



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De structuurregeling vanuit het perspectief van medezeggenschap

Koster, H.; Groot, C. de; Vink-Dijkstra, R.E.M.

Citation

Koster, H. (2024). De structuurregeling vanuit het perspectief van medezeggenschap. In C. de Groot & R. E. M. Vink-Dijkstra (Eds.), *Bakelsreeks* (pp. 203-216). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4170260>

Version: Accepted Manuscript

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4170260>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De structuurregeling vanuit het perspectief van medezeggenschap

Harold Koster¹

1. Inleiding

De structuurregeling is een wettelijke regeling die de grote naamloze en besloten vennootschappen alsmede de grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen verplicht tot de instelling van een raad van commissarissen (RvC).² Door de structuurregeling werd de bevoegdheid van aandeelhouders beperkt. De RvC kreeg bepaalde belangrijke bevoegdheden en de ondernemingsraad werd bevoegdheden toegekend ten aanzien van de samenstelling van de RvC.³ Met de invoering van de wettelijke regeling van de structuurregeling werd beoogd om werknemers een stem te geven op het hoogste niveau binnen de onderneming. Dit mede omdat de beleving was dat de algemene vergadering in veel gevallen te weinig tegenwicht kon bieden aan het bestuur.⁴ De structuurregeling voorzag in de groeiende behoefte aan vennootschappelijke medezeggenschap. In deze bijdrage bespreek ik de wettelijke regeling van de structuurregeling vanuit het perspectief van medezeggenschap.

2. De structuurregeling vanuit historisch perspectief

In 1971 kwam, op advies van de Commissie tot herziening van het ondernemingsrecht, genoemd naar haar voorzitter professor P.J. Verdam: de Commissie Verdam, en de SER, de structuurregeling tot stand.⁵ Daarmee kent het vennootschapsrecht medezeggenschapsrechten toe aan ondernemingsraden.⁶ De Commissie Verdam was in

¹ Verbonden aan de Universiteit Leiden.

² De structuurregeling is ook ingevoerd voor grote coöperaties en voor grote onderlinge waarborgmaatschappijen. In deze bijdrage is uitgangspunt de regeling zoals die geldt voor naamloze en besloten vennootschappen. Op de structuurregeling bij de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij wordt niet specifiek ingegaan.

³ Ik ga niet in op de structuurregeling bij vennootschappen met een monistisch bestuursmodel.

⁴ Zo bedroeg in 1973 het gemiddelde aantal uitgebrachte stemmen 54%. De laatste jaren ligt dit percentage veel hoger.

⁵ Rapport 'Herziening van het ondernemingsrecht', op 26 november 1964 uitgebracht door de Commissie Ondernemingsrecht. Zie voorts het SER-advies 69/14 inzake de herziening van het ondernemingsrecht van 19 september 1969. Deze herziening van het ondernemingsrecht heeft in 1971 geleid tot de zogenoemde Structuurwet: Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971, 289. De Structuurwet is bij de invoering van Boek 2 BW daarin opgenomen.

⁶ Zie hierover bijvoorbeeld M. Meyer, 'Employee Participation in Multinational Corporations: Corporate Governance and the Role of Works Councils', *TvOB* 2017/4, p. 134-135.

1964 door de minister van Justitie ingesteld met de opdracht een onderzoek in te stellen “(...) naar de vraag of de rechtsvorm der onderneming herziening behoeft, en daarbij in het bijzonder aandacht te besteden aan het bestuur en toezicht bij de grote onderneming alsmede aan de publieke verantwoording van de onderneming.” Het ontstaan van de structuurregeling hangt samen met het steeds groter worden van ondernemingen. Hierdoor ontstond discussies over sociaaleconomische ordening en arbeiderszelfbestuur en kreeg dit brede maatschappelijke aandacht.⁷ Paste de bestaande juridische regulering nog wel bij de economische en maatschappelijke realiteit? En kon de algemene vergadering binnen groter wordende ondernemingen nog wel voldoende tegenwicht bieden aan het bestuur?⁸ Deze maatschappelijke discussies hebben in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw tot de invoering van de structuurregeling geleidt.⁹

Met de invoering van de structuurregeling in 1971 werd het zwaartepunt van de zeggenschap verschoven van de algemene vergadering naar de RvC. Aan de RvC werd het recht toegekend om de bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan, de jaarrekening vast te stellen, haar eigen leden te benoemen via coöptatie en belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren. De opgekomen gedachte om een deel van de RvC door werknemers te laten benoemen, is niet verwezenlijkt, aangezien als bezwaar werd gezien dat dit de harmonie binnen de RvC al te zeer in gevaar zou kunnen brengen.¹⁰ De structuurregeling had tot gevolg dat de RvC betrokken werd bij de totstandkoming van de strategie en het beleid van de vennootschap.¹¹ Deze ontwikkeling leidde vervolgens tot kritiek op de structuurregeling omdat dit het afleggen van verantwoording door het bestuur negatief beïnvloede. Het zou beter zijn om de bevoegdheden van de RvC weer te beperken ten gunste van de aandeelhouders.¹² Ook werd wel afschaffing bepleit.¹³ Ondertussen kwam het debat over corporate governance op en de vraag wat goed ondernemingsbestuur

⁷ M.J.G.C. Raaijmakers, 'De 'institutionele opvatting': grondslag en inhoud?', *Ondernemingsrecht* 2015/28, par. 3.3.

