

---

## De gevolgen van Wetsvoorstel 28 179 voor structuur- vennootschappen

### Inleiding

Op 8 januari 2002 is bij de Tweede Kamer ingediend het wetsvoorstel houdende Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling, hierna genoemd: het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel volgt op het advies van de Sociaal-Economische Raad onder leiding van de heer H.H.F. Wijffels (hierna: SER-advies), welk advies onder de titel 'Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling' op 19 januari 2001 is vastgesteld en aan het kabinet is overhandigd. Het SER-advies bevat een uitgebreide analyse van de praktijk en een visie op het functioneren en de toekomst van de structuurregeling. Het Wetsvoorstel is een uitwerking van dit SER-advies en beoogt de waardevolle kenmerken van de structuurregeling voor het vennootschappelijke systeem te behouden. Op onderdelen blijkt aanpassing van de structuurregeling echter noodzakelijk om zodoende tegemoet te komen aan de gerechtvaardigde wens van meer openheid omtrent het functioneren van de raad van commissarissen en meer invloed van de belanghebbenden (zoals kapitaalverschaffers en werknemers) bij de samenstelling van die raad (Kamerstukken II, 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 16). Zo wordt in artikel 2:158/268 lid 4 van het Wetsvoorstel voorgesteld dat de commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering uit een voordracht op te maken door de raad van commissarissen. De ondernemingsraad zou een versterkt aanbevelingsrecht moeten krijgen voor ten hoogste een derde van het aantal van de leden van de raad van commissarissen. (Zie over de voornaamste voorgestelde aanpassingen P.M. de Jong elders in deze aflevering van V&O.) Als uitwerking van de gedachte om kapitaalverschaffers

meer invloed te geven kan ook worden gezien het voorstel om de algemene vergadering de bevoegdheid te geven om de structuurregeling al dan niet vrijwillig voort te zetten. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat een Nederlandse vennootschap wordt overgenomen door een internationale groep, waardoor toepassing van de structuurregeling niet langer verplicht is. In die situatie zou de algemene vergadering zich vrijelijk moeten kunnen uitspreken omtrent vrijwillige voortzetting van de structuurregeling.

In deze bijdrage zal ik de gevolgen van het Wetsvoorstel voor structuurvennootschappen behandelen. Als eerste zal ik de gevolgen van het Wetsvoorstel voor structuurvennootschappen in het algemeen bespreken. Vervolgens komen de gevolgen voor structuurvennootschappen die onder het Wetsvoorstel voor een vrijstelling in aanmerking komen dan wel niet langer aan de criteria voor verplichte toepassing voldoen aan de orde. Daarna behandel ik de gevolgen van het Wetsvoorstel voor vennootschappen die de structuurregeling vrijwillig wensen toe te passen. Ten slotte zal ik stilstaan bij de gevolgen voor vennootschappen die de structuurregeling vrijwillig toepassen en de overgangsregeling van het Wetsvoorstel (Kamerstukken 28 179, nr. 2, Artikel IV). Het geheel zal worden afgesloten met een conclusie.

### Gevolgen voor de structuurvennootschap in het algemeen

Van een verplichte toepassing van de structuurregeling is sprake indien een vennootschap die aan de criteria van artikel 2:153/263 lid 2 (meer dan 13 miljoen euro geplaatst kapitaal en reserves, een wettelijk verplicht ingestelde ondernemingsraad bij de vennootschap of een afhankelijke maatschappij en meer dan 100 werknemers bij de vennootschap en een afhankelijke maatschappij) voldoet, gedurende drie jaren onafgebroken is ingeschreven bij het handelsregister. Op het moment van het in werking treden van het Wetsvoorstel zal de structuurvennootschap haar statuten in overeenstemming moeten brengen met onder meer het bepaalde in artikel 2:158/268 (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 44). Dit betekent dat de statuten zullen moeten bepalen dat de commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering uit een voordracht op te maken door de raad van commissarissen en dat de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht heeft voor ten hoogste een derde van het aantal van de leden van de raad van commissarissen. In de praktijk zal dit betekenen dat het bestuur aan de algemene vergadering het voorstel zal moeten doen tot wijziging van de statuten conform het Wetsvoorstel. Om de raad van commissarissen de in het Wetsvoorstel beoogde samenstelling te geven zal bij het vrijvallen van een eer-

