

De invloed van juridische splitsing op het structuurregime



Mr. J.D.M. Schoonbrood* Mr. O.C.J. Klaver*

1. Inleiding

Als een structuurvennootschap of afhankelijke maatschappij van een structuurvennootschap bij een splitsing is betrokken, kan het verstandig zijn om bij de advisering na te gaan of de wijziging van de structuur gevolgen heeft voor het structuurregime. In dit artikel zullen we die gevolgen nader bezien. Eerst zullen we stilstaan bij de belangrijkste governance aspecten van het structuurregime en bij het feit dat het regime niet een vermogensrecht is dat bij splitsing als zodanig overgaat. Daarna volgt een analyse van een aantal situaties waarbij de wijze van splitsen invloed kan hebben op de toepassing van het structuurregime.

2. Structuurregime: governance aspecten en vennootschappelijke medezeggenschap

Een vennootschap¹ die verplicht of vrijwillig het structuurregime toepast, heeft een raad van commissarissen.² De algemene vergadering benoemt de commissarissen of wijst de voordracht af. De structuurregeling probeert een balans te vinden tussen de invloed en zeggenschap van de factor kapitaal enerzijds en arbeid anderzijds. Bij de samenstelling van die raad van commissarissen speelt dan ook de vennootschappelijke medezeggenschap een belangrijke rol. Dat betekent hier dat de werknemers via hun vertegenwoordigers in de ondernemingsraad invloed hebben op de samenstelling van dit orgaan.³ De ondernemingsraad heeft namelijk het recht om personen aan te bevelen voor alle vacatures binnen de raad van commissarissen.⁴ Voor een/derde deel van het aantal zetels in de raad van commissarissen heeft de ondernemingsraad zelfs een versterkt aanbevelingsrecht. Indien een deling van het totaal aantal zetels door drie niet tot een heel getal komt, wordt voor de berekening van het aantal zetels waarvoor dit versterkte aanbevelingsrecht geldt het naastgelegen lagere getal genomen dat wel door drie deelbaar is, welk getal vervolgens door drie wordt gedeeld.⁵ De te benoemen persoon mag geen werknemer van de vennootschap of van een van haar afhankelijke maatschappij zijn. Ook mag de te benoemen persoon niet in dienst zijn van een werknemersorganisatie betrokken bij de arbeidsvoorwaarden van dergelijke werknemers. Bovendien mogen de statuten van de vennootschap zonder goedkeuring van de raad van commissarissen en toestemming van de ondernemingsraad geen andere kwaliteitseisen stellen aan commissarissen.⁶

Dit benoemingssysteem is van toepassing op iedere structuurvennootschap, tenzij op de voet van art. 2:158/268 lid 12 BW van het benoemingssysteem is afgeweken. Dit benoemingssysteem geldt zowel bij de toepassing van het verzwakte (gemitigeerde) regime als bij de toepassing van het volledige regime. Verder geldt voor iedere structuurvennootschap dat bepaalde belangrijke besluiten van het bestuur dwingendrechtelijk onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:164/274 BW).

* Notaris respectievelijk kandidaat-notaris te Amsterdam.
(jean.schoonbrood@debrauw.com)
(olav.klaver@debrauw.com)

1. We behandelen in dit artikel de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) en de naamloze vennootschap (NV). Andere nationale rechtsvormen blijven buiten onze beschouwing.
2. We gaan in dit artikel uit van een two-tier board. Een structuurvennootschap kan ook een one-tier board hebben bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (art. 2:164a/274a BW).
3. Voor de reikwijdte van deze medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie zie F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers (vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende fusie*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 119, Kluwer 2013. Zie uitgebreid over deze medezeggenschap bij de nog niet wettelijk gereguleerde grensoverschrijdende splitsing E. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 122, Kluwer 2014, nr 7.6.3.1 en 8.7.
4. J. Roest, *Grensoverschrijdende fusie en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap*, WPNR 2007/6721, p. 708-714, is van oordeel dat het algemene (niet-versterkte) aanbevelingsrecht niet onder de Europese vennootschappelijke medezeggenschap valt. Anders Laagland t.a.p. nr. 5.4.3.2.
5. Als voorbeeld: bij een raad van commissarissen die uit vijf personen bestaat, is er één zetel waarvoor de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht heeft.
6. Volgens art. 2:158/268 lid 4 BW kunnen de statuten de kring van benoembare personen niet beperken. Echter art. 2:158/268 lid 12 BW staat het toe dat van het benoemingssysteem wordt afgeweken en ook kan van de beperking in lid 4 worden afgeweken mits met goedkeuring van de raad van commissarissen en toestemming van de ondernemingsraad. Zie hierover J.D.M. Schoonbrood, *Statuten zonder bezwaar*, Preadvies KNB 2002, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002, p. 115. Later P.J. Dortmond, *'De overheidscommissaris terug van weggeweest?'* OR 2008, 175.

De raad van commissarissen van een vennootschap met een volledig structuurregime benoemt de bestuurders van de vennootschap. Bij deze benoemingen is volgens ons geen sprake van een vergelijkbare vennootschappelijke medezeggenschap als bij de benoeming van commissarissen. Wel kan de ondernemingsraad zijn zienswijze kenbaar maken. Door de aanbevelingsrechten bij de samenstelling van de raad van commissarissen kan de ondernemingsraad in theorie indirect, dus via de raad van commissarissen, invloed hebben op de samenstelling van het bestuur. Daarnaast moet de ondernemingsraad in de gelegenheid worden gesteld advies uit te brengen over elk voorgenomen besluit tot benoeming en ontslag van een bestuurder (art. 30 WOR).⁷ Ook kan sprake zijn van informeel overleg.

Bij een vennootschap met een verzwakt structuurregime benoemt de algemene vergadering de bestuurders van de vennootschap (al dan niet uit een voordracht en al dan niet uit een beperkte kring van personen). In dat geval heeft de ondernemingsraad, althans bij een naamloze vennootschap, sedert 1 juli 2010 het recht om een standpunt te bepalen en het recht om dat standpunt toe te lichten tijdens de vergadering waarin de bestuurder wordt benoemd (hierna tezamen gemakshalve aangeduid als het spreekrecht) (art. 2:134a BW).⁸ De ondernemingsraad heeft dit spreekrecht ook bij de benoeming van commissarissen van een NV (bij een structuur-NV zelfs naast het aanbevelingsrecht) (art. 2:144a lid 1 en art. 2:158 lid 4 BW). Volgens Laagland valt dit spreekrecht ook onder de (ruime) Europese medezeggenschapsdefinitie (art. 16 Richtlijn 2005/56/EG); het zou gaan om het feitelijk effect en het zou niet relevant zijn dat op het niet-naleven van het spreekrecht geen wettelijke sanctie van toepassing is (art. 2:134a lid 1 laatste zin BW). De mening van Laagland is van belang bij grensoverschrijdende fusies en direct daaropvolgende nationale of internationale fusies (niet bij splitsingen) (art. 2:333k BW). De Europese wetgever heeft willen voorkomen dat die zeggenschap kan worden ontgaan door gebruik te maken van een verkrijgende vennootschap uit een lidstaat die geen vennootschappelijke medezeggenschap kent. Voor splitsing komen we hier op terug in paragraaf 4. Het staat voor ons niet vast of het spreekrecht gezien moet worden als een vennootschappelijk medezeggenschapsrecht waarbij de werknemers in juridische zin invloed hebben op de samenstelling van het orgaan. Als van het recht gebruik gemaakt wordt, kunnen aandeelhouders via de oproep met agenda kennisnemen van het standpunt. De algemene vergadering kan ook tijdens de vergadering luisteren naar de argumenten van de ondernemingsraad. In zekere zin kan dat invloed hebben. Bij beursvennootschappen zijn tegenwoordig echter de meeste stemmen al voor de vergadering bepaald. Wij zien het meer als het uitwisselen van visies ten aanzien van bepaalde agendapunten en daardoor meer verwijderd van de eigen (meer

