

Lekken in het verzwakte structuurregime bij drinkwaterbedrijven en vennootschappen met een one tier board?

Mr. J.D.M. Schoonbrood en mr. T.J.C. Klein Bronsvort, datum 12-12-2011

Datum

12-12-2011

Auteur

Mr. J.D.M. Schoonbrood en mr. T.J.C. Klein Bronsvort^[1]

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

De Drinkwaterwet die op 1 juli 2011 in werking is getreden en de Wet bestuur en toezicht die op 31 mei 2011 door de Eerste Kamer is aangenomen, kennen beperkingen voor structuurvennootschappen op het gebied van benoemingsrechten. Auteurs staan stil bij deze beperkingen en een aantal eigenaardigheden van deze regelingen, evenals bij de samenloop daarvan. In de Drinkwaterwet wordt voor drinkwaterbedrijven in de vorm van een naamloze vennootschap (NV) het verzwakte structuurregime verplicht voorgeschreven met als doel de versterking van de lokale democratie. Lagere overheden, in hun hoedanigheid als aandeelhouders, kunnen door deze wijziging direct invloed uitoefenen op de samenstelling van het bestuur van zulke drinkwaterbedrijven. Schrijvers staan stil bij de afwijkingen ten opzichte van de structuurregeling uit Boek 2 BW. Zo is het verzwakte structuurregime ook zonder de door de Drinkwaterwet voorgeschreven statutenwijziging al vanaf 1 juli 2011 van toepassing op drinkwaterbedrijven in de vorm van een NV. Schrijvers besteden daarbij tevens aandacht aan het loskoppelen van het verplichte verzwakte structuurregime van de vereisten die Boek 2 BW stelt voor structuurvennootschappen en de governanceproblemen die dit met zich meebrengt, evenals aan het ontbreken van een regeling voor drinkwaterbedrijven in de vorm van een besloten vennootschap (BV). De nog in werking te treden Wet bestuur en toezicht kent geen regeling voor een verzwakt structuurregime bij een one tier board. Schrijvers staan stil bij het gemis van deze regeling en de behoefte die in de praktijk aan deze regeling bestaat, alsmede bij de mogelijkheden voor een drinkwaterbedrijf om een one tier board in te voeren.

1. Inleiding

Op 1 juli 2011 is de Drinkwaterwet in werking getreden.^[2] Op 31 mei 2011 is de Wet bestuur en toezicht door de Eerste Kamer aangenomen.^[3] Deze twee wetten hebben meer gemeenschappelijk dan hun titels wellicht doen vermoeden. Drinkwaterbedrijven en vennootschappen met een verlicht of verzwakt structuurregime die een one tier board invoeren, worden door deze twee wetten geconfronteerd met beperkingen op het gebied van benoemingsrechten. De regelingen lijken op dit punt een aantal 'lekken' te bevatten. Voor drinkwaterbedrijven schrijft art. 19 lid 1 Drinkwaterwet voor dat art. 2:158 t/m 2:164 BW, met uitzondering van art. 2:162 BW, van toepassing zijn op drinkwaterbedrijven in de vorm van een NV.^[4] Dit betekent dat het verlichte of verzwakte structuurregime van toepassing is. Bestuurders worden derhalve niet door de raad van commissarissen, maar door de algemene vergadering benoemd. In dit artikel zullen we nader ingaan op de vraag waarom dit regime voor drinkwaterbedrijven wordt voorgeschreven. Daarna staan we stil bij het verschil tussen het verzwakte structuurregime voor overheidsbedrijven zoals vermeld in art. 2:155a lid 1 onderdeel b BW en de regeling uit de Drinkwaterwet. Vervolgens gaan we nog in op de vraag of de regeling in de Drinkwaterwet niet ook betrekking had moeten hebben op BV's. Voor vennootschappen met een verzwakt structuurregime en een one tier board lijkt benoeming van de uitvoerend bestuurders door de algemene vergadering onder de Wet bestuur en toezicht niet mogelijk. We staan dan ook stil bij dit gegeven en de mogelijke consequenties hiervan, alsmede bij de mogelijkheden die een one tiersysteem voor drinkwaterbedrijven biedt.