⁸ S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van Het Concern*, Deventer: Kluwer 2020, par. 4.2.

⁹ W.W. de Nijs Bik, *De structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance*, Deventer: Kluwer 2014, par. 1.2.

¹⁰ Zie Groene Serie Rechtspersonen, aantekening 2 op art. 2:158 BW door B. Verkerk en C. de Groot.

¹¹ Zie hierover ook S.H.M.A. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005, 91 en C. de Groot, *Corporate Governance as a Limited Legal Concept*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 47-52.

¹² Zie P.C. van den Hoek, 'De toekomst van de structuurregeling', *TVVS* 1992/154 en W.J. Slagter, 'Naar nieuwe machtsverhoudingen in de Nederlandse vennootschap', *TVVS* 1993, 115.

¹³ Zie W.J. Slagter, 'Naar nieuwe machtsverhoudingen in de Nederlandse vennootschap', *TVVS* 1993, 115.

en toezicht inhoudt. De regering besloot in navolging hiervan aan de SER advies te vragen over aanpassing van de structuurregeling.¹⁴

Mede als gevolg van deze ontwikkelingen is in 2004 de structuurregeling gewijzigd.¹⁵ Hierdoor werd de algemene vergadering (weer) bevoegd de commissarissen te benoemen en de RvC in zijn geheel te doen defungeren. Aldus is het coöptatiestelsel afgeschaft. Voorts is niet langer de RvC maar de algemene vergadering bevoegd de jaarrekening vast te stellen, evenals bij niet structuurvennootschappen. Duidelijk is dat deze herziening een vergroting van de invloed van aandeelhouders tot gevolg had.¹⁶

3. Effect structuurregeling op samenstelling en benoeming bestuur en RvC

Centraal staat in de huidige Nederlandse regeling dat anders dan bij ‘gewone’ vennootschappen, het bestuur van een structuurvennootschap wordt benoemd en ontslagen door de RvC, tenzij - zie hierover paragraaf 5 - het verzwakte regiem geldt, dan blijft de algemene vergadering bevoegd. De RvC geeft de algemene vergadering kennis van een voorgenomen benoeming van een bestuurder van de vennootschap. Voorts ontslaat de RvC een bestuurder niet dan nadat de algemene vergadering over het voorgenomen ontslag is gehoord. Los van de structuurregeling wordt op basis van art. 30 WOR de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over een voorgenomen benoeming van een bestuurder.

De algemene vergadering benoemt bij een structuurvennootschap de commissarissen, echter op voordracht van de RvC. Het minimumaantal leden voor de RvC van een structuurvennootschap bedraagt drie. Is het aantal commissarissen minder dan drie, dan neemt de RvC onverwijld maatregelen tot aanvulling van zijn ledental. Voor de omvang en samenstelling stelt de RvC zelf een profielschets vast, rekening houdend met de aard van

¹⁴ SER-advies 01/02.

¹⁵ De Wet wijziging structuurregeling werd op 9 juli 2004 aangenomen en werd op 1 oktober 2004 van kracht. Zie hierover het Kluwer congres *'Moet het wetsvoorstel Aanpassing Structuurregeling worden doorgezet'*, Den Haag, 2 juli 2003, met bijdragen van destijds minister Donner, L. Timmerman, P.F. van der Heijden, J.W. Winter, G. van Solinge en P. van Schilfgaarde. Zie J.W.A. Biemans en S.-J. Spanjaard, *'Verslag van het Ondernemingsrecht-congres 'Moet het wetsvoorstel aanpassing structuurregeling worden doorgezet?'*, *Ondernemingsrecht* 2003/11. Zie voorts ook F.J.P. van den Ingh, *'Requiem voor de structuurregeling. Het verdriet van Den Haag'*, *Ondernemingsrecht* 2001/8.

