

## De invloed van het wetsvoorstel flex-BV op de benoeming van commissarissen in structuur-BV's

### Inleiding

De modernisering van het ondernemingsrecht kent drie verschillende pijlers:

1. de aanpassing van de structuurregeling;<sup>1</sup>
2. de invoering van de nieuwe titel 7.13 (vennootschap); en
3. de invoering van het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (hierna: het wetsvoorstel flex-BV).<sup>2</sup>

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel flex-BV zegt dan ook dat het wetsvoorstel flex-BV de structuurregeling onverlet laat. Nowak en Van den Ingh merken op dat deze stelling op zich juist is, maar dat dit omgekeerd niet per definitie betekent dat het herziene BV-recht niet voor structuur-BV's geldt.<sup>3</sup>

In deze bijdrage behandel ik de vraag of deze stellingen op het gebied van de benoeming van commissarissen in structuur-BV's juist zijn. Ondanks het feit dat er geen bepalingen van de structuurregeling worden gewijzigd, kunnen bepalingen van het wetsvoorstel flex-BV wel degelijk gelden voor structuur-BV's. Daarvoor schets ik een kort overzicht van de huidige regeling voor de benoeming van commissarissen in structuurvennootschappen. Vervolgens zet ik uiteen wat de door het wetsvoorstel flex-BV geboden flexibiliteit met betrekking tot de benoeming van commissarissen inhoudt.

### De benoeming van commissarissen in de structuurregeling

De structuurregeling is ingevoerd, omdat een wettelijke regeling voor het toezicht op het bestuur van meer belang werd geacht naarmate de door de rechtspersoon gedreven onderneming in omvang en daarmee maatschappelijke betekenis groeide en de doeltreffendheid van het toezicht van de algemene vergadering verzwakte.<sup>4</sup> De invoering van de structuurregeling betekent, kort gezegd, dat de invloed van de algemene vergadering afneemt ten gunste van een uitbreiding van de rol van de ondernemingsraad, waarbij het toezicht op de vennootschap door een onafhankelijk orgaan dat het vennootschappelijk belang beschermt, vooropstaat.

Artikel 2:158/268 BW bepaalt dat commissarissen in de structuurvennootschap worden benoemd door de algemene vergadering op bindende voordracht van de raad van commissarissen. De algemene vergadering en de ondernemingsraad kunnen aanbevelingen doen aan de raad van commissarissen met betrekking tot de door de raad van commissarissen voor te dragen personen. Voor een derde van het aantal commissarissen geldt bovendien een versterkt aanbevelingsrecht voor de ondernemingsraad. De raad van commissarissen draagt de door de ondernemingsraad krachtens het versterkt aanbevelingsrecht aanbevolen personen vervolgens voor benoeming voor, tenzij hij bezwaar maakt tegen de aanbeveling op grond van de verwachting dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of dat de raad van commissarissen bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld.

Van een deel van de regeling van artikel 2:158/268 BW kan statutair worden afgeweken. Lid 12 van artikel 2:158/268 BW schrijft voor dat een statutenwijziging om een dergelijke afwijking te regelen, onderhevig is aan de goedkeuring van de raad van commissarissen en de ondernemingsraad.

### De benoeming van commissarissen in het wetsvoorstel flex-BV

Het wetsvoorstel flex-BV is erop gericht meer flexibiliteit te bieden bij de inrichting van de BV en daarmee het eigen karakter van de BV (ten opzichte van de NV) te benadrukken. Het wetsvoorstel flex-BV biedt ook een grotere flexibiliteit bij de benoeming van commissarissen. Het nieuwe artikel 2:252 BW bepaalt dat commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering, of, indien de statuten dat bepalen, door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (mits iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming met betrekking tot de benoeming van ten minste één commissaris). In de praktijk, en met name in joint venture-verhoudingen, is dit van belang. Ook indien een structuur-BV een joint venture is van verschillende partijen, kunnen partijen onderling de wens hebben dat iedere aandeelhouder zijn eigen commissaris benoemt. De hoogte van de omzet, een verplichte ondernemingsraad en het aantal werknemers in Nederland doen daar niet aan af.

