

Internetconsultatie

Adres/Address

'Malietoren'

Bezuidenhoutseweg 12
Den Haag

Postadres/Postal Address

Postbus 93002
2509 AA Den Haag

Telefoon/Phone

070 349 03 79

Briefnummer
20/10.329/PJ/Mge

Den Haag
17 november 2020

Onderwerp
Consultatie voorontwerp Wet eerlijk beslissen

Telefoonnummer
070-3490407

E-Mail
Jager@vnoncw-mkb.nl

L.S.,

VNO-NCW maakt graag van de gelegenheid gebruik te reageren op het voorontwerp van de Wet eerlijk beslissen ('Voorontwerp'), waarbij aanbeveling verdient deze consulatiereactie in samenhang te lezen met de reactie van VNO-NCW op het voorontwerp van de Wet eerlijk delen.

Doel Voorontwerp

De initiatiefnemer van het Voorontwerp betoogt, kort samengevat, het volgende. In de Rijnlandse traditie staat langetermijnwaardcreatie centraal en worden de belangen van de verschillende stakeholders afgewogen in de besluitvorming. Deze traditie staat echter, aldus de initiatiefnemer, onder druk, omdat bedrijven zich te veel focussen op kortetermijn-winstmaximalisatie. Die druk zou afkomstig zijn van op korte termijn gerichte aandeelhouders. Het Voorontwerp beoogt de machtsbalans tussen aandeelhouders en werknemers te herstellen, opdat het bestuur meer verantwoordingsplicht voelt richting beide groepen. Voorgesteld wordt de ondernemingsraad bij grotere bedrijven (vanaf 100 medewerkers) instemmingsrecht te geven bij belangrijke besluiten, zoals de (i) oprichting of sluiting van bedrijfsonderdelen, (ii) aan- of verkoop van bedrijfsonderdelen, (iii) salariering van bestuurders en commissarissen. (iv) het doen van belangrijke investeringen en (v) het aantrekken van belangrijke kredieten. In de praktijk zal dit betekenen dat de ondernemingsraad altijd door het bestuur meegenomen moet worden in belangrijke beslissingen (anders zal er een gang naar de rechter nodig zijn als hij uiteindelijk niet instemt met een belangrijk voorgenomen besluit), waarmee werknemers een sterkere positie in de onderneming, vergelijkbaar met aandeelhouders, krijgen. Hiertoe wordt de WOR uitgebreid.

Standpunt VNO-NCW

VNO-NCW ziet – in het licht van de huidige rechten, plichten, bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden van bestuurders, commissarissen, aandeelhouders en de ondernemingsraad – geen enkele nut en noodzaak in het Voorontwerp.

Met het laten transformeren van – de lange lijst van belangrijke en niet zelden strategisch van aard zijnde – adviesplichtige besluiten in instemmingsplichtige besluiten (vanaf 100 werkzame personen in de onderneming) miskent de initiatiefnemer de bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap. In feite komt de ondernemingsraad – door het in het Voorontwerp voorgestelde (omvangrijke en verstrekkende) vetorecht ten aanzien van strategische beslissingen – op de stoel van het bestuur te zitten. Dat acht VNO-NCW onwenselijk, aangezien dat aan het snel en effectief kunnen reageren op positieve dan wel negatieve ontwikkelingen in de weg staat, dit met alle mogelijke gevolgen van dien. Overigens vreest VNO-NCW voor een verslechtering van het investerings- en vestigingsklimaat als het Voorontwerp kracht van wet zou krijgen.

In de bijlage wordt (mede) het bovenstaande uitgewerkt en toegelicht.

VNO-NCW roept op het Voorontwerp niet in te dienen c.q. niet in behandeling te nemen.

Tot nadere toelichting is VNO-NCW graag bereid.

Hoogachtend

Guusje Dolsma
Waarnemend directeur Beleid

Bijlage

bij brief d.d. 17 november 2020 met kenmerk 20/10.329/PJ/Mge

Consultatiereactie Wet eerlijk beslissen

Het voorontwerp van de Wet eerlijk beslissen en de daarbij behorende memorie van toelichting zullen in het navolgende worden aangeduid als het ‘Voorontwerp’ respectievelijk de ‘Toelichting’.

VNO-NCW is tégen het Voorontwerp. Hieronder zal dat worden toegelicht.

NB Voor de leesbaarheid heeft VNO-NCW passages onderstreept.

