

tijen van de uitstotings- of uittredingsvordering (lees: aandeelhouders) of tussen een der partijen en de vennootschap. De kern van het geschil is een conflict tussen een directe aandeelhouder enerzijds en A. A is bestuurder en enig aandeelhouder van Windward, de aandeelhouder die wil uittreden. Zo bezien is A geen directe partij bij de uittreding, maar slechts indirect aandeelhouder van de vennootschap. Waarbij hij zelf ook wat te vorderen heeft, en wel van die vennootschap (nl. vernietiging besluiten). De OK vat samen: er is sprake van samenhang tussen “materieel dezelfde en/of gelieerde, in deze procedure betrokken partijen”. En dat maakt haar bevoegd.

9. Voor zover er algemene regels uit deze uitspraak zijn af te leiden, kom ik met betrekking tot de samenhangende vorderingen van art. 2:336 lid 5 (jo. art. 2:343 lid 2) BW tot het volgende:

(a) iedere soort vordering of verzoek kan een samenhangende vordering zijn, als er maar uittreding of uitstoting gevraagd wordt; (b) samenhang betekent dat de waaier aan vorderingen/verzoeken terug te voeren is tot een kern van het conflict en (c) materieel dezelfde of gelieerde partijen is voldoende om alles bij de OK op het bord te leggen.

10. De Wagevoe kent een ventiel voor samenhangende vorderingen. In het voorgestelde art. 2:336a lid 7 BW staat dat de OK de zaak kan splitsen indien een en ander zich niet leent voor gezamenlijke behandeling. Zij geleidt de vordering dan naar het juiste spoor, aldus de toelichting (*Kamerstukken II 2023/24, 36469, nr. 3, p. 11*). Ik teken aan dat de Wagevoe de geschillenregeling omkat tot een verzoekschriftprocedure. De samenhangende vordering kan door de andere aard van de procedures wellicht tot separate behandeling leiden.

Hoe ziet de toekomst eruit? Stel: de minderheidsaandeelhouder heeft grote ruzie met de meerderheidsaandeelhouder. Eerstgenoemde verzoekt (direct) bij de OK zijn uittreding plus een enquête (pro-forma) plus onmiddellijke voorzieningen plus een schadevergoeding plus nakoming van bepalingen uit de SHA plus vergoeding wegens de onregelmatig opgezegde managementovereenkomst et cetera. De mogelijkheid van samenhangende vorderingen maakt dat vernietiging van een besluit of schorsing van een bestuurder of welk ingrijpen dan ook, niet noodzakelijkerwijs via de band van de onmiddellijke voorzieningen verzocht hoeft te worden. De vraag is vervolgens

of het enquêterecht nog wel nodig is bij geschillen tussen aandeelhouders. Het blijft natuurlijk handig voor onze minderheidsaandeelhouder als de drempel voor het treffen van de onmiddellijke voorziening (in de praktijk meestal de toestand van de rechtspersoon) lager is dan de toets voor toewijzing van de samenhangende vordering. Maar in ieder geval geldt straks: alle wensen van onze minderheidsaandeelhouder kunnen via de samenhangende vordering direct door de OK als eerste en enige feitelijke instantie beslist en afgehecht worden. De geschillenregeling als dé grote oplossing van alle ondernemingsrechtelijke onmin. Wie had dat gedacht.

prof. mr. C.D.J. Bulten

Hoogleraar Ondernemingsrecht Radboud Universiteit Nijmegen

## 63

### Medezeggenschap en toepasselijkheid van structuurregime

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

25 september 2023, nr. 200.327.159/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2023:2493

(mr. Melissen, mr. Wessels, mr. Vaessen, Wind, prof. dr. Loonen)

Noot mr. V. van Kampen

**Medezeggenschapsprocedure. Coöperatie. Structuurregime is niet van kracht. Versterkt aanbevelingsrecht en bezwaarrecht zijn niet aan OR onthouden. Afwijzing van verzoek OR dat ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot besluit om voorgenomen governance-structuur door te voeren en statuten dienovereenkomstig te wijzigen.**

[WOR art. 25 lid 1 onder e; BW art. 2:63f]

