

OR krijgt spreekrecht op de algemene vergadering van NV's

*Mr. S. Schermerhorn**

Inleiding

Op 27 februari 2009 is het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat beoogt de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen een 'spreekrecht' te geven ten aanzien van voorgenomen besluiten met betrekking tot het bezoldigingsbeleid, de benoeming, de schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen, en de bestuursbesluiten die op grond van artikel 2:107a BW voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering (hierna: AVA) behoeven (hierna: het wetsvoorstel).¹ Een voorontwerp van een wetsvoorstel over de mogelijkheid voor de ondernemingsraad zijn standpunt te bepalen ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, is op 18 december 2007 ter consultatie openbaar gemaakt. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (hierna: de memorie van toelichting) blijkt dat een aantal suggesties dat naar aanleiding van deze consultatieronde is binnengekomen, in het wetsvoorstel is verwerkt.²

Het spreekrecht

Timing standpuntbepaling

Het wetsvoorstel voorziet ten aanzien van de hiervoor genoemde besluiten voor de ondernemingsraad bij naamloze vennootschappen in het recht tot schriftelijke standpuntbepaling, alsmede het recht om dit standpunt ter AVA toe te lichten (hierna: het spreekrecht). Het verzoek tot schriftelijke standpuntbepaling dient te geschieden op een zodanig moment dat het standpunt van de ondernemingsraad nog een rol kan spelen in de definitieve besluitvorming door de AVA. Het wetsvoorstel bepaalt derhalve dat het standpunt van de ondernemingsraad gelijktijdig met het voorstel waarover de AVA dient te besluiten, aan de AVA wordt 'aangeboden'. Uit de memorie van toelichting blijkt dat dit gelijktijdig met de oproeping dient te geschieden.³ Op deze manier kunnen de aandeelhouders al bij de oproeping voor de AVA kennisnemen van de stukken en kunnen zij beoordelen of zij het standpunt van de ondernemingsraad al dan niet steunen, en/of zij behoefte hebben aan een nadere toelichting.

Om het standpunt van de ondernemingsraad met de oproeping voor de AVA mee te kunnen sturen, dient de ondernemingsraad tijdig voor de oproep voor de AVA in de gelegenheid te worden

gesteld zijn standpunt te bepalen. Het wetsvoorstel voorziet niet in een termijn. Uit de memorie van toelichting blijkt dat toezending van het (concept)voorstel aan de ondernemingsraad met inachtneming van een termijn van dertig dagen voorafgaand aan de oproeping, in het algemeen 'tijdig' zal zijn. De memorie van toelichting⁴ specificeert dat het van de opsteller van het voorstel, bijvoorbeeld de remuneratiecommissie, niet verwacht kan worden dat hij een voorstel al vele maanden voor de oproeping van de AVA gereed zal hebben. Implementatie van de zogenoemde richtlijn aandeelhoudersrechten⁵ zal er echter toe leiden dat beursvennootschappen de AVA niet later dan op de dertigste dag voor die vergadering zullen moeten oproepen. Dit betekent dat de opsteller van het voorstel dit ten minste zestig dagen voor de datum van de AVA gereed dient te hebben. Deze termijn komt overeen met het agenderingsrecht voor aandeelhouders dat, conform artikel 2:114a BW, ten minste zestig dagen voor de AVA door de vennootschap dient te worden uitgeoefend.

In beginsel moet de ondernemingsraad, aldus de memorie van toelichting, de tijd hebben om, eventueel na het raadplegen van deskundigen op grond van de mogelijkheden die de Wet op de ondernemingsraden (WOR) hiertoe biedt, of na overleg met de opsteller van het voorstel, zijn standpunt te bepalen en schriftelijk te verwoorden. Dit kan eventueel in een aanpassing van het voorstel uitmonden, maar de opsteller en de ondernemingsraad kunnen ook verschillende standpunten innemen. Tijdens de AVA kan de voorzitter van de ondernemingsraad of een door de voorzitter aangewezen lid van de ondernemingsraad het standpunt van de ondernemingsraad vervolgens toelichten.