### Invloed op de structuurregeling?

De structuurregeling geeft bijzondere regels voor structuurvennootschappen. Het is een *lex specialis* van het commune vennootschapsrecht. Voor zover de structuurregeling niet afwijkt van het nieuwe BV-recht, is het nieuwe BV-recht in beginsel van toepassing op de structuur-BV. Het is de bedoeling van de wetgever de structuurregeling niet te wijzigingen door de invoering van het wetsvoorstel flex-BV. Met betrekking tot de benoeming

---

1. Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de structuurregeling (Stb. 370), in werking getreden op 1 oktober 2004 (Stb. 405).  
 2. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2.  
 3. R.G.J. Nowak & F.J.P. van den Ingh, *Besluitvorming in het wetsvoorstel flex-BV*, TvOB 2007, p. 122.  
 4. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 3.

van commissarissen is dit verwoord in lid 1 van het nieuwe artikel 2:252 BW. Hierin staat dat de eerste zin van dit lid niet van toepassing is indien de benoeming van commissarissen overeenkomstig artikel 2:268 BW geschiedt. Het herziene BV-recht geldt op dit punt dus niet voor structuur-BV's.

De vraag rijst dan of lid 12 van artikel 2:268 BW betekent dat door middel van een statutaire afwijking van artikel 2:268 BW wel gekozen kan worden voor een benoeming van commissarissen door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Het wetsvoorstel is hier niet geheel duidelijk over. De door het vernieuwde artikel 2:252 BW geboden mogelijkheid om commissarissen te laten benoemen door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding is niet van toepassing indien de benoeming van commissarissen overeenkomstig artikel 2:268 BW geschiedt. Nadat deze beperking bij de herziening van de structuurregeling uit de wet was verdwenen, heeft de wetgever deze beperking nu juist weer opgenomen in het wetsvoorstel flex-BV, omdat het niet de bedoeling is dat de nieuwe mogelijkheid van benoeming door een bijzondere vergadering van aandeelhouders ook van toepassing is op structuur-BV's.<sup>5</sup> Niet geheel duidelijk is of de wetgever daarmee beoogt dat benoeming van commissarissen in structuur-BV's door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding überhaupt niet mogelijk is. Immers, de door lid 12 van artikel 2:268 BW geboden mogelijkheid af te wijken van de regeling van artikel 2:268 BW, blijft van toepassing. Heeft de wetgever bedoeld dat ook een afwijkende regeling op grond van lid 12 van artikel 2:268 BW niet mag inhouden dat de commissarissen worden benoemd door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding? Dat lijkt mij merkwaardig.

Eén argument tegen een beperkende uitleg van het nieuwe artikel 2:252 BW is dat de wetgever de mogelijkheid commissarissen te laten benoemen door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet lijkt te hebben willen uitsluiten bij de wijziging van de structuurregeling in 2004. De wetgever stelt:

'Al langer blijkt in de praktijk behoefte te zijn aan een mogelijkheid om van de wettelijke benoemingsregeling af te wijken. Het nieuwe lid 12 maakt die afwijkingen mogelijk indien daarover overeenstemming wordt bereikt door de ondernemingsraad, de raad van commissarissen en de algemene vergadering. De wet biedt aldus de ruimte voor maatwerk. Om er zeker van te zijn dat dit maatwerk voor een ieder kenbaar is, moeten de afspraken worden opgenomen in de statuten van de vennootschap.'<sup>6</sup>

Waarom zou deze mogelijkheid van maatwerk nu worden beperkt? Sinds de herziening van de structuurregeling wordt aangenomen dat afgeweken kan worden van de benoeming van commissarissen door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen en dat hierbij zelfs het voordien geldende coöptatiesysteem zou kunnen worden gekozen.<sup>7</sup> De wetgever bevestigt dit ook in de memorie van toelichting bij de wijziging van de structuurregeling.<sup>8</sup> Datzelfde zou mijns inziens moeten gelden voor de benoeming van commissarissen door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

