

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Eens gegeven, blijft gegeven *Goedkeuring aan het structuurregime op maat*

1. Inleiding

Een structuurvennootschap heeft een verplichte raad van commissarissen ("RvC"). Voor de benoeming van commissarissen geldt op grond van art. 2:158/268 BW een gedetailleerde regeling.¹

Van bepaalde wettelijke voorschriften kan worden afgeweken, mits die afwijkingen in de statuten worden opgenomen. Het besluit tot wijziging van de statuten in verband daarmee behoeft de voorafgaande goedkeuring van de RvC en toestemming van de ondernemingsraad ("OR"). Als de RvC of OR op enig moment nadien niet langer achter de afwijkende regeling staat, hebben zij dan mogelijkheden om terug te keren naar het wettelijke systeem? In dit artikel ga ik in op de vraag of intrekking van de goedkeuring dan wel toestemming tot gevolg heeft dat naar het wettelijke systeem wordt, dan wel moet worden teruggekeerd.

Eerst beschrijf ik kort in welke situatie een vennootschap verplicht is de structuurregeling toe te passen en welke voorschriften gelden voor de benoeming van commissarissen van structuurvennootschappen (par. 2). Vervolgens behandel ik de mogelijkheid om van de wettelijke regeling af te wijken (par. 3), waarna de aard van de goedkeuring en toestemming aan bod komt (par. 4). Ten slotte bespreek ik de intrekking van de goedkeuring of toestemming met het doel terug te keren naar het wettelijk systeem (par. 5). Ik besluit dit artikel met een conclusie (par. 6).

2. Structuurvennootschap

Art. 2:153/263 BW bepaalt dat een nv of bv die aan de drie hierna vermelde cumulatieve vereisten voldoet, daarvan opgaaf moet doen bij het handelsregister, tenzij een van de vrijstellingen uit lid 3 van toepassing is. De verplichting geldt indien (i) het geplaatste kapitaal inclusief reserves volgens de balans met toelichting ten minste EUR 16 miljoen beloopt, (ii) de vennootschap of een afhankelijke maatschappij op grond van een wettelijke verplichting een OR heeft ingesteld, en (iii) bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen in de regel ten minste 100 werk-

nemers in Nederland werkzaam zijn.² Het structuurregime is van rechtswege van toepassing op een vennootschap waarvoor gedurende drie jaar onafgebroken een opgaaf is ingeschreven.³ Hoewel de vennootschap verplicht is haar statuten in overeenstemming te brengen met het structuurregime, gelden deze bepalingen dus ook als haar statuten niet worden aangepast.⁴

Art. 2:158/268 BW bepaalt dat een structuurvennootschap een (verplichte) RvC heeft en schrijft de wijze voor waarop de commissarissen worden benoemd. Bij een structuurvennootschap worden commissarissen benoemd door de algemene vergadering, uit een voordracht door de RvC (lid 4). De algemene vergadering en de OR kunnen aanbevelingen doen voor die voordracht (lid 5). Voor een derde van de commissarissen is de RvC zelfs gehouden een persoon voor te dragen die door de OR is aanbevolen (lid 6).

3. Afwijking van het wettelijke systeem

Van bepaalde aspecten van voormelde benoemingsregeling kan op grond van art. 2:158/268 lid 12 BW in de statuten worden afgeweken. De mogelijkheid af te wijken van (een gedeelte van) de wettelijke regeling is opgenomen op advies van de SER.⁵ Afwijking biedt volgens de SER

1. Voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij ("OWM") is dezelfde regeling van toepassing, zie art. 2:63a t/m 63j BW. Ik zal de nv en bv in dit artikel als uitgangspunt nemen, maar hetgeen ik in dit artikel beschrijf is evenzeer van toepassing voor de structuurcoöperatie en -OWM.
2. Zie voor meer informatie over deze vereisten: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/465-468.
3. Art. 2:154/264 lid 1 BW.
4. Art. 2:154/264 lid 3 BW bepaalt dat de vennootschap haar statuten in overeenstemming met de art. 2:158-164/268-274 BW moet brengen.
5. *Kamerstukken II* 2000/01, 25732, 17, p. 40-41.

“de betrokken organen de gelegenheid een regeling te treffen die is toegesneden op de specifieke omstandigheden van de onderneming.”

Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om de omvang van de RvC of om voordrachts- of aanbevelingsrechten, zodat maatwerk voor de betreffend vennootschap kan worden geboden. Omdat hierbij mogelijk afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheden die de RvC of de OR aan de wettelijke regeling ontleent, dienen zij de afwijking(en) goed te keuren dan wel toestemming daaraan te verlenen.

Art. 2:158/268 lid 12 BW schrijft onder meer voor dat afwijkingen in de statuten moeten worden vastgelegd, zodat de afwijkende regeling voor eenieder kenbaar is. In tegenstelling tot de wettelijke regeling – die ook van toepassing is indien de betreffende bepalingen niet zijn opgenomen in de statuten – dient een afwijking in de statuten te worden opgenomen en behoeft iedere afwijking dus een statutenwijziging. Voor het besluit tot statutenwijziging is de voorafgaande goedkeuring van de RvC en de toestemming van de OR vereist. Zonder de voorafgaande goedkeuring van de RvC is het besluit tot statutenwijziging nietig (art. 2:14 BW).⁶ Voor de toestemming van de OR is niet is voorgeschreven de toestemming voorafgaand aan het besluit moet worden verleend, zodat het ontbreken daarvan slechts leidt tot een vernietigbaar besluit (art. 2:15 lid 1 sub a BW). Voor het besluit tot statutenwijziging van de algemene vergadering gelden geen bijzondere meerderheids- of quorumvereisten.⁷

4. Vennootschapsrechtelijk of obligatoir?

Kemperink, Witteveen en Reumkens hebben gesteld dat een afwijking als hiervoor beschreven op een driepartijenovereenkomst tussen de algemene vergadering, de RvC en de OR berust.⁸ Zonder onderlinge overeenstemming kan ieder van hen zijn medewerking aan de statutenwijziging onthouden, waardoor de afwijkende bepalingen niet in de statuten worden opgenomen en de wettelijke regeling blijft gelden. Hoewel Verkerk en de Groot ook menen dat in wezen sprake is een overeenkomst tussen de betrokken organen, verwijzen zij voor implementatie van die overeenkomst wel naar de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging.⁹ Volgens Van Solinge en Nieuwe Weme is echter geen sprake van een obligatoire overeenkomst, maar betreft het een besluit van de algemene vergadering dat aan de goedkeuring en toestemming van andere organen is onderworpen.¹⁰

Het behoeft geen betoog dat in de goedkeuring respectievelijk toestemming van de RvC en de OR besloten ligt, dat een bepaalde mate van

overeenstemming bestaat ten aanzien van de afwijking. Immers, zij zouden anders hun goedkeuring respectievelijk toestemming uiteraard onthouden. Met Van Solinge en Nieuwe Weme zou ik dat echter niet willen kwalificeren als een obligatoire overeenkomst waarop de bepalingen van Boek 6 BW van toepassing zijn. Het betreft een vennootschapsrechtelijke aangelegenheid waarbij de algemene vergadering besluit tot statutenwijziging. Als extra vereisten gelden dat dit besluit pas kan worden genomen na goedkeuring van de RvC en met toestemming van de OR. Dat neemt overigens niet weg dat aanvullende afspraken kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld over de wijze waarop partijen hun rechten en bevoegdheden binnen de voormelde organen zullen uitoefenen.¹¹ Deze afspraken zullen mijns inziens uitsluitend tussen de leden van betreffende organen kunnen worden gemaakt en niet tussen de organen zelf, aangezien de organen zelf geen rechtspersonen zijn. Het is echter belangrijk onderscheid te maken tussen de afwijkingen van de wettelijke regeling zoals deze in de statuten worden opgenomen en de aanvullende afspraken die in verband daarmee zijn gemaakt. Indien een besluit tot benoeming van een commissaris wordt genomen in strijd met de (afwijkende) statutaire bepalingen, is het besluit – afhankelijk van de geschonden bepaling – nietig dan wel vernietigbaar (art. 2:14 of 15 BW). Wordt het besluit genomen in strijd met contractuele afspraken, dan is sprake van wanprestatie tussen

6. De goedkeuring en toestemming zijn door de wet voorgeschreven voorafgaande handelingen als bedoeld in art. 2:14 lid 2 BW, zie Asser/Kroeze 2-I 2021/324. Er is dus geen sprake van instemming als bedoeld in art. 27 Wet op de ondernemingsraden, zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/521b, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, 5, p. 45-46.