*Partijen zijn verdeeld over de vraag of op de Coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging UA (CVAB) het structuurregime van toepassing is dan wel inmiddels van toepassing had moeten zijn als zij aan haar wettelijke verplichtingen had voldaan. Het bezwaar van de OR tegen*

het besluit is terug te voeren op zijn opvatting dat, als CVAB tijdig had voldaan aan haar verplichting tot opgaaf als bedoeld in art. 2:63b lid 1 BW, op haar inmiddels de structuurregeling van toepassing zou zijn. Dit blijkt ook uit de wijze waarop zij haar negatieve advies over het besluit heeft geformuleerd. Deze opvatting van de OR is echter niet juist. De grenswaarde voor het eigen vermogen per het einde van het boekjaar, als bedoeld in art. 2:63b lid 2, onder a, BW is voor het eerst overschreden per ultimo 2020. Dit is gebleken uit de jaarrekening van CVAB over 2020, die op 24 april 2021 door haar algemene vergadering is vastgesteld. CVAB had – omdat ook aan beide andere voorwaarden uit art. 2:63b lid 2 BW werd voldaan – daarom binnen twee maanden na 24 april 2021, derhalve uiterlijk in juni 2021 de opgaaf aan het handelsregister moeten doen als bedoeld in art. 2:63b lid 1 BW. Eerst nadat een opgaaf gedurende drie jaren onafgebroken is ingeschreven, gaat de structuurregeling gelden (art. 2:63c lid 1 BW). Indien CVAB tijdig opgaaf had gedaan als bedoeld in art. 2:63b lid 1 BW, zou voor haar de structuurregeling derhalve op zijn vroegst in juni 2024 van kracht hebben kunnen worden. Nu CVAB in feite deze opgaaf eerst in oktober 2022 heeft gedaan, gaat voor haar de structuurregeling op zijn vroegst in oktober 2025 gelden.

Een en ander betekent dat de OR niet het versterkte aanbevelingsrecht en het bezwaarrecht als bedoeld in art. 2:63f BW worden onthouden doordat (de ledenvergadering van) CVAB heeft besloten haar rvc op te heffen. Van een dreigende uitholling van deze rechten is ook geen sprake.

Het besluit om de rvc bij CVAB op te heffen is ook niet een besluit als bedoeld in art. 25 WOR, dat ter advisering aan de OR had moeten worden voorgelegd. Het adviesrecht van de OR beperkt zich tot besluiten die ondernemer Abeos Agri Holding BV (AAH) en de door haar in stand gehouden onderneming betreffen. Niet kan worden gezegd dat de opheffing van de rvc van CVAB betrekking heeft op de organisatie van (of de verdeling van bevoegdheden binnen) de onderneming waarvoor de OR is ingesteld. De OR is immers ingesteld voor het agri-bedrijf, niet mede voor CVAB. Ongeacht de vraag of CVAB voor de toepassing van de WOR als medeondernemer moet worden gekwalificeerd, beperkt het adviesrecht van de OR zich tot besluiten die ondernemer AAH en de door hem in stand gehouden onderneming betreffen. AAH en CVAB voeren dus terecht aan dat de OR

niet met succes kan opkomen tegen een verondersteld besluit van hen tot verplaatsing van de rvc van CVAB naar AAH.

Adviesplichtig was slechts het voorgenomen besluit tot wijziging van governance-structuur van AAH en meer in het bijzonder, het instellen van een rvc bij AAH, zoals dat daadwerkelijk aan de OR is voorgelegd.

De door de OR aangevoerde feiten en omstandigheden kunnen niet leiden tot het oordeel dat AAH en CVAB niet in redelijkheid tot het bestreden besluit hebben kunnen komen.

De (Gemeenschappelijke) OR van Abeos Agri Holding BV te Almen,

verzoeker,

advocaat: mr. J. de Waard,

tegen

1. Abeos Agri Holding BV te Almen,

2. Coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging UA te Almen,

verweersters,

advocaat: mr. J.J.M. van Mierlo.

(...; red.)

## 2. De vaststaande feiten

2.1. CVAB houdt alle aandelen in AAH, dat op haar beurt alle aandelen houdt in Abeos bedrijfsverzorging B.V. en Abeos Agrarische Dienstverlening B.V. De ondernemingsraad is een gemeenschappelijke ondernemingsraad in de zin van artikel 3 lid 1 WOR en is ingesteld voor AAH en haar beide genoemde dochtervennootschappen. AAH en haar dochtervennootschappen houden zich bezig met dienstverlening aan en arbeidsbemiddeling voor agrarische bedrijven. Partijen noemen dit het agri-bedrijf.