2. De reden van de overgang van volledig naar verzwakt regime voor drinkwaterbedrijven

In de Waterleidingwet die tot 1 juli 2011 van toepassing was, stond geen voorschrift over de structuurregeling. Voor de vraag of drinkwaterbedrijven aan het structuurregime dienden te voldoen, was de regeling in Boek 2 BW bepalend. Aangezien de drinkwaterbedrijven (meestal) aan de criteria van het structuurregime voldeden, was op hen (meestal) het volledige regime van toepassing.^[5] De bevoegdheid tot benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders kwam toe aan de raad van commissarissen. Art. 19 lid 1 Drinkwaterwet schrijft echter voor een NV expliciet een verzwakt regime voor waardoor die bevoegdheden toekomen aan de algemene vergadering.^[6] De aandelen van een drinkwaterbedrijf in de vorm

van een NV kunnen blijken de definitie van een gekwalificeerde rechtspersoon opgenomen in art. 1 Drinkwaterwet ('DW') uitsluitend middellijk of onmiddellijk gehouden worden door publiekrechtelijke rechtspersonen. Het zijn dus uiteindelijk publiekrechtelijke rechtspersonen die de besluiten in de algemene vergadering van een Drinkwaterbedrijf^[7] nemen. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Drinkwaterwet^[8] blijkt dat de wijziging naar een verplicht verzwakt regime te maken heeft met de keuze van het (toenmalige) kabinet voor een decentraal toezicht op de Drinkwaterwet. Door een verzwakt regime voor te schrijven, kunnen de aandeelhouders (lagere overheden zoals provincies en gemeenten) daadwerkelijk hun toezichtfunctie vervullen en het publiek belang behartigen. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel kunnen burgers politieke partijen tijdens lokale verkiezingen afrekenen op hun prestaties als aandeelhouder van drinkwaterbedrijven. Van de aandeelhouders wordt dus verwacht dat zij als zodanig toezicht houden op de prestaties van de drinkwaterbedrijven. Het zal dan gaan om het toezicht op de prestaties van het bestuur. Indien daar iets goed mis mee is, kan de algemene vergadering gebruikmaken van de bevoegdheid om bestuurders te ontslaan. Wel dient men hierbij te bedenken dat een drinkwaterbedrijf voor de bedrijfsvoering sterk afhankelijk zal zijn van de tarieven die gerekend worden. Juist op dat punt is het bestuur van een drinkwaterbedrijf echter wederom afhankelijk van de algemene vergadering. Immers bepaalt de Drinkwaterwet in art. 20 dat de bevoegdheid tot goedkeuring van de tarieven en voorwaarden uitsluitend bij de algemene vergadering ligt. De algemene vergadering heeft een belangrijke functie bij de vaststelling van de tarieven en bij het doen van winstuitkeringen; indien de tarieven zodanig zijn vastgesteld dat vervolgens aanzienlijke winstuitkeringen kunnen worden gedaan waardoor de bedrijfsvoering in gevaar komt, zal dat voor de algemene vergadering geen goede reden zijn om de bestuurder te ontslaan.^[9] Als burgers het niet eens zijn met de vastgestelde tarieven en voorwaarden kunnen zij ook op dat punt bij verkiezingen de lagere overheden afrekenen. De overgang naar het verzwakte regime leidt volgens de parlementaire geschiedenis tot een versterking van de lokale democratie.^[10]