pro-actieve) aanbevelingsrechten uit de structuurregeling. De wetgever kan hier wellicht duidelijkheid brengen.⁹

3. Alleen vermogen gaat over onder algemene titel. Het structuurregime niet

Het belangrijkste gevolg van een splitsing is dat vermogen onder algemene titel over gaat.¹⁰ Het gaat om een overgang van de activa en passiva die in de beschrijving als zodanig staan genoemd. De activa en passiva die over moeten gaan, hoeven niet afzonderlijk te worden opgesomd als de achterblijvende activa en passiva al volledig afzonderlijk worden beschreven. In dit laatste geval kan in de beschrijving worden volstaan met de vermelding dat het vermogen dat niet achterblijft, zal overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Als meer verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing zijn betrokken, zal een uitsplitsing van de afzonderlijke activa en passiva die overgaan wel nodig zijn. Dan kan in de beschrijving worden opgenomen dat het vermogen dat niet overgaat, zal achterblijven bij de (af)splitsende rechtspersoon.¹¹ Bij het opstellen van de beschrijving moet niet alleen gelet worden op het vermogen dat op de balans staat.¹²

Het zijn van structuurvennootschap kan niet worden aangemerkt als een vermogensrecht. Het structuurregime is ontworpen als een systeem van vennootschappelijke medezeggenschap. De toepassing van het regime is van belang voor de governance, ofwel voor de invloed van de diverse betrokken organen op de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Het kan zijn dat een vennootschap het structuurregime heeft moeten invoeren omdat aan de wettelijke criteria voor het regime werd

7. Het betreft de bestuurder in de zin van de WOR (art. 1 lid 1 (e) WOR en dat hoeft niet de statutaire bestuurder te zijn. Zie hierover F.G. Laagland, t.a.p. 160 - 162 en 168 -169.
8. Als bijvoorbeeld van een gewone aanbeveling door de ondernemingsraad geen gebruik wordt gemaakt, kan de ondernemingsraad het spreekrecht gebruiken om de algemene vergadering te beïnvloeden opdat aandeelhouders niet voor de voordracht van de raad van commissarissen stemmen. Zie aldus ook Laagland t.a.p. p. 157.
9. Zie hierover ook Laagland (t.a.p. nr. 8.4) die zelf niet lijkt te twifelen over de kwestie maar het toch verstandig vindt dat de Nederlandse wetgever expliciet vastlegt dat het spreekrecht onder het Europese medezeggenschapsbegrip valt.
10. In beginsel omdat hoogstpersoonlijke vermogensrechten bijvoorbeeld bepaalde vergunningen niet over gaan.
11. Deze wijze van beschrijven volgt uit de MvT, *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 702, nr. 3, p. 10-11.
12. Art. 2:334s BW is van toepassing als niet bepaald kan worden wie de rechthebbende is. Over overgang van werknemers (arbeidsovereenkomsten) en de inhoud van de beschrijving gelet op art. 7:662 juncto art. 2:334j BW, H. Koster, *De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 2009, deel 68, nr. 12.4.

voldaan.¹³ Het kan ook zijn dat een vennootschap het regime vrijwillig heeft ingevoerd. Vrijwillige invoering is mogelijk als bij de vennootschap of een van haar afhankelijke maatschappijen een ondernemingsraad is ingesteld waarop de bepalingen van de Wet op de ondernemingsraden van toepassing zijn. De kwalificatie ‘structuurvennootschap’ kleeft aan de rechtspersoon, is hoogstpersoonlijk en is geen overgankelijk recht of systeem. Er is geen rechtsgrondslag aan te wijzen voor de overgang van het regime en ook niet voor een overgang of voortzetting van een inlooperperiode (art. 2:154/264 lid 1 BW).¹⁴

4. Bij splitsing geen waarborg behoud structuurregime. Situatie na splitsing relevant

Bij een splitsing en nationale fusie zijn geen wettelijke waarborgen in de procedures ingebouwd om het structuurregime als vorm van vennootschappelijke medezeggenschap voor werknemers te bewaken. Bij een grensoverschrijdende fusie moet zoals in paragraaf 2 genoemd wel rekening worden gehouden met de regelingen tot behoud van de vennootschappelijke medezeggenschap (art. 16 Richtlijn 2005/56/EG en art. 2:333k BW). Met de regelingen wil men bereiken dat niet op eenvoudige wijze aan de vennootschappelijke medezeggenschap kan worden getornd door bijvoorbeeld een structuurvennootschap te laten fuseren met een vennootschap opgericht in een land dat geen vennootschappelijke medezeggenschap kent. Men gebruikt hiervoor wel de term ‘het voor en na-beginsel’.¹⁵ Dat beginsel brengt tot uitdrukking dat het hoogste niveau van medezeggenschap dat voor de fusie bij een van de fuserende vennootschappen bestaat, in beginsel bepalend is voor het medezeggenschapssysteem waaraan de verkrijgende vennootschap zal zijn onderworpen. Als in dat geval de algemene vergaderingen niet vrijwillig kiezen voor het zwaarste regime, zal met een bijzondere onderhandelingsgroep als vertegenwoordiger van de werknemers onderhandeld moeten worden over de bij de fusie te implementeren vennootschappelijke medezeggenschap.¹⁶ Als de onderhandelingen mislukken, zal bij fusie ook het systeem worden toegepast waarin de werknemers de grootste invloed hebben op de samenstelling van de raad van commissarissen.