¹⁶ Zie over de wijzigingen W.J.M. van Veen, *'De wijzigingen in Boek 2 in verband met de aanpassing van de structuurregeling (I)'*, *WPNR* 2005 (6613), p. 206-212 en W.J.M. van Veen, *'De wijzigingen in de Boek 2 in verband met de aanpassing van de structuurregeling (II, slot)'*, *WPNR* 2005 (6614), p. 223-231.

de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. In concernverhoudingen is verder van belang dat de RvC in voldoende mate onafhankelijk moet zijn van de moedervennootschap.¹⁷ Op basis van de wet zijn sowieso uitgesloten als commissaris personen die in dienst zijn van de structuurvennootschap of van een afhankelijke maatschappij¹⁸ en voorts bestuurders en personen in dienst van een werknemersorganisatie welke pleegt betrokken te zijn bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van personen in dienst van de structuurvennootschap of van een afhankelijke maatschappij.¹⁹

De RvC bespreekt de profielschets voor het eerst bij vaststelling en vervolgens bij iedere wijziging in de algemene vergadering en met de ondernemingsraad.²⁰ Heeft de structuurrechtspersoon geen ondernemingsraad ingesteld maar een afhankelijke maatschappij wel, dan is de ondernemingsraad van deze maatschappij bevoegd. Het kan zich ook voordoen dat binnen een groep - de structuurvennootschap en haar afhankelijke maatschappijen - of onderneming verschillende ondernemingsraden bestaan. Het recht om de profielschets te bespreken, maar ook het na te noemen recht om een algemene aanbeveling te doen (art. 2:158 lid 5 BW) en in te stemmen met afwijking van de benoemingsregeling (art. 2:158 lid 12 BW) wordt dan door de ondernemingsraden afzonderlijk uitgeoefend tenzij hierover in een convenant afspraken zijn gemaakt. Bij verschil van inzicht zal de rechter het laatste woord hebben. Is er evenwel een centrale ondernemingsraad, dan is deze bevoegd. De gedachte van het bespreken van de profielschets is dat deze voldoende invloed van de ondernemingsraad (en algemene vergadering) oplevert op de invulling van de schets. Het bespreken van de profielschets met de ondernemingsraad behelst evenwel geen formeel adviesrecht van de ondernemingsraad. Daarnaast, omdat het om een profielschets gaat, heeft een (versterkte) aanbeveling van de ondernemingsraad voor een kandidaat voor de RvC die

¹⁷ Zie Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 2 februari 1989, *NJ* 1990, 86 (*Kodak*). Zie ook Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 13 maart 2003, *NJ* 2003/248 (*Corus*).

¹⁸ Voor de structuurregeling wordt onder een afhankelijke maatschappij verstaan:

- a. een rechtspersoon waaraan de vennootschap of een of meer afhankelijke maatschappijen alleen of samen voor eigen rekening ten minste de helft van het geplaatste kapitaal verschaffen; en
- b. een vennootschap waarvan een onderneming in het handelsregister is ingeschreven en waarvoor de vennootschap of een afhankelijke maatschappij als vennote jegens derden volledig aansprakelijk is voor alle schulden.

In veel gevallen zal een afhankelijke maatschappij tevens groepsmaatschappij en dochtermaatschappij zijn.

¹⁹ Zie art. 2:160/270 BW.

²⁰ Daarnaast bevat ook de Nederlandse Corporate Governance Code een aantal bepalingen met betrekking tot de vormgeving van de RvC.

niet (volledig) past bij de opgestelde profielschets, geen belemmering op te leveren. Weliswaar dient in principe een kandidaat in het profiel te passen, doch aangezien het om een schets gaat, hoeft deze naar mijn mening niet te allen tijde doorslaggevend te zijn. Dit is ook in lijn met de gronden voor bezwaar, aangezien strijd met de profielschets geen grond is voor het maken van bezwaar. Aanvullend merk ik nog op dat de wettelijke regeling van de profielschets zich op de gehele RvC richt en specifiek op de omvang en samenstelling van de RvC en dus niet zozeer op individuele leden. Overigens volgt uit de wetsgeschiedenis dat er een profielschets vastgesteld moet zijn. Dit is een voorwaarde voor benoeming.²¹

De algemene vergadering en de ondernemingsraad kunnen aan de RvC personen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. De algemene vergadering kan haar bevoegdheid tot aanbeveling voor een door haar te bepalen duur van telkens ten hoogste twee achtereenvolgende jaren, overdragen aan een commissie van aandeelhouders waarvan zij de leden aanwijst. De algemene vergadering kan te allen tijde deze overdracht van haar aanbevelingsbevoegdheid ongedaan maken. De RvC deelt de algemene vergadering of de commissie van aandeelhouders en de ondernemingsraad daartoe tijdig mede wanneer, ten gevolge waarvan en overeenkomstig welk profiel in zijn midden een plaats moet worden vervuld. Tijdig houdt in dat de algemene vergadering en de ondernemingsraad in principe twee maanden de tijd krijgen.²² De RvC maakt de voordracht gelijktijdig bekend aan de algemene vergadering en aan de ondernemingsraad. De voordracht wordt met redenen omkleed.

Voor een derde²³ van het aantal leden van de RvC geldt dat de RvC een door de ondernemingsraad aanbevolen persoon op de voordracht plaatst, tenzij de RvC bezwaar maakt tegen de aanbeveling op grond van de verwachting dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of dat de RvC bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld.²⁴

²¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 179, nr. 52, p. 26.

²² *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, 3, p. 34.

²³ Indien het getal der leden van de RvC niet door drie deelbaar is, wordt het naastgelegen lagere getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking genomen voor de vaststelling van het aantal leden waarvoor dit versterkte recht van aanbeveling geldt.