Het verzwakte regime kon ook voor de inwerkingtreding van de Drinkwaterwet al bereikt worden via de bepalingen voor de structuurregeling in Boek 2 BW. Sinds 1 oktober 2004 bieden deze bepalingen in art. 2:155/265a BW een bijzondere regeling voor overheidsdeelnemingen. Volgens die regeling geldt het verzwakte regime indien alle aandelen voor eigen rekening worden gehouden door een publiekrechtelijke rechtspersoon^[11] of door twee of meer van die rechtspersonen mits zij een onderlinge regeling tot samenwerking hebben. De vennootschap kan alsdan met de aandeelhouder worden 'geïdentificeerd'. De publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen als enig aandeelhouder of als deelnemer aan een onderlinge regeling tot samenwerking een eenheid van beleid tot stand brengen. Door een verzwakt regime voor te schrijven, kan de algemene vergadering via het recht van benoeming en ontslag van bestuurders invloed houden op het beleid van de vennootschap. Blijkens de tekst van de wet kan ook een stichting of een vereniging als aandeelhouder tezamen met publiekrechtelijke rechtspersonen aan de onderlinge regeling tot samenwerking participeren, mits alle deelnemers aan de onderlinge regeling tot samenwerking het gehele geplaatste kapitaal voor eigen rekening houden.^[12] Onder de Drinkwaterwet zou dit laatste niet mogelijk zijn aangezien alle aandelen direct of indirect gehouden dienen te worden door publiekrechtelijke rechtspersonen.

In de Drinkwaterwet is een *lex specialis* opgenomen van de structuurregeling in die zin dat het verzwakte regime verplicht van toepassing is. De algemene vergadering kan derhalve niet vrijwillig kiezen voor het volledige regime. De onderlinge regeling tot samenwerking is onder de Drinkwaterwet — anders dan de regeling in Boek 2 voor overheidsdeelnemingen — geen vereiste. In de Drinkwaterwet heeft de wetgever gekozen voor een verplichte regeling zonder voorwaarde; de voorwaarde van een onderlinge regeling tot samenwerking zou daar afbreuk aan kunnen doen. Zou de regeling niet tot stand komen, dan zou immers het volledige regime gehandhaafd moeten worden.^[13]

3. Is het verzwakte regime al van toepassing vanaf 1 juli 2011 of pas na de statutenwijziging?

Het bestuur van een drinkwaterbedrijf met de rechtsvorm van een NV dient uiterlijk twaalf maanden na inwerkingtreding van de Drinkwaterwet (dus vóór 1 juli 2012) aan de algemene vergadering een voorstel tot wijziging van de statuten voor te leggen (art. 19 lid 2 DW). Hoewel in de wet niet staat welke wijzigingen in het voorstel moeten staan, zal het de bedoeling zijn dat de statuten aangepast worden aan het verzwakte regime. Betekent dit dat het verzwakte regime eerst van toepassing is nadat de akte van statutenwijziging is getekend? Lid 1 van art. 19 DW schrijft dwingend voor dat de artikelen inzake het verzwakte regime van toepassing zijn op een drinkwaterbedrijf in de vorm van een NV zonder dat er een overgangperiode geldt.^[14] Hieruit mag geconcludeerd worden dat op ieder drinkwaterbedrijf in de vorm van een NV al vanaf 1 juli 2011 het verzwakte regime van toepassing is, ongeacht wat er in de statuten staat geschreven. Bestuurders kunnen dus alleen nog worden benoemd door de algemene vergadering, ook al staat in de statuten nog het volledige regime.

De statutenwijziging is alleen nog nodig om de regeling van het verzwakte regime vast te leggen. Het bestuur krijgt een periode van twaalf maanden om een voorstel tot wijziging te doen aan de algemene vergadering. Art. 19 lid 2 DW verwijst naar de tweede en derde volzin van lid 5 van art. 2:154 BW en daarmee worden ook de twee laatste zinnen van art. 2:154 lid 4 BW van toepassing.^[15] Deze verwijzing heeft tot gevolg dat een besluit tot wijziging van de statuten wordt genomen met volstrekte meerderheid van stemmen en zonder andere beperkingen. Het is dus opletten voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders van drinkwaterbedrijven. Immers mochten er ter gelegenheid van vastlegging van het verzwakte regime

in de statuten ook andere wijzigingen in de statuten worden opgenomen, dan zal het besluit tot andere wijzigingen genomen worden met de meerderheid van stemmen die de statuten voorschrijven; dat kan een gekwalificeerde meerderheid zijn. In Boek 2 BW wordt bij een overgang van een volledig regime naar een verzwakt regime gekozen voor een ander moment voor het van kracht worden van de wijziging (art. 2:154 lid 4 BW). In Boek 2 BW is het uitgangspunt dat eerst de algemene vergadering een keuze maakt voor de overgang naar een ander regime en dat vervolgens het bestuur het voorstel tot wijziging van de statuten voorlegt aan de algemene vergadering waarbij de overgang pas effectief wordt door het passeren van de akte van statutenwijziging. In de Drinkwaterwet heeft de algemene vergadering geen keuze en wordt het verzwakte regime op grond van de wet direct van toepassing ongeacht of de statuten zijn gewijzigd. Op grond van de wet moet het bestuur wel een voorstel tot statutenwijziging doen. Als het bestuur weigert of nalaat het voorstel te doen, handelt het bestuur in strijd met de wet.