2.2. CVAB houdt bovendien de certificaten van alle aandelen in Abeos Uitzendholding B.V. (hierna: AUH), waaronder ook enkele dochtervennootschappen ressorteren. AUH en haar dochtervennootschappen exploiteren een uitzendbedrijf. Het uitzendbedrijf richt zich niet alleen op de agrarische sector, maar ook op andere sectoren.

2.3. Deze structuur is het resultaat van een in 2019 doorgevoerde reorganisatie. Tot die reorganisatie oefende CVAB zelf het agri-bedrijf en het uitzendbedrijf uit en was bij CVAB een (gemeenschappelijke) ondernemingsraad ingesteld. Sinds de reorganisatie oefent CVAB geen bedrijfsmatige

activiteiten meer uit en is bij CVAB geen ondernemingsraad meer ingesteld.

2.4. CVAB heeft sinds jaar en dag een raad van commissarissen. Op het niveau van AAH is thans geen raad van commissarissen ingesteld.

2.5. Op 25 mei 2022 heeft AAH aan de ondernemingsraad advies gevraagd over het voorgenomen besluit om de governancestructuur bij AAH te wijzigen en, meer in het bijzonder, bij AAH een raad van commissarissen in te stellen. De adviesaanvraag geeft de volgende toelichting bij het voorgenomen besluit:

“Conform de wet zullen de leden van de RvC worden benoemd door de vergadering van aandeelhouders van AAH, te weten de CVAB. De RvC zal in meerderheid bestaan uit leden van de CVAB, mogelijk aangevuld met niet-leden met een specifieke kwaliteit die de uitvoering van de controlerende en adviserende taak van de RvC als geheel kunnen bevorderen.

De RvC zal de gebruikelijke wettelijke taken en bevoegdheden krijgen in het kader van haar opdracht om de directie te adviseren en te controleren. Specifiek zal aan de RvC tevens de bevoegdheid worden toegekend om de directie van AAH te benoemen, te schorsen en te ontslaan.

(...) Met het doorvoeren van de herstructurering in 2019 zijn alle bedrijfsmatige agri-activiteiten vanuit de CVAB ondergebracht in onderliggende vennootschappen (AAH en haar dochtervennootschappen).

In deze situatie geeft niet de directie van de CVAB, maar de directie van AAH leiding aan de bedrijfsmatige agri-activiteiten.

Binnen deze structuur ligt het voor de hand om dan ook het adviserende en toezichthoudende orgaan – de RvC – binnen de vennootschap waar de operationele onderneming is ondergebracht te positioneren en dus de RvC binnen AAH te installeren.

(...) De medezeggenschap binnen het agri-bedrijf is reeds georganiseerd op het niveau van AAH. De verwachting is dat de toevoeging van een RvC op hetzelfde vennootschapsniveau de effectieve medezeggenschap binnen het agri-bedrijf zal bevorderen.”

2.6. Naar aanleiding van deze adviesaanvraag heeft op 1 juni 2022 een overlegvergadering plaatsgevonden. Bij brief van 15 juni 2022 heeft de ondernemingsraad schriftelijke vragen over het voorgenomen besluit gesteld en te kennen gegeven dat hij graag een aanbevelingsrecht voor het

benoemen van ten minste één commissaris wil. Namens AAH is hierop geantwoord dat AAH niet de bedoeling heeft een vrijwillig structuurregime in te voeren en dat de ondernemingsraad dus ook geen versterkt aanbevelingsrecht zal worden toegekend. Op 9 september 2022 heeft AAH de ondernemingsraad de voorgenomen nieuwe statuten voor AAH toegezonden. Op nadere vragen van de ondernemingsraad over toepassing van het structuurregime heeft AAH op 30 september 2022 geantwoord dat het onderwerp “structuurregime” geen onderdeel is van de adviesaanvraag, dat AAH niet verplicht is tot invoering van het structuurregime en dat zij de mogelijkheid tot vrijwillige invoering daarvan eerst op een later moment zal aanderen.

