijze kunnen worden gediend, kan het raadzaam zijn de discussie te 'tillen' naar het niveau van de aandeelhouders. Binnen de aandeelhoudersvergadering is iedere aandeelhouder immers vrij de eigen belangen te laten prevaleren boven het vennootschapsbelang.
- Onthouding van stemming door een participatiecommissaris kan een optie zijn op het moment dat de raad van commissarissen wordt gevraagd om een beslissing te nemen bij de afweging waarvan tegenstrijdige belangen een rol spelen. In voorkomende gevallen kan het zelfs wenselijk zijn dat de participatiecommissaris zich geheel afzijdig houdt bij de discussie over de te nemen beslissing.
- In het meest vergaande geval zal een belangenconflict moeten leiden tot het aftreden van de participatiecommissaris.

5. Aandachtspunten en tips voor de structuur/inrichting

Participatiemaatschappijen vinden het belangrijk om invloed uit te kunnen oefenen op de beslissingen van het bestuur van de vennootschap. Daar komt bij dat de Wet op het financieel toezicht ('Wft') er ook van uit gaat dat de participatiemaatschappijen op grond van een schriftelijk vastgelegde overeenkomst het bestuur of de raad van commissarissen van de ondernemingen waarvan de aandelen worden gehouden, kunnen benoemen, schorsen of ontslaan dan wel op andere wijze invloed kunnen uitoefenen op het bestuur en het dagelijkse beleid. De wetgever verlangt dat een participatiemaatschappij actief betrokken is bij de onderneming (actief ondernemerschap) om te voorkomen dat de participatiemaatschappij gezien wordt als beleggingsinstelling en dus een vergunning voor haar activiteiten moet aanvragen (passieve belegging). Een onafhankelijke netwerkcommissaris is juridisch gezien de ideale oplossing. In de praktijk zijn er echter vaak goede redenen om wel een investment manager commissaris te benoemen die zijn 'twee petten' goed weet te scheiden.

Om het risico dat een participatiecommissaris terechtkomt in een belangenconflict te verkleinen, kan ervoor worden gekozen de invloed van de raad van commissarissen op het bestuur te beperken ten faveure van de vergadering van aandeelhouders. Zo kan worden gedacht aan het volgende:

- Via een zogenaamde goedkeuringslijst in de statuten van de vennootschap (zie bijlage 4). Deze lijst bevat een aantal besluiten van het bestuur die de voorafgaande goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering behoeven. Daar waar het aantal aandeelhouders niet te groot is, kan dit een werkbaar instrument zijn om de aandeelhouders de gewenste invloed op de strategie en besluitvorming van de vennootschap te geven.
- In de participatieovereenkomst wordt meestal bepaald dat het bestuur op regelmatige basis, bijvoorbeeld maandelijks, inzicht moet geven aan de aandeelhouders in de financiële situatie van de vennootschap.
- De wet bepaalt dat in ieder geval één keer per jaar een aandeelhoudersvergadering moet plaatsvinden. In de aandeelhoudersovereenkomst kan overeengekomen worden dat de aandeelhouders op meer frequente basis bijeenkomen, bijvoorbeeld ieder kwartaal.

Bij vennootschappen waarbij slechts enkele aandeelhouders betrokken zijn, kan er ook voor worden gekozen in het geheel geen raad van commissarissen in te stellen, maar de toezichthoudende taak over te laten aan de vergadering van aandeelhouders, onder andere met behulp van bovenstaande handvatten. Hoe meer aandeelhouders er zijn, hoe moeilijker het is om via de vergadering van aandeelhouders adequaat toezicht te houden op het bestuur. Vanuit het oogpunt van controle is het dus niet altijd noodzakelijk een raad van commissarissen in het leven te roepen, maar het motief om een raad van commissarissen in te stellen kan natuurlijk ook gelegen zijn in de wens om specifieke expertise binnen te halen of om het management te professionaliseren.

6. Andere situaties van tegenstrijdig belang

Hierboven is vooral gekeken naar het tegenstrijdig belang tussen vennootschap en participatiemaatschappij. Ook in andere situaties moet de commissaris alert zijn op tegenstrijdige belangen, bijvoorbeeld tussen vennootschap en bestuur of met een andere vennootschap waarvan hij bestuurder is.

6.A. Wettelijke regeling tegenstrijdig belang voor bestuurders

Op grond van de wet mag de bestuurder van een vennootschap deze niet vertegenwoordigen in geval van een tegenstrijdig belang tussen bestuurder en vennootschap. In dergelijke gevallen wordt de vennootschap in beginsel vertegenwoordigd door de raad van commissarissen, tenzij de aandeelhouders een andere persoon daartoe aanwijzen of de statuten bepalen dat het bestuur tóch mag handelen. Een tegenstrijdig belang kan bijvoorbeeld bestaan, indien de vennootschap betrokken is bij onderhandelingen over een contract met of een rechtsgeding tegen de bestuurder (direct tegenstrijdig belang). Een tegenstrijdig belang kan ook liggen in het handelen met een andere vennootschap waarbij de bestuurder nauw betrokken is, bijvoorbeeld als aandeelhouder, commissaris of bestuurder (indirect tegenstrijdig belang). Een voor de hand liggend voorbeeld is het sluiten van een managementovereenkomst tussen de privé-holding van de bestuurder en de vennootschap. Voor alle duidelijkheid is het nog van belang te wijzen op het feit dat ook indien het bestuur bestaat uit meerdere personen, het tegenstrijdig belang bij één van de bestuurders in de weg staat aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van alle bestuurders. De raad van commissarissen is in bestuurlijke tegenstrijdig belangsituaties alleen bevoegd te handelen namens de vennootschap voor de specifieke rechtshandeling die gehinderd wordt door een tegenstrijdig belang en niet voor andere rechtshandelingen die het bestuur gedurende dezelfde periode wil gaan verrichten. Indien de bestuurder toch handelt ondanks het bestaan van een tegenstrijdig belang, dan kan de (onbevoegd vertegenwoordigde) vennootschap de nietigheid van die handeling inroepen. In faillissementssituaties zal de curator dit recht van de vennootschap kunnen uitoefenen.

De bedoeling van de wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang van bestuurders is om te voorkomen dat de bestuurder zich bij zijn handelen meer laat leiden door zijn persoonlijk belang dan door het belang van de vennootschap.

6.B. Toepasselijkheid wettelijke tegenstrijdig belang regeling op commissarissen

De wettelijke tegenstrijdig belang regeling is specifiek geschreven voor het bestuur en voor het ontnemen van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan: het bestuur in bijzondere gevallen. Omdat commissarissen in beginsel niet bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen, heeft de tegenstrijdige belang regeling dus geen betrekking op hen. Slechts wanneer zij toch - op grond van de statuten of op grond van een besluit van de aandeelhouders - daden van bestuur gaan verrichten, vallen zij onder de wettelijke regeling over tegenstrijdig belang. Gevallen waar dit op ziet zijn belet of ontstentenis van bestuurders (bijvoorbeeld veroorzaakt door tijdelijke arbeidsongeschiktheid) dan wel een tegenstrijdig belang bij één van de bestuurders.

6.C. De commissaris handelt 'met zichzelf'

Een commissaris kan ook tegen de tegenstrijdig belang regeling aanlopen, indien de vennootschap waarin hij commissaris is, zaken gaat doen met een vennootschap waarin hij bestuurder is. In dat geval echter zal hij onder de regeling vallen in zijn hoedanigheid van bestuurder (van die andere vennootschap) en niet in zijn hoedanigheid van commissaris.

Hij kan ook in een tegenstrijdig belang situatie belanden als de vennootschap waarin hij commissaris is, handelt met een vennootschap waarvan hij aandeelhouder is. Voorzichtigheid is ook dan geboden. De aandachtspunten en tips uit paragraaf 4 zijn van toepassing.

Hoofdstuk 8

JAARREKENING EN ACCOUNTANT

1. Jaarrekening

1.A. Jaarstukken

Onder de term jaarstukken worden in de praktijk vaak de volgende stukken begrepen:

- het jaarverslag (ook wel bestuurs- of directieverslag);
- de jaarrekening bestaande uit de balans, de winst- en verliesrekening en de daarbij behorende toelichtingen;
- de zogenaamde overige gegevens;
- het verslag van de raad van commissarissen.

1.B. Jaarrekening, opmaken, inrichten, publicatie en termijnen

De wet schrijft voor dat het bestuur van een N.V. en een B.V. ieder jaar een jaarrekening moet opmaken. Daarvoor stelt de wet termijnen en nadere formele voorschriften. Daarop wordt zo meteen ingegaan. Eerst wordt echter kort stilgestaan bij het inrichten van de jaarrekening zelf.⁹ Het opmaken van de jaarrekening begint namelijk met het inrichten daarvan.

Een jaarrekening bestaat uit een balans, een winst- en verliesrekening en de daarbij behorende toelichtingen. De balans met de toelichting geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen en zijn samenstelling in actief- en passiefposten op het einde van het boekjaar weer. De winst- en verliesrekening met de toelichting geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van het boekjaar en zijn afleiding uit de posten van baten en lasten weer.

Er bestaat een aantal wettelijke verslaggevingsvoorschriften voor de inrichting van de balans, de winst- en verliesrekening en de daarbij behorende toelichtingen. Die voorschriften zijn te vinden in de artikelen 360 t/m 390 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast zijn van belang de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving, met afzonderlijke Richtlijnen voor grote en middelgrote rechtspersonen en voor kleine rechtspersonen.

Sinds 1 januari 2005 bestaat de jaarrekening van vennootschappen uit de enkelvoudige jaarrekening, waarin de deelneming en als financiële vaste activa zijn verantwoord, en, voor zover ten aanzien van de deelneming en een consolidatieplicht geldt, uit een geconsolideerde jaarrekening. Dat laatste is een zelfstandig stuk waarin de activa, passiva, baten en lasten van alle in de consolidatie betrokken eenheden als één geheel worden opgenomen.

Ook sinds 1 januari 2005 geldt, krachtens een EG Verordening, voor beursvennootschappen de verplichting om hun geconsolideerde jaarrekening op te stellen in overeenstemming met Europese inrichtingsregels. Daarvoor is aansluiting gezocht bij de zogenaamde IAS/IFRS. Dat zijn de International Accounting Standards en de International Financial Reporting Standards, die door de International Accounting Standards Board IASB in Londen worden opgesteld en door de Europese Commissie na goedkeuring, (*endorsement* geheten), in Europa als inrichtingsvoorschriften voor de jaarrekening gelden. N.V.'s en B.V.'s, die geen beursvennootschappen zijn, kunnen de geconsolideerde jaarrekening ook vrijwillig volgen en deze Europese inrichtingsregels opstellen.

Het bestuur van een vennootschap moet de jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar opmaken. Deze termijn kan (door de algemene vergadering van de aandeelhouders) met ten hoogste zes maanden worden verlengd. Binnen deze (eventueel verlengde) termijn legt het bestuur ook het jaarverslag ter inzage voor

⁹ De betreffende wettelijke regeling is ook van toepassing op andere rechtspersonen. In dit hoofdstuk wordt uitgegaan van de jaarrekeningen van een N.V. of B.V., ook wel aangeduid als vennootschap.

de aandeelhouders. De vennootschap zorgt dat de opgemaakte jaarrekening, het jaarverslag en de vereiste toe te voegen gegevens van af de oproep voor de algemene vergadering waarop deze stukken behandeld worden, op haar kantoor aanwezig zijn. Het bestuur van een structuurvennootschap moet de jaarrekening ook toezenden aan de ondernemingsraad.

Vervolgens moet de jaarrekening worden vastgesteld door de algemene vergadering van aan deelhouders. De jaarrekening kan niet worden vastgesteld, in dien - in de gevallen waar een verklaring van de accountant aan de jaarrekening moet zijn toegevoegd (zie hierna onderdeel 2, en met name paragraaf 3.A) - deze verklaring ontbreekt.

Binnen acht dagen na vaststelling moet het bestuur de jaarrekening publiceren door haar bij het handelsregister deponeren. Als de jaarrekening niet binnen twee maanden na vijf of elf maanden na het verstrijken van het boekjaar vastgesteld is, moet het bestuur de opgemaakte jaarrekening toch deponeren en moet op de jaarrekening worden vermeld dat de jaarrekening nog niet is vastgesteld. Het voorgaande betekent dat de jaarrekening (in beginsel) uiterlijk na dertien maanden na het einde van het boekjaar moet zijn gepubliceerd.

Het te laat (of helemaal niet) publiceren van de jaarrekening door het bestuur is een economisch delict, waarop een maximum straf staat van zes maanden hechtenis of een geldboete met een maximum van €19.000. Daarnaast kan er sprake zijn van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, met als gevolg aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, onder omstandigheden voor het hele faillissementstekort, als de vennootschap failliet gaat. Zie hiervoor hoofdstuk 5 paragraaf 1.E.

In een overzicht ziet het er als volgt uit waarbij het uitgangspunt is dat het boekjaar eindigt op 31 december (de statuten kunnen een andere regeling bevatten):

Actie	Termijn	Datum
Opmaken jaarrekening door bestuur.	In beginsel vijf maanden, met een verlenging van maximaal zes maanden door aandeelhouders.	Vóór 1 juni of uiterlijk vóór 1 december.
Vaststellen jaarrekening door aandeelhouders.	In beginsel binnen twee maanden nadat deze is opgemaakt.	Vóór 1 augustus of uiterlijk vóór 1 februari volgend boekjaar.
Publicatie 1	Binnen acht dagen na vaststelling.	Uiterlijk 8 augustus of uiterlijk 1 februari volgend boekjaar (zie Publicatie 2).
Publicatie 2	Uiterlijk dertien maanden na einde boekjaar. Dit is de uiterste publicatietermijn ongeacht of de jaarrekening is vastgesteld. Meest relevante termijn voor externe aansprakelijkheid.	Vóór 1 februari volgend boekjaar.

1.C. Ondertekening jaarrekening door bestuurders en commissarissen

De jaarrekening wordt ondertekend en gedateerd door de bestuurders en door de commissarissen (onder vermelding van de namen). Voor het opmaken van de jaarrekening is het bestuur eindverantwoordelijk, en het bestuur behoeft daarom niet de instemming van de raad van commissarissen voor de keuzes die bij het opmaken van de jaarrekening gemaakt worden. De ondertekening door de commissarissen geeft daarom slechts blijk van de vervulling van hun toezichthoudende taak op het bestuur in verband met de wettelijke verplichting van het

bestuur om de jaarrekening op te maken. De ondertekening van de jaarrekening geeft echter wel aan dat de commissarissen zich kunnen vinden in het door het bestuur gevoerde beleid, want door middel van de jaarrekening legt het bestuur verantwoord in gaf over de financiële uitkomsten van het beleid.

In geval de ondertekening van een of meerdere bestuurders of commissarissen ontbreekt, dan wordt daarvan onder opgave van reden melding gemaakt.

Indien een commissaris na de afloop van het boekjaar in kwestie is benoemd zal hij ook de jaarrekening van dat boekjaar moeten ondertekenen. Weigert hij om deze reden hiervoor te tekenen, dan zal hier melding van dienen te worden gemaakt. Wanneer een commissaris tussentijds uittreedt is hij ten tijde van het opmaken van de jaarrekening geen commissaris meer en hoeft hij als zodanig dus de jaarrekening niet meer te ondertekenen.

Vaststelling van de jaarrekening strekt niet tot décharge van een bestuurder, respectievelijk commissaris. Dit betekent dat de algemene vergadering van aandeelhouders een afzonderlijk besluit tot décharge moet nemen. Op deze manier kan de vergadering de jaarrekening vaststellen, ook als zij geen décharge wil verlenen. Zie ook hiervoor hoofdstuk 5 paragraaf 7.

1.D. Jaarverslag, overige gegevens en verslag raad van commissarissen

Het jaarverslag (ook wel bestuurs- of directieverslag genoemd) geeft een getrouw beeld over de toestand op de balans datum en de gang van zaken gedurende het boekjaar van de vennootschap en van de groepsmaatschappijen waarvan de financiële gegevens in haar jaarrekening zijn opgenomen. Het jaarverslag moet een evenwichtige en volledige analyse bevatten van de toestand op de balans datum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten. Het geeft tevens een beschrijving van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de rechtspersoon wordt geconfronteerd.

In het jaarverslag worden ook mededelingen gedaan over de verwachte gang van zaken. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de investeringen, de financiering en de personeelsbezetting en aan de omstandigheden waarvan de ontwikkeling van de omzet en van de rentabiliteit afhankelijk is. Verder worden er mededelingen gedaan over de werkzaamheden op het gebied van onderzoek en ontwikkeling. Ook wordt vermeld hoe bijzondere gebeurtenissen waarmee in de jaarrekening geen rekening hoeft te worden gehouden, de verwachtingen hebben beïnvloed.

Het jaarverslag wordt in de Nederlandse taal gesteld, tenzij de algemene vergadering tot het gebruik van een andere taal heeft besloten. Het jaarverslag mag niet in strijd zijn met de jaarrekening.