4. De rechtsvorm van een BV voor een drinkwaterbedrijf?

Uit de openbare gegevens van de Vereniging van waterbedrijven in Nederland inzake de rechtsvorm van de drinkwaterbedrijven blijkt dat er één drinkwaterbedrijf de vorm van een stichting^[16] heeft en dat de andere drinkwaterbedrijven in de vorm van een NV worden gedreven. Van de rechtsvorm van een BV wordt kennelijk geen gebruik meer gemaakt.^[17] De rechtsvorm van een BV valt desalniettemin ook in de Drinkwaterwet onder de definitie van een gekwalificeerd rechtspersoon, mits de aandelen direct of indirect uitsluitend worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen en zij zich niet verbonden heeft de zeggenschap over het drinkwaterbedrijf uit te oefenen met anderen dan publiekrechtelijke rechtspersonen (of een vennootschap die kwalificeert als een gekwalificeerde rechtspersoon) (art. 1 DW).^[18] Een drinkwaterbedrijf kan derhalve ook onder de Drinkwaterwet de rechtsvorm van een BV hebben. Art. 19 DW schrijft het verzwakte regime alleen voor indien het drinkwaterbedrijf de rechtsvorm van een NV heeft. Voor een BV die kwalificeert, is geen regeling opgenomen. Na de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht zou de rechtsvorm van een BV ook voor drinkwaterbedrijven meer mogelijkheden geven. We denken dan bijvoorbeeld aan de regelingen omtrent stemrechtloze en winstrechtloze aandelen, de regeling waarbij concrete instructies aan bestuurders kunnen worden gegeven en de regelingen waarbij een of meer houders van aandelen met een bepaalde aanduiding zelf een bestuurder kunnen benoemen. Kan nu op grond van de letterlijke tekst van art. 19 DW geconcludeerd worden dat een NV na omzetting in een BV niet meer onder het verplichte verzwakte lex-specialisregime valt?^[19] Zou een drinkwaterbedrijf in de vorm van een BV het volledige regime kunnen volgen en onder omstandigheden zelfs kunnen worden ingericht als een klassieke vennootschap?

Vanwege de aard van de regeling waarbij het publieke belang vooropstaat, hebben we ook gekeken naar de Elektriciteitswet 1998.^[20] Art. 11a lid 1 Elektriciteitswet 1998 verplicht de landelijk netbeheerder tot een verzwakt structuurregime. De Elektriciteitswet 1998 verwijst zowel naar de structuurbepalingen in Boek 2 BW voor de NV als voor de BV. Opmerkelijk is dat art. 11a lid 1 Elektriciteitswet 1998 bij de invoering daarvan slechts zag op een netbeheerder in de vorm van een BV. Pas bij nota van wijziging in 2006 in het wetsvoorstel van de Elektriciteitswet 1998 werd opgenomen dat de regeling ook zou gaan gelden voor een NV.^[21] Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetsbepaling na deze wijziging beter overeen zou stemmen met de mogelijke rechtsvormen van de landelijk netbeheerder (thans, en ten tijde van invoering van art. 11a Elektriciteitswet 1998, een BV). In de parlementaire geschiedenis van de Drinkwaterwet is niet expliciet aangegeven wat de overweging is geweest voor het niet opnemen van een verzwakt structuurregime voor BV's. Wel blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat men bij de Drinkwaterwet met name heeft gekeken naar de op dat moment in de praktijk voor drinkwaterbedrijven voorkomende rechtsvormen. De memorie van toelichting bij het originele wetsvoorstel voor de Drinkwaterwet vermeldt ter zake daarvan dat drinkwaterbedrijven, met uitzondering van Waternet (het vroegere Waterleidingbedrijf Amsterdam), de rechtsvorm hebben van de NV.^[22] Ook in de andere stukken uit de parlementaire geschiedenis legt men met regelmaat de nadruk op drinkwaterbedrijven in de vorm van een NV, zonder dat er gesproken wordt over BV's.^[23] Hoewel in de parlementaire geschiedenis BV's niet in verband met art. 19 DW worden gebracht, zal het — nu een BV net als een NV ook onder de wettelijke definitie van een gekwalificeerde rechtspersoon valt^[24] — vreemd zijn als eventuele drinkwaterbedrijven in de vorm van een BV onder het volledige regime kunnen blijven vallen. Het verschil is niet te verklaren. Uiteindelijk is het doel van de wijziging in het verplichte verzwakte regime immers de (lagere) overheden, in hun hoedanigheid als aandeelhouders, invloed te geven op de drinkwaterbedrijven door hen bevoegd te laten zijn bestuurders te benoemen en te ontslaan. Die invloed op het bestuur kan zelfs op een meer flexibele wijze vorm worden gegeven zodra de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht in werking treedt. Het zou beter zijn als de wetgever dit 'lek' zou dichten en het verzwakte regime in art. 19 DW ook op een BV van toepassing zou verklaren.