2.7. Op 24 oktober 2022 heeft de ondernemingsraad negatief geadviseerd over het voorgenomen besluit, “althans voor zover dit besluit betekent dat het structuurregime niet conform de wet wordt ingevoerd binnen CVAB”.

2.8. Eveneens op 24 oktober 2022 heeft CVAB bij het handelsregister voor het eerst de in artikel 2:63b lid 1 BW bedoelde opgave gedaan (inhoudende dat de coöperatie groot is in de zin van artikel 2:63b lid 2 BW).

2.9. Bij brief van 21 april 2023 heeft AAH de ondernemingsraad in kennis gesteld van het besluit van (de ledenraad van) CVAB om met voorbijgaan aan het negatieve advies van de ondernemingsraad de voorgenomen governancestructuur binnen AAH door te voeren en de statuten van AAH dienovereenkomstig te wijzigen. De brief vermeldt verder dat (de ledenraad van) CVAB heeft besloten de raad van commissarissen bij CVAB op te heffen.

### 3. De gronden van de beslissing

3.1. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat AAH en CVAB bij afwezig van alle betrokken belangen niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot het besluit als vermeld in 2.9. De ondernemingsraad stelt daartoe het volgende. AAH dient als ondernemer in de zin van de WOR te worden aangemerkt en CVAB als mede-ondernemer. Het besluit komt neer op een besluit tot het verplaatsen van de raad van commissarissen van CVAB naar AAH. Op CVAB is echter de wettelijke regeling inzake de structuurregeling van toepassing, zodat op het niveau van CVAB een raad van commissarissen vereist is. Dit vloeit voort uit de omstandigheden

dat (1) het eigen vermogen van CVAB blijktens de jaarrekening van CVAB over 2021 per eind 2020 al meer dan de grenswaarde van € 16 miljoen bedroeg, (2) een afhankelijke maatschappij van CVAB, namelijk AAH, krachtens een wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld en (3) bij CVAB en haar afhankelijke maatschappijen tezamen in de regel ten minste 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn. CVAB heeft verzuimd tijdig de opgave te doen als bedoeld in artikel 2:63b lid 1 BW. Het is kennelijk onredelijk om in strijd met een wettelijke verplichting de raad van commissarissen te verplaatsen van CVAB naar AAH, met als gevolg dat de ondernemingsraad belangrijke rechten – namelijk een versterkt aanbevelingsrecht en een bezwaarrecht bij de benoeming van commissarissen – worden onthouden. Op het niveau van AAH wordt de grenswaarde voor het eigen vermogen namelijk niet gehaald, waardoor het structuurregime bij AAH niet (op korte termijn) van toepassing zal zijn. Het verplaatsen van de raad van commissarissen naar het niveau van AAH komt de effectieve medezeggenschap dus niet ten goede. Daarnaast is het verplaatsen van de bedrijfsmatige activiteiten van CVAB naar AAH, anders dan de ondernemer stelt, een onvoldoende steekhoudende beweegreden voor het verplaatsen van de raad van commissarissen. De raad van commissarissen bij CVAB heeft immers mede tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken bij CVAB en de met haar verbonden ondernemingen, waaronder het agri-bedrijf. Tot slot leidt de verplaatsing tot een beperking van het toezicht op CVAB, aldus – steeds – de ondernemingsraad.

3.2. AAH en CVAB hebben verweer gevoerd, dat hierna – voor zover relevant – aan de orde zal komen.

3.3. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

3.4. Vast staat dat op AAH het structuurregime niet van toepassing is. Vast staat verder dat het geplaatste kapitaal van AAH tezamen met de reserves volgens haar laatste vastgestelde jaarrekening minder bedraagt dan de grenswaarde als bedoeld in artikel 2:263 lid 2 sub a BW (€ 16 miljoen), zodat AAH ook niet gehouden is de opgaaf aan het handelsregister te doen als bedoeld in artikel 2:263 lid 1 BW.