Het bestuur voegt (onder meer) de volgende gegevens toe aan de jaarrekening en het jaarverslag:

- de accountantsverklaring of een mededeling waarom deze ontbreekt;
- de statutaire regeling over de winstbestemming;
- de winstbestemming of de verwerking van het verlies, of, zolang deze niet vaststaat, het voorstel daartoe;
- namen van degenen aan wie een bijzonder statutair recht inzake de zeggenschap in de rechtspersoon toekomt;
- het aantal winstbewijzen en soortgelijke rechten met vermelding van de bevoegdheden die zij geven;
- de gebeurtenissen na de balansdatum met belangrijke financiële gevolgen voor de rechtspersoon (en de geconsolideerde ondernemingen) onder mededeling van de omvang van die gevolgen;
- nevenvestigingen (inclusief land en handelsnaam).

De gegevens mogen niet in strijd zijn met de jaarrekening en het jaarverslag.

Ook de Corporate Governance Code bevat een aantal bepalingen rondom het jaarverslag. Zoals gezegd geldt zij alleen voor beursgenoteerde ondernemingen. Toch kunnen de bepalingen uit deze Code ook voor niet beursgenoteerde ondernemingen richtinggevend zijn. In de Code is bepaald dat de raad van commissarissen jaarlijks een verslag uitbrengt dat onderdeel uitmaakt van de jaarstukken van de vennootschap. In dit verslag vermeldt de raad van commissarissen zijn werkzaamheden in het boekjaar en doet hij specifieke opgave van gegevens over de leden van de raad van commissarissen (zoals geslacht, leeftijd, beroep, hoofdfunctie,

nationaliteit, nevenfuncties, tijdstip van benoeming en lopende termijn van benoeming). Verder vermeldt het verslag van de raad van commissarissen welke commissarissen frequent afwezig zijn geweest bij de vergaderingen van de raad.

1.E. Winstverdeling

Of er sprake is van winst moet blijken uit de jaarrekening, waarin het resultaat van het desbetreffende boekjaar wordt vastgelegd. De winst komt aan de algemene vergadering van aandeelhouders toe, tenzij hierover in de statuten iets anders is bepaald. Daarbij bestaat veel vrijheid. Geen van de aandeelhouders kan echter geheel worden uitgesloten van het delen in de winst. De statuten kunnen bepalen dat de winst waartoe houders van aandelen van een bepaalde soort gerechtigd zijn, geheel of gedeeltelijk te hunnen behoeve wordt gereserveerd.

De vennootschap kan aan de aandeelhouders en andere gerechtigden tot de voor uitkering vatbare winst slechts uitkeringen doen voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. Ook voor tussentijdse uitkeringen geldt deze eis. Indien de vennootschap winst uitkeert terwijl niet aan deze vereisten is voldaan kan de uitkering door de vennootschap als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.

De uitkering van de winst kan pas geschieden na de vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij geoorloofd is.

2. Accountant

2.A. Wettelijke controle van jaarrekeningen

De belangrijkste maatschappelijke taak van de accountant is het controleren van jaarrekeningen van bedrijven. Door deze controle kunnen aandeelhouders en andere gebruikers van deze financiële informatie er op vertrouwen dat de cijfers een zodanig inzicht geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat van de vennootschap en, indien de aard van de jaarrekening dat toelaat, ook omtrent de solvabiliteit en liquiditeit van de vennootschap. De wet verplicht organisaties met een bepaalde omvang (zie hierna paragraaf 3.A) tot controle van de door hen opgestelde jaarrekening. Alleen een accountant mag deze zogenaamde wettelijke controle uitvoeren. De accountant brengt over zijn onderzoek verslag uit aan de raad van commissarissen en aan het bestuur via de managementletter en het zogenaamde accountantsverslag (zie hierna paragraaf 2.D). Hij stelt vast of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de werkelijkheid en geeft zijn oordeel daarover weer in een accountantsverklaring. Bij deze wettelijke controle zijn onafhankelijkheid en objectiviteit basisvoorwaarden. De opdracht tot onderzoek van de jaarrekening kan aan een registeraccountant of aan een accountant-administratieconsulent die geregistreerd is worden gegeven (gemakshalve wordt hierna slechts gesproken over 'de accountant').

2.B. Benoeming en ontslag van de accountant

Bij vennootschappen die hun jaarrekening verplicht moeten laten controleren door een accountant, verleent de algemene vergadering van aandeelhouders opdracht tot onderzoek van de jaarrekening aan een accountant. Als de aandeelhouders deze opdracht niet verlenen, wordt de accountant aangewezen door de raad van commissarissen. Als die op zijn beurt daar niet toe overgaat, zal uiteindelijk het bestuur de accountant aan mogen wijzen. Er zijn geen termijnen gesteld voor het aanwijzen van de accountant.

Het niet verlenen van de opdracht is een economisch delict, met een straf van maximaal zes maanden hechtenis of een boete van maximaal € 19.000.

De aanwijzing van een accountant mag niet door een voordracht worden beperkt. De opdracht kan te allen tijde worden ingetrokken door de algemene vergadering en door degene die haar heeft verleend. De door het bestuur verleende opdracht kan bovendien door de raad van commissarissen worden ingetrokken. De opdracht kan enkel

worden ingetrokken om gegronde redenen. Daartoe behoort niet een meningsverschil over de methoden van verslaggeving of controlewerkzaamheden. De algemene vergadering van aandeelhouders hoort de accountant op verzoek van de accountant over de intrekking van een hem verleende opdracht of over het hem kenbaar gemaakte voornemen daartoe.

2.C. Accountantsverklaring

De (verplichte) controle door de accountant mondt uit in een accountantsverklaring waarin de accountant o.a. aangeeft wat de reikwijdte van zijn onderzoek geweest is of hij van oordeel is dat de jaarrekening het vereiste inzicht geeft en aan de toepasselijke wet- en regelgeving voldoet en of het jaarverslag verenigbaar is met de jaarrekening. De accountantsverklaring behoort tot de overige gegevens die door het bestuur aan de jaarrekening en het jaarverslag moeten worden toegevoegd (zie ook paragraaf 1.D). Door een dergelijke verklaring kan de algemene vergadering van aandeelhouders de jaarrekening naar behoren vaststellen.

De accountantsverklaring kan slechts zijn:

- een goedkeurende accountantsverklaring;
- een accountantsverklaring met beperking;
- een afkeurende accountantsverklaring;
- een accountantsverklaring van oordeelonthouding.

Uit de tekst van de accountantsverklaring moet ondubbelzinnig blijken om welke soort accountantsverklaring het gaat. De goedkeurende accountantsverklaring houdt in dat de accountant tot het oordeel is gekomen dat de verantwoording voldoet aan de eraan gestelde eisen. De accountantsverklaring met beperking houdt in dat bij de accountant bedenkingen omtrent de verantwoording en/of onzekerheden met betrekking tot de controle zijn blijven bestaan die van materieel belang zijn, zodat zij in de accountantsverklaring tot uitdrukking dienen te worden gebracht. De afkeurende accountantsverklaring houdt in dat de accountant tot het oordeel is gekomen dat de jaarrekening misleidend of onvolledig is. De accountantsverklaring van oordeelonthouding houdt in dat bij de accountant onzekerheden met betrekking tot de controle zijn blijven bestaan van zodanige aard en omvang dat hij geen goedkeurende accountantsverklaring noch een accountantsverklaring met beperking kan geven.

De jaarrekening hoort een zodanig inzicht te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en resultaat van de betreffende vennootschap. Indien door de accountant een afkeurende verklaring wordt gegeven, houdt dat in dat volgens die accountant geen verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en resultaat. De raad van commissarissen zal er dan op moeten toezien dat de jaarcijfers van de vennootschap alsnog zodanig worden opgesteld dat een verantwoord oordeel wel mogelijk wordt. Laat de raad van commissarissen dit na, dan loopt hij het risico aansprakelijk te worden gesteld voor schade die wordt geleden indien door de geopenbaarde jaarrekening inderdaad een misleidende voorstelling is gegeven van de toestand van die vennootschap. Zie ook hoofdstuk 5 paragraaf 1.D.

2.D. Managementletter en Accountantsverslag

De accountant moet over zijn onderzoek verslag uitbrengen aan de raad van commissarissen en aan het bestuur. Dit gebeurt doorgaans door middel van een management letter en een accountantsverslag. Beide documenten zijn in beginsel niet openbaar en de wet geeft niet aan welke inhoud aan deze documenten moet worden gegeven. De inhoud is vaak sterk afhankelijk van het accountantskantoor dat deze documenten opstelt en hangt ook af van de specifieke behoefte van de cliënt.

In de management letter zet de accountant veelal zijn bevindingen naar aanleiding van de jaarrekeningcontrole uiteen. De management letter is in beginsel primair tot het bestuur gericht, waarbij de raad van commissarissen een kopie of samenvatting ontvangt. In de management letter geeft de accountant adviezen en aanbevelingen ten aanzien van de jaarverslaggeving en de interne organisatie. De management letter is vaak zeer gedetailleerd. In de management letter komen vaak (onder meer) de volgende onderwerpen aan de orde:

- beoordeling van de (consistente) toepassing van de waarderingsgrondslagen;
- presentatie en waardering van jaarrekeningposten;

- gegevens over (mogelijke) fraude;
- aanwijzingen over mogelijke discontinuïteit;
- behandeling van onzekerheden in de verantwoording.

In het accountantsverslag staan veelal aanbevelingen over de boekhoudkundige organisatie. Ook geeft het accountantsverslag aanbevelingen over wat in de toekomst de taak van de accountant en het inzicht van het bestuur tussentijds verder kan vergemakkelijken. Het accountantsverslag is in beginsel gericht tot het bestuur en de raad van commissarissen. Aangezien de management letter primair voor het bestuur is zal het accountantsverslag vooral voor de raad van commissarissen van belang zijn. Het accountantsverslag is veelal een verslag op hoofdlijnen en bevat conclusies. Deze conclusies mogen geen verklaring suggereren. In het accountantsverslag komen vaak (onder meer) de volgende onderwerpen aan de orde:

- de materiële onzekerheden met betrekking tot de controle en/of jaarrekening;
- risico's met betrekking tot de vermogenspositie en resultaat;
- afwegingen die tot de accountantsverklaring hebben geleid;
- wet computercriminaliteit (verplicht op grond van de wet);
- specifieke zaken van belang voor het functioneren van de raad van commissarissen.

Het accountantsverslag en de management letter maken deel uit van de administratie van de vennootschap. Aangezien de fiscus inzage kan verlangen m gegevens met betrekking tot de administratie, geldt dit in beginsel ook voor de management letter en het accountantsverslag.

3. Wettelijke vrijstellingen m.b.t. inrichting, controle en publicatie van jaarrekeningen

3.A. Kleine, middelgrote en grote vennootschappen

De wet bevat mogelijkheden tot vrijstelling van de regels met betrekking tot inrichting, controle en publicatie van jaarrekeningen voor kleine en middelgrote vennootschappen. Voor grote vennootschappen gelden geen vrijstellingen. Die moeten dus in volle omvang aan alle voorschriften voldoen.

Of een vennootschap klein, middelgroot of groot is, hangt af van criteria met betrekking tot de waarde van activa, de netto omzet en het aantal werknemers. De betreffende bedragen en aantallen worden door de minister van justitie met een zekere regelmaat aangepast. De laatste aanpassing is van 11 oktober 2006. In schema gaat het thans om de volgende criteria:

	kleine vennootschap (1)	middelgrote vennootschap (2)	grote vennootschap (3)
Waarde activa (€)	≤ 4,4 miljoen	≤ 17,5 miljoen	> 17,5 miljoen
Netto omzet (€)	≤ 8,8 miljoen	≤ 35 miljoen	≥ 35 miljoen
Aantal werknemers	< 50	< 250	≥ 250

Een vennootschap is klein als zij op twee opeenvolgende balansdata zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata heeft voldaan aan twee of drie van de criteria in kolom (1). Een vennootschap is middelgroot als datzelfde het geval is ten aanzien van de criteria in kolom (2). Grote vennootschappen zijn alle vennootschappen, waarvan de waarde van de activa en de netto omzet en het aantal werknemers twee van de drie criteria van kolom (3) overschrijdt.

Los van de vrijstelling voor kleine en middelgrote vennootschappen geldt voor vennootschappen in concernverband, ongeacht hun omvang, nog een belangrijke mogelijkheid om niet te voldoen aan de vereisten voor inrichting, controle en publicatie van de jaarrekening. Dat wordt 'de concern-vrijstelling' genoemd. Voorwaarde daarvoor is het afgeven van een zogenaamde 403-verklaring (zie hierna paragraaf 3.C).

3.B. De vrijstelling voor kleine en middelgrote vennootschappen

Kleine vennootschappen:

- hoeven slechts een beperkt ingerichte balans en winst- en te maken;
- hoeven geen jaarverslag op te maken;
- hoeven hun jaarrekening niet door een accountant te laten controleren;
- hoeven slechts een beperkte balans met toelichting te publiceren;
- hoeven geen geconsolideerde jaarrekening op te stellen, als bij consolidatie de grenzen van de waarde van de activa, de netto omzet en het aantal werknemers van kolom (3) in paragraaf 3.A niet zouden worden overschreden.

Voor middelgrote vennootschappen geldt dat zij:

- geen uitgebreide winst- en verliesrekening hoeven op te maken;
- in de gepubliceerde balans niet alle in de wet voorgeschreven opgaven hoeven te doen;
- niet alle overige gegevens hoeven te publiceren.

3.C. Vrijstelling op grond van een 403-verklaring

Vennootschappen die met elkaar in een groep (concern) verbonden zijn, kunnen onder omstandigheden profiteren van het feit dat hun vermogen en resultaat weergegeven zijn in een geconsolideerde jaarrekening van een andere groepsmaatschappij. De vrijgestelde groepsmaatschappij hoeft niet zelf haar jaarrekening in te richten conform de betreffende wettelijke voorschriften. Dat betekent dus een vrijstelling van de inrichtingseisen. Om daarvan gebruik te maken, moet voldaan zijn aan een aantal in de wet¹⁰ opgesomde eisen. De belangrijkste eis in dat verband is dat de consoliderende groepsmaatschappij schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schulden van de vrijgestelde vennootschap, die uit rechtshandelingen voortvloeien. Bij schulden uit de rechtshandelingen gaat het normaal gesproken om overeenkomsten die de vrijgestelde vennootschap in de uitoefening van haar bedrijf afsluit.

Deze verklaring heet in de wandelgangen de 403-verklaring. Zij geeft aanleiding tot nogal wat problemen, omdat die 403-verklaring bij het handelsregister moet worden neergelegd en het nogal eens voorkomt dat vergeten wordt om de verklaring in te trekken als de vrijgestelde vennootschap de groep verlaten, bijvoorbeeld als gevolg van een verkoop van de betreffende dochter aan een derde.

Deze vrijstelling biedt nog andere voordelen. De vrijgestelde groepsmaatschappij hoeft namelijk geen jaarverslag op te stellen, geen overige gegevens te verstrekken, geen accountantscontrole te laten verrichten en de (op zichzelf beperkte) jaarrekening niet bij het handelsregister te publiceren.

4. Verantwoordelijkheid van de commissarissen in verband met de jaarrekening

Eén van de belangrijkste onderdelen van de toezichthoudende taak van commissarissen is erop toe te zien dat in de jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens de financiële stand van zaken van de vennootschap juist en volledig wordt weergegeven. De wettelijke eis dat de commissarissen de jaarrekening moeten ondertekenen, is een uitvloeisel van deze toezichthoudende taak. In de Corporate Governance Code is ook uitdrukkelijk bepaald dat het toezicht van de raad van commissarissen op het bestuur onder andere het financiële verslaggevingsproces omvat. Als de jaarrekening misleidend is en gebruikers van die jaarrekening als gevolg daarvan schade ondervinden, kunnen naast bestuurders ook de commissarissen voor die schade aansprakelijk zijn.

De raad van commissarissen kan aan zijn toezichthoudende taak alleen maar op zinnige wijze inhoud geven als hij adequaat geïnformeerd wordt. Dat geldt ook voor de toezichthoudende taak met betrekking tot het financiële verslaggevingsproces dat resulteert in de jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens. De algemene verplichting van het bestuur om de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak

¹⁰ In casu artikel 2:403 BW, vandaar de naam 403-verklaring.

noodzakelijke gegevens te verschaffen, is ook op dit punt van toepassing. Daarnaast bepaalt de wet dat het bestuur de raad van commissarissen tenminste één keer per jaar schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap.

