

# Functioneert de sub-holding als schild tegen de invloed van Nederlandse werknemers?

## Inleiding

In de literatuur is over de sub-holding zeer weinig geschreven, hoewel er in de praktijk toch belangrijke vennootschapsrechtelijke en fiscale aspecten aan zijn verbonden.

Wat dit laatste betreft kan ik in het kort vermelden, dat de Nederlandse sub-holding vooral een rol speelt in internationale deelnemingsverhoudingen en wel in verband met de in Nederland geldende deelnemingsvrijstelling zoals die is vervat in art. 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De door Nederland met andere landen gesloten verdragen ter voorkoming van heffing van dubbele (dividend) belasting spelen daarbij een belangrijke rol.<sup>1</sup>

In dit artikel wil ik niet zozeer ingaan op de belastingrechtelijke aspecten van de sub-holding als wel op de vennootschapsrechtelijke. Mijn betoog behandelt vooral de medezeggenschapsrechten van werknemers in ondernemingen, zoals die zijn neergelegd in de Structuurwet (de artikelen 153-165 Boek 2 BW voor de naamloze vennootschap (n.v.) en de artikelen 263-275 Boek 2 BW voor de besloten vennootschap (b.v.).<sup>2</sup> Ook de wet op de ondernemingsraden zal terloops behandeling vinden.

Met name in verband met de structuurregeling wordt van de zijde van de Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV), bij monde van mr. J. Bloemarts, beweerd, dat de sub-holding, indien deze geen wezenlijke functie krijgt toebedeeld in het besluitvormingsproces van de concernleiding, vooral functioneert als een schild waarmee de concerntop tegen de invloed van de Nederlandse werknemers wordt afgeschermd.<sup>3</sup>

Deze bewering is vooral van belang gezien de behandeling door de Sociaal Economische Raad (SER) van een uit 1978 daterende advies-aanvraag over eventuele wijziging van de Structuurwet. De vrijstellingsregels in verband met concernstructuren zijn daarbij eveneens in discussie. In het najaar van 1983 is reeds een Interim-advies uitgebracht over de samenstelling van de raden van commissarissen (SER, 83/10).

De door de FNV aangedragen bezwaren tegen de concernconstructie met een sub-holding, waardoor in plaats van alle werkmaatschappijen die aan de vereisten van art. 153, lid 2, voldoen alleen nog maar de sub-holding aan de (verzwakte) structuurregeling is onderworpen, is het thema van dit artikel. Plan van behandeling is als volgt. Allereerst zal ik een omschrijving/definitie geven van concerns en de sub-holding. Vervolgens zal uiteengezet worden hoe de Structuurwet op concerns en met name op de sub-holding toegepast wordt, waarbij tevens ter sprake komt de concernstructuur met de sub-holding, waarvan in het kader van bovenvermeld thema uitgegaan

zal worden. Na bespreking van de motieven om een sub-holding op te richten zal ik nader ingaan op de bezwaren van de FNV tegen de sub-holding, welke bezwaren verband houden met de medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers, zoals die vervat zijn in de Structuurwet. De mogelijkheden van gebruik of eventueel misbruik van de sub-holding zullen in dit kader worden nagegaan. De resultaten van deze behandeling zullen te vinden zijn in de conclusie.

## 1. Omschrijving van de sub-holding

### Concern

De sub-holding maakt deel uit van een groter geheel: het concern. Concerns bestaan uit moeder- en dochtermaatschappijen, meestal naamloze en besloten vennootschappen, die ten opzichte van elkaar in een pyramidale verhouding staan. Vooral economische motieven zijn bij het ontstaan van concerns belangrijke factoren.

De in de literatuur gebruikelijke concerndefinitie is, dat twee of meer juridisch zelfstandig blijvende ondernemingen door gemeenschappelijke leiding tot één economische eenheid worden samengevoegd.<sup>4</sup>

Deelname in het aandelenkapitaal van de dochtermaatschappij opent voor de moedervernootschap de mogelijkheid tot het doorvoeren van het centraal concernbeleid in die dochter, omdat de moeder dan via de algemene vergadering van de dochter de bevoegdheid bezit om het bestuur van de dochter te benoemen en te ontslaan. Dit laatste zal gebeuren indien het bestuur zich niet richt naar de instructies van de moeder. Deze concrete instructies (beleidsaanwijzingen) vormen een deel van het centraal concernbeleid naast het vaststellen door de moeder van de hoofdlijnen van het beleid.<sup>5</sup>

1. Zie B. F. Bohré, Ontwikkelingen van het holdingregiem in Nederland, in Maandblad Belasting Beschouwingen nr. 5/6, mei/juni 1982, blz. 94 e.v.

2. Voor de duidelijkheid zullen in dit artikel alleen de wetsartikelen genoemd worden, die betrekking hebben op de n.v. De bepalingen die van toepassing zijn op de b.v. zijn gelijklopend. Ook de toevoeging Boek 2 BW zal voortaan weggelaten worden.

3. De Heer Mr. J. Bloemarts deed mij van deze opvatting desgevraagd per brief kennisnemen.

4. C. AE. Uniken Venema, Op de grenzen van komend recht, Beekhuisbundel, 1969, blz. 267; M. J. G. C. Raaijmakers, Joint Ventures, Dissertatie 1976, blz. 80; W. J. Slagter, Compendium van het Ondernemingsrecht, 1978, blz. 431, 433.

5. Zie M. J. G. C. Raaijmakers, Praeadvies: over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen, Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen Vereniging, blz. 24.

## Holding

Bij grote concerns treedt de moeder vennootschap in de meeste gevallen op als houdster van de aandelen van de dochter vennootschappen. Zij wordt dan genoemd een 'houdstermaatschappij', een 'holding-company' of 'holding' zonder meer. In de structuurregeling en met name in art. 153, lid 3 sub b, vinden we een wettelijke omschrijving van de holding. Deze luidt: een holding is 'een vennootschap wier werkzaamheid zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend beperkt tot het beheer en de financiering van de rechtspersonen waarmede zij in een groep is verbonden, en van haar en hun deelnemingen in andere rechtspersonen'.