5. De structuurregeling onder de Drinkwaterwet: moet er worden voldaan aan de Boek 2-criteria?

In Boek 2 BW worden drie criteria genoemd wil de structuurregeling verplicht van toepassing kunnen worden. Die criteria zijn kort gezegd:

1. een geplaatst kapitaal plus reserves van ten minste € 16 miljoen;
2. een ondernemingsraad bij de vennootschap of afhankelijke maatschappij die krachtens wettelijke verplichting is ingesteld; en
3. bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen tezamen zijn ten minste honderd werknemers in Nederland werkzaam.

In de Drinkwaterwet ontbreken die criteria. Dat is begrijpelijk voor de criteria onder 1 en 3 genoemd, maar niet voor het criterium inzake de ondernemingsraad. Of moet de conclusie zijn dat een drinkwaterbedrijf altijd een ondernemingsraad moet hebben? Zonder ondernemingsraad kunnen immers de aanbevelingsrechten van de ondernemingsraad niet worden uitgeoefend. Onder de regeling van Boek 2 BW bestaat de mogelijkheid om vrijwillig te kiezen voor het structuurregime. Als criterium geldt dan dat er wel een ondernemingsraad moet zijn ingesteld waarop de bepalingen van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) van toepassing zijn. Zodra echter de ondernemingsraad ophoudt te bestaan of de bepalingen van de WOR niet meer van toepassing zijn, geldt de statutaire regeling inzake het structuurregime niet meer. Kan dit ook bij een Drinkwaterbedrijf gebeuren? Als er geen ondernemingsraad meer is, blijft het verzwakte regime vanwege het verplichte karakter kennelijk wel van toepassing; daardoor kan het recht van aanbeveling bij de benoeming van commissarissen niet door een ondernemingsraad worden uitgeoefend. De vennootschappelijke medezeggenschap kan in dit geval niet worden uitgeoefend.^[25] We hebben de indruk dat de wetgever hier niet verder veel aandacht aan heeft willen geven. We nemen aan dat hij vooral heeft willen bereiken dat de bestuurders door de algemene vergadering (lagere overheden) worden benoemd en ontslagen en niet door de raad van commissarissen. Kan deze invloed ook bij een one tier board aan de aandeelhouders zoals de lagere overheden worden gegeven?