De Nederlandse wet kent een anti-misbruikbepaling om te voorkomen dat na de grensoverschrijdende fusie aan het systeem van vennootschappelijke medezeggenschap kan worden ontkomen door weer een fusie aan te gaan (art. 2:333k lid 15 BW). Als een Nederlandse vennootschap binnen drie jaar na het van kracht worden van de grensoverschrijdende fusie deelneemt aan een nationale of internationale juridische fusie, zal wederom de procedure tot vaststelling van de vennootschappelijke medezeggenschap (art. 2:333k BW) gevolgd moeten worden. De wet geeft echter geen specifieke regeling voor het behoud van medezeggenschapsregelingen in het

geval een (grensoverschrijdende) fusie wordt gevolgd door een splitsing.¹⁷

Bij een nationale splitsing en fusie is meestal geen sprake van conflicterende systemen van vennootschappelijke medezeggenschap. Er is geen specifieke

13. De drie criteria zijn (i) geplaatst kapitaal met reserves volgens balans en toelichting ten minste 16 miljoen euro (het grensbedrag), (ii) bij vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen zijn tezamen in de regel meer dan 100 werknemers in Nederland werkzaam en (iii) bij de vennootschap of een afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting is een ondernemingsraad ingesteld (art. 2:153/263 lid 2 BW). Opgaaf aan handelsregister is dan verplicht en na verloop van drie jaar (inlooperperiode) wordt het regime van toepassing. Binnen twee maanden na vaststelling jaarrekening waaruit blijkt dat aan de criteria wordt voldaan, moet de opgaaf worden gedaan (art. 2:153/263 lid 1 BW). Zo is er ook een uitlooperperiode van drie jaar als niet langer aan de criteria wordt voldaan (art. 2:154/264 lid 2 BW).
14. Aldus voor de vraag of de structuurregeling door fusie en grensoverschrijdende fusie overgaat in dezelfde zin F.G. Laagland t.a.p., p. 151. En Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 530 die ook duidelijk stellen dat bij splitsing de rechtsovergang onder algemene titel niet meebrengt dat het structuurregime overgaat naar een verkrijgende niet-structuurvennootschap. Na splitsing zal de situatie opnieuw moeten worden bezien. Anders W.W. de Nijs Bik. *De nieuwe structuurregeling*, Kluwer, 2004, p. 21, waarin hij van mening was dat de verkrijgende vennootschap ook het reeds verstreken deel van de inlooperperiode verkrijgt. Later wijzigde zijn mening “*Ik zou toch willen aannemen dat het structuurregime noch de inlooperperiode vaarbaar zijn voor overgang onder algemene titel.*” W.W. de Nijs Bik, *De structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance*, 2014 ONR6, par. 2.3.
15. Zie over de ‘before/after’ benadering, H.J. de Kluiver, *De Europese vennootschap*, preadvies van de vereniging handelsrecht, p. 6. De hoofdregel bij een grensoverschrijdende fusie is dat het recht van de statutaire zetel van de verkrijgende vennootschap bepalend is. Er zijn drie uitzonderingen waarin de hoofdregel niet geldt en onderhandelingen volgen over de vorm van de medezeggenschap. De tweede uitzondering is gebaseerd op het voor en na-beginsel (art. 16 lid 2 (a) Richtlijn 2005/56/EG en art. 2:333k lid 3 (b) BW). Zie hierover Laagland, t.a.p. nr. 3.5.4. en dat deze uitzondering in de Nederlandse wet verkeerd is geïmplementeerd waardoor discussie kan bestaan over het spreekrecht t.a.p. 8.4.
16. Voor het zwaarste regime ofwel de leer van de ‘hoogste doctrine’ waarbij uitgegaan wordt van een kwantitatieve benadering en niet van een kwalitatieve benadering, zie art. 16 Richtlijn 2005/56/EG, art. 2:333k lid 13 BW en art. 1.31 Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen. Over de samenstelling van de BOG (de bijzondere onderhandelingsgroep) zie art. 1.9 Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen.
17. Als men een door Nederlands recht beheerste grensoverschrijdende splitsing van een vennootschap met vennootschappelijke medezeggenschap mogelijk acht kan die zeggenschap ten gevolge van de grensoverschrijdende splitsing verloren gaan. Zie hierover Roelofs t.a.p. nr. 7.6.3.1. Wij menen dat een dergelijke splitsing nog niet alle rechtsgevolgen kan hebben van een nationale splitsing.

regeling als waarborg voor het structuurregime of voor een systeem van vennootschappelijke medezeggenschap uit een andere lidstaat, tenzij zoals hiervoor gemeld eerder sprake was van een grensoverschrijdende fusie (art. 2:333k lid 15 BW). Een systeem tot behoud van het regime zoals bij een grensoverschrijdende fusie lijkt bij een nationale fusie en splitsing niet nodig; er kan geen sprake zijn van ‘country-shopping’, er kan niet gekozen worden uit verschillende medezeggenschapssystemen en de gevolgen voor het structuurregime vloeien voort uit de wettelijke regeling zoals het niet meer voldoen aan de wettelijke criteria of een vrijstelling.¹⁸ Het voor grensoverschrijdende gevallen genoemde ‘voor en na-beginsel’ is niet van toepassing. Het structuurregime kan bij een nationale splitsing en fusie worden uitgeschakeld. Afhankelijk van de wijze waarop de splitsing wordt uitgevoerd, kan zelfs bereikt worden dat geen van de vennootschappen meer kwalificeert en dat een opgaaf aan het handelsregister achterwege kan blijven.

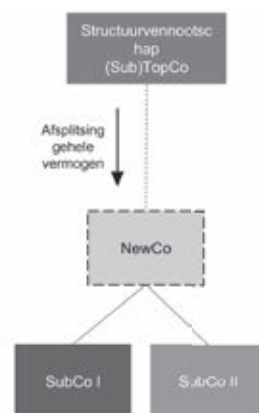
Hierbij past nog de opmerking dat voor een splitsing meestal advies aan de ondernemingsraad gevraagd moet worden (art. 25 WOR). In de praktijk worden in dergelijke gevallen soms afspraken gemaakt met de ondernemingsraad over een voortzetting van zijn invloed op de vennootschappelijke medezeggenschap. Als een voorgenomen splitsing alleen wordt voorgesteld om van het structuurregime af te komen of om de inlooperperiode van drie jaar tijdig af te breken zonder dat er verder zakelijke overwegingen zijn, zal het voorgenomen besluit al snel kennelijk onredelijk zijn. Mogelijk kan hier ook sprake zijn van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Dat kan gezien worden als ‘fraus legis in civilibus’ indien uitsluitend het doel van de splitsing is het verijdelen van de werking van de dwingendrechtelijke bepalingen uit de structuurregeling.¹⁹

Bij een herstructurering van een structuurvennootschap, bij een fusie en dus ook bij een splitsing zal men op eventuele gevolgen voor het regime moeten letten. De situatie na splitsing is daarvoor relevant. Het resultaat van een splitsing kan divers zijn. Het kan zijn dat niet meer aan de criteria wordt voldaan, dat meer vennootschappen aan de criteria (gaan) voldoen met een nieuwe inlooperperiode, dat een vrijstellingsmogelijkheid ontstaat, dat een bestaande vrijstelling komt te vervallen, dat een verzwakt regime direct wijzigt in een volledig regime, dat een vrijwillige toepassing direct komt te vervallen of dat een ontheffing van het regime zonder meer wenselijk zal zijn. De gevolgen voor het regime kunnen soms worden beïnvloed door vrijwillige toepassing van het regime op een hoger niveau. In dat geval zullen afhankelijke maatschappijen die aan de criteria voldoen, direct zijn vrijgesteld.