²⁴ Art. 2:158/2:268 lid 6 BW. De bezwaargronden zien voornamelijk op het feit dat er bijvoorbeeld essentiële deskundigheid of ervaring ontbreekt, dan wel op het bestaan van sterke onenigheid bij de benoeming.

Dit is het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Het betekent dat de RvC verplicht is een door de ondernemingsraad aanbevolen persoon op de voordracht te plaatsten. Indien de RvC bezwaar maakt, deelt hij de ondernemingsraad het bezwaar onder opgave van redenen mede.²⁵ De RvC treedt dan onverwijld in overleg met de ondernemingsraad met het oog op het bereiken van overeenstemming over de voordracht. Indien de RvC constateert dat geen overeenstemming kan worden bereikt, verzoekt een daartoe aangewezen vertegenwoordiger van de RvC aan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam het bezwaar gegrond te verklaren. Het verzoek wordt niet eerder ingediend dan nadat vier weken zijn verstreken na aanvang van het overleg met de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer doet de ondernemingsraad oproepen. Tegen de beslissing van de Ondernemingskamer staat geen rechtsmiddel open. De RvC plaatst de aanbevolen persoon op de voordracht indien de Ondernemingskamer het bezwaar ongegrond verklaart. Verklaart de Ondernemingskamer het bezwaar gegrond, dan kan de ondernemingsraad een nieuwe aanbeveling doen.

Voor de duidelijkheid, de ondernemingsraad heeft dus een dubbel aanbevelingsrecht. Ten eerste een algemeen aanbevelingsrecht ten aanzien van alle commissarissen en ten tweede een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van een derde van de RvC. Dit versterkte aanbevelingsrecht is geen bindend voordrachtsrecht, maar een gewoon recht om een aanbeveling te doen voor de benoeming dat versterkt is door de beperkte mogelijkheden van de RvC om tegen de aanbeveling bezwaar te maken. Als zowel de structuurrechtspersoon als een of meer afhankelijke maatschappijen een ondernemingsraad hebben ingesteld, dan geldt specifiek voor het versterkte aanbevelingsrecht dat dan de verschillende ondernemingsraden deze bevoegdheid gezamenlijk moeten uitoefenen. Is er evenwel een centrale ondernemingsraad, dan is deze bevoegd.

Van belang is voorts dat de algemene vergadering bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, de voordracht van de RvC kan afwijzen. Indien de aandeelhouders bij volstreekte meerderheid van stemmen hun steun aan de kandidaat onthouden, maar deze meerderheid niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigde, kan een nieuwe vergadering worden bijeengeroepen waarin de voordracht kan worden afgewezen met

²⁵ Zie hierover F. Koning, 'Corporate Governance en het recht van bezwaar in de structuurregeling', *De NV* 1997, p. 12 e.v.

volstrekte meerderheid van stemmen. Het gebruik van het woord ‘kan worden bijeengeroepen’ houdt in dat de oproeping van de eerste vergadering niet ook al een voorwaardelijke oproeping voor de tweede vergadering kan behelzen. Bij afwijzing dient de RvC met een nieuwe voordracht te komen. Indien de algemene vergadering de voorgedragen persoon niet benoemt en niet besluit tot afwijzing van de voordracht, benoemt de RvC de voorgedragen persoon. De RvC kan dan uiteraard niet een ander dan de voorgedragen persoon benoemen.

De versterkte positie van de ondernemingsraad komt ook tot uiting bij ontslag van een commissaris. Van belang is dat bij een structuurvennootschap alleen de Ondernemingskamer een individuele commissaris kan ontslaan. De wet geeft drie gronden voor ontslag, te weten: i) verwaarlozing van zijn taak; ii) andere gewichtige redenen; iii) ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris redelijkerwijs niet van de vennootschap kan worden verlangd. Een verzoek tot ontslag van een commissaris kan worden ingediend door de vennootschap zelf, vertegenwoordigd door de RvC, een vertegenwoordiger van de algemene vergadering of een vertegenwoordiger van de ondernemingsraad of centrale ondernemingsraad. Voorts bevat de wet een regeling over het ontslag van de gehele RvC inhoudend dat de algemene vergadering de bevoegdheid heeft om het vertrouwen in de gehele RvC op te zeggen. Dit besluit van de algemene vergadering tot opzegging van het vertrouwen leidt tot het onmiddellijke ontslag van alle leden van de RvC. Een dergelijk besluit kan echter niet worden genomen dan nadat het bestuur de ondernemingsraad van het voorstel voor het besluit en de gronden daartoe in kennis heeft gesteld. De kennisgeving geschiedt ten minste dertig dagen voor de algemene vergadering waarin het voorstel wordt behandeld. Indien de ondernemingsraad een standpunt over het voorstel bepaalt, stelt het bestuur de RvC en de algemene vergadering van dit standpunt op de hoogte. De ondernemingsraad kan zijn standpunt in de algemene vergadering doen toelichten. De wettelijke regeling bevat geen bepaling dat als er een centrale ondernemingsraad is, de centrale ondernemingsraad deze bevoegdheid overneemt. Mijns inziens kan hier de regel van art. 2:158/168 lid 11 BW analoog worden toegepast, waardoor centrale ondernemingsraad deze bevoegdheid kan uitoefenen. Indien de ondernemingsraad niet in de gelegenheid wordt gesteld om zijn standpunt kenbaar te

maken, is het besluit vernietigbaar wegens strijd met de wettelijke regels ten aanzien van de totstandkoming van besluiten (art. 2:15 lid 1 sub a BW).²⁶