Het houden van aandelen dient volgens Diephuis<sup>6</sup> en andere schrijvers<sup>7</sup> in deze context niet uitgelegd te worden als een zuivere belegging.

Het beheren en financieren zou ik willen onderbrengen in één woord, namelijk: holdingactiviteiten.

## Sub-holding

De sub-holding heeft dezelfde werkzaamheden. Zij neemt deel in het aandelenkapitaal van dochtermaatschappijen, terwijl het houden van deze aandelen niet als belegging beschouwd mag worden. Dit is vervat in het woord 'holding'.

In de praktijk komt de sub-holding ook wel voor als een werkmaatschappij, dat wil zeggen dat zij zelf ook een verkoop- of produktiebedrijf uitoefent. Voor de duidelijkheid zal in dit artikel alleen de sub-holding behandeld worden die zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bezighoudt met beheer en financiering van haar deelnemingen.

Wat de sub-holding nu onderscheidt van de moeder- of topholding en waarom dan ook het woordje 'sub' is toegevoegd, is, dat in het aandelenkapitaal van de sub-holding tevens rechtstreeks of middellijk voor eigen rekening tenminste de helft deelgenomen wordt door een andere (meestal top-) holding. Waar in de memorie van toelichting op de Structuurwet<sup>8</sup> wordt gesproken van een dochtermaatschappij welke een holding is en wel een waarin het beheer van de Nederlandse werkmaatschappijen is samengebracht, wordt dus bedoeld een sub-holding.

Uit het bovenstaande kan de volgende definitie van een sub-holding afgeleid worden: Een sub-holding is een dochtermaatschappij meestal in de vorm van een besloten vennootschap,<sup>9</sup> van een moederholding, die zich niet noodzakelijk uitsluitend<sup>10</sup> bezighoudt met holdingactiviteiten betreffende de werkmaatschappijen en in wier aandelenkapitaal zij deelneemt.

In het vervolg beperk ik mij tot de Nederlandse sub-holding waarin de aandelen van de Nederlandse werkmaatschappijen zijn samengebracht.

## 2. Toepassing van de Structuurwet op het concern en op de sub-holding

### Medezeggenschapsregeling

De structuurregeling is in de eerste plaats een medezeggenschapsregeling. Zij komt er in het kort op neer, dat werknemers, gerepresenteerd door de ondernemingsraad, zeggenschap moeten hebben ten aanzien van de samenstelling van de raad van commissa-

rissen (rvc). De ondernemingsraad (or) en tevens de algemene vergadering van aandeelhouders en het bestuur hebben ten aanzien van de benoeming van de commissarissen de rechten van aanbeveling en bezwaar indien een vennootschap voldoet aan de vereisten van art. 153, lid 2.

### Concernconstructie in verband met de Structuurwet

De motieven voor de oprichting van een sub-holding, die zijn gelegen in de toepasselijkheid van de structuurregeling op de Nederlandse concernmaatschappijen, gaan eerst spelen wanneer de internationale moedermaatschappij van het concern in Nederland is gevestigd en vrijgesteld is op grond van art. 153, lid 3 sub b. In dit geval zijn de Nederlandse dochtermaatschappijen onderworpen aan het beperkte structuurregime ex art. 155. Voor deze dochtervennootschappen geldt immers niet de vrijstelling van art. 153, lid 3 sub a, omdat niet voldaan is aan het vereiste dat de moedervennootschap geheel of ten dele aan de structuurregeling voldoet. Om nu te voorkomen dat voor alle dochtervennootschappen (werkmaatschappijen) de verzwakte structuurregeling van toepassing is, worden in de praktijk de deelnemingen in de diverse Nederlandse vennootschappen samengebracht in één vennootschap, de zogenaamde sub-holding. Het gevolg is dat nu de Nederlandse werkmaatschappijen wel zijn vrijgesteld, omdat hun aandelen worden gehouden door een structuurvennootschap.

Deze constructie zal als regel ook worden gekozen door het concern waarvan de top in het buitenland zetelt en dat in Nederland meer werkmaatschappijen heeft die ieder voldoen aan de criteria voor toepassing van de structuurregeling. Door een vennootschap als sub-holding te schuiven tussen de buitenlandse moedervennootschap en de Nederlandse werkmaatschappijen kan de toepasselijkheid van de structuurregeling tot deze tussengeschoven vennootschap worden beperkt.<sup>11</sup>

Indien in plaats van bij iedere Nederlandse dochtervennootschap een rvc wordt ingesteld bij de sub-holding, gaan de structuurbevoegdheden van de or's bij de dochters over op de bij het concern ingestelde centrale ondernemingsraad (cor) (zie voor het instellen van een cor de artikelen 33-35 van de Wet op de ondernemingsraden 1979 (WOR); zie voor het overgaan van de bevoegdheid op de cor art. 158, lid 13).

6. J. H. Diephuis, De vrijstellingen voorzien in het wetsontwerp tot wijziging van het structuur der naamloze en besloten vennootschap, De NV 48, 1970-1971, blz. 120.

7. T. Drion, De uitwerking van de structuurregeling voor concerns, SEW 1970, blz. 554 noot 9; P. M. A. L. Plompen en W. J. Slagter, Rechtspersonen (losbladig), artikel 153, aant. 16.

8. J. M. M. Maeijer, Bundel NV en BV, blz. IXf-art. 52 (III)-2.

9. Volgens A. Pitlo en F. J. W. Löwenstein in Het Nederlands BV, Deel Ia, Het rechtspersonenrecht, 1978, is voor een dochtermaatschappij de b.v. de meest geschikte vorm. Het op blz. 319/320 van dit boek vermelde geldt dus ook voor de sub-holding.

