

advies

08
01

Evenwichtig Ondernemings-
bestuur

SER

Sociaal-
Economische
Raad

advies

Evenwichtig Ondernemingsbestuur

Uitgebracht aan:

de Minister van Economische Zaken,

de Minister van Financiën,

de Minister van Justitie,

en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Publicatienummer 1, 15 februari 2008

Sociaal-Economische Raad

De Sociaal-Economische Raad (SER) adviseert de regering en het parlement over de hoofdlijnen van het te voeren sociale en economische beleid en over belangrijke wetgeving op sociaal-economisch terrein. Daarnaast is de SER belast met bestuurlijke en toezichthoudende taken met betrekking tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (productschappen en bedrijfsschappen). De raad is voorts betrokken bij de uitvoering van enkele wetten.

De SER is in 1950 ingesteld bij de Wet op de bedrijfsorganisatie. Zitting in de SER hebben vertegenwoordigers van ondernemers en van werknemers alsmede onafhankelijke deskundigen. De raad is een onafhankelijk orgaan dat door het gezamenlijke Nederlandse bedrijfsleven wordt gefinancierd.

De SER wordt bij de uitvoering van zijn functies bijgestaan door een aantal vaste en tijdelijke commissies. Enkele vaste commissies zijn onder bepaalde voorwaarden ook zelfstandig werkzaam.

De belangrijkste adviezen die de SER uitbrengt, worden in boekvorm uitgegeven. Zij zijn tegen kostprijs verkrijgbaar. Een overzicht van recente publicaties vindt u achterin. Een uitgebreider overzicht wordt op aanvraag gratis toegezonden. Het maandblad SER-bulletin geeft uitgebreid nieuws en informatie over de SER. De SER beschikt ook over een eigen site op internet, met onder meer de samenstelling van de raad en zijn commissies, persberichten en het laatste nieuws.

© 2008, Sociaal-Economische Raad

Alle rechten voorbehouden.

Overname van teksten is toegestaan onder bronvermelding.

Sociaal-Economische Raad

Bezuidenhoutseweg 60

Postbus 90405

2509 LK Den Haag

Telefoon: 070 - 3 499 499

Telefax: 070 - 3 832 535

E-mail: ser.info@ser.nl

Internet: www.ser.nl

ISBN 90-6587-966-8 / CIP

Inhoudsopgave

Samenvatting	7
1 Inleiding	17
1.1 Adviesaanvraag en consultatief overleg	17
1.2 Vraagstelling in de adviesaanvraag	17
1.3 Externe consultaties en onderzoek	18
1.4 Opbouw van het advies	20
2 Beschouwing bij de adviesaanvraag	21
2.1 Uitgangspunten bij de advisering	21
2.2 De positie van werknemers	24
2.2.1 Medezeggenschapsregelingen	24
2.2.2 Concerndimensie; internationale dimensie	27
2.3 Kern van de adviesaanvraag	29
3 Intern toezicht bij beursvennootschappen	41
3.1 Bestaande regelingen voor intern toezicht	41
3.1.1 Instelling en inrichting toezicht	41
3.1.2 Randvoorwaarden voor goed toezicht	44
3.2 Bevindingen van de raad	45
4 Het enquêterecht	49
4.1 De enquêteprocedure	49
4.1.1 Bestaande regeling en praktijk	49
4.1.2 Bevindingen van de raad	51
4.2 De toegang tot het enquêterecht	55
4.2.1 De adviesaanvraag	55
4.2.2 Bevindingen van de raad	55
5 Bevindingen van de raad bij de opties van de adviesaanvraag	61
5.1 Spreekrecht voor de OR in de AvA van de beursvennootschap	61
5.2 Fusie en overname	63
5.3 De Europese ondernemingsraad	64
5.4 Grotere betrokkenheid OR bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen	66
5.4.1 Benoeming en ontslag van bestuurders	67
5.4.2 Benoeming en ontslag van commissarissen	68

Bijlagen

1	Adviesaanvraag d.d. 19 juni 2007	75
2	Medezeggenschapsregelingen bij fusie en overname	77
3	Relevante bepalingen SER-Fusiegedragsregels 2000	83
4	Relevante bepalingen wettelijke regeling enquêterecht in Boek 2 BW	87
5	Opvattingen over enquêterecht OR in SER (2003) Advies <i>Aanpassing van de wet op de ondernemingsraden (03/12)</i>	89
6	Relevante passages enquêterecht vakbonden in SER (1989) Advies <i>Aanvullend advies wijziging enquêterecht (89/21)</i>	93
7	Samenstelling ad hoc Commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur	95

Bijlagen opgenomen in afzonderlijke publicatie (08/01A)

8	Externe consultatie en (onderzoeks)rapportages	
8a	Consultatiedocument en reacties	
8b	Notitie prof.dr. J.W. Winter <i>Medezeggenschap in Nederland</i>	
8c	Onderzoeksrapport dr. R.H. van het Kaar <i>De Nederlandse medezeggenschap in een Europees perspectief</i>	
8d	Onderzoeksrapport prof.dr. C.F. van der Elst, prof.dr. A. de Jong en prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers <i>Een overzicht van juridische en economische dimensies van de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen</i>	



SAMENVATTING

Samenvatting

Dit advies gaat over de positie van werknemers bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen. Hiermee reageert de Sociaal-Economische Raad¹ op de adviesaanvraag van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 juni 2007 over de vraag of de positie van werknemers in ondernemingen versterking behoeft².

Kernvraag

Mede op basis van onderzoek van externe deskundigen dat de raad heeft laten verrichten, concludeert hij dat het geheel van Nederlandse medezeggenschapsregelingen in vergelijking met regelingen voor medezeggenschap in een aantal omringende landen substantieel is. Er is thans dan ook geen aanleiding voor een fundamentele herziening van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen. Wel doet de raad aanbevelingen voor aanvulling van de desbetreffende regelingen.

Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat, voor zover belangrijke besluiten worden genomen op internationaal-concernniveau, deze zich deels aan het bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen onttrekken. Binnen de raad bestaat verschil van opvatting over de mate waarin dat het geval is en in hoeverre dit problematisch is te achten.

Een deel van de raad³ acht het beperkte bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen problematisch. De voortschrijdende internationalisering van het bedrijfsleven heeft tot gevolg dat een toenemend aantal (Nederlandse) ondernemingen deel uitmaakt van een internationaal concern. Het ten aanzien van die ondernemingen gevoerde beleid wordt in belangrijke mate geconditioneerd door op internationaal niveau vastgestelde beleidslijnen en genomen strategische besluiten. Dit deel van de raad meent dan ook dat de Nederlandse en de Europese wetgever de gevolgen van de internationalisering van ondernemingen voor de medezeggenschap van werknemers door daartoe strekkende maatregelen moeten ondervangen. Zowel voor de medezeggenschap in de onderneming (ondernemingsrechtelijke medezeggenschap) als voor van de medezeggenschap van werknemers bij de inrichting van bestuur en toezicht van vennootschappen (vennootschappelijke medezeggenschap) is volgens dit deel verdere internationalisering wenselijk.

- 1 In de SER-commissie die het advies heeft voorbereid, hadden naast onafhankelijke leden en vertegenwoordigers van werkgevers en van werknemers, als adviserende leden ook vertegenwoordigers van de belangen van aandeelhouders zitting. Zij worden hierna aangeduid als “de adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen”.
- 2 Het kabinet heeft de raad in de adviesaanvraag de mogelijkheid geboden de betrokken bewindslieden in een consultatief overleg te informeren over zijn opvattingen. Naar aanleiding hiervan heeft op 6 november 2007 een consultatief overleg plaatsgevonden van de voorbereidingscommissie met de ministers van Economische Zaken, van Financiën, van Justitie en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- 3 Bestaande uit de werknemersleden en de kroonleden Bovens, Goudswaard, Van der Heijden, Vliegthart en Wilke.

Een ander deel van de raad⁴ meent dat de internationalisering van het bedrijfsleven geen medezeggenschapsprobleem voor werknemers in Nederland oplevert dat redressering behoeft en staat daarom afwijzend tegenover de door het voorgaande deel van de raad bepleite maatregelen op nationaal of Europees niveau. Voor de Nederlandse situatie geldt dat besluiten op internationaal-concernniveau met gevolgen voor werknemers in Nederland reeds aan medezeggenschap onderhevig zijn. Besluiten op internationaal-concern-niveau die geen gevolgen hebben voor de werknemers in Nederland, blijven terecht buiten de Nederlandse medezeggenschapsregels op grond van de uitgangspunten van territorialiteit en legitimiteit. Dit raadsdeel meent dat nieuwe maatregelen op Europees dan wel nationaal niveau op het terrein van vennootschappelijke medezeggenschap (werknemersinvloed op de samenstelling van het interne toezicht) negatief uitwerken op de concurrentiepositie van Nederland als vestigingsplaats van hoofdkantoren van internationale concerns.

De raad stelt vervolgens vast dat de feitelijke positie van werknemers uiteraard niet alleen afhankelijk is van de toegekende medezeggenschapsrechten en de wijze waarop deze worden gebruikt, maar ook van de kwaliteit van het bestuur en de zorgvuldigheid waarmee de belangen van de verschillende stakeholders worden afgewogen. Ook werknemers hebben belang bij een corporate governance-stelsel dat het bestuur zodanig positioneert, dat het zich kan richten op langetermijn-waardeschepping ter wille van het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

In de afgelopen periode hebben zich belangrijke wijzigingen voorgedaan in de zeggenschaps- en eigendomsstructuur van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen. Mede op advies van de raad is een wijziging van de structuurregeling doorgevoerd en zijn de zeggenschapsrechten voor aandeelhouders in beursvennootschappen uitgebreid. Een en ander is gepaard gegaan met het terugdringen van beschermingsconstructies, meer transparantie en een betere bescherming van de positie van minderheidsaandeelhouders. Onderzoek dat in opdracht van de raad is verricht naar de mogelijke kwetsbaarheid van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen laat zien dat deze vennootschappen – na de sterke vermindering van juridische vormen van bescherming – kwetsbaarder zijn te achten dan vennootschappen in andere landen zoals het Verenigd Koninkrijk (VK) en de Verenigde Staten (VS). Daarbij spelen uiteenlopende factoren een rol, zoals het sterk gespreide en geïnternationaliseerde aandelenbezit en de geringe betekenis van structurele economische beschermingsconstructies. Ook concluderen de onderzoekers dat het Nederlandse enquêterecht aan aandeelhouders een zeer laagdrempelig instrument biedt om ingrepen in de strategie, het beleid en de organisatie van beursvennootschappen te bewerkstelligen, ook zonder dat is komen vast te staan dat sprake is van onrechtmatig handelen van bestuur of commissarissen.

4 De ondernemersleden en de kroonleden Brouwer, Van Duyne, Linschoten en Teulings. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

Uit de onderzoeksrapportages kan niet worden opgemaakt dat de relatieve kwetsbaarheid van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen toe te schrijven is aan het Nederlandse stelsel van corporate governance. Wel vormen de uitkomsten van het onderzoek aanleiding om te bezien hoe door middel van aanpassing van het enquêterecht kan worden bevorderd dat het bestuur van de beursvennootschap voldoende ruimte heeft om zich bij zijn taakuitoefening te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, menen dat de onderzoeksrapportage naar de mogelijke kwetsbaarheid van Nederlandse vennootschappen op een groot aantal punten nuancering behoeft. Zij vinden dat het vennootschapsrecht en de jurisprudentie de besturen van beursvennootschappen voldoende beleidsvrijheid bieden om hun taken naar behoren te kunnen uitoefenen. Ook de conclusies ten aanzien van het enquêterecht delen zij niet.

Intern toezicht bij beursvennootschappen

De raad onderschrijft in hoofdlijnen de uitgangspunten voor goed – behoorlijk en onafhankelijk – toezicht zoals die in de wet en in de Code Tabaksblad voor beursvennootschappen zijn opgenomen en waarbij vennootschappen vrij zijn om te kiezen voor een duaal stelsel (two tier) dan wel een monistisch model (one tier).

Over de vraag of het noodzakelijk is het toezicht bij Nederlandse (internationaal opererende) beursvennootschappen nader te regelen, wordt binnen de raad verschillend gedacht.

Een deel van de raad⁵ is van opvatting dat weliswaar een aantal aspecten van het toezicht bij (internationale) beursvennootschappen zich leent voor zelfregulering, maar dat daarmee niet kan worden volstaan. Om te waarborgen dat de belangen van de werknemers op passende wijze worden meegewogen in de besluitvorming in en over de onderneming, moeten bestuur en toezicht optimaal zijn ingericht op het vermogen van de onderneming tot langetermijn-waardecreatie. Voor het kunnen verwezenlijken van een op de belangen van alle belanghebbenden gericht ondernemingsbeleid en zeker: voor het zich kunnen richten op waardecreatie op lange termijn, is het nodig dat het bestuur in betrekkelijke onafhankelijkheid en onder goed toezicht zijn taken kan uitoefenen. Het toezicht in de beursvennootschap, of het nu wordt ingericht volgens een duaal dan wel een monistisch stelsel, dient te berusten op drie wettelijk vast te leggen pijlers: a) verplicht toezicht (benoemd door algemene vergadering van aandeelhouders (AvA)); b) in wet de vastgelegde taken en bevoegdheden van de toezichthouders en c) een zekere clausulering van het recht van de AvA om de toezichthouders te ontslaan⁶.

5 De werknemersleden en de kroonleden Bovens, Brouwer, Van Duyne, Goudswaard, Van der Heijden, Linschoten, Teulings, Vliegthart en Wilke.

6 Enkele leden van het hier aan het woord zijnde deel van de raad, namelijk de kroonleden Brouwer, Van Duyne, Linschoten en Teulings, achten voor een besluit van de AvA om de toezichthouders te ontslaan een gewone meerderheid van stemmen voldoende.

Een ander deel van de raad⁷ is van opvatting dat de Code Tabaksblat een zeer nuttige functie vervult bij invulling van goed en onafhankelijk toezicht bij (internationale) beursvennootschappen. Conform de opvatting van de commissie-Frijns is er geen aanleiding voor een fundamentele wijziging van het Nederlandse corporate governance-stelsel. Ook het beschikbare onderzoek wijst niet op een noodzaak om de bestaande wettelijke regeling voor intern toezicht uit te breiden. Nederlandse vennootschappen zijn niet kwetsbaar gebleken voor aandeelhoudersactivisme als gevolg van een inadequate corporate governance, waaronder de taken, de inrichting en het functioneren van vennootschappelijk toezicht. Een bij wet opgelegde machtsverschuiving naar het vennootschappelijk toezicht ten laste van bestuur en aandeelhouders zou sterk ingrijpen in de verhoudingen binnen internationale beursvennootschappen. Dat heeft een negatief effect op de positie van Nederland als vestigingsland en de keuzes die ondernemers maken over de rechtsvorm waarin zij hun onderneming willen drijven. Ook de ontslagbescherming die het voorgaande deel aan toezichthouders wil toekennen, verdraagt zich slecht met regelingen elders en wordt al snel als een wettelijke beschermingsconstructie beschouwd.

Enquêterecht

Het gebruik van het enquêterecht is, mede door de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer (OK) om in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen, sterk toegenomen. De enquêteprocedure kent niet de gebruikelijke rechtswaarborgen van de gewone civiele procedure. Van de beschikking van de OK staat uitsluitend cassatieberoep open bij de Hoge Raad, die zelf geen onderzoek verricht naar de feiten. Een en ander blijkt in een aantal gevallen te leiden tot onvoorspelbaarheid en onzekerheid voor besturen en commissarissen. In dit licht doet de raad de volgende aanbevelingen.

- a) Het enquêterecht dient in *twee feitelijke instanties* te worden berecht. Hoger beroep heeft in beginsel schorsende werking. De enquêteprocedure krijgt hiermee versterkte rechtswaarborgen en wordt meer in overeenstemming gebracht met de gewone civiele procedure. De appèlrechter dient beroepszaken met de meeste spoed te behandelen.
- b) De bevoegdheid van de OK tot het treffen van *onmiddellijke voorzieningen* behoort te worden afgestemd op de regeling rond voorlopige voorzieningen door de gewone rechter: bij de vraag of 'de toestand van de rechtspersoon' een onmiddellijke voorziening rechtvaardigt, dient een redelijke afweging van de belangen van partijen plaats te vinden.
- c) Zowel hierbij als bij de beoordeling of sprake is van 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen', respectievelijk van 'wanbeleid' dient de rechter zijn toetsingsbeleid af te stemmen op de Amerikaanse *business judgment rule*. Bij toepassing van deze regel toetst de rechter of objectief gezien het aangevallen bestuurlijk gedrag géén rationeel zakelijk doel heeft en wordt de rechter gedwongen zijn oordeel diepgaand te motiveren. Hierdoor wordt het enquêterecht meer in overeenstemming met het oorspronkelijke doel toegepast.

7 De ondernemersleden. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, zien geen aanleiding om in het kader van de beantwoording van de onderhavige adviesaanvraag het enquêterecht aan de orde te stellen. Een eventuele aanpassing van het enquêterecht kan pas aan de orde zijn na een grondige evaluatie van de toepassing van dit instrument. Zij hebben belangrijke bezwaren tegen invoering van de business judgment rule: deze past niet in de Europese context van ‘machtsevenwicht’ en beperkt de mogelijkheden van aandeelhouders om effectief op te treden tegen mismanagement.

Toegang tot het enquêterecht

De raad heeft zich afgevraagd of het nodig is aan vakbonden een additioneel recht toe te kennen om een *enquête te verzoeken op holdingniveau*. Een deel van de raad⁸ acht het met het oog op de rechtszekerheid wenselijk dat de wet erin voorziet dat een vakbond met leden bij een dochter een enquête kan verzoeken naar het beleid en de gang van zaken van de moedervenootschap, ook als hij bij deze vennootschap geen leden heeft. Volgens een ander deel van de raad⁹ is dat niet nodig omdat in de jurisprudentie een dergelijk recht voor vakbonden al wordt erkend. Het is ook ongewenst, omdat Nederlandse vakbonden daardoor het enquêterecht zouden krijgen voor zaken waarvoor zij niet representatief geacht kunnen worden (buitenlandse concernonderdelen etc.).

De vraag of ook aan de *ondernemingsraad* (OR) het enquêterecht zou moeten toekomen, heeft de raad in 2003 (zie publicatienummer 03/12) uitvoerig behandeld. Hij verwijst naar de eerdere standpunten.

De raad acht het wenselijk dat de *vennootschap* zelf een enquêteverzoek kan indienen. Ook hierbij dient in beginsel afstemming van het toetsingsbeleid op de business judgment rule leidend criterium te zijn, zij het dat dit niet onverkort kan gelden.

Voor de toegang tot het enquêterecht voor *aandeelhouders* geldt thans de drempel van 10 procent van het geplaatste kapitaal of een nominaal bedrag van 225.000 euro. Dit nominale bedrag is sinds 1971 niet aangepast. De raad bepleit aansluiting te zoeken bij de drempel voor het agenderingsrecht voor aandeelhouders: 1 procent van geplaatste kapitaal. Deze eis gaat pas in bij een nominaal aandelenkapitaal van meer dan 22,5 miljoen euro. Daardoor blijft bij kleine ondernemingen voor aandeelhouders de huidige regeling van kracht. Indien het kabinet besluit een wetsvoorstel in te dienen tot verhoging van de huidige drempel voor het agenderingsrecht, is er naar het oordeel van de raad aanleiding ook de 1 procent-drempel voor het enquêterecht te heroverwegen.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, benadrukken dat het enquêterecht juist ook bedoeld is voor minderheidsaandeelhouders. Zij vinden

8 De werknemersleden en de kroonleden Brouwer, Goudswaard, Van der Heijden, Vliegthart en Wilke.

9 De ondernemersleden en de kroonleden Bovens, Van Duyn, Linschoten en Teulings. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

een drempel van 1 procent voor beursgenoteerde vennootschappen een evenwichtige oplossing, met vervanging van het ‘nominale waarde-criterium’ door een ‘marktwaarde-criterium’, waarbij zij denken aan een bedrag van 20 miljoen euro. Zij verwerpen de koppeling met het agenderingsrecht. Een wijziging van de oorspronkelijke drempel is alleen dan acceptabel als niet tevens de gronden voor en toetsing bij enquête(verzoeken) worden verzaamd (via onder andere de business judgment rule). Daarnaast wijzen zij erop dat misbruik van enquêtebevoegdheid door de vennootschap moet worden voorkomen.

Spreekrecht OR in AvA

Een spreekrecht voor de OR in de AvA, dat in de praktijk al regelmatig voorkomt, kan naar de overtuiging van de raad eraan bijdragen dat de belangen van werknemers door de AvA voldoende worden meegewogen. De raad bepleit bij beursvennootschappen voor de OR een spreekrecht in de wet te verankeren bij belangrijke bestuursbesluiten waarbij de AvA goedkeuringsrecht heeft en bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen. Voor internationale holdings die aan het hoofd staan van een concern waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn, dient een vrijstelling te gelden van de regeling inzake het spreekrecht.

Fusie en overname

De betrokkenheid van werknemers bij fusie en overname komt in hoofdzaak tot gelding via het advies- en beroepsrecht van de OR op grond van de WOR en via de jegens vakorganisaties in acht te nemen SER-Fusiegedragsregels. De raad ziet geen aanleiding voor aanpassing daarvan.

Europese ondernemingsraad (EOR)

De raad verschilt van opvatting over de vraag of op *EU-niveau* nadere regelgeving nodig of wenselijk is voor de positie van de EOR. Een deel van de raad¹⁰ is van oordeel dat bij een internationale beursvennootschap de medezeggenschap bij fusie en overname niet afdoende kan worden geregeld door de Nederlandse wetgever. Nederland zou daarom moeten bevorderen dat op EU-niveau initiatieven worden ontplooid (via de EOR-Richtlijn). Een ander deel van de raad¹¹ is van opvatting dat Nederlandse werknemersvertegenwoordigers voldoende instrumenten hebben om de belangen van Nederlandse werknemers ook bij internationale fusies en overnames afdoende te behartigen. Een nadere aanscherping van de Richtlijn verdraagt zich slecht met het maatwerk van de overeenkomst tussen werkgevers en werknemers. De huidige EU-richtlijn en de ter uitvoering daarvan ingevoerde wetgeving dienen in de praktijk eerst verder tot wasdom te kunnen komen alvorens herzieningen te overwegen.

10 De werknemersleden en de kroonleden Bovens, Brouwer, Goudswaard, Van der Heijden, Teulings, Vliegthart en Wilke.

11 De ondernemersleden en de kroonleden Linschoten en Van Duyn. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

Grotere betrokkenheid OR bij benoeming/ontslag van bestuurders en commissarissen

De raad ziet geen aanleiding bij benoeming en ontslag van bestuurders van de vennootschap een adviesrecht voor de OR te bepleiten. Voor *structuurvennootschappen* dringt hij erop aan dat de wetgever voor bepaalde besluiten van de AvA rond benoeming en ontslag van commissarissen, conform het SER-advies over de structuurregeling van 2001 (01/02) een versterkte meerderheid eist, al dan niet in het verlengde van de evaluatie van de structuurregeling. Daarbij gaat het om een besluit tot verwerping van een door de raad van commissarissen (RvC) aan de AvA voorgedragen kandidaat en om een besluit tot collectief ontslag van de RvC.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, nemen om uiteenlopende redenen afstand van deze aanbeveling.

Evaluatie

De raad gaat ervan uit dat de huidige *structuurregeling* overeenkomstig zijn eerdere aanbeveling vijf jaar na inwerkingtreding van de wetswijziging van 1 oktober 2004, derhalve na 1 oktober 2009, wordt geëvalueerd, op alle onderdelen en mede in internationaal perspectief. Voor zijn voorstellen voor het *enquête*recht en het *spreek*recht voor de OR in de AvA bepleit hij een aangepaste wettelijke regeling na drie jaar gelding te evalueren. De raad gaat ervan uit dat het kabinet de evaluaties ter kennis brengt van de SER opdat hij zich hierover desgewenst kan uitspreken.



ADVIES

1 Inleiding

1.1 Adviesaanvraag en consultatief overleg

Namens het kabinet heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Sociaal-Economische Raad op 19 juni 2007 de adviesaanvraag *Versterken positie werknemers* toegezonden¹. Daarin vraagt het kabinet de raad uiterlijk medio oktober 2007 te adviseren.

Voor de behandeling van de adviesaanvraag heeft het dagelijks bestuur (DB) van de SER de ad-hoccommissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur (hierna ook: de commissie) ingesteld. Bijlage 7 bevat een overzicht van de samenstelling van de commissie.

Het kabinet heeft de raad in de adviesaanvraag de mogelijkheid geboden de betrokken bewindslieden in een consultatief overleg te informeren over zijn opvattingen. Naar aanleiding hiervan heeft – conform besluit van het DB – op 6 november 2007 een consultatief overleg plaatsgevonden van de ministers van Economische Zaken, van Financiën, van Justitie en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met de commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur.

Het advies is door de raad vastgesteld in zijn openbare vergadering van 15 februari 2008. Het verslag van deze vergadering is verkrijgbaar bij het secretariaat en is tevens te raadplegen op de website van de SER: www.ser.nl.

Hierna wordt eerst kort stilgestaan bij de vraagstelling in de adviesaanvraag (par. 1.2) en de consultatie van belanghebbenden en externe deskundigen (par. 1.3). De opbouw van het advies komt aan de orde in paragraaf 1.4.

1.2 Vraagstelling in de adviesaanvraag

Het kabinet signaleert dat, mede in het licht van fenomenen als hedgefondsen en private equity-partijen, de vraag is opgekomen of het beoogde evenwicht in het Nederlandse systeem van corporate governance wel in alle opzichten wordt gerealiseerd. De Monitoring Commissie Nederlandse Corporate Governance Code (commissie-Frijns) heeft deze vraag onderzocht en op 30 mei 2007 advies uitgebracht aan het kabinet over de verhouding tussen vennootschap en aandeelhouders en over het toepassingsbereik van de Nederlandse Corporate Governance Code (Code Tabaksblat).

Het advies van de commissie-Frijns bevat geen specifieke aanbevelingen ten aanzien van de positie van werknemers. Het kabinet wil daarom, in aanvulling op de werkzaamheden van de commissie-Frijns, nader verkennen of de positie van werknemers in de vennoot-

1 De adviesaanvraag is als bijlage 1 bij dit advies gevoegd.

schap versterking behoeft, een positie die niet los gezien kan worden van die van andere stakeholders.

Het kabinet verzoekt de raad een gericht advies uit te brengen over de vraag of de positie van werknemers versterking behoeft en hoe dit gerealiseerd kan worden, zodanig dat de belangen van werknemers voldoende worden meegewogen bij de besluitvorming in en over Nederlandse ondernemingen. Het kabinet vraagt de raad daarbij in ieder geval de volgende opties te betrekken:

- 1 een spreekrecht van de ondernemingsraad (OR) in de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA);
- 2 de betrokkenheid van werknemers bij fusie of overname;
- 3 een grotere betrokkenheid van de OR bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen;
- 4 de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers.

1.3 Externe consultaties en onderzoek

Consultatie van relevante partijen en deskundigen

Het kabinet vraagt de raad een consultatie uit te voeren naar de opvattingen van alle relevante partijen, in het bijzonder werkgevers- en werknemersorganisaties, aandeelhouders en ter zake deskundigen.

Met het oog op de gewenste betrokkenheid van aandeelhouders is – overeenkomstig de besluitvorming in het DB – aan de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en Eumedion (belangenorganisatie van institutionele beleggers op het terrein van corporate governance) de mogelijkheid geboden om adviserende leden voor te dragen voor deelname aan het overleg in de voorbereidingscommissie. De VEB en Eumedion hebben hiervan gebruik gemaakt. De adviserende leden die deelnamen aan de beraadslagingen in de commissie worden hierna steeds aangeduid als “de adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen”².