6. Een one tier board onder de Wet bestuur en toezicht: (g)een optie voor drinkwaterbedrijven en andere vennootschappen met een verzwakt regime

Naar verwachting zal op 1 januari of 1 juli 2012 de Wet bestuur en toezicht in werking treden.^[26] De wet voorziet in een regeling waarbij de bestuurstaken bij de statuten worden verdeeld over een of meer uitvoerend bestuurders en een of meer niet-uitvoerend bestuurders (art. 2:129a/239a BW). Er is in dit geval geen raad van commissarissen. De regeling dient te worden opgenomen in de statuten. Voor een vennootschap die geen structuurvennootschap is, betekent de invoering van een one tier board dat de uitvoerend bestuurders en niet-uitvoerend bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door de algemene vergadering. De algemene vergadering bepaalt of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerend bestuurder of tot niet-uitvoerend bestuurder (art. 2:132 lid 1/art. 2:242 lid 1 BW). Het bestuur is altijd bevoegd een uitvoerend bestuurder te schorsen. Voor een structuurvennootschap met een one tier board geldt voor de benoeming van de niet-uitvoerend bestuurders hetzelfde systeem als voor de benoeming van commissarissen. De niet-uitvoerend bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de niet-uitvoerend bestuurders. De voordracht wordt opgemaakt na eventuele aanbevelingen van de algemene vergadering en de ondernemingsraad. De ondernemingsraad behoudt ook bij een one tiersysteem het recht om een derde van de niet-uitvoerend bestuurders versterkt aan te bevelen. Dit is allemaal nog te begrijpen aangezien het in het systeem past.

Op het punt van de benoeming van de uitvoerend bestuurders bij een vennootschap met een verzwakt regime lijkt er wel iets vreemds aan de hand. De regeling van de one tier board lijkt daar te gaan afwijken van de benoeming bij een two tiersysteem. Wat is er namelijk aan de hand? Voor een vennootschap met een volledig structuurregime en een two tiersysteem geldt dat de bestuurders worden benoemd door de raad van commissarissen. Voor een vennootschap met een verzwakt regime en een two tiersysteem geldt nu dat de bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering. Deze regeling is ook thans onder de Drinkwaterwet van toepassing op drinkwaterbedrijven in de vorm van een NV. De Wet bestuur en toezicht maakt bij het one tiersysteem echter geen onderscheid meer tussen een vennootschap met een volledig regime en een vennootschap met een verzwakt regime. De Wet bestuur en toezicht schrijft voor dat bij iedere structuurvennootschap die in de statuten een one tiersysteem opneemt, de niet-uitvoerend bestuurders de uitvoerend bestuurders benoemen (met kennisgeving aan de algemene vergadering) en ontslaan (na de algemene vergadering te hebben gehoord) (art. 2:164a lid 2/art. 2:274a lid 2 BW). Het lijkt er dus op dat bij een vennootschap met een verzwakt regime door de invoering van het one tiersysteem de algemene vergadering het recht verliest om (uitvoerend) bestuurders te benoemen en te ontslaan. Is dat wel de bedoeling geweest van de wetgever? In het systeem van de structuurregeling lijkt dit toch niet te passen? In de parlementaire geschiedenis is niet te achterhalen wat de echte reden is geweest. Vermeld wordt dat er is gekeken naar de regeling van het volledige regime zonder verdere uitleg.^[27] Had de wetgever niet eenvoudig kunnen bepalen dat bij een verzwakt regime de uitvoerend bestuurders door de algemene vergadering kunnen (blijven) worden benoemd en ontslagen?^[28]

Kan een drinkwaterbedrijf gebruikmaken van een one tiersysteem waarbij de bestuurders benoemd worden door de algemene vergadering? Of anders gezegd, kan een drinkwaterbedrijf het one tiersysteem invoeren om op die manier te bereiken dat de algemene vergadering het benoemingsrecht verliest en in feite de volledige structuurregeling wederom van toepassing wordt? Wij menen dat in dit geval art. 2:129a BW (one tierregeling) jo. art. 2:164a BW jo. art. 19 DW van toepassing kan zijn. In theorie kan het one tiersysteem worden toegepast op de vennootschap. Er is dan wel een ander

governanceprobleem. Het verplichte verzwakte regime voor drinkwaterbedrijven werd namelijk ingevoerd om aan de algemene vergadering meer mogelijkheden te geven om toezicht te hebben op de prestaties via de benoeming en het ontslag van bestuurders. Aangezien de Wet bestuur en toezicht geen afwijkende regeling kent voor een vennootschap met een verzwakt regime en de uitvoerend bestuurders benoemd worden door de niet-uitvoerend bestuurders, zal de invoering van een one tiersysteem bij een drinkwaterbedrijf in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever.