3.5. Partijen zijn verdeeld over de vraag of op CVAB het structuurregime van toepassing is dan wel inmiddels van toepassing had moeten zijn als

zij aan haar wettelijke verplichtingen had voldaan. Het bezwaar van de ondernemingsraad tegen het besluit is terug te voeren op zijn opvatting dat, als CVAB tijdig had voldaan aan haar verplichting tot opgaaf als bedoeld in artikel 2:63b lid 1 BW, op haar inmiddels de structuurregeling van toepassing zou zijn. Dit blijkt ook uit de wijze waarop zij haar negatieve advies over het besluit heeft geformuleerd (zie 2.7). Deze opvatting van de ondernemingsraad is echter niet juist. De grenswaarde voor het eigen vermogen per het einde van het boekjaar, als bedoeld in artikel 2:63b lid 2, onder a, BW is voor het eerst overschreden per ultimo 2020. Dit is gebleken uit de jaarrekening van CVAB over 2020, die op 24 april 2021 door haar algemene vergadering is vastgesteld. CVAB had – omdat ook aan beide andere voorwaarden uit artikel 2:63b lid 2 BW werd voldaan – daarom binnen twee maanden na 24 april 2021, derhalve uiterlijk in juni 2021 de opgaaf aan het handelsregister moeten doen als bedoeld in artikel 2:63b lid 1 BW. Eerst nadat een opgaaf gedurende drie jaren onafgebroken is ingeschreven, gaat de structuurregeling gelden (artikel 2:63c lid 1 BW). Indien CVAB tijdig opgaaf had gedaan als bedoeld in artikel 2:63b lid 1 BW, zou voor haar de structuurregeling van de artikelen 2:63f tot en met 2:63j BW derhalve op zijn vroegst in juni 2024 van kracht hebben kunnen worden. Nu CVAB in feite deze opgaaf eerst in oktober 2022 heeft gedaan, gaat voor haar de structuurregeling op zijn vroegst in oktober 2025 gelden.

3.6. Een en ander betekent dat de ondernemingsraad niet het versterkte aanbevelingsrecht en het bezwaarrecht als bedoeld in artikel 2:63f BW worden onthouden doordat (de ledenvergadering van) CVAB heeft besloten haar raad van commissarissen op te heffen. Van een dreigende uitholling van deze rechten is ook geen sprake.

3.7. Het besluit om de raad van commissarissen bij CVAB op te heffen is ook niet een besluit als bedoeld in artikel 25 WOR, dat ter advisering aan de ondernemingsraad had moeten worden voorgelegd. Het adviesrecht van de ondernemingsraad beperkt zich tot besluiten die ondernemer AAH en de door haar in stand gehouden onderneming betreffen. Niet kan worden gezegd dat de opheffing van de raad van commissarissen van CVAB betrekking heeft op de organisatie van (of de verdeling van bevoegdheden binnen) de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld. De ondernemingsraad is immers ingesteld

voor het agri-bedrijf, niet mede voor CVAB. Ongeacht de vraag of CVAB voor de toepassing van de WOR als medeondernemer moet worden gekwalificeerd, beperkt het adviesrecht van de ondernemingsraad zich tot besluiten die ondernemer AAH en de door haar in stand gehouden onderneming betreffen. AAH en CVAB voeren dus terecht aan dat de ondernemingsraad niet met succes kan opkomen tegen een verondersteld besluit van hen tot verplaatsing van de raad van commissarissen van CVAB naar AAH.

3.8. Adviesplichtig was slechts het voorgenomen besluit tot wijziging van governancestructuur van AAH en meer in het bijzonder, het instellen van een raad van commissarissen bij AAH, zoals dat daadwerkelijk aan de ondernemingsraad is voorgelegd.

3.9. Dit door (de ledenvergadering van) CVAB genomen besluit dient voor de toepassing van de WOR aan AAH te worden toegerekend. De ondernemingsraad heeft geen steekhoudende bezwaren aangevoerd tegen dat besluit. Het verplaatsen van het agri-bedrijf van CVAB naar AAH met een eigen bestuur is een valide argument om bij AAH ook een raad van commissarissen in te stellen die toezicht zal houden op dat bestuur en het bestuur met raad terzijde zal staan. Ingevolge de voorgestelde statutenwijziging zal bovendien een aantal besluiten van het bestuur van AAH onderworpen zijn aan goedkeuring door de raad van commissarissen van AAH. Het toezicht op het bestuur van AAH wordt door het besluit versterkt.