10. Zoals reeds in de tekst gezegd, kan de sub-holding ook een werkmaatschappij zijn (evenals de (buitenlandse) moeder-holding), maar daarvan zal in dit artikel niet uitgegaan worden.

Deze algemene maatregel van bestuur is op 10 september 1983 in werking getreden en is te vinden in Staatsblad 1983, 428.

Voor een schematisch beeld zie W. J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, 1978, blz. 279.

11. Deze voorbeelden zijn ontleend aan H. J. M. N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen, dissertatie 1981, blz. 54.

Dat dit niet afdoet aan de waarborgen van de belangen van de Nederlandse werknemers die de structuurregeling biedt indien deze toegepast wordt op iedere dochtermaatschappij, blijkt uit het feit dat in die corleden van iedere of van de dochters zitting hebben (zie artikel 34, lid 1 WOR).

### 3. Motieven voor de oprichting van een sub-holding

Theoretisch is een strijdpunt, of de sub-holding aan het verzwakt regime van art. 155 onderworpen is, dan wel de werkmaatschappijen die aan de criteria van art. 153, lid 2 voldoen.

Aan de ene kant staan de schrijvers Maeijer, Plompen en Slagter en Van Solinge<sup>12</sup>, die het woord groep in art. 153, lid 3 sub b, zo interpreteren, dat voor het aannemen van het internationaal karakter van de sub-holding slechts geteld moeten worden de werknemers die in dienst zijn bij de sub-holding en bij de ondernemingen die door de sub-holding worden beheerd en gefinancierd, zodat de sub-holding op grond van dit artikel nooit vrijgesteld kan worden. Deze schrijvers gaan hierbij uit van art. 52c lid 3 sub WvK, de voorloper van het huidige art. 153, lid 3 sub b.<sup>13</sup>

De uiteindelijke wettekst luidde anders<sup>14</sup>, welke naar betekenis echter meer overeenkomt met het huidige art. 153, lid 3 sub b. Honée en Van der Grinten<sup>15</sup> stellen mijns inziens terecht, dat het in deze wetsartikelen voorkomende begrip groep inhoudt dat voor het aannemen van het internationale karakter van de sub-holding, niet alleen meetellen de werknemers van de sub-holding zelf en de aan haar neven- en ondergeschikte vennootschappen en rechtspersonen geteld moeten worden, maar die van het gehele concern, dus inclusief die van de top-holding en van de van haar afhankelijke vennootschappen. Dit kan afgeleid worden uit de memorie van toelichting op de Structuurwet, die de woorden groep en concern als synoniem gebruikt.<sup>16</sup>

Doet de in §2 genoemde concernconstructie met een sub-holding nog opgeld, dan is het in de visie van laatstgenoemde schrijvers slechts nodig dat de sub-holding een beroep doet op de vrijwillige toepassing van het verzwakt regime ex art. 157.

Uit een door mij verricht, niet als representatief te beschouwen, onderzoek bij concerns met een sub-holding, zoals AKZO, Philips, Heineken, Unilever en Shell, is mij gebleken dat de sub-holding in de praktijk onderworpen is aan het verzwakte structuurregime. Als redenen voor de oprichting van een sub-holding met het oog op de Structuurwet worden opgegeven:

a. Beter is één rvc bij de sub-holding dan bij elke Nederlandse werkmaatschappij die aan de vereisten van de Structuurwet voldoet. Dit motief moet worden gezien vanuit het oogpunt van bestuurlijke efficiency en vrees voor bestuurlijke desintegratie. Mogelijk is dan onder andere een beter geïntegreerd sociaal beleid ten aanzien van alle Nederlandse dochtermaatschappijen.

b. Het is moeilijk geschikte kandidaten voor de rvc te vinden. Dit zou nog een groter probleem zijn, indien er bij elke werkmaatschappij een rvc ingesteld zou moeten worden.

c. Indien de sub-holding aan het verzwakt regime is onderworpen hebben alle Nederlandse werkmaatschappijen op gelijke wijze deel in de met de struc-

turregeling beoogde inspraak; ook de werknemers in dienst van de dochtervennootschappen waarop de Structuurwet niet zou hoeven te worden toegepast, omdat zij niet aan het vereiste van 20 miljoen gulden aan geplaatst kapitaal voldoen.

d. Door het inbrengen van de aandelen van de verschillende vennootschappen in de sub-holding wordt voorkomen dat deze dochtermaatschappijen min of meer losse eilandjes zouden worden met alle nadelen van dien, zowel voor de mogelijkheid tot handhaving van het centraal concernbeleid alsook voor de werknemers zelf. Het is immers ook voor hen niet onverschillig of zij behoren tot een min of meer centraal geleid concern met de daaraan verbonden voordelen van grotere financiële draagkracht, overplaatsingsmogelijkheden, concernregelingen, zoals pensioenverzekering, enzovoort.

### 4. Bezwaren tegen de sub-holding

De Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) ziet in de stichting van een sub-holding de mogelijkheid om de werknemersinvloed op het concernbeleid, zoals deze is vervat in de Structuurwet, te ontgaan.

Volgens de FNV 'maakt het vanuit medezeggenschapsoogpunt' verschil uit of de sub-holding aan het (beperkte) structuurregime onderworpen is (en de dochtervennootschappen derhalve zijn vrijgesteld) dan wel of de sub-holding is vrijgesteld en derhalve de dochtervennootschappen aan het (beperkte) structuurregime moeten voldoen.