Hieronder gaan we op een aantal splitsingsvarianten nader in.

5. Enkele splitsingsvarianten en de invloed daarvan op het structuurregime

5.1. Topvennootschap of subholding met volledig structuurregime splitst gehele vermogen af naar een nieuwe subholding



Deze splitsing wordt wel aangeduid met de term ‘hybridische’ splitsing. Als bij een splitsing het gehele vermogen overgaat, is volgens de definitie van art. 2:334a lid 2 BW sprake van een zuivere splitsing en zal de splitsende rechtspersoon ophouden te bestaan (art. 2:334c lid 1 BW). In dit geval is sprake van een afsplitsing omdat de splitsende vennootschap blijft bestaan. De wet staat de afsplitsing van het gehele vermogen toe mits ten minste een verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing wordt opgericht en de splitsende rechtspersoon daarvan alle aandelen verkrijgt (art. 2:334c lid 2 BW). De splitsende rechtspersoon ruilt in feite haar totale vermogen in voor aandelen in de verkrijgende vennootschap. Economisch gezien blijft het vermogen van de splitsende vennootschap op peil.

Deze splitsing heeft in beginsel geen invloed op de criteria van het structuurregime op het niveau van de splitsende vennootschap. Het vermogen van de verkrijgende vennootschap komt namelijk terug onder de post deelneming op de balans van de

18. Vreemde structuren kunnen ontstaan. Als bij een grensoverschrijdende fusie een ander systeem van vennootschappelijke medezeggenschap dan het wettelijke structuurregime van toepassing wordt op de verkrijgende holding zal een structuurregime dat al van toepassing was op een afhankelijke maatschappij van die holding niet kunnen worden doorgehaald; deze vennootschap is immers geen afhankelijke maatschappij van een holding met een structuurregime geworden (art. 2:153/263 lid 3a BW). Bij het bepalen van een vrijstelling van het structuurregime wordt dus geen rekening gehouden met andere systemen van vennootschappelijke medezeggenschap in een groep.

19. Aldus ten aanzien van een uitkering: de president van de Rechtbank Alkmaar 15 december 1976, *NJ* 1978, 319. De uitkering had als doel te ontkomen aan het grensbedrag van de structuurregeling. Deze vorm van wetsontduiking werd nietig geacht.

splitsende vennootschap. De verkrijgende vennootschap geldt als een afhankelijke maatschappij van de splitsende vennootschap (art. 2:152/262 BW). De werknemers en ondernemingsraad van de afhankelijke maatschappij worden voor de vaststelling of aan de criteria van het structuurregime wordt voldaan toegerekend aan de splitsende vennootschap.

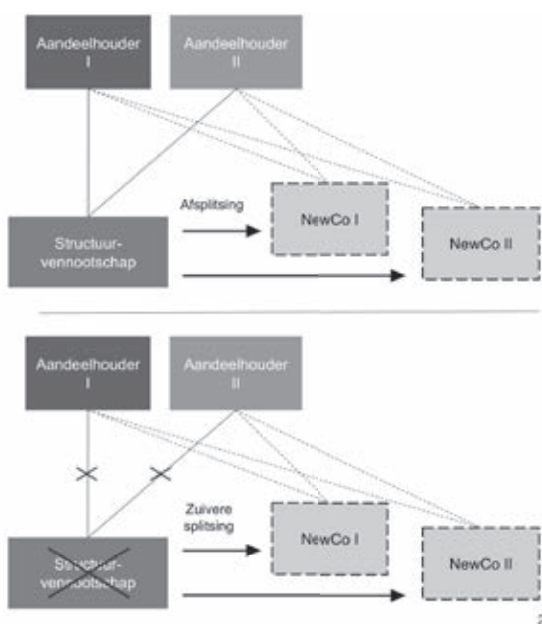
Heeft de splitsing dan helemaal geen invloed? Wellicht kan een vrijstelling van toepassing worden? Als de topvennootschap of subholding geen operationeel vermogen meer heeft en alleen de deelneming beheert, kan de internationale holdingvrijstelling van toepassing zijn (art. 2:153/263 lid 3 sub b BW). De wet stelt als voorwaarden dat de splitsende vennootschap de werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend beperkt tot het beheer en de financiering van groepsmaatschappijen en dat de werknemers in dienst van de vennootschap en haar groepsmaatschappijen in meerderheid werkzaam zijn buiten Nederland.²⁰ Als een vennootschap die dwingendrechtelijk het volledige regime toepast een beroep op een vrijstelling of een beroep op het verzwakte regime kan doen, moet men opletten. Een overgang naar een vrijstelling en een overgang vanuit een volledig regime naar een verzwakt regime kunnen sinds 1 oktober 2004 niet meer onmiddellijk zonder nadere besluitvorming worden gemaakt.²¹ Het bestuur moet dan in de eerstvolgende algemene vergadering nadat is vastgesteld dat aan de voorwaarden voor een vrijstelling of voor een toepassing van het verzwakte regime wordt voldaan, aan de algemene vergadering het voorstel doen om de wijze van benoeming van bestuurders en/of commissarissen te wijzigen. In dit voorbeeld, waarbij het gaat om de internationale holdingvrijstelling, zal het bestuur drie keuzes aan de algemene vergadering voorleggen, namelijk (i) handhaven van het volledige regime, (ii) afschaffen van het structuurregime of (iii) overgaan naar de toepassing van het verzwakte regime (art. 2:154 lid 4/264 lid 4 BW).²² Voor het verzwakte regime kan in dit geval ook worden gekozen omdat de meerderheid van de werknemers van de vennootschap en groepsmaatschappijen in het buitenland werkzaam is. Over dit voorstel wordt door de algemene vergadering met volstrekte meerderheid besloten ook al kennen de statuten een grotere meerderheid. De algemene vergadering kan hier verder niet in worden beperkt (art. 2:154 lid 4/264 lid 4 BW). Hetzelfde geldt voor het besluit tot wijziging van de statuten om daarin de gemaakte keuze vast te leggen (art. 2:154 lid 5/264 lid 5 BW). Uiterlijk twaalf maanden na de keuze zal het voorstel tot statutenwijziging moeten worden voorgelegd aan de algemene vergadering en het besluit kan met volstrekte meerderheid worden genomen.²³ Wil men nog andere wijzigingen in de statuten aanbrengen, dan gelden de statutaire voorschriften en beperkingen wel voor een besluit tot die wijzigingen. De ondernemingsraad zal om advies gevraagd moeten worden.