Indien alle aandelen gehouden worden door één aandeelhouder, hoeft geen oproeping plaats te vinden. In die gevallen zal het voorstel voor het door de AVA te nemen besluit nog steeds tijdig aan de ondernemingsraad dienen te worden toegezonden, en dient de ondernemingsraad in de gelegenheid te worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken voordat het besluit wordt genomen.⁶

De in de memorie van toelichting genoemde termijn van dertig dagen voorafgaand aan de oproeping wijkt af van het reeds wettelijk geregelde spreekrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van het voorgenomen besluit om de voltallige raad van

* Mr. S. Schermerhorn is advocaat bij Clifford Chance.

1. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 2.

2. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 6.

3. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 1.

4. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 10.

5. Kamerstukken II 2008/09, 31 746, nr. 2.

6. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 10.

commissarissen 'heen te zenden'. De kennisgeving van dit voorname aan de ondernemingsraad dient ten minste dertig dagen voordat de betreffende AVA plaatsvindt, te geschieden. Als de ondernemingsraad zijn standpunt ter zake heeft bepaald, wordt dit aan het bestuur kenbaar gemaakt. Het bestuur stelt vervolgens, uiterlijk op de AVA, de raad van commissarissen en de AVA van het standpunt van de ondernemingsraad op de hoogte. Ook hier geldt dat de ondernemingsraad het recht heeft zijn standpunt in de AVA toe te lichten. Aangezien het niet gebruikelijk is dat aandeelhouders hun stem voorafgaand aan de AVA bepalen en daarvoor een stemvolmacht afgeven, zal de invloed van het standpunt van de ondernemingsraad op de besluitvorming in deze constructie beperkt zijn.

Welke ondernemingsraad?

Het spreekrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de door het wetsvoorstel geregelde besluiten geldt voor alle naamloze vennootschappen waar krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad is ingesteld. Het is dus niet beperkt tot ondernemingsraden bij beursgenoteerde en/of structuurvennootschappen. Wel betekent dit, strikt genomen, dat binnen bijvoorbeeld een concern waartoe meerdere naamloze vennootschappen behoren, afhankelijk van waar de ondernemingsraad of -raden zijn ingesteld, op meerdere niveaus spreekrecht kan bestaan voor dezelfde of verschillende ondernemingsraden. Immers, ook als de ondernemingsraad op een lager niveau (bij een dochtermaatschappij) is ingesteld of als er meerdere ondernemingsraden zijn of een centrale ondernemingsraad, kan het wetsvoorstel van toepassing zijn. Het is de vraag of dit inderdaad en in alle gevallen bedoeld is.

Als de naamloze topvennootschap niet zelf een ondernemingsraad heeft ingesteld, kan zoals gezegd de ondernemingsraad die op een lager niveau in de groep is ingesteld, het spreekrecht uitoefenen. Het moet dan gaan om een concern waarvan de meerderheid van de werknemers binnen Nederland werkzaam is. Als de ondernemingsraad niet bij de topholding, maar op een lager niveau aanwezig is bij een zogenoemd buitenlands concern (dat wil zeggen waar een naamloze vennootschap aan het hoofd staat van een concern waar de meerderheid van de werknemers buiten Nederland werkzaam is) is het wetsvoorstel niet van toepassing. Een en ander is, blijkens de memorie van toelichting, conform het SER-advies 'Evenwichtig ondernemingsbestuur', waarin wordt gesteld dat

'[...]de raad het passend acht 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 is.'⁷

Echter, op grond van de voorgestelde wettekst lijkt het spreekrecht wel te gelden indien bij de topholding van een buitenlands

concern een ondernemingsraad is ingesteld. Dit zou niet conform het SER-advies zijn.

De memorie van toelichting vermeldt expliciet dat men ervan heeft afgezien de Europese ondernemingsraad een rol te geven bij de opinievorming over een bezoldigingsbeleid in een internationaal concern. Dit geldt ook voor wat betreft de overige onderwerpen ten aanzien waarvan een spreekrecht wordt voorgesteld.