Ook voor andere vennootschappen met een verzwakt regime zal een one tiersysteem niet aantrekkelijk zijn. Zo is in een internationale groep op de Nederlandse subholding vaak het verzwakte regime van toepassing, omdat de meerderheid van de werknemers in de groep buiten Nederland werkzaam is (art. 2:155/165 BW). De buitenlandse aandeelhouder benoemt in dat geval de bestuurders. Juist bij een internationale groep komt het voor dat men vanwege de bekendheid in het buitenland met het one tiersysteem overweegt om het two tiersysteem te verlaten. We kunnen ons niet voorstellen dat het de bedoeling is dat in dit geval bij een invoering van het one tiersysteem de algemene vergadering de bevoegdheid verliest om de (uitvoerend) bestuurders te benoemen. Wel heeft de algemene vergadering het recht om de niet-uitvoerend bestuurders te benoemen via het systeem van de structuurregeling. Ontslag van een individuele niet-uitvoerend bestuurder behoort echter niet tot de mogelijkheden. De algemene vergadering kan alleen met redenen omkleed het vertrouwen in de niet-uitvoerend bestuurders opzeggen en hen allemaal ontslaan (art. 2:161a/271a BW). De niet-uitvoerend bestuurders benoemen vervolgens de uitvoerend bestuurders. Indirect is er dus wel enige invloed, maar die is niet te vergelijken met de huidige regeling onder het verzwakte regime. Ook bij familiebedrijven wordt vaak het verzwakte regime van art. 2:155a/265a BW toegepast. Een one tier board blijkt in de praktijk ook daar wenselijk te zijn bijvoorbeeld om de teruggetreden uitvoerend bestuurder (de pater/mater familias) de rol van niet-uitvoerend bestuurder en voorzitter (chairman) van het bestuur te geven. Ook hier roepen we net als Dortmund de wetgever op om de wet aan te passen en om dit 'lek' te dichten.

7. Conclusie

Drinkwaterbedrijven in de vorm van een NV zijn sinds 1 juli 2011 verplicht onderworpen aan het verzwakte structuurregime, ongeacht of de statuten al zijn gewijzigd. Uit de wet lijkt te volgen dat drinkwaterbedrijven ook kunnen kiezen voor de rechtsvorm van een BV. Het verzwakte regime lijkt dan niet verplicht te zijn. Een verduidelijking in de wet is wenselijk. De Wet bestuur en toezicht maakt voor de one tier board onterecht geen onderscheid tussen een volledig en verzwakt structuurregime. In beide gevallen worden de uitvoerend bestuurders benoemd door de niet-uitvoerend bestuurders. Voor vennootschappen met een verzwakt regime die overgaan op een one tier board wordt het 'kind met het badwater weggegooid'. De algemene vergadering verliest namelijk het recht om de (uitvoerend) bestuurders te benoemen. Met name in een internationale groep knelt het dat men niet met het behoud van dat recht kan overgaan op het systeem van een one tier board. Een aanpassing van de regeling is dringend nodig.

Voetnoten

[1]

Mr. J.D.M. Schoonbrood is notaris en mr. T.J.C. Klein Bronsvorst is kandidaat-notaris te Amsterdam.

[2]

Wet van 18 juli 2009, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot de productie en distributie van drinkwater en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening. *Stb.* 2011, 313.

[3]

Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen. *Stb.* 2011, 275.

[4]

De bepaling kwam in de Drinkwaterwet via een amendement (oorspronkelijk als art. 12A); zie *Kamerstukken II 2007/08*, 30 895, nr. 32 (amendement van het lid Koppejan c.s.).

[5]

Nederland kent op het moment van schrijven elf drinkwaterbedrijven, waarvan één in de vorm van een stichting en tien in de vorm van een NV. Slechts één daarvan heeft het verzwakt structuurregime in haar statuten opgenomen. Blijkens haar jaarverslag heeft zij het verzwakt structuurregime met oog op de Drinkwaterwet in haar statuten opgenomen.