In het eerste geval zullen besluiten als bedoeld in art. 164, lid I die genomen worden door het bestuur van een dochtervennootschap, niet onderworpen zijn aan de goedkeuring van een 'mitbestimmte'<sup>17</sup> rvc: immers bij de dochtervennootschap functioneert niet zo'n rvc en de rvc bij de sub-holding is slechts bevoegd ten aanzien van eigen besluiten van het bestuur van de sub-holding. Dit verschil is soms echter zeer betrekkelijk: voor belangrijke besluiten zal het bestuur van de dochter veelal de medewerking behoeven van de sub-holding en als deze medewerking im-

12. Zie resp.: J. M. M. Maeijer, Vennootschapsrecht in beweging, blz. 279; P. M. A. L. Plompen en W. J. Slagter, a.w., art. 164, aant 6; A. G. van Solinge, Vragenrubriek in TVVS 1977, blz. 336. Later volgt Van Solinge echter de leer van Honée en Van der Grinten in Concernrecht en medezeggenschap, De NV, 60/3 (1982), blz. 51.

13. De ontwerpzetst luidde: 'een vennootschap die uitsluitend haar rechtstreekse of middellijke deelnemingen in het kapitaal van andere vennootschappen en rechtspersonen beheert en financiert, mits de arbeiders in dienst bij deze vennootschappen en rechtspersonen in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn'. Uit de memorie van toelichting Structuurwet (blz. 15 r.k.) (Maeijer, NV en BV, blz. IXf-Art. 52c (III)-2) is af te leiden dat het woordje 'deze' terugverwees naar de houdstermaatschappij zelf en naar de door haar beheerde en gefinancierde vennootschappen en rechtspersonen.

14. De uiteindelijke wettekst luidde: 'een vennootschap die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend haar rechtstreekse of middellijke deelnemingen en die van andere rechtspersonen en in Nederland gevestigde vennootschappen waarmede zij in een groep is verbonden, beheert en financiert, mits de arbeiders in dienst bij deze rechtspersonen en vennootschappen in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn'.

15. Zie resp.: H. J. M. N. Honée, a.w., nr. 19.2, blz. 54 e.v.; W. C. L. van der Grinten, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, 10e druk (1984), nr. 44.

16. J. M. M. Maeijer, NV en BV, blz. IXf-Art. III-2.

17. D.w.z.: door o.a. de werknemers bepaald.

pliceert een 'besluit' van het bestuur van de sub-holding 'omtrent' bijvoorbeeld 'middellijke deelneming' (art. 164, lid 1 onder *d* en *e*) dan wel ontslag of ingrijpende wijziging van de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers (art. 164, lid 1 onder *j* en *k*, juncto lid 2) behoeft dit besluit de goedkeuring van de rvc van de sub-holding.

Veel zal intussen afhangen van de positie van de sub-holding in de beleidsvormingsstructuur van het concern als geheel; als de beleidsvorming geschiedt volgens een divisionele indeling van de concernactiviteiten zal de geografisch bepaalde<sup>18</sup>, sub-holding veelal geen wezenlijke inbreng in die beleidsvorming kunnen leveren. Als de sub-holding geen wezenlijke functie krijgt toebedeeld in het besluitvormingsproces van de concernleiding en de divisiedirecties, dan functioneert de sub-holding vooral als een schild waarmee de concerntop en de divisiedirecties tegen invloed van de Nederlandse werknemers wordt afgeschermd.<sup>19</sup>

In de volgende paragraaf zal ik nader op deze bezwaren ingaan, waaruit tenslotte (in §6) een conclusie is af te leiden.

### 5. Mogelijkheden van gebruik of eventueel misbruik van de sub-holding

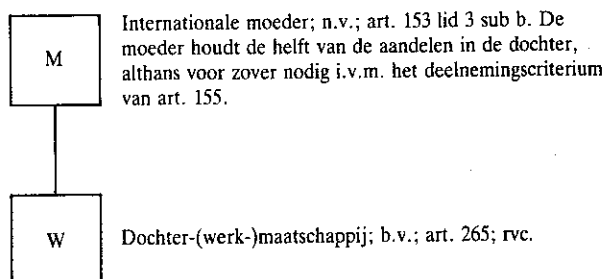
Wordt inderdaad, zoals de FNV beweert, de sub-holding gebruikt als schild tegen de invloed van de Nederlandse werknemers op het centrale concernbeleid, die hen in de structuurregeling is gegeven (namelijk via de rvc) zodat wijziging van de Structuurwet noodzakelijk is?

Voor het beantwoorden van deze vraag is het in de eerste plaats nodig om tussen twee situaties te onderscheiden.

#### Concernstructuur zonder sub-holding

In het eerste geval gaan we ervan uit dat er geen sub-holding in de concernstructuur voorkomt. Het centrale concernbeleid volgt dan een directe lijn van de internationale moeder, een Nederlandse n.v., naar de Nederlandse werkmaatschappijen (voor de duidelijkheid één vennootschap in de vorm van een b.v.) De internationale moeder is vrijgesteld van de structuurregeling op grond van art. 153, lid 3 sub *b*. De Nederlandse werkmaatschappij die voldoet aan de eisen van art. 153, lid 2, is onderworpen aan het verzwakt regime van art. 155. De raad van commissarissen oefent zijn bevoegdheden genoemd in art. 164 uit op het niveau van deze dochtervennootschap. Het voorgaande kan als volgt schematisch weergegeven worden (zie schema 1).

Schema 1: Concernstructuur zonder sub-holding

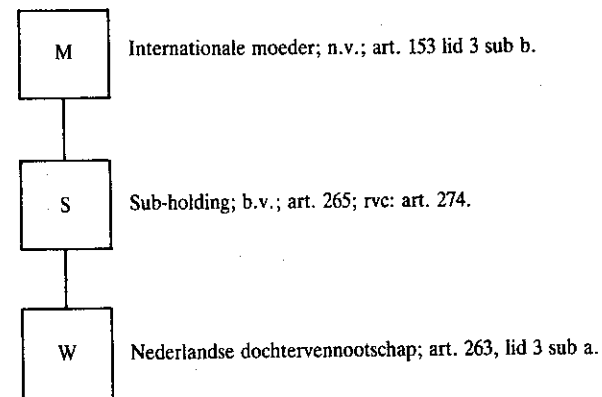


#### Concernstructuur met sub-holding

De tweede situatie laat zich als volgt omschrijven. Tussen de genoemde internationale moeder en haar Nederlandse werkmaatschappij wordt een sub-holding geschoven (de sub-holding houdt nu de aandelen in de Nederlandse dochtervennootschap). De sub-holding die voldoet aan de eisen van art. 153, lid 2, is in de praktijk onderworpen aan het verzwakt regime. De rvc oefent zijn structuurbevoegdheden nu uit op het niveau van de sub-holding met uitsluiting van het niveau van de dochtervennootschap, die volgens art. 153, lid 3 sub *a*, is vrijgesteld van het structuurregime (zie schema 2).