Verder heeft de voorbereidingscommissie – met brief van 11 juli 2007 – een achttal organisaties in de gelegenheid gesteld hun opvattingen over de adviesaanvraag kenbaar te maken. Het betreft: het Nederlands Centrum voor Directeuren en Commissarissen (NCD), de Stichting Het Governance Platform, Euronext, DLA Piper Nederland N.V. (advocaten, notarissen en belastingadviseurs), de Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO), de Nederlandse Vereniging voor Medezeggenschap (NVMz), de Stichting Multi-Nationale Ondernemingsradenoverleg (MNO) en de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (NVP). Een vijftal van de aangeschreven organisaties heeft (binnen de gestelde termijn) een schriftelijke reactie aan de commissie gezonden.

2 De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, maken geen deel uit van de raad.

Naar aanleiding van de adviesaanvraag heeft prof.mr. W.J. Slagter de voorbereidingscommissie op 29 juni 2007 een (concept)artikel van zijn hand toegestuurd over loyale aandeelhouders en hedge funds.

Onderzoek externe deskundigen

Bij de bespreking van de adviesaanvraag bleek binnen de commissie behoefte te bestaan aan nadere analyses van in het bijzonder:

- de positie waarin Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen verkeren in vergelijking met vennootschappen in het buitenland³ en
- de vraag hoe de medezeggenschapsrechten van werknemers in Nederlandse ondernemingen zich verhouden tot de medezeggenschapsrechten van werknemers in ondernemingen in ons omringende landen.

Hierop is aan een aantal externe deskundigen gevraagd onderzoeksrapportages, respectievelijk een notitie op te stellen.

De notitie van prof.dr. J.W. Winter⁴ en de rapportage van dr. R.H. van het Kaar⁵ zijn gericht op de Nederlandse medezeggenschap in een Europees perspectief.

De rapportage van prof.dr. C.F. van der Elst, prof.dr. A. de Jong en prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers⁶ spitst zich toe op de mogelijke kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen vanuit economisch en juridisch perspectief.

De externe consultatie en de (onderzoeks)rapportages zijn als afzonderlijke bijlagen bij het advies opgenomen in een publicatie met het nummer 08/01A.⁷

3 De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen waren niet betrokken bij de opstelling van de desbetreffende onderzoeksvragen. Zij nemen afstand van de naar hun oordeel suggestieve formulering ervan.

4 Winter, J.W. (2007) *Medezeggenschap in Nederland*, notitie ten behoeve van de SER-commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur, 25 september 2007.

5 Kaar, R.H. van het (2007) *De Nederlandse medezeggenschap in een Europees perspectief*. Rapportage ten behoeve van de SER-commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur, 21 oktober 2007.

6 Elst, C.F. van der, A. de Jong, M.J.G.C. Raaijmakers (2007) *Een overzicht van juridische en economische dimensies van de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen*. Onderzoeksrapport ten behoeve van de SER-commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur, 24 oktober 2007.

7 Zie in publicatie 08/01A respectievelijk de bijlagen 8a, 8b, 8c en 8d.

1.4 Opbouw van het advies

De opbouw van het advies is als volgt.

Hoofdstuk 2 bevat een beschouwing van de raad over de uitgangspunten die hij hanteert in dit advies, over de positie van werknemers en over de kern van de adviesaanvraag. Vervolgens gaat de raad in op het interne toezicht bij beursvennootschappen (hoofdstuk 3) en op de ondernemingsrechtelijke geschilbeslechting, toegespitst op het enquêterecht (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 geeft de raad zijn bevindingen weer over de specifieke opties die het kabinet voorlegt ter versterking van de positie van werknemers. Achtereenvolgens komen aan de orde: een spreekrecht voor de OR in de AvA, betrokkenheid van werknemers bij fusie en overname en een grotere betrokkenheid van werknemers bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen⁸.

8 De 'toegang tot het enquêterecht' komt aan de orde in par. 4.2.

2 Beschouwing bij de adviesaanvraag

In paragraaf 2.1 formuleert de raad uitgangspunten die hij in dit advies hanteert. Hierna besteedt hij aandacht aan de positie van werknemers in bestaande medezeggenschapsregelingen (paragraaf 2.2). Vervolgens gaat de raad, mede aan de hand van de resultaten van externe onderzoeken, in op de kern van de vraagstelling van het kabinet (paragraaf 2.3).

2.1 Uitgangspunten bij de advisering

Advisering in aanvulling op het advies van de commissie-Frijns

Voor de beantwoording van de adviesaanvraag is relevant dat de commissie-Frijns op 30 mei 2007 advies heeft uitgebracht over de verhouding tussen vennootschap en aandeelhouders en over het toepassingsbereik van de Nederlandse Corporate Governance Code (Code Tabaksblat). Blijkens de kabinetsreactie op het advies van de commissie-Frijns kan het kabinet zich vinden in haar aanbevelingen en neemt het deze grotendeels over¹. Het kabinet vraagt de SER, *in aanvulling* op het advies van de commissie-Frijns, te verkennen of er behoefte is aan versterking van de positie van werknemers in relatie tot die van andere organen en stakeholders in de vennootschap/onderneming.

Begrippen

De raad constateert dat de adviesaanvraag spreekt over versterking van de positie van werknemers in de *onderneming* en over versterking van hun positie in de *vennootschap*, zonder dat daartussen onderscheid wordt gemaakt. De raad zal dat onderscheid in dit advies wel maken (zie kader).

Onderneming, vennootschap, beursvennootschap

Onderneming is: “elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht” (artikel 1 Wet op de ondernemingsraden (WOR)). Voor ondernemingen waar ten minste 50 personen werkzaam zijn, is instelling van een OR verplicht. De WOR kent aan de werknemers in de onderneming medezeggenschap toe ten aanzien van aangelegenheden de onderneming betreffende. De ‘onderneming’ dient te worden onderscheiden

1 Kabinetsvisie *Corporate governance, hedgefondsen en private equity*, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 083, nr. 1, p. 3. Het kabinet heeft op 3 januari 2008 ter consultatie van belanghebbenden een concept voor een wetsvoorstel corporate governance gepubliceerd op de website van het ministerie van Financiën (www.minfin.nl). Het conceptwetsvoorstel bevat voorstellen met betrekking tot de drempel voor melding van zeggenschap, een regeling voor melding van intenties van aandeelhouders, een regeling voor de identificatie van aandeelhouders en de communicatie tussen aandeelhouders en onderneming en indirect tussen aandeelhouders onderling en voor de drempel voor het agenderingsrecht.

van de ‘ondernemer’. Volgens de WOR is de ondernemer: “de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt”. De ondernemer die de onderneming in stand houdt kan een vennootschap zijn. Een (naamloze of besloten) vennootschap kan een enkelvoudige, zelfstandige vennootschap zijn of deel uitmaken van een concern en als zodanig ‘dochtermaatschappij’ zijn of als ‘moedermaatschappij’ (holding) aan het hoofd staan van het concern. Het concern kan zijn activiteiten uitsluitend in Nederland uitoefenen, dan wel mede buiten Nederland. Een concernholding kan maar hoeft niet beursvennootschap te zijn.

Beursgenoteerde vennootschappen

De adviesaanvraag bevat geen concrete aanduiding van de categorie vennootschappen waarop de vraagstelling en de voorgelegde opties betrekking hebben. Wel legt het kabinet een relatie met fenomenen als hedgefondsen en private equity-partijen en (zeer nadrukkelijk) met het advies van de commissie-Frijns dat zich richt op beursgenoteerde naamloze vennootschappen, opgericht naar Nederlands recht.

Structuurvennootschappen

Op grond van de structuurregeling zijn vennootschappen die voldoen aan door de wet gestelde groottecriteria^a verplicht een afzonderlijke raad van commissarissen (RvC) in te stellen aan wie de wet in het kader van zijn toezichhoudende taak bepaalde bevoegdheden toekent^b. Een beursvennootschap kán maar hoeft niet tevens structuurvennootschap te zijn.

a Een vennootschap is volgens deze wettelijke criteria groot indien zij een eigen vermogen heeft van ten minste € 16 miljoen, zij zelf of een dochter krachtens wettelijke verplichting een OR heeft ingesteld en bij de vennootschap en haar dochters samen in de regel ten minste 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn (artikel 2:153 lid 2 BW).

b Onder de AEX-vennootschappen is 13 procent structuurvennootschap (3 van de 23 vennootschappen, namelijk ASML, KPN en TNT. Onder de AMX-vennootschappen bedraagt dit percentage 32 (7 van de 22 vennootschappen) en onder de AScX-vennootschappen 43 (10 van de 23 vennootschappen). Hierbij is uitgegaan van de samenstelling van de indices in januari 2008. Van de overige, niet in de indices opgenomen, beursgenoteerde vennootschappen is 70 tot 75 procent structuurvennootschap.

Gezien het verzoek van het kabinet aan de SER om te adviseren in aanvulling op het advies van de commissie-Frijns, richt de raad zijn aandacht op de ter beurze genoteerde naamloze vennootschap. Niet-beursgenoteerde vennootschappen worden op een aantal plaatsen in dit advies mede in aanmerking genomen waar het maken van onderscheid in het licht van de adviesaanvraag en gegeven de aard van de materie niet gerechtvaardigd is.

Bij de beursvennootschap kán het gaan om een enkelvoudige vennootschap. Veelal zal het gaan om een vennootschap die als holding aan het hoofd staat van een concern, al dan niet met activiteiten mede in het buitenland. Indien de vennootschap zelf, respectie-

velijk het concern waarvan zij holding is haar activiteiten mede in het buitenland uitoefent, wordt zij in dit advies veelal aangeduid als *internationale* beursvennootschap.

Visie op de onderneming als samenwerkingsverband

De raad ziet de onderneming als een langetermijnsamenwerkingsverband van diverse bij de vennootschap betrokken partijen. De belanghebbenden zijn de groepen en individuen die (direct of indirect) het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of erdoor worden beïnvloed. Het bestuur en de RvC hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van de diverse belangen, doorgaans primair gericht op de continuïteit van de onderneming. Deze keuze voor het stakeholdermodel wordt in ons land breed gedragen: niet alleen door de SER², maar ook door de commissie-Tabaksblat die de Nederlandse Corporate Governance Code opstelde, door de commissie-Frijns die adviseert over de toepassing van de Code, en door het kabinet³.

Een van de voorwaarden voor het goed functioneren van een stakeholdermodel is het handhaven van een zeker evenwicht in zeggenschapsverhoudingen en beïnvloedingsmogelijkheden tussen de verschillende belanghebbenden bij de onderneming. Werknemers en aandeelhouders hebben gemeen dat zij elk worden gerekend tot de primaire belanghebbenden in de onderneming, in die zin dat hun positie een verankering vindt in de onderneming zelf. Dit ligt anders voor stakeholders die een externe binding met de onderneming hebben, zoals afnemers, leveranciers en overheden. De verantwoordelijkheid voor de afweging van de verschillende belangen, gericht op het waardescheppende vermogen van de onderneming op lange termijn (zie kader), ligt bij het bestuur en bij de raad van commissarissen.

De ondernemingsdoelstelling en de verschillende stakeholders

Ondernemingen scheppen waarde door schaarse middelen (inputs) op een efficiënte wijze om te zetten in producten (goederen en diensten) die door anderen worden afgenomen. In financieel-economische termen bestaat de waardecreatie uit het verschil tussen de kosten van de ‘inputs’ en de inkomsten uit de verkoop van ‘outputs’. De waarde van de onderneming is gelijk aan de langetermijnmarktwaarde van de verwachte opbrengstenstroom. Door maximalisatie van de waarde van de onderneming wordt ook maximale langetermijn-aandeelhouderswaarde gecreëerd en omgekeerd vormt de langetermijn-aandeelhouderswaarde een belangrijke determinant voor de waarde van de onderneming (de focus van de Code Tabaksblat). Bij afwezigheid van monopolies en externe effecten leidt

-
- 2 SER (2000) *Advies De winst van waarden*, publicatiennr. 00/11, Den Haag, pp. 10-17; SER (2001) *Advies Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*, publicatiennr. 01/02, Den Haag, pp. 49-50.
- 3 Kabinetvisie *Corporate governance, hedgefondsen en private equity*, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 083, nr. 1, p. 3.

langetermijn-waardemaximalisatie door de onderneming tevens tot een maximale bijdrage aan de maatschappelijke welvaart (de insteek van de SER).

- Bronnen: Jensen, Michael C. (2001) Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 14 nr. 3, 2001, pp. 8-21; SER (2000) *Advies De winst van waarden*, publicatienr. 00/11, Den Haag.

Vestigingsklimaat en uitgangspunten voor territorialiteit en legitimiteit

De raad stelt vast dat de Nederlandse economie sterk afhankelijk is van internationale investeringen en grensoverschrijdende samenwerking tussen en binnen ondernemingen.

In het verlengde daarvan stelt hij vast dat een stelsel van ondernemingsrecht en corporate governance dat Nederland als vestigingsland in internationaal verband aantrekkelijk doet zijn, in het belang is van alle bij het samenwerkingsverband betrokken partijen.

Voorts onderschrijft de raad met betrekking tot de medezeggenschap van werknemers de uitgangspunten van territorialiteit en legitimiteit. Het uitgangspunt van territorialiteit houdt in dat de Nederlandse wetgeving beperkt is tot het Nederlandse grondgebied. Het uitgangspunt van legitimiteit houdt in dat het recht van Nederlandse medezeggenschapsorganen ten aanzien van het internationale concernbeleid beperkt wordt door hun tot de werknemers in Nederland beperkte representativiteit.

2.2 De positie van werknemers

2.2.1 Medezeggenschapsregelingen

Voor het ‘meewegen van de belangen van werknemers bij de besluitvorming in en over Nederlandse ondernemingen’, zijn met name de medezeggenschapsregelingen in de WOR en de SER-Fusiegedragsregels van belang. Daarnaast kunnen andere regelingen een rol spelen.

Adviesrecht OR ex artikel 25 WOR

Op grond van de WOR heeft de OR adviesrecht ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer op financieel-economisch terrein (artikel 25 WOR). Daarbij gaat het onder meer om voorgenomen besluiten tot:

- overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan;
- het vestigen, overnemen of afstoten van zeggenschap over een andere onderneming;
- het aangaan van of aanbrengen van een belangrijke wijziging in, of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming;

- het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming;
- het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming;
- het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming.

De ondernemer moet het advies op een zodanig tijdstip vragen dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.

Het beroepsrecht van artikel 26 WOR vormt een belangrijke aanvulling op het adviesrecht. De OR kan beroep instellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (hierna ook: de OK) als het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies van de OR. Op verzoek van de OR kan de OK tijdens de procedure onmiddellijke voorzieningen treffen (zie ook bijlage 2).

De SER-Fusiegedragsregels bevatten voorschriften die fusiepartijen jegens vakorganisaties in acht moeten nemen. Op grond van de Fusiegedragsregels dienen fusiepartijen voordat zij over de totstandkoming van een fusie een openbare mededeling doen, de in de gedragsregels aangewezen verenigingen van werknemers van de inhoud daarvan in kennis te stellen.

Daarnaast dienen zij, voordat zij overeenstemming bereiken over een fusie, aan de vakorganisaties kennis te geven van de voorbereiding van de fusie, aan hen bepaalde informatie te verstrekken en hen in de gelegenheid te stellen hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie.

Fusiepartijen dienen aan de verplichtingen die de Fusiegedragsregels aan hen opleggen op zodanige wijze uitvoering te geven dat het oordeel van de vakorganisaties van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten ervan (zie bijlagen 2 en 3).

Wat de bevoegdheden van de OR betreft, is verder de structuurregeling van belang.

Structuurregeling

Vennootschappen die onderworpen zijn aan de structuurregeling (zie paragraaf 2.1) zijn verplicht een afzonderlijke RvC in te stellen. Aan de RvC van de structuurvennootschap komen, vergeleken met de RvC van de 'gewone' vennootschap, belangrijke bevoegdheden toe ten aanzien van het bestuursbeleid en de koers van de onderneming. Hierbij gaat het voornamelijk om goedkeuring van bepaalde belangrijke bestuursbesluiten^a en – bij vennootschappen waarop het volledige structuurregime van toepassing is – om de benoeming en het ontslag van bestuurders^b. Op grond van de structuurregeling kunnen de AvA en de OR aan de RvC personen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. Voor (ten hoogste) een derde van het aantal leden van de RvC geldt dat de RvC

een door de OR 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. De AvA kan de voordracht van de RvC afwijzen bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigende ten minste 1/3 van het geplaatste kapitaal (zie ook paragraaf 5.4.2).

- a Tot de aan goedkeuring van de RvC onderworpen bestuursbesluiten behoren onder meer grote investeringen, voorstellen tot statutenwijziging of ontbinding van de vennootschap, aanvragen van faillissement en surseance en voorgenomen ontslag of ingrijpende wijziging van de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap of een afhankelijke maatschappij.
- b Bij vennootschappen die als dochter deel uitmaken van een internationaal concernverband blijft de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders berusten bij de AvA. Dit voorkomt verstoring van de eenheid van beleid binnen zulke concerns, doordat de moeder-vennootschap (AvA) bevoegd blijft het bestuur van de structuur-dochtervennootschap te benoemen.

Ook het enquêterecht is in dit verband van belang. Een vakbond kan, bij gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid, een enquêteverzoek indienen bij de Ondernemingskamer⁴, mits zij in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt, ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit en krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is⁵.

Daarnaast kent de wet de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam de bevoegdheid toe om om redenen van openbaar belang een verzoek tot een enquête in te dienen⁶.

Voor het geval een Nederlandse onderneming als moeder of dochter deel uitmaakt van een concern met een communautaire dimensie, kan de positie van de werknemers in de besluitvorming in en over de Nederlandse onderneming mede zijn bepaald door een arrangement voor grensoverschrijdende medezeggenschap dat is getroffen ingevolge de Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR). De ondernemingsraad van een Nederlandse dochteronderneming of vestiging is dan via dit arrangement betrokken bij de

4 Zie over het enquêterecht ook hierna hoofdstuk 4.

5 Een vakvereniging is in haar verzoek tot het instellen van een enquête niet ontvankelijk als zij niet eerst de bevoegde OR in staat heeft gesteld van zijn gevoelen te doen blijken (artikel 2:349 lid 1 BW).

6 In het verzoek van de AG bij het Gerechtshof te Amsterdam dat leidde tot de beschikking van de OK van 8 oktober 1987, NJ 1989, 270, speelde een grote rol de wens op te komen voor werknemersbelangen. Dat het openbaar belang die belangen mede omvat, blijkt uit de beschikking van de OK in die zaak. De OK overwoog dat de omstandigheid dat een vennootschap financieel in een uitzichtloze positie is komen te verkeren en het feit dat de arbeidsverhoudingen zo ernstig verstoord zijn dat een onderneming waarin 27 chauffeurs werkzaam zijn al geruime tijd in feite stuurloos en onbestuurbaar is, op zichzelf en tezamen redenen van openbaar belang vormen.

samenstelling van de EOR die medezeggenschap uitoefent op het niveau van de communautaire onderneming.

Tot slot wordt er hier op geattendeerd dat ondernemer en OR afspraken kunnen maken over de praktische invulling van de medezeggenschap en over uitbreiding van de in de WOR aan de OR toegekende bevoegdheden (ondernemingsovereenkomst op basis van artikel 32 WOR). De afspraken kunnen ingevolge artikel 32 WOR niets afdoen aan de wettelijke bevoegdheden van de OR, maar dienen tot in- en aanvulling daarvan, toegespitst op de omstandigheden van de desbetreffende onderneming⁷.

2.2.2 *Concerndimensie; internationale dimensie*

Zoals aangegeven in paragraaf 2.1 richt de raad zich in dit advies primair op de beursgenoteerde naamloze vennootschap. Die beursvennootschap kan een enkelvoudige vennootschap zijn, maar kan ook als holding aan het hoofd staan van een concern. Hierbij kan het gaan om een uitsluitend in Nederland opererende beursvennootschap/concern dan wel om een mede in het buitenland opererende beursvennootschap/concern. Indien de beursvennootschap holding is van een (al dan niet internationaal) opererend concern, heeft dit implicaties voor de medezeggenschap via OR en vakbonden. In dat verband is het volgende van belang. Drie aspecten kunnen worden onderscheiden.

– a. De (internationale) holding en de WOR / OR

De beursgenoteerde – al dan niet internationale – holding voldoet veelal zelf niet aan het criterium van vijftig werknemers dat de WOR stelt voor verplichte instelling van een OR en heeft meestal zelf geen OR (of COR). Op het niveau van de holding is er in dat geval geen medezeggenschapsorgaan aan wie medezeggenschapsrechten op grond van de WOR toekomen ten aanzien van de onderneming van de holdingvennootschap. De medezeggenschapsorganen fungeren in dat geval veelal op een ander (lager) niveau, namelijk bij de Nederlandse subholding of werkmaatschappij. Wordt die subholding of een werkmaatschappij aangewezen als ‘ondernemer’ voor de COR, dan heeft de COR geen aanspraak op bemoeienis met het (internationale) concernbeleid⁸.

De subholding of werkmaatschappij waarbij een COR, GOR of OR is ingesteld, is zelf verantwoordelijk voor de implementatie van het concernbeleid middels door haar zelf te nemen besluiten. Omtrent deze besluiten kan de OR van de dochter ten volle zijn bevoegdheden uitoefenen.

7 Artikel 32 WOR bevat de mogelijkheid dat bij cao of bij een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan aan de OR verdere bevoegdheden dan de in de WOR genoemde worden toegekend. Voorts kunnen bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de OR aan de OR meer bevoegdheden dan de in de WOR genoemde worden toegekend en kunnen aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde worden gegeven.

8 In dit advies dient onder COR, afhankelijk van de inrichting van de medezeggenschap binnen het concern, tevens te worden begrepen de OR of de GOR die fungeert als hoogste medezeggenschapsorgaan binnen het concern.

Daarnaast is, voor zover besluiten van de holding tot gelding komen op het niveau van een dochter, in de rechtspraak erkend dat onder omstandigheden via toerekening en medeondernemerschap aan de OR van de dochter adviesrecht toekomt ten aanzien van besluiten van de moeder (holding)⁹.

Ten slotte is van belang dat de COR betrokken kan zijn bij een op grond van de WEOR getroffen arrangement voor medezeggenschap in ondernemingen en concerns met een communautaire dimensie en zo indirect betrokken kan zijn bij informatie en raadpleging op EU-niveau over sommige aspecten van het concernbeleid voor zover dat bedrijfsactiviteiten in twee of meer EU-lidstaten betreft.

– b. *De internationale holding en de structuurregeling*

Bij de introductie van de structuurregeling in 1971 is voorzien in een systeem van vrijstellingen. Dit stelt internationaal werkzame ondernemingen in staat de werking van de structuurregeling te beperken tot de Nederlandse rechtssfeer. Daarmee wordt erkend dat het uitgangspunt van territorialiteit meebrengt dat de Nederlandse wetgeving beperkt is tot het Nederlandse grondgebied. Een in Nederland gevestigde internationale holding is vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling mits de meerderheid van de werknemers in dienst van die holding en de groep waartoe zij behoort, in het buitenland werkzaam is. De wetgever heeft – in navolging van de SER – gemeend dat in deze situatie de OR die de Nederlands werknemers vertegenwoordigt, onvoldoende is gelegitimeerd om te spreken namens de werknemers van het concern¹⁰.

– c. *De (internationale) concerndimensie en de positie van vakbonden*

De vakbonden kunnen jegens de onderneming, respectievelijk jegens de vennootschap bevoegdheden doen gelden op grond van de *SER-Fusiegedragsregels* en het *enquêterecht*. De *Fusiegedragsregels* omschrijven nauwkeurig in welke gevallen deze regels ten opzichte van een vakbond in acht moeten worden genomen. Eén van de criteria is dat de vakbond leden moet hebben in “een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming”¹¹. De *Fusiegedragsregels* zijn van toepassing als bij de fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming met vijftig of meer werknemers is betrokken dan wel een bij de fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn. De regels zijn niet van toepassing als de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort¹². De toepasselijkheid van de *Fusiegedragsregels*

9 Besluiten op het niveau van een internationale holding met gevolgen voor (vooral) de onderneming(en) in Nederland, komen dan weer binnen het bereik van de Nederlandse OR (Kaar, R.H. van het, *Medezeggenschap en internationalisering*, *Arbeid Integraal*, themanummer Europees arbeidsrecht, 2007, pp. 113-119).

10 SER (2001) Advies *Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*, publicatienr. 01/02, Den Haag, p. 31.

11 Het kan dus gaan om een grote kring van ondernemingen: een onderneming van de bieder, een onderneming van de doelvennootschap of van een dochtervennootschap. Indien een vakbond ergens in de kring van de bij de fusie betrokken ondernemingen leden heeft, dienen ten opzichte van die vakbond de *Fusiegedragsregels* in acht te worden genomen.

12 Zie de artikelen 2 lid 1 en 2 lid 3, aanhef en sub d *SER-Fusiegedragsregels* 2000.

op overname door een Nederlandse onderneming van een buitenlandse onderneming is afhankelijk van de gevolgen die van een dergelijke transactie in redelijkheid moeten worden verwacht voor de in Nederland werkzame werknemers van de overnemer. Op een fusie tussen twee buitenlandse ondernemingen zijn de Fusiegedragsregels alleen dan van toepassing indien de fusie een of meer in Nederland gevestigde ondernemingen als voorwerp heeft.

Volgens het *enquêterecht* is tot het doen van een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon – onder meer – bevoegd een vereniging van werknemers die in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt. Bij het enquêterecht kan dit ertoe leiden dat een vakbond geen enquêteverzoek kan doen ten aanzien van de (internationale) beursvennootschap, namelijk wanneer deze vennootschap zelf geen onderneming in stand houdt dan wel een onderneming in standhoudt onder wier werknemers de vakbond geen leden heeft.

2.3 Kern van de adviesaanvraag

In deze paragraaf bespreekt de raad de kern van de vraagstelling van het kabinet, namelijk de vraag “of de positie van werknemers in de onderneming versterking behoeft en hoe dit gerealiseerd kan worden, zodanig dat de belangen van werknemers voldoende worden meegewogen bij de besluitvorming in en over Nederlandse ondernemingen”. De raad heeft hierbij in aanmerking genomen zowel de onderzoeksrapportages die op zijn verzoek zijn ingebracht als de uitkomsten van de externe consultatie. Zie de bij dit advies behorende publicatie *Externe consultatie en (onderzoeks) rapportages (08/01A)*.

Stelsel van medezeggenschapsregelingen

Het geheel van Nederlandse regelingen voor medezeggenschap is in vergelijking met regelingen voor medezeggenschapsrechten in een aantal omringende landen substantieel. Zo concludeert Van het Kaar dat de medezeggenschapsregelingen in Nederland, zeker in hun onderlinge samenhang bezien, in vergelijking met andere landen in de EER als ‘sterk’ kunnen worden beschouwd.

In het verlengde van deze conclusie van Van het Kaar stelt Winter:

Voor zover het gevoel bestaat dat Nederland kwetsbaarder is dan andere landen voor sprinkhanengedrag van aandeelhouders, dan is de oorzaak daarvan niet gelegen in het relatief zwakke karakter van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen vergeleken met die in het buitenland. Mijn stelling is juist dat die medezeggenschapsregelingen in Nederland aanmerkelijk meer bescherming bieden aan de positie van werknemers dan elders. Als er een zorg is over het effect van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen in de praktijk, dan moet die zorg zich met name richten op de wijze waarop ondernemingsraden en vakbonden al dan niet gebruik maken van de hun toekomende rechten.