Ten slotte is van belang dat in de statuten kan worden afgeweken van de leden 2, 4 tot en met 7 en 9 van art. 2:158/268 BW, met dien verstande dat niet kan worden afgeweken van de eerste twee zinnen van lid 9. Aldus kan van de wettelijke procedure en vereisten worden afgeweken, uitgezonderd de plicht om een RvC in te stellen, het opmaken van een profielschets en de besluitvorming in de algemene vergadering over afwijzing van de voordracht. Voor het besluit tot afwijking is wel de voorafgaande goedkeuring van de RvC en de toestemming van de ondernemingsraad vereist. Dit betekent dat de wettelijke regeling veel vrijheid toestaat om af te wijken van de regels die gelden voor benoeming, voordracht en aanbeveling. Zo kan bijvoorbeeld toch voor het coöptatiestelsel gekozen worden.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 2:158/268 lid 6 BW ook voorafgaand aan de invoering van het structuurregime een rol kan spelen. Uit een uitspraak van de Ondernemingskamer volgt dat het zeer kort voor de invoering van het verzwakte structuurregime benoemen van drie commissarissen die allen in dienst waren van een groepsmaatschappij, moet worden aangemerkt als het frustreren van het wettelijke aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad.²⁷

Het gevolg van de structuurregeling is dat de onafhankelijke positie van de RvC wordt benadrukt,²⁸ en voorts wordt de ondernemingsraad een belangrijke rol toebedeeld bij de invulling van de RvC. Dat is van belang, omdat de RvC het bestuur benoemt en bepaalde belangrijke besluiten van het bestuur moet goedkeuren. Deze vorm van werknemersmedezeggenschap wordt daarom ook wel vennootschapsrechtelijke medezeggenschap genoemd.²⁹

4. Effect structuurregeling op de bevoegdheden van de RvC

²⁶ Zie *Kamerstukken I* 2003/04, 28179, B, p. 21-22.

²⁷ Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 1 juli 2016, JOR 2016/273 (Thomas Cook).

²⁸ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 32-34.

²⁹ In Europa worden verschillende vormen van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap toegepast met verschillende mate van invloed. Zie hierover het themanummer van *European Company Law* 6) 2009, afl. 2, getiteld Employee Board Representation.

De RvC houdt toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming. Indien zij op topholdingniveau is ingesteld strekt het toezicht zich tevens uit tot het concernbeleid.³⁰ De structuurregeling kent twee bijzondere bevoegdheden toe aan de RvC, namelijk: i) de benoeming, schorsing, en ontslag van bestuurders en ii) goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten.³¹ De bevoegdheid tot benoemen van bestuurders kan niet worden beperkt door een bindende voordracht. Wel dient de RvC de algemene vergadering (of, indien ingesteld, de aandeelhouderscommissie) op de hoogte te stellen van de aanstaande benoeming, op straffe van vernietigbaarheid van de benoeming.³²

Aan de goedkeuring van de RvC zijn onderworpen de besluiten van het bestuur over de volgende onderwerpen:

- a. uitgifte en verkrijging van aandelen in en schuldbrieven ten laste van de vennootschap of van schuldbrieven ten laste van een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma waarvan de vennootschap volledig aansprakelijke vennote is;*
- b. medewerking aan de uitgifte van certificaten op naam van aandelen;*
- c. het aanvragen van toelating van de onder a en b bedoelde schuldbrieven onderscheidenlijk certificaten tot de handel op een handelsplatform, als bedoeld in art. 1:1 Wft of een met een handelsplatform vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is dan wel het aanvragen van een intrekking van zodanige toelating;*
- d. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een afhankelijke maatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijke vennote in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma, indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap;*
- e. het nemen van een deelneming ter waarde van ten minste een vierde van het bedrag van het geplaatste kapitaal met de reserves volgens de balans met toelichting van de*

³⁰ HR 10 januari 1990, NJ 1190/465 (Ogem), r.o. 9.2.

³¹ Art. 2:162/2:272 en 2:164/2:274 BW.

³² Er is in een dergelijk geval strijd met een wettelijke bepaling die de totstandkoming van besluiten regelt, zie art. 2:15 lid 1 sub a BW.

