

Voorstel tot herziening wettelijke criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling

A. Inleiding

Eind jaren zestig van de vorige eeuw besloot de wetgever het ondernemingsrecht te herzien. Onderdeel hiervan was de invoering van de structuurregeling. Deze regeling is in 1971 ingevoerd en was ingegeven door de opkomst van grote vennootschappen met een veelheid aan aandeelhouders. Vanwege de opkomst van grote vennootschappen verminderde de betrokkenheid van en het toezicht door de aandeelhouders. Als gevolg van de invoering van de structuurregeling zou onafhankelijk toezicht op het bestuur en bescherming van werknemers gewaarborgd blijven.

Een belangrijk onderdeel van de structuurregeling is de verplichte invoering van een raad van commissarissen (“RvC”).¹ De RvC van een vennootschap waarop de structuurregeling van toepassing is heeft meer wettelijke toezichtmogelijkheden dan de RvC bij een “gewone” vennootschap. Zo heeft de RvC van een vennootschap waarop de structuurregeling van toepassing is de bevoegdheid bestuurders te benoemen en te ontslaan² en heeft de RvC de bevoegdheid bepaalde belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren³. Uit de memorie van toelichting ten tijde van de invoering van de structuurregeling volgt dat de RvC een grotere rol kreeg toebedeeld omdat de RvC

“[...] in grote zelfstandigheid het geheel van de belangen, betrokken bij de vennootschap en haar onderneming, kan behartigen, dat aan geen van die belangen te zeer is gebonden, maar door zijn samenstelling het best in staat is de interne belangen van de vennootschap en haar onderneming te bezien in het licht van het brede maatschappelijke belang.”⁴

De structuurregeling is onder andere van toepassing op naamloze vennootschappen (“nv’s”) en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (“bv’s”) die drie achtereenvolgende jaren aan bepaalde wettelijke criteria voldoen. Hierna bespreek ik enkel de bv, maar hetgeen ik schrijf over de bv geldt ook groten-deels voor de nv.

De wettelijke criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling zijn na de invoering van deze regeling in 1971 niet noemenswaardig gewijzigd. Dat, terwijl onze maatschappij de afgelopen vijftig jaar ingrijpende veranderingen heeft



Mr. D.W. Stuijt*

doorgemaakt. Zo zijn ondernemingen over het algemeen steeds groter geworden, is de globalisering toegenomen en heeft de arbeidsmarkt op veel fronten een metamorfose ondergaan. Sluiten de wettelijke criteria voor toepassing van de structuurregeling nog wel aan op de huidige maatschappij? Of is er wellicht behoefte aan een (al dan niet gedeeltelijke) herziening van deze criteria?

In dit artikel bespreek ik eerst kort de huidige wettelijke criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling. Daarna beschrijf ik de belangrijkste gevolgen voor de bv die verplicht is de structuurregeling toe te passen (hierna “structuurvennootschap”). Vervolgens zet ik uiteen in hoeverre het naar mijn mening nodig is (een deel van) deze wettelijke criteria te herzien. Voor de volledigheid merk ik op dat een bv de structuurregeling ook op vrijwillige basis kan

* Advocaat te Amsterdam.
(d.stuijt@houthoff.com)

1. Of een niet-uitvoerend bestuur in het geval van een one tier-board (zie hierna).
2. Zie art. 2:162/272 BW. Deze bevoegdheid geldt overigens niet indien het gemitigeerd structuurregime van toepassing is (zie art. 2:155/265 BW). Bij het gemitigeerd regime is – net zoals bij “gewone” vennootschappen – de algemene vergadering bevoegd tot benoeming en ontslag van bestuurders van de vennootschap (zie art. 2:132/242 BW en 2:134/244 BW).
3. Zie art. 2:164/274 BW.
4. Kamerstukken II 1969/70, 10751, 3, p. 7.

toepassen. De wettelijke criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling spelen bij vrijwillige toepassing van de structuurregeling geen rol van betekenis.