Van het Kaar signaleert evenwel dat het open en sterk internationale karakter van de Nederlandse economie de mogelijkheden voor Nederlandse werknemersvertegenwoordigers om op het hoogste niveau invloed uit te oefenen, beperkt. Hij zegt daarover:

(...) dat in grote Nederlandse internationals het hoogste niveau inmiddels buiten bereik is geraakt van zowel de ondernemingsraad als de raad van commissarissen. (...) Het internationale, open karakter van de Nederlandse economie vormt de achtergrond van de uitzonderingsbepaling voor internationale holdings in de structuurregeling, en het laten 'degraderen' van de centrale ondernemingsraad naar het niveau van de Nederlandse subholding kan worden gerechtvaardigd door het territoriale karakter van de WOR (geen werking buiten Nederland). Gevolg is wel dat in toenemende mate strategische besluiten in grote internationale ondernemingen grotendeels aan de invloed van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) zijn onttrokken. Daar staat maar in beperkte mate compensatie tegenover in de (beperkte) rechten van de Europese ondernemingsraad.

De raad onderschrijft in essentie de waarneming van Winter en Van het Kaar dat ondernemingsraden en vakbonden in het Nederlandse medezeggenschapsrecht adequate middelen vinden om (strategische) besluiten van ondernemingen, waaronder besluiten omtrent fusie en overname en (financiële) herstructurering, te beïnvloeden en – in extreme situaties – zo nodig door rechterlijk ingrijpen te doen redresseren¹³. Voor een fundamentele herziening van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen is dan ook naar het oordeel van de raad thans geen aanleiding. In hoofdstuk 5 zal hij niettemin een aanvulling van de desbetreffende regelingen aanbevelen. Ook zal de raad daar opnieuw aanbevelen dat de in 2004 gewijzigde structuurregeling zal worden geëvalueerd. De evaluatie kan tot nieuwe inzichten leiden.

Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat, voor zover belangrijke besluiten worden genomen op internationaal concernniveau, deze zich deels aan het bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen onttrekken. Binnen de raad bestaat verschil van mening over de mate waarin dat het geval is en in hoeverre dit problematisch is te achten.

Een deel van de raad¹⁴ acht het beperkte bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen problematisch. De voortschrijdende internationalisering van het bedrijfsleven heeft tot gevolg dat een toenemend aantal (Nederlandse) ondernemingen deel uitmaakt van een internationaal concern. Het ten aanzien van die ondernemingen gevoerde beleid wordt in belangrijke mate geconditioneerd door op internationaal concernniveau vastgestelde beleidslijnen en genomen strategische besluiten. Het recht van werknemers op medezeggenschap zoals het in de wetgeving van de afzonderlijke landen gestalte heeft gekregen, zou

13 De onderzoekers merken in dit verband op dat ondernemingsraden en vakbonden deze wettelijke middelen niet ten volle benutten. Zij analyseren echter niet om welke redenen of door welke oorzaken ondernemingsraden en vakbonden afzien van of niet toekomen aan het gebruik van die middelen dan wel er de voorkeur aan geven andere dan wettelijke middelen te bezigen om invloed op de besluitvorming uit te oefenen.

14 Bestaande uit de werknemersleden en de kroonleden Bovens, Goudswaard, Van der Heijden, Vliegthart en Wilke.

vergaand worden uitgehold als het niet voldoende op deze realiteit wordt toegesneden en met arrangementen voor internationale medezeggenschap wordt aangevuld. Dit raadsdeel is daarom van mening dat de Nederlandse wetgever en de Europese wetgever de gevolgen van de internationalisering van ondernemingen voor de medezeggenschap van werknemers door daartoe strekkende maatregelen moeten ondervangen. Het acht zowel ten aanzien van medezeggenschap in de onderneming (ondernemingsrechtelijke medezeggenschap) als ten aanzien van de medezeggenschap van werknemers bij de inrichting van bestuur en toezicht van vennootschappen (vennootschappelijke medezeggenschap) verdere internationalisering wenselijk.

Ten aanzien van de regelgeving op EU-niveau is dit raadsdeel van mening dat de regering zich moet inzetten voor een verbetering van de grensoverschrijdende arrangementen voor informatie en raadpleging van werknemers, en wel door aanscherping van de EOR-richtlijn. De rol van de EOR met betrekking tot belangrijke wijzigingen in de strategie van en de zeggenschap over de ‘communautaire’ onderneming behoeft versterking (zie verder paragraaf 5.3).

Voorts zou de regering moeten bevorderen dat in het kader van EU-regelgeving ter facilitering van grensoverschrijdende vennootschappelijke herstructurerings, zoals zetelverplaatsing van vennootschappen, voorzieningen worden getroffen ter voorkoming van uitholling van nationale arrangementen van vennootschappelijke medezeggenschap¹⁵. Op de derde plaats zou de regering zich er sterk voor moeten maken dat op EU-niveau voor beursgenoteerde vennootschappen en/of vennootschappen die voldoen aan nader te bepalen omvangcriteria en die zijn opgericht naar het recht van een van de lidstaten van de EU, een basisregeling betreffende vennootschappelijke medezeggenschap tot stand komt. Die regeling zou mede moeten voorzien in grensoverschrijdende arrangementen voor vennootschappelijke medezeggenschap in ondernemingen en concerns met een communautaire dimensie. In dit verband is relevant dat verscheidene lidstaten¹⁶ – onderling uiteenlopende – regelingen betreffende vennootschappelijke medezeggenschap kennen, maar ook dat dergelijke regelingen in andere lidstaten ontbreken. In het verleden door de instellingen van de EU ondernomen pogingen om in het kader van de harmonisatie van het vennootschapsrecht een dergelijke basisregeling voor naamloze vennootschappen (van zekere omvang) tot stand te brengen¹⁷, zijn destijds gestrand op verdeeldheid van de lidstaten over de wenselijkheid van deze vorm van medezeggenschap. Dientengevolge is er thans geen gemeenschappelijke basis waarop vennootschappelijke

15 Hiermee is al een begin gemaakt door Richtlijn 2001/86/EG tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers (voor Nederland uitgevoerd in de Wet rol van werknemers bij de Europese vennootschap, *Staatsblad* 2005, 166) en artikel 14 van Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (uitvoeringswet nog aanhangig bij de Eerste Kamer, wetsvoorstel 30 929).

16 Onder meer: Zweden, Denemarken, Finland, Tsjechië, Slowaakse Republiek, Nederland, Hongarije, Duitsland, Slovenië, Oostenrijk en Luxemburg; zie: <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries.html>.

17 Voorstel van een Richtlijn betreffende de structuur van naamloze vennootschappen en de bevoegdheden van haar organen (Vijfde Richtlijn), 1975. Gewijzigd voorstel: 1983.

medezeggenschap in ‘communautaire’ ondernemingen en concerns zou kunnen worden gestoeld. Het hier aan het woord zijnde raadsdeel is van oordeel dat het debat in de EU over harmonisatie van de bestuurlijke inrichting van naamloze vennootschappen en de rol van werknemers daarbij moet worden heropend.

Naar de mening van het hier aan het woord zijnde raadsdeel kan de Nederlandse wetgever ook zelf, onafhankelijk van regelgeving op EU-niveau, inspelen op de gevolgen van de internationalisering van ondernemingen voor de medezeggenschap van werknemers. De wetgever zou ten aanzien van moedervenootschappen van internationale concerns kunnen bevorderen dat zij vrijwillig kiezen voor toepassing van een grensoverschrijdende vorm van vennootschappelijke medezeggenschap. Daartoe zou een wettelijke regeling voor contractuele vormen van grensoverschrijdende vennootschappelijke medezeggenschap moeten worden overwogen.

Aan de vrijwillige invoering van een dergelijk contractueel arrangement op het niveau van de moeder zou het rechtsgevolg kunnen worden verbonden dat de in Nederland gevestigde dochters, voor zover zij voldoen aan de criteria voor verplichte toepassing van het structuurregime, volledig van de toepassing daarvan zijn vrijgesteld.

Daarnaast is er reden om in het kader van de komende evaluatie van de in 2004 gewijzigde structuurregeling specifiek aandacht te besteden aan de toepassing ervan op in Nederland gevestigde dochtervennootschappen van internationale concerns. De vraag moet onder ogen worden gezien of de door die regeling beoogde vennootschappelijke medezeggenschap bij deze vennootschappen met voldoende waarborgen – mede in het belang van voldoende onafhankelijk toezicht – is omkleed, gegeven de omstandigheid dat de in het kader van die regeling aan de AvA toekomende bevoegdheden feitelijk worden uitgeoefend door de moedervernootschap.

Een ander deel van de raad¹⁸ is van oordeel dat internationalisering geen medezeggenschapsprobleem voor werknemers in Nederland oplevert dat redressering behoeft. De voorstellen ter zake wijst dit deel dan ook van de hand.

Internationale concerns ondervinden in elk land waarin zij opereren de gevolgen van de nationaal vormgegeven medezeggenschap. Internationalisering brengt met zich mee dat zij in meer landen actief zijn geworden en derhalve met meer (vormen van) nationale medezeggenschap worden geconfronteerd.

Dit deel van de raad constateert dan ook dat internationalisering er in de eerste plaats toe leidt dat meer ondernemingen (Nederlandse maar ook buitenlandse) in meer landen met uiteenlopende vormen van medezeggenschap worden geconfronteerd.

Voor de Nederlandse situatie geldt dat besluiten op internationaal concernniveau met gevolgen voor de werknemers in Nederland wel degelijk aan medezeggenschap onder-

18 De ondernemersleden en de kroonleden Brouwer, Van Duyne, Linschoten en Teulings. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

hevig zijn. Zoals de raad in paragraaf 2.2.2 heeft beschreven, is een Nederlandse dochtervennootschap zelf verantwoordelijk voor de implementatie van het internationale concernbeleid door middel van door haar zelf te nemen besluiten. Omtrent deze besluiten kan de OR van de dochter uiteraard ten volle zijn bevoegdheden uitoefenen. Daarnaast is, voor zover besluiten van de holding tot gelding komen op het niveau van een dochter, in de rechtspraak erkend dat deze besluiten op grond van toerekening of medeondernemerschap onderworpen kunnen zijn aan medezeggenschap bij de dochter. Besluiten op internationaal concernniveau die geen gevolgen hebben voor de werknemers in Nederland, blijven terecht buiten de Nederlandse medezeggenschapsregels. Dit is het gevolg van de eerder genoemde wettelijke uitgangspunten inzake territorialiteit en legitimiteit die de voltallige raad onderschrijft. Specifiek voor situaties van fusies en overnames wijst dit deel van de raad nog op de SER-Fusiegedragsregels, die de bonden vergaande mogelijkheden geven om ook in het kader van fusies met een internationale dimensie de in het geding zijnde belangen van Nederlandse werknemers te behartigen.

Een en ander overziende concludeert dit deel van de raad dat er voor Nederlandse werknemers geen leemte bestaat in de (in Nederland uitzonderlijk goed ontwikkelde) medezeggenschap (in dit kader verstaan als het vermogen om in het kader van lopende besluitvorming de specifieke belangen van Nederlandse werknemers te behartigen)¹⁹; Van het Kaar spreekt zelfs van een toppositie. Voor een heroverweging van bestaande regelingen bestaat derhalve geen enkele aanleiding.

De voorstellen van het voorgaande deel van de raad voor nieuwe initiatieven voor versterking van medezeggenschap zijn behalve niet noodzakelijk, ook allerm minst gewenst. De voorgestelde nieuwe maatregelen op Europees dan wel nationaal niveau ter zake van de vennootschappelijke medezeggenschap (werknemersinvloed op de samenstelling van het interne toezicht)²⁰ zullen zeer negatief uitwerken op de concurrentiepositie van Nederland als vestigingsplaats van hoofdkantoren van internationale concerns. Dit staat haaks op de ook in dit advies uitgesproken wenselijkheid van een stelsel van corporate governance dat Nederland als vestigingsland aantrekkelijk houdt, wat in het belang is van alle betrokken partijen. Het aantrekken en behouden van hoofdkantoren van internationale concerns werkt zonder meer gunstig uit op onze welvaart en werkgelegenheid. Nederland concurreert op dit gebied niet zozeer met enkele in het kader van het medezeggenschapsdebat wel als voorbeeld opgevoerde landen als Duitsland of Zweden, maar met andere landen binnen en buiten de EU die zich op het aantrekken en het behoud van die hoofdkantoren en de daarmee verbonden werkgelegenheid toelagen. De bestaande regelingen op onder meer het terrein van de medezeggenschap hebben die realiteit steeds tot uitgangspunt genomen. Nederlandse initiatieven om vennootschappelijke medezeggenschap op internationaal concernniveau in Europese regelgeving te veran-

19 Dus: nog los van de mogelijkheden van werknemersvertegenwoordigers om achteraf besluiten in rechte aan de kaak te stellen, waarbij die belangen zouden zijn veronachtzaamd, bijvoorbeeld op basis van het enquêterecht.

20 Ter zake van de voorgestelde aanpassing van de EOR-richtlijn wordt verwezen naar paragraaf 5.3.

keren, zullen in die globale concurrentieslag juist de positie van Nederland als vestigingsland met een naar internationale maatstaven ingericht stelsel van corporate governance ernstig verzwakken. De internationale ervaringen met vennootschappelijke medezeggenschap zijn immers niet positief: het leidt tot ineffectiviteit van het toezicht met deelfracties die opereren vanuit het eigen belang en is strijdig met het model van effectief, onafhankelijk toezicht waar in de Nederlandse context voor gekozen is. Het voorstel van het voorgaande deel van de raad voor een nationale vrijwillige toepassing van grensoverschrijdende vennootschappelijke medezeggenschap op internationaal concernniveau is daarenboven inhoudsloos: geen enkel internationaal concern zal hiervoor kiezen in het belang van effectieve corporate governance voor alle bij de onderneming betrokken stakeholders.

Positie werknemers in relatie tot corporate governance-stelsel

De raad stelt vast dat de feitelijke positie van werknemers in de onderneming uiteraard niet alleen afhankelijk is van de toegekende medezeggenschapsrechten en de wijze waarop deze worden gebruikt, maar ook van de positie en de kwaliteit van het bestuur en van de zorgvuldigheid waarmee de belangen van de verschillende stakeholders worden afgewogen. Ook werknemers hebben belang bij een corporate governance-stelsel dat het bestuur zodanig positioneert, dat het zich kan richten op langetermijn-waardeschepping ter wille van het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.

Positie Nederlandse beursvennootschappen

Ten aanzien van het ‘achterliggende’ thema – de ruimte die het bestuur van de vennootschap dient te hebben voor een behoorlijke taakuitoefening – wijst de raad erop dat in het Nederlandse stelsel van corporate governance het bestuur van de vennootschap zich bij zijn taakuitoefening dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (zie paragraaf 2.1). Dit veronderstelt een brede belangenafweging waarbij de belangen van – onder meer – werknemers op een evenwichtige wijze worden betrokken bij de besluitvorming in en over vennootschappen.

Naast het bestuur spelen de raad van commissarissen of, in een monistisch bestuursmodel, de met het toezicht belaste bestuurders een belangrijke rol in het waarborgen van een dergelijke belangenafweging.

In dat verband acht de raad van betekenis dat zich in de afgelopen periode belangrijke wijzigingen hebben voorgedaan in de zeggenschaps- en eigendomsstructuur van Nederlandse beursvennootschappen. Mede op advies van de raad is een wijziging van de structuurregeling doorgevoerd en zijn de zeggenschapsrechten voor aandeelhouders in beursvennootschappen uitgebreid²¹. Een en ander is gepaard gegaan met het terugdringen van beschermingsconstructies, meer transparantie en een betere bescherming van de positie van minderheidsaandeelhouders. Door wat de commissie-Tabaksblat aanduidt als het “recht trekken

21 SER (2001) *Advies Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*, publicatienr. 01/02, Den Haag, pp. 79-88.

van de verhoudingen tussen de vennootschappelijke organen” (aldus de verantwoording bij de Code) kan de AvA nu in beginsel, conform principe IV.1 van de Code Tabaksblat, een meer volwaardige rol spelen in het systeem van ‘checks and balances’ in de vennootschap.

De duidelijke verbetering van de corporate governance-structuur en praktijken van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen heeft geleid tot hogere *ratings* van internationale governance instituten²². Hoewel oorzakelijk verband niet is vastgesteld, kan worden geconstateerd dat sprake is van een grotere belangstelling van buitenlandse beleggers voor Nederlandse aandelen²³. Inmiddels is meer dan vier vijfde van de aandelen van AEX-fondsen in buitenlandse handen.

Deze ontwikkelingen, die gepaard zijn gegaan met een toenemende openheid, hebben de concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven op de internationale kapitaalmarkt versterkt. Tegelijkertijd is daarmee, in combinatie met de toegenomen dynamiek op internationale markten, de kwetsbaarheid van Nederlandse vennootschappen toegenomen, zo wordt gesuggereerd in de onderzoeksrapportage van Van der Elst, De Jong en Raaijmakers²⁴.

Onderzoeksrapportage Van der Elst, De Jong en Raaijmakers

De onderzoekers stellen vast dat Nederland een zeer open economie heeft. Anders dan in de ons omringende landen spelen in Nederland structurele beschermingsconstructies – piramides en kruisparticipaties – slechts in incidentele gevallen een rol.

In de periode 1992-2007 is het aandeelhouderschap in Nederlandse beurs-nv's ingrijpend veranderd. Zo toont de geografische spreiding van het aandeelhouderschap sterke veranderingen. Het belang van grootaandeelhouders uit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk is toegenomen. Verder is de concentratie van het aandelenbezit afgenomen. De liquiditeit – de mate waarin aandelen aan- en verkocht worden – is, ondanks een constant grootaandeelhouderschap, sinds 2002 sterk toegenomen. De toepassing van juridische constructies is afgenomen; in het bijzonder het gebruik van prioriteitsaandelen en certificering is in 2006 ten opzichte van 1992 gehalveerd. Tegelijkertijd zijn beschermingspreferente aandelen een constante en veelgebruikte bescherming tegen een ongewenste overname (in 2006: 60 procent van de fondsen).

-
- 22 Onder andere van GovernanceMetrics International en van Heidrick & Struggles.
- 23 Buitenlands aandelenbezit in 2002: 67 procent (bron: Federation of European Securities Exchanges, *Share ownership structure in Europe 2004*, Brussel, november 2004); Buitenlands aandelenbezit in 2007: 85 procent (bron: Manifest, *Proxy Voting 2007: A Pan-European Perspective*).
- 24 De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, menen dat het beeld dat de onderzoeksrapportage schetst van de relatieve kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen, op een groot aantal punten nuancering behoeft. Zij kunnen zich niet vinden in de conclusies die de raad hieraan in het vervolg van deze paragraaf verbindt. Hun zienswijze is verwoord aan het slot van deze paragraaf.

Nederlandse beurs-nv's blijven bij vergelijking sterker dan bedrijven in andere lidstaten van de EU en in de VS afhankelijk van juridische mogelijkheden om de zelfstandigheid van de NV en het door haar bestuur en RvC in haar belang gevoerde beleid en haar strategie te verdedigen tegen beïnvloeding door activistische beleggers en/of strategisch geïnteresseerde beleggers. Bijgevolg zijn zij gevoeliger voor versterking en uitbreiding van rechten van de aandeelhoudersvergadering en individuele (of groepen van) beleggers.

Volgens de onderzoekers hebben Nederlandse beurs-nv's op zich voldoende juridische middelen om te streven naar waardecreatie op lange termijn en verschillen zij in dit opzicht niet wezenlijk van ondernemingen in andere jurisdicties. Zij stellen vast dat activistische beleggers en andere kapitaalkrachtige partijen actief proberen het beleid en de strategie van beurs-nv's te beïnvloeden, bijvoorbeeld door opsplitsing en verkoop van onderdelen. Die beleggers en partijen maken daartoe actief gebruik van alle rechten en middelen die hun daartoe als aandeelhouders collectief (in en via de AvA) en individueel ter beschikking staan, waaronder het enquêterecht. Dat actieve gebruik van die rechten zet het uitgangspunt onder druk dat bestuur en RvC zelfstandig strategie en beleid vaststellen, aldus de onderzoekers.

Het vernieuwde nv-recht en de Code Tabaksblat hebben geleid tot een sterke uitbreiding van formele en materiële bevoegdheden van de AvA, waardoor de invloed van de AvA aanzienlijk is versterkt. Dat van deze bevoegdheden ook actief gebruik zou worden gemaakt, is naar het zich laat aanzien niet voorzien. Bovendien koos Nederland, in vergelijking met de VS, het VK en Duitsland, voor een zeer lage drempel en eenvoudige procedure voor agendering van onderwerpen. Activistische beleggers kunnen zelfs bij bezit van dit lage percentage al dan niet openbaar gemaakte wensen tot verandering van beleid en strategie kracht bijzetten door moties in stemming te brengen. Die zijn weliswaar niet verbindend voor bestuur en RvC, maar kunnen deze – zo is gebleken – wel verder onder druk zetten en tot overleg dwingen, ook als de voorstellen na onderzoek en overweging niet in het belang van de nv worden geoordeeld.

Belangrijker en ingrijpender is, volgens de onderzoekers, dat het gebruik van die uitgebreide collectieve en individuele rechten verder kracht kan worden bijgezet door een enquêteverzoek onder vigeur van het internationaal gezien unieke Nederlandse enquêterecht. In de huidige dynamiek van de internationale kapitaalmarkten en overnamepraktijk biedt het activistische beleggers een zeer laagdrempelig extra rechtsmiddel. Vinden hun wensen geen of niet spoedig gehoor, dan kunnen zij vooral ook met een verzoek om onmiddellijke voorzieningen langs deze weg een wijziging van beleid en strategie forceren. Het zeer open karakter van het enquêterecht blijkt, zo volgt volgens de onderzoekers uit enkele geruchtmakende zaken (ABN-Amro, Stork), te kunnen leiden tot snelle, succesvolle maar voor de betrokken nv ook onvoorspelbare ingrepen in haar beleid en strategie. Het leidt tot een onvoorziene verdere versterking van de middelen

waarmee activistische beleggers beleid en strategie van bestuur en RvC kunnen beïnvloeden, ondanks de vooropgestelde bevoegdheid en verantwoordelijkheid die deze hebben. Dat leidt in dezelfde mate ook voor bestuurders en commissarissen zelf en hun adviseurs tot onvoorspelbaarheid en onzekerheid over de vraag of en in hoeverre zij bevoegd en gehouden zijn de uitvoering van de door hen vastgestelde strategie en het beleid van de nv voort te zetten.

- Bron: Elst, C.F. van der, A. de Jong, M.J.G.C. Raaijmakers (2007) *Een overzicht van juridische en economische dimensies van de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen*. Onderzoeksrapport ten behoeve van de SER-Commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur, 24 oktober 2007.

Nederlandse vennootschappen zijn dus kwetsbaarder te achten dan vennootschappen in andere onderzochte jurisdicties zoals het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Daarbij spelen factoren een rol zoals:

- het sterk gespreide en geïnternationaliseerde aandeelhouderschap;
- de onbekendheid bij de vennootschap van de identiteit van de aandeelhouders;
- een geringe betekenis van structurele economische beschermingsconstructies (piramides en kruisparticipaties);
- de sterke vermindering van juridische vormen van bescherming;
- het absentisme van aandeelhouders, waardoor de feitelijke zeggenschap van een actieve aandeelhouder veelal groter is dan zijn economische belang rechtvaardigt;
- de mogelijkheden voor aandeelhouders om, door derivaten en vergelijkbare constructies, met een beperkte investering een relatief groot stemrecht in een vennootschap te kunnen verwerven.

Hierdoor is een snelle opbouw van een aandelenbelang waarmee verregaande zeggenschap kan worden verworven, in de Nederlandse situatie relatief eenvoudig.

Uit de onderzoeksrapportages kan niet kan worden opgemaakt dat Nederlandse vennootschappen kwetsbaarder zijn dan vennootschappen elders als gevolg van het stelsel van corporate governance dat voor die Nederlandse vennootschappen geldt. De onderzoekers concluderen dat Nederlandse beurs-nv's op zich voldoende juridische middelen hebben om te streven naar waardecreatie op lange termijn en in dit opzicht niet wezenlijk verschillen van ondernemingen in andere jurisdicties. Onder meer kan de vennootschap statutair voorzien in een met passende bevoegdheden toegeruste RvC en in de eis van een gekwalificeerde meerderheid voor de besluitvorming over benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen door de AvA.

Daarbij komt dat de wet tot uitvoering van de EU-richtlijn betreffende het overnamebod het met gebruikmaking van de daartoe door die richtlijn geboden mogelijkheid aan de vennootschap overlaat te kiezen voor een meer of minder vergaande mate van juridische bescherming.

Blijkens de onderzoeksrapportage speelt tevens een rol dat het Nederlandse enquêterecht aan aandeelhouders een zeer laagdrempelig instrument biedt om ingrepen in de stra-

tegie, het beleid en de organisatie van beursvennootschappen te bewerkstelligen, ook zonder dat is komen vast te staan dat sprake is van onrechtmatig handelen van bestuur of commissarissen. De mogelijkheid voor de OK om reeds op basis van een summier onderzoek en in een procedure die niet met de gebruikelijke waarborgen is omgeven, vergaande onmiddellijke voorzieningen te treffen – die in de praktijk niet zelden een onherroepelijk karakter dragen – leidt in de praktijk tot onzekerheid. Deze onzekerheid betreft zowel de mogelijkheid om de uitvoering van de vastgestelde strategie en het beleid van de onderneming voort te zetten, als ook de dreiging van reputatie- en geldelijke schade voor de onderneming.

De raad tekent hierbij aan dat het actievare gebruik dat aandeelhouders maken van hun bevoegdheden, op zichzelf genomen (preventief) disciplinerend kan werken in de richting van het bestuur van de onderneming en het streven naar lange termijn waardecreatie ten goede kan komen²⁵. Aandeelhoudersactivisme kan echter ook leiden tot instabiliteit van de aandeelhoudersbasis, tot concentratie op kortetermijn financiële doelen en tot een bij voortdurend ter discussie stellen van de strategie van de onderneming.

De onderneming kan de stabiliteit van de aandeelhoudersbasis mogelijk onder meer versterken door een dialoog met de eigen aandeelhouders aan te gaan en door langetermijn-aandeelhouderschap te honoreren. In dat verband hecht de raad belang aan de aanbevelingen van de commissie-Frijns en de daarop gevolgde kabinetsvisie²⁶ om (mogelijke) wettelijke belemmeringen weg te nemen voor initiatieven van ondernemingen om langetermijn-aandeelhouderschap te bevorderen²⁷. In de literatuur²⁸ zijn in dit kader suggesties gedaan voor een loyaliteitsdividend²⁹ en differentiatie van stemrechten met de mogelijkheid van het emitteren van aandelen zonder stemrecht.

Zoals hiervoor uitvoeriger is aangegeven, zijn Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen kwetsbaarder dan vennootschappen elders, maar is dit niet het gevolg van het stelsel van corporate governance dat voor die Nederlandse vennootschappen geldt.

25 Zie: Boot, A.W.A. en K. Cools (2007) *Private equity en activistische aandeelhouders: Bestuur onder vuur*, in: *Private Equity en Aandeelhoudersactivisme*, preadviezen Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2007, onder redactie van S.C.W. Eijffinger en C.G. Koedijk.

26 Kabinetsvisie *Corporate governance, hedgefondsen en private equity*, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31 083, nr. 1.

