

## Opgaafverplichting voor grote vennootschap niet altijd even duidelijk

### Inleiding

Terwijl in het geheel niet zeker is of de structuurregeling het jaar 2004 zal overleven, is de voorgestelde wijziging – die gepland stond voor 1 januari 2004 – nog altijd niet ingevoerd. De Eerste Kamer heeft aanvullende vragen gesteld en minister Donner van Justitie heeft al laten weten dat de behandeling in de Eerste Kamer wellicht zal leiden tot heroverweging van het wetsvoorstel.

De aangekondigde nadere gedachtevorming over de structuurregeling kan meebrengen dat de structuurregeling geheel anders wordt ingevuld of zelfs wordt afgeschaft. Vragen rondom de toepassing van het thans geldende structuurregime komen nog regelmatig op. Veel vennootschappen voldoen aan de criteria voor een 'grote vennootschap' zonder dat het bestuur van de betreffende vennootschap daarvan op de hoogte is. En als het bestuur wel op de hoogte is, dan is vaak onduidelijk op welk moment de vennootschap verplicht is om opgaaf te doen van dit feit.

In deze bijdrage gaan we kort in op de vraag hoe het voldoen aan de drie criteria van lid 2 van artikel 2:263 BW zich verhoudt tot de opgaafplicht bij het handelsregister (voor de naamloze vennootschap geldt eenzelfde regeling in art. 2:153 BW). De reikwijdte van dit artikel is omstrede.

De vaststelling of voldaan wordt aan de criteria die lid 2 stelt, is in het algemeen geen punt van discussie. Het zijn immers allemaal voorwaarden van feitelijke aard: de aanwezigheid van een ondernemingsraad, een bepaalde omvang van het eigen vermogen en de hoeveelheid werknemers. Bij nadere bestudering van de drie criteria kan toch onduidelijkheid ontstaan.

### Omvang eigen vermogen

De huidige vermogensgrens bedraagt 13 miljoen euro. Zodra wetsvoorstel 28 179 (nieuwe structuurregeling) van kracht wordt, zal het grensbedrag worden verhoogd naar 16 miljoen euro. Uitgangspunt is dat de hoogte van het geplaatste kapitaal wordt vermeerderd met de reserves. Dit betekent dat ingekochte aandelen worden meegeteld en een eventueel obligo (het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat nog niet is gestort) eveneens. Reserves zoals die blijken uit de jaarrekening, worden bij het geplaatste kapitaal opgeteld. Reserves kunnen het bedrag niet verlagen.

### Ondernemingsraad

Krachtens wettelijke verplichting dient een ondernemingsraad te zijn ingesteld bij de vennootschap of een afhankelijk maatschappij. Hoofddregel is dat een ondernemingsraad wordt ingesteld indien er ten minste vijftig werknemers zijn

(art. 2 Wet op de ondernemingsraden). De wet spreekt van een ondernemingsraad die door de vennootschap is ingesteld. Wat indien een vennootschap wel de verplichting heeft een ondernemingsraad in te stellen, maar hiertoe niet overgaat? En wat indien de vennootschap wel een ondernemingsraad instelt, maar niemand deel wenst te nemen in een dergelijke ondernemingsraad? Strikt genomen wordt in die gevallen niet voldaan aan het tweede criterium.

Beter zou het zijn als het criterium aansluiting zou zoeken bij de daadwerkelijke instelling van een ondernemingsraad ('is ingesteld' in plaats van 'heeft ingesteld') om eventuele problemen te voorkomen met betrekking tot de toepasselijkheid van de structuurregeling. Er moet immers een ondernemingsraad zijn om bevoegdheden uit te kunnen oefenen.

### Aantal werknemers

De werknemersgrens is gesteld op honderd werknemers. Wanneer precies aan dit criterium wordt voldaan, is niet altijd duidelijk. De wet spreekt van 'in de regel ten minste honderd arbeiders'. Is aan dit criterium voldaan zodra de honderdste werknemer zijn arbeidscontract getekend heeft?

