

Het afschaffen of beperken van het structuurregime vanwege een (gedeeltelijke) vrijstelling: adviesrecht ondernemingsraad?

Mr. G.W. Wesselingh *

Inleiding

Als een structuurvennootschap wordt overgenomen, is het mogelijk dat voor deze vennootschap een (gedeeltelijke) vrijstelling gaat gelden voor het toepassen van het structuurregime. Bijvoorbeeld omdat het structuurregime reeds voor de nieuwe moeder geldt (art. 2:153/263 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW)) of omdat de vennootschap deel gaat uitmaken van een internationaal concern (art. 2:155/265 BW). Vanuit beleidsmatig oogpunt kan het vervolgens wenselijk zijn om het structuurregime in de overgenomen vennootschap niet (volledig) meer toe te passen. De vraag rijst dan hoe de afschaffing of beperking van het structuurregime in zijn werk gaat.

Deze bijdrage geeft allereerst een beknopte samenvatting van de achtergrond en de hoofdlijnen van het structuurregime en de uitzonderingen en beperkingen hierop. Daarna volgt een omschrijving van de procedure bij het beperken of afschaffen van het structuurregime wanneer een uitzondering of beperking van toepassing is geworden. Deze bijdrage richt zich daarbij met name op (de wenselijkheid van) het adviesrecht van de ondernemingsraad (hierna: OR) in deze procedure.

Achtergrond en hoofdpunten structuurregime

Achtergrond

De structuurregeling is een in 1971 ingevoerde wettelijke regeling die de grote NV en de grote BV verplicht tot de instelling van een raad van commissarissen (hierna: RvC), waaraan bijzondere bevoegdheden zijn toegekend.¹ Uitgangspunt van deze regeling is de verankering van medezeggenschap van werknemers in de structuur van de grote vennootschap.²

* Mr. G.W. Wesselingh is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 517.

2. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 4 en SER-advies 'Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling', 19 januari 2001, publicatie nr. 2, p. 28, <www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2001/b19082.aspx>.

Reikwijdte structuurregime

Een vennootschap valt onder het structuurregime als:

1. haar geplaatste kapitaal met de reserves ten minste een bij Koninklijk Besluit vastgesteld bedrag (op dit moment EUR 16.000.000) bedraagt; en
2. zij of een afhankelijke maatschappij (zie art. 2:152/262 BW) krachtens wettelijke verplichting een OR heeft ingesteld; en
3. bij haar en haar afhankelijke maatschappijen in de regel minimaal honderd werknemers in Nederland werkzaam zijn.

Indien aan alle hierboven genoemde 'structuurcriteria' is voldaan, geldt in eerste instantie de plicht om van dit feit opgave te doen bij het handelsregister. Na drie jaar onafgebroken inschrijving van die opgave is het structuurregime van toepassing. Naast deze verplichte toepassing is het ook mogelijk dat een vennootschap op vrijwillige basis het structuurregime in haar statuten opneemt. Er moet dan wel een verplichte OR zijn.

Bijzonderheden structuurregime

Een structuurvennootschap wijkt in de volgende opzichten af van een 'normale' vennootschap:

1. De instelling van een RvC is verplicht.
2. De wettelijke bevoegdheden van de RvC zijn groter: de RvC heeft goedkeuringsrechten ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten en kan (bij het volledige regime) bestuurders benoemen en ontslaan.
3. De commissarissen worden op voordracht van de RvC benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA). De OR heeft voor een derde van het aantal commissarissen een versterkt aanbevelingsrecht. De door de RvC opgestelde voordracht wordt voorgelegd aan de AVA, die uitsluitend afwijzend kan besluiten bij een volstreekte meerderheid, die ten minste een derde van het geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigt.