De Corporate Governance Code heeft ons ook het fenomeen auditcommissie gebracht. Dat is één van de drie kerncommissies van de raad van commissarissen. In het algemeen wordt als belangrijkste taak van de auditcommissie gezien het bewaken van de integriteit van de gepubliceerde financiële gegevens. Volgens de code richt de auditcommissie zich in ieder geval op het toezicht op het bestuur ten aanzien van:

- a) de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, waaronder het toezicht op de naleving van de relevante wet- en regelgeving en het toezicht op de werking van gedragscodes;
- b) de financiële informatieverschaffing door de vennootschap, in welk verband onder andere genoemd worden de keuze van *accounting policies*, inzicht in de behandeling van 'schattingsposten' in de jaarrekening, prognoses, werk van in- en externe accountants ter zake;
- c) de naleving van aanbevelingen, en opvolging van opmerkingen van in- en externe accountants;
- d) de rol en het functioneren van de interne audit functie;
- e) het beleid van de vennootschap met betrekking tot *tax planning*;
- f) de relatie met de externe accountant, waaronder in het bijzonder zijn onafhankelijkheid, de bezoldiging en eventuele niet-controle werkzaamheden voor de vennootschap;
- g) de financiering van de vennootschap, en
- h) de toepassingen van de informatie- en communicatietechnologie.

De auditcommissie is het eerste aanspreekpunt van de externe accountant wanneer deze onregelmatigheden constateert in de inhoud van financiële berichten. De auditcommissie overlegt zo vaak als zij dit noodzakelijk acht, doch tenminste eenmaal per jaar, buiten aanwezigheid van het bestuur met de externe accountant.

De auditcommissie is inmiddels een wettelijk verplicht orgaan voor zogenaamde organisaties van openbaar belang. Dat zijn in hoofdzaak beursvennootschappen, kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen.

Hoewel de wettelijke verplichting om een auditcommissie in te stellen in het algemeen niet op de portfolio ondernemingen van participatiemaatschappijen van toepassing zal zijn, omdat zij meestal niet binnen de in de vorige paragraaf genoemde categorieën vallen, is een auditcommissie bij de grote niet-beursgenoteerde portfolio ondernemingen ook aan te bevelen. Participatiemaatschappijen zullen overigens in de aandeelhoudersovereenkomst, normaal gesproken, gedetailleerde afspraken maken over financiële informatieverschaffing door het bestuur van de portfolioonderneming aan aandeelhouders en de raad van commissarissen.

5. Aandachtspunten en tips

- Het bestuur van een vennootschap moet de jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar opmaken. Deze termijn kan (door de algemene vergadering van aandeelhouders) met ten hoogste zes maanden worden verlengd. Binnen deze termijn legt het bestuur ook het jaarverslag ter inzage voor de aandeelhouders.
- De jaarrekening moet uiterlijk dertien maanden na het einde van het boekjaar zijn gedeponneerd bij het handelsregister.
- De jaarrekening wordt ondertekend en gedateerd door de bestuurders en door de commissarissen (onder

vermelding van de namen). In geval de handtekening van een of meer bestuurders of commissarissen ontbreekt, dan wordt daarvan onder opgave van reden melding gemaakt.

- In het kader van een goede vervulling van zijn toezichthoudende taak verdient het aanbeveling dat de raad van commissarissen ten minste eenmaal per jaar al dan niet in aanwezigheid van het bestuur overlegt met de externe accountant.
- In navolging van de Corporate Governance Code is bij de grote niet-beursgenoteerde portfolio ondernemingen aan te bevelen een auditcommissie in te stellen.
- De wet verplicht vennootschappen met een bepaalde omvang tot controle van de door hen opgestelde jaarrekening. Alleen een accountant mag deze wettelijke controle uitvoeren. De accountant brengt over zijn onderzoek verslag uit aan de raad van commissarissen en aan het bestuur. Hij stelt vast of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de werkelijkheid.
- De wet kent twee vrijstellingen van de wettelijke verplichting om een accountantscontrole te laten verrichten: de concernvrijstelling en de vrijstelling voor kleine ondernemingen.
- De accountant wordt aangewezen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Pas als de aandeelhouders deze opdracht niet verlenen, wordt de accountant aangewezen door de raad van commissarissen. Als die op zijn beurt daar niet toe overgaat, zal uiteindelijk het bestuur de accountant aan mogen wijzen. De opdracht kan altijd worden ingetrokken door de algemene vergadering en door degene die haar heeft verleend.
- De (verplichte) controle door de accountant mondt uit in een accountantsverklaring waarin hij aangeeft wat zijn bevindingen zijn en welke diepgang zijn onderzoek heeft gehad. Door een dergelijke verklaring kan de algemene vergadering van aandeelhouders de jaarrekening naar behoren vaststellen.
- De accountant moet over zijn onderzoek verslag uitbrengen aan de raad van commissarissen en aan het bestuur. Dit gebeurt doorgaans door middel van een management letter en een accountantsverslag. In de management letter geeft de accountant adviezen en aanbevelingen ten aanzien van de jaarverslaggeving en de interne organisatie. In het accountantsverslag staan aanbevelingen over de boekhoudkundige organisatie. De management letter is gericht aan het bestuur, het accountantsverslag aan het bestuur en de raad van commissarissen.

Hoofdstuk 9

RELATIE MET DE ONDERNEMINGSRAAD

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de positie van de raad van commissarissen ten opzichte van de ondernemingsraad. In dat verband wordt allereerst een overzicht gegeven van het wettelijk kader waarin de ondernemingsraad opereert. Daarna komt een aantal toepasselijke onderwerpen aan de orde.

1. Verschillende vormen van medezeggenschap

1.A. Algemeen

In Nederland zijn ruwweg twee vormen van verplichte raadpleging van werknemers geregeld: intern, door middel van de ondernemingsraad en extern, door middel van de vakorganisaties. De Wet op de Ondernemingsraden kent de volgende drie vormen van werknemersvertegenwoordiging: (i) de ondernemingsraad, (ii) de personeelsvertegenwoordiging en personeelsvergadering en (iii) gemeenschappelijke vormen van medezeggenschap.

1.A. 1. Ondernemingsraad

Voor iedere onderneming met ten minste 50 werkzame personen moet de betrokken ondernemer een eigen ondernemingsraad instellen. De wetgever spreekt daarbij over 'in de regel 50 werkzame personen'. Dit wijst er op dat dit aantal werknemers een zekere mate van duurzaamheid moet kennen. Dat betekent dat de ondernemer die bijvoorbeeld een onderneming heeft met 45 werknemers, maar als gevolg van een pieksituatie kortstondig tijdelijk 10 extra personen aanstelt, geen ondernemingsraad hoeft in te stellen.

Alleen die medewerkers die werken op basis van een arbeidsovereenkomst, zoals gedefinieerd in het Burgerlijk Wetboek tellen mee voor de bepaling van het aantal van in de regel 50 werkzame personen. Voorts is in de Wet op de Ondernemingsraden bepaald dat ook uitzendkrachten die langer dan 24 maanden binnen de onderneming werkzaam zijn, medezeggenschapsrechten hebben en moeten worden gezien als personen die werkzaam zijn binnen de onderneming.

De verplichting tot het instellen van een ondernemingsraad rust op de ondernemer die de betrokken onderneming in stand houdt van ten minste 50 werknemers. Doet hij dat niet, dan heeft iedere werknemer de mogelijkheid om dit, na een verzoek tot instelling van een ondernemingsraad en eventueel bemiddeling en advies van de bedrijfscommissie, via de kantonrechter af te dwingen.

In de praktijk zal bij afwezigheid van een ondernemingsraad, de ondernemer op een eerste verzoek daartoe door een werknemer meestal direct overgaan tot het nemen van maatregelen om een ondernemingsraad op te richten. Daarbij kan worden opgemerkt dat van de ondernemer een actieve houding verwacht mag worden bij het oprichten van een ondernemingsraad. Het is onvoldoende om het oprichten van een ondernemingsraad in dat geval maar over te laten aan het 'enthousiasme' van werknemers. Van de ondernemer mag verwacht worden dat hij serieuze pogingen onderneemt om zo nodig werknemers te werven voor kandidatenlijsten, waar nodig van (administratieve) steun te voorzien bij het kandideren, verkiezen en instellen van de ondernemingsraad. Wij willen echter voor alle duidelijkheid benadrukken dat het eerste verzoek om een ondernemingsraad in te stellen moet komen van een werknemer. Indien een dergelijk verzoek niet komt, is de ondernemer niet verplicht zelf tot oprichting van een ondernemingsraad over te gaan. Pas als een dergelijk verzoek komt, wordt van de ondernemer verwacht proactief te zijn bij de oprichting van de ondernemingsraad.

Indien een onderneming na de instelling van een ondernemingsraad niet langer in de regel ten minste 50 werkzame personen kent, dan houdt de ondernemingsraad automatisch op te bestaan bij het eindigen van de lopende zittingsperiode van die ondernemingsraad. Dit is slechts anders indien de ondernemer samen met de betrokken werknemers besluit om vrijwillig een ondernemingsraad in stand te (blijven) houden of de verplichting

tot het instellen van een ondernemingsraad voortvloeit uit de toepasselijke Collectieve Arbeidsovereenkomst ('CAO').

1.A.2. Personeelsvertegenwoordiging/personeelsvergadering

In een onderneming waarin in de regel ten minste 10, maar minder dan 50 personen werkzaam zijn en waarvoor geen ondernemingsraad is ingesteld, kan een personeelsvertegenwoordiging worden ingesteld. De ondernemer is daartoe verplicht indien de meerderheid van werknemers hierom verzoekt.

Een onderneming waarin in de regel ten minste 10, maar minder dan 50 personen werkzaam zijn en waarbij een ondernemingsraad noch een personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, moet in ieder geval de gelegenheid te bieden aan de werknemers om tezamen met de ondernemer bijeen te komen, de zogenaamde personeelsvergadering.

De praktische relevantie van de personeelsvertegenwoordiging en de personeelsvergadering is met name daarin gelegen dat aan beide organen, in het kader van een voorgenomen besluit dat kan leiden tot verlies van arbeidsplaatsen of een belangrijke verandering van de arbeid, arbeidsomstandigheden of arbeidsvoorwaarden van ten minste een kwart van het personeel, adviesrecht is gegeven. Voorts geldt voor beiden een instemmingsrecht ten aanzien van de onderdelen b (voor zover het betreft een werktijdenregeling) en d van artikel 27 van de Wet op de Ondernemingsraden. Zie hierna paragrafen 2.B en 2.C. Een beroepsrecht zoals dat bestaat voor de ondernemingsraad (zie hierna paragraaf 2) is er niet.

1.A.3. Gemeenschappelijke vormen van medezeggenschap

De ondernemer die twee of meer ondernemingen in stand houdt, waarin tezamen in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, dient voor alle of voor een aantal van die ondernemingen tezamen een ondernemingsraad instellen indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de Wet op de Ondernemingsraden in die ondernemingen. Dit is de gemeenschappelijke ondernemingsraad. Dezelfde argumentatie gaat op indien de ondernemer twee of meer ondernemingsraden heeft ingesteld. In dat geval bestaat de verplichting, ter bevordering van de toepassing van de Wet op de Ondernemingsraden, om hetzij een centrale ondernemingsraad dan wel groepsondernemingsraad in te stellen. De centrale ondernemingsraad overkoepelt dan alle door de ondernemer in stand gehouden ondernemingen, terwijl een groepsondernemingsraad slechts een deel van de ondernemingen afdekt.

Voorts is het mogelijk om voor een onderdeel van de onderneming een aparte ondernemingsraad in te stellen. Daarvoor is vereist dat er in de onderneming in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn. Een onderdeel wordt daarbij door de wet gedefinieerd als: een groep in de onderneming werkzame personen die binnen de onderneming een afzonderlijk organisatorisch verband vormen, maar niet zelfstandig naar buiten treedt. Een voorbeeld daarvan is bijvoorbeeld een fabricageafdeling of (onder omstandigheden) een Business Unit.

1.A.4. Schematische weergave vormen van medezeggenschap

Schematisch kunnen de verschillende vormen van medezeggenschap als volgt worden weergegeven:

Aantal werknemers	Soort medezeggenschap	Advies/instemmingsrecht
Minder dan 10	geen	geen
Minimaal 10, maar minder dan 50	(i) personeelsvertegenwoordiging of, indien afwezig (ii) personeelsvergadering.	Adviesrecht i.v.m. besluit dat kan leiden tot (i) verlies van arbeidsplaatsen of (ii) belangrijke verandering van arbeid, arbeidsomstandigheden of arbeidsvoorwaarden van minimaal 1/4 van het personeel. Instemmingsrecht m.b.t. artikel 27 onderdelen b (werktijdenregeling) en de WOR.
50 of meer	Mogelijkheden: (i) ondernemingsraad (ii) groepsondernemingsraad/ centrale ondernemingsraad (iii) gemeenschappelijke ondernemingsraad.	Adviesrecht: zie artikel 25 WOR Instemmingsrecht: zie artikel 27 WOR

2. Werkwijze en bevoegdheden van de ondernemingsraad

2.A. De werkwijze

De ondernemingsraad stelt voor de werkzaamheden zelf een reglement vast waarin de onderwerpen worden geregeld die aan de ondernemingsraad zijn opgedragen. Het reglement is een schriftelijk stuk. Andere onderwerpen, naast de rechten en bevoegdheden van de ondernemingsraad, die geregeld moeten worden in het reglement zijn zaken zoals de kandidaatstelling, verkiezingen en voorziening in tussentijdse vacatures.

Voorts is het mogelijk om bij Collectieve Arbeidsovereenkomst of een zogenaamd convenant de aan de ondernemingsraad toekomende rechten en bevoegdheden verder uit te breiden dan de rechten en bevoegdheden die al voortvloeien uit de wet. Een convenant is een schriftelijke overeenkomst tussen de onderneming en de ondernemingsraad waarin deze aanvullende rechten worden vastgelegd. Deze uitbreiding van rechten en bevoegdheden kan zowel betrekking hebben op het recht op advies als op het instemmingsrecht, waarover hieronder meer.

2.B. Het adviesrecht

De ondernemingsraad heeft een adviesrecht met betrekking tot belangrijke strategische besluiten van de ondernemer. Voor de commissaris is kennis hierover van belang. Immers, van de commissaris wordt verwacht dat deze (mede) toezicht houdt op de toepassing en uitvoering van de medezeggenschapsregels uit de Wet op de Ondernemingsraden door het bestuur.

De gevallen waarin advies is vereist, zijn limitatief in artikel 25 van de Wet op de Ondernemingsraden opgesomd. Deze opsomming is opgenomen in bijlage 7 van dit handboek.

2.B.1. Wezenlijke invloed

Het advies van de ondernemingsraad moet zijn verkregen op een zodanig tijdstip dat dit nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming. Dat betekent dat het advies moet worden gevraagd voordat het besluit in definitieve vorm wordt genomen. Het is in Nederland gebruikelijk dat de ondernemingsraad al in een vroegtijdig

stadium wordt betrokken bij het voorgenomen besluit. Een van de redenen daarvoor is gelegen in de zwaarte van de sanctie die staat op het schenden van de procedurele regels.

Op de vraag waar het precieze moment ligt voordat het besluit in definitieve vorm is genomen is niet eenduidig te beantwoorden. Daarbij zal in de praktijk nauwgezet gekeken moeten worden naar alle omstandigheden van het geval. Helder is dat als het (onomkeerbare) besluit door de bestuurder al is genomen en/of daar uitvoering aan is gegeven, dat het advies dat daarna nog wordt gevraagd niet tijdig meer is. In de jurisprudentie wordt een algemeen beleidsvoornemen (bijvoorbeeld om op termijn een divisie te verzelfstandigen waarvoor nog voorstellen zullen moeten worden ontwikkeld) voor de toekomst meestal niet gezien als het nemen van een besluit.

2.B.2. Advies in het kader van een overname

De kernvraag die in het licht van het bovenstaande beantwoord moet worden, is of het voornemen van de ondernemer zodanig is geconcretiseerd en is uitgekristalliseerd dat het voornemen vatbaar is voor een zakelijke beoordeling. In een eventueel overnametraject speelt uiteindelijk de positie die een derde overnemende partij inneemt een belangrijke rol bij het bepalen van dit 'kristallisatiepunt'. Wanneer het onderhandelingsproces tussen de ondernemer en de derde zodanig is geëvolueerd dat overeenstemming bestaat over het principe van de overname en daarbij tevens overeenstemming bestaat over de belangrijkste punten van de transactie is het punt bereikt waarop advies gevraagd moet worden. Daarmee is dus ook niet een eenduidig antwoord te geven op de vraag of advies gevraagd moet worden vóór of na een intentieverklaring. Intentieverklaringen komen in vele vormen voor zoals 'letter of intent', 'memorandum of understanding' of 'heads of agreement'. Doorslaggevend zal niet zo zeer de titel van het getekende document zijn, maar de inhoud daarvan en de bedoeling van partijen. Indien bijvoorbeeld partijen al overeenstemming hebben bereikt over de commerciële hoofdpunten van de transactie zoals de prijs, vaak nog onder voorbehoud van een meer gedetailleerd boekenonderzoek kan worden aangenomen dat een 'intentieverklaring' waarin dit wordt vastgelegd: voorafgaand positief advies van de ondernemingsraad behoeft, ervan uitgaande dat de besturen van de potentiële koper en verkoper de intentieverklaring tekenen. Voordat een dergelijke intentieverklaring kan worden getekend, moet er, al dan niet formeel, een vorm van besluitvorming binnen het bestuur hebben plaatsgevonden. Op dit besluitvormingsproces moet de ondernemingsraad wezenlijke invloed kunnen hebben volgens de Wet op de Ondernemingsraden.