Als de algemene vergadering kiest voor het afschaffen van het structuurregime op het niveau van de topvennootschap of subholding, dan kan dat gevolgen hebben voor haar afhankelijke maatschappijen. Die maatschappijen genieten zolang zij afhankelijke maatschappij zijn van een structuurvennootschap van een vrijstelling van het structuurregime (art. 2:153/263 lid 3 sub a BW). Nadat het structuurregime uit de statuten van de topvennootschap is gehaald, zal voor elke afhankelijke maatschappij beoordeeld moeten worden of aan de criteria voor het structuurregime wordt voldaan. In dit geval zal de nieuwe subholding (de verkrijgende vennootschap) meestal aan de criteria voldoen. Dat dient dan te worden opgegeven aan het handelsregister en na drie jaar onafgebroken inschrijving zal deze vennootschap haar statuten moeten aanpassen aan het structuurregime. Het is ook mogelijk dat andere afhankelijke maatschappijen aan de criteria voldoen en daarvan opgaaf moeten doen aan het handelsregister. Bij de nieuwe subholding zal in dit voorbeeld normaliter het verzwakte regime van toepassing zijn omdat de meerderheid van de werknemers in de groep buiten Nederland werkzaam is.²⁴ Als in dit geval het volledige regime in de statuten van de nieuwe subholding wordt opgenomen, zal dat vrijwillig worden gedaan. De vennootschappen waarvan de nieuwe subholding de aandelen houdt, zullen als afhankelijke maatschappij van de structuurvennootschap (weer) gebruik kunnen maken van de vrijstelling van de

20. Voor de berekening van de meerderheid van de werknemers gaan wij uit van de gehele groep, dus ook van groepsmaatschappijen boven of naast de vrijgestelde holding en niet alleen van aan de subholding ondergeschikte groepsmaatschappijen (dus de upstream visie). Aldus ook Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013, nr. 146 en Dortmund, *Van der Heijden Handboek NV/BV* 2013, nr. 44. De downstream visie kijkt alleen naar ondergeschikte groepsmaatschappijen. Onder andere Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 546 volgen die visie. Zij stellen dat de kwestie van theoretisch belang is omdat in de praktijk de subholding vrijwillig kiest voor het regime en daarmee andere afhankelijke maatschappijen vrijspelt van het regime. Dat hoeft onzes inziens niet het geval te zijn als ook de andere Nederlandse afhankelijke maatschappijen niet kwalificeren voor het regime.
21. Wel onmiddellijk volgens Van Olffen en Snijder-Kuipers in het Handboek notarieel ondernemingsrecht, par. 7.4. (B. Bier, M. van Olffen & B. Snijder-Kuipers, deel 1 - BV en NV, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 132, Kluwer 2016 maar dat zal abusievelijk gebaseerd zijn op de oude regeling van vóór 2004.
22. Zie ook Groffen, De Monchy en Schoonbrood, *De nieuwe structuurwet*, 2004, p. 40 - 44 en Abma, Van Kleef, Lemmers en Olaerts, *De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen*, ONR9, 2017, nr. 2.16.1.
23. In de praktijk zal het voorstel tot statutenwijziging vaak direct met de keuze aan de algemene vergadering worden voorgelegd. Het kan dan zijn dat verschillende voorstellen tot statutenwijziging zijn voorbereid en voorwaardelijk zijn geagendeerd voor de vergadering. Hierover ook Abma, Van Kleef, Lemmers en Olaerts, t.a.p. nr. 2.16.1.
24. Zie over de twee tellingen die mogelijk nodig zijn: Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013, nr. 147.

verplichtingen onder het structuurregime. Als die afhankelijke maatschappijen ook aan het handelsregister hebben opgegeven dat zij aan de criteria voldoen dan zullen zij het regime na de inlooperperiode van drie jaar niet hoeven op te nemen omdat zij daarna vrijgestelde afhankelijke maatschappij van de subholding zullen zijn. De volgorde van de opgaaf bij het handelsregister en de timing kan daarbij een rol spelen. De opgaafverplichtingen bij de afhankelijke maatschappijen en de subholding ontstaan niet als men op het niveau van de subholding direct kiest voor een vrijwillige toepassing van het structuurregime.

5.2. Horizontale evenredige splitsing door structuurvennootschap naar een of meer nieuwe vennootschappen



Bij deze splitsing worden de aandeelhouders van de splitsende vennootschap op een evenredige wijze aandeelhouder in de op te richten verkrijgende vennootschappen (art. 2:334hh lid 2 BW). Deze structuurwijziging kan onzes inziens ook tot stand worden gebracht als de splitsende vennootschap maar één aandeelhouder heeft.²⁵ De splitsende vennootschap kan blijven bestaan (afplitsing) maar kan ook ophouden te bestaan (zuivere splitsing).

Als de splitsende vennootschap een structuurvennootschap is en bij de splitsing ophoudt te bestaan, verdwijnt het structuurregime door de splitsing. Zoals hiervoor aangegeven, is het structuurregime geen vermogensrecht en gaat door een splitsing niet onder algemene titel over. De verkrijgende rechtspersonen kunnen wel aan de structuurcriteria gaan voldoen. Als dat het geval is, zal daarvan opgaaf gedaan moeten worden aan het handelsregister (art. 2:153/263 lid 1 BW). De inlooperperiode van drie jaar gaat dan lopen.²⁶ De vennootschap dient uiterlijk na een onafgebroken periode van inschrijving van de

opgaaf bij het handelsregister de statuten aan te passen aan de structuurwetgeving.

Als de splitsende vennootschap een vennootschap is die verplicht onderworpen was aan het structuurregime en bij de (af)splitsing blijft voortbestaan, zal het structuurregime nog steeds in de statuten van de splitsende vennootschap staan. Om de gevolgen voor het structuurregime voor de splitsende vennootschap te kunnen beoordelen, zal gekeken moeten worden of na de splitsing nog aan de criteria wordt voldaan. Als dat niet meer het geval is dan zal een uitlooperperiode van drie jaar gaan lopen en zal het regime pas eindigen drie jaar na de (onafgebroken) doorhaling bij het handelsregister. Als het regime voor die tijd abusievelijk al uit de statuten is gehaald, zal het regime toch nog van toepassing zijn totdat de uitlooperperiode is geëindigd. Voor de notaris die bij de statutenwijziging is betrokken is het van belang om hier goed op te letten. Als de statuten wel abusievelijk zijn gewijzigd dan kan een besluit tot benoeming van een bestuurder op basis van die statuten door het verkeerde orgaan zijn genomen; bijvoorbeeld door de in de statuten aangewezen algemene vergadering terwijl wettelijk gezien vanwege de uitlooperperiode de raad van commissarissen nog bevoegd was. We hebben dan te maken met een nietige benoeming, ook in het geval de raad van commissarissen in de statuten is geschrapt. De ongeldigheid van het besluit kan aan de benoemde bestuurder worden tegengeworpen (art. 2:16 lid 2 BW). Als de benoemde bestuurder het gebrek in het besluit kende noch behoefde te kennen, vergoedt de vennootschap diens schade. Als deze bestuurder in het handelsregister is ingeschreven en inmiddels de vennootschap heeft vertegen-

25. G.C. van Eck en E.R. Roelofs, *Nog één keer de evenredige splitsing: toepassing evenredige splitsing met enig aandeelhouder*, JBN 2012 (5) twijfelen kennelijk mede gebaseerd op een grammaticale uitleg.