Vrijstellingen structuurregime: achtergrond

Al bij de eerste ideeën en discussies over het structuurregime bestond het inzicht dat dit regime niet (volledig) zou moeten gelden voor dochtermaatschappijen van structuurvennootschappen, internationaal georiënteerde structuren (zoals internationale holdings), dienstverleningsvennootschappen en vennootschappen waarbij eenheid van bestuur met een buitenlandse vennootschap noodzakelijk is.³

Voor dochtermaatschappijen van structuurvennootschappen werd een RvC niet noodzakelijk geacht, omdat op het niveau van de moedermaatschappij al een verplichte RvC bestaat.⁴ Een verplichte RvC met identieke bevoegdheden zou centrale leiding onmogelijk maken. Tevens strekt de taakopdracht van de RvC van de moedervennootschap zich reeds uit over het gehele concernbeleid en kunnen werknemers van de dochtervennootschap invloed uitoefenen op de samenstelling van de RvC van de moedervennootschap. Het verlies van invloed van de werknemers op de samenstelling van de RvC op het niveau van de dochtermaatschappij wordt aldus gecompenseerd op het niveau van de moedervennootschap, waar het centrale beleid wordt bepaald.⁵

Met betrekking tot grote groepsvennootschappen in andere (internationale) structuren wenste de wetgever niet, door integrale toepassing van de structuurregeling, de eenheid van het concern en het daarin gevoerde beleid te doorbreken.⁶

Onderscheid volledige vrijstelling en gemitigeerd regime

Tegen de hierboven omschreven achtergrond werd met het structuurregime een stelsel van uitzonderingsbepalingen ingevoerd, dat nog steeds ten grondslag ligt aan de huidige wetsbepalingen.⁷

Het voert te ver om nader in te gaan op dit – vrij ingewikkeld verwoorde – stelsel van uitzonderingen. Van belang is dat de wetgever in bepaalde, weloverwogen gevallen het structuurregime niet of slechts gedeeltelijk verplicht heeft willen stellen. In dat verband dient te worden opgemerkt dat er onderscheid is tussen de volledige vrijstelling en het zogenoemde verzwakte of gemitigeerde regime. Een vennootschap hoeft in haar geheel geen opgaaf te doen als bedoeld in artikel 2:153/263 lid 1 BW, indien zij onder een volledige vrijstelling valt van artikel 2:153/263 lid 3 BW. Dit geldt bijvoorbeeld voor vennootschappen die afhankelijke maatschappij zijn van een structuurvennootschap. Voor vennootschappen die vallen onder het verzwakte regime van artikel 2:155/265 BW geldt het structuurregime met uitzondering van de regeling omtrent de benoeming en het ontslag van bestuurders (art. 2:162/272 BW).⁸ Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een internationaal

concern waarvan de meerderheid van de werknemers van de moedermaatschappij en haar groepsmaatschappijen buiten Nederland werkzaam is.

Gevolgen en procedures bij van toepassing worden (gedeeltelijke) vrijstelling

Indien een structuurvennootschap aan een van de vrijstellingen of de criteria voor toepassing van het gemitigeerde regime gaat voldoen, dient het bestuur ten eerste een voorstel tot afschaffing of beperkte voortzetting van het structuurregime te agenderen voor de eerstvolgende vergadering van aandeelhouders.⁹ Ten tweede dient een statutenwijziging te worden geagendeerd, om de statuten in overeenstemming met het aandeelhoudersbesluit (tot afschaffing of beperkte voortzetting) te brengen.¹⁰

Besluit AVA

Het voorstel kan de volgende vormen aannemen: afschaffing van het volledige dan wel verzwakte regime, continuering van het volledige dan wel verzwakte regime en omzetting van het volledige in het verzwakte regime, indien een beroep kan worden gedaan op artikel 2:155 dan wel 2:155a BW. De agendering van het voorstel tot voortzetting kan zo nodig door iedere belanghebbende in kort geding worden afgedwongen.¹¹

Het in 2004 ingevoerde artikel 2:154/264 lid 4 BW bepaalt uitdrukkelijk dat de bevoegdheid van de AVA tot het nemen van een besluit ten aanzien van de voortzetting van het structuurregime niet kan worden beperkt. Er kan geen versterkte meerderheid worden voorgeschreven en er mogen geen quorumeisen aan het besluit worden gesteld. De gedachte hierachter is dat het besluit op gevallen ziet waar de wet aan de vennootschap een bepaalde inrichting heeft opgelegd zonder een besluit waaruit de wil van de aandeelhoudersvergadering blijkt. Indien het wettelijk voorschrift niet langer van toepassing is (omdat bijvoorbeeld de nieuwe moeder na een overname een structuurvennootschap is), moet de algemene vergadering eenvoudig over voortzetting dan wel afschaffing kunnen besluiten.¹²