2.B.3. Beroepsrecht ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer

Indien niet tijdig advies is gevraagd of wanneer door de ondernemingsraad negatief is geadviseerd en het besluit in afwijking van het advies van de ondernemingsraad toch wordt genomen, kan de ondernemingsraad het definitieve besluit bij de rechter proberen aan te vechten.¹¹ Nadat het besluit door de ondernemer schriftelijk aan de ondernemingsraad is bevestigd en de ondernemingsraad zich tegen dat besluit verzet, moet de ondernemer een opschortingstermijn van één maand in acht nemen. Gedurende deze periode van één maand kan de ondernemingsraad zich richten tot de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam met het verzoek het besluit kennelijk onredelijk te verklaren.

Bovendien kan de ondernemingsraad voorlopige voorzieningen vorderen om de verdere uitvoering van het besluit te staken. Indien de Ondernemingskamer met de ondernemingsraad van mening is dat het besluit kennelijk onredelijk is, kan de ondernemer daadwerkelijk worden veroordeeld om het besluit in te trekken en terug te draaien. Dat betekent dat het maken van fouten in dit traject kan leiden tot ernstige consequenties.

2.B.4. Enige praktische vuistregels bij het adviesrecht

Uit de praktijk kan een aantal vuistregels worden opgemaakt, die van belang zijn bij het doorvoeren van het besluit door het management. Deze zijn de volgende:

¹¹ Zie ook het recente kort geding van onder meer de ondernemingsraad van N.V. Organon en de raad van commissarissen van Organon Biosciences Nederland B.V. tegen Merck & Co Inc, N.V. Organon en Organon Biosciences Nederland B.V. van 11 maart 2011 (LJN: BP7454, Rechtbank Amsterdam, 483136 I KG ZA 11-274)

- een zorgvuldige voorbereiding van de procedure en een redelijke voorziening voor de personele consequenties zijn essentieel;
- wanneer de procedure goed is gevolgd, legt het economisch belang van de ondernemer een groot gewicht in de schaal;
- gewijzigde omstandigheden, mits voldoende ingrijpend, mogen de ondernemer van koers doen veranderen en soms van toezeggingen aan de ondernemingsraad doen afwijken;
- zowel de ondernemer als de ondernemingsraad moeten hun voorgenomen
- besluit en eventuele bezwaren daartegen uitgebreid motiveren.

Bovenstaande vuistregels zijn geen garantie voor een gewonnen conflict met de ondernemingsraad, maar geven wel aan dat medezeggenschapsprocedures zijn verworven tot een juridisch proces.

De wet geeft aan de ondernemer de mogelijkheid om de leden van de ondernemingsraad geheimhouding op te leggen met betrekking tot het voorgenomen strategische besluit. Vooral buitenlandse ondernemers maken zich in de praktijk vaak zorgen over de vraag of het opleggen van een dergelijke geheimhoudingsverplichting wel voldoende is om de vertrouwelijkheid van de transactie te garanderen. Gezien de zwaarte van de sancties op het overtreden van de procedureregels is het te risicovol om de ondernemingsraad niet op de juiste wijze om advies te vragen. Volgens vaste rechtspraak is een beroep op de vertrouwelijkheid van de informatie onvoldoende om de wet op dit punt te overtreden. Om die reden is het verstandig om de opgelegde geheimhouding goed te verwoorden, bijvoorbeeld door middel van apart te ondertekenen geheimhoudingsverklaringen of in de adviesaanvraag.

2.C. Het instemmingsrecht

Naast het adviesrecht bij strategische besluiten heeft de ondernemingsraad ook een instemmingsrecht met betrekking tot secundaire arbeidsvoorwaarden. In zekere zin gaat dit instemmingsrecht verder dan het adviesrecht, omdat de ondernemer daadwerkelijk goedkeuring van de ondernemingsraad nodig heeft voordat hij tot uitvoering van het besluit kan overgaan. Ook de besluiten die aan het instemmingsrecht onderhevig zijn, staan limitatief in de Wet op de Ondernemingsraden opgesomd (artikel 27). Zie hiervoor bijlage 8 van dit handboek. Overigens is lang niet altijd duidelijk of een bepaald besluit onder de lijst van artikel 27 WOR valt. Zo is instemming van de ondernemingsraad verplicht als het gaat om een beloningssysteem, maar niet als het gaat om een beloningsregeling. De afbakening daartussen is schimmig.

Wanneer een instemmingsplichtig besluit zonder instemming van de ondernemingsraad is genomen, is het nietig. Indien de ondernemingsraad merkt dat toch een dergelijk besluit is genomen of dat een dergelijk besluit wordt uitgevoerd, kan hij binnen één maand na dat moment de nietigheid daarvan inroepen. Het staat de ondernemer dan niet vrij om tot verdere uitvoering van dat besluit over te gaan. Doet hij dat wel, dan kan de ondernemingsraad deze uitvoering in kort geding tegenhouden.

Indien ondernemer en ondernemingsraad het niet eens kunnen worden over een instemmingsplichtig besluit, kan de ondernemer aan de rechter vervangende instemming vragen. Daarvoor is wel vereist dat degene die zich tot de kantonrechter wil wenden (de ondernemer of de ondernemingsraad) eerst bemiddeling van de bedrijfscommissie heeft gevraagd. De bedrijfscommissie tracht het geschil minnelijk op te lossen. Als dat niet lukt, geeft de bedrijfscommissie binnen twee maanden nadat de bemiddeling is gevraagd, een advies met haar oplossingen voor het geschil. Partijen kunnen dan vervolgens indien gewenst binnen dertig dagen een verzoekschrift indienen bij de kantonrechter.

De kantonrechter zal de ondernemer vervangende instemming verlenen wanneer hij meent dat de ondernemingsraad zich onredelijk heeft opgesteld of wanneer het voorgenomen besluit van de ondernemer gevegd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfs sociale redenen. De procedure bij de kantonrechter duurt over het algemeen zes tot acht weken, waarna hoger beroep en cassatie bij de Hoge Raad mogelijk is.

2.D. Het recht op informatie

Naast het advies-en instemmingsrecht is aan de ondernemingsraad ook nog het recht op informatie gegeven. De ondernemer is dan ook verplicht om desgevraagd aan de ondernemingsraad en eventueel door de ondernemingsraad ingestelde commissies van die raad tijdig alle inlichtingen te verstrekken die deze voor de vervulling van hun taak redelijkerwijs nodig hebben. De inlichtingen en gegevens worden desgevraagd schriftelijk gegeven.

In de Wet op de Ondernemingsraden is concreet bepaald welke basisinformatie te allen tijde aan de ondernemingsraad moet worden vertrekt. Het gaat daarbij veelal om algemene informatie, zoals de rechtsvorm van de onderneming, de namen en woonplaatsen van bestuurders en commissarissen, de organisatie van de onderneming etc.

Voorts moet ook financiële informatie op basis van de Wet op de Ondernemingsraden worden verstrekt. Ten minste twee maal per jaar moet mondeling of schriftelijk in zijn algemeenheid worden aangegeven hoe de financiële situatie van de onderneming is. Voorts moet ook de door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde jaarrekening worden verstrekt alsmede het jaarverslag en de overige gegevens. Indien de financiële gegevens van een ondernemer die deel uitmaakt van in een groep verbonden ondernemers zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening, verstrekt de ondernemer ter bespreking aan de ondernemingsraad deze geconsolideerde jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens zoals bedoeld in de wettelijke bepalingen omtrent geconsolideerde jaarrekeningen. Indien bijvoorbeeld de ondernemingsraad is ingesteld op het niveau van de werkmaatschappij en de financiële gegevens zijn geconsolideerd in de gegevens van de holding/moedermaatschappij, dan is de ondernemingsraad van de werkmaatschappij gerechtigd tot de geconsolideerde jaarrekening van de holding/moedermaatschappij.

Tot slot moeten ook gegevens over het personeelsbeleid en sociaal beleid worden verstrekt.

Een apart informatierecht heeft de ondernemingsraad op basis van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de beloning van bestuurders van een naamloze vennootschap. Dit nieuwe artikel, dat alleen geldt voor de naamloze vennootschap, bepaalt dat de vennootschap een beleid moet hebben op het terrein van bezoldiging van het bestuur. Dit beloningsbeleid moet schriftelijk en gelijktijdig met de aanbieding aan de algemene vergadering van aandeelhouders ter kennisgeving aan de ondernemingsraad worden aangeboden. Door de introductie van deze bepaling is een nieuw element toegevoegd aan de medezeggenschap die de ondernemingsraad bij naamloze vennootschappen heeft over de beloning. Het informatierecht van de ondernemingsraad strekt echter niet zo ver dat hij ook recht heeft op informatie over de beloning van individuele bestuurders, het gaat kortom alleen over het beloningsbeleid.

2.E. Het spreekrecht op de AvA

Sinds 1 juli 2010 heeft de ondernemingsraad van de naamloze vennootschap het recht om zijn standpunt te bepalen en toe te lichten in de algemene vergadering van aandeelhouders.

Het spreekrecht ziet op voorgenomen besluiten van de AvA tot:

- goedkeuring van bestuursbesluiten die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap inhouden;
- vaststelling of wijziging van het bezoldigingsbeleid voor het bestuur, en;
- benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris.

Het is een recht om zijn standpunt te bepalen op een zodanig tijdstip dat dit mee kan wegen bij de besluitvorming en het recht om dit standpunt toe te lichten in de aandeelhoudersvergadering. De ondernemingsraad dient dus tijdig voor de desbetreffende aandeelhoudersvergadering te worden opgeroepen. Op de vennootschap en de aandeelhouders rust echter geen verplichting om het standpunt van de ondernemingsraad over te nemen. Bovendien ontbreken directe sancties wanneer de ondernemingsraad niet in staat wordt gesteld om zijn

standpunt kenbaar te maken. Wel kan het schenden van het spreekrecht meer indirect consequenties hebben. Zo zou schending hiervan bijvoorbeeld in een enquêteprocedure kunnen bijdragen aan het beeld dat geen sprake is van juist beleid (zie hierna).

2.F. Enquêteverzoeken

Het enquêterecht voorziet in de mogelijkheid de Ondernemingskamer te verzoeken onderzoek te laten doen naar het beleid bij de rechtspersoon. Dit recht op enquête is in de wet toegekend aan de aandeelhouders. Evenals het bestuur en de raad van commissarissen heeft de ondernemingsraad geen wettelijke enquête bevoegdheid. Het is echter mogelijk dat bij overeenkomst of in de statuten een enquêterecht aan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging wordt toegekend (artikel 2:346 lid 1 WOR). Er lijkt een tendens te zijn ontstaan dat ondernemingsraden of andere medezeggenschapsorganen (zoals de personeelsvertegenwoordiging) via het enquêterecht proberen invloed uit te oefenen op de vennootschapsrechtelijke bevoegdheidsverdeling. Zo heeft zich meerdere malen een zaak voorgedaan waarin één of meerdere bestuurders vanwege een conflict met de raad van commissarissen of de aandeelhouders werden ontslagen, en zij vervolgens de ondernemingsraad bij overeenkomst de bevoegdheid gaven om een enquêteverzoek in te dienen. Op die manier kon de ondernemingsraad het beleid (waaronder het ontslag van de bestuurders) laten toetsen door de Ondernemingskamer.

3. Overlegvergadering van de ondernemingsraad

3.A. Overlegfrequentie

De ondernemer en de ondernemingsraad komen met elkaar bijeen binnen twee weken nadat hetzij de ondernemingsraad hetzij de ondernemer daarom onder opgave van redenen heeft verzocht. In de praktijk ligt het voor de hand dat de ondernemer en ondernemingsraad een jaarschema opstellen met data van de te houden overlegvergaderingen. Los van een dergelijk schema kan op verzoek van zowel de ondernemer als de ondernemingsraad dus ook nog vergaderd worden. In een aantal gevallen schrijft de wet verplicht overleg voor. Zo moet ten minste eenmaal overleg worden gepleegd in een overlegvergadering voordat de ondernemingsraad een advies als bedoeld in artikel 25 uitbrengt of volgens artikel 27 beslist over het verlenen van instemming.

In de overlegvergadering wordt ten minste twee maal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming besproken. In deze vergadering deelt de ondernemer mee welke besluiten hij in voorbereiding heeft over aangelegenheden waaromtrent de ondernemingsraad adviesrecht of instemmingsrecht heeft.

3.B. Bestuurder in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden

Voor de overlegvergadering met de ondernemingsraad wijst de Wet op de Ondernemingsraden 'de bestuurder' aan als gesprekspartner voor de ondernemingsraad aan. Bestuurder in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden is: 'hij die alleen dan wel tezamen met andere in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid'. Opgemerkt wordt dat dit dus niet altijd de statutair bestuurder hoeft te zijn.

Zijn er meer bestuurders, dan beslissen zij zelf wie van hen de overlegpartner van de ondernemingsraad is. Als de bestuurder is verhinderd, maar wel deel uitmaakt van een meerkoppig bestuur, dan moet een vervanger worden aangewezen. In de praktijk verdient het de voorkeur om deze vervanging op voorhand te regelen door een vaste vervanger aan te wijzen.

Vervanging door een medebestuurder is tevens mogelijk in geval van een bepaald onderwerp. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het voorgenomen besluit tot ontslag van die bestuurder of een onderwerp waarover tussen die bestuurder en de ondernemingsraad een diepgaand verschil van mening bestaat, zodat aanwezigheid van die bestuurder het overleg niet ten goede zou komen.

4. Relatie tussen de ondernemingsraad en de raad van commissarissen

In het kader van de tweejaarlijkse overlegvergadering waarin over de algemene gang van zaken in de onderneming wordt gesproken kent de Wet op de Ondernemingsraden een verschijningsplicht voor bepaalde functionarissen.

De verschijningsplicht richt zich op commissarissen en bestuurders. Ook bestuurders van de moedermaatschappij kunnen hieronder vallen. De verschijningsplicht geldt niet voor alle bestuurders of commissarissen. Zij mogen zelf een vertegenwoordiger uit hun midden kiezen. Een bestuurder van de moedermaatschappij, die eveneens onder omstandigheden verschijningsplicht kan hebben, heeft daarbij grotere vrijheden. Deze mag zich laten vertegenwoordigen door degene die hij verkiest, zodat dit niet noodzakelijkerwijs een (mede-)bestuurslid moet zijn; het mag bijvoorbeeld ook de directeur personeelszaken zijn.

Overigens kan de ondernemingsraad besluiten dat aan deze verplichtingen geen toepassing hoeft te worden gegeven. Voorts is in de Wet op de Ondernemingsraden opgenomen dat er een vrijstelling is van de verschijningsplicht voor bestuurders van de moedermaatschappij indien de betrokken groep vijf ondernemingen omvat waarbij een ondernemingsraad is ingesteld.

De bedoeling bij dit alles is wel dat bestuurders, dan wel commissarissen verschijnen die zich (in het bijzonder) bezig houden met de betrokken onderneming(en) en/of in feite beslissingen nemen. Een zwak punt van de verschijningsplicht is dat deze, in tegenstelling tot veel andere verplichtingen in de Wet op de Ondernemingsraden, niet van de personen waarop de verschijningsplicht rust, kan worden afgedwongen.

Het is aanbevelenswaardig voor een ondernemer om in de raad van commissarissen een contactpersoon aan te wijzen die bij belangrijke gelegenheden met de bestuurder mee gaat naar de overlegvergadering met de ondernemingsraad.

Dit betekent echter niet dat de verschijningsplicht een lege huls is. De verwaarlozing door toezichthouders van hun taak in het kader van de medezeggenschap kan verstrekkende gevolgen hebben. De Ondernemingskamer heeft wel geoordeeld dat een door de bestuurder genomen besluit tot het creëren van een nieuwe directeursfunctie in de organisatie kennelijk onredelijk was. In deze zaak betrof het een organisatie met een raad van toezicht. De ondernemingsraad kwam in beroep tegen het besluit tot het creëren van de nieuwe functie (op initiatief van de raad van toezicht), omdat de raad van toezicht naar de mening van de ondernemingsraad weigerde een inhoudelijk debat op de overlegvergadering aan te gaan. Weliswaar ging de raad van toezicht wel met de ondernemingsraad in gesprek, maar tijdens de overlegvergadering gaf hij aan dat hij er primair voor de bestuurder was en zich niet met inhoudelijke organisatorische zaken wenste te bemoeien. De Ondernemingskamer oordeelde dat de raad van toezicht zich ten onrechte aan een inhoudelijk debat had onttrokken met voornoemd oordeel tot gevolg.