B. Huidige wettelijke criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling

Een bv is in beginsel verplicht opgaaf te doen bij het handelsregister indien aan de volgende cumulatieve criteria wordt voldaan:⁵

- a) het geplaatst kapitaal van de bv tezamen met de reserves volgens de balans met toelichting beloopt ten minste een bij koninklijk besluit vastgesteld grensbedrag⁶;
- b) de bv of een afhankelijke maatschappij heeft krachtens een wettelijke verplichting een ondernemingsraad ("OR") ingesteld; en
- c) bij de bv en haar afhankelijke maatschappijen, zijn tezamen in de regel ten minste honderd werknemers werkzaam in Nederland.

De bepalingen omtrent de structuurregeling zijn van rechtswege van toepassing op een bv indien deze drie jaar onafgebroken is ingeschreven in het handelsregister, ook in het geval de bv in gebreke zou blijven haar statuten aan te passen. Zonder inschrijving in het handelsregister is de structuurregeling dus niet van toepassing.⁷

Ondanks dat een bv aan de wettelijke criteria voldoet, kan het zo zijn dat deze bv geen opgaaf bij het handelsregister hoeft te doen vanwege de toepasselijkheid van een van de wettelijke vrijstellingen die zijn neergelegd in art. 2:263 lid 3 BW. In dat geval is de bv in het geheel vrijgesteld van de structuurregeling.⁸

Naast de volledige wettelijke vrijstelling van de structuurregeling kent de wet ook een gedeeltelijke vrijstelling: het gemitigeerd structuurregime. Bij een bv waar het gemitigeerd structuurregime van toepassing op is, blijft de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders bij de algemene vergadering rusten (art. 2:265 lid 1 jo. art. 2:272 BW). Bovendien kan bij een bv waarop het gemitigeerd structuurregime van toepassing is de algemene vergadering een eventuele schorsing van een bestuurder door de RvC opheffen (art. 2:257 lid 2 BW). Het gemitigeerd regime is in het leven geroepen voor Nederlandse structuurvennootschappen die onderdeel uitmaken van internationale concerns en poogt daarmee de eenheid van de concernleiding niet te doorkruisen.

Zowel de volledige wettelijke vrijstellingen als de gedeeltelijke wettelijke vrijstelling (i.e. het gemitigeerd structuurregime) gaat de omvang van dit artikel te buiten en laat ik daarom verder buiten beschouwing.

C. Belangrijkste gevolgen van toepassing van de structuurregeling

De belangrijkste gevolgen van de toepasselijkheid van de structuurregeling zijn de verplichte instelling van een RvC en de vergroting van de rol van deze RvC.

Bij een structuurvennootschap benoemt de algemene vergadering de commissarissen op voordracht van de RvC.⁹ De algemene vergadering en de OR hebben een algemeen aanbevelingsrecht ten aanzien van kandidaten die worden voorgedragen ter benoeming. In aanvulling op dit algemene aanbevelingsrecht van de OR, wordt de medezeggenschap van werknemers verder (en vooral) vergroot door het feit dat de OR ook een versterkt aanbevelingsrecht heeft. Dit versterkte aanbevelingsrecht brengt met zich dat voor een derde van het aantal leden van de RvC geldt dat de RvC een door de OR aanbevolen persoon op voordracht aan de algemene vergadering plaatst, tenzij de RvC bezwaar maakt tegen deze aanbeveling. Dat bezwaar kan slechts worden gemaakt indien (i) het de verwachting is dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of (ii) de RvC bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld.¹⁰

5. Zie art. 2:263 lid 2 BW.

6. Het grensbedrag is per 1 oktober 2004 vastgesteld op EUR 16 miljoen en kan door middel van een algemene maatregel van bestuur (AMvB) worden gewijzigd.

7. Terzijde zij opgemerkt dat men zich de vraag kan stellen of dit een gewenste uitkomst van het wettelijk systeem is. Het zou wellicht beter zijn om de criteria rechtstreeks te koppelen aan de verplichting tot het toepassen van de structuurregeling.

8. Ratio achter de wettelijke vrijstellingen is dat veel vennootschappen tot een concern behoren en zich veelal richten naar het beleid dat door de top van het concern wordt bepaald. Volledige toepassing van de structuurregeling op vennootschappen die niet aan de top van het concern staan, wordt onwenselijk geacht. Indien een concern ook internationale vertakkingen heeft, kan volledige toepassing van de structuurregeling ook tot de nodige problemen leiden.