Rechtsgevolgen ontbreken standpunt

Het wetsvoorstel bepaalt ten aanzien van alle door het wetsvoorstel bestreken besluiten dat het ontbreken van het standpunt van de ondernemingsraad de besluitvorming door de AVA niet aantast. De memorie van toelichting stelt dat:

'het kabinet verwacht dat de dialoog, het daarmee gecreëerde draagvlak voor de te nemen besluiten en de noodzaak dat alle bij de besluitvorming betrokkenen over de juiste informatie kunnen beschikken op zichzelf en in samenhang bezien voor de ondernemer aanleiding zullen zijn om de in het wetsvoorstel neergelegde voorschriften na te leven en aldus de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen zijn standpunt kenbaar te maken. Om die reden en vanwege het feit dat zulks voor het vestigingsklimaat niet bevorderlijk zou zijn, is ervoor gekozen om geen sancties op te nemen voor die gevallen waarin de ondernemingsraad niet in de gelegenheid is gesteld zijn standpunt kenbaar te maken.'⁸

Het is de vraag hoe een rechter met deze bepaling zal omgaan als de ondernemingsraad de rechter vordert het zonder zijn standpunt genomen besluit te vernietigen op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁹

Opvallend is dat het wetsvoorstel op dit punt afwijkt van het reeds wettelijk geregelde spreekrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van een besluit tot opzegging van het vertrouwen in de raad van commissarissen. Anders dan bij het onderhavige wetsvoorstel maakt het ontbreken van het standpunt van de ondernemingsraad het betreffende besluit in dat geval vernietigbaar.

Overigens dient de situatie waarin de ondernemingsraad niet om zijn standpunt is gevraagd, te worden onderscheiden van een situatie waarin de ondernemingsraad niet tot schriftelijke standpuntbepaling is overgegaan, maar zijn standpunt wel op de AVA wenst toe te lichten. Indien veel met stemvolmachten gewerkt wordt, zal het standpunt van de ondernemingsraad van beperkte invloed op de AVA zijn als het pas op de AVA kenbaar wordt.¹⁰

8. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 4.

9. R.G.J. Nowak, Het wetsvoorstel spreekrecht OR bij belangrijke ava-besluiten, *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 5.

10. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 11.

7. SER-advies 08/01, p. 62.

De besluiten waarvoor het spreekrecht geldt

Vaststelling bezoldigingsbeleid

Het kabinet is van mening, aldus de memorie van toelichting, dat de werknemers met de invoering van een spreekrecht bij de vaststelling van het bezoldigingsbeleid nauwer dan thans betrokken kunnen worden bij de gedachtevorming over inkomens en inkomensverhoudingen binnen de onderneming, en dat aldus het draagvlak voor het te voeren beleid vergroot kan worden.

Bestaande wetgeving (art. 2:135 lid 2 BW) voorziet in een recht voor de ondernemingsraad om, tegelijkertijd met de aanbieding aan de AVA, schriftelijk op de hoogte gesteld te worden van het voorgestelde bezoldigingsbeleid. De ondernemingsraad kan het voorgestelde beleid vervolgens tijdens een overlegvergadering met de ondernemer aan de orde stellen. Daarnaast heeft de ondernemingsraad op grond van de WOR een informatierecht ten aanzien van onder andere de hoogte en inhoud van arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken met het bestuur. Het gaat hierbij om een verplichting van de ondernemer om de ondernemingsraad inzicht te verschaffen in de afspraken en regelingen die voor het bestuur als geheel gelden, niet voor individuele bestuurders. Ook het wetsvoorstel voorziet in een spreekrecht bij de vaststelling van het bezoldigingsbeleid ten aanzien van het bestuur, en niet ten aanzien van individuele bestuurders. In de overlegvergadering met de bestuurder kan de ondernemingsraad de uitwerking van het bezoldigingsbeleid in de praktijk aan de orde stellen.

Het spreekrecht van de ondernemingsraad geldt voor wat betreft de vaststelling en (latere) wijziging van het bezoldigingsbeleid. Het wetsvoorstel tast een reeds voor de inwerkingtreding van de beoogde nieuwe wet vastgesteld bezoldigingsbeleid niet aan.¹¹

Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen

Ten aanzien van de benoeming, de schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen van naamloze vennootschappen voorziet het wetsvoorstel eveneens in een spreekrecht voor de ondernemingsraad. Omdat het wetsvoorstel voorziet in een spreekrecht voor de ondernemingsraad op de AVA, geldt het spreekrecht bij de naamloze vennootschap die onder het zogenoemde *volledige of gemitigeerde* structuurregime valt, slechts ten aanzien van besluiten tot benoeming van een commissaris van een structuurvennootschap. Een dergelijk besluit wordt immers genomen door de AVA.