26. In de Smurfit Kappa uitspraak werd een divisie vervreemd en kwam een eerder vrijgestelde afhankelijke maatschappij in handen van een andere aandeelhouder. Het standpunt dat het concern zich door opsplitsing (het lijkt een feitelijke herstructurering en niet een juridische splitsing) niet gedurende drie jaar kan ontdoen van het regime werd door de rechter verworpen. De voorzieningenrechter eindigt met de volgende woorden: “De wetgever had het anders kunnen regelen en in artikel 264 expliciet kunnen bepalen dat de “inlooperperiode” van drie jaar niet geldt als een voorheen afhankelijke vennootschap op eigen benen komt en zij zelfstandig voldoet aan de wettelijke eisen van het structuurregime, maar zo is de wet nu eenmaal niet geredigeerd.” (Rb. Noord-Nederland 25-05-2016, RO 2016/50 (ECLI:NL:RBNNE 2016:2427)).

woordigd, zal de vennootschap jegens de onkundige wederpartij wel gebonden kunnen zijn (art. 2:6 lid 3 BW en art. 25 lid 1 Handelsregisterwet 2007).²⁷

Stel dat de gehele onderneming van de splitsende vennootschap inclusief alle aandelen in de afhankelijke maatschappijen bij deze vorm van splitsing is overgegaan en de splitsende vennootschap alleen nog wat liquide middelen overhoudt, dan ontstaat hier een merkwaardige situatie. De werknemers zullen zijn overgegaan (art. 7:663 BW) en de ondernemingsraad bij de verkrijgende vennootschappen of bij hun afhankelijke maatschappijen zal niet meer toegerekend worden aan de splitsende vennootschap. De splitsende vennootschap moet nog wel gedurende drie jaar de raad van commissarissen aanhouden. Maar er is geen ondernemingsraad meer die de rechten tot aanbeveling kan uitoefenen bij de benoeming van commissarissen. In dit geval zal het systeem van benoeming onzes inziens toch gevolgd kunnen worden maar dan zonder de aanbevelingsrechten van een ondernemingsraad. In een dergelijk geval zal de splitsende vennootschap meestal geen behoefte meer hebben aan een raad van commissarissen. De splitsende vennootschap kan ontkomen aan de verplichting om een raad van commissarissen aan te houden door een ontheffingsverzoek in te dienen bij de Minister van Veiligheid en Justitie (art. 2:156/266 BW). De Sociaal-Economische Raad (SER) zal dan worden gehoord. De ontheffing van alle bepalingen van de structuurregeling kan dan worden verleend onder beperkingen en er kunnen allerlei voorschriften aan worden verbonden. In de praktijk zien we dat ook voor dit soort gevallen gebeuren. Voorschriften of beperkingen die aan de ontheffing worden verbonden zijn dan onder meer dat (i) de ontheffing onmiddellijk vervalt als weer aan de criteria wordt voldaan (zonder inlooperperiode) en (ii) eventuele commissarissen slechts worden benoemd onder de beperkende voorwaarde dat zij aftreden uiterlijk zes maanden nadat de ontheffing vervalt.²⁸ De laatste voorwaarde geeft een overgangsregeling die de vennootschap (en de in functie zijnde commissarissen) tijd geeft om commissarissen te laten benoemen conform de structuurregeling. Er kan dus ook ontheffing worden verkregen van de toepassing van de bepaling waarbij bepaalde besluiten van het bestuur onderworpen zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:164/274 juncto art. 156/266 BW). Als sprake is van een volledig structuurregime zal bij mogelijk ontbreken van de raad van commissarissen ook ontheffing gevraagd moeten worden voor de wijze waarop de bestuurders worden benoemd (art. 2:162/272 juncto art. 2:156/266 BW). Bij een verzwakt regime is dit laatste niet nodig omdat de bestuurders dan worden benoemd door de algemene vergadering.

Als een splitsende vennootschap onder het structuurregime valt en de onderneming met alle werknemers horizontaal afsplitst, zal bij de splitsende

vennootschap geen behoefte meer zijn aan het handhaven van de raad van commissarissen. Is er nog een andere mogelijkheid dan de ontheffing via de SER om al in de uitlooperperiode met minder of zelfs zonder commissarissen verder te kunnen? Waarom zou hier niet anticiperend op de splitsing gebruik gemaakt kunnen worden van de uitzondering genoemd in lid 12 van art. 2:158/268 BW? Dat artikel laat namelijk toe dat kan worden afgeweken van de regel dat de raad van commissarissen bestaat uit ten minste drie leden (art. 2:158/268 lid 2 BW). Een afwijking in de statuten is alleen mogelijk met toestemming van de ondernemingsraad en de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen. Als het volledige structuurregime van toepassing was, kan in ieder geval – anders dan bij een ontheffing van de SER – niet worden afgeweken van het recht van de raad van commissarissen om bestuurders te benoemen. Er moet dus ten minste één commissaris zijn om dat recht te kunnen uitoefenen. De ondernemingsraad is na splitsing niet meer verbonden aan een afhankelijke maatschappij van de splitsende vennootschap en kan niet meer worden toegerekend aan de splitsende vennootschap. Wellicht zou voor de splitsing aan de (oude) ondernemingsraad toestemming kunnen worden gevraagd voor de wijziging van de statuten van de splitsende vennootschap bij de splitsing. Een statutaire aanpassing van het aantal zetels van de raad naar één in plaats van drie lijkt mogelijk. Zou in de statuten niet ook een facultatieve raad van commissarissen kunnen worden opgenomen zodanig dat de algemene vergadering met instemming van de commissarissen een besluit kan nemen tot het opheffen van de raad? Dat besluit zou pas in werking moeten treden zodra dat openbaar is gemaakt bij het handelsregister en onder de voorwaarde dat niet weer binnen de uitlooperperiode aan de structuurcriteria wordt voldaan. De gedachte kan zijn dat later ook weer een besluit bij het handelsregister kan worden gedeponneerd waarbij de raad van commissarissen weer wordt ingesteld zodra weer aan de criteria wordt voldaan. Het lijkt een aantrekkelijke route om direct zonder commissarissen verder te kunnen. Het is echter de vraag of dat in het systeem voor structuurvennootschappen past, aangezien in lid 1 van art. 2:158/268 BW een raad van commissarissen dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Wat gebeurt bovendien met de wetsbepaling waarbij bepaalde besluiten van het bestuur onderworpen

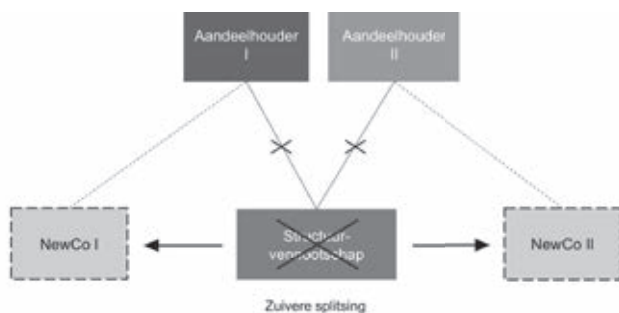
27. Ook kan de algemene vergadering commissarissen hebben benoemd zonder naleving van de wettelijke voordrachtsrechten. Dat besluit, genomen door het juiste orgaan, is nietig maar kan achteraf door de raad van commissarissen worden bekrachtigd (art. 2:14 lid 2 BW). Als er geen raad van commissarissen meer is, zal die eerst moeten worden geïnstalleerd. We gaan hier voorbij aan de rechten van een eventueel nog aanwezige ondernemingsraad.