Statutenwijziging

Besluit de AVA tot toepassing van een ander regime, dan moet het bestuur binnen twaalf maanden nadat het besluit is genomen een voorstel tot statutenwijziging aan de AVA voorleggen (art. 2:154/264 lid 5 BW). Bij veel vennootschappen geldt dat statutenwijziging slechts mogelijk is op voorstel van het bestuur of de RvC, met een gekwalificeerde meerderheid en met een zeker quorum. Voor statutenwijziging die gericht is op een beperkte voortzetting of afschaffing van het structuurregime geldt echter: de bevoegdheid van de AVA kan niet

3. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 542.

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

5. SER-advies, 2001/02, p. 31.

6. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 3; en P. van Schilfgaarde & J. Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2006, p. 403.

7. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 542.

8. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 542.

9. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 33.

10. W.W. de Nijs Bik, De nieuwe structuurregeling, Deventer: Kluwer 2004, p. 24.

11. J. Jitta, Schuitje varen, theeje drinken, varen wij door het polderland. De uitbreiding van de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering, Ondernemingsrecht 2002, p. 77; en De Nijs Bik 2004, p. 24.

12. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 29-30.

worden beperkt. De AVA besluit met volstreekte meerderheid en quorumeisen zijn niet van toepassing.¹³

Het is denkbaar dat de AVA (bijvoorbeeld door een veranderde samenstelling) geen besluit neemt tot statutenwijziging. In dat geval voorzien de leden 5, 6 en 7 van artikel 2:154/264 BW in een regeling. De statuten worden dan vastgesteld door de Ondernemingskamer op verzoek van een vertegenwoordiger van de RvC of het bestuur, of door agenderingsgerechtigde aandeelhouders. De OR kan géén verzoek indienen. Hij heeft immers geen wettelijke rol in het kader van de statutenwijziging, aldus de memorie van antwoord.¹⁴ Deze opmerking lijkt geen rekening te houden met een eventueel adviesrecht van de OR op de statutenwijziging ex artikel 2:154/264 lid 5 BW.

Invloed OR op afschaffing structuurregime

Het is niet duidelijk in hoeverre aan de OR adviesrecht toekomt bij de besproken besluiten tot regime- en statutenwijziging.

Eenzijds heeft de wetgever de AVA de vrijheid willen geven eenvoudig over voortzetting of afschaffing van het structuurregime te besluiten, indien een wettelijk voorschrift niet meer van toepassing is. Anderzijds kan afschaffing van het structuurregime ingrijpende gevolgen hebben voor de betrokken vennootschap en haar concernvennootschappen. Bepaalde ingrijpende besluiten zijn onder het structuurregime immers onderworpen aan goedkeuring van de RvC. Het verlaten van het regime zou daarom tot een belangrijke wijziging in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming kunnen leiden, waarop de adviesplicht ex artikel 25 Wet op de ondernemingsraden (WOR) van toepassing is.¹⁵

Wetsgeschiedenis

De memorie van toelichting merkt op dat het voorgenomen besluit tot afschaffing van het structuurregime 'onder omstandigheden' adviesplichtig kan zijn. Het advies wordt volgens de wetgever uitgebracht aan de ondernemer, doorgaans het bestuur. Dit zou dan een rol kunnen spelen bij het besluit van de ondernemer om aan de algemene vergadering een voorstel te doen omtrent handhaving dan wel afschaffing van de structuurregeling.¹⁶ De nadere memorie van antwoord stelt verder dat het verdedigbaar is te stellen dat wanneer het bestuur het voorstel doet het structuurregime te verlaten, een wijziging van de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming plaatsvindt; onder verwijzing naar het Heuga-arrest¹⁷