9. Dit is slechts anders indien de benoeming reeds is geschied bij akte van oprichting of voordat art. 2:268 BW (de benoemingsregeling voor commissarissen) op de vennootschap van toepassing is geworden.

10. Zie art. 2:268 lid 6 BW.

In tegenstelling tot de “gewone” bv, is de RvC van een structuurvennootschap bevoegd tot benoeming en ontslag van het bestuur.¹¹ Daarnaast zijn bij structuurvennootschappen bepaalde belangrijke bestuursbesluiten wettelijk onderworpen aan de goedkeuring van de RvC.¹² Deze lijst van goedkeuringsbesluiten kan niet worden ingekort, maar kan wel statutair worden uitgebreid. Een bestuursbesluit dat is genomen zonder de vereiste goedkeuring van de RvC ontbeert rechtskracht.

Voor de volledigheid merk ik nog op dat – als gevolg van de invoering van de Wet bestuur en toezicht – een structuurvennootschap ook kan kiezen voor een *one-tier board* (een monistisch bestuursmodel) in plaats van de traditionele *two-tier board* (een dualistisch bestuursmodel). Bij een one-tier board is het bepaalde ten aanzien van commissarissen van overeenkomstige toepassing op de niet-uitvoerende bestuurders van de vennootschap.¹³ Dit betekent onder meer dat de niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders benoemen.¹⁴ Niet-uitvoerende bestuurders worden op hun beurt op voordracht van de gezamenlijke niet-uitvoerende bestuurders benoemd door de algemene vergadering.¹⁵

D. Voorstel tot herziening van wettelijke criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling

Na de invoering van de structuurregeling in 1971 zijn de wettelijke criteria slechts een enkele keer – op niet-ingrijpende wijze – aangepast. De laatste wijziging dateert uit het jaar 1988.¹⁶ Wel verdient het opmerking dat het grensbedrag dat verband houdt met kapitaal criterium¹⁷ bij de wijziging van de structuurregeling in 2004 (negentien jaar geleden!) is verhoogd van EUR 13 miljoen naar EUR 16 miljoen.

Naar mijn mening sluiten de wettelijke criteria voor toepassing van de structuurregeling niet meer (volledig) aan op de maatschappelijke en economische realiteit. Ik licht dat hieronder toe. Tegelijkertijd doe ik een voorstel voor een gedeeltelijke herziening.

Kapitaal criterium

Een van de criteria voor verplichte toepassing van de structuurregeling is dat

*“het geplaatst kapitaal der vennootschap tezamen met de reserves volgens de balans met toelichting ten minste een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag belooft.”*¹⁸

In de literatuur wordt de vraag gesteld hoe het kapitaal criterium moet worden begrepen. Enerzijds komt men – met name in oudere literatuur

– tegen dat met het kapitaal criterium wordt bedoeld op het eigen vermogen van de bv.¹⁹ Anderzijds bestaat de opvatting dat bij de interpretatie van de begrippen “kapitaal” en “reserves” de wettekst letterlijk moet worden genomen.²⁰ Dit verschil in interpretatie uit zich onder meer in situaties dat er een verliespost op de balans voorkomt, aandelen zijn ingekocht (maar niet zijn ingetrokken) en aandelen niet zijn volgestort. De vraag is wat in deze situatie beslissend is: het eigen vermogen of het geplaatste kapitaal.

De heersende opvatting in de literatuur is dat het kapitaal leidend is.²¹ Concreet betekent dit dat – als het eigen vermogen lager is dan het grensbedrag maar het kapitaal nog steeds ten minste

11. Art. 2:272 BW. Zoals eerder opgemerkt geldt dit niet bij het gemitigeerd structuurregime, waarbij deze bevoegdheid “gewoon” toekomt aan de algemene vergadering (zie art. 2:265 lid 1 BW).

12. Zie art. 2:274 BW voor een opsomming van de bestuursbesluiten die op grond van de wet zijn onderworpen aan de goedkeuring van de RvC.