Deze uitspraak lijkt er op te wijzen dat de verschijningsplicht zelfs kan betekenen dat de commissaris (onder omstandigheden) inhoudelijk in debat moet gaan met de ondernemingsraad. Het is dan ook aan te bevelen dat de commissaris zich voorafgaand aan de overlegvergadering met de ondernemingsraad goed informeert over lopende onderwerpen en discussiepunten tussen de ondernemer en de ondernemingsraad en de wijze waarop aan de medezeggenschap vorm is gegeven, om beslagen ten ijs te komen.

5. De ondernemingsraadcommissaris in structuurvennootschappen

Voor een algemene beschrijving van de structuurregeling verwijzen wij naar hoofdstuk 11. Een belangrijk element uit deze regeling, de zogenaamde 'ondernemingsraadcommissaris', willen we in deze paragraaf graag uitlichten.

In de structuurregeling worden de commissarissen benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. De algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad kunnen aan de raad van commissarissen personen aanbevelen om als commissaris voorgedragen te worden. Daarnaast heeft de ondernemingsraad ook een versterkt aanbevelingsrecht gekregen voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen.

Volgens dit versterkte aanbevelingsrecht geldt dat de raad van commissarissen een door de ondernemingsraad aanbevolen persoon op de voordracht plaatst, tenzij de raad van commissarissen bezwaar maakt tegen de aanbeveling op grond van (i) de verwachting dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van zijn taak, of (ii) dat de raad van commissarissen bij de benoeming van de aanbevolen persoon niet naar behoren zal zijn samengesteld.

Indien de raad van commissarissen bezwaar maakt moet hij, na overleg met de ondernemingsraad, de Ondernemingskamer verzoeken het bezwaar gegrond te verklaren. Indien het verzoek van de raad van commissarissen wordt toegewezen, dan mag de ondernemingsraad vervolgens opnieuw een aanbeveling doen. Bij afwijzing van het bezwaar moet de kandidaat voor de voordracht worden geplaatst. De algemene vergadering van aandeelhouders kan bij volstreekte meerderheid van stemmen (met minimale vertegenwoordiging van een derde van het geplaatst kapitaal) de voordracht afwijzen.

De selectie van de ondernemingsraadcommissaris begint met het opstellen van een profiel door de raad van commissarissen. Deze profielschets wordt eenzijdig door de raad van commissarissen vastgesteld. Wel moet deze worden besproken met de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad. Indien de ondernemingsraad het niet eens is met de profielschets zal van de ondernemingsraad verwacht mogen worden dat er op dit punt actie wordt ondernomen en waar nodig schriftelijk bezwaar worden gemaakt bij de raad van commissarissen. Naast een profielschets voor de raad van commissarissen als geheel, moet er ook een profielschets worden opgemaakt voor de specifieke vacature.

Na het opstellen van de profielschets kan de kandidaatstelling plaatsvinden, waarbij eventueel volgens voornoemde procedure bezwaar kan worden gemaakt door de raad van commissarissen of een kandidaat door de algemene vergadering van aandeelhouders kan worden weggestemd.

6. Aandachtspunten en tips

- Houd toezicht op instellen van de ondernemingsraad en de daarbij behorende procedures.
- Houd toezicht op de eventuele vorm van medezeggenschap m geval van meerdere ondernemingen.
- Houd toezicht op de werkwijze en het functioneren van de ondernemingsraad in relatie tot het bestuur.
- Het is goed gebruik dat een keer per jaar de voltallige raad van commissarissen en de voltallige ondernemingsraad informeel overleg hebben.
- Wees bewust van de verplichting tot het bijwonen van overlegvergaderingen met de ondernemingsraad.
- Besluit wie vanuit de raad van commissarissen aanwezig is en zorg voor een (vaste) vervanging.
- Houd toezicht op het feit dat tijdig en voor de juiste besluiten advies wordt gevraagd.
- Houd toezicht op het feit dat tijdig en voor de juiste besluiten instemming wordt gevraagd.
- Houd toezicht op het feit dat de ondernemingsraad correct en volledig wordt geïnformeerd op basis van de hem toekomende rechten.
- Let op de uitvoering en benoemingsvereisten bij een ondernemingsraad-commissaris in het kader van de structuurregeling.

Hoofdstuk 10

EXIT

Een 'exit' is één van de bijzondere situaties waarbij de participatiecommissaris terecht kan komen in het spanningsveld tussen de diverse belangen die bij een exit een rol spelen, te weten de belangen van de vennootschap en haar stakeholders, waaronder de belangen van de participatiemaatschappij en de andere aandeelhouders. Met een 'exit' wordt in dit hoofdstuk bedoeld de situatie waarin de participatiemaatschappij zijn aandelenpakket in de portfolio onderneming van de hand doet. In die situatie kan de vraag worden gesteld hoe de opstelling van de participatiecommissaris zou moeten zijn. Alvorens op die vraag in te gaan, wordt stilgestaan bij de verschillende soorten exits.

1. Soorten exits

In het algemeen kunnen twee soorten exits worden onderscheiden:

- exit via notering van (een deel van) de aandelen van de portfolio onderneming aan NYSE Euronext te Amsterdam en/of een buitenlandse effectenbeurs;
- onderhandse verkoop van de aandelen in de portfolio onderneming aan een marktpartij of aan een andere private equity partij of aan het management (trade sale/secondary sale).

Een belangrijk verschil tussen deze twee soorten exits is dat een exit via de effectenbeurs meer omgeven is met procedureregels waaraan de beursnotering zal moeten voldoen volgens het toepasselijke effecten-/beursrecht. Bij een exit via een onderhandse verkoop bepaalt het bestuur van de vennootschap samen met haar aandeelhouders zelf de procedure. Voorts zijn er bij een exit via de beurs doorgaans meer externe adviseurs betrokken. Zo zal er bij een beursnotering een bank betrokken zijn die de beursnotering begeleidt en zal deze een due diligence verrichten in verband met het door de vennootschap op te maken prospectus. Ook zullen bij een beursnotering de daartoe bevoegde autoriteiten, zoals de Autoriteit Financiële Markten en, bij een Nederlandse notering, NYSE Euronext, toezicht houden op het proces. De rol van de raad van commissarissen zal bij een exit via de beurs anders zijn dan bij een exit via een onderhandse verkoop.

Bij een beursnotering zal de rol van de raad van commissarissen meer lijdelijk zijn. Zij zullen er primair op moeten toezien dat het bestuur van de vennootschap de wettelijke procedureregels goed naleeft. Periodiek overleg met het bestuur is daarbij belangrijk. Ook kan de raad van commissarissen een van zijn commissarissen naar voren schuiven als gedelegeerd commissaris die namens de raad het proces nauwkeurig volgt. Zie ook hiervoor hoofdstuk 5 paragraaf 5. In dat kader kan de raad van commissarissen of de gedelegeerd commissaris verzoeken zich ook te laten voorlichten door de begeleidende bank. Voorts kan het onder omstandigheden gewenst zijn dat de raad van commissarissen zelf een externe deskundige inschakelt die hem adviseert over de gang van zaken.

Zoals gezegd bepaalt het bestuur van de vennootschap samen met haar aandeelhouders zelf de procedure bij een exit via onderhandse verkoop. De raad van commissarissen zal in die situatie een meer actieve rol moeten spelen om er voor te zorgen dat het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming niet uit het oog wordt verloren (zie ook hoofdstuk 2 paragraaf 4). Uit de recente uitspraak van 27 mei 2010 van de Ondernemingskamer inzake de PCM zaak komt duidelijk naar voren dat de raad van commissarissen zich onafhankelijk moet blijven opstellen.

2. Aandachtspunten en tips

In de vorige hoofdstukken zijn wij al meer in het algemeen ingegaan op de positie van de participatiecommissaris in de situatie van tegenstrijdig belang. Voorts hebben wij al aandacht besteed aan de mogelijkheden van aansprakelijkheid van de participatiecommissaris. Wij zullen in deze paragraaf een aantal vuistregels formuleren die betrekking hebben op de positie van de participatiecommissaris bij een exit.

- De participatiecommissaris zal zich niet uitsluitend moeten richten op het belang van de uittredende participatiemaatschappij. Integendeel, hij zal nadrukkelijk rekening moeten houden met de belangen van de vennootschap en alle daarbij betrokken stakeholders, zoals de werknemers, crediteuren en andere

aandeelhouders.

- Als toezichthouder en raadgever zal de raad van commissarissen en dus ook de participatiecommissaris voor zover mogelijk moeten toezien op een zorgvuldig verloop van de procedure rondom de exit. Zo zal de raad van commissarissen zich periodiek moeten laten informeren door het bestuur over het verloop van de onderhandse verkoop dan wel beursnotering. Hij kan zich ook laten informeren door de betrokken adviseurs, zoals de begeleidende bank of corporate finance adviseur, of zichzelf laten bijstaan door een deskundige indien daartoe aanleiding is. Ook kan hij een van de commissarissen aanwijzen als gedelegeerd commissaris die dan namens de raad het proces nauwkeurig zal volgen en daarover nauw contact zal houden met het bestuur.
- Bij een exit via een onderhandse verkoop zal de raad van commissarissen ook inhoudelijk moeten toezien op de wijze waarop de transactie wordt gestructureerd en zal zij zich daarover moeten laten informeren door het bestuur; het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming staat daarbij voorop. Daarbij is het belangrijk dat de raad van commissarissen het mogelijke spanningsveld tussen de belangen van de aandeelhouders enerzijds en het belang van de vennootschap anderzijds, goed in de gaten houdt.
- Indien de participatiecommissaris optreedt als gedelegeerd commissaris en in die hoedanigheid contact houdt met het bestuur, moet de participatiecommissaris tijdig en nauwgezet zijn medecommissarissen van informatie voorzien en van de ontwikkelingen op de hoogte houden.
- De participatiemaatschappij moet transparant zijn over de positie die zij inneemt. Indien zich bijvoorbeeld de situatie voordoet dat de participatiecommissaris samen met het bestuur aan de onderhandelingstafel zit met een potentiële koper, moet hij zich bewust zijn van de positie die hij dan inneemt en de verantwoordelijkheden die hij dan heeft: ofwel als commissaris ofwel als vertegenwoordiger van de aandeelhouders. Hij moet daarover ook helder met de diverse betrokken partijen communiceren.
- Gelet op zijn functie van (onafhankelijk) toezichthouder en adviseur van het bestuur verdient het aanbeveling dat iemand anders uit de aandeelhoudersgroep dan de participatiecommissaris optreedt als vertegenwoordiger van de aandeelhouders in het kader van een exit.

Hoofdstuk 11

STRUCTUURREGELING

Nederlandse structuurregeling

1. Inleiding

Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw kent Nederland de wettelijke structuurregeling. Bij toepassing van de structuurregeling krijgt de raad van commissarissen belangrijke bevoegdheden en kent de ondernemingsraad bevoegdheden ten aanzien van de benoeming van commissarissen. De wettelijke regeling is 1 oktober 2004 vergaand aangepast, waarbij meer vrijheid voor de kapitaalverschaffers is gecreëerd.

2. Criteria voor toepassing structuurregime

2.A. Structuurregime

De structuurregeling is van toepassing op B.V.'s en N.V.'s die onafgebroken gedurende drie opvolgende jaren bij het Handelsregister een opgave hebben gedaan dat zij voldoen aan de volgende drie kenmerken:

- (i) een geplaatst kapitaal en reserves kennen van ten minste € 16.000.000;
- (ii) wegens een wettelijke verplichting een ondernemingsraad hebben ingesteld; en
- (iii) ten minste 100 werknemers kennen.

Bij (ii) en (iii) worden de ondernemingsraad en werknemers van afhankelijke maatschappijen meegeteld. Onder afhankelijke maatschappij wordt verstaan:

- een rechtspersoon waaraan de vennootschap of een of meer afhankelijke maatschappijen alleen of samen voor eigen rekening ten minste de helft van het geplaatste kapitaal verschaffen;
- een vennootschap waarvan een onderneming in het handelsregister is ingeschreven en waarvoor de vennootschap of een afhankelijke maatschappij als venoot jegens derden volledig aansprakelijk is.

De wet voorziet in enkele vrijstellingen voor de toepassing van het structuurregime. Een voorbeeld hiervan is de vrijstelling voor de vennootschap die deel uitmaakt van een groep waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn en daarin uitsluitend de functie van houdster- en financieringsmaatschappij vervult.

2.B. Gemitigeerd regime

De wet kent naast het volledige structuurregime, het verlichte structuurregime, ook wel genoemd: het 'gemitigeerde structuurregime'. Dit is, indien aan bepaalde wettelijke voorwaarden wordt voldaan, kort gezegd van toepassing indien ten minste de helft van de aandelen in de betreffende vennootschap wordt gehouden door een rechtspersoon die deel uitmaakt van een internationaal concern.

Het gemitigeerde structuurregime is ook nog in enkele andere situaties van toepassing, die, gezien het kader waarin dit boek is geschreven, niet zullen worden behandeld.

Het gevolg van toepasselijkheid van het gemitigeerde structuurregime staat hierna beschreven.

2.C. Vrijwillige toepassing

Een vennootschap kan ook vrijwillig overgaan tot toepassing van het structuurregime of het gemitigeerde regime. Hiervoor geldt wel als voorwaarde dat die vennootschap of een afhankelijke maatschappij een ondernemingsraad heeft ingesteld. Onder omstandigheden kan het verstandig zijn om in een groep, waarin meerdere vennootschappen aan de criteria voor verplichte toepassing van het structuurregime voldoen, op holdingniveau het structuurregime vrijwillig toe te passen. Op deze wijze komen de dochtermaatschappijen in principe in aanmerking voor een vrijstelling van toepassing van het structuurregime. Het gevolg is dat slechts één keer het structuurregime behoeft te worden toegepast en, indien gewenst, de raad van commissarissen op afstand wordt gehouden van de ondernemingen waar de daadwerkelijke activiteiten plaatsvinden. Bij grote concerns is een dergelijke structuur niet ongebruikelijk.

3. Gevolg toepasselijkheid structuurregime

3.A. Benoeming, ontslag en schorsing van commissarissen

Bij een niet-structuurvennootschap worden commissarissen rechtstreeks door de algemene vergadering van aandeelhouders benoemd, geschorst en ontslagen. Indien gewenst, kan statutair worden bepaald dat de benoeming, schorsing en ontslag op voordracht geschiedt. Bij een vennootschap waarop het structuurregime van toepassing is, worden commissarissen eveneens benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, maar dan volgens een systeem dat het best met een drietrapsraket valt te vergelijken, bestaande uit (i) een aanbeveling tot voordracht, (ii) een voordracht en (iii) benoeming. Kort gezegd werkt het systeem als volgt:

- (i) De algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad kunnen voor de onder (ii) genoemde voordracht door de raad van commissarissen personen aanbevelen. De ondernemingsraad is gerechtigd voor 1/3^e gedeelte van de commissarissen een versterkte aanbeveling te doen. De raad van commissarissen kan alleen op grond van bijzondere wettelijke omstandigheden bezwaar maken tegen de aanbevolen persoon. Een van de wettelijke redenen voor weigering, is dat de raad van commissarissen bij benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld. Hierbij speelt onder andere de verplichting op te stellen profielschets een belangrijke rol. Indien ingeval van bezwaar geen overeenstemming kan worden bereikt tussen de ondernemingsraad en de raad van commissarissen, dan kan de raad van commissarissen een verzoekschriftprocedure bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam starten. Is het getal van de leden van de raad van commissarissen niet door drie deelbaar, dan wordt het lager gelegen getal dat wel door drie deelbaar is genomen. Zo kan de invloed van de ondernemingsraad worden verminderd door te kiezen voor een aantal van vijf commissarissen. In een dergelijk geval geldt immers voor slechts één van de vijf commissarissen het versterkte aanbevelingsrecht.
- (ii) De raad van commissarissen maakt al dan niet uit de onder (i) genoemde aanbevelingen een voordracht op voor de benoeming van commissarissen.
- (iii) De algemene vergadering van aandeelhouders benoemt de commissarissen op voordracht van de raad van commissarissen. Indien de algemene vergadering besluit de voordracht van de raad van commissarissen te doorbreken, dan maakt de raad van commissarissen een nieuwe voordracht op. Indien de algemene vergadering van aandeelhouders de voorgedragen persoon niet benoemt en niet besluit tot afwijzing van de voordracht, dan benoemt de raad van commissarissen de voorgedragen persoon.

In de statuten van een structuurvennootschap kan na goedkeuring van de raad van commissarissen en met toestemming van de ondernemingsraad voor een groot gedeelte van het wettelijk benoemingsstelsel worden afgeweken. Hierbij zijn vele variaties mogelijk. Zo kan worden gekozen voor een systeem waarbij iedere partner in een joint venture bevoegd is bepaalde commissarissen te benoemen, maar er zijn vele andere mogelijkheden denkbaar. Indien wordt overwogen van het wettelijk benoemingsstelsel af te wijken, verdient het aanbeveling in dat kader advies in te winnen.