wordt opgemerkt dat een wijziging van de jurisprudentie niet is beoogd.¹⁸

Jurisprudentie: Heuga

In de Heuga-zaak werd geoordeeld dat het besluit van de aandeelhouder tot afschaffing van het op vrijwillige basis aangenomen structuurregime adviesplichtig was ex artikel 25 WOR jegens een lager binnen het concern gepositioneerde OR. Daarbij werd van belang geacht dat Heuga Holding tegelijk 100% aandeelhouder en statutair directeur was van Heuga Nederland, en dat het besluit tot afschaffing van het structuurregime van invloed was op de organisatie en het beleid binnen Heuga Nederland. De Hoge Raad oordeelde dat hier zowel sprake was van toerekening als van medeondernemerschap (welk begrip overigens later door de Hoge Raad beperkter is uitgelegd in HR 26 januari 2000, JOR 2000, 55 (gemeentelijke herindeling)).¹⁹

Allereerst is opmerkelijk dat het Heuga-arrest een aandeelhoudersbesluit tot statutenwijziging betrof, terwijl de memorie van toelichting spreekt over adviesplicht op het bestuursbesluit om aan de AVA een voorstel te doen tot afschaffing of voortzetting. Dit laatste lijkt niet juist, nu agendering van alle opties verplicht is. Een advies van de OR heeft daarop geen enkele invloed.

Verder lijkt uit het Heuga-arrest niet eenduidig af te leiden wat nu de omstandigheden zijn die ervoor zorgen dat een besluit adviesplichtig is.

Eenzijds wordt in de literatuur de omstandigheid benadrukt dat bij Heuga sprake was van een vrijwillig (door de AVA) aanvaard structuurregime.²⁰ Met Dortmund zou men kunnen beargumenteren dat *a contrario* geen adviesplicht geldt wanneer het gaat om een wijziging van een verplicht structuurregime in een niet-structuurregime ten gevolge van het niet langer voldoen aan de voorwaarden of het van toepassing worden van een vrijstelling. 'Als het verplicht structuurregime van toepassing wordt is er immers ook geen adviesrecht.'²¹

Anderzijds worden de omstandigheden bij Heuga met betrekking tot toerekening en medeondernemerschap als relevant aangemerkt in het kader van de opmerking dat het structuurregime 'onder omstandigheden' adviesplichtig kan zijn.²²

Jitta vraagt zich af of de kwalificatie 'onder omstandigheden' in de memorie van toelichting überhaupt wel terecht is.²³

13. M.L. Lennarts & J.B. Wezeman, Groene Serie rechtspersonen, Deventer: Kluwer 2007, art. 2:154 BW, nr. 6.

14. Kamerstukken I 2003/04, 28 179, B, p. 16.

15. P.A.M. Witteveen, Het wetsvoorstel structuurregeling en de positie van de ondernemingsraad, in: G. van Solinge, M. Holzer & A.F.J.A. Leijten, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 255.

16. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 29.

17. Hof Amsterdam 15 oktober 1992 en HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545.

18. Kamerstukken I 2003/ 2004, 28 179, D, p. 7.

19. Witteveen 2003, p. 255.

20. Van Schilfgaarde & Winter 2006, p. 440.

21. P.J. Dortmund, Een afwijkende benoeming, Ondernemingsrecht 2002, p. 92, noot 23.

22. Witteveen 2003, p. 254.

23. Jitta 2002, p. 77.

Bezwaren adviesrecht OR bij gehele of gedeeltelijke vrijstelling

De vraag of de OR onverkort adviesrecht heeft op besluiten tot (gedeeltelijke) afschaffing van het structuurregime, en de daarop volgende statutenwijziging op grond van artikel 2:154/264 lid 4 en 5 BW, lijkt niet met zekerheid te beantwoorden. Duidelijk is wel dat er bezwaren kleven aan een dergelijk adviesrecht.

Jitta,²⁴ Dortmund²⁵ en (wat genuanceerder) Witteveen²⁶ menen dat het adviesrecht van de OR niet moet gelden voor de hierboven genoemde besluiten. Het structuurregime is immers niet vrijelijk aanvaard en moet – aldus ook de wetgeschiedenis – redelijkerwijs ook weer verlaten kunnen worden zodra er geen reden meer is voor (gehele) toepassing.