Een ander argument is dat een resultaat gerealiseerd kan worden dat vergelijkbaar is met de benoeming van commissarissen door een bijzondere vergadering van aandeelhouders binnen een structuur-BV. Ik noem drie voorbeelden. Allereerst zou men, gebruikmakend van het nieuwe BV-recht, in de statuten kunnen bepalen dat alleen houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding stemrecht hebben (al dan niet alleen ten aanzien van benoemingsbesluiten). De benoeming van de commissarissen door de algemene vergadering op grond van de regeling van artikel 2:268 BW wordt daarmee *de facto* een benoeming door die vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

Ten tweede kan nog steeds in een aandeelhoudersovereenkomst een verplichting worden opgenomen voor aandeelhouders om op een bepaalde manier te stemmen, bijvoorbeeld voor de keuze van de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding ten aanzien van de benoeming van commissarissen. Het blijft ook mogelijk het aangaan van deze aandeelhoudersovereenkomst als voorwaarde voor het aandeelhouderschap of het uitoefenen van aandeelhoudersrechten te stellen.

Ten derde kunnen de statuten het benoemingsbesluit van de algemene vergadering, of de benoemingsbesluiten met betrekking tot bepaalde commissarissen, onderwerpen aan de goedkeuring van een vergadering van houders van een bepaalde soort of aanduiding.<sup>9</sup> Ook op die manier kan geen benoeming van een (bepaalde) commissaris plaatsvinden zonder dat de betreffende vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding daarmee instemt. Indien niet van artikel 2:268 BW wordt afgeweken, zou men kunnen stellen dat het onderwerpen van een benoemingsbesluit op grond van artikel 2:268 BW aan de

7. C.J. Groffen, C.W. de Monchy & J.D.M. Schoonbrood, *De nieuwe structuurwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 76.

8. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 37.

9. Vgl. H.J. de Kluiver & M. Meinema, *Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling*, WPNR (2002) 6503, p. 650; anders: Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 313.

5. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 96.

6. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 37.

voorafgaande goedkeuring van een ander vennootschappelijk orgaan in strijd is met het regime van artikel 2:268 BW, dat voorschrijft dat de benoeming van commissarissen door de algemene vergadering geschiedt. Mijns inziens had de mogelijkheid de benoeming te onderwerpen aan voorafgaande goedkeuring van een ander vennootschappelijk orgaan in dat geval expliciet uitgesloten moeten worden, zoals dat bijvoorbeeld bij de benoeming van een accountant voor het onderzoek van de jaarrekening is gedaan (art. 2:393 BW).

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Voor alle duidelijkheid: de hiervoor genoemde drie mogelijkheden kunnen worden gerealiseerd zonder dat goedkeuring door de raad van commissarissen en de ondernemingsraad nodig is. Immers, in alle drie de gevallen vindt de benoeming van de commissarissen plaats door de algemene vergadering en daarmee conform artikel 2:268 BW. Aan lid 12 van artikel 2:268 BW komt men dan niet toe.

Het hiervoor betoogde geldt overigens niet ten aanzien van het ontslag van commissarissen in structuur-BV's. De dwingende uitzondering op de regel 'de benoemer ontslaat', zoals die is opgenomen in de artikelen 2:271 en 2:271a BW, blijft ongewijzigd.

### Conclusie

Mijn conclusie is dat, na invoering van het wetsvoorstel flex-BV, op grond van lid 12 van artikel 2:268 BW in de statuten van een structuur-BV zodanig kan worden afgevoerd van artikel 2:268 BW, dat statutair wordt bepaald dat commissarissen worden benoemd door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, zodat de aandeelhouders dezelfde flexibiliteit wordt geboden als in een gewone BV.

*Mr. F.A.M. de Vries  
Clifford Chance*