13. Art. 2:274a lid 1 jo. 2:239a BW.

14. Art. 2:274a lid 2 BW.

15. Art. 2:268 lid 4 jo. 2:274a lid 1 BW.

16. Zie voor een overzicht van de wijzigingen in art. 2:263 B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:153 BW’, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 1. en B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:263 BW’, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. A.

17. Zie art. 2:263 lid 2 sub a BW.

18. Art. 2:263 lid 2 sub a BW.

19. B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:153 BW’, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 4.1.1 en B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:263 BW’, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. A. Overigens lijkt het dan nuttiger om het balanstotaal in plaats van het eigen vermogen als uitgangspunt te nemen. Het eigen vermogen zegt immers weinig over de daadwerkelijke omvang van de onderneming.

20. Zie onder meer G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Saleminck), ‘Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht’. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIfb. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 466, P. Van Schilfgaarde/ J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, ‘Van de BV en NV’, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 138 en W.W. de Nijs Bik, ‘De Structuurvennootschap’, Bestuur, toezicht en corporate governance, Deventer: Wolters Kluwer 2014, hoofdstuk 2.2.

21. B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:153 BW’, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 4.1.1 en B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:263 BW’, in: J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, aant. A.

EUR 16 miljoen bedraagt – aan het kapitaal criterium wordt voldaan.²² Ingekochte (niet-ingetrokken) aandelen moeten worden meegeteld omdat deze tot het geplaatst kapitaal behoren. Hetzelfde geldt voor aandelen die zijn geplaatst, maar niet zijn volgestort (ongeacht of een storting is opgevraagd of niet).²³ Aangenomen wordt dat negatieve reserves geen invloed hebben op de uitkomst van de berekening indien het geplaatst kapitaal het grensbedrag reeds heeft bereikt.²⁴

De heersende opvatting dat negatieve reserves (die bijvoorbeeld ontstaan door verliessaldi) niet meetellen volgt mijns inziens niet uit de wet. Sterker nog: een strikte lezing van het kapitaal criterium brengt naar mijn mening met zich mee dat negatieve reserves wel degelijk mee zouden moeten tellen bij het bepalen of een bv al dan niet aan het wettelijke grensbedrag voldoet. Een dergelijke lezing is echter weinig populair omdat deze in de praktijk tot lastige situaties kan leiden. Zo zal de toepasselijkheid van het kapitaal criterium afhankelijk worden gemaakt van geleden winsten en gederfde verliezen en zullen discussies ontstaan over de waardering van activa en passiva.

Interessant is verder dat het bestuur van een bv handelingen kan verrichten om onder het grensbedrag te blijven. Zo is het in beginsel toegestaan om reële uitkeringen uit reserves te doen of het geplaatst kapitaal te verminderen als gevolg waarvan de onderneming onder het wettelijk grensbedrag blijft. Een besluit dat echter enkel strekt tot het ontduiken van de bepalingen omtrent de structuurregeling, bijvoorbeeld een besluit tot uitkering van de (gehele) winst als gevolg waarvan het grensbedrag niet meer wordt gehaald, kan onder omstandigheden rechtens “ontoelaatbaar” zijn.²⁵ Dergelijke uitkeringen tellen niet mee bij het berekenen van het grensbedrag.

Een andere manier om onder het grensbedrag te blijven kan zijn dat een bv haar dochtervennootschap financiert met achtergestelde leningen. Door middel van het verstrekken van leningen (in plaats van het storten van kapitaal) zou de Nederlandse dochtervennootschap “kunstmatig” onder het grensbedrag van EUR 16 miljoen kunnen blijven.²⁶ Deze manier van het omzeilen van de structuurregeling zou overigens alleen kunnen werken als sprake is van een buitenlandse moedervennootschap of indien de Nederlandse moedervennootschap zelf is vrijgesteld van de structuurregeling (bijvoorbeeld omdat het een internationale holding is). In een volledig Nederlandse context zou een moedervennootschap immers zelf onderworpen kunnen worden aan de structuurregeling. Een lening van de moedervennootschap aan de dochter heeft geen invloed op

het geplaatst kapitaal van de moedervennootschap.