[6]

Indien de NV nog geen structuurvennootschap zou zijn, wordt toch het verzwakte regime van toepassing.

[7]

Volgens art. 1 DW omvat het begrip 'gekwalificeerde rechtspersoon' niet alleen de aldaar genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen, de coöperatie en de stichting en de NV die aan de aldaar genoemde voorwaarden voldoen, maar ook een BV die aan de voorwaarden voldoet. In par. 4 komen we

daar nog op terug.

[8]

Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 32 (amendement van het lid Koppejan c.s.).

[9]

Wij gaan hier voorbij aan de begrenzing die de Drinkwaterwet stelt aan de kostendoorberekeningsvergoeding. Door die begrenzing wordt de ruimte voor uitkeringen beperkt. Art. 10, 11, 12 en 13 DW leggen restrictieve voorwaarden op.

[10]

Zie toelichting bij *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 32 (amendement van het lid Koppejan c.s.).

[11]

Het betreft een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:1 BW.

[12]

Voor eigen rekening betekent dat een administratiekantoor niet hiervoor zal kwalificeren; zie Groffen, De Monchy (red.) & Schoonbrood, *De Nieuwe Structuurwet. Nadere Toelichting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 53.

[13]

Kamerstukken II 2007/08, 30 895, nr. 32, p. 2 (amendement van het lid Koppejan c.s.).

[14]

Ditzelfde geldt voor een NV waaromtrent een opgaaf als bedoeld in art. 2:153 BW gedurende drie jaren onafgebroken is ingeschreven. Ook dan geldt direct het structuurregime terwijl de statuten nog moeten worden gewijzigd. Zie art. 2:154 lid 1 en 3 BW.

[15]

Lid 6 en 7 van art. 2:154 BW zijn ook van toepassing. Op verzoek van de aldaar genoemde personen kan de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam de statuten vaststellen indien de algemene vergadering niet het besluit neemt.

[16]

Een stichting kwalificeert mits gewaarborgd is dat de volledige zeggenschap over het drinkwaterbedrijf wordt uitgeoefend door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 1 DW).

[17]

Uit publicaties van de Vereniging van waterbedrijven in Nederland blijkt dat in het verleden verschillende drinkwaterbedrijven in de rechtsvorm van een BV bestaan hebben.

[18]

Dezelfde verwijzing naar een BV stond ook in art. 1 lid 1 onderdeel f Waterleidingwet.

[19]

Voor die omzetting is een akte van omzetting en statutenwijziging nodig. Daarvan moet, voordat deze statutenwijziging rechtsgevolg krijgt, melding worden gemaakt aan de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (art. 14 DW) (thans het Ministerie van Infrastructuur en Milieu).

[20]

Uitgangspunt van de Drinkwaterwet is dat iedereen in Nederland altijd over voldoende drinkwater van de vereiste kwaliteit kan beschikken. Anders dan bij andere nutssectoren is een splitsing van infrastructuur en exploitatie niet mogelijk. *Kamerstukken I* 2008/09, 30 895, D, p. 2.

[21]

Kamerstukken II 2005/06, 30 212, nr. 18, p. 23.

[22]

Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 24.

[23]

Zie bijv.: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 44, p. 10 en 31.

[24]

Of zou de definitie in art. 1 DW, die blijkens de parlementaire geschiedenis grotendeels overgenomen is uit de Waterleidingwet, verkeerd zijn en was het niet de bedoeling om een BV onder het begrip 'gekwalificeerde rechtspersoon' te laten vallen? Voor deze conclusie biedt de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten.

[25]

Wel kan er in de statuten een afwijkend benoemingssysteem voor commissarissen worden opgenomen door gebruik te maken van art. 19 DW jo. art. 2:158 lid 12 BW. Dat kan alleen met instemming van de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. Maar kan dat ook worden opgenomen voor een drinkwaterbedrijf dat geen ondernemingsraad heeft?

[26]

Stb. 2011, 275.

[27]

Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 21.

[28]

Dortmond signaleerde dit al in 2009 voorzichtig door te schrijven 'Een aanpassing lijkt nodig'. Zie Dortmund, 'Nota van wijziging wetvoorstel aanpassing regels over bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2009/72.