Schema 2: Concernstructuur met sub-holding

(In alle volgende schema's houdt de sub-holding tenminste de helft van de aandelen van de dochter, althans voor zover nodig in verband met het deelnemingscriterium van art. 153 lid 3 sub *a*)



Deze twee situaties moeten we vervolgens vergelijken om na te gaan of er een verandering optreedt in de waarborgen van de medezeggenschapsrechten van de werknemers die voortvloeien uit de Structuurwet, wanneer de sub-holding wordt opgericht.

In de eerste situatie (schema 1) kan de rvc zijn goedkeuringsbevoegdheid genoemd in art. 164 uitoefenen op de besluiten van het bestuur van de dochtermaatschappij, welke besluiten uitvoering geven aan het in de top van het concern bepaalde centrale concernbeleid. Hierbij wil ik benadrukken dat het met name gaat om de besluiten genoemd in art. 164, omdat het toezicht van de rvc op het bestuur welke voortvloeit uit de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van het bestuur (art. 162) en uit de bevoegdheid om de jaarrekening vast te stellen (art. 163) in het verzwakt regime ontbreekt.

Alle in art. 164 genoemde bestuursbesluiten behoeven in situatie 1 (schema 1) de goedkeuring van de rvc van de dochtermaatschappij.

In het tweede geval (schema 2) oefent de rvc zijn goedkeuringsbevoegdheid uit op de besluiten van het bestuur van de sub-holding. Een belangrijke consequentie van deze concernstructuur is echter wel, dat, zoals de FNV ook zegt (zie §4), de besluiten van het bestuur van de dochtervennootschap niet meer onderworpen zijn aan de goedkeuring van een rvc ex art.

18. Zie S. C. Bakkenist, Organisatorische problemen rond de concernvorming, TVVS 1968, blz. 227 e.v.

19. Geciteerd uit een aan mij gezonden brief d.d. 16 februari 1983 van Mr. J. Bloemarts.

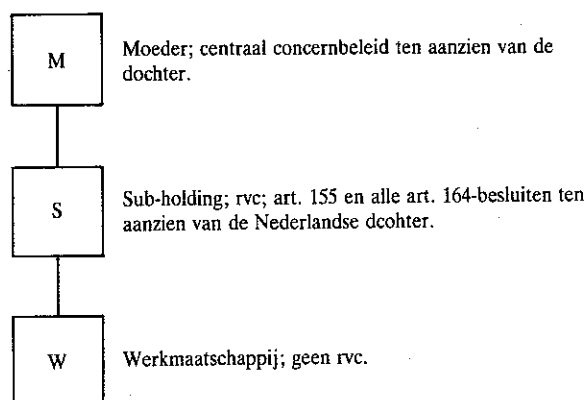
164, terwijl de rvc - nu ingesteld bij de sub-holding - slechts bevoegd is ten aanzien van eigen besluiten van het bestuur van de sub-holding.<sup>20</sup> Doch in enkele gevallen moet de rvc ook zijn goedkeuring geven aan in de sub-holding te nemen bestuursbesluiten indien deze de dochtervennootschap betreffen. Dit zijn de besluiten genoemd in art. 164, lid 1, *j* en *k*, waarop namelijk lid 2 van dit artikel van toepassing is. Ook impliceert het in art. 164, lid 1 sub *d* en *e*, voorkomende woord 'middellijk', dat het door het bestuur van de sub-holding te nemen besluit betreffende samenwerking resp. deelneming van een dochtervennootschap met een andere vennootschap aan de goedkeuring van de rvc bij de sub-holding is onderworpen. Ik zal in mijn conclusie voorstellen de strekking van het woord 'middellijk' en van art. 164, lid 2, uit te breiden tot alle besluiten die genoemd zijn in het eerste lid. Deze gedachtengang moet men bij het hierna volgende in het oog houden.

Om nu na te gaan of er in situatie 2 sprake is van ontduiking van werknemersinvloed vergeleken met situatie 1 (schema 1), is het van belang om te bekijken welke rol de sub-holding in het centrale concernbeleid kan spelen. De mogelijkheden zijn legio. Hieronder zullen er vier worden onderscheiden.

#### *Sub-holding als louter doorgeefluik*

Als eerste mogelijkheid kan genoemd worden, dat de sub-holding louter een doorgeefluik is van het centrale concernbeleid ten aanzien van de Nederlandse werkmaatschappij. Dit kan inhouden dat er op drie niveaus dezelfde besluiten genomen worden. Eerst op het niveau van de moeder, waar het centrale concernbeleid wordt gevormd. Vervolgens neemt het bestuur van de sub-holding het desbetreffende besluit, tenslotte wordt het centrale concernbeleid ten aanzien van de Nederlandse dochter uitgevoerd door middel van besluiten van het bestuur van de werkmaatschappij. Gaan we uit van dit voorbeeld, dan is er geen sprake van ontduiking van de in de Structuurwet vervatte werknemersmedezeggenschap, wanneer we de situatie met de sub-holding (schema 2) vergelijken met die waarin geen sub-holding is opgericht (schema 1). Immers op het niveau van de sub-holding worden nu alle besluiten genomen, inclusief die genoemd zijn in art. 164, die ook door het bestuur van de werkmaatschappij worden genomen. (Vul hierbij aan de door mij voorgestelde uitbreiding van de strekking van art. 164, lid 1, lid *d* en *e* en van lid 2.) Zie schema 3.