- vennootschap, door haar of een afhankelijke maatschappij in het kapitaal van een andere vennootschap, alsmede het ingrijpend vergroten of verminderen van zulk een deelneming;*
- f. investeringen welke een bedrag gelijk aan ten minste een vierde gedeelte van het geplaatste kapitaal met de reserves der vennootschap volgens haar balans met toelichting vereisen;*
- g. een voorstel tot wijziging van de statuten;*
- h. een voorstel tot ontbinding van de vennootschap;*
- i. aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling;*
- j. beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap of van een afhankelijke maatschappij tegelijkertijd of binnen een kort tijdsbestek;*
- k. ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap of van een afhankelijke maatschappij;*
- l. een voorstel tot vermindering van het geplaatste kapitaal.³³*

Van belang is evenwel dat het ontbreken van goedkeuring van de RvC de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aantast. Ten slotte, de onderwerpen die aan de goedkeuring van de RvC zijn onderworpen kunnen in de statuten worden geconcretiseerd of aangevuld. Dit komt in de praktijk regelmatig voor.

5. Wanneer is de structuurregeling van toepassing

De structuurregeling is van rechtswege op een vennootschap van toepassing indien zij gedurende drie onafgebroken jaren als in beginsel structuurplichtig bij het Handelsregister staat ingeschreven.³⁴ Indien een vrijstelling geldt vindt deze regel echter geen toepassing. De hierboven genoemde inschrijving dient plaats te vinden zodra de vennootschap voldoet aan de navolgende (cumulatieve) criteria:³⁵

³³ Zie art. 2:164/274 lid 1 BW.

³⁴ Art. 2:153/2:263 lid 1-3 BW. De vennootschap moet haar statuten aanpassen, uiterlijk op de dag dat het voor haar geldende structuurregime op haar van toepassing wordt. Zie art. 2:154/2:264 lid 3 BW.

³⁵ Art. 2:153/2:263 lid 2 BW, *Stb.* 2015, 349..

- i. het geplaatste kapitaal der vennootschap tezamen met de reserves volgens de balans met toelichting ten minste een bij koninklijk besluit vastgesteld grensbedrag beloopt,³⁶
- ii. de vennootschap of een afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting (op basis van de WOR) een ondernemingsraad heeft ingesteld,³⁷ en
- iii. bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen, tezamen in de regel ten minste honderd werknemers in Nederland werkzaam zijn.

Een rechtspersoon die een afhankelijke maatschappij is van een structuurvennootschap is vrijgesteld van het doen van opgaaf: zij hoeft de structuurregeling niet toe te passen.³⁸ Het begrip afhankelijke maatschappij in de structuurregeling heeft tot gevolg dat werknemers van een concern in Nederland toegerekend worden aan de bovenliggende structuurvennootschap. Daardoor kan de (centrale) ondernemingsraad invloed uitoefenen op de samenstelling van de RvC van de moederonderneming door gebruik te maken van haar (versterkte) recht van aanbeveling.

Voldoet een vennootschap niet aan deze criteria van de structuurregeling dan kan de vennootschap niettemin kiezen voor vrijwillige toepassing van de structuurregeling door haar statuten zodanig in te richten. Vereist daarvoor is wel dat er een ondernemingsraad is ingesteld waar de bepalingen van de WOR op van toepassing zijn.³⁹ Vrijwillige toepassing van het structuurregime leidt tot toepasselijkheid van bepaalde elementen uit de regeling. Aandachtspunt hierbij is dat het toepassen of intrekken van het vrijwillig toegepaste structuurregime een adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 WOR is.⁴⁰ Het vrijwillige (verzwakte) structuurregime wordt in de praktijk wel toegepast binnen concernverhoudingen. Hiermee wordt beoogd een vrijstelling te bereiken voor een van die vennootschap afhankelijke maatschappij.

³⁶ Het geplaatste kapitaal van de vennootschap tezamen met de reserves volgens de balans met toelichting bedragen ten minste 16 miljoen euro. De laatste wijziging bij AMvB vond plaats op 1 oktober 2004. Zie *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 179, nr. 1-2, p. 12. Bij de invoering van de structuurregeling in 1971 was dit grensbedrag 10 miljoen gulden.

³⁷ Art. 2 lid 1 en 5a lid 1 WOR. Aan deze eis is nadrukkelijk niet voldaan indien bij cao of vrijwillig een ondernemingsraad is ingesteld.

³⁸ Art. 2:152/2:265 BW.

³⁹ Art. 2:157/2:267 BW (jo. art 2:154/2:263 lid 4-7 BW).

⁴⁰ HR 26 januari 1994, *NJ* 1994/545 (Heuga Holding); Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 1 juli 2016, *RO* 2016/57 (Thomas Cook Nederland).

Bij de invoering van de structuurregeling was de wetgever bedacht op mogelijke complicaties bij toepassing van de Nederlandse structuurregeling in concernverband. De wetgever heeft daarom de volledige vrijstellingen van art. 2:153/2:263 lid 3 BW en het zogenoemde verzwakte regime van art. 2:155/2:265 BW toegestaan.