Uit het voorgaande volgt dat het kapitaal criterium tot de nodige discussies kan leiden en bovendien de bv en haar aandeelhouders ertoe kan bewegen om constructies te hanteren met het oogmerk om onder het kapitaal criterium te blijven. Dit is niet in lijn met de geest van de structuurregeling. Overwogen zou kunnen worden om het kapitaal criterium te vervangen door een omzetcriterium. Een (netto-)omzetcriterium wordt op dit moment bijvoorbeeld gebruikt als een van de maatstaven bij de vaststelling welk jaarrekeningregime op een rechtspersoon van toepassing is.²⁷ Een omzetcriterium is duidelijker dan een kapitaal criterium en is bovendien minder vatbaar voor “misbruik”. De vraag is echter of een omzetcriterium voldoende rechtszekerheid biedt. De omzet van een onderneming kan van jaar tot jaar immers behoorlijk verschillen. Bovendien brengt het omzetcriterium het niet te rechtvaardigen verschil met zich dat bedrijven die verkopen met een hoog volume en een lage marge eerder in aanmerking komen voor de structuurregeling, dan bedrijven die met een hogere marge winst genereren. Een beter idee

22. W.W. de Nijs Bik, ‘De Structuurvennootschap’, Bestuur, toezicht en corporate governance, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 3.

23. W.J. Slagter/B. F. Assink, ‘Compendium van het ondernemingsrecht’, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 1226-1227.

24. G.J.C. Rensen en A.J. Nederlof, ‘Art. 153 – Burgerlijk Wetboek Boek 2’, in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht (online, gepubliceerd op 4 januari 2023).

25. Rb. Alkmaar 15 december 1976, ECLI:NL:RBALK:1976:AC5832, m.nt. J.M.M. Maeijer.

26. P.J. Dortmund, ‘Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap’, Deventer: Wolters Kluwer 2013, nr. 42.. Naar de mening van Van Solinge en Nieuwe Weme is het standpunt van Dortmund over het ontgaan van de structuurregeling te ruimhartig (G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), ‘Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2’. Rechtspersonenrecht. Deel Iib. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 466.).

27. Zie art. 2:395a BW, 2:396 BW en 2:397 BW.

zou daarom wat mij betreft zijn om het in 2004 vastgestelde grensbedrag van EUR 16 miljoen te verhogen zodat het criterium beter aansluit op de economische realiteit. Gemiddeld genomen zijn Nederlandse ondernemingen sinds 2004 immers in waarde gestegen. Daarnaast is de inflatie over de periode 2004 – 2023 gelijk aan 60%.²⁸ De structuurregeling is in het leven geroepen voor bv's met een zekere maatschappelijke importantie.²⁹ Daar past inmiddels ook een hoger grensbedrag bij. Daarnaast zou het nuttig zijn om het grensbedrag periodiek – bijvoorbeeld elke vijf jaar – te evalueren c.q. te verhogen. Het voorgaande laat onverlet dat er nog steeds discussie kan bestaan over het kapitaal criterium en hoe dit zou moeten worden toegepast.

Wettelijke verplichting tot instelling OR

Het tweede criterium voor verplichte toepassing van de structuurregeling is dat de bv of een afhankelijke maatschappij van die bv krachtens wettelijke verplichting een OR heeft ingesteld.³⁰ Vrijwillige instelling van een OR is dus niet voldoende om aan dit criterium te voldoen.

Het betreft een feitelijk criterium (de bv moet de OR daadwerkelijk hebben ingesteld). De reden hiervoor is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis ten tijde van het invoeren van de structuurregeling in 1971. Volgens de wetgever berust de structuurregeling op de veronderstelling dat er een OR is.³¹ Daarbij wordt waarschijnlijk met name gedoeld op het algemeen en versterkt aanbevelingsrecht dat de OR heeft bij de benoeming van commissarissen door de algemene vergadering. De wetgever was destijds van mening dat de rol die de OR binnen de structuurvennootschap vervult met zich brengt dat het criterium dient te zien op de feitelijke aanwezigheid van de OR en dus niet betrekking kan hebben op de verplichting tot instelling daarvan.³²