28. Zie B.H.A. van Leeuwen, *Ontheffingen structuurregime opnieuw in kaart gebracht*, TOP 2015 (7).

zijn aan de goedkeuring van de raad van commissarissen (art. 2:164/274 BW)? Zonder ontheffing van de SER blijft die bepaling van toepassing.

Als de splitsende vennootschap zich vrijwillig onderworpen heeft aan het structuurregime ontstaat door deze splitsing een andere situatie. Een afsplitsende vennootschap die niet aan de criteria van het structuurregime voldoet, kan toch de wijze van benoeming en ontslag van commissarissen en ook bestuurders regelen overeenkomstig de structuurwetgeving. Als enige voorwaarde geldt dat de vennootschap of een van haar afhankelijke maatschappij een ondernemingsraad heeft ingesteld waarop de bepalingen van de Wet op de ondernemingsraden van toepassing zijn. In dit geval zal door de afsplitsing de ondernemingsraad niet meer kunnen worden toegerekend aan de splitsende vennootschap. In feite houdt de ondernemingsraad voor de splitsende vennootschap op te bestaan en is sprake van een vergelijkbare situatie als bedoeld in art. 2:157/267 lid 1 BW. Dat betekent dat de structuurregeling in de statuten van de splitsende vennootschap haar gelding direct verliest. Voor de benoeming van commissarissen zal dus de procedure van een klassieke vennootschap gevolgd moeten worden zonder aanbevelingsrechten vanuit de ondernemingsraad (art. 2:142/252 BW). De statuten zijn op dat punt achterhaald en bepalingen omtrent het structuurregime hebben geen werking meer. Hetzelfde geldt voor een benoeming van de bestuurders indien eerder vrijwillig werd gekozen voor het volledige structuurregime. Benoeming van bestuurders loopt dan niet meer via de raad van commissarissen maar via de algemene vergadering. Ook hier zal een benoeming door het verkeerde orgaan nietig zijn. Een notaris die bij dergelijke benoemingen is betrokken zal op zijn hoede moeten zijn.

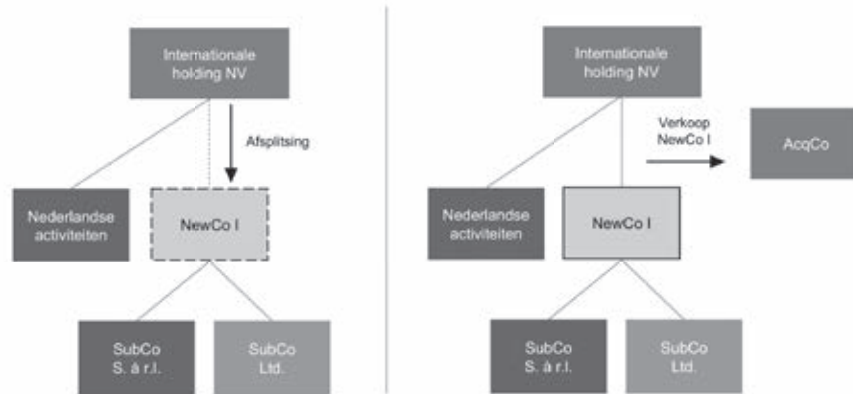
5.3. Zuivere splitsing van een vennootschap met volledig structuurregime in de vorm van aandeelhoudersplitsing



Stel dat de splitsende vennootschap twee aandeelhouders heeft die niet langer met elkaar door een deur kunnen. Een van de aandeelhouders wil verder met de onderneming en deelnemingen en de andere aandeelhouder met de beleggingen. Dan kan gebruik gemaakt worden van de aandeelhoudersplitsing

van art. 2:334cc BW (ook wel genoemd ruziesplitsing). In dit voorbeeld is het volledige structuurregime van toepassing op de splitsende vennootschap. Het verzwakte regime was oorspronkelijk beoogd maar de aandeelhouders zijn nimmer kunnen komen tot de vereiste onderlinge regeling tot samenwerking als bedoeld in art. 2:155a/265a lid 1 sub a BW. De ruziesplitsing heeft tot gevolg dat bij de splitsing twee verkrijgende vennootschappen worden opgericht. De wettelijke hoofdregel dat iedere aandeelhouder van de splitsende vennootschap aandeelhouder wordt van elke verkrijgende vennootschap wordt hier doorbroken (art. 2:334e lid 1 juncto lid 3 BW). Iedere aandeelhouder gaat bij deze splitsing verder met zijn eigen verkrijgende vennootschap, de een met daarin ondernemingsactiviteiten en de ander met beleggingen. Bij een aandeelhoudersplitsing is sprake van een zuivere splitsing. Aandeelhouders worden uit elkaar gehaald. De splitsende vennootschap houdt op te bestaan en het volledige structuurregime komt ook te vervallen. Voor de vraag of de structuurregeling gevolgen heeft voor de verkrijgende vennootschappen zal gekeken moeten worden of zij aan de criteria voldoen. Voor de vennootschap met de beleggingen zal gelden dat die niet 100 of meer werknemers heeft en daar zal waarschijnlijk ook geen ondernemingsraad zijn betrokken. Voor de vennootschap met de onderneming zal kunnen gelden dat aan de criteria wordt voldaan. De eerder besproken drie-jaarsperiode kan na opgaaf aan het handelsregister gaan lopen. In de praktijk worden bij herstructureringen regelmatig nadere afspraken (convenanten) gemaakt met de betrokken ondernemingsraden. Een splitsing zal meestal niet de bedoeling hebben om te ontkomen aan het structuurregime en om de werknemers hun vennootschappelijke medezeggenschap te onthouden. De ondernemer kan met de betrokken ondernemingsraad overeenkomen dat bij de verkrijgende vennootschap direct vrijwillig het structuurregime wordt ingesteld. Wij menen dat dat bij een vennootschap die bij de splitsing of fusie wordt opgericht direct in de statuten kan worden opgenomen. De ondernemingsraad die aan de onderneming is verbonden kan direct door en bij het van kracht worden van de afsplitsing van die onderneming worden toegerekend aan de vennootschap die bij de splitsing wordt opgericht. Bij een oprichting die niet bij fusie of splitsing plaatsvindt kan dat onzes inziens alleen als bijvoorbeeld de aandelen in de deelneming (met daarin een ondernemingsraad) direct in de akte van oprichting ten titel van inbreng worden geleverd. In dat geval heeft de vennootschap die is opgericht direct een ondernemingsraad die via de deelneming als afhankelijke maatschappij kan worden toegerekend. Als deze route wordt gevolgd kan het structuurregime ook direct vrijwillig in de statuten die zijn neergelegd in de akte van oprichting worden opgenomen (art. 2:157/267 lid 1 BW).