Een volledige vrijstelling met betrekking tot het doen van opgaaf bij het Handelsregister inhoudende dat de vennootschap voldoet aan de eisen van de structuurregeling geldt voor:

- i. een afhankelijke maatschappij van een structuurvennootschap (de *dochtervrijstelling*)⁴¹;
- ii. een vennootschap wier werkzaamheid zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend beperkt tot het beheer en de financiering van groepsmaatschappijen, en van haar en hun deelnemingen in andere rechtspersonen, mits de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn (de *internationale holdingvennootschap*);⁴²
- iii. een vennootschap die aan een dergelijk onder ii genoemd concern uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verleent ten behoeve van het beheer en de financiering⁴³; of
- iv. een joint venture-vennootschap waarin twee of meer structuurvennootschappen voor ten minste 50% van het geplaatste kapitaal deelnemen (de *joint-venture-vrijstelling*).⁴⁴

Relevant is dat bij deze vrijstellingen voldoende is dat er sprake is van afhankelijkheid van een vennootschap waarop het verzwakte structuurregime van toepassing is. Niet vereist is aldus dat sprake dient te zijn van een aan het volledige structuurregime onderworpen vennootschap binnen het concern.

De wetgever heeft om het vestigingsklimaat in Nederland niet negatief te beïnvloeden, ook een verzwakte variant van de structuurregeling mogelijk gemaakt. Onder andere is het verzwakte regime van toepassing op een vennootschap waarin een deelneming voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal wordt gehouden door:

⁴¹ Art. 2:153/2:263 lid 3 sub a BW (jo. art. 2:152/2:262 BW).

⁴² Art. 2:153/2:263 lid 3 sub b BW. Het gaat hier om de hoeveelheid werknemers die *niet* in Nederland werkzaam zijn. Dit moet in ieder geval de meerderheid betreffen.

⁴³ Art. 2:153/2:263 lid 3 sub c BW.

⁴⁴ Art. 2:153/2:263 lid 3 sub d BW.

- i. een rechtspersoon waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn (een *internationale rechtspersoon*)⁴⁵, of door afhankelijke maatschappijen daarvan;
- ii. een joint venture van een aantal van de onder i genoemde rechtspersonen (*samenwerkende internationale rechtspersonen*)⁴⁶ of afhankelijke maatschappijen daarvan; of
- iii. een joint venture van een of meer internationale rechtspersonen met een of meer structuurrechtspersonen, dan wel afhankelijke maatschappijen daarvan.⁴⁷

Het verzwakte regime is geformuleerd als een vrijstelling van de structuurregeling. Het behelst evenwel slechts een beperkte vrijstelling, omdat door de inwerkingtreding van de herziene structuurregeling in 2004 het verzwakte structuurregime nog slechts op één punt verschilt van het volledige structuurregime. Dat ziet op de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de bestuurders van de structuurvennootschap.⁴⁸ Deze bevoegdheid blijft bij het verzwakte structuurregime als uitgangspunt berusten bij de algemene vergadering. De structuurvennootschap mag overigens wel opteren voor een statutaire regeling waarbij de RvC het bestuur benoemt. De overige bepalingen van de structuurregeling blijven onverkort van toepassing.⁴⁹ Op grond van art. 2:155/2:265 leden 2 en 3 BW is het verzwakte regime echter niet van toepassing wanneer de werknemers in dienst van de vennootschap, tezamen met die in dienst van de internationale rechtspersoon of rechtspersonen, in meerderheid in Nederland werkzaam zijn. Hiervoor worden onder werknemers, in dienst van een internationale rechtspersoon, ook begrepen de werknemers in dienst van groepsmaatschappijen daarvan.

6. Evaluatie⁵⁰

⁴⁵ Art. 2:155/2:265 lid 1 sub a BW. Aan deze kwalificatie kunnen zowel Nederlandse als buitenlandse rechtspersonen voldoen. Het gaat er steeds om of de werknemers van de rechtspersoon in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn. Daaronder wordt ook begrepen op basis van lid 3 de werknemers in dienst van de groepsmaatschappijen binnen het concern..

⁴⁶ Art. 2:155/2:265 lid 1 sub b BW.

⁴⁷ Art. 2:155/2:265 lid 1 sub c BW.

⁴⁸ Dat betekent dat art. 2:162/2:272 BW niet geldt. Het verzwakte regime wordt ook wel aangeduid als het verlichte, gemitigeerde, of gematigde structuurregime..

⁴⁹ Behoudens eventuele statutaire afwijkingen.

⁵⁰ Bevindingen uit deze paragraaf zijn eerder gepubliceerd. Zie H. van Roosmalen & H. Koster, 'Vennootschappelijke medezeggenschap onder druk: Sluit de structuurregeling nog aan op de economische werkelijkheid?', *O&F* 2019 27(1), p. 15-36.