ste vacature de nieuwe commissaris moeten worden benoemd uit het voordrachtsrecht van de raad van commissarissen met inachtneming van het 'klassieke' aanbevelingsrecht van de algemene vergadering en de ondernemingsraad (art. 2:158/268 lid 5 van het Wetsvoorstel) en bij het vrijvallen van een tweede vacature het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad (art. 2:158/268 lid 6 van het Wetsvoorstel) in acht moeten worden genomen. Deze wijze van benoeming dient net zolang te geschieden totdat de raad van commissarissen voor ten hoogste een derde is samengesteld uit kandidaten benoemd uit het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 43 en lid 3 van de overgangsregeling). Uit de door de raad van commissarissen binnen zes maanden na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel verplicht op te stellen profielschets (Kamerstukken 28 179, nr. 2, p. 13 en lid 2 van de overgangsregeling) blijkt wanneer er een vacature vrijkomt waarvoor het klassieke en versterkte aanbevelingsrecht geldt. De profielschets is een weergave van de raad van commissarissen die het beste zou aansluiten bij de behoeften van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 33). De verplichte profielschets heeft een vereenvoudiging van het gebruik van het 'klassieke aanbevelingsrecht' van de algemene vergadering en de ondernemingsraad (het aanbevelingsrecht van art. 2:158/268 lid 5 van het Wetsvoorstel) en van het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad ten doel.

Overigens is het op grond van het nieuwe twaalfde lid van artikel 2:158/268 mogelijk om vanaf het moment van inwerkingtreding van het Wetsvoorstel af te wijken van de wettelijke benoemingsregel. Vereist is dat de ondernemingsraad, de raad van commissarissen en de algemene vergadering hiertoe overeenstemming hebben bereikt en dat de afspraak in de statuten van de vennootschap wordt opgenomen (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 37).

### **Gevolgen voor de structuurvennootschap die tot de vrijgestelde vennootschap of tot het gemitigeerde regime gaat behoren**

Het bestuur van een vennootschap die niet langer verplicht is om de structuurregeling aan te nemen (bijvoorbeeld omdat zij wordt overgenomen door een internationale groep) en voor het gemitigeerde regime dan wel voor een volledige vrijstelling in aanmerking komt, zal voor haar eerstvolgende vergadering het onderwerp 'continuering structuurregeling' moeten agenderen. Aldus het nieuwe vierde lid van artikel 2:154/264 van het Wetsvoorstel. Deze verplichting geldt mijns inziens voor zowel de eerstvolgende algemene jaarvergadering als voor de eerstvolgende buitengewone vergade-

ring van aandeelhouders. De algemene vergadering kan dan besluiten tot voortzetting of afschaffing van de structuurregeling dan wel besluiten tot toepassing van het gemitigeerde regime. Pas wanneer wordt besloten tot afschaffing, kan de vennootschap mijns inziens tot doorhaling van de inschrijving bij het handelsregister besluiten. De uitlooperperiode van drie jaar (art. 2:154/264 lid 2) is dan niet van toepassing (Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek, 1992, p. 63). Statuair beperkingen gelden niet. De algemene vergadering moet in vrijheid kunnen beslissen (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 29). Blijkens de memorie van toelichting (MvT) dient de structuurregeling te worden gehandhaafd totdat de statuten zijn gewijzigd (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 30). Krachtens het nieuwe vijfde lid van artikel 2:154/264 dient het voorstel tot statutenwijziging binnen twaalf maanden nadat het besluit tot afschaffing is genomen door het bestuur aan de algemene vergadering te worden voorgelegd.

Besluit de algemene vergadering tot voortzetting van de structuurregeling, dan is doorhaling van de inschrijving niet nodig. Voortzetting betekent dan dat zij de structuurregeling vrijwillig aanvaardt. Dit kan alleen indien de vennootschap of een afhankelijke maatschappij een ondernemingsraad heeft ingesteld (art. 2:157/267 lid 1). Het bestuur zal dan echter wel aan de algemene vergadering het voorstel tot statutenwijziging moeten doen, waarbij de structuurregeling wordt aangepast conform het Wetsvoorstel.

De algemene vergadering kan ook besluiten om over te gaan op het gemitigeerde regime. Ook in dat geval zal het bestuur het voorstel tot statutenwijziging moeten voorleggen aan de algemene vergadering.

### **Gevolgen voor de structuurvennootschap die niet langer aan de vereisten van artikel 2:153/263 lid 2 voldoet**

Wat ingeval een structuurvennootschap niet langer voldoet aan een van de in artikel 2:153/263 lid 2 genoemde criteria? Denk bijvoorbeeld aan een vennootschap met een geplaatst kapitaal en reserves van 15 miljoen euro. Onder het Wetsvoorstel is deze vennootschap dan niet langer verplicht om de structuurregeling toe te passen, omdat de benedengrens blijkens de MvT wordt bijgesteld tot 16 miljoen euro (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 7). De vennootschap zou in dat geval de inschrijving bij het handelsregister kunnen doorhalen, omdat de vennootschap niet meer aan de vereisten van de structuurregeling voldoet. Krachtens artikel 2:154/264 lid 2 zal de toepasselijkheid van de structuurregeling eerst eindigen indien drie jaren na deze doorhaling zijn verstreken zonder dat de vennootschap opnieuw tot het doen van een opgaaf verplicht is geweest.