Schema 3: Sub-holding als louter doorgeefluik



Ook Honée is de opvatting toegedaan dat er in schema 3 geen sprake is van ontduiking van medezeggenschapsrechten. Hij gaat er in zijn dissertatie op blz. 56/57 van uit dat de sub-holding onderworpen is aan het centrale beleid en dat zij daarin geen wijzigingen zal brengen. Op dat punt staat zij gelijk met de andere dochtermaatschappijen, zodat het volgens hem niets uitmaakt of nu de structuurregeling in gemitigeerde vorm wordt toegepast op het niveau van de sub-holding, het tussenniveau, waar volgens hem niets aan het beleid wordt toegevoegd, of het niveau van de dochtermaatschappijen, het centrale beleid uitvoerende niveau. Concreet gezegd worden dus de belangen van de werknemers niet beter gewaarborgd, wanneer de sub-holding een rvc heeft, samengesteld volgens het structuurmodel, dan wanneer een dergelijke rvc direct optreedt op het niveau van de werkmaatschappij.

Ik ben echter voorstander van het tegenovergestelde. De belangen van de werknemers worden naar mijn mening beter gewaarborgd, wanneer een volgens de Structuurwet samengestelde rvc is ingesteld bij de werkmaatschappij dan wanneer de sub-holding een dergelijke rvc heeft. In de praktijk wordt namelijk vaak aan werkmaatschappijen een grote mate van autonomie gelaten. Deze zelfstandigheid wordt mijns inziens begrensd door het in de top van het concern vastgestelde centrale concernbeleid. Deze autonomie impliceert dan dat de rvc bij een werkmaatschappij beter zijn structuurbevoegdheden kan uitoefenen, omdat er een directere band is met de in de onderneming uitgevoerde activiteiten. Hierdoor heeft de rvc uitsluitend te maken met eensoortige besluiten, namelijk die betrekking hebben op deze onderneming en met de met deze onderneming betrokken belangen. Bij een rvc bij een sub-holding is er echter een veel vager verband met de verschillende dochterondernemingen, zodat er voor wat de werking van de rvc betreft naar mijn mening wel verschil is.

Toch pleit ik er niet voor om met het voorgaande als motivering de Structuurwet zo te wijzigen dat een rvc in het vervolg bij elke werkmaatschappij ingesteld wordt in plaats van bij de sub-holding. De reeds eerder genoemde motieven van het bedrijfsleven om een sub-holding op te richten (zie §3) kunnen mijns inziens als praktische bezwaren gelden tegen een dergelijke wijziging van de structuurregeling. Bovendien kan als tegenargument dienen het hierna te bespreken in de praktijk voorkomende geval (schema 4), waarin op het niveau van de sub-holding ten aanzien van de Nederlandse werkmaatschappij concernbeleid wordt gecoördineerd en door de sub-holding dus juist iets aan het van de moeder uitgaande concernbeleid wordt toegevoegd.

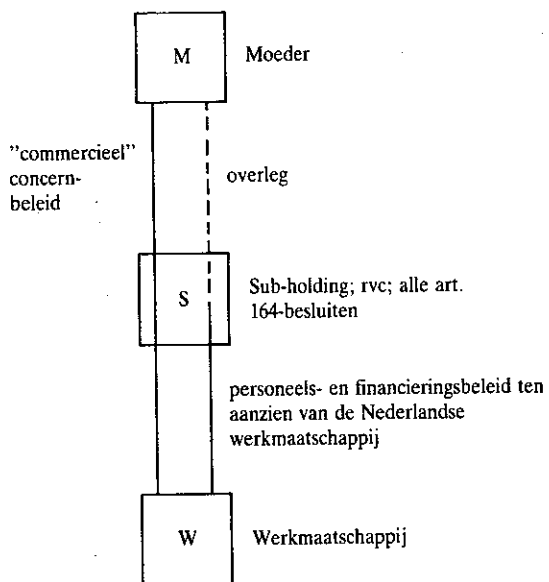
In de tweede plaats is het mogelijk dat de sub-holding niet louter doorgeefluik is, maar dat ook centraal concernbeleid ten aanzien van de Nederlandse dochter op het niveau van de sub-holding wordt gevormd. In de praktijk wordt op het niveau van de sub-holding voornamelijk het personeels- en financieringsbeleid ten aanzien van de Nederlandse werkmaatschappijen gecoördineerd.

In dit geval moet er juist gepleit worden voor de toepassing van de structuurregeling in verzwakte

20. Zie P. M. A. L. Plompen en W. J. Slagter, a.w., art. 164, aant. 4.

vorm op de sub-holding (inclusief de door mij voorgestelde uitbreiding van de strekking van art. 164, lid 1 sub *d* en *e* en van lid 2). Immers het verschil met situatie 1, zonder sub-holding (schema 1), is, dat de rvc zijn taak kan uitoefenen op het niveau waar een deel van het concernbeleid wordt bepaald, in plaats van op het niveau waarop het uitgevoerd wordt, in welk geval de rvc voor een fait accompli kan komen te staan. Uiteraard zal er met betrekking tot dat deel van het concernbeleid dat het bestuur van de sub-holding bepaalt, overleg tussen de besturen van de moeder en de sub-holding plaatsvinden (zie schema 4).