7. *Kamerstukken II* 2001/01, 28179, 3, p. 37.

8. G.N.H. Kemperink, P.A.M. Witteveen & H. Reumkens, ‘Het ondergeschoven kind van de structuurregeling’, *Ondernemingsrecht* 2006/29, par. 3.3.

9. B. Verkerk & C. de Groot in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:158, aant. 15 (online, bijgewerkt 1 februari 2019).

10. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/521c.

11. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/521c en P.J. Dortmund, ‘Een afwijkende benoeming’, *Ondernemingsrecht* 2002/3-4, par. 4.

de partijen die gebonden zijn aan die afspraken. Het besluit zelf is echter in principe geldig.¹²

5. Terug naar het wettelijk systeem

Als de algemene vergadering de afwijkende statutaire bepalingen niet langer wenst te handhaven, kan zij besluiten de statuten te wijzigen en daarbij terug keren naar het wettelijke systeem. Art. 2:158/268 lid 12 BW is hierop niet van toepassing en goedkeuring respectievelijk toestemming van de RvC of OR is niet vereist.¹³ Kan de RvC of de OR ook bewerkstelligen dat de afwijkende statutaire bepalingen komen te vervallen en de statuten in overeenstemming worden gebracht met de wettelijke regeling? Zij zouden hun goedkeuring respectievelijk toestemming kunnen intrekken, maar in de wet is niet geregeld wat daarvan het effect is. Dat geldt overigens ook voor andere wettelijke bepalingen waarbij goedkeuring of toestemming voor een besluit van de algemene vergadering is voorgeschreven. Zie bijvoorbeeld art. 2:96 lid 2 BW, dat bij uitgifte van aandelen een goedkeurend besluit van elke groep aandeelhouders vereist aan wier rechten de uitgifte afbreuk doet. Het gaat bij een dergelijke goedkeuring om een voorafgaande handeling die vereist is om tot een geldig besluit te komen (vergelijk art. 2:14 lid 2 BW).¹⁴ De voorgeschreven goedkeuring dan wel toestemming zien op de geldigheid van het besluitvormingsproces rondom invoering van de afwijkende statutaire bepalingen. Als het de bedoeling van de wetgever was geweest dat de afwijkingen alleen zijn toegestaan voor zover en zolang de RvC de afwijkingen goedkeurt en de OR haar toestemming verleent, had de wet hierin moeten voorzien.

Kemperink, Witteveen en Reumkens zijn van mening dat intrekking van de goedkeuring dan wel toestemming dient te leiden tot een wijziging van de statuten waarbij wordt teruggekeerd naar het wettelijke systeem. In hun visie is de algemene vergadering op dat moment dus verplicht een besluit tot statutenwijziging te nemen. Zij menen zelfs dat, indien de algemene vergadering niet besluit de statuten dienovereenkomstig te wijzigen, zij een direct beroep kunnen doen op de wettelijke bepalingen, waarmee de afwijkende statutaire bepalingen geen effect meer sorteren.¹⁵ Ook Verkerk en De Groot stellen dat de statutair vastgelegde regeling ten einde kan komen doordat de goedkeuring respectievelijk toestemming wordt ingetrokken.¹⁶ Volgens hen moeten de statuten dan worden gewijzigd, welke wijziging desnoods via een enquêteprocedure kan worden afgedwongen. Zij lijken de intrekking te benaderen als een opzegging van de overeenkomst, waarmee de algemene vergadering de bevoegdheid verliest de afwijkende statutaire bepalingen te handhaven.

In hun benadering is het niet het besluit tot sta-

tutenwijziging, maar de afwijking zelf die (doorlopend) de goedkeuring dan wel toestemming van de RvC en de OR behoeft. Dat is echter niet wat art. 2:158/268 lid 12 BW bepaalt. De goedkeuring en toestemming zijn vereist voor een geldig besluit tot statutenwijziging waarbij de afwijking van het wettelijke systeem wordt geïmplementeerd. Is het besluit eenmaal geldig genomen en zijn de statuten als gevolg daarvan gewijzigd, dan treft een later besluit tot intrekking van de goedkeuring dan wel toestemming geen enkel doel en tast het de geldigheid van het eerder genomen besluit tot statutenwijziging niet aan. Bepalend is of ten tijde van het besluit tot statutenwijziging aan de daarvoor gestelde voorwaarden is voldaan. Indien tot statutenwijziging wordt besloten met goedkeuring en toestemming, dan blijft het besluit ook geldig inzien vervolgens de goedkeuring of toestemming wordt ingetrokken.