3.10. De slotsom luidt dat de door de ondernemingsraad aangevoerde feiten en omstandigheden niet kunnen leiden tot het oordeel dat AAH en CVAB niet in redelijkheid tot het bestreden besluit hebben kunnen komen. Het verzoek zal worden afgewezen.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:  
wijst het verzoek af.

#### NOOT

1. In deze beschikking staan de vermeende toepassing van het structuurregime en de rol van de OR centraal, waarbij door een onzuiver geformuleerde toelichting de OR op het verkeerde been werd gezet. De casus is als volgt. Abeos Agri Hol-

ding BV ("AAH") en haar enig aandeelhouder Coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging UA ("CVAB") hebben besloten de rvc bij CVAB op te heffen en een rvc in te stellen bij AAH. De gezamenlijke OR die is ingesteld door AAH en haar dochtermaatschappijen verzetten zich tegen tenuitvoerlegging van dit besluit omdat hij van mening is dat het structuurregime van toepassing is op AAH en de OR dus het versterkte aanbevelingsrecht toekomt bij de benoeming van commissarissen. Het verzoek van de OR wordt afgewezen, waarna op 15 november 2023 de statuten van zowel CVAB als AAH zijn gewijzigd conform het door de OR bestreden besluit. Dit geeft ons inzicht in de conceptstatuten die destijds aan de besluitvorming ten grondslag hebben gelegen, wat verhelderend werkt voor het misverstand tussen CVAB en AAH enerzijds en de OR anderzijds, zoals hierna zal blijken.

2. AAH heeft met betrekking tot het instellen van een rvc bij AAH advies gevraagd aan de OR, daartoe gehouden op grond van art. 25 lid 1 onder e WOR. In de toelichting bij de adviesaanvraag is onder meer het volgende opgenomen: *"Specifiek zal aan de RvC tevens de bevoegdheid worden toegekend om de directie (nadruk VVK) van AAH te benoemen, te schorsen en te ontslaan"* (r.o. 2.5). Ik leid uit de beschikking af dat de OR "directie" heeft begrepen als het statutaire bestuur. Statutaire bestuurders worden doorgaans benoemd door de algemene vergadering (art. 2:242 lid 1 BW). Een rvc kan slechts de bevoegdheid worden toegekend bestuurders te benoemen in geval van het structuurregime (art. 2:272 BW). De bevoegdheid tot schorsing en ontslag van bestuurders kan overigens wel aan de rvc worden toegekend, ook zonder dat het structuurregime van toepassing is (art. 2:255 resp. art. 2:244 lid 2 BW). Uit de beschikking blijkt dat de OR uit de toelichting heeft begrepen dat AAH voornemens was het structuurregime te implementeren. Tegen deze achtergrond verzoekt de OR om een aanbevelingsrecht voor ten minste één commissaris (r.o. 2.6). De OR onderschat en beperkt zijn eigen positie, aangezien de wet aan de OR een versterkt aanbevelingsrecht toekent ten aanzien van een derde van het aantal commissarissen (art. 2:268 lid 6 BW). Het is mogelijk van deze wettelijke regeling af te wijken, bijvoorbeeld door in de statuten te bepalen dat de OR slechts een aanbevelingsrecht heeft ten aanzien van één commissaris. Daarvoor is (onder meer)

toestemming van de OR nodig (art. 2:268 lid 12 BW). Eventuele intrekking van deze toestemming betekent overigens geen automatische of verplichte terugkeer naar het wettelijke systeem (V. van Kampen, 'Eens gegeven blijft gegeven. Goedkeuring aan het structuurregime op maat', WPNR 2022, afl. 7386, p. 670-673). De OR die toestemming verleent voor een van de wet afwijkende regeling dient zich te realiseren dat een dergelijke concessie niet gemakkelijk ongedaan gemaakt zal kunnen worden.