Voor naamloze vennootschappen die een gemitigeerd structuurregime hanteren, zal het spreekrecht daarnaast ten aanzien van benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders bestaan. Bij naamloze vennootschappen met een gemitigeerd structuurregime is immers de AVA, en niet de raad van commissarissen, het orgaan dat hiertoe bevoegd is.

Ten aanzien van voorgenomen besluiten tot benoeming of ontslag van de bestuurder in de zin van de WOR, heeft de ondernemingsraad, op grond van artikel 30 van de WOR, reeds een recht van advies. Op grond van het betreffende artikel dient de ondernemingsraad om advies te worden gevraagd op een zodanig moment dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit. De in de WOR gehanteerde definitie van bestuurder (hij die alleen dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid) resulteert echter niet altijd in de bestuurder op het hoogste niveau van de onderneming. Het wetsvoorstel beoogt daarentegen, aldus de memorie van toelichting, de ondernemingsraad inspraak te geven op een zo hoog mogelijk niveau binnen de organisatie van de onderneming.¹²

Belangrijke bestuursbesluiten (art. 2:107a BW)

Ten slotte voorziet het wetsvoorstel in een spreekrecht voor de ondernemingsraad ten aanzien van het goedkeuringrecht van de AVA met betrekking tot voorgenomen bestuursbesluiten die leiden tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de onderneming. Daarbij valt te denken aan een overdracht van de onderneming aan een derde, het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking, alsmede investeringen en desinvesteringen van een zekere omvang. Het betreft besluiten ten aanzien waarvan de ondernemingsraad in de regel een adviesrecht zal hebben op grond van artikel 25 van de WOR. Daarnaast betreft het besluiten die, indien een raad van commissarissen is ingesteld, voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen kunnen behoeven op grond van artikel 2:164 lid 1 BW.

In de praktijk zal de regeling zo uitwerken dat, indien nodig, het bestuur een voorgenomen besluit als bedoeld in artikel 2:107a BW eerst zal voorleggen aan de raad van commissarissen teneinde de mening van dit adviesorgaan te vernemen. Keurt de raad van commissarissen het voorgenomen besluit goed, dan zal het advies van de ondernemingsraad kunnen worden verzocht. De goedkeuring van de raad van commissarissen kan ook worden verzocht nadat de ondernemingsraad zijn advies heeft gegeven.¹³ Vervolgens zal het besluit moeten worden voorgelegd aan de AVA. Het wetsvoorstel beoogt dat bij de oproep voor die vergadering het standpunt van de ondernemingsraad is bijgevoegd. Op deze manier zullen nu ook de aandeelhouders kennis kunnen nemen van het standpunt van de ondernemingsraad, waarvoorheen, op basis van het adviesrecht op grond van artikel 25 van de WOR, alleen het bestuur op de hoogte was van de overwegingen van de ondernemingsraad. De SER is van mening dat dit eraan kan bijdragen dat de belangen van de werknemers door de AVA worden meegewogen, en daarmee kan bijdragen aan een versterking van de positie van de werknemers.

Inwerkingtreding

Het wetsvoorstel bepaalt dat de wet in werking zal treden op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Blijkens de memorie

11. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 9.

12. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 8.

13. Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 20.

van toelichting is hiervoor gekozen vanwege het feit dat vergaderdata van de AVA vaak ruim van tevoren worden vastgesteld en vennootschappen tijd nodig zullen hebben om voorbereidende handelingen te verrichten, zoals het uitsturen van de juiste stukken en het voorbereiden van de rol die de ondernemingsraad gaat spelen.¹⁴ Door te kiezen voor inwerkingtreding bij koninklijk besluit kan zo veel mogelijk met het vergaderseizoen van naamloze vennootschappen rekening worden gehouden.

14. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 14-15.