De Nederlandse structuurregeling voorziet in uitgebreide voorschriften over de toepassing van de structuurregeling. Er is sprake van een groot aantal varianten van de structuurregeling en het betreft complexe materie. Het biedt met name internationale concerns de mogelijkheid om de structuurregeling op de voor hun gewenste wijze toe te passen. Veel ondernemingen passen bijvoorbeeld de '*Nederland-constructie*' toe.⁵¹ Dit behelst de vrijwillige toepassing van de (verzwakte) structuurregeling op subholdingniveau. Hiertoe wordt binnen het concern een juridisch-organisatorische splitsing bewerkstelligd, als gevolg waarvan de Nederlandse en buitenlandse dochtermaatschappijen in van elkaar te onderscheiden subholdings zijn ondergebracht. Houdster van de aandelen in deze subholdingmaatschappijen is de Nederlandse danwel buitenlandse moedervereniging.⁵² Omdat op de subholding boven de Nederlandse dochtermaatschappijen het (verzwakte) structuurregime van toepassing is, zijn alle andere Nederlandse groepsmaatschappijen vrijgesteld.⁵³ Uit onderzoek blijkt dat van alle Nederlandse multinationale ondernemingen meer dan dertig procent van een dergelijke constructie gebruikmaakt. Bij buitenlandse ondernemingen die zich in Nederland hebben gevestigd betreft het meer dan 57 procent.⁵⁴

Het effect hiervan is dat het versterkte recht van aanbeveling geldt ten aanzien van de RvC van de subholding. Hierdoor heeft de hoogste ondernemingsraad binnen het concern niet meer het bestuur van de topholding tegenover zich, maar het bestuur van die Nederlandse subholding. Consequentie hiervan is dat de regeling met name bij internationale concerns nogal eens is uitgehold, doordat de mogelijkheid voor werknemers om invloed uit te oefenen op de bedrijfstop verdwijnt. De territoriale reikwijdte van het vennootschappelijk medezeggenschapsrecht lijkt daarmee haar aansluiting te hebben verloren met de economische werkelijkheid.⁵⁵

⁵¹ Zie onder meer hierover L.G. Verburg, *Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer (2007), p. 301. Zie ook het SER-advies 08/01 inzake Evenwichtig Ondernemingsbestuur en het Kabinetstandpunt medezeggenschap 2009, *Kamerstukken II 2009/10*, 29 818, nr. 32.

⁵² De moederonderneming is niet onderworpen aan de structuurregeling omdat zij hetzij een buitenlandse rechtspersoon is, hetzij als Nederlandse vereniging het karakter heeft van een internationale holding.

⁵³ Art. 2:153/2:263 lid 3 BW.

⁵⁴ M. Meyer, 'Employee Participation in Multinational Corporations: Corporate Governance and the Role of Works Councils', *TvOB* 2017/4, p. 136-137.

⁵⁵ Zie ook M. Meyer, 'De positie van Nederlandse ondernemingsraden in internationale concerns: een pleidooi voor procesgerichte medezeggenschap', *TRA* 2016/45.

Voorts blijkt in de praktijk dat het hebben van een versterkt aanbevelingsrecht niet betekent dat het recht ook daadwerkelijk wordt gebruikt. Uit onderzoek blijkt dat bij ruim dertig procent van tweeënveertig in Nederland gevestigde concerns geen gebruik wordt gemaakt van het versterkte aanbevelingsrecht. Dat komt doorgaans door onwetendheid of aan de opvatting dat het gebruikmaken van dit recht geen toegevoegde waarde heeft.⁵⁶ Uit eerder onderzoek bleek dat deze problematiek bij ruim twee derde van de onderzochte ondernemingsraden speelt.⁵⁷ Ook bleek uit onderzoek dat zestien procent van de onderzochte ondernemingen op geen enkel niveau binnen de organisatie een toezichthoudend orgaan conform de structuurregeling heeft ingesteld.⁵⁸ Hier ligt dus denk ik ook een aandachtspunt voor ondernemingsraden om het doen van aanbevelingen, wanneer zij daartoe gerechtigd zijn, serieus tot hun taak te rekenen of als men hier geen gebruik van wenst te maken, te onderzoeken of bijvoorbeeld in een convenant vervangende afspraken gemaakt kunnen worden.

⁵⁶ M. Meyer, 'De positie van Nederlandse ondernemingsraden in internationale concerns: een pleidooi voor procesgerichte medezeggenschap', *TRA* 2016/45, par. 4.3.

⁵⁷ Zie P. van Beurden, H. van Ees & R. Goodijk, 'Gebruik, niet-gebruik of onderbenutting? Onderzoek naar de mogelijke onderbenutting van bevoegdheden en mogelijkheden door de (Centrale) Ondernemingsraad in grote Nederlandse ondernemingen', Rapport voor het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2009, p. 93.

⁵⁸ Zie M. Meyer, 'De positie van Nederlandse ondernemingsraden in internationale concerns: een pleidooi voor procesgerichte medezeggenschap', *TRA* 2016/45, par. 4.1.