De feitelijke insteek van dit criterium leidt in de praktijk tot onwenselijke situaties. Stel nu dat een bv op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) verplicht is tot het invoeren van een OR, maar simpelweg niet overgaat tot instelling daarvan. In dat geval wordt niet aan het criterium voldaan. Een bv kan de verplichte toepassing van de structuurregeling daarmee uitstellen tot het moment dat een belanghebbende een punt maakt van het feit dat er geen OR is en er alsnog een OR wordt ingesteld.³³

Het is van belang om in het achterhoofd te houden dat de structuurregeling destijds is ingevoerd om de medezeggenschap van werknemers binnen de onderneming te vergroten.³⁴ De gedachte dat werknemers een zekere invloed moeten kunnen uitoefenen op het beleid van de on-

derneming is er de afgelopen vijf decennia in ieder geval niet minder geworden. Dat maakt het des te opmerkelijker dat toepassing van de structuurregeling kan worden uitgesteld door niet te voldoen aan een andere wettelijke verplichting (het instellen van een OR), welke verplichting nu juist ook dient ter bevordering van de medezeggenschap van de werknemers.

Het zou mijns inziens beter zijn om het criterium als volgt te herformuleren: *“een bv die krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad dient in te stellen.”*³⁵ Met deze tekst voorkomt men dat bv's op oneigenlijke gronden niet overgaan tot instelling van een OR. Dat lijkt mij een groot pluspunt. Het gevolg van deze herformulering is wel dat een bv verplicht kan worden de structuurregeling toe te passen en daarmee een RvC in te stellen, zonder dat er feitelijk een OR is ingesteld. Dat betekent dat bij de benoeming van individuele commissarissen nog geen rekening kan worden gehouden met het algemene en – belangrijker – het versterkte aanbevelingsrecht van de OR. Door enkele wijzigingen door te voeren in de wet kan dat probleem echter grotendeels worden opgelost. Zo zou een gedachte kunnen zijn om bij de instelling van de RvC één vacature open te laten – voor de

28. Bron CBS, te raadplegen op: <https://www.berekenhet.nl/modules/beleggen/inflatie.html#calctop>, geraadpleegd op 15 mei 2023.

29. Kamerstukken II 2003/2004 29752, nr. 2.

30. Art. 2:263 lid 2 sub b BW.

31. Kamerstukken 1970/19571, 10, p. 6.

32. Kamerstukken 1970/19571, 10, p. 6.

33. Zie ook B.H.A. van Leeuwen, 'Commentaar op art. 2:153 BW', in: Groene Serie Rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 4.2.1 en B.H.A. van Leeuwen, 'Commentaar op art. 2:263 BW', Groene Serie Rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. A. Het ontbreken van een OR in strijd met een wettelijke verplichting is overigens een economisch delict op grond van artikel 1 sub 4 Wet op de economische delicten, maar het is minst genomen twijfelachtig of dit voldoende stimulans biedt om een OR in te stellen.

34. Kamerstukken 1970/19571, 10, p. 2.

35. Zie in dat kader art. 2:344 sub b BW waarin een dergelijke systematiek reeds wordt gebruikt in het kader van de toepasselijkheid van het enquêterecht op stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die een onderneming in stand houden.

“OR-commissaris” – en op het bestuur en de RvC de verplichting te leggen om erop toe te zien dat de OR-commissaris zo snel mogelijk na instelling van de OR wordt benoemd. Wordt de OR-commissaris niet (tijdig) benoemd, zou de Ondernemingskamer bevoegd kunnen zijn een OR-commissaris te benoemen met inachtneming van de aanbeveling door de OR (als die er is).

Stel nu dat het criterium wordt aangepast in lijn met mijn voorstel hierboven, dan rijst de vraag hoe om te gaan met de situatie waarin werknemers geen behoefte hebben aan de instelling van een OR (ondanks dat dit op grond van de WOR verplicht is). Die situatie komt in de praktijk niet zelden voor. Zonder OR is er uiteraard ook geen OR-commissaris en kunnen de wettelijke aanbevelingsrechten niet worden uitgeoefend. De verplichte toepassing van de structuurregeling leidt in een dergelijke situatie niet noodzakelijkerwijs tot een vergroting van zeggenschap van werknemers, een van de pijlers van de structuurregeling. Toch zou ook in een situatie zonder OR de structuurregeling zinvol kunnen zijn. Ik doel op de instelling van de RvC en het onafhankelijk toezicht op het bestuur dat daarmee wordt gewaarborgd.