Bij de benoemingsprocedure speelt, zoals aangegeven, de door de raad van commissarissen verplicht op te stellen profielschets een belangrijke rol. De profielschets ziet op de omvang en samenstelling van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen bespreekt de profielschets voor het eerst bij vaststelling en vervolgens bij iedere wijziging in de algemene vergadering van aandeelhouders en met de ondernemingsraad. In principe is de raad van commissarissen hierbij niet gebonden aan de opvattingen in de algemene vergadering of van de ondernemingsraad.

Commissarissen treden af na vier jaar in functie te zijn geweest. Statutair kan deze termijn enigszins worden opgerekt door te bepalen dat commissarissen aftreden op de eerste aandeelhoudersvergadering die wordt gehouden nadat zij vier jaar in functie zijn geweest. Onder omstandigheden kan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam een commissaris tussentijds ontslaan.

De algemene vergadering van aandeelhouders kan niet tussentijds een commissaris ontslaan. Wel heeft de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid het vertrouwen in de gehele raad van commissarissen op te zeggen. De Ondernemingskamer zal dan tijdelijk een of meer commissarissen aanstellen en bevorderen dat zo snel mogelijk een nieuwe raad van commissarissen wordt samengesteld.

3.B. Bevoegdheden raad van commissarissen

Bij een structuurvennootschap worden, anders dan bij gewone vennootschappen, de bestuurders van de vennootschap benoemd en ontslagen door de raad van commissarissen. Uitzondering op deze regel is de vennootschap waarop het zogenaamde gemitigeerde regime van toepassing is. Voor dergelijke vennootschappen geldt dat de bestuurders worden benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders.

De wet bepaalt dat het bestuur van een structuurvennootschap bepaalde belangrijke besluiten slechts mag nemen met goedkeuring van de raad van commissarissen. De besluiten staan genoemd in bijlage 5 van dit handboek. Ook bij niet-structuurvennootschappen ziet men vaak een dergelijke lijst opgenomen in statuten, maar dat gebeurt dan op vrijwillige basis.

4. Aandachtspunten en tips

- Het structuurregime is van toepassing op vennootschappen die gedurende drie jaren een opgave hebben gedaan bij het Handelsregister dat de vennootschap aan een drietal in de wet genoemde vereisten voldoet.
- De commissarissen worden bij een structuurvennootschap benoemd via een drietrapsraket, bestaande uit een aanbeveling, een voordracht en een benoeming.
- De ondernemingsraad heeft een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van ten minste één derde van de commissarissen.
- In de statuten mag van het wettelijke benoemingssysteem worden afgeweken, mits met instemming van de ondernemingsraad.
- Commissarissen treden af na hun benoemingstermijn van vier jaren. De algemene vergadering kan niet tussentijds één commissaris ontslaan, wel kan zij het vertrouwen in de gehele raad opzeggen.
- De raad van commissarissen bij een structuurvennootschap heeft ten aanzien van een aantal in de wet omschreven bestuursbesluiten een wettelijk goedkeuringsrecht.

Hoofdstuk 12

VERHOUDING CORPORATE DOCUMENTEN

1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden ingaan op de vraag welke documenten te onderscheiden zijn bij het aangaan van een participatie en welke rechten en verplichtingen deze kunnen bevatten voor commissarissen.

2. Statuten

Iedere Nederlandse B.V. of N.V. kent statuten. Deze worden bij de oprichting vastgelegd in een notariële akte van oprichting en kunnen nadien worden gewijzigd bij notariële akte na het nemen van een aandeelhoudersbesluit daartoe.

2.A. Inhoud statuten en derdenwerking

De statuten bevatten de regels voor de interne organisatie van een vennootschap. Zo zullen praktisch altijd wel bepalingen te vinden zijn over de volgende onderwerpen:

- naam van de vennootschap, statutaire zetel en doel;
- de hoeveelheid en soorten aandelen;
- uitgifte van aandelen en een blokkeringsregeling voor de overdracht van aandelen;
- benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen;
- externe vertegenwoordiging van de vennootschap (inclusief tegenstrijdig belang-regeling);
- in sommige gevallen: een omschrijving van bestuursbesluiten waarvoor goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders, een klasse van aandelen of de raad van commissarissen nodig is;
- procedurele regels voor het nemen van besluiten binnen de verschillende organen van de vennootschap;
- winstbestemming.

De statuten dienen te worden gedeponereerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en zijn dus openbaar. De statuten kennen derdenwerking. Dit vormt het meest in het oog springende onderscheid ten opzichte van een aandeelhoudersovereenkomst. De organen van een vennootschap, zoals de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen, dienen de bepalingen in de statuten na te leven. Niet naleving van statuten kan leiden tot ongeldigheid of aantastbaarheid ('nietigheid of vernietigbaarheid') van besluitvorming (dit zal in paragraaf 6 verder worden uitgewerkt).

2.B. Voor raad van commissarissen van belang zijnde onderwerpen in statuten

De statuten kunnen rechten en verplichtingen bevatten die relevant zijn voor de taak van de raad van commissarissen. Zo kunnen de statuten een zogenaamde goedkeuringslijst bevatten met besluiten van het bestuur die de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen behoeven. Dit schept bevoegdheden voor de raad van commissarissen, maar ook verplichtingen. Immers, zodra de toestemming van de raad van commissarissen wordt verzocht, dan zal de raad van commissarissen op een zorgvuldige wijze en onder afweging van alle betrokken belangen (met het vennootschappelijk belang en het belang van de daarbij betrokken onderneming in de hoofdrol uiteraard; zie ook hoofdstuk 2 paragraaf 4) tot een oordeel moeten komen. Dat

vereist goede informatievergaring en zorgvuldig overleg. Het gaat hier om een marginale toetsing waarop in hoofdstuk 5 nader is ingegaan.

Zoals boven aangegeven zullen de statuten bepalingen bevatten omtrent benoeming, schorsing en ontslag van commissarissen. Binnen het kader van participaties worden vaak rechten tot benoeming (en ontslag) gegeven aan individuele aandeelhouders. Dergelijke regelingen bevinden zich over het algemeen deels in de aandeelhoudersovereenkomst en deels in de statuten. De statuten zullen dan voorzien in een regeling waarbij houders van aandelen van een soort een bindende voordracht voor benoeming van een commissaris mogen doen. De aandeelhoudersovereenkomst zal regelingen bevatten dat de aandeelhouders altijd zullen stemmen overeenkomstig de bindende voordrachten. Een dergelijke complexe structuur is nodig omdat volgens de wet een bindende voordracht altijd met een bepaalde meerderheid ongedaan kan worden gemaakt.

Bij het structureren van private equity transacties wordt geregeld gebruik gemaakt van verschillende soorten aandelen. Het doel is vaak tweeledig: enerzijds ten behoeve van de financiering van de transactie en anderzijds kunnen aan de aandelen speciale zeggenschap worden gekoppeld. In het kader van de financiering worden vaak (cumulatief) preferente aandelen uitgegeven aan de participatiemaatschappij. De participatiemaatschappij stort een bedrag op de preferente aandelen. Jaarlijks ontvangt de participatiemaatschappij een vast percentage over liet gestorte bedrag in de vorm van preferent dividend (i.e. uit de winst wordt met voorrang het preferente dividend uitbetaald). De statuten kunnen bepalen dat als in een bepaald jaar het preferente dividend niet uitbetaald kan worden, het dividend als eerste uit de winsten van de navolgende jaren zal worden betaald. In dat geval spreken we van cumulatief preferente aandelen. Bij het vaststellen van de winst dient de commissaris zich ervan te vergewissen dat de preferentie in acht genomen wordt. De statuten kunnen verder bepalen dat er bijzondere zeggenschapsrechten zijn gekoppeld aan de preferente aandelen, bijvoorbeeld dat voor bepaalde aandeelhoudersbesluiten de positieve stem nodig is van de preferente aandelen.

De statuten kunnen bepalen dat voor bepaalde bestuursbesluiten de voorafgaande goedkeuring nodig is van de raad van commissarissen of de (preferente) aandeelhouders. In dat geval wordt er een lijst opgesteld van belangrijke besluiten waarvoor het bestuur eerst goedkeuring moet vragen, zoals bijvoorbeeld grote investeringen, het aantrekken van krediet of bankfinanciering, het aankopen van onroerend goed, etc. De lijst wordt in onderling overleg met het participerende management vastgesteld. Aan de ene kant wil het bestuur voldoende beleidsvrijheid om de vennootschap te besturen, aan de andere kant wil de participatiemaatschappij voldoende controle houden over ingrijpende besluiten.

Ten slotte kunnen in de statuten allerlei extra taken voor de raad van commissarissen worden opgenomen, zoals het voorzitterschap bij een algemene vergadering van aandeelhouders.

3. Aandeelhoudersovereenkomsten

De aandeelhoudersovereenkomst is een overeenkomst tussen de aandeelhouders van de vennootschap, waarin zij afspraken vastleggen over hun onderlinge verhouding en over de inrichting van de vennootschap. De bepalingen die in een aandeelhoudersovereenkomst voorkomen, worden ook wel verankerd in een participatieovereenkomst, waarin dan als extra onderwerp geregeld wordt de hoeveelheid en soorten aandelen die een participatiemaatschappij of bestaande aandeelhouder op enig moment zal verkrijgen tegen welke prijs en onder welke voorwaarden. In de aandeelhoudersovereenkomst kan een veelheid aan onderwerpen aan bod komen. Hieronder volgen enkele voorbeelden met een korte beschrijving per onderwerp:

- Kapitalisatie en financiering van de vennootschap.

Deze bepalingen zetten uiteen wie welk soort aandelen houdt, het bedrag dat erop gestort moet worden en hoe er wordt omgegaan met eventuele toekomstige financiering van de vennootschap.

- Winstverdeling.

De overeenkomst kan bepalen dat jaarlijks zoveel mogelijk winst wordt uitgekeerd, met inachtneming van solvabiliteitsdrempels. Verder wordt hier het eventuele preferente dividend nader omschreven.

- Uitoefening van het stemrecht.

De aandeelhoudersovereenkomst kan bepalen dat alle aandeelhouders vóór een bepaald besluit moeten stemmen. Dit gebeurt vaak in het kader van de benoeming van bestuurders en commissarissen. Aan een groep aandeelhouders wordt dan het recht gegeven om een bindende voordracht te doen voor de benoeming, schorsing en ontslag van bestuursleden of leden van de raad van commissarissen. De andere aandeelhouders zijn dan gehouden conform de bindende voordracht te stemmen.

- Regelingen over overdracht van aandelen (inclusief exitregelingen, bijvoorbeeld in geval van een beursgang).

In deze bepalingen wordt uitgewerkt binnen welke termijn de participatiemaatschappij beoogt de vennootschap te verkopen en de verplichting om aan de exit mee te werken.

- Bijzondere rechten van bepaalde soorten aandelen ten aanzien van zeggenschap, winstbestemming en liquidatiepreferentie.

Zoals in paragraaf 2B uiteen is gezet kunnen aan bepaalde soorten aandelen bijzondere winst/ en zeggenschapsrechten worden toegekend. Verder kan bepaald worden dat de participatiemaatschappij met voorrang op de andere aandeelhouders eerst een deel van de verkoopopbrengst ontvangt. Als dat deel is uitbetaald, delen alle aandeelhouders vervolgens mee in de resterende opbrengst. Dit fenomeen heet een liquidatiepreferentie.

- Tag-along en drag-along regelingen.

De drag along regeling geeft een of meerdere aandeelhouders (meestal alleen de participatiemaatschappij) het recht om de andere aandeelhouders te verplichten om hun aandelen te verkopen aan een derde. De tag along regeling geeft alle aandeelhouders het recht om mee te doen bij een aandelenverkoop.

- Samenstelling van bestuur en raad van commissarissen.

Aan bepaalde groepen van aandeelhouders kan het recht worden gegeven een bindende voordracht te doen voor de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen. Voor de raad van commissarissen wordt vaak bepaald dat de participatiemaatschappij en het management ieder één lid mogen benoemen en dat het management en de participatiemaatschappij gezamenlijk een onafhankelijk derde lid benoemen.

- Frequentie en vorm informatieverstrekking door het bestuur aan aandeelhouders en commissarissen.

Het bestuur krijgt hierbij de verplichting om maandelijks, per kwartaal en jaarlijks bepaalde (veelal financiële) informatie aan te leveren binnen bepaalde termijnen.

- Geschillenbeslechting.

In het algemeen kan men hierbij kiezen uit procederen voor de rechtbank of arbitrage. Arbitrage heeft het voordeel dat de uitspraak geheim blijft en dat er (over het algemeen) geen beroep mogelijk is, waardoor de procedure korter duurt dan een rechtbankprocedure. Het nadeel is dat arbitrage over het algemeen duurder is.

In tegenstelling tot de statuten heeft een aandeelhoudersovereenkomst niet bij het handelsregister te worden gedeponeerd. De aandeelhoudersovereenkomst reflecteert de afspraken tussen de partijen bij die overeenkomst: meestal alle aandeelhouders, soms tevens de vennootschap, bestuurders of commissarissen. De overeenkomst bindt dan ook slechts die partijen. Derden kunnen er in beginsel geen rechten aan ontleen. Nieuwe aandeelhouders worden niet automatisch gebonden, maar slechts indien zij expliciet partij worden bij de overeenkomst. Wel wordt over het algemeen aangenomen dat de statuten onder omstandigheden een bepaling kunnen bevatten dat aandelen slechts kunnen worden gehouden door aandeelhouders die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst.

Het is de vraag in hoeverre het de onafhankelijkheid van de commissaris ten goede komt als deze partij wordt bij een aandeelhoudersovereenkomst, waardoor hij gebonden wordt aan bepaalde verplichtingen. Zolang die slechts van procedurele aard zijn (bijvoorbeeld de hoeveelheid vergaderingen per jaar) zal er over het algemeen geen probleem zijn. De overeenkomst kan echter ook allerlei andere verplichtingen bevatten, zoals het verlenen van goedkeuring aan bepaalde overnames. De raad van commissarissen moet handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee betrokken onderneming. Door zich bij voorbaat te binden, zal het niet altijd mogelijk zijn om in een concreet geval een volledige en gefundeerde afweging te maken of er sprake is van een transactie die in het belang van de betrokken vennootschap is. Commissarissen moeten dus voorzichtig zijn om ongeclausuleerd een aandeelhoudersovereenkomst te ondertekenen. Eventuele procedurele voorschriften kunnen wellicht beter worden vastgelegd in een afzonderlijk document zoals een commissarissenreglement. Indien de commissarissen geen partij bij de aandeelhoudersovereenkomst zijn, zullen de verplichtingen slechts zeer beperkt afdwingbaar zijn ten opzichte van de commissarissen. Door de dreiging van ontslag, kunnen de aandeelhouders desondanks veel sturing geven.

4. Directie-en commissarissenreglementen

Het is mogelijk voor de raad van commissarissen, net als voor de bestuurders, een reglement op te stellen. Dit zal regelingen bevatten over de interne taakverdeling en over procedurele en organisatorische aspecten zoals vergaderfrequentie, oproepingsvereisten, locatie en wijze van indiening declaraties. In het directiereglement wordt ook vaak de lijst van bestuursbesluiten die voorafgaande goedkeuring behoeven opgenomen. Voor voorbeelden van bepalingen in een directie-of commissarissenreglement wordt verwezen naar bijlage 2 van dit handboek.

Een commissarissenreglement wordt vaak vastgesteld door de raad van commissarissen zelf. Het kan echter ook voorkomen dat de statuten een ander orgaan, bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders, aanwijzen om een reglement vast te stellen. Zolang deze alleen bepalingen bevat over taakverdeling en werkwijze van de raad van commissarissen, is daar niets op tegen. Wel kan het praktischer zijn als de commissarissen zelf nadenken over de wijze waarop zij hun taken wensen in te vullen.

Over het algemeen is een commissarissenreglement niet openbaar en bindt het reglement slechts de raad van commissarissen zelf. Overtreding van het reglement kan leiden tot aantastbaarheid van de besluitvorming.

5. Andere documenten

Uiteraard is het bovenstaande verre van een uitputtende lijst van documenten die in het kader van een investering door een participatiemaatschappij worden opgesteld en uitonderhandeld (denk aan arbeids-en managementovereenkomsten, financieringsdocumentatie etc.). Vele gaan echter niet direct de raad van commissarissen aan, als gevolg waarvan een bespreking niet binnen het bestek van dit handboek valt.

De schriftelijke overeenkomst van opdracht of de aanstellingsbrief laten wij hier eveneens buiten beschouwing, aangezien deze documenten al aan bod gekomen zijn in hoofdstuk 4 over remuneratie.