Wij menen dat aansluiting gezocht dient te worden bij artikel 2:382 BW. Bepalend is het gemiddelde aantal gedurende het boekjaar bij de rechtspersoon werkzame werknemers. Het gaat om werknemers met een arbeidscontract als bedoeld in het BW, waarbij de omvang van het dienstverband geen rol speelt. We besteden thans geen aandacht aan eventuele freelancers, uitzendkrachten, detachering, deeltijd- en overwerkproblematiek.

### Opgaafplicht

Zodra een besloten vennootschap aan de hiervoor vermelde drie criteria voldoet, dient opgaaf daarvan te worden gedaan aan het handelsregister. Artikel 2:263 lid 1, eerste zin, BW formuleert de verplichting om opgaaf te doen als volgt:

'Een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid moet, indien het volgende lid op haar van toepassing is, *binnen twee maanden na de vaststelling of goedkeuring van haar jaarrekening* door de algemene vergadering van aandeelhouders ten kantore van het handelsregister *opgaaf doen*, dat zij aan de in dat lid gestelde voorwaarden voldoet.' (curs. toegevoegd, auteurs)

De wet suggereert met deze formulering dat de verplichting tot het doen van opgaaf altijd verbonden is aan vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening. Indien een vennootschap reeds aan de criteria van de ondernemingsraad en honderd werknemers voldoet, zal de opgaafplicht ontstaan bij vervulling van de derde voorwaarde, de vermogensgrens. Het behalen dan wel overschrijden daarvan zal blijken uit de jaarrekening. Binnen twee maanden na vaststelling of goedkeuring daarvan, zal opgaaf plaatsvinden van vervulling van alle drie criteria en vangt de inlooperperiode aan.

Wat nu indien de vermogensgrens reeds behaald is en ook een van de andere criteria, en eerst in een later stadium wordt voldaan aan een derde criterium? De meningen hierover lopen uiteen.

### Handboek<sup>1</sup>

Indien het laatst te vervullen criterium niet de vermogensgrens betreft, maar de ondernemingsraad dan wel het aantal werknemers, dient opgaaf te geschieden binnen twee maanden na de instelling van de ondernemingsraad respectievelijk binnen twee maanden nadat de vennootschap min of meer duurzaam aan de werknemersgrens voldoet.

### Compendium<sup>2</sup>

Indien een vennootschap in de loop van een boekjaar een derde criterium vervult, dan dient opgaaf pas te geschieden na vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening en dus niet gedurende een boekjaar. Juist door deze jaarrekening blijkt pas of inderdaad de vermogensgrens opnieuw is bereikt.

### Sanders & Westbroek<sup>3</sup>

Buijn is van oordeel dat vaststelling van de jaarrekening in alle gevallen bepalend is voor het ontstaan van de opgaafplicht. Twee van de drie genoemde criteria (kunnen) blijken bij de vaststelling van de jaarrekening; de vermogensgrens volgt uit de jaarrekening en op basis van artikel 2:382 BW dient de toelichting bij de jaarrekening het gemiddeld aantal werknemers te vermelden. Daarom kan 'ter wille van de uniformiteit en op basis van de letterlijke tekst van de wet' worden aangenomen dat de vaststelling van de jaarrekening als ijkpunt geldt. Voorts wordt opgemerkt dat het 'aan te bevelen kan zijn, zeker indien de instelling van de ondernemingsraad het laatst vervulde criterium is, zich niet te strikt aan de tekst te houden'.

### Asser<sup>4</sup>

Ijkpunt is het einde van het boekjaar waarover de jaarrekening wordt vastgesteld of goedgekeurd. Dit geldt niet alleen voor de vermogensgrens, maar ook voor wat betreft de andere twee criteria (ondernemingsraad en aantal werknemers). Zo heeft de wetgever het bedoeld.