3. In reactie op het verzoek van de OR stelt AAH dat het niet de bedoeling is het structuurregime in te voeren en derhalve wordt de OR ook geen versterkt aanbevelingsrecht toegekend (r.o. 2.6). Blijkbaar is het voornemen niet om een rvc in te stellen die bevoegd is statutaire bestuurders te benoemen en heeft AAH de OR met de geciteerde toelichting op het verkeerde been gezet. Deze discussie had naar mijn mening voorkomen kunnen worden als de toelichting zuiverder was geformuleerd. Uit de inmiddels gewijzigde statuten blijkt namelijk dat de algemene vergadering van AAH bevoegd is haar bestuurders te benoemen, maar dat de rvc één bestuurder tot algemeen directeur kan benoemen die de voorzitter van het bestuur zal zijn en zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is. De OR heeft de geciteerde zin uit de toelichting blijkbaar opgevat als een bevoegdheid tot benoeming van statutaire bestuurders, terwijl waarschijnlijk de functie van algemeen directeur bedoeld werd. Als dit helder aan de OR was gecommuniceerd, zou de discussie rondom het structuurregime bij AAH (waarschijnlijk) nooit zijn opgekomen.

4. Ook het moment waarop het structuurregime van toepassing wordt, komt in deze beschikking aan de orde. In de praktijk bestaat met enige regelmaat onduidelijkheid over de vraag wanneer een rechtspersoon verplicht is het structuurregime in te voeren en wordt de wettelijke regeling niet altijd goed begrepen. Indien een rechtspersoon aan de voorwaarden voldoet zoals opgenomen in art. 2:63b/2:153/2:263 lid 2 BW en de rechtspersoon als "groot" wordt beschouwd, moet daarvan bij het handelsregister opgaaf gedaan worden (zie uitgebreid over deze voorwaarden: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*IIb* 2019/465-468). De opgaaf moet worden gedaan binnen twee maanden na vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat de rechtspersoon "groot" is (lid 1). Pas indien de opgaaf geduren-

de drie jaren onafgebroken is ingeschreven, wordt het structuurregime van toepassing (art. 2:63c/2:154/2:264 lid 1 BW). Doorslaggevend is dus of de opgaaf drie jaar ingeschreven is en niet hoe lang een rechtspersoon al "groot" is.

5. Uit de beschikking blijkt dat CVAB per ultimo 2020 voor het eerst aan de voorwaarden voldeed en verplicht was om de opgaaf te doen zoals hierboven vermeld (r.o. 3.5). Pas na vaststelling van de jaarrekening over 2020 op 21 april 2021 (de beschikking spreekt ten onrechte van 24 april 2021) was CVAB verplicht de opgaaf te doen. Zoals in de praktijk vaker het geval blijkt, heeft CVAB nagelaten de opgaaf tijdig te doen. De OR stelt desalniettemin dat het structuurregime van toepassing is op CVAB en dat zij daarmee (onder meer) verplicht is een rvc in te stellen. Dit argument wordt terecht door de OK van de hand gewezen, waarbij volledigheidshalve wordt opgemerkt dat, ondanks het niet tijdig doen van de opgaaf door CVAB, het structuurregime niet eerder van toepassing wordt dan drie jaar na de opgaaf. Zelfs als de opgaaf tijdig zou zijn gedaan, was het structuurregime nog niet van toepassing op CVAB, aldus de OK. Dit neemt overigens niet weg dat het niet tijdig doen van de opgaaf een economisch delict vormt (art. 1 onder 4° WED) en het aan te raden is dat rechtspersonen tijdig de vereiste opgaaf doen. De OK vermeldt dat, omdat het structuurregime niet van toepassing is, de OR ook het versterkte aanbevelingsrecht niet heeft. Door de opheffing van de rvc bij CVAB wordt dan ook geen afbreuk gedaan aan een dergelijk aanbevelingsrecht.

6. Een duidelijk onderscheid tussen CVAB en AAH wordt niet ten aanzien van alle aspecten in deze beschikking toegepast. Dat is verklaarbaar vanuit het perspectief van de WOR, waarbij wordt gekeken naar de ondernemer, die niet noodzakelijkerwijs gelijk is aan een bepaalde rechtspersoon. Voor de toepassing van het structuurregime moet echter wel naar de rechtspersoon worden gekeken, met dien verstande dat gebruik kan worden gemaakt van bepaalde vrijstellingen als een van de rechtspersonen in de groep het structuurregime toepast. Het is belangrijk vast te stellen dat de invoering van de rvc bij AAH als zodanig geen invloed heeft op de toepasselijkheid van het structuurregime bij CVAB, omdat AAH zelf niet verplicht is om een opgaaf te doen (r.o. 3.1.). Zodra de opgaaf die door CVAB bij het handelsregister is gedaan daar gedurende