Heeft deze vennootschap of een afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad ingesteld en wijzigt de vennootschap haar statuten niet, dan wordt zij geacht de structuurregeling

vrijwillig toe te passen (art. 2:157/267). Het nieuwe vierde lid van artikel 2:154/264 is op deze situatie echter niet van toepassing, omdat dat lid slechts ziet op de situatie waarbij de structuurvennootschap voor een vrijstelling (of het gemitigeerde regime) in aanmerking komt. Hierdoor is het lot omtrent vrijwillige toepassing van de structuurregeling in dit geval in handen van het bestuur van de vennootschap.

### **Gevolgen voor de vennootschap die de structuurregeling vrijwillig toepast**

De structuurregeling wordt door velen gezien als een oligarchische regeling waarbij de invloed van kapitaalverschaffers op de gang van zaken in de vennootschap klein is. Kapitaalverschaffers zouden immers geen feitelijke controle in een structuurvennootschap hebben; ze zouden het niet in hun macht hebben om leden van het bestuur of de raad van commissarissen te benoemen of te ontslaan. Verdedigd wordt dat zo'n regeling niet goed past binnen de corporate governance gedachte.

Aan de verplichte toepassing van de structuurregeling tornt het Wetsvoorstel niet. Vennootschappen die na de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel aan de drie criteria van artikel 2:153/263 lid 2 voldoen en niet in aanmerking komen voor een vrijstelling of het gemitigeerde regime, hoeven de algemene vergadering niet te raadplegen. Versterking van de invloed van kapitaalverschaffers bij deze groep structuurvennootschappen wordt uitgewerkt in de nieuwe benoemingsregeling (art. 2:158/268). Zoals gezegd geldt hetzelfde voor vennootschappen die niet langer aan een van de criteria (met uitzondering van de wettelijke verplichting tot instelling van de ondernemingsraad) voor toepassing voldoen en de opgaaf bij het handelsregister niet doorhalen en de statuten niet wijzigen. Het Wetsvoorstel tornt wel aan vennootschappen die na de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel de structuurregeling vrijwillig toepassen, terwijl ze voor een vrijstelling dan wel het gemitigeerde regime in aanmerking komen. Zoals hiervoor uiteen is gezet, wordt in artikel 2:154/264 lid 4 voorgesteld om de bevoegdheid tot vrijwillige toepassing van de structuurregeling in dat geval toe te kennen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Het Wetsvoorstel gaat zelfs nog een stapje verder. Ook vennootschappen die de structuurregeling reeds enige tijd vóór de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel vrijwillig toepasten, zullen krachtens de overgangsregeling van het Wetsvoorstel (Kamerstukken 28 179, nr. 2, p. 12-13) het besluit tot voortzetting dan wel afschaffing aan de algemene vergadering moeten voorleggen. Meer precies wordt voorgesteld om vennootschappen die op of na 1 januari 1997 zijn overgegaan tot toepassing van de structuurregeling, terwijl zij voor het gemitigeerde regime dan wel voor een volledige vrijstelling in aanmerking kwamen (eerste categorie ven-

nootschappen), en vennootschappen die reeds voor 1 januari 1997 de structuurregeling toepasten en na 1 januari 1997 voor het gemitigeerde regime dan wel voor een volledige vrijstelling in aanmerking kwamen (tweede categorie vennootschappen), verplicht te stellen om in de eerstvolgende algemene vergadering na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel een voorstel te doen aan de algemene vergadering tot afschaffing dan wel voortzetting van het volledige regime, aldus het eerste lid van de overgangsregeling. Het doen van een voorstel tot toepassing van de gemitigeerde regeling is voor deze categorieën vennootschappen niet mogelijk. De categorie vennootschappen die reeds voor 1 januari 1997 voor een vrijstelling in aanmerking kwam, hoeft de algemene vergadering niet te consulteren. De reden hiervoor is dat het voor sommige structuurvennootschappen nauwelijks nog is na te gaan wanneer zij ophielden aan de voorschriften te voldoen (Kamerstukken 28 179, nr. 3, p. 42).

Onder de eerste categorie vallen vennootschappen die ondanks het feit dat ze voor een vrijstelling (art. 2:153/263 lid 3) of het gemitigeerde regime in aanmerking kwamen, de statuten hebben ingericht overeenkomstig de structuurregeling. Het besluit hiertoe is uiteindelijk genomen door de algemene vergadering. Dit impliceert dat de algemene vergadering heeft ingestemd met vrijwillige toepassing van de structuurregeling. Desondanks zal de algemene vergadering op grond van de overgangsregeling wederom moeten worden geconsulteerd omtrent al dan niet vrijwillige voortzetting van de structuurregeling, zij het in een ander jasje.