27 Overigens constateert de raad dat het voorontwerp voor een wetsvoorstel corporate governance dat het ministerie van Financiën op haar website heeft geplaatst, op het punt van de melding van intenties van aandeelhouders afwijkt van de aanbevelingen van de commissie-Frijns en de eerdere voornemens van het kabinet.

28 Vergelijk Eisma, S.E en J.Th.A. de Keijzer (1994) *Aandelen zonder stemrecht*, *NIBE-bankjuridische reeks*, nr. 21.

29 In zijn arrest van 14 december 2007, LJN BB3523 (DSM) heeft de Hoge Raad het volgende beslist: “De in artikel 2:92 lid 1 BW opgenomen hoofdregel dat aan alle aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen zijn verbonden, is van regeland recht, nu daarvan in de statuten kan worden afgeweken. Uit de tekst en de strekking van deze bepaling volgt niet dat een statutaire afwijking van deze hoofdregel slechts mogelijk is met betrekking tot aandelen van een bepaalde soort. In het bijzonder schrijft artikel 2:92 lid 1, gelezen in verband met het bepaalde in artikel 2:105 BW, niet dwingend voor dat aan aandelen van dezelfde soort altijd in omvang gelijke aanspraken op dividend moeten zijn verbonden.”

In de raad wordt niet eensluidend gedacht over de vraag of er niettemin aanleiding is te bezien of het toezicht in beursgenoteerde vennootschappen wettelijke versterking behoeft. De raad zal deze vraag onder ogen zien in hoofdstuk 3.

De uitkomsten van het onderzoek van Van der Elst c.s. geven naar het oordeel van de hele raad aanleiding om te bezien hoe door middel van aanpassing van het enquêterecht kan worden bevorderd dat het bestuur van de beursvennootschap voldoende ruimte heeft om zich bij zijn taakuitoefening te kunnen richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De raad zal deze vraag behandelen in hoofdstuk 4.

Zienswijze van de adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen

De adviserende leden delen de conclusie dat er geen aanleiding is voor een versterking van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen. Ook delen zij de conclusie dat niet blijkt dat Nederlandse vennootschappen kwetsbaarder zijn als gevolg van het Nederlandse corporate governance-stelsel. Voorts delen zij de conclusie dat Nederlandse beurs-nv's momenteel voldoende juridische middelen hebben om te streven naar waardecreatie op lange termijn.

Zij kunnen zich echter niet vinden in de conclusie dat het bestuur van beursvennootschappen onvoldoende ruimte zou hebben om zijn taken naar behoren te kunnen uitoefenen. Het Nederlandse vennootschapsrecht biedt bestuurders van beurs-nv's hiertoe voldoende beleidsvrijheid. Het is immers het bestuur dat de strategie en het beleid van de onderneming bepaalt, hetgeen zeer recent ook door de Ondernemingskamer zowel in de Stork- als in de ABN-Amro-zaak is benadrukt (en bevestigd door de Hoge Raad). Het is niet de bedoeling dat de AvA op de stoel van het bestuur gaat zitten; de AvA mag uitsluitend de haar toekomende wettelijke bevoegdheden uitoefenen om de strategie en het beleid van de vennootschap ter discussie te stellen.

Volgens de adviserende leden behoeft het beeld dat de onderzoeksrapportage van Van der Elst e.a. schetst van de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen, op een groot aantal punten nuancering. Het betoog dat het Nederlandse enquêterecht uniek is en daardoor de Nederlandse vennootschappen kwetsbaar zijn, is volgens de adviserende leden nauwelijks onderbouwd. In Europees verband is er door toonaangevende Europese vennootschapsjuristen juist gepleit voor het invoeren van een Europese regeling van het enquêterecht³⁰. Bovendien zijn er in tal van landen juist andere regelingen die Nederland niet kent (zoals *derivative suit*). Recent onderzoek van onder andere de Wereldbank en het World Economic Forum³¹ toont aan dat de bescherming van beleggers in Nederland, in vergelijking met andere Westerse economieën, zich juist op een laag tot zeer laag

30 High Level Group of Company Law Experts (2002) *Report (...) on a modern regulatory framework for Company Law in Europe*, Brussel, november 2002.

31 Wereldbank (2007) *Doing Business 2008*, oktober 2007 en World Economic Forum (2007) *The Global Competitiveness Report 2007-2008*, oktober 2007.

niveau bevindt. Het rapport gaat ook geheel niet in op de keuze die Nederland heeft gemaakt bij de implementatie van de Europese overnamerichtlijn. Daarbij heeft Nederland als een van de weinige Europese lidstaten ervoor gekozen dat bestuurders een bod kunnen frustreren zonder goedkeuring van de aandeelhouders, terwijl in 75 procent van de lidstaten dit expliciet verboden is³².

Naar het oordeel van de adviserende leden is een onvoldoende onderbouwd rapport geen aanleiding om in het kader van de adviesaanvraag ‘versterken van de positie van werknemers’ het enquêterecht ter discussie te stellen. Zij merken op dat het enquêterecht geen laagdrempelig middel is en dat ook telkens toetsing door een gespecialiseerde rechter vereist is. Zij menen verder dat er geen aanleiding is in het kader van de beantwoording van de adviesaanvraag in te gaan op het interne toezicht bij beursvennootschappen³³.

32 Europese Commissie (2007) *Report on the implementation of the Directive on Takeover Bids*, p. 12, februari 2007.

33 De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen nemen afstand van het SER-advies uit 2001 over *het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*.

3 Intern toezicht bij beursvennootschappen

Inleiding

In de vennootschappelijke verhoudingen is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap en houdt de RvC toezicht op het beleid van het bestuur en staat hij het bestuur met raad terzijde. Evenals het bestuur richt de RvC zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur en de RvC hebben een integrale verantwoordelijkheid voor het afwegen van de betrokken belangen.

Tegen deze achtergrond bevat paragraaf 3.1 een feitelijke beschrijving van aspecten van de regeling van het toezicht in de wet en in de Code Tabaksblat¹. In paragraaf 3.2 geeft de raad zijn opvatting over de regeling van het toezicht bij beursvennootschappen.

3.1 Bestaande regelingen voor intern toezicht

3.1.1 *Instelling en inrichting toezicht*

Instelling van toezicht

De wet verplicht de vennootschap niet tot het instellen van toezicht, tenzij de vennootschap tevens structuurvennootschap is (zie paragraaf 2.2.1). Bij de gewone vennootschap kunnen de statuten bepalen dat er een RvC zal zijn (artikel 2:140 BW). De structuurvennootschap is gehouden tot instelling van een RvC (artikel 2:158 BW).

Op grond van de wet is een in Nederland gevestigde internationale holding vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling indien de meerderheid van de werknemers in dienst van de vennootschap en haar groepsmaatschappijen in het buitenland werkzaam is (zie hierboven paragraaf 2.2.2)².

De Code Tabaksblat gaat ervan uit dat er toezicht *wordt* ingesteld: in de Code wordt uitgegaan van een stelsel waarin naast het bestuur een afzonderlijke RvC functioneert, maar wordt ruimte gelaten voor een afwijkende regeling ('comply or explain'). Bij vrijwel alle Nederlandse beursvennootschappen is voorzien in een raad van commissarissen of een andere vorm van intern toezicht.

-
- 1 Volgens de preambule bij de Code kunnen haar principes worden opgevat als de moderne, en inmiddels breed gedragen, algemene opvattingen over goede corporate governance. In zijn beslissing inzake ABN-Amro d.d. 13 juli 2007 (LJN BA7970) spreekt de Hoge Raad over: "de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (...)".
 - 2 Een deel van de beursgenoteerde Nederlandse vennootschappen (met name de AEX-fondsen) voldoet niet aan de criteria van de structuurregeling of is van toepassing daarvan vrijgesteld.

De bepalingen in de Code Tabaksblat ten aanzien van de RvC zijn, met inachtneming van de eigen kenmerken van het one tier-model, ook van toepassing op de non-executives van vennootschappen die een one tier-bestuursstructuur kennen.

Principe III.8 van de Code bepaalt hierover:

De samenstelling en het functioneren van het bestuur waarvan zowel bestuurders deel uitmaken die zijn belast met de dagelijkse gang van zaken als bestuurders die daarmee niet zijn belast, moeten zodanig zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door laatstgenoemden is gewaarborgd.

Regeling benoeming en ontslag RvC

Voor benoeming en ontslag van commissarissen zijn regels opgenomen in de wet en in de Code Tabaksblat.

De wet bepaalt voor alle vennootschappen dat commissarissen worden benoemd door de AvA. Bij de gewone vennootschap kan de AvA commissarissen ontslaan. De statuten kunnen bepalen dat een besluit tot ontslag van commissarissen slechts mag worden genomen met een versterkte meerderheid in een algemene vergadering waarin een bepaald gedeelte van het kapitaal is vertegenwoordigd^a. Bij de structuurvennootschap kan de AvA bij besluit genomen met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, het vertrouwen in de RvC als geheel opzeggen: ontslag van individuele commissarissen vergt rechterlijke tussenkomst (zie ook hierna paragraaf 5.4.2)^b.

a Deze versterkte meerderheid mag niet hoger worden gesteld dan twee derde der uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigende meer dan de helft van het kapitaal (artikel 2:144 jo. 2:134 BW).

b De commissie-Frijns beveelt in haar advies van 30 mei 2007 aan de statutaire vrijheid van vennootschappen om nadere eisen te stellen aan de besluitvorming bij het ontslag van bestuurders en/of commissarissen te handhaven. Zij geeft in overweging deze statutaire vrijheid ook voor structuurvennootschappen in te voeren.

Taakopdracht en bevoegdheden RvC

De wet bepaalt dat, *indien* bij de vennootschap een RvC wordt ingesteld, deze de taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming³. De RvC staat het bestuur met raad ter zijde. De commissarissen richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

3 De bepaling geldt voor *elke* RvC, dus ongeacht of sprake is van vrijwillige (gewone vennootschap) of verplichte (structuurvennootschap) instelling. De SER heeft in zijn advies van 2001 ten aanzien van structuurvennootschappen uitgesproken dat hij het van wezenlijk belang acht dat de RvC en zijn individuele leden hun toezichthoudende taak uitoefenen en blijven uitoefenen op de grondslag van deze wettelijke taakopdracht.

De taak die de Code Tabaksblad bij principe III.1 aan de RvC van de beursvennootschap opdraagt, is voor een groot deel (letterlijk) gelijk aan de boven weergegeven wettelijke taakopdracht voor de RvC⁴:

De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad ter zijde. De raad van commissarissen richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de vennootschap betrokkenen af⁵.

Volgens de Code Tabaksblad omvat het toezicht van de RvC op het bestuur van de beursvennootschap onder andere: a) de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap; b) de strategie en de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten; c) de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen; d) het financiële verslaggevingsproces; e) de naleving van de wet- en regelgeving.

De wet kent aan de RvC bij de gewone vennootschap geen bevoegdheid tot goedkeuring van bestuursbesluiten toe. Voor de gewone vennootschap bepaalt de wet dat de statuten aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van de RvC en zijn leden kunnen bevatten.

Bij de structuurvennootschap is een aantal belangrijke bestuursbesluiten onderworpen aan de goedkeuring van de RvC. Kort gezegd gaat het hier om besluiten van het bestuur van de vennootschap omtrent emissie van aandelen, kapitaalvermindering, certificering, aanvraag of intrekking van beursnotering, aangaan of verbreken van duurzame samenwerking, belangrijke deelnemingen en investeringen, voorstellen tot statutenwijziging of tot ontbinding, aanvraag van faillissement en surseance en voorgenomen ontslag of ingrijpende wijziging van de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers van de vennootschap of een afhankelijke maatschappij. Het ontbreken van toestemming tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aan, en heeft dus geen externe werking (artikel 2:164 lid 2 BW). Voorts geldt voor vennootschappen waarop het volledige structuurregime van toepassing is, dat de raad van commissarissen in plaats van de AvA bevoegd is tot benoeming en ontslag van de leden van het bestuur.

4 Volgens Principe IV.1 *Bevoegdheden* dient de algemene vergadering van aandeelhouders zodanig invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van 'checks and balances' in de vennootschap.

5 Volgens punt 3 van de *preamble* bij de Code hebben het bestuur en de RvC een integrale verantwoordelijkheid voor het afwegen van de belangen van de bij de vennootschap betrokken partijen, doorgaans gericht op de continuïteit van de onderneming.

3.1.2 *Randvoorwaarden voor goed toezicht*

Onafhankelijkheid

Uit de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen vloeit voort dat de commissarissen onafhankelijk dienen te zijn van het bestuur van de vennootschap. Volgens de voor alle vennootschappen geldende bepaling van artikel 2:140 BW richten de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat hiermee is bedoeld dat dit belang voor commissarissen zwaarder dient te wegen dan welk groeps- of particulier belang ook.

In de Code Tabaksblad wordt, behalve in het hierboven aangehaalde principe III.8 het belang van onafhankelijkheid van de RvC ook benadrukt in principe III.2⁶:

De raad van commissarissen is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren⁷.

Deskundigheid

De Code Tabaksblad bevat specifiek over de deskundigheid en samenstelling van de RvC een principiebepaling (III.3):

Elke commissaris dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Elke commissaris beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. De raad van commissarissen dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen (...).

De commissie-Frijns geeft zowel in haar advies van mei 2007 als in haar rapport van december 2007 aan dat diversiteit⁸ in de samenstelling van de RvC een belangrijk middel is ter verdere bevordering van een onafhankelijk optreden van de RvC⁹. Naast deskundigheid, noemt de commissie-Frijns onafhankelijkheid een cruciale eigenschap voor een goed functionerend toezicht¹⁰.

-
- 6 Zie ook het boven weergegeven principe III.8 van de Code dat verlangt dat in een one tier-model een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door bestuurders die niet zijn belast met de dagelijkse gang van zaken, is gewaarborgd.
- 7 Voor structuurvennootschappen signaleerde de SER in zijn meergenoemd advies van 2001 dat een goede vervulling van de taakopdracht een onafhankelijke positie van de RvC ten opzichte van het bestuur veronderstelt (p. 60). In hetzelfde advies constateerde de SER dat de RvC met een zekere distantie en de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur respecterend, zijn taak dient te vervullen (p. 64).
- 8 Ook A.W.A. Boot en K. Cools attenderen in hun eerder genoemd preadvies op het belang van diversiteit in de samenstelling van de RvC in het bijzonder voor beursvennootschappen.
- 9 Commissie-Frijns, advies d.d. 30 mei 2007, op.cit., p. 11 alsmede: derde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code, 19 december 2007, p. 111.
- 10 Commissie-Frijns, advies d.d. 30 mei 2007 (p. 11), alsmede: derde rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code, 19 december 2007, p. 111.

Bezoldiging

Over de bezoldiging van commissarissen bepaalt de Code in principe III.7 het volgende:

De algemene vergadering van aandeelhouders stelt de bezoldiging van de commissarissen vast. De bezoldiging van een commissaris is niet afhankelijk van de resultaten van de vennootschap. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en de structuur van de bezoldiging van de individuele commissarissen.

Vertrouwen in bestuur en toezicht

Het belang dat belanghebbenden vertrouwen stellen in bestuur en toezicht, is door de commissie-Tabaksblat verwoord in de preambule bij de Code (punt 3)¹¹:

Vertrouwen van de belanghebbenden dat hun belangen worden behartigd, is een voorwaarde voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken. Goed ondernemerschap, waaronder inbegrepen integer en transparant handelen door het bestuur, alsmede goed toezicht hierop, waaronder inbegrepen het afleggen van verantwoording over het uitgeoefende toezicht, zijn essentiële voorwaarden voor het stellen van vertrouwen in het bestuur en het toezicht door de belanghebbenden. Dit zijn de twee steunpilaren waarop goede corporate governance rust en waarop deze code ziet¹².

3.2 Bevindingen van de raad

De raad onderschrijft in hoofdlijnen de uitgangspunten voor goed – behoorlijk en onafhankelijk – toezicht zoals die in de wet en in de Code Tabaksblat voor beursvennootschappen zijn opgenomen en zoals die hierboven zijn weergegeven, waarbij vennootschappen vrij zijn om te kiezen voor een duaal stelsel (two tier) dan wel een monistisch model (one tier).

De raad stelt vast dat de structuurregeling thans om geldige redenen vrijstellingen kent, waaronder een algehele vrijstelling voor internationale holdings. Hij onderschrijft de uitgangspunten voor die vrijstellingen en respecteert die.

Over de vraag of het noodzakelijk is het toezicht bij Nederlandse beursvennootschappen nader te regelen, wordt binnen de raad verschillend gedacht.

Een deel van de raad¹³ is van opvatting dat weliswaar een aantal aspecten van het toezicht bij (internationale) beursvennootschappen zich leent voor zelfregulering, maar dat

11 De preambule behoort niet tot de bepalingen van de Code zelf.

12 De SER heeft ten aanzien van structuurvennootschappen in zijn meergenoemd advies van 2001 (p. 50) benadrukt dat het vertrouwen in de wijze waarop leiding wordt gegeven in belangrijke mate afhankelijk is van de wijze waarop toezicht wordt uitgeoefend op die leiding.

13 De werknemersleden en de kroonleden Bovens, Brouwer, Van Duyne, Goudswaard, Van der Heijden, Linschoten, Teulings, Vliegthart en Wilke.

daarmee niet kan worden volstaan. Het is, gegeven de relatieve kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen, in het licht van de door de wet beoogde oriëntatie van het bestuur op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, ongerijmd om de noodzakelijke positionering van het toezicht op het bestuur – in het geheel van checks en balances van het vennootschappelijke systeem – afhankelijk te doen zijn van de instemming van de AvA met een daarop betrekking hebbend voorstel tot statutaire regeling.

Daar komt bij dat de positie van werknemers, in het licht van de beginselen van territorialiteit en legitimiteit, op internationaal-holdingniveau niet goed kan worden geregeld door een Nederlandse medezeggenschapsregeling. Om te waarborgen dat de belangen van de werknemers op passende wijze worden meegewogen in de besluitvorming in en over de onderneming, moeten bestuur en toezicht optimaal zijn ingericht op het vermogen van de onderneming tot langetermijn-waardecreatie. Dwingende regels betreffende de organisatie van het toezicht in beursgenoteerde vennootschappen moeten zeker stellen dat de AvA het niet, zonder medewerking van de toezichthouders, in de hand heeft om – door ontslag van bestuurders en benoeming van haar gewillige nieuwe bestuurders – een wijziging van de strategie door te drukken. Voor het kunnen verwezenlijken van een op de belangen van alle belanghebbenden gericht ondernemingsbeleid en zeker: voor het zich kunnen richten op waardecreatie op lange termijn, is het nodig dat het bestuur in betrekkelijke onafhankelijkheid en onder goed toezicht zijn taken kan uitoefenen. Het toezicht in de beursvennootschap dient, of het nu wordt ingericht volgens een duaal dan wel een monistisch stelsel, te berusten op drie in de wet te verankeren pijlers: (a) de vennootschap is verplicht te voorzien in intern toezicht door toezichthouders (commissarissen) te benoemen door de AvA, (b) de wet bepaalt de taken en bevoegdheden van de toezichthouders, waaronder het vereiste van goedkeuring (met externe werking) van nader te bepalen ingrijpende bestuursbesluiten en (c) het recht van de AvA om de toezichthouders te ontslaan wordt geclausuleerd door het vereiste dat een daartoe strekkend besluit moet steunen op een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal¹⁴.

Daarnaast is het gewenst dat de vereiste onafhankelijkheid van de toezichthouders wordt onderstreept door wettelijke verankering van de in principe III.7 van de Code Tabaksblad vervatte norm, dat de bezoldiging van commissarissen niet afhankelijk mag zijn van de resultaten van de vennootschap.

Ten slotte acht dit raadsdeel het wenselijk dat de wettelijke regeling omtrent tegenstrijdig belang (artikel 2:146 BW) wordt aangescherpt en wordt uitgebreid tot de gevallen dat een toezichthouder/commissaris een belang heeft dat strijdig is met dat van de vennootschap, alsmede dat wordt bezien of de regeling voorts moet worden uitgebreid tot het

14 Enkele leden van het hier aan het woord zijnde deel van de raad, namelijk de kroonleden Brouwer, Van Duyne, Linschoten en Teulings, distantiëren zich van de in onderdeel c) verwoorde clausulering dat een besluit van de AvA om de toezichthouders te ontslaan, zou moeten steunen op een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen.

geval dat een aandeelhouder met een controlerend belang in de vennootschap een belang heeft dat strijdig is met dat van de vennootschap¹⁵.

Een ander deel van de raad¹⁶ is van opvatting dat de in 2004 ingevoerde Code Tabaksblat een zeer nuttige functie vervult bij invulling van goed en onafhankelijk toezicht bij (internationale) beursvennootschappen en dat de statuten van beursvennootschappen in het algemeen op afdoende wijze in deze materie voorzien¹⁷. Aangesloten wordt bij de opvatting van de commissie-Frijns dat er geen aanleiding is voor een fundamentele wijziging van het Nederlandse corporate governance-stelsel. Aan een nadere regeling bestaat vanuit dit perspectief geen behoefte¹⁸. Daarnaast wijst het beschikbare onderzoek ook niet op een noodzaak om (in het kader van de bescherming van de belangen van werknemers, of op enige andere grond) de bestaande wettelijke regeling op het punt van het intern toezicht uit te breiden. Nederlandse vennootschappen zijn niet kwetsbaar gebleken voor aandeelhoudersactivisme als gevolg van een inadequate corporate governance, waaronder de taken, de inrichting en het functioneren van vennootschappelijk toezicht. Daaraan liggen andere oorzaken ten grondslag die eerder in dit advies uiteengezet zijn. Ten slotte zou een nadere wettelijke regeling die (kennelijk in navolging van structuurregeling) een machtsverschuiving behelst naar het vennootschappelijk toezicht ten laste van bestuur en aandeelhouders, sterk ingrijpen in de verhoudingen binnen de internationale beursvennootschappen, hetgeen negatief zal uitwerken op de positie van Nederland als vestigingsland en de keuzes die ondernemers maken omtrent de rechtsvorm waarin zij hun onderneming willen drijven. Dit geldt a fortiori als onzekerheid wordt gecreëerd over de geldigheid van transacties met derden door aan het ontbreken van goedkeuring van bestuursbesluiten door de raad van commissarissen externe werking toe te kennen (zoals door het voorgaande deel van de raad wordt voorgesteld)¹⁹. Dit komt

15 De minister van Justitie stelt in zijn brief van 12 november 2007 aan de Tweede Kamer over de modernisering van het ondernemingsrecht onder meer een voorstel tot wijziging van de regeling betreffende tegenstrijdig belang in het vooruitzicht (Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 29 752, nr. 5, p. 2).

16 De ondernemersleden. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

17 De samenstelling en het functioneren van het bestuur waarvan zowel bestuurders deel uitmaken die zijn belast met de dagelijkse gang van zaken als bestuurders die daarmee niet zijn belast, moeten zodanig zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door laatstgenoemden is gewaarborgd.

Uit de rapportages van de commissie-Frijns, uitgebracht in 2005 en 2006, blijkt dat op de onderdelen 'taak', 'deskundigheid', 'onafhankelijkheid' en 'diversiteit' het nalevingpercentage van de Code zeer hoog ligt. Dit wil zeggen het aandeel van de vennootschappen dat de betreffende Codebepalingen naar hun inhoud naleeft, opgeteld bij het aandeel van de vennootschappen dat die bepalingen weliswaar niet (volledig) naar hun inhoud naleeft, maar daarover conform de Code uitleg geeft. In 2006 gold voor 'taak en werkwijze' en voor 'onafhankelijkheid' een nalevingpercentage van 95 procent.

18 In deze opvatting is het aan de commissie-Frijns het toezicht door raden van commissarissen te monitoren en daarover te rapporteren. Op basis daarvan is het aan de Commissie Corporate Governance om te bezien of nieuwe en/of aanvullende principes of best-practice bepalingen over (het functioneren van) raden van commissarissen wenselijk of noodzakelijk geacht worden.

19 Op dit punt gaat dat voorstel zelfs verder dan de structuurregeling waarop het is geënt. Onder de structuurregeling heeft het ontbreken van de wettelijk voorgeschreven goedkeuring door de raad van commissarissen immers nadrukkelijk *geen* externe werking: zie de artikelen 2:164 lid 2 BW en 2:274 lid 2 BW.

de slagvaardigheid van het bestuur van de onderneming niet ten goede. Ook de ontslagbescherming die in het voorstel wordt toegedacht aan de leden van de raad van commissarissen, verdraagt zich slecht met vergelijkbare regelingen elders: de internationale beursvennootschappen zijn allerm minst gediend met een dergelijke door de wetgever opgelegde maatregel, die door beleggers al snel als beschermingsconstructie zal worden beschouwd.

Ten aanzien van de bezoldiging van commissarissen is niet gebleken dat hier een probleem ligt dat ingrijpen door de wetgever vereist. In dat kader wijst dit deel van de raad erop dat uit de in 2007 uitgebrachte rapportage van de commissie-Frijns blijkt dat het nalevingspercentage van principe III.7 99 procent bedraagt.

Ten aanzien van de overweging van een deel van de raad dat bezien moet worden of de wettelijke regeling omtrent tegenstrijdig belang moet worden uitgebreid tot gevallen dat aandeelhouders met een controlerend belang een tegenstrijdig belang hebben met de vennootschap, rijst de vraag of daartoe überhaupt de noodzaak bestaat in het licht van het bestaande instrumentarium, waaronder het enquêterecht.

4 Het enquêterecht

Inleiding

In de vennootschappelijke verhoudingen heeft het bestuur een centrale positie: het bepaalt de strategie en dient zich daarbij te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur dient daartoe een afweging te maken van de belangen van alle bij de vennootschap betrokkenen¹. Het bestuur van de vennootschap moet voldoende speelruimte hebben en houden om goed beleid te voeren. Dat is ook in het belang van de werknemers en de aandeelhouders: de positie van alle stakeholders is immers mede afhankelijk van de ruimte die het bestuur heeft om met succes een strategie te bepalen en uit te voeren.

Vanuit deze gedachten gaat de raad in dit hoofdstuk in op de ondernemingsrechtelijke geschilbeslechting, in het bijzonder het enquêterecht². In paragraaf 4.1 geeft hij zijn visie op de enquêteprocedure. In paragraaf 4.2 bespreekt hij de toegang tot het enquêterecht. Daarmee komt hij tevens tegemoet aan het verzoek van het kabinet aan de raad aandacht te besteden aan ‘de toegang tot het enquêterecht’.

4.1 De enquêteprocedure

4.1.1 *Bestaande regeling en praktijk*

Geschillen over het beleid van de vennootschap (en daarmee over de beleidsruimte voor het bestuur) worden steeds vaker beslecht via de route van het enquêterecht. Voorafgaand aan het weergeven van zijn bevindingen schetst de raad kort enkele relevante hoofdlijnen van de huidige wettelijke regeling van het enquêterecht en de enquêteprocedure. De betreffende wettelijke bepalingen zijn opgenomen in bijlage 4.

Wettelijke regeling enquêterecht

Op schriftelijk verzoek kan de Ondernemingskamer (OK) van het Gerechtshof te Amsterdam een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon.

De Ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe, wanneer blijkt van *gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen*.

Indien uit het verslag van de onderzoekers is gebleken dat er sprake is van *wanbeleid*, kan de OK een of meer van de volgende voorzieningen treffen:

1 Rapport commissie-Frijns d.d. 30 mei 2007, p. 7.

2 De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen zien geen aanleiding in het kader van de beantwoording van de adviesaanvraag in te gaan op het enquêterecht. Zij beperken zich in dit hoofdstuk tot een weergave van hun opvattingen.

- schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon;
- schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen;
- tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen;
- tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten;
- tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer;
- ontbinding van de rechtspersoon.

Sinds 1994 bepaalt de wet, conform een daartoe strekkende aanbeveling van de SER³, dat de OK in elke stand van het geding op verzoek van de indiener van een enquêteverzoek *onmiddellijke voorzieningen* kan treffen als de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek dat vereist. Voor het verkrijgen van onmiddellijke voorzieningen is noodzakelijk dat er een enquêteverzoek is ingediend.

Dit wil niet zeggen dat in alle gevallen waarin in het kader van een enquêteverzoek een onmiddellijke voorziening wordt gevraagd, ook op het enquêteverzoek zelf wordt beslist. De OK legt bij het gebruik van haar bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen de bepaling waarop die bevoegdheid berust zo uit, dat zij het mogelijk acht om op dat verzoek te beslissen onder aanhouding van de behandeling van het enquêteverzoek zelf totdat een van de partijen verzoekt om voortzetting van de behandeling van het enquêteverzoek. Blijft zo'n verzoek uit, dan besluit de OK in dergelijke gevallen, na het horen van partijen, het geding te beëindigen^a.

a Vergelijk omtrent deze praktijk de vordering van de PG bij de Hoge Raad tot cassatie in het belang der wet d.d. 17 september 2007, LJN BB3523, overweging 3.68. De Hoge Raad heeft in de hiervoor bedoelde zaak (DSM) beslist dat voorafgaand aan het treffen van een onmiddellijke voorziening in beginsel eerst moet worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. Van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen vóórdat een onderzoek wordt gelast, kan slechts gebruik worden gemaakt indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan. HR 14 december 2007 (LJN BB3523, overweging 3.6).

Gerechtigden tot het indienen van een enquêteverzoek

Het recht om bij de OK een verzoek in te dienen om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap is in de wettelijke regeling voorbehouden aan:

- de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam, om redenen van openbaar belang;
- aandeelhouders/certificaathouders die 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen;

3 SER (1988) Advies *Wijziging enquêterecht*, publicatienr. 88/14, Den Haag, par. 4.

- vakbonden die leden hebben in de onderneming van de vennootschap, mits de vakbond tevoren de OR in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken.
- degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend.

4.1.2 *Bevindingen van de raad*

De raad⁴ stelt vast dat het gebruik van het enquêterecht in het afgelopen decennium sterk is toegenomen.

Het enquêterecht biedt een relatief laagdrempelig instrument om een onderzoek te laten instellen naar de gang van zaken van de vennootschap. Het onderzoek kan worden toegewezen als blijkt van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’. Bij gebleken ‘wanbeleid’ kan de OK vergaande voorzieningen treffen. In de literatuur en in het onderzoek van Van der Elst c.s. zijn recent kanttekeningen geplaatst bij de beoordeling van bestuursbeleid door de rechter. De raad heeft kennis genomen van voorstellen en aanbevelingen die in dat kader zijn gedaan⁵.

De in 1994 geopende mogelijkheid voor de OK om *in elke stand van het geding* onmiddellijke voorzieningen te treffen, heeft een hoge vlucht genomen. Weliswaar kunnen ook de rechtbanken onmiddellijke voorzieningen treffen, maar deze zijn in het algemeen niet snel bereid daartoe over te gaan. Daardoor wordt sneller een beroep gedaan op de OK om onmiddellijke voorzieningen te verkrijgen. Dat kan niet los van een enquêteverzoek. Formeel is sprake van een koppeling tussen onmiddellijke voorzieningen en enquêteverzoek, maar materieel heeft deze nauwelijks betekenis. De hierboven in het kader op p. 48 geschetste praktijk leidt bovendien in sommige gevallen tot vergaande ingrepen zonder dat voldoende is vastgesteld dat de betrokken belangen deze ingrepen rechtvaardigen.

De raad stelt verder vast dat de enquêteprocedure als verzoekschriftprocedure niet de gebruikelijke rechtswaarborgen kent die eigen zijn aan de normale civiele dagvaardingsprocedure. Voorts is de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam rechter in eerste aanleg én eerste en enige feitenrechter. Van de beschikking van de OK staat uitsluitend cassatieberoep open bij de Hoge Raad, die zich niet meer over de feiten buigt, maar uitsluitend over de vraag of de wet juist is toegepast.

4 De opvatting van de adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen is verwoord aan het slot van deze paragraaf.

5 Zie hierover Assink, B.F. (2007) *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag (binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware)*, Kluwer, Deventer. Zie ook de rapportage van C.F. van der Elst, A. de Jong en M.J.G.C. Raaijmakers over de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen vanuit economisch en juridisch perspectief.

De raad komt tot de volgende aanbevelingen.

Wijze van berechting van enquêtegedingen

Het enquêterecht is sinds een aantal jaren in belang toegenomen en de (financiële) belangen van partijen die in enquêteprocedures zijn betrokken zijn vaak groot. De enquêtegeschillen zijn in de loop van de tijd ook complexer geworden. Tegen die achtergrond dienen enquêtegeschillen in twee feitelijke instanties (bijvoorbeeld door een gespecialiseerde ondernemingskamer bij een van de rechtbanken en door de Ondernemingskamer bij het Hof te Amsterdam) te worden berecht. Het hoger beroep van elke beslissing ten principale dient verder in beginsel schorsende werking te hebben; dit is alleen anders, wanneer de rechter expliciet beslist dat, en zo ja: op grond van welke omstandigheden, er reden is om af te wijken van deze schorsende werking hangende het hoger beroep⁶. Dit betekent dat de rechtswaarborgen in de enquêteprocedure worden versterkt en meer op die van een gewone civiele procedure gaan lijken. De wet moet de instructie bevatten dat de appèlrechter hoger-beroepszaken met de meeste spoed en voortvarendheid behandelt, aangezien anders het hoger beroep de functie van het enquêterecht zou kunnen frustreren.

De inhoudelijke begrippen uit het enquêtegeding

Onmiddellijke voorzieningen

De bevoegdheid tot het opleggen van onmiddellijke voorzieningen moet in overeenstemming worden gebracht met de bevoegdheid van de gewone voorzieningenrechter om voorlopige voorzieningen te treffen. Artikel 2:349a BW legt nu alleen een toets aan die is gekoppeld aan “de toestand van de rechtspersoon”, maar schrijft niet tevens een afweging van de belangen van de betrokken partijen voor. Om dit aan te scherpen zou naast het huidige criterium van artikel 2:349a BW (“de toestand van de rechtspersoon”), ook het criterium van artikel 254, lid 1 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, dat van de rechter een redelijke afweging van de belangen van partijen vraagt, in artikel 2:349a BW moeten worden opgenomen. Het effect van een dergelijke aanpassing is dat bij het treffen van de onmiddellijke voorzieningen van artikel 2:349a BW meer rechtswaarborgen voor partijen worden geboden. Verder dient de rechter die in het kader van artikel 2:349a BW een verzoek om onmiddellijke voorzieningen krijgt voorgelegd, bij zijn beoordeling van de vraag of de toestand van de vennootschap een onmiddellijke voorziening rechtvaardigt, ook de hierna nader te bespreken business judgment rule in acht te nemen.

6 Hoger beroep van onmiddellijke voorzieningen heeft, zoals het wettelijk systeem in algemene zin voor korte gedingen bepaalt, dus geen schorsende werking.

Business judgment rule

Internationaal wordt de in de Verenigde Staten door de rechter ontwikkelde business judgment rule steeds meer als de standaard gezien voor de beoordeling door de rechter van ondernemingsbeleid. Bij het toepassen van de business judgment rule toetst de rechter of objectief bezien het aangevallen bestuurlijk gedrag geen rationeel zakelijk doel heeft. De wetgever dient de begrippen “gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen” en “wanbeleid” ongewijzigd te laten, maar wel expliciet – in het kader van de hiervoor aanbevolen wijzigingen van het enquêterecht – toe te lichten dat de rechter zijn toetsingsbeleid afstemt op de business judgment rule. De sterke kant van de business judgment rule is dat zij de rechter door verschillende soorten toetsen die in uiteenlopende gevallen gevolgd dienen te worden, dwingt om zijn oordeel dieper te motiveren. Dit lijkt in de Verenigde Staten tot een terughoudende beoordeling van het bestuurlijk gedrag te leiden. Hiermee wordt bereikt dat het enquêterecht meer wordt toegepast in overeenstemming met het oorspronkelijke doel.

De business judgment rule is een door rechters uit de Amerikaanse staat Delaware ontwikkelde methode van rechterlijke toetsing van het beleid van het bestuur. Zij is een instructienorm voor de rechter en wordt daar voornamelijk gehanteerd bij de berechting van gevallen waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders aan de orde is. Het leerstuk van de business judgment rule is in vele honderden rechterlijke uitspraken ontwikkeld^a. De kern van de business judgment rule komt – los van allerlei processuele en bewijsrechtelijke complicaties die de regel oproept^b – op het volgende neer: bij het beoordelen van een bestuurlijk gedrag gaat de Amerikaanse rechter na of objectief bezien het aangevallen bestuurlijk gedrag geen rationeel zakelijk doel heeft. Blijkt dat wel het geval, dan is de bestuurder niet aansprakelijk. Deze toets is zeer terughoudend. Wel is er op die terughoudende toets een aantal uitzonderingen aanvaard. Zo wordt, als blijkt dat het bestuur zijn beleid niet zorgvuldig heeft voorbereid, het bestuursbeleid vol op ‘entire fairness’ getoetst.

- a Het meest bekende Amerikaanse handboek over de business judgment rule beslaat meer dan 2500 pagina's. In Nederland verscheen in september 2007 een proefschrift over de business judgment rule dat meer dan 700 pagina's telt. Zie: Assink, B.F. (2007) *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag (binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware)*, Deventer, Kluwer.
- b Deze zijn in de context van het Nederlandse enquêterecht niet relevant, omdat de feiten uit het onderzoeksverslag blijken.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen, zien geen aanleiding het enquêterecht in het kader van de beantwoording van de adviesaanvraag aan de orde te stellen⁷. Zij achten het ongewenst dat anno 2008 een herformulering zou plaatsvinden van het enquêterecht. Het Nederlandse enquêterecht functioneert in principe goed, waarbij de Ondernemingskamer in de literatuur als innovator van het Neder-

7 Zie ook de zienswijze van de adviserende leden aan het slot van par. 2.3.

landse vennootschapsrecht wordt aangemerkt⁸, die zich kenmerkt door snelheid, creativiteit, flexibiliteit, bereikbaarheid en besluitvaardigheid⁹. De adviserende leden zien daarom weinig in een grondige herziening van het enquêterecht. Een eventuele aanpassing van het enquêterecht (o.a. wijze van berechting en inhoudelijke toetsing) dient daarom pas aan de orde te zijn na een grondige evaluatie van de toepassing van dit instrument. Hierbij dient te worden aangetoond dat ten gevolge van de toepassing van het enquêterecht bestuurders van beursvennootschappen onvoldoende ruimte hebben om hun taken naar behoren te vervullen.

Wel zijn de adviserende leden het met de raad eens dat rechterlijke uitspraken goed gemotiveerd dienen te worden en dat er voldoende waarborgen dienen te zijn binnen de rechterlijke macht. De uitwerking van het enquêterecht wordt echter niet gedeeld door de adviserende leden. Bovendien worden de rechten van zowel aandeelhouders als ook de werknemers door deze voorstellen naar de mening van de adviserende leden ernstig ingeperkt. De adviserende leden hebben belangrijke bezwaren bij de wens tot invoering van de zogenoemde business judgment rule. In de eerste plaats past deze business judgment rule niet in de Europese context, waarbij getracht wordt een machtsevenwicht binnen de vennootschap te bewerkstellingen door verdeling van bevoegdheden tussen bestuur, raad van commissarissen en aandeelhouders. Dit is anders in de Verenigde Staten waar bestuurders belangrijke bevoegdheden hebben en aandeelhouders het handelen van bestuurders slechts ter discussie kunnen stellen door middel van juridische procedures. In de tweede plaats werkt deze business judgment rule in de Verenigde Staten als een beschermingsconstructie en beperkt hij de mogelijkheden van aandeelhouders om effectief op te treden tegen mismanagement. De adviserende leden zouden het daarom zeer ongewenst vinden als een dergelijke regel in Nederland wordt geïmporteerd. Bovendien zijn de adviserende leden niet voor het overnemen van slechts één aspect van corporate governance in de VS, zonder te kijken naar het geheel.

Het enquêterecht is naar zijn strekking niet beperkt tot structurele misstanden en de redressering daarvan. Het gaat om gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid, om een onderzoek naar wanbeleid (handelen in strijd met de beginselen van verantwoord ondernemerschap) en om het treffen van maatregelen (onmiddellijke voorzieningen) indien de situatie dat vergt. Deze formuleringen maken al duidelijk dat er geen sprake is van strikte, absolute normen¹⁰. De adviserende leden delen niet de visie dat er sprake is van een verregaande ontkoppeling van het enquêteverzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen en (in sommige gevallen) van vergaande ingrepen zonder dat voldoende zou zijn vastgesteld dat de betrokken belangen tot deze ingrepen nopen. Het moet immers gaan om *gegronde redenen* om aan een juist beleid te twijfelen, waarbij

8 Timmerman, L. (2002) Kroniek van het vennootschapsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 2002-77 (31), pp. 1541-1546.

9 Josephus Jitta, M.W. (2004) Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt? in: *Het recht van enquête onderzocht*, Preadvisie Vereniging Handelsrecht 2004, pp. 1-42, Deventer.

10 In de Verto-zaak bijvoorbeeld werd het niet doen van due diligence-onderzoek bij de acquisitie van De Regt niet als wanbeleid gekwalificeerd.

het om een zware toets gaat. De mogelijkheid van onmiddellijke voorzieningen biedt partijen bovendien snel zekerheid en de nodige flexibiliteit die van de rechter ook verwacht wordt. Aangezien er geen rechtstreeks verband is aangetoond tussen de toepassing van het enquêterecht en het gebrek aan ruimte voor bestuurders om hun taken uit te oefenen, zien de adviserende leden geen reden om de toetsingsgronden van het enquêterecht te verzwaren.

4.2 De toegang tot het enquêterecht

4.2.1 De adviesaanvraag

In de adviesaanvraag verzoekt het kabinet de SER aandacht te schenken aan *de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers*.

4.2.2 Bevindingen van de raad

De raad¹¹ heeft in paragraaf 4.1 aanbevelingen gedaan voor een door hem wenselijk geachte verbeterde wettelijke regeling voor ondernemingsrechtelijke geschillen. Hij neemt hierna een overeenkomstig zijn voorstel aangepaste enquêteprocedure als uitgangspunt voor zijn aanbevelingen. Bij het verzoek van het kabinet “aandacht te schenken aan de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers”, merkt hij verder het volgende op.

Het recht om bij de OK een verzoek in te dienen om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap is in de huidige wettelijke regeling voorbehouden aan:

- de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam, om redenen van openbaar belang;
- aandeelhouders/certificaathouders die ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten ad € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen;
- vakbonden die leden hebben in de onderneming van de vennootschap, mits de vakbond tevoren de OR in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken;
- degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend.

Een vakbond is niet ontvankelijk, indien zij niet tevoren de OR die verbonden is aan een onderneming die de vennootschap in stand houdt, in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken.

11 Zoals eerder aangegeven worden die aanbevelingen niet gedeeld door de adviserende leden. Zie voor hun opvattingen over de toegang tot het enquêterecht het slot van deze paragraaf.

In tegenstelling tot de vakbonden heeft de OR niet het recht om een enquête te verzoeken (tenzij dit recht hem bij de statuten of bij overeenkomst is toegekend). Evenmin komt het recht om een enquête te verzoeken toe aan de vennootschap zelf. De raad komt tot de volgende bevindingen.

– 1. *Recht van vakbonden een enquête te verzoeken op topholding-niveau*

Een vakbond kan volgens de wet uitsluitend een verzoek om een enquête doen, indien hij in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder zijn leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit, mits hij krachtens zijn statuten ten doel heeft de belangen van zijn leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is (artikel 2:347 BW). Dit is veelal wel het geval op het niveau van de werkmaatschappijen, maar hoeft niet het geval te zijn op het niveau van de beursgenoteerde naamloze vennootschap.

De wet bevat geen regeling voor een recht van vakbonden met leden bij een dochter om een enquête te vragen op het niveau van de beursgenoteerde naamloze vennootschap. Onder omstandigheden kent de rechter aan vakbonden die geen leden hebben bij de moeder maar wel bij dochtermaatschappijen, het recht toe een enquêteverzoek te doen ten aanzien van de gang van zaken van de moeder. Onder het huidige recht zijn de omstandigheden van het geval bepalend voor de vraag of een enquête van vakbonden op holdingniveau mogelijk is¹². Deze omstandigheden zijn, kort gezegd, het medeondernemerschap van de moeder ten opzichte van de dochter.

Over de wenselijkheid om aan een vakbond een additioneel recht van enquête toe te kennen ten aanzien van de gang van zaken bij een naamloze of besloten vennootschap die aan het hoofd staat van een concern (de ‘moeder’) als die vakbond bij de moeder geen leden heeft, bestaat binnen de raad verschil van mening.

Een deel van de raad¹³ acht het met het oog op de rechtszekerheid wenselijk dat de wet over de bevoegdheid van vakbonden op dit punt meer duidelijkheid biedt. De wet zou erin moeten voorzien dat een vakbond met leden onder de werknemers van een dochtervennootschap een enquête kan verzoeken ten aanzien van het beleid en de gang van zaken van de moedervenootschap, ook als hij bij deze vennootschap geen leden heeft, mits ten minste 25 procent van het totale aantal werknemers van de moeder en de dochters tezamen in Nederland werkzaam is. De vakbond zal daarnaast uiteraard moeten voldoen aan de overige bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvereisten als neergelegd in de artikelen 2:347 en 2:349, lid 2 BW. De voorgestelde regel zou onverlet moeten laten dat een vakbond zonder leden bij de moedervenootschap ingeval de drempel van 25 procent

12 De huidige rechtssituatie berust mede op het door de SER op 17 november 1989 uitgebrachte advies *Aanvullend advies wijziging enquêterecht* (89/21). Zie voor kernoverwegingen uit dat advies bijlage 6.

13 De werknemersleden en de kroonleden Brouwer, Goudswaard, Van der Heijden, Vliegthart en Wilke.

niet wordt gehaald niettemin op grond van de in de rechtspraak ontwikkelde criteria bevoegd kan zijn een enquêteverzoek ten aanzien van de moedervenootschap te doen.

Een ander deel van de raad¹⁴ is van mening dat de bestaande regeling van het enquête-recht afdoende mogelijkheden biedt om met het oog op de belangen van Nederlandse werk-nemers onderzoek te laten instellen naar bestuursbesluiten op internationaal concern-niveau die gevolgen hebben voor de Nederlandse werknemers. Van een lacune in het wettelijk systeem is geen sprake. Zowel door de wetgever (zie bijlage 6) als in de jurisprudentie is onderkend dat in geval van bestuursbesluiten op het niveau van de moeder met gevolgen voor de werknemers van de dochter, door de vakbonden een enquêteprocedure bij de moeder kan worden ingesteld, ook al heeft de vakbond geen leden bij de moeder. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de recente beschikking van de OK in de PCM-zaak¹⁵. Daarnaast kan de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam steeds om redenen van openbaar belang een enquêteverzoek doen. Ook deze bevoegdheid wordt in de praktijk ruim uitgelegd¹⁶.

De door het voorgaande deel van de raad voorgestelde nadere wettelijke regeling voor een enquête-recht voor vakbonden op internationaal concernniveau heeft daarnaast de volgende bezwaren. Een vakbond zou door toekenning van dat recht onder meer de bevoegdheid krijgen om een enquête te vragen over besluiten op internationaal-holdingniveau die geen gevolgen hebben voor de Nederlandse situatie. Bovendien zou een vakbond met dit voorstel de bevoegdheid krijgen tot een verzoek om een enquête in gevallen waarbij geen sprake is van enige relevante representatie van de vakbond in het internationale concern(deel) waarop het enquêteverzoek betrekking heeft¹⁷. Deze uitbreidingen van de toegang voor vakbonden tot het enquête-recht passen niet bij de door de raad onderschreven uitgangspunten van territorialiteit en legitimiteit en zullen derhalve negatieve gevolgen hebben voor de aantrekkelijkheid van het Nederlandse vestigingsklimaat.

-
- 14 De ondernemersleden en de kroonleden Bovens, Van Duyne, Linschoten en Teulings. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.
- 15 Beschikking van 10 januari 2008, LJN BC1657, overwegingen 3.29 en 3.30. De OK oordeelde dat een vakbond voldoende belang heeft bij een enquêteverzoek als dat verzoek ziet op de bedrijfsvoering van (de vennootschap waarin de door de bonden vertegenwoordigde werknemers werkzaam zijn) en de continuïteit daarvan. Ten aanzien van het verweer dat de vakbond in ieder geval niet ontvangen zou moeten worden in het tegen PCM holding gerichte verzoek, omdat daar geen leden van de verzoekende vakbond werkzaam zijn, overweegt de OK: “dat een werknemersorganisatie bevoegd is een onderzoek uit te lokken bij concernvennootschappen van de rechtspersoon in wier ondernemingen personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten, zeker nu, zoals uit het vorenstaande blijkt, mede de positionering van holding in de in geding zijnde gebeurtenissen aanleiding geven tot de gerezen twijfel omtrent een juist beleid”.
- 16 Zie paragraaf 2.2.1, voetnoot 6.
- 17 Een vakbond met slechts één lid in een concern waarvan ten minste 25 procent van de werknemers in Nederland werkzaam is, zou in die opzet een enquêteverzoek kunnen indienen.

– 2. *Enquêterecht voor de OR?*

De vraag of aan de OR het enquêterecht zou moeten worden toegekend is aan de orde geweest in het SER-advies over *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden* uit 2003 (03/12). De raad was hierover verdeeld. De verdeelde standpunten van destijds zijn weer gegeven in bijlage 5 bij dit advies.

– 3. *Enquêterecht voor de vennootschap zelf*

Het kabinet vraagt de raad aandacht te schenken aan “de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers”. De adviesvraag is niet beperkt tot de toegang tot het enquêterecht voor werknemers/vakbonden/de OR zelf. Het is wenselijk dat ook de vennootschap zelf kan verzoeken om een onderzoek naar de gang van zaken van de vennootschap¹⁸. Ook voor een enquêteverzoek van de vennootschap geldt dat het verzoek slechts wordt toegewezen wanneer blijkt van ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’ en dat de rechter in de tweede fase van de procedure toetst of sprake is van ‘wanbeleid’. De in paragraaf 4.1 genoemde afstemming van het toetsingsbeleid op de business judgment rule kan bij een enquêteverzoek van de vennootschap niet onverkort gelden.

– 4. *Enquêterecht voor aandeelhouders*

Volgens de huidige wettelijke regeling komt het recht de OK om een enquête te verzoeken toe aan aandeelhouders/certificaathouders die ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen.

Door de naast het vereiste van 10 procent van het geplaatste kapitaal als alternatief opgenomen eis van bezit van € 225.000 aan nominaal kapitaal, heeft het relatieve criterium van 10 procent van het geplaatste kapitaal inmiddels nog slechts betekenis voor kleine ondernemingen, met een aandelenkapitaal van minder dan € 2,25 miljoen. Voor alle andere ondernemingen, tot en met de grootste, geldt feitelijk het vaste drempelbedrag dat nooit aan de economische groei en inflatie is aangepast. Daardoor kan thans een relatief gering aandelenbezit reeds toegang geven tot het enquêterecht.

Naar het oordeel van de raad ligt het in de rede op dit punt aansluiting te zoeken bij de drempel voor het agenderingsrecht voor aandeelhouders. Deze ligt nu op 1 procent van het geplaatste kapitaal. De raad stelt voor de drempel van 1 procent van het geplaatste kapitaal ook te laten gelden voor het enquêterecht van aandeelhouders. Door de voorwaarde van 1 procent van het geplaatste kapitaal te laten ingaan bij een aandelenkapitaal van meer dan € 22,5 miljoen blijft bij kleinere ondernemingen de huidige regeling van de toegang tot het enquêterecht ongewijzigd van kracht.

De commissie-Frijns heeft in haar advies van 30 mei 2007 aan het kabinet aanbevolen de drempel voor het agenderingsrecht te verhogen naar 3 procent van het geplaatste kapi-

18 Binnen concernverband dient alleen de moeder zelf te kunnen besluiten tot een enquêteverzoek ten aanzien van haarzelf of een dochter.

taal. Indien het kabinet besluit een wetsvoorstel in te dienen tot verhoging van de huidige drempel voor het agenderingsrecht, is er aanleiding om ook de bovengenoemde 1-procentdrempel voor het enquêterecht te heroverwegen. In die afweging zou het totaal van de waarborgen voor een goede corporate governance moeten worden betrokken.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen merken het volgende op. Volgens de huidige wettelijke regeling komt het recht de OK om een enquête te verzoeken toe aan aandeelhouders en certificaathouders die ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen. Deze criteria gelden sinds 1970, toen op aanbeveling van de commissie-Verdam en na advies van de SER het in 1929 ingevoerde enquêterecht werd gewijzigd. Tussen 1929 en 1970 kon een enquêteverzoek worden gedaan door aandeelhouders en certificaathouders die ten minste een vijfde van het geplaatste kapitaal uitmaakten. De commissie-Verdam vond deze eis te zwaar: “Voorals bij grote vennootschappen, waarvan de aandelen aan toonder luiden en het aandelenbezit zeer gespreid is, zal het immers moeilijk, en in verschillende gevallen praktisch onmogelijk, zijn het door de wet gestelde minimum bijeen te krijgen. Daarom is er naar de mening van de raad reden toe het gestelde minimum te halveren en daarnaast een absoluut minimum van f 500.000 te stellen, dit laatste met het oog op de grote naamloze vennootschappen”¹⁹. De toenmalige minister van Justitie was met betrekking tot dit laatste criterium in dit verband van opvatting dat “dit criterium enigermate willekeurig is, maar het verhindert in elk geval dat [bij grote naamloze vennootschappen] het enquêterecht praktisch illusoir zou worden”²⁰. De SER kon hier in zijn advies uit 1967 mee instemmen. De stijging van de marktkapitalisatie van de beursgenoteerde vennootschappen kan aanleiding zijn om de criteria uit 1970 te heroverwegen. Het criterium van 10 procent van het geplaatste kapitaal blijkt voor veel vennootschappen te hoog te zijn (voor een aantal grote beursgenoteerde vennootschappen betekent dit dat miljarden moeten zijn geïnvesteerd voordat een enquêteverzoek kan worden ingediend), terwijl het criterium van – nu – € 225.000 nominaal aandelenkapitaal weinig zegt over de daadwerkelijke investering van een belegger in de betreffende beursgenoteerde vennootschap. Bij het formuleren van een eventuele nieuwe drempel blijven de achterliggende overwegingen van de wijziging van het enquêterecht in 1970 onverminderd gelden; namelijk dat het enquêterecht juist ook is bedoeld voor de bescherming van de positie van minderheidsaandeelhouders bij de grote beursgenoteerde vennootschappen. De adviserende leden vinden een drempel van 1 procent voor beursgenoteerde vennootschappen een evenwichtige oplossing, met daarbij de vervanging van het ‘nominale waarde’-criterium door een ‘marktwaarde’-criterium, waarbij de adviserende leden denken aan een bedrag van € 20 miljoen (beurswaarde op het moment van indienen van een verzoekschrift en op het moment van het indienen van

19 Kamerstukken II 1967/68, 9596, nr. 3, p. 5.

20 Kamerstukken II 1967/68, 9596, nr. 3, p. 10.

het verzoek tot vaststellen van wanbeleid). De adviserende leden verwerpen een koppeling met het agenderingsrecht. Het agenderingsrecht ziet toe op het feit dat een aandeelhouder met een bepaald belang een punt op de agenda kan zetten, waarna de aandeelhoudersvergadering met een meerderheid nog moet instemmen met het voorstel van die aandeelhouder. Dit in tegenstelling met het enquêterecht, dat juist tot doel heeft om mede ten behoeve van minderheidsaandeelhouders inzicht te geven in de gang van zaken bij een onderneming en bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid. Als er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid zouden er lage drempels moeten gelden om dit bij de rechter aanhangig te maken, teneinde een enquête te verzoeken. De adviserende leden zijn van mening dat een wijziging van de drempel om een enquêteverzoek in te stellen alleen dan acceptabel is, als niet tevens de toelatingsvoorwaarden van het enquêterecht en de toetsing worden verzwaard door onder andere de introductie van de business judgment rule.