Aantal werknemers

Het laatste criterium voor verplichte toepassing van de structuurregeling heeft betrekking op het aantal werknemers. Indien bij een bv en haar afhankelijke maatschappijen tezamen in de regel ten minste honderd werknemers in Nederland werkzaam zijn, dan wordt aan dit criterium voldaan.³⁶

Het Nederlandse arbeidslandschap is tussen 1971 (het jaar van de invoering van de structuurregeling) en 2023 ingrijpend gewijzigd. Waar men vroeger voornamelijk in dienst trad als werknemer en “remote working” nog geen betekenis had, bestaat er nu een veelheid aan arbeidsvormen. Denk aan ZZP'ers, deeltijdwerkers en uitzendkrachten. Dit levert de nodige kwalificatievragen op in het kader van het derde criterium voor verplichte toepassing van de structuurregeling.

Een aantal jaar geleden telde men alleen werknemers mee in het kader van het derde criterium voor verplichte toepassing van de structuurregeling. Inmiddels is de heersende opvatting in de literatuur dat uitzendkrachten en deeltijdwerkers ook onder het begrip “werknemers” vallen.³⁷ Deze arbeidskrachten tellen dus mee voor het minimumaantal van honderd werknemers. Dat lijkt mij ook terecht. Opmerkelijk is echter dat ZZP'ers op basis van de heersende opvatting in literatuur nog niet onder de definitie “werknemers” vallen. De vraag rijst of daar verandering in zou moeten komen.

Een groot aantal Nederlandse ondernemingen maakt tegenwoordig gebruik van ZZP'ers.³⁸ Sommige ondernemingen maken zelfs voornamelijk gebruik van ZZP'ers en hebben relatief weinig tot geen werknemers meer. Het gaat dan met name om ondernemingen die actief zijn in de platformeconomie. Deze ondernemingen bieden hun diensten en producten aan via een (online) platform. Denk hierbij aan bedrijven als Uber, Deliveroo, Booking.com en Airbnb, zogenoemde “platformondernemingen”.³⁹ Volgens Nieuwsuur zijn er inmiddels 40.000 platformondernemingen actief in Nederland.⁴⁰ Deze platformondernemingen hebben aanzienlijk minder activa en werknemers dan “normale” bedrijven. Het gevolg hiervan is dat op platformondernemingen de structuurregeling minder snel van toepassing is dan op traditionele bedrijven met een minder flexibele arbeidsschil. Die uitkomst is opmerkelijk nu juist ook platformondernemingen een zeer behoorlijke omvang kunnen hebben.

De structuurregeling dient ertoe om bij grote ondernemingen te waarborgen dat een evenwichtige belangenafweging plaatsvindt door de RvC en dat werknemers meer medezeggenschap verkrijgen. Het voorgaande lijkt nu juist ook bij

36. Art. 2:263 lid 2 sub c BW.

37. Zie bijvoorbeeld G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Saleminck), ‘Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht’. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIB. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 468 en B.H.A. van Leeuwen, ‘Commentaar op art. 2:153’, in: J.B. Huizink (red.), Groene Serie Rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2022, aant. 4.3.

38. In 2021 waren er 1,1 miljoen mensen met een hoofdbaan als zzp'er (bron: CBS, te raadplegen op <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp/ontwikkelingen-zzp>, geraadpleegd op 5 juni 2023). In 2010 waren dat er nog 708.000. (bron: CBS, te raadplegen op <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2010/49/in-het-derde-kwartaal-van-2010-opnieuw-meer-zelfstandigen-zonder-personeel>, geraadpleegd op 5 juni 2023).

39. B. Kemp en A.S. Renshof, ‘De platformeconomie en het ondernemingsrecht: time for a change?’, Maandblad voor Ondernemingsrecht 2019 nrs. 1 & 2.