Dit standpunt blijkt eveneens uit de Groene Serie Privaatrecht,<sup>5</sup> waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar het belang van aandeelhouders en het belang van derden die bekend moeten zijn met het gegeven dat opgaaf gedaan wordt en de inlooperperiode begint.

- 
1. Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 42.
  2. W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1996, nr. 74.
  3. Sanders & Westbroek/Buijn & Storm, BV en NV, het nieuwe ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1998, par. 7.3.
  4. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 386.
  5. J.B. Wezeman, Aantekening 3 bij artikel 154 boek 2 BW, Deventer: Kluwer 1 maart 1993.

### Van Schilfgaarde<sup>6</sup>

Winter houdt het kort: de opgaaf moet worden gedaan binnen twee maanden na de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening door de algemene vergadering van aandeelhouders. Hieruit leiden wij af dat Winter, evenals Maeijer, van oordeel is dat opgaaf gedaan dient te worden binnen twee maanden nadat de jaarrekening is vastgesteld of goedgekeurd over het boekjaar waarin alle drie criteria vervuld zijn, onafhankelijk van de vraag welk criterium als laatste vervuld wordt.

### Gevolgen nalaten opgaaf

Ten slotte besteden we nog enige aandacht aan de gevolgen van het niet (tijdig) doen van de opgaaf. Verdedigbaar is dat de kamer van koophandel, alsmede iedere belanghebbende via de rechter inschrijving kan verlangen van een dergelijke opgaaf omdat de inschrijving onvolledig is (art. 23 Handelsregisterwet 1996).

Daarnaast levert het nalaten van de inschrijving een economisch delict op (art. 1 onder 4 Wet op de economische delicten jo. art. 28 Handelsregisterwet 1996) op grond waarvan hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de vierde categorie (€ 11.250) opgelegd kan worden. De sanctie is daardoor relatief licht te noemen.

### Conclusie

Het standpunt van Van der Grinten ondersteunen wij niet. In beginsel lijkt het redelijk om aan te nemen dat aan de verplichting tot opgaaf moet worden voldaan binnen twee maanden nadat de vennootschap aan de andere eisen heeft voldaan (althans – in het geval van de honderd werknemers – min of meer duurzaam aan dit vereiste heeft voldaan). De termijn van twee maanden kan namelijk in die opvatting niet (onnodig) worden verlengd tot twee maanden na de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening, waardoor de invoering van het structuurregime niet (onnodig) kan worden uitgesteld.

De tekst van de wet zoekt uitdrukkelijk aansluiting bij vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening met betrekking tot de opgaafplicht. De aanbeveling die wordt gedaan in Sanders & Westbroek ten aanzien van de instelling van de ondernemingsraad als laatst vervulde criterium, biedt voor de praktijk onvoldoende houvast.

Met de overige auteurs zijn ook wij van mening dat het tijdstip van vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening als leidraad moet gelden. Niet alleen omdat de letterlijke wettekst daartoe aanleiding geeft, maar ook vanwege de informatievoorziening die daaruit voortvloeit voor aandeelhouders en derden-belanghebbenden en tevens ten behoeve van de rechtszekerheid (voor aandeelhouders en derden-belanghebbenden is duidelijk op welk tijdstip de verplichting tot

opgaaf gaat gelden). Ten slotte kan tijdens de loop van een boekjaar een derde criterium worden vervuld terwijl in een later stadium een eerder criterium vervalt. Bijvoorbeeld doordat er gedurende het boekjaar een ondernemingsraad wordt ingesteld, terwijl met betrekking tot datzelfde boekjaar (een deel van) de winst niet wordt gereserveerd, waardoor niet langer aan de vermogensgrens voldaan wordt.

*Mr. K.Th. Boskma en mr. B. Snijder-Kuipers  
De Brauw Blackstone Westbroek*

---

6. Van Schilfgaarde/Winter, Van de NV en de BV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 139.