Zonder afbreuk te doen aan het voormelde, kunnen eventuele aanvullende contractuele afspraken nopen tot een terugkeer naar het wettelijk systeem. Zo kunnen partijen overeenkomen dat een statutaire afwijking van tijdelijke aard is of na een bepaalde gebeurtenis weer wordt teruggekeerd naar het wettelijke systeem, bijvoorbeeld nadat de grootaandeelhouder zijn belang in de vennootschap heeft verkocht. Dit betreffen echter steeds contractuele afspraken die geen

12. B. Verkerk & C. de Groot in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:158, aant. 15 (online, bijgewerkt 1 februari 2019), waarin zij opmerken dat dergelijke louter contractuele afspraken vennootschapsrechtelijk niet afdwingbaar zijn. Zo ook: W.W. de Nijs Bik, *De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance (Recht en Praktijk nr. ONR6)*, Deventer: Kluwer 2014, par. 6.8. Onder omstandigheden kunnen contractuele afspraken wel vennootschapsrechtelijk doorwerken, zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, JOR 2012/286, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Vanka Kawat*) en Hof Amsterdam 13 januari 2015, JOR 2015/69, m.nt. R.G.J. Nowak (*Kekk/Delfino*).
13. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/521 en Dortmund, *Van der Heijden Handboek NV/BV* 2013/287.1. Ingeval het bestuur een voorstel tot statutenwijziging doet, behoeft het bestuursbesluit daartoe overigens wel goedkeuring van de RvC op grond van art. 2:164/274 lid 1 sub g BW.
14. Asser/Kroeze 2-I 2021/324.
15. G.N.H. Kemperink, P.A.M. Witteveen & H. Reumkens, 'Het ondergeschoven kind van de structuurregeling', *Ondernemingsrecht* 2006/29, par. 4.2.
16. B. Verkerk & C. de Groot in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:158, aant. 15 (online, bijgewerkt 1 februari 2019)

directe invloed hebben op de statuten. Mocht de algemene vergadering niet besluiten de statuten in overeenstemming te brengen met het wettelijke systeem, dan is mijns inziens slechts sprake van wanprestatie tussen hen die de afspraken gemaakt hebben. De algemene vergadering als orgaan kan hiervoor niet worden aangesproken. Zelfs als de RvC of OR besluit de goedkeuring dan wel toestemming in te trekken, heeft dit geen effect op de geldigheid van de afwijkende statutaire bepalingen.¹⁷ Intrekking van de eerder verleende goedkeuring of toestemming kan niet leiden tot een vennootschapsrechtelijk afdwingbare verplichting de statuten te wijzigen waarbij (een of meer van) de afwijkingen ongedaan gemaakt worden en wordt teruggekeerd naar het wettelijke systeem.

6. Conclusie

In dit artikel heb ik beschreven op welke wijze de (verplichte) commissarissen van een structuurvennootschap worden benoemd en in hoeverre hiervan kan worden afgeweken. Iedere afwijking dient in de statuten te worden opgenomen en behoeft de voorafgaande goedkeuring van de RvC en de toestemming van de OR. Intrekking van de verleende goedkeuring of toestemming heeft geen effect op het eerder genomen besluit tot statutenwijziging en leidt niet tot een verplichting de afwijkende statutaire bepalingen terug te draaien. Vennootschapsrechtelijk gezien geldt voor de goedkeuring en toestemming: eens gegeven, blijft gegeven.

Mr. V. van Kampen*

17. Anders: G.N.H. Kemperink, P.A.M. Witteveen & H. Reumkens, 'Het ondergeschoven kind van de structuurregeling', *Ondernemingsrecht* 2006/29, par. 4.2, waarin zij stellen dat de wettelijke regeling van rechtswege weer van kracht wordt.

* Kandidaat-notaris bij Q.G.M en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
(vincent.vankampen@qgmlaw.com)