40. Nieuwsuur, Van Uber tot Deliveroo: platformeconomie biedt gemak, maar wie betaalt de rekening?, NOS 16 december 2017, te raadplegen op <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2207933-van-uber-tot-deliveroo-platformeconomie-biedt-gemak-maar-wie-betaalt-de-rekening.html>, geraadpleegd op 10 mei 2023.

platformondernemingen van belang. Zeker ook omdat de tussen ZZP'ers en platformondernemingen overeengekomen afspraken veel weg kunnen hebben van een arbeidsovereenkomst. Ondanks dat dergelijke ZZP'ers wellicht formeel geen arbeidsovereenkomst hebben, kunnen deze ZZP'ers wel degelijk belangrijke stakeholders van de onderneming zijn.⁴¹ Het valt goed te bepleiten dat het begrip “werknemers” in de structuurregeling moet worden verbreed zodat dit “type” ZZP'ers eronder vallen.

Ten tijde van het schrijven van dit artikel is de vraag of het begrip “werknemer” een grotere reikwijdte zou moeten hebben door recente rechtspraak grotendeels beantwoord. De Hoge Raad heeft namelijk op 24 maart 2023 bevestigd dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers – welk bezorgers werkten op basis van een overeenkomst die werd omschreven als een opdrachtovereenkomst – kwalificeert als een arbeidsovereenkomst.⁴² Dit betekent dat de maaltijdbezorgers van Deliveroo volgens de Hoge Raad als werknemers kwalificeren. Deze uitspraak zal vermoedelijk grote gevolgen hebben voor de (her)kwalificatie van “ZZP'ers” bij platformondernemingen die een soortgelijk model als Deliveroo gebruiken. Indien ZZP'ers die feitelijk als werknemers functioneren in de toekomst ook zo zullen worden gekwalificeerd, lijkt het minder

zinnig om het begrip werknemers in de structuurregeling breder uit te leggen of aan te passen.

E. Conclusie

Naar mijn mening zouden de wettelijke criteria voor toepassing van de structuurregeling gedeeltelijk moeten worden aangepast om deze in lijn te brengen met de huidige maatschappelijke en economische realiteit. Concreet betekent dit dat het in het kapitaal criterium opgenomen grensbedrag van EUR 16 miljoen wordt verhoogd en periodiek moet worden geëvalueerd, en dat het OR-criterium wordt gekoppeld aan de wettelijke verplichting tot instelling van een OR. Het derde criterium kan waarschijnlijk door recente rechtspraak in stand worden gehouden.

De structuurregeling wordt niet zelden bekritiseerd omdat deze regeling het Nederlandse vestigingsklimaat op een negatieve manier zou beïnvloeden. Met name het feit dat de aandeelhouders beperkt zijn in het benoemen en ontslaan van bestuurders en commissarissen en de complexe benoemingsregeling voor commissarissen vormen voor sommigen een doorn in het oog. Zo lang de structuurregeling echter wenselijk wordt geacht en in ons wettelijk systeem is verankerd, is het zaak om deze regeling zo goed mogelijk aan te laten sluiten op de maatschappelijke en economische realiteit.

41. B. Kemp en A.S. Renshof, ‘De platformeconomie en het ondernemingsrecht: time for a change?’, Maandblad voor Ondernemingsrecht 2019 nrs. 1 & 2.

42. Zie HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443. Zie in dat kader ook de procedure tussen FNV en Uber. In eerste aanleg heeft de Rechtbank Amsterdam kort gezegd geoordeeld dat chauffeurs die zich in persoon met Uber hebben verbonden en die via de Uber-app passagiers vervoeren onder de CAO Taxivervoer vallen. De rechtsverhouding tussen deze chauffeurs en Uber voldoet volgens de rechtbank aan alle kenmerken van een arbeidsovereenkomst. Uber moet deze chauffeurs dus behandelen als werknemers, hetgeen onder meer betekent dat zij de CAO moet naleven (ECLI:NL:RBAMS:2021:5029). Uber is in hoger beroep gegaan tegen deze uitspraak bij het gerechtshof Amsterdam.