Deze vrijheid kán mijns inziens ook aan de AVA worden toegekend, omdat bij het van toepassing worden van een uitzondering of beperking op het structuurregime reeds een afweging van de werknemersbelangen is gemaakt. In dergelijke gevallen meent de wetgever ofwel dat de zeggenschap van de factor arbeid in de vennootschap reeds voldoende is gegarandeerd, ofwel dat zeggenschap van de factor arbeid niet of in mindere mate wenselijk is.

Met Jitta meen ik dat er geen mogelijkheid zou moeten zijn om tegen de betrokken beslissing beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer. Een dergelijke mogelijkheid veronderstelt immers dat de keuze van de AVA voor het verzwakte regime of het gewone regime kennelijk onredelijk zou kunnen zijn. De Ondernemingskamer zou dan kunnen bevelen het betrokken besluit ongedaan te maken. Dit zou niet in lijn met artikel 2:154 lid 4 en 5 BW zijn.²⁷ Zelfs De Nijs Bik, die van mening is dat het adviesrecht onverkort van toepassing is, acht een negatief advies van de OR weinig zinvol. Hij schat de kansen van de aandeelhouder/ondernemer vrij hoog in bij een gang naar de Ondernemingskamer.²⁸

Indien de wetgever meent dat de OR zijn standpunt kenbaar zou moeten kunnen maken, zou een spreekrecht ex artikel 30 WOR (voor de NV) wellicht meer voor de hand liggen dan adviesrecht ex artikel 25 WOR.²⁹ Bij een spreekrecht heeft de OR het recht om zijn standpunt te bepalen en toe te lichten in de AVA ten aanzien van voorgenomen besluiten. Op niet-naleving van het spreekrecht stelt de wet geen sancties. Een spreekrecht geeft de OR wél de mogelijkheid zijn standpunt te uiten, terwijl een zinloze en vertragende exercitie, die in overnamesituaties voor veel negatieve publiciteit kan zorgen, voor de Ondernemingskamer wordt voorkomen.

Conclusie

Indien bij een overname van een structuurvennootschap een van de uitzonderingen van artikel 2:153/263 lid 3 BW van toepassing wordt, of de vennootschap gaat voldoen aan criteria voor beperkte toepassing van het structuurregime, dient de procedure ex artikel 2:154/264 lid 4 en 5 BW te worden gevolgd. Het bestuur dient een voorstel voor afschaffing dan wel beperkte voortzetting van het structuurregime te agenderen, waarna (eventueel) de statuten moeten worden aangepast. Het is niet geheel duidelijk of aan de OR bij dergelijke besluiten een adviesrecht toekomt. Een adviesrecht lijkt in ieder geval weinig zinvol, daar het, bij een eventuele procedure voor de Ondernemingskamer, onwaarschijnlijk is dat de vennootschap het structuurregime zou moeten voortzetten. Dit zou ingaan tegen het systeem van de wet. De wetgever zou om onnodige procedures te voorkomen het adviesrecht niet van toepassing kunnen verklaren bij voornoemde besluiten. Hoewel met het van toepassing worden van vrijstellingen en beperkingen reeds een afweging van werknemersbelangen is gemaakt, kan eventueel nog een spreekrecht aan de OR worden toegekend (waartegen geen sancties openstaan). Bij het uitblijven van verduidelijking van de wetgever zou een rechter mijns inziens de ruimte moeten nemen om de huidige wet zó uit te leggen, dat adviesrecht van de OR enkel van toepassing is op afschaffing van een vrijwillig aanvaard structuurregime.

24. Idem.

25. Dortmund 2002, p. 92, noot 23.

26. Witteveen 2003, p. 254.

27. Jitta 2002, p. 74.

28. De Nijs Bik 2004, p. 29. Zo ook: Lennarts & Wezeman 2007, art. 2:154 BW, nr. 5.

29. Zo ook Jitta 2002, p. 74.