Het onderwerp 'enquêterecht voor de vennootschap zelf' valt buiten de adviesaanvraag van het kabinet en het versterkt de positie van werknemers niet, aangezien deze al zelf om een enquête kunnen verzoeken. De adviserende leden zijn op voorhand niet tegen een enquêterecht voor de vennootschap zelf. In ieder geval zou bij de uitwerking voldoende aandacht moeten worden geschonken aan de formulering van de criteria waarop het bestuur een verzoek mag indienen tot het instellen van een enquête naar de gang van zaken van de vennootschap en het gedrag van organen van de vennootschap die de gang van zaken (kunnen) beïnvloeden. Misbruik van deze bevoegdheid door het bestuur dient te worden voorkomen. Tot slot merken zij bij het enquêterecht op dat de toegang voor minderheidsaandeelhouders niet buitenproportioneel mag worden belemmerd en dat de financiering van toegewezen onderzoeken door de rechter adequaat wordt geregeld.

Afronding

De raad beveelt aan een overeenkomstig zijn aanbevelingen in paragraaf 4.1.2 en 4.2.2 geïntroduceerde wijziging van het enquêterecht drie jaar na de inwerkingtreding van een wettelijke regeling daarover te evalueren. Hij gaat ervan uit dat de evaluatie ter kennis wordt gebracht van de SER opdat deze kan overwegen of hij zich daarover zal uitspreken.

5 Bevindingen van de raad bij de opties van de adviesaanvraag

Inleiding

In dit hoofdstuk geeft de raad zijn visie op de door het kabinet voorgelegde opties ter versterking van de positie van werknemers in de onderneming/vennootschap.

Voorafgaand aan bespreking van de door het kabinet voorgelegde specifieke opties vestigt de raad de aandacht op de mogelijkheden voor OR, bestuur en RvC om onderlinge afspraken te maken (convenanten). De raad verwijst mede naar hetgeen hij in paragraaf 2.2.1 heeft opgemerkt over afspraken op basis van artikel 32 WOR.

In paragraaf 5.1 besteedt de raad aandacht aan de optie van een spreekrecht voor de OR in de AvA, in paragraaf 5.2 aan de positie van werknemers bij fusie en overname en in paragraaf 5.3 aan de positie van de EOR. Paragraaf 5.4 is gewijd aan de door het kabinet voorgelegde optie van vergroting van de betrokkenheid van werknemers bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen.

Bij bespreking van de opties die het kabinet voorlegt, zal, waar relevant, onderscheid worden gemaakt tussen beursvennootschappen die uitsluitend in Nederland opereren en *internationale* beursvennootschappen die ook buiten Nederland activiteiten ontplooiën.

5.1 Spreekrecht voor de OR in de AvA van de beursvennootschap

Adviesaanvraag

De eerste optie waarvan het kabinet vraagt deze in de overwegingen te betrekken, is een *spreekrecht voor de OR in de AvA*.

Bevindingen van de raad

Een spreekrecht in de AvA biedt de OR de gelegenheid aan de AvA zijn standpunt kenbaar te maken over belangrijke besluiten van de vennootschap. Een dergelijk spreekrecht bestaat in het huidige vennootschapsrecht al in de structuurregeling: bij een door de AvA voorgenomen collectief ontslag van de RvC van een structuurvennootschap kan de OR desgewenst zijn standpunt in de AvA toelichten (artikel 2:161a BW). Het kabinet heeft eind december 2007 ter consultatie van belanghebbenden een voorontwerp gepubliceerd voor een wetsvoorstel tot invoering van een recht voor de OR om een standpunt te bepalen over het bezoldigingsbeleid bij naamloze vennootschappen. Het voorontwerp bepaalt in het voorgestelde artikel 2:135a BW onder meer dat de OR zijn standpunt kan toelichten in de algemene vergadering van aandeelhouders¹.

1 Zie www.justitie.nl.

Het kabinet doelt in de adviesaanvraag kennelijk op toekenning van een soortgelijk spreekrecht ten aanzien van (andere) aangelegenheden betreffende of binnen de vennootschap, echter zonder deze te benoemen.

De raad is van mening dat een spreekrecht van de OR in de AvA eraan kan bijdragen dat de belangen van de werknemers door de AvA voldoende worden meegewogen en daarmee kan bijdragen aan een versterking van de positie van werknemers. Hij realiseert zich dat het in de praktijk bij beursvennootschappen regelmatig voorkomt dat de OR in de gelegenheid wordt gesteld zijn opvatting kenbaar te maken in de AvA. De raad acht het, gezien het belang van een dergelijk spreekrecht, verstandig dit in de wet te verankeren. Hij stelt zich daarbij de volgende invulling voor.

De OR krijgt bij beursvennootschappen een spreekrecht in de AvA bij:

- de bestuursbesluiten ten aanzien waarvan de AvA op grond van artikel 2:107a BW goedkeuringsrecht heeft (belangrijke verandering van identiteit of karakter van de vennootschap of onderneming)²;
- benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen van de vennootschap door de AvA³.

Voor de bepaling aan welke OR het spreekrecht toekomt zou aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 2:135 lid 2 BW, waarin wordt verwezen naar de regeling in artikel 2:158 lid 11 BW.

Indien de beursvennootschap internationaal opereert of deel uitmaakt van een internationaal opererend concern, moet rekening worden gehouden met het territorialiteitsbeginsel en het legitimiteitsbeginsel. In dit geval is het aandeel van de in Nederland werkzame werknemers in het totaal van de werknemers van de beursvennootschap respectievelijk het concern bepalend voor de vraag of er spreekrecht is voor de OR in de AvA.

De raad acht het passend een vrijstelling van het hiervoor bedoelde spreekrecht te introduceren voor internationale holdings die (alleen of tezamen met een of meer andere vennootschappen) aan het hoofd staan van een groep waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam is⁴.

-
- 2 Tot deze bestuursbesluiten behoren in ieder geval: a. overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde; b. het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een dochtermaatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap (...), indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap; c. het nemen of afstoten van een deelneming in het kapitaal van een vennootschap ter waarde van ten minste een derde van het bedrag van de activa (...). De Hoge Raad heeft in zijn arrest inzake ABN Amro van 13 juli 2007 beslist dat artikel 2:107 BW restrictief dient te worden uitgelegd.
 - 3 De raad reageert hiermee tevens op de door de adviesaanvraag voorgelegde optie van een grotere betrokkenheid van werknemers bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen. Zie over die optie ook hierna par. 5.4.
 - 4 Vergelijk artikel 2:153 lid 3, aanhef en sub b, dat voor de structuurregeling een vergelijkbare vrijstelling inhoudt. Het eerder genoemde voorontwerp voor een wetsvoorstel "spreekrecht OR ten aanzien van bezoldigingsbeleid bij naamloze vennootschappen" bepaalt dat het voorgestelde artikel 2:135a BW geen toepassing vindt indien de vennootschap aan het hoofd staat van een concern waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn.

Afronding

De raad beveelt aan een overeenkomstig zijn aanbevelingen geïntroduceerd spreekrecht voor de OR in de AvA drie jaar na de inwerkingtreding van een wettelijke regeling daarover te evalueren. Hij gaat ervan uit dat de evaluatie ter kennis wordt gebracht van de SER opdat deze kan overwegen of hij zich daarover zal uitspreken.

5.2 Fusie en overname

Adviesaanvraag

Een tweede optie voor versterking van de positie van werknemers waarvan het kabinet vraagt deze in de overwegingen te betrekken, is *de betrokkenheid van werknemers bij een fusie of overname*.

Bevindingen van de raad

De raad constateert dat de betrokkenheid van werknemers bij fusie of overname in hoofdzaak tot gelding komt via het advies- en beroepsrecht van de OR op grond van de WOR en via de jegens vakorganisaties in acht te nemen SER-Fusiegedragsregels.

In paragraaf 2.2 is hierover beknopte informatie opgenomen. Meer informatie over de werking van het advies- en beroepsrecht en de SER-Fusiegedragsregels bij fusie en overname is opgenomen in bijlage 2 bij dit advies.

– a. *Uitsluitend in Nederland opererende beursvennootschap/concern*

De raad stelt vast dat het bestaande instrumentarium bij ondernemingen van eenvoudige beursvennootschappen adequate mogelijkheden biedt.

Voor het geval dat de beursvennootschap zelf of het concern waarvan zij holding is, uitsluitend in Nederland opereert, ziet de raad – gezien het bestaande instrumentarium en de jurisprudentie (zie hoofdstuk 2) – geen aanleiding een voorstel te doen tot wijziging van de positie van werknemers bij fusie en overname.

– b. *Internationaal opererende beursvennootschap/concern*

De raad stelt vast dat de SER-Fusiegedragsregels aan *vakbonden*, ook indien sprake is van een internationaal opererende beursvennootschap/concern adequate mogelijkheden bieden⁵.

5 De gedragsregels dienen in acht te worden genomen a. indien bij een fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming is betrokken waarin in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn; b. indien een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn. De Fusiegedragsregels zijn niet van toepassing als de fusie niet tot de Nederlandse rechtsfeer behoort.

Ten aanzien van de OR brengt de raad in herinnering dat, voor zover een fusie of overname leidt tot (organisatorische) wijzigingen binnen het Nederlands concern, het bestuur van de subholding of werkmaatschappij die aan het hoofd staat van dat concern zelf verantwoordelijk is voor de implementatie van het concernbeleid ter zake door middel van door haar zelf te nemen besluiten. Omtrent deze besluiten kan de OR van de dochter ten volle zijn bevoegdheden uitoefenen⁶. Daarnaast is, voor zover besluiten van de holding tot gelding komen op het niveau van de dochter, in de rechtspraak erkend dat *onder omstandigheden* via toerekening en medeondernemerschap ruimte is voor adviesrecht van de OR van de dochter ten aanzien van besluiten van de holding⁷.

De raad merkt op dat de toelichting bij het nieuwe Besluit openbare biedingen (Bob) op gespannen voet staat met de eisen die de Fusiegedragsregels en artikel 25 WOR stellen aan het tijdstip van raadpleging van de vakbonden en de OR omtrent voorgenomen besluiten tot het aangaan van een fusie, daaronder begrepen het voorgenomen besluit tot het uitbrengen van een openbaar bod. De toelichting (op artikel 5) wekt de suggestie dat de raadpleging voldoende tijdig zou geschieden, indien zij geschiedt nadat overeenstemming is bereikt respectievelijk nadat over het bod is besloten, mits in de openbare mededeling daarover maar uitdrukkelijk is vervat dat de overeenstemming respectievelijk de aankondiging van het bod voorwaardelijk is in verband met de omstandigheid dat OR en vakbonden nog moeten worden geraadpleegd. Dit zal zich in het algemeen moeilijk laten verenigen met de bepaling in de WOR en de Fusiegedragsregels dat het oordeel van OR en vakbonden van wezenlijke invloed moet kunnen zijn⁸.

Desgevraagd heeft de ministeriële vertegenwoordiging aan de voorbereidingscommissie laten weten dat in de toelichting bij het Bob niet is bedoeld af te wijken van de in de Fusiegedragsregels en de WOR opgenomen eis dat het oordeel van vakbonden en OR van wezenlijke invloed moet kunnen zijn. De raad neemt hier nota van.

5.3 De Europese ondernemingsraad

Inleiding

In paragraaf 2.3 bleek dat de raad niet eensluidend oordeelt over de vraag of de Europese wetgever nadere voorzieningen zou moeten treffen voor de medezeggenschap van werknemers. In deze paragraaf spreekt de raad zich uit over de EOR-Richtlijn.

Op 22 september 1994 kwam de ‘Richtlijn inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communau-

6 Zie hierover paragraaf 2.2.2. onder a.

7 De dochter is zelf verantwoordelijk voor de implementatie van het concernbeleid in door haar zelf te nemen besluiten. Omtrent deze besluiten kan de OR van de dochter ten volle zijn bevoegdheden uitoefenen.

8 Artikel 14 Richtlijn 2004/25/EG inzake het overnamebod bepaalt dat bestaande nationale bepalingen ten aanzien van de medezeggenschap van werknemers onverlet blijven.

taire dimensie ter informatie en raadpleging van werknemers' tot stand, hierna ook: de EOR-Richtlijn⁹.

De Richtlijn is van toepassing op ondernemingen en concerns met een 'communautaire dimensie'. Hiervan is, kort gezegd, sprake indien de onderneming of het concern in totaal 1000 werknemers heeft in de Lid-staten en in ten minste twee Lid-staten per Lid-staat ten minste 150 werknemers werkzaam zijn. De Richtlijn gaat voor de rol van de werknemers uit van het contract-model, waarbij het initiatief ligt bij de vennootschap en de bijzondere onderhandelingsgroep (bog). Bij gebreke van het bereiken van een akkoord tussen hoofdbestuur en bog gelden de subsidiaire voorschriften van de Bijlage bij de Richtlijn.

Op grond van de Bijlage heeft de EOR recht op informatie en raadpleging over vraagstukken die van belang zijn voor de hele onderneming of het hele concern met een communautaire dimensie, of voor ten minste twee vestigingen of ondernemingen in verschillende Lid-staten. De Bijlage bevat bij wijze van 'vangnetbepaling' de verplichting om de EOR eenmaal per jaar te informeren en raadplegen over onder meer 'fusies', zonder daaraan verdere uitwerking te geven.

De Europese Commissie heeft voorjaar 2007 besloten dat de Richtlijn opnieuw tegen het licht zal worden gehouden en dat op Europees niveau hierover een consultatie zal plaatsvinden.

De vraag of in aanvulling op de in paragraaf 5.2 genoemde Nederlandse en de hierboven genoemde EU-regelgeving, nadere regelgeving noodzakelijk is, wordt binnen de raad niet eenduidig beantwoord.

Een deel van de raad¹⁰ stelt vast dat bij een internationale beursvennootschap/concern de medezeggenschap bij fusie en overname en andere voor de positie van de werknemers relevante strategische besluiten niet afdoende kan worden geregeld door de Nederlandse wetgever. Voor een mogelijke regeling zijn wel aanknopingspunten te vinden in regelingen op EU-niveau, in het bijzonder in de hierboven kort beschreven EOR-Richtlijn. Het verdient aanbeveling dat de in de Bijlage bij de Richtlijn opgenomen verplichting de EOR te informeren en te raadplegen over 'fusies', nader wordt uitgewerkt. De uitwerking zou globaal moeten inhouden dat de EOR van geval tot geval wordt geraadpleegd over een voornemen tot fusie of overname, over de voorgenomen reactie van de communautaire onderneming op een bieding door een derde alsmede over voorgenomen andere strategische besluiten van ingrijpende aard. Bijzondere aandacht daarbij verdienen de wijze en

9 Richtlijn 94/45 EG inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van werknemers. De Richtlijn is in Nederland geïmplementeerd door de Wet op de Europese ondernemingsraden, die in januari 1997 in werking is getreden.

10 De werknemersleden en de kroonleden Bovens, Brouwer, Goudswaard, Van der Heijden, Teulings, Vliegenthart en Wilke.

het tijdstip waarop de EOR moet worden geraadpleegd: het oordeel van de EOR moet van wezenlijke invloed kunnen zijn op de besluitvorming.

Nederland zou zich er voorts sterk voor moeten maken dat aan de EOR een spreekrecht in de AvA wordt toegekend conform hetgeen voor de OR is bepleit in paragraaf 5.1. Indien op EU-niveau een dergelijke regeling voor ondernemingen met een communautaire dimensie zou worden getroffen, zou – bij deze ondernemingen – het spreekrecht van de OR daarvoor kunnen wijken.

Een ander deel van de raad¹¹ heeft de opvatting dat het noodzakelijk noch wenselijk is de Richtlijn EOR (op de hiervoor bepleite wijze) uit te breiden. Dit deel van de raad is allereerst van oordeel dat het bestaande instrumentarium Nederlandse werknemersvertegenwoordigers voldoende instrumenten biedt om de belangen van Nederlandse werknemers, ook bij internationale fusies en overnames, afdoende te behartigen en dat van enige leemte in dit opzicht niet is gebleken. Aan een regeling op EU-niveau is reeds daarom geen behoefte. Daarnaast acht dit deel van de raad het onwenselijk strikt Nederlandse, aan de WOR ontleende opvattingen omtrent inhoud en inrichting van de medezeggenschap dwingend op te leggen aan andere EU-landen, waar uiteenlopende opvattingen bestaan over – en ervaringen zijn met – medezeggenschap. Dit klemt temeer nu de Richtlijn qua opzet op een wezenlijk punt afwijkt van de WOR: waar in de WOR de wetgeving zelf leidend is voor omvang en inhoud van de aan werknemersvertegenwoordigers toegekende medezeggenschapsrechten, is in de opzet van de EOR-Richtlijn de tussen ondernemer en de vertegenwoordigers van de werknemers te sluiten *overeenkomst* bepalend voor de omvang en inhoud van de aan de EOR toekomende bevoegdheden. Een nadere aanscherping van de Richtlijn als hiervoor bepleit verdraagt zich slecht met dit uitgangspunt. Overeengekomen regelingen tussen werkgever en werknemers worden dan immers (al dan niet met overgangsrecht) door de Europese wetgever eenzijdig ‘overruled’. Dat zal de acceptatie van de EOR in alle lidstaten van de EU, ook in die lidstaten met een nog beperkte traditie op het vlak van medezeggenschap, geen goed doen. Dit deel van de raad is daarom van oordeel dat het aanbeveling verdient de huidige richtlijn en de ter uitvoering daarvan ingevoerde wetgeving in de praktijk verder tot wasdom te laten komen alvorens herzieningen te overwegen.

5.4 Grotere betrokkenheid OR bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen

Inleiding

Een volgende optie waarvan de minister de raad vraagt deze in de overwegingen te betrekken, is een *grotere betrokkenheid van de OR bij benoeming en ontslag van bestuurders en*

11 De ondernemersleden en de kroonleden Linschoten en Van Duyne. Het kroonlid Rinnooy Kan onthoudt zich van stemming.

commissarissen. Achtereenvolgens komen aan de orde benoeming en ontslag van bestuurders (5.4.1) en van commissarissen (5.4.2).

5.4.1 *Benoeming en ontslag van bestuurders*

De adviesaanvraag

De adviesaanvraag spreekt in het kader van mogelijke versterking van de positie van werknemers over de mogelijkheid van een ‘grotere betrokkenheid’ van de OR bij benoeming en ontslag van *bestuurders*.

Volgens informele ambtelijke toelichting wordt niet bedoeld op de bestuurders in de zin van de WOR (ten aanzien van wie de OR al adviesrecht heeft), maar op de *leden van de raad van bestuur* van de vennootschap die de onderneming in stand houdt.

Bestuurders in de zin van de WOR / bestuurders van de vennootschap

Ingevolge artikel 30 WOR heeft de OR adviesrecht bij een door de ondernemer voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van de bestuurder van de onderneming.

Bestuurder in de zin van de WOR is (uitsluitend) degene die, alleen of samen met anderen, rechtstreeks de hoogste zeggenschap heeft bij de leiding van de arbeid in de onderneming. De bestuurder van de onderneming in de zin van de WOR kan tevens in vennootschapsrechtelijke zin bestuurder van de vennootschap zijn. Dat hoeft echter niet steeds het geval te zijn. Immers, niet iedere bestuurder van de vennootschap oefent de hoogste zeggenschap uit bij de leiding van de arbeid. Omgekeerd zal de hoogste leidinggevende bij de arbeid in de onderneming niet altijd tevens lid zijn van de raad van bestuur van de vennootschap. Is dat wel zo, dan telt de raad van bestuur daarnaast meestal nog andere leden die niet bestuurder zijn in de zin van de WOR.

Het adviesrecht van de OR bij benoeming of ontslag van de bestuurder van de onderneming in de zin van de WOR impliceert niet dat de OR medezeggenschap heeft ten aanzien van de samenstelling van het bestuursorgaan van de vennootschap die de onderneming in stand houdt.

Bevindingen van de raad

De raad stelt vast dat de OR geen adviesrecht heeft bij benoeming en ontslag van de leden van de raad van bestuur van de vennootschap die de onderneming in stand houdt.

De leden van het bestuur van de vennootschap worden benoemd en ontslagen door de AvA, met dien verstande dat de statuten aan de besluitvorming daaromtrent nadere eisen kunnen stellen. Deze norm beantwoordt aan het internationaal geldende uitgangspunt dat de verstrekkers van het risicodragend vermogen van de vennootschap een ultieme mogelijkheid moeten hebben om verlies van vertrouwen in bestuurders tot gelding te

brengen¹². De raad respecteert dat uitgangspunt en ziet in het licht daarvan geen reden om een adviesrecht voor de OR te bepleiten ten aanzien van benoeming en ontslag van leden van het bestuur van de vennootschap. Wel bepleit de raad een in paragraaf 5.1 nader omschreven spreekrecht van de OR in de AvA over voorstellen tot benoeming en ontslag van leden van het bestuur van beursvennootschappen.

5.4.2 *Benoeming en ontslag van commissarissen*

De adviesaanvraag

De adviesaanvraag spreekt in het kader van mogelijke versterking van de positie van werknemers ook over de optie van een 'grotere betrokkenheid' van de OR bij benoeming en ontslag van commissarissen. Het kabinet denkt hierbij aan benoeming en ontslag van commissarissen bij *structuurvennootschappen*¹³.

Bevindingen van de raad

Benoeming en ontslag van commissarissen bij structuurvennootschappen door de AvA

Bij de structuurvennootschap worden de commissarissen, op voordracht van de RvC, benoemd door de AvA. De AvA en de OR kunnen aan de RvC personen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. Voor (ten hoogste) een derde van het aantal leden van de RvC geldt dat de RvC een door de OR 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
- de RvC bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld.

De wet duidt het hierboven beschreven aanbevelingsrecht van de OR ten aanzien van ten hoogste een derde van de commissarissen aan als 'versterkt aanbevelingsrecht'. De beperkingen voor de RvC om een versterkte aanbeveling te passeren, gelden niet voor gewone aanbevelingen van de OR en van de AvA.

Voor de benoeming van commissarissen van de structuurvennootschap door de AvA (op een voordracht van de RvC die op grond van het 'versterkt aanbevelingsrecht' een of meer kandidaten op 'sub-voordracht' van de OR kan omvatten), heeft de raad in zijn advies van 2001 over de structuurregeling de volgende regeling aanbevolen¹⁴:

12 Zie in dit verband ook de redenering die ten grondslag ligt aan het 'verzwakte' regime van de structuurregeling dat waarborgt dat in internationale concernverhoudingen de moedervennootschap (AvA) bevoegd blijft het bestuur van de structuur-dochtervennootschap te benoemen.

13 Dit is af te leiden uit de speech van minister Bos bij publicatie van het rapport van de commissie-Frijns op 30 mei 2007 en is bevestigd in informele ambtelijke toelichting.

14 SER (2001) *Advies Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*, publicatienr. 01/02, Den Haag, p. 90.

Een door de RvC aan de AvA voorgedragen kandidaat geldt als benoemd, tenzij de AvA de voordracht verwierpt met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal.

De huidige structuurregeling, zoals die sinds oktober 2004 geldt, bepaalt dat de AvA de voordracht van de RvC kan afwijzen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigende ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. In vervolg daarop bepaalt de wet dat, indien niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal ter vergadering vertegenwoordigd was, een nieuwe vergadering kan worden bijeengeroepen waarin de voordracht kan worden afgewezen met volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen (zonder kapitaalseis).

Collectief ontslag van de RvC van de structuurvennootschap door de AvA

In zijn eerder genoemde advies over de structuurregeling heeft de SER ook aanbevelingen gedaan over de mogelijkheid van collectief ontslag van de RvC door de AvA. De raad adviseerde dat de AvA bij besluit genomen met twee derde van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, kan beslissen dat de RvC in zijn geheel dient af te treden.

De wettelijke regeling voor het heenzenden van de RvC door de AvA wijkt af van de regeling die de SER heeft aanbevolen. Van de door de raad verlangde versterkte tweederde meerderheid die ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, maakte de wetgever een gewone meerderheid: de AvA kan bij besluit genomen met volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, het vertrouwen in de RvC opzeggen.

Vastgesteld kan worden dat de wetgever deze beide aanbevelingen die de raad in zijn advies van 2001 heeft geformuleerd, niet heeft overgenomen. De raad is nog altijd voorstander van deze aanbevelingen en bepleit dat de wetgever deze alsnog ter harte neemt, al dan niet in het verlengde van de eerder bepleite evaluatie van de structuurregeling (zie hierna)¹⁵.

De raad heeft in zijn advies van 2001 over *het functioneren en de toekomst van de structuurregeling* uitgesproken dat hij het verstandig acht vijf jaar na inwerkingtreding van een herziene wettelijke regeling de effecten daarvan te evalueren. De huidige structuurregeling is in werking getreden op 1 oktober 2004. De raad gaat ervan uit dat na 1 oktober 2009 een evaluatie zal plaatsvinden van alle onderdelen van de herziene structuurregeling, mede in internationaal perspectief en dat de resultaten daarvan ter kennis worden gebracht van de SER opdat deze zich hierover desgewenst kan uitspreken.

De adviserende leden die de belangen van aandeelhouders vertegenwoordigen staan niet achter het SER-advies over *het functioneren en de toekomst van de structuurregeling* uit 2001. Zij merken op dat dit advies op onevenwichtige wijze tot stand is gekomen, aangezien

¹⁵ Zie voor aanbevelingen van de raad over een spreekrecht voor de OR in de AvA over voorstellen tot benoeming of ontslag van commissarissen van beursvennootschappen paragraaf 5.1.

van de drie betrokken groepen belanghebbenden – te weten aandeelhouders, werknemers en werkgevers – slechts de laatste twee bij de totstandkoming van dat advies betrokken waren. Een inperking van de huidige rechten van aandeelhouders is niet acceptabel zolang niet de hiervoor genoemde – ook door de adviserende leden wenselijk geachte – evaluatie van de effecten van de herziene structuurregeling, mede in het licht van alle onderdelen van het SER-advies van 2001, heeft plaatsgevonden. Zonder feitelijk onderzoek naar de uitslagen van de stemmingen in aandeelhoudersvergaderingen en een inventarisatie van de gevallen waarin misbruik zou zijn gemaakt van deze aandeelhoudersrechten, zien de adviserende leden geen reden tot verzwakking van de positie van aandeelhouders in dit verband. De adviserende leden nemen daarom afstand van de voorstellen van de raad ten aanzien van de positie van de AvA bij benoeming en ontslag van commissarissen, om de volgende redenen:

- De voorstellen liggen buiten de reikwijdte van de adviesaanvraag van het kabinet. De voorstellen versterken niet de positie van de werknemers, maar verzwakken de positie van de AvA.
- De positie van de commissaris(sen) die via het versterkte aanbevelingsrecht is/zijn benoemd, wordt niet (specifiek) geraakt door de huidige wettelijke drempels. Immers, de ontslagmogelijkheid voor de AvA betreft de gehele RvC en bestaat niet voor een individuele commissaris.
- Soms wordt gesteld dat het door de lagere wettelijke drempels voor de AvA gemakkelijker is om een benoemingsvoordracht, waarbij de OR gebruik heeft gemaakt van het versterkte voordrachtsrecht, te doorbreken. In theorie klopt dit, maar sinds de inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot wijziging van de structuurregeling heeft de AvA een dergelijke voordracht geen enkele keer doorbroken.
- Ook rond de mogelijkheid om de gehele RvC te ontslaan is geen sprake geweest van ‘machtsmisbruik’. Het voorstel om de RvC van Stork te ontslaan werd tegengehouden door de Ondernemingskamer vanwege strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid.
- In 2001 was het argument dat het SER-advies een samenhangend geheel was en er van ‘cherry picking’ geen sprake mocht zijn. Dan zou dat nu ook moeten gelden voor de overige elementen uit het SER-advies uit 2001, zoals het handhaven van het agenderingsrecht op één procent en het herstellen van enkele goedkeuringsbesluiten van de aandeelhoudersvergadering.