6. Verhouding verschillende documenten

Wat nu als de verschillende documenten strijdigheden lijken te bevatten? Wat is dan bindend?

Als uitgangspunt geldt dat Nederlands vennootschapsrecht dwingendrechtelijk is. Dat wil zeggen: er mag slechts van af worden geweken voor zover de wet daarin voorziet. De bij de vennootschap betrokkenen zullen zich op grond van de wet moeten gedragen conform de statutaire bepalingen van de vennootschap. Bovendien zijn besluiten van vennootschapsorganen die in strijd zijn met de statuten ongeldig en zijn besluiten die tot stand gekomen zijn op een wijze die strijdig is met de statuten, door belanghebbenden aantastbaar. Goede redenen dus voor een commissaris om de statuten bij het nemen van beslissingen goed in het oog te houden en om in geval van twijfel eerder de statuten te volgen dan andere bepalingen. In de praktijk komt het echter weinig voor dat de aandeelhoudersovereenkomst bepalingen bevat die strijdig zijn met de statuten. Meestal spreken partijen contractueel echter wel af dat in geval van strijdigheid tussen de overeenkomst en de statuten, de overeenkomst

voorrang heeft boven de statuten. Of zo'n bepaling te allen tijde stand houdt bij de rechter is nog maar de vraag. Deze bepaling in de overeenkomst wordt dan gecombineerd met de algemene bepaling dat bij strijdigheid een plicht voor partijen bestaat tot aanpassing van de statuten (binnen de grenzen van het toelaatbare).

De statuten zullen dus in beginsel voorrang hebben op bijvoorbeeld de bepalingen in een aandeelhoudersovereenkomst. Vaak echter bevat een aandeelhoudersovereenkomst of reglement juist uitbreidingen/aanvullingen ten opzichte van statutaire regelingen. Een voorbeeld hiervan vormen de zogenaamde drag-along en tag-along bepalingen die in aandeelhoudersovereenkomsten worden opgenomen. Deze kunnen, indien de overeenkomst en de statuten zorgvuldig zijn opgesteld, worden gezien als een aanvulling op de blokkeringsregeling opgenomen in de statuten.

Indien een partij bij een aandeelhoudersovereenkomst zijn verplichtingen niet naleeft, zal dit over het algemeen geen vennootschapsrechtelijke werking hebben. Hiermee wordt bedoeld dat er weliswaar sprake is van wanprestatie, hetgeen kan leiden tot de verplichting om schadevergoeding te betalen, maar bijvoorbeeld een besluit genomen in strijd met de verplichting uit hoofde van de overeenkomst zal in het algemeen toch rechtsgeldig zijn. Dit is een groot verschil met overtreding van statutaire verplichtingen, hetgeen over het algemeen zal leiden tot ongeldigheid of aantastbaarheid van de besluitvorming.

Voorbeeld: een bepaling in een aandeelhoudersovereenkomst die aandeelhouder X verplicht om altijd te stemmen ten gunste van een door aandeelhouder Y voorgedragen kandidaat bestuurder is op zich een geldige bepaling. Als X echter tégen de door Y voorgedragen kandidaat stemt in de aandeelhoudersvergadering, dan is het eventuele negatieve aandeelhoudersbesluit in principe wel degelijk geldig. Y kan X niet dwingen om vóór te stemmen, hij kan slechts naderhand schadevergoeding van X vorderen. Slechts in uitzonderlijke situaties kan een contractuele bepaling vennootschapsrechtelijk 'doorwerken'. Hierbij wordt het onder andere van belang geacht of de overeenkomst mede is ondertekend door de betreffende vennootschap en of alle aandeelhouders daarbij partij zijn.

7. Aandachtspunten en tips

- Het verdient aanbeveling de in dit hoofdstuk genoemde documenten nauwkeurig door te nemen voorafgaand aan aanvaarding van benoeming tot commissaris en een beoordeling te maken van de daaruit voortvloeiende consequenties voor de taak van de commissaris en of de vereiste middelen voor die taakuitoefening (bijvoorbeeld regelmatige informatieverstrekking) aanwezig zijn.
- Het behoort tot het takenpakket van de commissarissen erop toe te zien dat het bestuur ervoor zorgt dat de vennootschap handelt in overeenstemming met de statuten.
- Een commissarissenreglement is een goed middel om tot een onderlinge taakverdeling te geraken. De verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de verschillende taken van de raad van commissarissen blijft echter altijd liggen bij alle commissarissen gezamenlijk. Er is sprake van een zogenaamde collectieve verantwoordelijkheid.
- Besluiten van bestuur of de raad van commissarissen genomen in strijd met de statuten zijn ongeldig of aantastbaar en geven alleen een mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding.

Hoofdstuk 13

DE FLEXIBELE B.V.

1. Inleiding

De praktijk wacht met smart op de invoering van het wetvoorstel inhoudende de flexibilisering van het B.V.-recht. Samen met het wetsvoorstel bestuur en toezicht en het afschaffen van de ministeriele verklaring van geen bezwaar vormt dit een grote verandering ten opzicht van het huidige B.V.-recht. Hieronder worden in hoofdlijnen de meest in het oog springende aspecten van de flex-B.V. en de aandachtspunten voor de participatiecommissaris beschreven.

2. Kapitaal

Statuten van een B.V. hoeven niet meer een maatschappelijk kapitaal te vermelden. Daarmee komt ook het voorschrift te vervallen dat ten minste 1/5 deel van het maatschappelijk kapitaal dient te zijn geplaatst. Dit kan in gevallen waarbij er regelmatig aandelen worden uitgegeven - bijvoorbeeld bij beleggingsmaatschappijen - een voordeel zijn. Een andere handreiking naar de praktijk is de mogelijkheid om de nominale waarde van aandelen ook in een andere valuta dan de euro te vermelden.

3. Kapitaalsbescherming

In het buitenland stuiten kapitaalbeschermingsregels van ons huidige B.V. (en N.V.) recht vaak op weerstand. Ze zijn lastig uit te leggen en in de praktijk schieten ze vaak het oorspronkelijke doel voorbij. Met de komst van de flex-B.V. worden de kapitaalbeschermingsregels ingrijpend aangepast. Inbreng op aandelen in natura kan zonder accountantsverklaring geschieden, bij oprichting vervalt de vereiste bankverklaring, het crediteurenverzet bij kapitaalvermindering vervalt en de nachgründung (de verplichte accountantscontrole op de waarde van de tegenprestatie indien een B.V. goederen verkrijgt van een oprichter of aandeelhouders binnen twee jaar na de oprichting van die B.V.) verdwijnt. Hiervoor komt in de plaats een grote rol en verantwoordelijkheid voor het bestuur. Het zal aan het bestuur zijn of een bepaalde bovengenoemde handeling kan plaatsvinden. Daarnaast komt ook het verbod op financial assistance van een B.V., ten aanzien van een verkrijging door een derde van de aandelen in haar kapitaal, te vervallen.

4. Inkoop

Wat verder verdwijnt is de limiet aan de bevoegdheid tot inkopen van aandelen. In de nieuwe regeling hoeft slechts ten minste één stemgerechtigd aandeel te zijn geplaatst bij een ander dan de vennootschap of een dochtermaatschappij. De beoordeling of de inkoop van eigen aandelen toegestaan is ligt bij het bestuur. Daartoe worden er twee toetsen aan het bestuur opgelegd. Tot verkrijging anders dan om niet kan worden overgegaan indien (i) het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden, waarbij de laatst vastgestelde jaarrekening bepalend is, of (ii) het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.

5. Oprichting en uitgifte

Zoals beschreven vervalt de eis voor een accountantsverklaring bij de inbreng in natura. De verplichting voor het bestuur om een beschrijving op te stellen blijft echter gehandhaafd. Indien er in een andere valuta op de aandelen wordt gestort dan waarin de aandelen luiden dient (nog steeds) een zogenaamde vreemd geld verklaring te worden opgesteld.

6. Uitkeringen

Het nieuwe B.V.-recht scheert alle uitkeringen aan aandeelhouders over één kam. Of het nu inkoop van aandelen, kapitaal vermindering of uitkering van dividend is. Alle uitkeringen worden langs dezelfde lat gelegd. De algemene vergadering of een ander daartoe in de statuten aangewezen orgaan besluit over een uitkering. Tot een uitkering kan slechts worden besloten voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Het besluit tot uitkering heeft echter geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert slechts haar goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet langer kan voldoen aan haar opeisbare schulden.

De sanctie voor een bestuurder die beter had moeten weten is verstrekkend, hoofdelijke verbondenheid voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Overigens gaat ook de ontvanger van de uitkering niet vrijuit, indien niet te goeder trouw kan de ontvanger ook aangesproken worden voor het tekort. Vooral in concernverhoudingen - waar het nogal eens voorkomt dat bestuurders van dochtervennootschappen vanuit de top de opdracht krijgen om mee te werken aan bepaalde uitkeringen - zal er dus van bestuurders oplettendheid en standvastigheid worden geëist.

Voor commissarissen is bij uitkeringen geen speciale rol weggelegd - tenzij een en ander in de statuten van de B.V. anders zal worden bepaald.

7. Overdracht van aandelen

Het opnemen van een blokkeringsregeling in de statuten van een B.V. wordt optioneel. De wet voorziet in een aanbiedingsregeling met een prijsbepaling door een of meer onafhankelijke deskundigen, maar daar kan bij statuten van af worden geweken. Verder is het ook mogelijk om statutair te bepalen dat de overdracht van aandelen tijdelijk wordt uitgesloten, de houdbaarheid van een dergelijke bepaling werd onder het oude B.V. recht betwist.

8. Stemrechtloze aandelen

De flex-B.V. kan in haar statuten bepalen dat aan een bepaald soort aandelen of aan een aandeel met een bepaalde aanduiding geen stemrecht toekomt. De wetgever heeft bepaald dat aan de houder van een dergelijk stemrechtloos aandeel wel vergaderrechten toekomen. Vergaderrechten omvatten kort gezegd het recht om als aandeelhouder te verschijnen op de algemene vergadering en daar het woord te voeren.

De wetgever heeft verder bepaald dat een stemrechtloos aandeel niet tevens winstrechtloos mag zijn. Ten slotte heeft de wetgever ook bepaald dat een flex-B.V. ten minste één aandeel moet hebben uitstaan met stemrecht. Om er nu voor te zorgen dat de houder van een stemrechtloosaandeel niet geheel machteloos staat in een algemene vergadering heeft de wetgever bepaald dat indien er een wijziging van de statuten op stapel staat - waarbij er specifieke rechten van de stemrechtloos aandeelhouder worden aangetast - dat dan goedkeuring vereist is van de stemrechtloze aandeelhouders.

Wat zijn nu de praktische mogelijkheden van stemrechtloze aandelen? Er kan dan gedacht worden aan een joint venture situatie waarbij er behoefte is om extra risicodragend kapitaal aan te trekken zonder dat de zeggenschapsverhoudingen tussen de aandeelhouders wijzigen of aan een werknemersparticipaties waarbij werknemers delen in de winst maar geen zeggenschap krijgen of aan een opvolgingssituatie in een familiebedrijf. Ook kan gedacht worden aan een 'wip' aandeel, waarvan wordt bepaald dat dit aandeel slecht in situaties van een nader beschreven deadlock stemrecht krijgt.

9. Winstrechtloze aandelen

Naar huidig recht mag geen van de aandeelhouders worden uitgesloten van de winst. Dit was een bepaling waar men in de praktijk vaak tegenaan liep. De wens bestond om bijvoorbeeld ten aanzien van prioriteitsaandelen het winstrecht tot nul te reduceren. Dat kon dus niet op grond van deze bepaling en dan werd er vaak maar bepaald dat zo'n aandeel gerechtigd was tot bijvoorbeeld 2% van de nominale waarde op jaarbasis. Hier maakt de

wetgever nu een eind aan. Een geheel winstrechtloos aandeel wordt mogelijk en een B.V. kan dus aandeelhouders gaan hebben die niet in de winst delen.

Deze mogelijkheid zal naar het zich laat aanzien veelvuldig gebruikt gaan worden in fiscale structuren en familie opvolgingstrajecten. Als voorbeeld van dat laatste kan gedacht worden aan een regeling in de statuten van een B.V. waarbij aan een kind in een opvolgingssituatie wel al stemrechten worden verleend maar nog geen winstrechten. Er kan dan bijvoorbeeld bepaald worden dat de aandelen die het kind houdt jaarlijks met 10% in de totale winstgerechtigdheid stijgen terwijl het economische belang van de ouder dan uiteraard met het zelfde belang jaarlijks afneemt. Zoals eerder gemeld, een winstrechtloos aandeel moet ten minste stemrecht hebben.

10. Benoeming bestuurders en commissarissen

Voor de invoering van de flex-B.V. werden bestuurders van (niet-structuur) BV.'s benoemd en ontslagen door de algemene vergadering. De statuten konden bepalen dat de benoeming plaats moest vinden uit een voordracht die ten minste twee personen bevatte voor iedere vacature. De algemene vergadering kon echter altijd deze bindende voordracht doorbreken met twee derde van de stemmen in een vergadering waarin de helft van het geplaatste kapitaal aanwezig was.

Deze regeling is de reden dat er in de praktijk vaak gewerkt werd met soort aandelen zodat de houders van elk soort aandelen het statutaire recht krijgen om 'hun' bestuurder voor te dragen. Een stemovereenkomst in een aandeelhoudersovereenkomst moest er dan vervolgens voor zorgen dat die bestuurder ook werd benoemd.

Met de komst van de flex-B.V. wordt dit allemaal anders. De statuten kunnen bepalen dat de benoeming van bestuurders rechtstreeks geschiedt door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Wel bepaalt het wetsvoorstel dat iedere aandeelhouder (met stemrecht) dient te kunnen deelnemen aan de besluitvorming ten aanzien van ten minste één bestuurder. Schorsing en ontslag vindt vervolgens plaats door hetzelfde orgaan dat benoemt.

Indien de statuten bepalen dat schorsing of ontslag door de algemene vergadering geschiedt met een versterkte meerderheid, dan mag deze versterkte meerderheid twee derde van de uitgebrachte stemmen welke twee derde meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen niet te boven gaan. Nog steeds kunnen statuten de bepaling bevatten dat de benoeming door de algemene vergadering geschiedt uit een bindende voordracht. Alleen hoeft die voordracht niet meer uit twee personen te bestaan. Wel blijft het recht van algemene vergadering gehandhaafd om de bindende voordracht te doorbreken.

Tenzij de statuten anders bepalen is de raad van commissarissen bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen.

De regeling voor de benoeming en ontslag van commissarissen is overeenkomstig die ten aanzien van bestuurders. Dat betekent dat commissarissen ook rechtstreeks door de vergadering van een bepaald soort of aanduiding aandelen kunnen worden benoemd. Dit betekent dat bijvoorbeeld ook de houders van stemrechtloze aandelen een commissaris zouden kunnen benoemen. De regel dat maximaal een derde van het aantal commissarissen door derden kan worden benoemd is gehandhaafd.

11. Ontstentenis leden raad van commissarissen

Voor de flex-B.V. geldt dat in de statuten voorschriften moeten zijn opgenomen omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van één of meer commissarissen. Het opnemen van deze bepaling in de statuten zal plaats moeten vinden bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de flex-B.V., maar uiterlijk binnen vijf jaar na inwerkingtreding.

12. Instructiebevoegdheid aandeelhouders

Met de komst van de flex-B.V. wordt de instructiebevoegdheid aangescherpt. De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zicht dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Vervolgens

is het bestuur ook gehouden om die aanwijzingen te volgen tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

13. Kwaliteitseisen

De statuten van de flex-B.V. kunnen (i) bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of een derde of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden; (ii) eisen verbinden aan het aandeelhouderschap; (iii) bepalen dat aandeelhouders in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden zijn hun aandelen of een deel daarvan aan te bieden en over te dragen. Uiteraard kan een zodanige verplichting niet tegen de wil van een aandeelhouder worden opgelegd.

Dit heeft tot gevolg dat er in statuten aanvullende verplichtingen kunnen worden opgenomen voor aandeelhouders, naast de verplichting tot kapitaalbreng, mits een en ander voldoende bepaalbaar is. De weg staat dus vrij voor bijvoorbeeld concurrentiebedingen in statuten in joint venture verhoudingen. Een voordeel van het opnemen van een dergelijke bepaling in de statuten is dat bij handelen in strijd met dergelijke bepaling het stemrecht, recht op uitkeringen en het vergaderrecht kan worden opgeschort. Dit zal nog meer dan onder het oude B.V. recht de noodzaak brengen om de statuten van een B.V. waarmee gehandeld wordt grondig te bestuderen.