Onder de tweede categorie vallen vennootschappen die voor 1 januari 1997 aan de criteria van de structuurregeling voldeden en na 1 januari 1997 op enig tijdstip voor een vrijstelling dan wel de gemitigeerde regeling in aanmerking kwamen. Deze categorie vennootschappen heeft de algemene vergadering niet geconsulteerd omtrent vrijwillige voortzetting van de structuurregeling en zij zal onder het Wetsvoorstel het onderwerp 'continuering structuurregeling' moeten voorleggen aan de algemene vergadering.

Vennootschappen die vóór de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel niet aan een van de drie criteria voor toepassing voldeden en desondanks de structuurregeling vrijwillig toepasten, hoeven ook op grond van de overgangsregeling het besluit tot voortzetting dan wel afschaffing niet aan de aandeelhouders voor te leggen. De overgangsregeling sluit op dit punt goed aan bij artikel 2:154/264 lid 4. Weliswaar zal het bestuur van zo'n vennootschap aan de algemene vergadering het voorstel moeten doen tot wijziging van de statuten conform het Wetsvoorstel, het bestuur is echter niet verplicht om het onderwerp 'continuering structuurregeling' te agenderen.

Peildatum bij de overgangsregeling is de datum van het in werking treden van het Wetsvoorstel. Dit betekent dat alleen vennootschappen die op die datum een beroep konden doen op de volledige vrijstelling of een beroep konden doen op het gemitigeerde regime, onder de overgangsregeling vallen. Het eerste lid van de overgangsregeling bepaalt voorts dat artikel 2:154/264 in acht genomen dient te worden. Dit betekent dat het besluit genomen moet worden met volstrekte meerderheid van stemmen en dat de bevoegdheid tot het nemen van het besluit niet kan worden beperkt. Daarnaast zal het bestuur verplicht zijn om binnen twaalf maanden nadat het besluit tot afschaffing is genomen, een voorstel tot wijziging van de statuten voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

De overgangsregeling geldt niet voor vennootschappen die de structuurregeling vrijwillig toepassen krachtens een besluit van de algemene vergadering ter uitvoering van overeenstemming met de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. Deze vennootschappen hoeven de algemene vergadering niet te consulteren. Ratio is derhalve dat het destijds met zoveel woorden is geagendeerd voor de algemene vergadering van aandeelhouders.

### **Vennootschappen die de structuurregeling vrijwillig wensen toe te passen**

Een vennootschap heeft de vrijheid om haar statuten in te richten overeenkomstig de structuurregeling, ook al voldoet zij niet aan de criteria. De wet stelt daartoe als enige eis dat de vennootschap of een afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld (art. 2:157/267 lid 1). Aan de andere twee criteria hoeft dan niet te zijn voldaan. Ook onder het Wetsvoorstel is vrijwillige toepassing in deze zin mogelijk. Wenst het bestuur van zo'n vennootschap de structuurregeling van toepassing te verklaren, dan zullen de statuten moeten worden gewijzigd. Het besluit hiertoe ligt in handen van de algemene vergadering. Nieuwe wetgeving in dit kader is derhalve niet nodig.

### **Conclusie**

Om de corporate governance in Nederland te versterken speelt vooral de betrokkenheid van kapitaalverschaffers een belangrijke rol. Op verschillende fronten tracht het kabinet de positie van de kapitaalverschaffers te versterken. Een van de fronten betreft het voorstel tot aanpassing van de structuurregeling welke is uitgewerkt in het Wetsvoorstel. Een belangrijk punt uit het Wetsvoorstel vormt het voorstel waarbij de kapitaalverschaffers het laatste woord krijgen over het al dan niet vrijwillig voortzetten van de structuurregeling. Een uitzondering wordt gemaakt voor vennootschappen die niet aan de criteria

voor toepassing van de structuurregeling voldoen, maar de structuurregeling wel vrijwillig toepassen. De vraag is of deze uitzondering terecht is. Gezien het feit dat blijkens het onderzoek 'Rapport inzake de toepassing van de structuurregeling; zeggenschapsverhoudingen in Nederlandse beursvennootschappen' van H.J.M.N. Honée en L. Timmerman in 1999 slechts acht van de 39 onderzochte structuurvennootschappen met een notering aan de beurs de structuurregeling vrijwillig toepasten ondanks het feit dat ze niet langer aan de criteria voor toepassing voldeden, is dit goed te verdedigen. Het Wetsvoorstel sluit in dit opzicht dan ook aan bij de praktijk en past binnen de corporate governance discussie.

*Mr. R.A.F. Timmermans  
NautaDutilh*

---