Den Haag, 15 februari 2008

A.H.G. Rinnooy Kan
voorzitter

V.C.M. Timmerhuis
algemeen secretaris



BIJLAGEN

Bijlagen 1 tot en met 7

Hierna zijn opgenomen de bijlagen 1 tot en met 7 bij het advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur.

Bijlage 8, bestaande uit vier onderdelen, namelijk de externe consultatie en de drie (onderzoeks)rapportages, is opgenomen in de bij dit advies behorende afzonderlijke publicatie 08/01A.



Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid

Aan de voorzitter van de SER
De heer Dr. A.H.G. Rinnooy Kan
Postbus 90405
2509 LK S GRAVENHAGE



Postbus 90801
2509 LV Den Haag
Anna van Hannoverstraat 4
Telefoon (070) 333 44 44
Fax (070) 333 40 33
www.szw.nl

Contactpersoon mr. G.A.M. van Atteveld
Doorkiesnummer (070) 333 63 04
E-mail GvAtteveld@minszw.nl

Ons kenmerk AV/CAM/2007/20674

Datum 19 JUNI 2007

Onderwerp Versterken positie werknemers

Geachte heer Rinnooy Kan,

Mede in het licht van fenomenen als hedgefondsen en private equity partijen is in 2006 de vraag opgekomen of het beoogde evenwicht in het Nederlandse systeem van corporate governance wel in alle opzichten gerealiseerd wordt. De Commissie Frijns heeft deze vraag onderzocht en op 30 mei jl. advies uitgebracht over de verhouding tussen vennootschap en aandeelhouders en over het toepassingsbereik van de Corporate Governance Code.

Het richtsnoer voor het handelen van het bestuur en de raad van commissarissen is volgens de Monitoring Commissie het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn. De Monitoring Commissie wijst er op dat de onderneming een langetermijnsamenwerkingsverband is tussen verschillende bij de vennootschap betrokken partijen en noemt daarbij uitdrukkelijk ook de werknemers.

Het advies van de Monitoring Commissie bevat echter geen specifieke aanbevelingen met betrekking tot de positie van werknemers. Het kabinet acht het daarom wenselijk om in aanvulling op de werkzaamheden van de Commissie Frijns nader te verkennen of de positie van werknemers in de vennootschap versterking behoeft, een positie die niet los gezien kan worden van die van andere stakeholders.

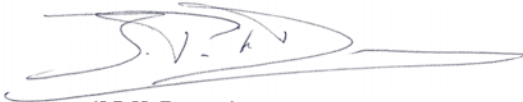
In dat kader verzoekt het kabinet de SER een gericht advies uit te brengen over de vraag of de positie van werknemers in de onderneming versterking behoeft en hoe dit gerealiseerd kan worden, zodanig dat de belangen van werknemers voldoende worden meegewogen bij de besluitvorming in en over Nederlandse ondernemingen. Het kabinet verzoekt de SER daarbij in ieder geval te betrekken de opties van een spreekrecht van de ondernemingsraad (OR) in de AvA, de betrokkenheid van werknemers bij een fusie of overname en grotere betrokkenheid van de OR bij benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen. Het kabinet verzoekt

om in het advies ook aandacht te schenken aan de toegang tot het enquêterecht in het kader van de versterking van de positie van werknemers.

Het kabinet verzoekt de SER in het kader van het advies een consultatie uit te voeren naar de opvattingen van alle relevante partijen, in het bijzonder werkgevers- en werknemersorganisaties, aandeelhouders en ter zake deskundigen.

Voor het kabinet is het van belang om tot samenhangende besluitvorming te komen over de positie van alle stakeholders bij de onderneming. Gelet op recente ontwikkelingen en het beschikbaar komen van het rapport van de Monitoring Commissie, streeft het kabinet naar snelle besluitvorming. Daarom verzoek ik u uw advies uiterlijk medio oktober aan mij te doen toekomen. Indien deze termijn voor de SER te krap wordt bevonden om tot een schriftelijk advies te komen, dan is het ook denkbaar dat u het kabinet in een consultatief overleg informeert over uw opvattingen ter zake.

Hoogachtend,
de Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J.P.H. Donner', written over a horizontal line.

(J.P.H. Donner)

Medezeggenschapsregelingen bij fusie en overname:

- Advies- en beroepsrecht OR op grond van de WOR;
- SER-Fusiegedragsregels 2000;
- Besluit openbare biedingen (Bob).

Adviesrecht OR ex artikel 25 WOR

De OR heeft op grond van artikel 25 WOR een adviesrecht ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer op financieel-economisch terrein. Daartoe behoren onder meer voorgenomen besluiten tot:

- overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan;
- het vestigen, overnemen of afstoten van zeggenschap over een andere onderneming;
- het aangaan van of aanbrengen van een belangrijke wijziging in, of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming¹.

Het advies van de OR moet worden gevraagd op een zodanig tijdstip dat het van *wezenlijke* invloed² kan zijn op het te nemen besluit³. De ondernemer legt het voorgenomen besluit schriftelijk voor aan de OR en verstrekt daarbij een overzicht van de beweegredenen voor het besluit, van de gevolgen die het besluit naar verwachting zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen. De OR wordt door de ondernemer zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis gesteld van een genomen besluit. Tenzij het besluit van de ondernemer overeenstemt met het advies van de OR, is de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit een maand *op te schorten*. De verplichting vervalt wanneer de OR dat te kennen geeft. De opschortingstermijn geldt zowel wanneer de OR een advies heeft uitgebracht als wanneer hij geen advies heeft uitgebracht. Dit laatste kan het geval zijn als de ondernemer ten onrechte geen advies heeft gevraagd aan de OR of als de OR, hoewel daarom gevaagd, geen advies heeft willen of kunnen uitbrengen. De betekenis van de opschortingstermijn is dat de OR daardoor de gelegenheid heeft zich te beraden over het instellen van beroep bij de Ondernemingskamer, zonder er beducht voor te hoeven zijn dat intussen aan het besluit uitvoering wordt gegeven⁴.

-
- 1 Het adviesrecht is niet van toepassing indien het besluit tot wijziging van zeggenschap van de ondernemer over een andere, in het buitenland gevestigde onderneming naar redelijkerwijs is aan te nemen geen gevolgen heeft voor de positie van het in Nederland werkzame personeel van de onderneming. Dit is de zogenoemde buitenland-clausule, die hier niet verder wordt besproken. Het SER-advies *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden* (publicatienr. 03/12) van 2003 bevat hierover verdeelde standpunten.
 - 2 De SER-Fusiegedragsregels bevatten in artikel 4 een vergelijkbare verplichting voor de procedure van kennisgeving, informatie en overleg ten aanzien van de vakbonden en de OR (zie hierna).
 - 3 Volgens artikel 24 WOR wordt in de overlegvergadering van OR en ondernemer (vertegenwoordigd door de bestuurder van de onderneming) ten minste tweemaal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming besproken. De ondernemer doet in dit kader mededeling over besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot de aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27 WOR. Daarbij worden afspraken gemaakt wanneer en op welke wijze de OR in de besluitvorming wordt betrokken. Artikel 24 WOR beoogt dat de ondernemer de OR vroegtijdig op de hoogte stelt van zijn voornemens zodat de OR al wezenlijke invloed kan uitoefenen op de besluitvorming vóórdat de ondernemer op grond van artikel 25 WOR verplicht is advies te vragen. Vgl. Vink, F.W.H. en R.H. van het Kaar (2007) *Inzicht in de ondernemingsraad, een toelichting bij de wet op de ondernemingsraden*, Den Haag, SDU.
 - 4 Vink, F.W.H. en R.H. van het Kaar (2007) *Inzicht in de ondernemingsraad*, op.cit.

Beroepsrecht OR ex artikel 26 WOR

Het adviesrecht dat de OR heeft op grond van artikel 25 WOR is versterkt met een beroepsrecht dat wordt geregeld in artikel 26 WOR. Het beroepsrecht vormt een belangrijke aanvulling op het adviesrecht. De OR kan bij de Ondernemingskamer beroep instellen:

- wanneer het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies van de OR; onder deze categorie valt ook de situatie dat de ondernemer ten onrechte geen advies heeft gevraagd;
- wanneer feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij op het moment van het uitbrengen van het advies aan de OR bekend geweest, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.

Het beroep moet binnen een maand nadat de OR in kennis is gesteld van het besluit van de ondernemer worden ingesteld (uitsluitend) op de grond dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. De OK behandelt het verzoek met de meeste spoed en kan, ook ambtshalve, deskundigen en in de onderneming werkzame personen horen. Als de OK het beroep gegrond oordeelt, verklaart zij dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Op verzoek van de OR kan de OK een of meer van de volgende voorzieningen treffen, hetzij bij haar uitspraak, hetzij voor de duur van de procedure in de vorm van ‘voorlopige’ voorzieningen:

- a de OK kan aan de ondernemer de verplichting opleggen om het besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken, of door de OK te benoemen gevolgen van het besluit ongedaan te maken;
- b de OK kan de ondernemer verbieden uitvoering te geven aan het besluit of onderdelen daarvan.

Tegen een beslissing van de OK staat alleen beroep in cassatie open.

SER-Fusiegedragsregels in acht te nemen jegens vakorganisaties

Volgens de SER-Fusiegedragsregels worden, voordat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, de vakorganisaties van de inhoud daarvan in kennis gesteld (artikel 3)⁵. Vervolgens moeten partijen, voordat overeenstemming over een fusie wordt bereikt, van de voorbereiding van de fusie kennisgeven aan de vakorganisaties en deze in de gelegenheid stellen hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang (artikel 4)⁶. Partijen geven aan artikel 4 op zodanige wijze uitvoering dat het oordeel van de vakorganisaties van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van

5 Gelijktijdig met het inlichten van de werknemersverenigingen, dan wel het moment waarop zij zouden moeten worden ingelicht als er een werknemersvereniging aanwezig zou zijn, dient kennisgeving te worden gedaan aan het secretariaat van de SER.

6 Het gaat om de volgende – in beginsel schriftelijk te verstrekken – informatie: de motieven voor de fusie, de voornemens t.a.v. het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid, en de te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen.

de fusie en op de modaliteiten daarvan. Partijen brengen het oordeel van de vakorganisaties ter kennis van de betrokken OR'en opdat deze daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van een advies ex artikel 25 WOR.

Het begrip 'fusie' in de Fusiegedragsregels 2000 moet ruim worden geïnterpreteerd, althans ruimer dan de gebruikelijke betekenis is in het normale taalgebruik. Onder fusie dient te worden verstaan de verkrijging van zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van de onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen.

De Fusiegedragsregels dienen in acht te worden genomen:

- a indien bij een fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming is betrokken waarin in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn;
- b indien een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn.

De Fusiegedragsregels zijn niet van toepassing als de fusie niet tot de Nederlandse rechtsfeer behoort. Hiermee wordt de territoriale werking van de Fusiegedragsregels erkend. De Fusiegedragsregels dienen in acht te worden genomen jegens een vakorganisatie die leden heeft in "een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming"⁷.

Besluit Openbare Biedingen (Bob)

Op 12 september 2007 is het Besluit openbare biedingen Wft (hierna: Bob) vastgesteld en daarna is het door de minister van Financiën aan de Tweede Kamer gezonden⁸.

Het Bob bevat de regels die gelden voor een openbaar biedingsproces op aandelen in een beursgenoteerde onderneming en vindt zijn grondslag in de Wet ter implementatie van de overnamerichtlijn. Het Bob vervangt de thans in het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Bte 1995) opgenomen biedingsregels. Deze biedingsregels waren afkomstig uit hoofdstuk 1 van de SER-Fusiecode 1975 en zijn in 1995 vrijwel ongewijzigd overbracht naar het Bte 1995. In 1995 was al toegezegd, dat de biedingsregels in een later stadium zouden worden gemoderniseerd. Deze modernisering vindt plaats in het Bob.

De minister van Financiën geeft in zijn aanbiedingsbrief van het Bob aan de Tweede Kamer d.d. 14 september 2007 aan dat het Bob andere wettelijke regels ter bescherming van werknemers op geen enkele wijze aantast. Volgens de minister blijft gelden dat op grond van artikel 25 van de WOR het bestuur van de doelvennootschap, indien deze een

7 Het kan dus gaan om een grote kring van ondernemingen: een onderneming van deieder, een onderneming van de doelvennootschap of van een dochtervennootschap. Indien een vakbond ergens in de kring van de bij de fusie betrokken ondernemingen leden heeft, dienen ten opzichte van die vakbond de Fusiegedragsregels in acht te worden genomen.

8 Kamerstuk 2006-2007, 30 419, nr. E/21, Eerste/Tweede Kamer.

OR heeft, advies moet vragen aan de OR op een tijdstip dat dit advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Voor de bieder geldt dezelfde verplichting, wanneer het een onderneming betreft in de zin van de WOR. Ook de rechten van de werknemers op grond van het SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000 (hierna: F2000) blijven volgens de minister onaangetast.

Artikel 5 van het Bob regelt de aankondiging van het bod door middel van een openbare mededeling. Het uitbrengen van het bod geschiedt door het door de AFM goedgekeurde biedingsbericht openbaar te maken op de in artikel 10 van het Bob genoemde wijzen. De aankondiging van het bod dient te geschieden op het moment dat sprake is van voorwaardelijke overeenstemming. In de toelichting op artikel 5 bij het Bob wordt aangegeven dat met voorwaardelijke overeenstemming wordt bedoeld dat er tussen partijen weliswaar overeenstemming is, doch dat die overeenstemming nog beïnvloedbaar is door derden. Volgens de toelichting moet dan gedacht worden aan adviezen en goedkeuring die nog moeten worden gevraagd, onder andere het vragen van advies aan de OR.

De raadpleging van OR respectievelijk vakbonden ingevolge artikel 25 WOR respectievelijk de artikelen 4 en 5 F2000 moet geschieden op een zodanig moment dat hun oordeel (nog) van wezenlijke invloed kan zijn. Het oordeel van de vakbonden moet niet alleen van wezenlijke invloed kunnen zijn op het openbare bod zelf (de fusie) maar ook op de modaliteiten van het openbare bod. Doordat de aspirant-bieder en de doelvennootschap bij het uitbrengen van het openbare bod al op hoofdpunten overeenstemming hebben bereikt, staan zij niet meer voldoende vrij en onbevangen tegenover het nog te vernemen oordeel van de vakbonden en/of de OR.

De Commissie voor Fusieaangelegenheden⁹ heeft al in 1971 (vijfde verslag) bepaald dat het opnemen van een voorbehoud in een tussen fusiepartijen bereikte overeenstemming, inhoudende dat het definitief worden van de overeenstemming afhankelijk wordt gesteld van de resultaten van het overleg met de vakorganisaties, niet strookt met de in de Fusiegedragsregels voorgeschreven procedure. In de situaties waarover de Fusiecommissie zich destijds in 1971 boog, waren de besturen van de fusiepartijen zelf het onderling reeds op praktisch alle punten, althans de hoofdzaken, geheel eens geworden voordat het overleg met de vakbonden plaatsvond en betekende het voorbehoud dat de besturen de mogelijkheid openhielden dat het overleg zou leiden tot een wijziging van hun overeenstemming. Het opgenomen voorbehoud voldeed niet, omdat het over het algemeen moeilijk zal zijn om alsnog met de zienswijze van de vakbonden (en de OR) rekening te houden, met name als dit tot een wijziging van de materiële inhoud van de overeenstemming zou nopen. Bij het doen van een openbaar bod zal dit niet anders zijn. Over het algemeen staat het de fusiepartijen (de aspirant-bieder en de doelvennootschap) niet meer vrij, behalve mogelijk in geval van zeer zwaarwegende omstandigheden, de

9 Zie ook een samenvatting in Commentaar Fusiegedragsregels 2000, blz. 73.

overeenkomst (de overeenstemming/ het openbare bod) eenzijdig te wijzigen omdat de vakbonden en/of de OR een ander oordeel hebben omtrent de fusie, zonder dat de afbrekende c.q. wijzigende partij schadeplichtig wordt jegens de andere fusiepartij. Een en ander zet de vakbonden en de OR onder druk.

Gewezen wordt op de mogelijkheid van het opleggen van een geheimhoudingsplicht aan de vakbonden en de OR, zoals dit bijvoorbeeld voor de vakbonden is bepaald in artikel 7 van de F2000. Vakbonden en OR kunnen in dat geval in een eerder stadium dan de voorwaardelijke overeenstemming of het voorwaardelijke besluit tot het uitbrengen van het openbare bod worden geïnformeerd, in ieder geval op een zodanig tijdstip dat de rechten van de vakbonden en de OR zoals neergelegd in de Fusiegedragsregels en artikel 25 WOR worden gewaarborgd.

Artikel 27 Bob bepaalt dat de doelvennootschap met een zetel in Nederland onverwijld na de algemeenverkrijgbaarstelling van het biedingsbericht de vertegenwoordigers van haar werknemers of, bij ontstentenis van die vertegenwoordigers, de werknemers zelf in kennis stelt van het openbaar bod, onder gelijktijdige terbeschikkingstelling van het biedingsbericht. Volgens de toelichting bij dit artikel wordt met vertegenwoordigers van werknemers de OR bedoeld en niet de verenigingen van werknemers (vakbonden).

Ingevolge artikel 3 F2000 moeten de vakbonden vóórdat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, c.q. (lid 2) uiterlijk ten tijde van een dergelijke mededeling, van de inhoud daarvan in kennis worden gesteld. Deze kennisgeving moet – zo legt de toelichting in het Commentaar op artikel 3¹⁰ van de F2000 uit – op een zodanig tijdstip geschieden, dat de verenigingen van werknemers nog de gelegenheid hebben daarover nadere inlichtingen te vragen.

Consultatie en reacties

Naar aanleiding van het consultatieverzoek van het ministerie van Financiën uit 2006 zijn drie van de negen reacties op de consultatie, namelijk die van werkgeversvereniging VNO-NCW, van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en van de vakcentrale FNV, ingegaan op de werknemersbelangen¹¹.

10 Commentaar Fusiegedragsregels 2000, blz. 59.

11 Brief van de NVB van 27 februari 2006, blz. 3, brief van VNO-NCW van 1 maart 2006, blz. 2, eerste alinea en e-mail van de FNV van 1 maart 2006 aan het ministerie van Financiën.

Zo benadrukt de FNV dat de toelichting op het concept Bob uit 2006 ten onrechte legitimiteit suggereert van een handelwijze van bieder en doelvennootschap die op gespannen voet staat met artikel 25 WOR en de artikelen 4 en 5 van de Fusiegedragsregels.

De NVB geeft in haar reactie aan dat de keuze voor het moment van de 'voorwaardelijke overeenstemming' de vraag oproept hoe een en ander zich verhoudt tot de voorschriften van met name artikel 3 lid 5 van de Fusiegedragsregels en van artikel 25 WOR. De NVB geeft voorts aan dat deze bepalingen in verschillende bewoordingen voorschrijven dat het overleg met de vakbonden en OR op een zodanig tijdstip moet worden aangevangen dat de uitkomsten daarvan van wezenlijke invloed kunnen zijn op de totstandkoming van de fusie en de modaliteiten daarvan.

Ook VNO-NCW stelt in haar reactie van 1 maart 2006 de vraag of voldoende rekening is gehouden met de aansluiting bij het bepaalde in de Fusiegedragsregels.

Relevante bepalingen SER-Fusiegedragsregels 2000

Artikel 1

- 1 In dit hoofdstuk wordt verstaan onder:
 - a. onderneming:

elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband, waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht;
 - b. ondernemer:

de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt;
 - c. samenstel van ondernemingen:

twee of meer ondernemingen die in stand worden gehouden:

 - i. door één ondernemer;
 - ii. door twee of meer ondernemers die met elkaar zijn verbonden in een groep in de zin van artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek (BW);
 - iii. door twee of meer ondernemers op basis van een onderlinge regeling tot samenwerking;
 - d. fusie:

verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, als mede de vorming van een samenstel van ondernemingen;
 - e. verenigingen van werknemers:

verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens hun statuten tot doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen en:

 - i. van wier kandidatenlijst bij de laatstgehouden verkiezingen ten minste één lid is gekozen in de ondernemingsraad van een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming, of
 - ii. welke betrokken zijn bij een regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden die geldt voor een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming, of
 - iii. waarvan is gebleken dat zij in de twee voorafgaande kalenderjaren als zodanig regelmatig werkzaam zijn geweest ten behoeve van hun leden in een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming.
- 2 Indien de gedragsregels ingevolge het bepaalde in artikel 2, tweede lid, op een onderneming van toepassing zijn, worden – in afwijking van de omschrijving van 'verenigingen van werknemers' in het vorige lid onder e – als verenigingen van werknemers aangemerkt:

verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens hun statuten tot doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen en welke partij zijn bij die collectieve arbeidsovereenkomst.

Artikel 2

1. De in paragraaf 3 opgenomen gedragsregels dienen in acht te worden genomen:
 - a. indien bij een fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming is betrokken waarin in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn;
 - b. indien een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn.
2. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kunnen de gedragsregels van toepassing worden verklaard op andere dan de in het eerste lid bedoelde ondernemingen.
3. De in paragraaf 3 opgenomen gedragsregels gelden niet indien:
 - a. alle bij de fusie betrokken ondernemingen behoren tot een samenstel van ondernemingen;
 - b. de fusie berust op het personen-, familie-, faillissements- of erfrecht;
 - c. bij de onderneming of de gezamenlijke ondernemingen waarin de zeggenschap door fusie overgaat in de regel minder dan 10 werknemers werkzaam zijn;
 - d. de fusie niet tot de Nederlandse rechtsfeer behoort.

Artikel 3

1. Vóórdat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, worden de verenigingen van werknemers van de inhoud daarvan in kennis gesteld.
2. Indien een algemeen voor het effectenverkeer geldend voorschrift zich tegen voorafgaande kennisgeving verzet, vindt, in afwijking van lid 1, de kennisgeving aan de verenigingen van werknemers plaats uiterlijk op het moment waarop de openbare mededeling wordt gedaan.
3. De verplichtingen bedoeld in de voorgaande leden rusten op degenen op wie verplichtingen worden gelegd in de artikelen 4, 5 en 6.

Artikel 4

1. Voordat zij overeenstemming over een fusie bereiken, geven partijen van de voorbereiding van de fusie kennis aan de verenigingen van werknemers en geven zij gevolg aan hetgeen in de volgende leden van dit artikel is bepaald.
2. Partijen verstrekken aan de verenigingen van werknemers een uiteenzetting inzake de motieven voor de fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de in dat kader te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen. De bedoelde uiteenzetting wordt schriftelijk verstrekt, tenzij met de verenigingen van werknemers anders is overeengekomen.
3. Partijen stellen de verenigingen van werknemers in de gelegenheid hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang.
4. Partijen stellen de verenigingen van werknemers in de gelegenheid in een bespreking aandacht te besteden aan:

- a. de grondslagen van het in verband met de fusie te voeren ondernemingsbeleid met inbegrip van de sociale, economische en juridische aspecten daarvan;
 - b. de grondslagen van maatregelen tot het voorkomen, wegnemen of verminderen van eventuele nadelige gevolgen voor de werknemers, waaronder het verstrekken van financiële tegemoetkomingen;
 - c. het tijdstip en de wijze waarop het personeel zal worden ingelicht;
 - d. de verslaggeving van de in het kader van dit artikel gevoerde bespreking(en), met dien verstande dat eventueel gemaakte verslagen aan ieder van de deelnemers aan de betrokken bespreking(en) worden verstrekt.
5. Partijen verstrekken desgevraagd over de in lid 2 en lid 4 genoemde onderwerpen aan de verenigingen van werknemers nadere gegevens, voor zover die gegevens voor hun oordeelsvorming redelijkerwijs nodig moeten worden geacht en voor zover de verstrekking ervan redelijkerwijs kan worden gevergd.
 6. Partijen geven aan de voorgaande leden op zodanige wijze uitvoering dat het oordeel van de verenigingen van werknemers van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan.
 7. Partijen stellen de betrokken ondernemingsraden in de gelegenheid kennis te nemen van het in lid 6 bedoelde oordeel van de verenigingen van werknemers, opdat die ondernemingsraden daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van een advies als bedoeld in artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).
 8. Met partijen in de zin van dit artikel zijn bedoeld de natuurlijke en/of rechtspersonen die partij zullen zijn bij de overeenkomst die strekt tot het tot stand brengen van de fusie. De in de voorgaande leden bedoelde verplichtingen ten opzichte van de verenigingen van werknemers rusten op ieder van deze partijen.

Relevante bepalingen wettelijke regeling enquêterecht in Boek 2 BW

Artikel 345

1. Op schriftelijk verzoek van degenen die krachtens de artikelen 346 en 347 daartoe bevoegd zijn, kan de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een gedeelte of een bepaald tijdvak. Onder het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon zijn mede begrepen het beleid en de gang van zaken van een commanditaire vennootschap of een vennootschap onder firma waarvan de rechtspersoon volledig aansprakelijke vennoot is.
2. De advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam kan om redenen van openbaar belang een verzoek doen tot het instellen van een onderzoek als bedoeld in het eerste lid. Hij kan ter voorbereiding van een verzoek een of meer deskundige personen belasten met het inwinnen van inlichtingen over het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. De rechtspersoon is verplicht de gevraagde inlichtingen te verschaffen en desgevraagd ook inzage in zijn boeken en bescheiden te geven aan de deskundigen.

Artikel 346

Tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 345 zijn bevoegd

- a. indien het betreft een vereniging, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij: de leden van de rechtspersoon ten getale van ten minste 300, of zoveel leden als ten minste een tiende gedeelte van het ledental uitmaken, of zoveel leden als tezamen bevoegd zijn tot het uitbrengen van ten minste een tiende gedeelte der stemmen in de algemene vergadering
- b. indien het betreft een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: een of meer houders van aandelen of van certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen;
- c. degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend.

Artikel 347

Tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 345 is voorts bevoegd een vereniging van werknemers die in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit, mits zij krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is.

Artikel 349

1. De verzoekers en de advocaat-generaal zijn niet ontvankelijk, indien niet blijkt dat zij schriftelijk tevoren hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen en sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de rechtspersoon redelijkerwijze de gelegenheid heeft gehad deze bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen.
2. Een vereniging van werknemers is voorts niet ontvankelijk, indien zij niet tevoren de ondernemingsraad die is verbonden aan een onderneming die de rechtspersoon zelf standig of als volledig aansprakelijke vennoot in stand houdt, in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelens te doen blijken. De advocaat-generaal deelt bij zijn verzoek mede of hij de ondernemingsraad in de gelegenheid heeft gesteld van zijn gevoelens te doen blijken.