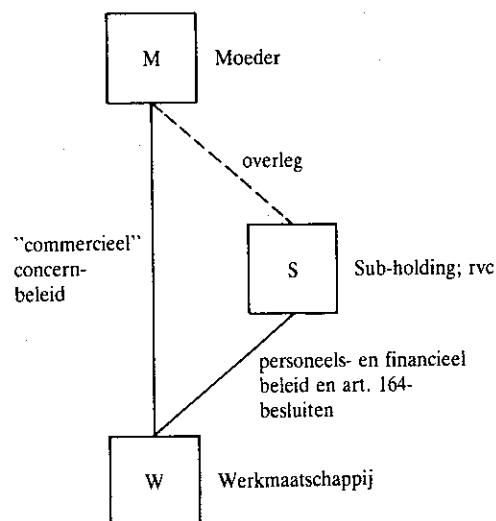
Schema 4: Sub-holding tevens als coördinatrice van personeels- en financieringsbeleid



Sub-holding als louter coördinatrice van personeels- en financieel beleid

Als derde mogelijkheid kan gesteld worden dat er nog steeds een directe lijn tussen de moeder en de werkmaatschappij bestaat, die we de lijn van het 'commerciële' concernbeleid kunnen noemen. De sub-holding

Schema 5: Sub-holding als louter coördinatrice van personeels- en financieringsbeleid



wordt hier helemaal buiten gelaten. Wel wordt op het niveau van de sub-holding het personeels- en financieringsbeleid ten aanzien van de dochtervennootschappen bepaald.

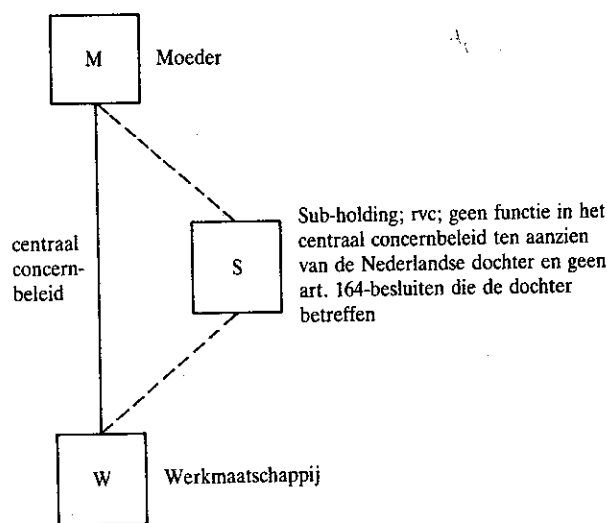
Als in dit geval alle besluiten genoemd in art. 164 lid 1 (mede gezien de voor te stellen uitbreiding van de strekking van art. 164 lid 1, sub *d* en *e* en lid 2) door de sub-holding worden genomen is er naar mijn mening geen ontduiking van de medezeggenschapsregeling van de werknemers (zoals de Structuurwet genoemd kan worden) als we situatie 2 (schema 2) met situatie 1 (schema 1) vergelijken. (Zie schema 5).

Spijtig in dit geval is dat de rvc niet meer de reeds eerder genoemde invloed op de andere bestuursbesluiten dan die vermeld staan in art. 164 lid 1 kan uitoefenen, omdat de besluiten die het 'commerciële' concernbeleid betreffen niet door het bestuur van de sub-holding worden genomen. Hiervoor kan het motief van bestuursefficiëntie gelden. Dit nadeel wordt mijns inziens weer gecompenseerd door de in de sub-holding te nemen art. 164-besluiten, die juist voor de werknemers van belang zijn. Vooral ten behoeve van hun belangen is de structuurregeling gemaakt.

#### Misbruik van de sub-holding

Van ontduiking kunnen we wel spreken als we tenslotte de mogelijkheid nagaan dat de sub-holding geen wezenlijke functie in het centrale concernbeleid ten aanzien van de Nederlandse werkmaatschappij heeft en dus besluiten door de besturen van de moeder en van de dochter worden genomen met uitsluiting van het bestuur van de sub-holding. Is dit het geval, dan kunnen we zeker concluderen, dat de sub-holding vooral als een schild functioneert, waarmee de concerntop tegen invloed van de Nederlandse werknemers wordt afgeschermd (vergelijk de stelling van de FNV). Zie schema 6.

Schema 6: Misbruik van de sub-holding



In de schema's 5 en 6 heeft de moeder geen rechtstreekse (maar middellijke) deelneming in de werkmaatschappij met behulp waarvan zij het concernbeleid kan doorvoeren (zie §1). Dit hoeft geen bezwaar te zijn, als we denken aan de mogelijkheid dat de raad van bestuur van de sub-holding uit dezelfde personen bestaat als het bestuur van de moeder. Hier-

door kunnen de 'aanbevelingen' en 'adviezen' die de moeder buiten de sub-holding om aan de werkmaatschappij doorgeeft (onder andere via een servicevennootschap, die ook hetzelfde bestuur heeft) omgezet worden in aanwijzingen of instructies of ontslag van het bestuur van de werkmaatschappij via de lijn moeder-sub-holding-werkmaatschappij. Dit laatste zal naar mijn mening slechts in uitzonderingsgevallen nodig zijn, omdat het bestuur van de werkmaatschappij meestal wel de 'aanbevelingen' of 'advies' van de moeder zal opvolgen met in het achterhoofd dat bij niet-uitvoering ontslag kan volgen.

## 6. Conclusie

Zoals gezegd, zijn de mogelijke functies van de sub-holding in het concernbeleid legio. Ik ben op grond van mijn onderzoek naar de sub-holding tot de conclusie gekomen, dat door middel van misbruik van de sub-holding ontgaan van de in de Structuurwet vervatte medezeggenschapsrechten van de Nederlandse werknemers in een concern mogelijk is. Dit betekent nog niet dat dit ook feitelijk gebeurt, maar om een ingewikkeld en tijdrovend onderzoek daarnaar overbodig te maken is het mijns inziens slechts nodig, dat met twee wijzigingen van de wet volstaan wordt, waardoor de mogelijkheid van ontduiking tegengegaan kan worden.