14. Aandachtpunten en tips

- De verschillen tussen de B.V. en N.V. zullen met de komst van de flex-B.V. toenemen.
- De flex-B.V. biedt meer dan vroeger mogelijkheden om statuten van een B.V. in te richten naar de specifieke wensen van de belanghebbenden.
- De noodzaak neemt toe om statuten van een B.V. waarmee gehandeld wordt of waarvan aandelen worden verkregen grondig te bestuderen. Er kunnen aan een aandeelhouder immers verregaande verplichtingen worden opgelegd.
- Benoeming van commissarissen kan direct door de houders van aandelen van een bepaald soort geschieden zonder voordracht rechten etc. De regel dat maximaal een derde van het aantal commissarissen door derden kan worden benoemd blijft gehandhaafd.

Hoofdstuk 14

ONE TIER BOARD

Er is momenteel wetgeving in behandeling die het mogelijk maakt om vennootschappen in te richten met een one-tier board, het zogenaamde monistische stelsel. De vennootschap kent dan geen raad van commissarissen, maar uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, te vergelijken met de Engelse/ Amerikaanse executives en non-executives. Binnen het bestuur zal in zo'n geval een taakverdeling gemaakt moeten worden. De uitvoerende bestuurders houden zich bezig met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap. De niet uitvoerende bestuurders houden toezicht op de uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur dient in handen te zijn van een niet uitvoerend bestuurder. De niet uitvoerende bestuurders besluiten over de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders.

Eén van de voordelen dat in het algemeen aan het one tier systeem wordt toegekend, is dat informatie gelijktijdig aan alle bestuurders wordt verschaft, of zij zich nu bezighouden met het toezicht of met het uitvoerende bestuur. Als nadeel geldt de vrees dat een toezichhoudende bestuurder binnen een one tier board minder onafhankelijk zal zijn dan een commissaris, die met de raad van commissarissen afgezonderd van het bestuur vergadert.

Het grootste nadeel van het one tier regime is onzekerheid rondom de mogelijke aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Het wetsvoorstel brengt verandering in de aansprakelijkheid van bestuurders. Iedere bestuurder (ook de niet uitvoerende) is verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken binnen de vennootschap. In beginsel is iedere bestuurder aansprakelijk in het geval van onbehoorlijk bestuur. Deze aansprakelijkheid kan alleen worden afgewend als de bestuurder kan aantonen dat hem niet een ernstig verwijt kan worden gemaakt en de bestuurder maatregelen heeft genomen om het falende bestuur te voorkomen. Het is op dit moment nog onduidelijk wat de gevolgen zijn van deze gewijzigde aansprakelijkheid, met name ten aanzien van niet uitvoerende bestuurders. Is die aansprakelijkheid uiteindelijk (dus na een goede inrichting van het one tier regime) gelijk aan de huidige aansprakelijkheid van commissarissen, of geldt voor de niet uitvoerende bestuurder een zwaardere aansprakelijkheid dan voor commissarissen? Hoewel het nog onduidelijk is hoe dit in de praktijk zal uitwerken, zal in ieder geval het volgende van belang c.q. raadzaam zijn:

- er moet een duidelijke taakverdeling binnen het bestuur gemaakt worden die is uitgewerkt in een directiereglement;
- de bestuurders moeten werken binnen de afgesproken taakverdeling. Een niet uitvoerend bestuurder dient zich te onthouden van het actief bepalen van het dagelijks beleid of gang van zaken;
- bij het constateren van onbehoorlijk bestuur moet een bestuurder (en dus ook de niet uitvoerende bestuurder) actie nemen om de gevolgen van het onbehoorlijke bestuur af te wenden.

Bijlage 1

CHECKLIST ASPIRANT-COMMISSARIS

- **Waarom wordt juist u gevraagd als commissaris?**
Wat is de reden van vertrek van de commissaris die u gaat vervangen?
- **Bent u voldoende onafhankelijk?**
Als participatiecommissaris (investment manager commissaris dan wel netwerkcommissaris) voegt u weliswaar juist waarde toe, maar bestaan er tegelijkertijd potentiële belangenconflicten? Bent u in staat daar op de juiste manier mee om te gaan?
- **Beschikt u over de vereiste deskundigheid?**
Om die vraag te beantwoorden is het belangrijk om inzage te hebben in de belangrijkste uitdagingen waarvoor de onderneming zich de komende jaren gesteld ziet, het huidige profiel van de raad van commissarissen en de plaats die u daarin zou moeten vervullen. Bent u in staat om nee te kunnen zeggen en om op een constructieve manier kritiek te kunnen leveren? Voldoet u aan de profielschets?
- **Heeft u voldoende tijd om de functie naar behoren te vervullen?**
Tijdsbeslag verschilt per bedrijf, maar houd in ieder geval rekening met minimaal vier vergaderingen per jaar, nog afgezien van ad hoc problemen die erg arbeidsintensief kunnen zijn (denk aan "zwaar weer" en exits). Daarnaast vergen voorbereiding, periodieke rapportages en overleg met het bestuur en met de commissarissen onderling ook tijd. Het voorzitterschap vergt extra tijd.
- **Wordt u in staat gesteld uw taak goed uit te voeren?**
Het tijdig beschikken over voldoende en juiste informatie is wezenlijk voor goede uitoefening van de taak van commissaris. De houding van de directie hierin is van groot belang. De rechtspraak leert dat van een commissaris een proactieve houding met betrekking tot het verzamelen van informatie wordt gevraagd. U kunt u niet beroepen op het feit dat u de informatie niet had ontvangen.
- **Hoe is de cultuur binnen de raad van commissarissen?**
- **Hoeveel commissariaten vervult u al?**
Corporate Governance Code: maximaal vijf commissariaten waarbij voorzitterschap dubbel telt. Dit maximum is niet van toepassing op niet-beursgenoteerde bedrijven maar het verdient aanbeveling een zeker maximum aan te houden. Dit maximum is zeer persoons- en situatie gebonden. Voor de participatiecommissaris zal meestal gelden dat het commissariaat onderdeel van zijn baan vormt. In die situatie is het best mogelijk om meerdere commissariaten te hebben.
- **Interviews**
Het is raadzaam in ieder geval één keer gesproken te hebben met het bestuur, de zittende commissarissen en de belangrijkste aandeelhouders, zeker als die een belangrijke rol spelen bij het beleid binnen de vennootschap. Zo kunt u er achter komen of de noodzakelijke 'klik' er is.

Bijlage 2

CHECKLIST ONDERWERPEN COMMISSARISSENREGLEMENT

- Omschrijving taak en beleid van de raad van commissarissen
- Samenstelling, functies en taakverdeling (nadere invulling rol voorzitter)
- Regeling omtrent interne commissies
- Regeling omtrent belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang
- Bezoldigingen en vergoeding van kosten
- Vergaderfrequentie
- Werkwijze omtrent oproeping vergaderingen
- Wijze van besluitvorming
- Regeling omtrent omgang met de directie (periodiek overleg)
- Regeling omtrent omgang met de accountant
- Aftreedrooster

Bijlage 3

CHECKLIST INFORMATIEVOORZIENING AAN RAAD VAN COMMISSARISSEN

De volgende informatie zou de commissaris moeten ontvangen van (het bestuur van) de vennootschap en de raad van commissarissen voorafgaand aan aanvaarding van zijn functie als commissaris. Gedurende de looptijd van zijn commissariaat is het verstandig op de hoogte te blijven van eventuele wijzigingen in deze informatie:

- algemene informatie over de bedrijfstak, de namen van huidig bestuur en commissarissen (zo nodig te vinden via bijvoorbeeld het internet);
- het meest recente jaarverslag, inclusief jaarrekening, verslagen van bestuur en raad van commissarissen en accountantsverklaring;
- de statuten;
- data van deponering van de jaarrekeningen bij de Kamer van Koophandel;
- notulen en agenda van de laatste algemene vergadering van aandeelhouders;
- niet-openbare informatie (soms wordt ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst geëist), zoals informatie over de belangrijke aandeelhouders en eventuele overige vermogensverschaffers, informatie over de identiteit van natuurlijke personen achter een BV-aandeelhouder, strategisch (beleids)plan van de onderneming voor de komende drie jaar, budget voor het lopende en komende financiële jaar, voorbeeldset van financiële informatie die het bestuur op maandelijkse basis bekijkt bij de beoordeling van het reilen en zeilen van een onderneming, management letter en/of accountantsverslag aan het management;
- eventuele verslagen van externe juridische adviseurs over aanhangige procedures;
- reglement van de raad van commissarissen;
- reglement van het bestuur;
- notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen over in ieder geval het afgelopen boekjaar;
- notulen van vergaderingen van de directie over het afgelopen boekjaar;
- indien van toepassing, notulen van overlegvergaderingen tussen ondernemingsraad en bestuur en eventueel raad van commissarissen over het afgelopen boekjaar;
- organogram van het management van de vennootschap;
- curriculum vitae en aftreeschema van de zittende commissarissen;
- participatie- of aandeelhoudersovereenkomsten met de belangrijkste aandeel-' houders;
- ingeval van een recente belangrijke overname: het overnamecontract en de due diligence rapporten;
- het totale pakket van bezoldiging voor de directie;
- het totale pakket van beloningen voor de commissarissen;
- indien relevant, CAO of voor de onderneming geldend standaardcontract.

Bijlage 4

VOORBEELDLIJST GOEDKEURINGSBESLUITEN

Aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen alle besluiten van het bestuur omtrent:

- a. het aangaan van overeenkomsten, waarbij aan de vennootschap een bankkrediet wordt verleend;
- b. het ter leen verstrekken van gelden alsmede het ter leen opnemen van gelden, waaronder niet is begrepen het gebruikmaken van een aan de vennootschap verleend bankkrediet;
- c. de uitgifte van schuldbewijzen en/of andere effecten door de vennootschap;
- d. een duurzame rechtstreekse of middellijke samenwerking met een andere onderneming en het verbreken van zodanige samenwerking anders dan in de gewone bedrijfsuitoefening van de vennootschap;
- e. het huren, verhuren, verwerven of vervreemden van registergoederen;
- f. het verbinden van de vennootschap of haar bezittingen voor schulden van derden door borgtocht of anderszins;
- g. het vestigen en opheffen van filialen en/of bijkantoren, het uitbreiden van de zaken met een nieuwe tak van bedrijf en het sluiten, anders dan tijdelijk, opheffen of overdragen (in genot) van het bedrijf van de vennootschap of een deel daarvan;
- h. een rechtstreekse of middellijke deelneming in het kapitaal van een andere onderneming en het wijzigen van de omvang van zodanige deelneming;
- i. het uitoefenen van stemrecht op door de vennootschap gehouden aandelen en het uitoefenen van zeggenschapsrechten in groepsmaatschappijen;
- j. investeringen die een bedrag van € [bedrag] te boven gaan;
- k. het stellen van persoonlijke of zakelijke zekerheid;
- l. het optreden in rechte, waaronder begrepen het voeren van arbitrale procedures die een belang van € [bedrag] te boven gaan of een niet op geld waardeerbaar belang hebben;
- m. het aangaan van vaststellingsovereenkomsten met een belang van meer dan € [bedrag];
- n. het aangaan van overeenkomsten voor een periode van langer dan één jaar en/of met een waarde van meer dan € [bedrag];
- o. het aangaan, wijzigen of beëindigen van overeenkomsten betreffende het . verlenen van licenties of de verkoop van intellectuele eigendomsrechten, licenties voor meer dan € [bedrag];
- p. het aangaan, wijzigen of beëindigen van overeenkomsten met aandeelhouders, bestuurders of commissarissen van de vennootschap;
- q. het aangaan en wijzigen van arbeidsovereenkomsten, waarbij een beloning wordt toegekend, waarvan het bedrag per jaar hoger is dan € [bedrag];
- r. het ontslaan van een werknemer met een jaarlijkse beloning van meer dan € [bedrag];
- s. het treffen van pensioenregelingen en het toekennen van pensioenrechten boven die, welke uit bestaande regelingen voortvloeien;

- t. optieplannen en overige arrangementen die betrekking hebben op rechten tot het nemen van aandelen;
- u. het aanstellen van functionarissen met vertegenwoordigingsbevoegdheid, door verlening van volmacht, en het toekennen van titulatuur en bevoegdheden alsmede het aanbrengen van wijzigingen en/of beëindigen van dergelijke bevoegdheden;
- v. het wijzigen van de locatie van het hoofdkantoor van de vennootschap;
- w. het aanvragen van surseance van betaling;
- x. het aanvragen van beursnotering;
- y. het vaststellen c.q. goedkeuren van het budget, de begroting en het meerjarig ondernemingsplan van de vennootschap en het vaststellen c.q. goedkeuren van het investeringsbudget.

Bijlage 5

LIJST VERPLICHTE GOEDKEURINGSBESLUITEN STRUCTUURVENNOOTSCHAP ARTIKEL 274 BOEK 2 BURGERLIJK WETBOEK

Aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent:

- a.* uitgifte en verkrijging van aandelen in en schuldbrieven ten laste van de vennootschap of van schuldbrieven ten laste van een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma waarvan de vennootschap volledig aansprakelijke vennoot is;
- b.* medewerking aan de uitgifte van certificaten op naam van aandelen;
- c.* aanvragen van notering of van intrekking der notering van de onder a. bedoelde schuldbrieven en de onder b. bedoelde certificaten in de prijscourant van enige beurs;
- d.* het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een afhankelijke maatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennoot in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap;
- e.* het nemen van een deelneming ter waarde van ten minste een vierde van het bedrag van het geplaatste kapitaal met de reserves volgens de balans met toelichting van de vennootschap, door haar of een afhankelijke maatschappij in het kapitaal van een andere vennootschap, alsmede het ingrijpend vergroten of verminderen van zulk een deelneming;
- f.* investeringen welke een bedrag gelijk aan ten minste een vierde gedeelte van het geplaatste kapitaal met de reserves der vennootschap volgens haar balans met toelichting vereisen;
- g.* een voorstel tot wijziging van de statuten;
- h.* een voorstel tot ontbinding van de vennootschap;
- i.* aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling;
- j.* beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap of van een afhankelijke maatschappij tegelijkertijd of binnen een kort tijdsbestek;
- k.* ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap of van een afhankelijke maatschappij;
- l.* een voorstel tot vermindering van het geplaatste kapitaal.

Bijlage 6

LIJST VAN ADVIESPLICHTIGE BESLUITEN ARTIKEL 25 WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

De ondernemingsraad wordt door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem te nemen besluit tot:

- a. overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan;
- b. het bevestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming, alsmede het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder begrepen het aangaan, in belangrijke mate wijzigen of verbreken van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een dergelijke onderneming;
- c. beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan;
- d. belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- e. belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming;
- f. wijziging van de plaats waar de onderneming haar werkzaamheden uitoefent;
- g. het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten;
- h. het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming;
- i. het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming;
- j. het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming;
- k. invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening;
- l. het treffen van een belangrijke maatregel in verband met de zorg van de onderneming voor het milieu, waaronder begrepen het treffen of wijzigen van een beleidsmatige, organisatorische en administratieve voorziening in verband met het milieu;
- m. vaststelling van een regeling met betrekking tot het zelf dragen van het risico, bedoeld in de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering;
- n. het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende een der hiervoor bedoelde aangelegenheden.

Het onder b. bepaalde, alsmede het onder n. bepaalde, voor zover dit betrekking heeft op een aangelegenheid als bedoeld onder h., is niet van toepassing wanneer de andere onderneming in het buitenland gevestigd is of wordt en redelijkerwijs niet te verwachten is dat het voorgenomen besluit zal leiden tot een besluit als bedoeld onder c-f ten aanzien van een onderneming die door de ondernemer in Nederland in stand wordt gehouden.

Bijlage 7

LIJST VAN INSTEMMINGSPLICHTIGE BESLUITEN ARTIKEL 27 WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit - voor zover betrekking hebbende op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen - tot vaststelling, wijziging of intrekking van:

- a.* een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, een winstdelingsregeling of spaarregeling;
- b.* een werktijd- of een vakantieregeling;
- c.* een belonings- of een functiewaarderingsstelsel;
- d.* een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid;
- e.* een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid;
- f.* een regeling op het gebied van de personeelsopleiding;
- g.* een regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling;
- h.* een regeling op het gebied van het bedrijfsmaatschappelijk werk;
- i.* een regeling op het gebied van het werkoverleg;
- j.* een regeling op het gebied van de behandeling van klachten;
- k.* een regeling omtrent het verwerken van alsmede de bescherming van de persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen;
- l.* een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen.

Bijlage 8

MODEL OPZEGGINGSBRIEF

Aan: [naam van de vennootschap]
T.a.v. Het bestuur
[adresgegevens van de vennootschap]

Geachte heren/dames,

Hierbij bevestig ik mijn opzegging als lid van de raad van commissarissen van [naam vennootschap] per [datum, heden of datum in de toekomst].

Ik ga ervan uit dat u de wettelijk verplichte registratie van mijn aftreden als commissaris zult verzorgen bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Vriendelijk verzoek ik u mijn opzegging als commissaris op de eerstvolgende algemene vergadering van aandeelhouders mede te delen en het punt van déchargeverlening op de agenda van die vergadering te plaatsen.

Hoogachtend,