Artikel 349a

1. De ondernemingskamer behandelt het verzoek met de meeste spoed. De verzoekers en de rechtspersoon verschijnen hetzij bij procureur, hetzij bijgestaan door hun procureurs. Alvorens te beslissen kan de ondernemingskamer ook ambtshalve getuigen en deskundigen horen.
2. Indien in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek een onmiddellijke voorziening is vereist, kan de ondernemingskamer in elke stand van het geding op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek een zodanige voorziening treffen voor ten hoogste de duur van het geding.

Artikel 350

1. De ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe, wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.
2. Indien de ondernemingskamer het verzoek afwijst, en daarbij beslist dat het naar haar oordeel niet op redelijke grond is gedaan, kan de rechtspersoon tegen de verzoeker of verzoekers bij de ondernemingskamer een eis instellen tot vergoeding van de schade die hij ten gevolge van het verzoek lijdt. Voor de instelling van een vordering tegen een verzoeker geldt als diens woonplaats mede de woonplaats die hij voor de indiening van het verzoek heeft gekozen.
3. Wordt het verzoek toegewezen, dan stelt de ondernemingskamer het bedrag vast dat het onderzoek ten hoogste mag kosten. De ondernemingskamer kan hangende het onderzoek dit bedrag op verzoek van de door haar benoemde personen verhogen, na verhoor, althans oproeping van de oorspronkelijke verzoekers. De ondernemingskamer bepaalt de vergoeding van de door haar benoemde personen. De rechtspersoon betaalt de kosten van het onderzoek; in geval van geschil beslist de ondernemingskamer op verzoek van de meest gerede partij. De ondernemingskamer kan bepalen dat de rechtspersoon voor de betaling der kosten zekerheid moet stellen.

Opvattingen over enquêterecht OR in SER (2001) Advies *Aanpassing van de wet op de ondernemingsraden (03/12)*

Weergave van door delen van de raad in genoemd advies ingenomen standpunten over het enquêterecht voor de OR.

Enquêterecht OR

Een deel van de raad vraagt aandacht voor de wenselijkheid van uitbreiding van de bevoegdheden van de OR met het recht om een enquêteverzoek te doen. Het merkt ter inleiding het volgende op.

De artikelen 2:344-359 BW regelen het recht van enquête bij nv's, bv's, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen (owm) en bij OR-plichtige stichtingen en verenigingen. Het enquêterecht heeft ten doel opening van zaken te krijgen over de gang van zaken van de rechtspersoon en orde op zaken te stellen als blijkt van wanbeleid. De Ondernemingskamer (hierna ook: de OK) kan met dat doel een onderzoek laten instellen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en is bevoegd bij gebleken wanbeleid voorzieningen te treffen.

Het recht te verzoeken om een enquête komt toe aan aandeelhouders, leden en vakbonden. Daarnaast kan de advocaat-generaal (hierna ook: de A-G) bij het gerechtshof te Amsterdam "om redenen van openbaar belang" een verzoek doen tot het instellen van een onderzoek. De verzoekers en de advocaat-generaal zijn niet ontvankelijk als zij niet tevoren hun bezwaren kenbaar hebben gemaakt aan het bestuur en de raad van commissarissen en deze een redelijke tijd hebben gehad de bezwaren te onderzoeken en maatregelen te nemen. Een vakbond die een enquêteverzoek wil indienen moet tevens vooraf de OR raadplegen.

Aan de OR komt niet het recht toe een enquêteverzoek te doen. Wel kan de OR uiteraard, bij verdenkingen van mismanagement of ernstige conflictsituaties, aan een vakbond of aan de advocaat-generaal vragen een enquêteverzoek in te dienen.

De Ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe indien blijkt van "gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen". Indien de OK het verzoek afwijst omdat het niet op redelijke grond is gedaan, kan de rechtspersoon schadevergoeding vorderen van de verzoeker. Indien de OK het verzoek toewijst maar later uit het verslag van het onderzoek blijkt dat het enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan, kan de OK beslissen dat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk kan verhalen op de verzoekers.

De raad heeft in 1988 geadviseerd over wijziging van het enquêterecht. Daarbij is ook de vraag aan de orde gekomen of aan de OR het recht van enquête zou moeten worden toegekend. De raad stond daar toen afwijzend tegenover omdat de OR a) als zeer nauw betrokken bij de onderneming mogelijk te snel naar het enquêtemiddel zou grijpen en b) bij gebrek aan eigen middelen niet tot schadevergoeding kan worden veroordeeld bij

gebleken lichtvaardig gebruik van het enquête-instrument. Het toenmalige kabinet heeft in zijn voorstel van wet tot wijziging van het enquêterecht het advies van de SER geheel overgenomen.

Het hier aan het woord zijnde raadsdeel is van mening dat thans opnieuw de vraag onder ogen moet worden gezien of er reden is aan de OR het recht te geven een enquêteverzoek te doen. De reden waarom de wet aan de OR geen enquêterecht toekent, is dat de OR geen vermogen heeft en dus ook niet veroordeeld kan worden tot schadevergoeding als het enquêteverzoek achteraf lichtvaardig blijkt te zijn ingesteld. Dit deel werpt in de eerste plaats de vraag op of deze reden het onthouden van het enquêterecht aan de OR nog steeds kan dragen. Nog nooit is een enquêteverzoeker achteraf wegens lichtvaardigheid veroordeeld tot schadevergoeding. De door de wet aan de ontvankelijkheid en de toewijzing van een enquêteverzoek gestelde eisen maken het zeer onwaarschijnlijk dat de rechter een verzoek toewijst en toch achteraf tot lichtvaardigheid van het verzoek moet worden geconcludeerd. Niet valt in te zien waarom juist ten aanzien van de OR voor lichtvaardige uitoefening van het enquêterecht zou moeten worden gevreesd. De OR beseft heel goed dat met de onderneming ook het personeel de gevolgen ondervindt als de onderneming lichtvaardig in diskrediet wordt gebracht.

In de tweede plaats is dit deel van mening dat de OR, ondanks het hem in de WOR toegekende advies- en beroepsrecht, een gerechtvaardigde behoefte kan hebben aan een beroep op het enquêterecht. Het advies- en beroepsrecht biedt de OR namelijk geen oplossing voor situaties waarin het er niet om gaat dat de OR het niet eens is met concrete voorgenomen besluiten van de ondernemer, maar constateert dat zich binnen de onderneming ernstige tekortkomingen in de gang van zaken of misstanden in het management voordoen die mogelijk verdere besluitvorming juist blokkeren. Te denken valt bijvoorbeeld aan een impasse tussen of binnen organen van de rechtspersoon. In dat geval is het enquêterecht het enige middel waarmee een doorbraak kan worden bewerkstelligd. Juist de OR is door zijn bestendige betrokkenheid bij de gang van zaken en het management van de onderneming in een uitstekende positie om vroegtijdig aan de bel te trekken als er reden is om ernstige tekortkomingen of mismanagement te vermoeden. Wordt die twijfel niet weggenomen, dan is onbevredigend dat de OR, zelfs wanneer vakbonden bij de onderneming in kwestie geen rol van betekenis spelen, niet op eigen naam een enquêteprocedure kan aanspannen.

De mogelijkheid die de advocaat-generaal heeft om een enquête te vorderen in het openbaar belang, kan naar het oordeel van dit deel van de raad niet worden gezien als een reëel instrument waarmee de OR een enquête zou kunnen bewerkstelligen. In de praktijk pleegt de A-G nauwelijks gebruik te maken van deze bevoegdheid.

Het verdient daarom volgens dit deel aanbeveling alsnog aan de OR – naast de vakbonden – een eigen toegang tot het recht van enquête toe te kennen. Dit deel sluit zijn ogen niet voor mogelijke samenloopproblemen met artikel 26 WOR, maar meent dat die oplosbaar zijn. Er zijn verschillende opties denkbaar. Een mogelijke benadering is dat voor zover bezwaren van de OR betrekking hebben op een besluit van de ondernemer ten aanzien waarvan de OR ook een beroepsrecht ex artikel 26 WOR heeft, de OR niet ontvankelijk wordt verklaard in zijn enquêteverzoek. Een andere, meer algemene benadering houdt

in dat het enquêterecht als zodanig niet van toepassing is wanneer de bezwaren zich richten tegen afzonderlijke besluiten van de ondernemer waarvoor een adviesrecht geldt als bedoeld in artikel 25 WOR. Dit deel gaat ervan uit dat de wetgever zorg zal dragen voor een adequate oplossing.

*Een ander deel van de raad heeft tegen toekenning van een enquêterecht aan de OR overwegende bezwaren, die ten dele reeds uiteengezet zijn in het eerder genoemde raadsadvies *Wijziging enquêterecht* (1988) en die destijds door een zeer grote meerderheid van de raad werden onderschreven. Dit deel acht het feit dat de OR geen rechtspersoonlijkheid heeft en niet beschikt over een voor uitwinning vatbaar eigen vermogen, nog steeds een zwaarwegend argument tegen toekenning van een eigen enquêterecht aan de OR. Hierdoor ontbreekt de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om een schadevergoeding op te leggen of de kosten van het onderzoek op de OR te verhalen indien blijkt dat een enquêteverzoek niet op redelijke grond is gedaan. Dat is zeer onwenselijk. Immers, niet alleen een daadwerkelijk gehouden enquête – met welke uitslag dan ook – maar reeds een bij de OK ingediend verzoek daartoe en zelfs een bekend geworden *mogelijk* voornemen tot het doen van een enquêteverzoek, kan een golf van negatieve en onjuiste publiciteit teweegbrengen, waartegen ondernemingen zich moeilijk kunnen verweren. Dat pleit ervoor de mogelijkheid van het indienen van een enquêteverzoek met de vereiste waarborgen te omgeven en daarom die bevoegdheid niet toe te kennen wanneer daar niet een reële verhaalsmogelijkheid tegenover staat indien het enquêteverzoek achteraf lichtvaardig blijkt.*

Behalve onwenselijk acht dit raadsdeel toekenning aan de OR van een recht van enquête ook niet nodig; de wet kent naar zijn oordeel geen lacune die dichting behoeft. Een OR die een enquête wenst, kan proberen een bij de onderneming betrokken vakbond tot het indienen van een enquêteverzoek te bewegen. Daarnaast kan een OR zich te allen tijde wenden tot de advocaat-generaal, die zijn bevoegdheid een enquête te vorderen om redenen van openbaar belang, ook kan aanwenden op verzoek van een OR indien de werknemersbelangen in het geding zijn. Het feit dat dit tot nu toe niet of nauwelijks is gebeurd wijst er volgens dit deel op dat OR'en helemaal geen behoefte hebben aan het enquête-instrument. Zou aan de OR wel het enquêterecht worden toegekend, dan zijn bovendien allerlei samenloopproblemen te verwachten tussen met name de procedures ex artikel 26 en 36 WOR en de enquêteprocedure, die de wetgever vervolgens weer zou moeten oplossen.

Ten slotte scheidt naar het oordeel van dit deel van de raad toekenning van een enquêterecht aan de OR in verschillende opzichten het risico van oneigenlijk gebruik van dat instrument. Naar de ervaring leert, gaan enquêteverzoeken – ongeacht de uiteindelijke uitkomst van de enquête – vaak gepaard met een voor de betrokken onderneming schadelijke golf van publiciteit. Dit praktische gevolg – gepaard aan het feit dat een OR, nu hij niet tot schadevergoeding kan worden veroordeeld, ook overigens weinig prikkels heeft om terughoudend te zijn bij de inzet van het enquête-instrument – zou OR'en er in de praktijk toe kunnen brengen om de (dreiging van) een enquêteverzoek te gebruiken als drukmiddel bij de vervulling van zijn wettelijke taken. Daarnaast is niet ondenkbaar dat

een OR overgaat tot het instellen van een enquête op verzoek van een partij die zelf wel een enquête zou kunnen instellen, maar daarvan afziet omdat hij het risico van schadeplichtigheid te hoog acht.

Dit alles overziende wijst dit deel toekenning van een recht van enquête aan de OR af.

Relevante passages enquêterecht vakbonden in SER (1989) *Advies Aanvullend advies wijziging enquêterecht (89/21)*

In zijn *Aanvullend advies wijziging enquêterecht* van 17 november 1989 heeft de SER beschouwingen gewijd aan de vraag in hoeverre een vakorganisatie bevoegd is of zou moeten zijn om een enquête te verzoeken bij concerngenoten van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten.

Een van de (beide) situaties die de raad aan de orde stelde is “de situatie waarin het beleid van de dochter-rechtspersoon, in wier onderneming leden van een vakorganisatie werkzaam zijn, onder invloed staat van het beleid van de moeder-rechtspersoon: de vraag is in hoeverre de vakorganisatie aan de artikelen 346 en 347 de bevoegdheid ontleent dan wel zou moeten ontleenen om een enquête te verzoeken naar het beleid van de moeder-rechtspersoon ten aanzien van de dochter-rechtspersoon”.

De raad concludeerde dat het enquêterecht tot op zekere hoogte enige mogelijkheden biedt om in een enquête mede het beleid van concerngenoten van die rechtspersoon te betrekken, zij het niet rechtstreeks als voorwerp van de enquête.

Ten aanzien van de vraag in hoeverre een vakorganisatie die leden heeft werkzaam in de onderneming van een dochter-rechtspersoon, een enquête kan uitlokken naar het beleid van de moeder-rechtspersoon ten aanzien van de dochter ingeval zij geen leden heeft werkzaam in de onderneming van de moeder, bevat het advies onder meer de volgende overwegingen.

De raad vraagt aandacht voor de situatie waarin een moeder een dusdanig dominerende invloed uitoefent of heeft uitgeoefend op de dochter dat deze daardoor feitelijk – financieel en economisch – in een positie van (nagenoeg) volledige afhankelijkheid ten opzichte van de moeder verkeert.

In geval van een dergelijke invloed draagt de moeder ten opzichte van de dochter een bijzondere financiële verantwoordelijkheid: deze kan met name daarin tot uiting komen dat de moeder in voorkomende gevallen de dochter in financieel opzicht moet bijstaan.

Laat de moeder dit na, dan kan het voortbestaan van de dochter en daarmee de werkgelegenheid van haar werknemers in gevaar komen. Het ligt voor de hand dat in zulk een situatie vakorganisaties welke leden hebben onder die werknemers, eraan hechten een enquête te kunnen instellen naar het beleid van de moeder.

Bij de mvt bij het wetsvoorstel 'Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête' onderschreef de regering de opvattingen van de SER aangaande de situatie waarin leden van een vakorganisatie werkzaam zijn in de onderneming van een dochtermaatschappij wier beleid geheel of in belangrijke mate wordt bepaald door een moedermaatschappij.

In de mvt schrijft de toenmalige staatssecretaris van Justitie: "Naar het mij voorkomt zou een interpretatie van de wet in deze zin, dat onder omstandigheden onder rechtspersoon mede mag worden begrepen de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon waar de leden van de een enquête verzoekende vakorganisaties werkzaam zijn, geheel of in belangrijke mate bepaalt, volkomen beantwoorden aan de bedoeling die de wetgever met het enquêterecht voor ogen heeft gehad. Een dergelijke interpretatie komt niet in strijd met de letter van de wet en kan in ieder geval worden beschouwd overeen te stemmen met de geest waarin de opstellers hebben gewerkt^a."

a Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 10.

Ad hoc Commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur (CEO)

leden

plaatsvervangende leden

Onafhankelijke leden

dr. A.H.G. Rinnooy Kan (voorzitter)
 prof.dr. A.W.A. Boot
 prof.mr. F.B.J. Grapperhaus
 prof.mr. P.F. van der Heijden
 prof.mr. L. Timmerman
 dr. M.L. Wilke

Ondernemersleden

mevrouw mr. S. Drion (VNO-NCW)
 prof.mr. S.H.M.A. Dumoulin (VNO-NCW)
 drs. A.W. Hokken (LTO Nederland)
 drs. M.W. Noordzij (VNO-NCW)
 drs. C. Oudshoorn (VNO-NCW)
 mr. A.P.M.G. Schoenmaeckers (MKB-Nederland)

mr. A. Rigutto

drs. K.B. van Popta

Werknemersleden

mr. J.C.M.G. Bloemarts (FNV)
 mr. P.J. Gortzak (FNV)
 K.I. van Splunder (CNV)
 drs. A. Woltmeijer (CNV)
 A.H. Verhoeven (MHP)

mevrouw drs. Y.M. van Houdt
 E.J. Slotweg
 C.A.M. Michielse (CMHF)

Adviserende leden

drs. P.P.F. de Vries (VEB) (tot 01-10-2007)
 mr. J.M. Slagter (VEB) (na 01-10-2007)
 drs. R. Abma (Eumedion)

Ministeriële vertegenwoordigers

mr. G.A.M. van Atteveld (SZW)
 mr. W. Helmink (EZ)
 mr. S.O. Lourens (Fin)
 mr. C.B. van der Net (Just)
 mr. A. Velgersdijk (SZW)

mevrouw mr. C. Wolff

mevrouw mr. G.M. ter Huurne

Secretariaat

mr. A. de Groot

drs. M.G. Bos

mevrouw mr. A.M. van den Bosch-de Gier

mevrouw A. Nasreen

mevrouw mr.dr.s. T.D. Riemens

Publicatieoverzicht

Algemeen

De belangrijkste adviezen en rapporten van de SER komen in boekvorm uit.

Een jaarabonnement op deze publicaties kost € 90,50. Losse exemplaren kosten € 7,50, tenzij anders aangegeven.

Van de meeste adviezen wordt een aparte samenvatting gemaakt. Deze samenvattingen kunt u raadplegen op onze website. Sommige samenvattingen zijn ook beschikbaar in boekvorm. In het publicatieoverzicht is dat aangegeven met een N (Nederlands), E (Engels), D (Duits), F (Frans) en S (Spaans). De bibliografische gegevens vindt u op onze website. De samenvattingen in boekvorm zijn gratis.

Het SER-bulletin, met nieuws en opinies over de SER, de Stichting van de Arbeid en de overlegeconomie, verschijnt maandelijks. Een jaarabonnement is gratis.

Een overzicht van alle SER-uitgaven vindt u op onze website (www.ser.nl).

Adviezen

Samenvatting

Evenwichtig Ondernemingsbestuur

2008, 100 pp., ISBN 90-6587-966-8, bestelnr. 08/01

Evenwichtig Ondernemingsbestuur: Externe consultatie en (onderzoeks)rapportages

2008, 212 pp., ISBN 90-6587-967-6, bestelnr. 08/01A

Samenstelling Sociaal-Economische Raad 1 april 2008 – 1 april 2010

2007, 28 pp., ISBN 90-6587-965-X, bestelnr. 07/07

Meedoen zonder beperkingen

2007, 212 pp., ISBN 90-6587-958-7, bestelnr. 07/06

Groenboek Herziening consumentenacquis

2007, 54 pp., ISBN 90-6587-957-9, bestelnr. 07/05

Lissabon in de wijk: het grotestedenbeleid in een nieuwe fase

2007, 58 pp., ISBN 90-6587-953-6, bestelnr. 07/04

Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken

2007, 86 pp., ISBN 90-6587-951-x, bestelnr. 07/03

Arbeidsmigratiebeleid

2007, 212 pp., ISBN 90-6587-948-x, bestelnr. 07/02

Niet de afkomst maar de toekomst

2007, 122 pp., ISBN 90-6587-947-1, bestelnr. 07/01

Toekomstige energievoorziening

2006, 120 pp., ISBN 90-6587-943-9, bestelnr. 06/10

Mobiliteitsmanagement

2006, 44 pp., ISBN 90-6587-942-0, bestelnr. 06/09

- Welvaartsgroei door en voor iedereen*
2006, 150 pp., ISBN 90-6587-937-4, bestelnr. 06/08
- Welvaartsgroei door en voor iedereen: Themadocument Sociale innovatie*
2006, 66 pp., ISBN 90-6587-938-2, bestelnr. 06/08^I
- Welvaartsgroei door en voor iedereen: Themadocument Arbeidsverhoudingen*
2006, 90 pp., ISBN 90-6587-939-0, bestelnr. 06/08^{II} E
- Welvaartsgroei door en voor iedereen: Themadocument Arbeidsmarktperspectieven laaggeschoolden en ontwikkeling kwalificatiestructuur beroepsbevolking*
2006, 58 pp., ISBN 90-6587-940-4, bestelnr. 06/08^{III}
- Personenkring werknemersverzekeringen*
2006, 154 pp., ISBN 90-6587-926-9, bestelnr. 06/07
- Nederland en EU-milieurichtlijnen*
2006, 86 pp., ISBN 90-6587-925-0, bestelnr. 06/06
- Cofinanciering van het EU-landbouwbeleid*
2006, 70 pp., ISBN 90-6587-924-2, bestelnr. 06/05 E
- Voorkomen arbeidsmarktknelpunten collectieve sector*
2006, 100 pp., ISBN 90-6587-923-4, bestelnr. 06/04
- Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar*
2006, 100 pp., ISBN 90-6587-922-6, bestelnr. 06/03
- Herziening concurrentiebeding*
2006, 84 pp., ISBN 90-6587-921-8, bestelnr. 06/02
- De toekomst van de PBO*
2006, 126 pp., ISBN 90-6587-920-X, bestelnr. 06/01
- Milieu als kans*
2005, 60 pp., ISBN 90-6587-911-0, bestelnr. 05/13
- Kansen voor het platteland*
2005, 118 pp., ISBN 90-6587-912-9, bestelnr. 05/12
- Bruikbare Rechtsorde*
2005, 78 pp., ISBN 90-6587-910-2, bestelnr. 05/11
- Invoering premiegroepen wachtgeldfondsen naar duur arbeidscontract*
2005, 60 pp., ISBN 90-6587-906-4, bestelnr. 05/10
- Evaluatie Arbowet 1998*
2005, 140 pp., ISBN 90-6587-903-x, bestelnr. 05/09 E,F,D
- Een nieuw Grenswaardenstelsel*
2005, 82 pp., ISBN 90-6587-904-8, bestelnr. 05/08 E,F
- Dienstenrichtlijn*
2005, 194 pp., ISBN 90-6587-902-1, bestelnr. 05/07 E,F,D
- Aanpassing Wet op de Ondernemingsraden*
2003, 189 pp., ISBN 90-6587-868-8, bestelnr. 03/12
- Adviezen van de Bestuurskamer inzake hergroepering bedrijfslichamen 1998-2003*
2003, ISBN 90-6587-845-9
deel 1 (212 pp.)
deel 2 (219 pp.)

Rapporten

CSED-rapport: Met Europa meer groei

2004, 210 pp., ISBN 90-6587-880-7

N, E, F

Witte vlekken op pensioengebied, quick scan 2001

2002, 94 pp., ISBN 90-6587-815-7

CSED-rapport: Levensloopbanen: gevolgen van veranderende arbeidspatronen

2001, 140 pp., ISBN 90-6587-797-5

CSED-rapport Gezondheidszorg in het licht van de toekomstige vergrijzing

1999, 198 pp., ISBN 90-6587-720-7

Samenvattingen (gratis; in boekvorm)

CSED-rapport: Met Europa meer groei

2004, 46 pp., ISBN 90-6587-879-3

De rol van de werknemers in de Europese vennootschap

2003, 26 pp., ISBN 90-6587856-4, bestelnr. 03/08N

Normering piekblootstelling organische oplosmiddelen

2003, bestelnummer 02/11N

Het nieuwe leren

2002, 20 pp., ISBN 90-6587-819-X, bestelnr. 02/10N

Sociaal-economisch beleid 2002-2006

2002, 40 pp., ISBN 90-6587-820-3, bestelnr. 02/08N

Werken aan arbeidsgeschiktheid

2002, 32 pp., ISBN 90-6587-819-X, bestelnr. 02/05N

Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling

2001, 20 pp., ISBN 90-6587778-9, bestelnr. 01/02N

Vertaalde samenvattingen (gratis; in boekvorm)

Increasing prosperity by and for everyone

2006, 38 pp., ISBN 90-6587-955-2, ordeno. 06/08e

Accroissement de la prospérité par et pour chacun

2006, 40 pp., ISBN 90-6587-952-8, numéro de commande 06/08f

Crecimiento del bienestar por y para todo el mundo

2006, 40 pp., ISBN 90-6587-954-4, número 06/08s

Gemeinsam Wohlstandswachstum für alle schaffen

2006, 40 pp., ISBN 90-6587-956-0, Bestellnummer 06/08d

Co-financing of the Common Agricultural Policy

2006, 32 pp., ISBN 90-6587-927-7, ordeno. 06/05e

La directive aux services dans le marché intérieur

2005, 24 pp., ISBN 90-6587-907-2, numéro de commande 05/07f

SER-Empfehlungsentwurf zur Dienstleistungsrichtlinie
2005, 26 pp., ISBN 90-6587-909-9, Bestellnummer 05/07d

Employee involvement in the European company
2003, 32 pp., ISBN 90-6587-859-9, ordeno. 03/08e

Generating knowledge, sharing knowledge
2003, 26 pp., ISBN 90-6587-858-0, ordeno. 03/04e

Towards a sustainable economy
2003, 24 pp., ISBN 90-6587-855-6, ordeno. 03/02e

Convention on the Future of Europe
2003, 18 pp., ISBN 90-6587-842-4, ordeno. 03/01e

La Convention sur l'avenir de l'Europe
2003, 18 pp., ISBN 90-6587-844-0, numéro de commande 03/01f

The New Learning – Advisory report on lifelong learning in the knowledge-based economy
2002, 20 pp., ISBN 90-6587-825-4, ordeno. 02/10e

Social and Economic Policy 2002-2006
2002, 36 pp., ISBN 90-6587-835-1, ordeno. 02/08e

Sozial- und Wirtschaftspolitik 2002-2006
2002, 40 pp., ISBN 90-6587-832-7, Bestellnummer 02/08d

Politique économique et sociale de 2002 à 2006
2002, 40 pp., ISBN 90-6587-822-X, numéro de commande 02/08f

Working on occupational disability – policy proposals
2002, 38 pp., ISBN 90-6587-829-7, ordeno. 02/05e

Ouvrer pour l'aptitude à l'emploi
2002, 40 pp., ISBN 90-6587-830-0, numéro de commande 02 /05f

Ageing population and the EU
2002, 18 pp., ISBN 90-6587-828-9, ordeno. 02/02e

Overige publicaties

Industrial relations and the adaptability of the Dutch economy
2007, 88 pp., ISBN 90-6587-961-7

Verklaring 50 jaar Verdrag van Rome
2007, 10 pp., vertalingen in Engels, Duits, Frans en Spaans

Model Rules of Procedure for Works Councils
2003, 127 pp., ISBN 90-6587-861-0

Voorbeeldreglement ondernemingsraden
2004, 164 pp., ISBN 90-6587-860-2

Alle uitgaven zijn te bestellen:

- telefonisch bij de afdeling Verkoop (070 - 3499 505);
- via de website (www.ser.nl);
- door overmaking van de vermelde prijs op gironummer 33328 ten name van de SER te Den Haag, onder vermelding van het bestelnummer en de titel.

The logo for SER (Sociaal-Economische Raad) features the letters 'SER' in a bold, yellow, sans-serif font. The letters are set against a dark blue rectangular background. Above this background, there are three horizontal yellow lines of varying lengths, creating a stylized header element.

Sociaal-
Economische
Raad

Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag

ISBN 90-6587-966-8 / CIP