5.4. Afsplitsing van het buitenlandse concernonderdeel (buitenlandse deelnemingen) door een internationale holding NV (vrijstelling of gekozen voor verzwakt structuurregime) naar een Newco direct gevolgd door verkoop van de aandelen in Newco aan een derde.



Bij een verkoop van een bedrijfsonderdeel wordt regelmatig eerst het bedrijfsonderdeel via een splitsing ondergebracht in een nieuwe vennootschap en vervolgens worden de aandelen van die nieuwe vennootschap verkocht en geleverd. De splitsing zelf zal in dit geval meestal nog geen gevolgen hebben voor het structuurregime omdat het bedrijfsonderdeel na splitsing nog tot de groep behoort.

Het afstoten van het bedrijfsonderdeel kan wel gevolgen hebben voor het structuurregime. Op de holding kon de vrijstelling van internationale holding als bedoeld in art. 2:153/263 lid 3 sub b BW van toepassing zijn (namelijk uitsluitend of nagenoeg uitsluitend beheren en financieren en meerderheid werknemers van de NV/BV en groepsmaatschappijen buiten Nederland). In dit geval kan ook het verzwakte regime van toepassing zijn. Het afstoten van het bedrijfsonderdeel leidt ertoe dat de werknemers die in het buitenland werkzaam zijn, meegaan naar de koper. Voor de NV/BV betekent dit dat niet meer wordt voldaan aan het criterium dat de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is. Er zal geen sprake meer zijn van een vennootschap die aangemerkt kan worden als internationale holding. De internationale holdingvrijstelling vervalt en als aan de criteria voor het structuurregime wordt voldaan ontstaat de opgaafplicht gevolgd door de inlooperperiode. Als op de holding het verzwakte structuurregime (de gedeeltelijke vrijstelling) van toepassing was, kan dat regime, zonder dat de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is, niet meer van toepassing zijn (art. 2:155/265 BW). Betekent dit dat dan van rechtswege het volledige regime van toepassing is geworden? Dat is volgens ons het geval. Het bestuur heeft in dit geval niet de mogelijkheid een gehele of gedeeltelijke vrijstelling aan de algemene vergadering ter keuze voor te leggen.²⁹ Zelfs als de statuten van de NV/BV nog niet zijn aangepast, geldt het volledige regime in plaats van het verzwakte regime. Dat betekent dat de raad van commissarissen na kennisgeving van de voorgenomen benoeming van een bestuurder aan de

algemene vergadering het benoemingsbesluit moet nemen. De algemene vergadering is niet meer bevoegd tot die benoeming.

Vaak maakt een internationale holding gebruik van de volledige vrijstelling van het structuurregime. Het structuurregime wordt dan meestal op een lager niveau in de groep toegepast, maar het kan ook zijn dat op het lagere niveau niet aan de criteria wordt voldaan. Als in dit geval het bedrijfsonderdeel met de buitenlandse werknemers wordt afgestoten, zal de internationale holding niet meer voldoen aan het vereiste dat de meerderheid van de werknemers buiten Nederland werkzaam is. In het systeem zou passen dat dan het volledig structuurregime van toepassing wordt; echter omdat de structuurregeling voor de holding nog niet geldt, zal eerst vastgesteld moeten worden of aan de criteria wordt voldaan en zal de inlooperperiode van drie jaar van toepassing zijn. Een afhankelijke structuurvennootschap van die internationale holding zal in dat geval pas vrijgesteld kunnen worden als de holding zelf weer aan het regime is gaan voldoen (art. 2:154/264 lid 4 BW).

6. Slot

Het structuurregime heeft betrekking op de inrichting van de governance van een vennootschap. Het kan verplicht van toepassing zijn maar kan ook vrijwillig worden gekozen. Er is geen sprake van een vermogensrecht. Een overgang onder algemene titel van vermogen zoals bij splitsing leidt daarom niet tot een overgang van het structuurregime. Er kan geen grondslag worden aangewezen om het regime of een resterende inlooperperiode te laten overgaan. De wet geeft geen waarborgen voor het behoud van deze vennootschappelijke medezeggenschap na een splitsing. Het regime is gebonden aan de vennootschap die het toepast. Wel kunnen er gevolgen zijn

²⁹ Art. 2:154/264 lid 4 BW is niet van toepassing.

voor het structuurregime dat van toepassing is bij de rechtspersonen die bij de splitsing betrokken zijn. Dat vereist een afzonderlijke beoordeling. Bij de beoordeling van de gevolgen zal men eerst kijken wat de gevolgen zijn voor de splitsende vennootschap. Soms zijn afspraken gemaakt met de betrokken ondernemingsraad over de invulling van de vennootschappelijke medezeggenschap bijvoorbeeld door een vrijwillige invoering van het regime.³⁰ Het kan zijn dat het bestuur in de eerstvolgende algemene vergadering na de splitsing verschillende keuzes aan de algemene vergadering van de splitsende vennootschap moet voorleggen. De keuze die als voorstel kan worden gedaan, zal mede afhangen van de wijze waarop de splitsing plaatsvindt. Vervolgens zal gekeken worden naar de gevolgen voor de verkrijgende vennootschappen. Zijn de verkrijgende vennootschappen nieuw opgericht, dan zal binnen twee maanden na de vaststelling van de jaarrekening dat aan de drie criteria wordt voldaan daarvan opgaaf gedaan moeten worden aan het handelsregister. Als de opgaaf drie jaar onafgebroken is ingeschreven, zullen de statuten moeten worden

aangepast aan het structuurregime. Als de verkrijgende vennootschappen al bestonden, zal de analyse van de gevolgen per vennootschap worden gedaan. Het kan er toe leiden dat een eerdere opgaaf wordt doorgehaald (uitlooperperiode van drie jaar) en het kan zijn dat in plaats van een volledig regime gekozen wordt voor een verzwakt regime. De juridisch adviseur moet extra alert zijn in de gevallen dat het wettelijke benoemingssysteem de statutaire regeling opzij zet. Zo kan namelijk een verzwakt regime onmiddellijk (zonder wijziging van de statuten en zonder in- of uitlooperperiode) veranderen in een volledig regime en zal het vrijwillig structuurregime in de statuten door het wegvallen van de ondernemingsraad onmiddellijk (zonder wijziging van de statuten) niet meer van toepassing zijn waarna sprake is van een klassieke vennootschap.

30. Ook kan met toestemming van de OR en met goedkeuring van de RvC in de statuten zijn afgeweken van het wettelijke benoemingssysteem (art. 2:158/268 lid 12 BW).