Ik ben geen voorstander van een zodanige wetswijziging, dat alle Nederlandse werkmaatschappijen, die aan de eisen van de structuurregeling voldoen, in plaats van de sub-holding onderworpen zijn aan het verzwakte structuurregime. De in §3 genoemde praktische motieven van het bedrijfsleven om een sub-holding op te richten wil ik gebruiken ten gunste van deze stellingname.

Ook sta ik niet positief tegenover een zodanige verandering van de Structuurwet, dat de rvc ingesteld wordt bij de internationale moeder. Zie hiervoor de ratio achter de vrijstelling van de structuurregeling, die geldt voor de internationale top-holding ex art. 153, lid 3 sub b.

Deze luidt aldus, dat een dergelijk overwegend internationaal concern zijn werkterrein voor het grootste gedeelte buiten Nederland heeft. Dat de medezeggenschapsrechten dan uitsluitend zouden worden uitgeoefend door Nederlandse werknemers is dan niet gerechtvaardigd. Een oplossing zou kunnen zijn, dat, indien een vennootschap rechtstreeks of middellijk voor eigen rekening ten minste de helft van de aandelen van één of meer rechtspersonen houdt en op die vennootschap met uitsluiting van de rechtspersonen de artikelen 158-161 en 164 of de artikelen 268-271 en 274 van Boek 2 BW van toepassing zijn, het bestuur van deze vennootschap alle besluiten genoemd in art. 164, lid 1, neemt alvorens de besturen van de rechtspersonen dit doen.

Als rechtvaardiging voor deze wijziging kan gelden, dat anders ontduiking van de in de structuurregeling vervatte medezeggenschapsrechten op eenvoudige wijze mogelijk zou zijn.

Zoals reeds in de vorige paragraaf naar voren is gebracht garandeert de huidige tekst van art. 164 nog niet, dat ook alle door het bestuur van de sub-holding te nemen besluiten, genoemd in het eerste lid van dit artikel, die de dochtermaatschappij betreffen, aan de goedkeuring van de rvc van de sub-holding zijn onderworpen. Dit geldt wel voor de besluiten genoemd

in art. 164, lid *d* en *e*, vanwege het daarin voorkomende woord 'middellijk' en voor de besluiten genoemd in art. 164, lid 1 sub *j* en *k*, omdat lid 2 van dit artikel deze besluiten ook aan de goedkeuring van de rvc van de sub-holding onderwerpt, indien zij een dochtervennootschap betreffen.

Ik stel voor, dat de strekking van het woord 'middellijk' en van art. 164, lid 2, uitgebreid wordt tot alle in art. 164, lid 1, genoemde bestuursbesluiten en wel in die zin, dat aan de goedkeuring van de rvc zijn onderworpen alle besluiten van het bestuur genoemd in art. 164, lid 1, die de vennootschap zelve en/of de rechtspersonen betreffen waarvan de vennootschap rechtstreeks of middellijk tenminste de helft der aandelen voor eigen rekening houdt.

Rechtvaardiging hiervoor is te vinden in het feit, dat de besluiten van het bestuur van de rechtspersoon die aan de vereisten van art. 153, lid 2, voldoet, aan de goedkeuring van de rvc onderworpen zouden zijn, indien er niet een vennootschap zou zijn die rechtstreeks of middellijk tenminste de helft der aandelen van die rechtspersoon voor eigen rekening houdt.

De sanctie op overtreding van deze voorgestelde bepalingen zou kunnen zijn vernietigbaarheid van het art. 164, lid 1 (juncto lid 2)-besluit van het bestuur van de rechtspersoon, dat genomen is zonder voorafgaand overeenkomend besluit van de vennootschap die rechtstreeks of middellijk voor eigen rekening tenminste de helft der aandelen van deze rechtspersoon houdt, welk besluit onderworpen zou zijn geweest aan de goedkeuring van de bij de vennootschap ingestelde rvc. Vernietigbaar is zo'n besluit op grond van art. 13 juncto artikel 11 Boek 2 BW, en wel wegens strijd met de wettelijke bepalingen betreffende de wijze van totstandkoming van besluiten.

Uit dit standpunt kan men afleiden, dat ik evenals Plompen en Slagter<sup>21</sup> voorstander ben van de externe werking van het ontbreken van de goedkeuring van de rvc. Echter, ingevolge lid 3 van art. 164 kan het ontbreken van de goedkeuring van de rvc op een besluit als bedoeld in het eerste lid van dit artikel niet door of tegen derden worden ingeroepen en de memorie van toelichting Structuurwet<sup>22</sup> wil aan dit lid ook geen externe werking verbinden. Genoemde schrijvers gaan er van uit, dat er sprake is van een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur, hetwelk huns inziens in overeenstemming is met de wens om de medezeggenschap van de werknemers in de structuur van grote vennootschappen te verankeren.

De voorgestelde wetswijzigingen zullen, naar ik aanneem, hun praktisch nut niet alleen bewijzen in de concernconstructie met een sub-holding, waarvan in het kader van dit artikel is uitgegaan, maar ook in alle concerns waar sprake is van een holding die aan de (verzwakte) structuurregeling onderworpen is en wier dochters dientengevolge zijn vrijgesteld.

Mr. W. BOSSE is in 1983 aan de Vrije Universiteit te Amsterdam geslaagd voor zijn doctoraal-examens notariaat en Nederlands recht, hoofdrichting privaatrecht. Zijn afstudeerscriptie had als titel: Concernverhoudingen, de structuurregeling en de sub-holding. Sinds 1983 is hij in dienst van Nationale-Nederlanden NV op de afdeling Fiscaal Juridische Begeleiding.

21. P. M. A. L. Plompen en W. J. Slagter, a.w. art. 164, aant. 6.  
22. Memorie van toelichting Structuurwet, blz. 18, J. M. M. Maeijer, NV en BV, blz. IXf-Art.52c (III)-2.