drie jaren onafgebroken is ingeschreven, wordt CVAB van rechtswege een structuurcoöperatie met de verplichting om een eigen rvc in te stellen. Een wijze waarop CVAB eventueel kan ontkomen aan de toepasselijkheid van het structuurregime, is door als enig aandeelhouder van AAH te besluiten het structuurregime vrijwillig op AAH toe te passen (art. 2:267 BW). CVAB kan vervolgens een beroep doen op de vrijstelling van het structuurregime omdat AAH als haar afhankelijke maatschappij het structuurregime toepast (art. 2:63d BW, mits aan de daar vermelde voorwaarden wordt voldaan). Zonder een beroep te (kunnen) doen op een vrijstelling, ligt voor CVAB op voorzienbare termijn alsnog toepasselijkheid van het structuurregime in het verschiet.

mr. V. van Kampen  
Kandidaat-notaris bij O.G.M en promovendus  
aan de Radboud Universiteit

## 64

### Verzetrecht tegen juridische fusie

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

31 oktober 2023, nr. 200.331.538/01 OK,  
ECLI:NL:GHAMS:2023:2887

(mr. De Jongh, mr. Meijer, mr. Wolfs, prof.  
drs. Eeftink RA, mr. Koopmans)

Noot prof. mr. dr. M.A. Verbrugh

**Juridische fusie. Verzet. Over vermogenstoestand van verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon is onvoldoende gesteld. Schuldeiser heeft niet aan bewijslast voldaan. Volgt bekrachtiging van beschikking waarvan beroep.**

[BW art. 2:316]

Voor zover het hoger beroep erop is gericht te voorkomen dat de fusie doorgang zal vinden, is het inmiddels achterhaald door de feiten. De rechtbank heeft het verzet ongegrond verklaard en het verzet opgeheven. Die opheffing van het verzet is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De fusie kon hierdoor worden voortgezet, ook indien hoger beroep zou worden ingesteld. De fuseren-

de stichtingen hebben de fusie tegen deze achtergrond inmiddels geëffectueerd. Voor zover [A] de fusie heeft willen voorkomen omdat deze in zijn ogen onrechtmatig was, had hij daartoe andere procesuele wegen moeten bewandelen.

Voor zover [A] in deze procedure verlangt dat zekerheid of een andere waarborg wordt gesteld, overweegt de OK als volgt (vgl. Rb. Den Haag 21 februari 2019, «JOR» 2019/131, m.nt. Koster).

Op grond van art. 2:316 lid 2 BW kan iedere schuldeiser tegen het voorstel tot fusie in verzet komen. In 2011 is de tot dan bestaande regeling omtrent het verzet in art. 2:316 BW aangepast. Toen is aan lid 2 toegevoegd dat het verzoek van de schuldeiser tot het verstrekken van een waarborg wordt afgewezen indien de verzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, en dat van de rechtspersoon niet voldoende waarborgen zijn verkregen.

De toegevoegde zin aan art. 2:316 lid 2 BW is geïnspireerd op art. 2:100 lid 2 BW. Deze toevoeging moest duidelijk maken dat een verzoek (tot het verstrekken van een waarborg) zou worden afgewezen indien de verzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat de fusie leidt tot twijfel of voldoende waarborgen zijn verkregen of dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan. Daarbij stelde de minister buiten twijfel dat de bewijslast hiervan zou berusten bij de schuldeiser.

Hieruit volgt dat de wetgever aan de rechter niet de bevoegdheid heeft gegeven om in het kader van een verzetprocedure op grond van art. 2:316 BW te beoordelen of de fusie in algemene zin wenselijk is. De rechter is in dat kader evenmin bevoegd te beoordelen of de fusie om redenen van algemeen belang al dan niet doorgang dient te vinden. Het gaat om de vraag of de vermogenstoestand van Stichting Warande na de fusie minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, en of in dat geval van Stichting Warande niet voldoende waarborgen zijn verkregen.

De vordering van [A] berust op een huurovereenkomst die hij op 2 mei 2012 met Stichting Kraaybeek is aangegaan. Op grond van die huurovereenkomst heeft hij het recht op het ongestoorde woongenot van het door hem gehuurde apparte-