1. Nut en noodzaak

VNO-NCW ziet – in het licht van hoe het recht er thans uitziet –nut noch noodzaak tot invoering van het Voorontwerp. Dat licht VNO-NCW hieronder toe aan de hand van wet- en regelgeving, de jurisprudentie en de literatuur.

Rechten ondernemingsraad

De ondernemingsraad wordt in juridisch opzicht op diverse terreinen voldoende gefaciliteerd, onder meer in de vorm van juridische handvatten om invloed uit te kunnen oefenen. Daartoe kan, zonder te streven naar volledigheid, op de volgende wettelijke bepalingen (uit Boek 2 BW en de WOR) worden gewezen:

- Ingevolge art. 2:101 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:210), eerste lid, laatste volzin, BW zendt het bestuur van een naamloze structuurvennootschap de jaarrekening (mede) toe aan de ondernemingsraad als bedoeld in art. 2:158 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:268), elfde lid, BW.
- Krachtens art. 2:107a, eerste lid, BW zijn aan de goedkeuring van de algemene vergadering onderworpen de besluiten van het bestuur (van een naamloze vennootschap) omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval: (a) de overdracht van (vrijwel) de gehele onderneming aan een derde, (b) het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van de vennootschap of een dochtermaatschappij met bijvoorbeeld een andere rechtspersoon indien die samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap en (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 volgende de (geconsolideerde) balans met toelichting volgens de laatste vastgestelde jaarrekening van de vennootschap, door haar of een dochtermaatschappij. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat als de vennootschap op grond van wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld, het goedkeuringsverzoek niet aan de algemene vergadering wordt aangeboden dan nadat de ondernemingsraad tijdig voor de oproepingsdatum als bedoeld in art. 2:114 BW in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen. Dit standpunt wordt gelijktijdig met het verzoek om goedkeuring aan de algemene vergadering aangeboden. (Een door) de voorzitter (aangewezen lid) van de ondernemingsraad kan het standpunt van die raad in de algemene vergadering toelichten. Tot slot bepaalt het vierde lid dat

voor de toepassing van art. 2:107a, derde lid, BW onder ondernemingsraad in bepaalde omstandigheden mede wordt verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij.

- Blijkens art. 2:134a, eerste lid, BW wordt, indien de naamloze vennootschap krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld, het voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder niet aan de algemene vergadering aangeboden dan nadat de ondernemingsraad tijdig vóór de oproepingsdatum als bedoeld in art. 2:114 BW in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen. Dat standpunt wordt gelijktijdig met het bovenbedoelde voorstel aan de algemene vergadering aangeboden. (Een door) de voorzitter (aanwezen lid) van de ondernemingsraad kan dit standpunt in de algemene vergadering toelichten. Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder ondernemingsraad in bepaalde omstandigheden mede wordt verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij (art. 2:134a, tweede lid, BW).
- Volgens art. 2:135, tweede lid, BW wordt, indien de naamloze vennootschap krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld, het voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid niet aan de algemene vergadering aangeboden dan nadat eerst de ondernemingsraad tijdig vóór de oproepingsdatum als bedoeld in art. 2:114 BW in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen, welke standpunt gelijktijdig met het bovenbedoelde voorstel aan de algemene vergadering wordt aangeboden. (Een door) de voorzitter (aangewezen lid) van de ondernemingsraad kan het standpunt van de ondernemingsraad in de algemene vergadering toelichten. Voor de toepassing van het tweede lid wordt onder ondernemingsraad in bepaalde omstandigheden mede verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij (art. 2:135, derde lid, BW).
- Luidens art. 2:135a, tweede lid juncto eerste lid, BW wordt, indien de naamloze vennootschap waarvan aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 Wft, krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld, het voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid als bedoeld in art. 2:135a, tweede lid, BW niet als onderwerp vermeld bij de oproeping als bedoeld in art. 2:114, eerste lid, BW dan nadat de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld hierover advies uit te brengen aan het orgaan dat belast is met het doen van een voorstel. Dit advies wordt gelijktijdig met het hier bedoelde voorstel aan de algemene vergadering aangeboden. Indien dat advies niet (geheel) is gevolgd door het zo-even bedoelde orgaan, wordt tevens een schriftelijke onderbouwing voor het afwijken van het advies aangeboden aan de algemene vergadering. (Een door) de voorzitter (aangewezen lid) van de ondernemingsraad kan het advies van die raad in de algemene vergadering toelichten. In bepaalde omstandigheden wordt onder ondernemingsraad mede verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij.
- Op grond van art. 2:144a, eerste lid, BW wordt, indien de naamloze vennootschap krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld, het voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag van een commissaris niet aan de algemene vergadering aangeboden dan nadat de ondernemingsraad tijdig vóór de oproepingsdatum als bedoeld in art. 2:114 BW in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen, welk standpunt gelijktijdig met het evenbedoelde voorstel aan de algemene vergadering wordt aangeboden. (Een door) de voorzitter (aangewezen lid) van de ondernemingsraad kan dat standpunt in die vergadering toelichten. Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder

- ondernemingsraad in bepaalde omstandigheden mede wordt verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij (art. 2:144a, tweede lid, BW).
- Naar luid van art. 2:158 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:268), derde lid, laatste volzin, BW bespreekt de raad van commissarissen de profielschets (voor zijn omvang en samenstelling) voor het eerst bij vaststelling en vervolgens bij iedere wijziging (mede) met de ondernemingsraad. Het vierde lid bepaalt dat de (met redenen omklede) voordracht van de commissarissen gelijktijdig bekend dient te worden gemaakt aan (mede) de ondernemingsraad (voor de besloten structuurvennootschap staat dat in het vijfde lid van art. 2:268 BW). Die voordracht wordt niet aan de algemene vergadering aangeboden dan nadat de ondernemingsraad tijdig vóór de oproepingsdatum als bedoeld in art. 2:114 BW in de gelegenheid is gesteld hierover een standpunt te bepalen. (Een door) de voorzitter (aangewezen lid) van die raad kan dat standpunt in de algemene vergadering toelichten. Het vijfde lid bepaalt dat (mede) de ondernemingsraad aan de raad van commissarissen personen kunnen aanbevelen om als commissaris te worden voorgedragen. Het zesde lid bepaalt dat voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen geldt dat de raad van commissarissen een door de ondernemingsraad aanbevolen persoon in beginsel op de voordracht plaatst (staat voor de bv ook in het zesde lid). Het zevende lid (staat in hetzelfde lid voor de besloten structuurvennootschap) bepaalt dat de raad van commissarissen eventuele bezwaren aan de ondernemingsraad (gemotiveerd) mededeelt en onverwijld daarover met hem in overleg treedt met het oog op het bereiken van overeenstemming over de voordracht, bij gebreke waarvan (een daartoe aangewezen vertegenwoordiger van) de raad van commissarissen de gang naar de Ondernemingskamer kan maken, die vervolgens de ondernemingsraad doet oproepen (lid 8, zowel voor de naamloze structuurvennootschap als de besloten structuurvennootschap). In geval van gegrondverklaring van het bezwaar kan de ondernemingsraad een nieuwe aanbeveling doen. Het twaalfde lid (ook voor de besloten structuurvennootschap) bepaalt dat in de statuten van de leden 2, 4-7 en 9 kan worden afweken. Maar voor het besluit tot statutenwijziging is de toestemming van de ondernemingsraad vereist.
 - Ex art. 2:159 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:269), tweede lid, BW kan de ondernemingsraad personen voor benoeming tot commissaris aanbevelen. Degene die de algemene vergadering convoceert, deelt die raad daartoe tijdig mede dat de benoeming van commissarissen onderwerp van behandeling in die vergadering zal zijn, een en ander met vermelding of benoeming van een commissaris plaatsvindt overeenkomstig het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 2:158 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:268), zesde lid, BW.
 - Uit hoofde van art. 2:160a BW maakt een persoon die door de ondernemingsraad wordt aanbevolen als bedoeld in art. 2:158, zesde lid, BW, deel uit van een hierna te melden commissie, indien in de statuten is bepaald dat de raad van commissarissen de bezoldiging van bestuurders vaststelt als bedoeld in art. 2:135, vierde lid, BW en die raad uit zijn midden een commissie heeft ingesteld om de besluitvorming daarover voor te bereiden.
 - Op de voet van art. 2:161 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:271), tweede lid, BW kan de Ondernemingskamer (mede) op verzoek van de ondernemingsraad (als bedoeld in art. 2:158 (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:268), elfde lid,) een commissaris (van een structuurvennootschap) ontslaan wegens (i) verwaarlozing van zijn taak, (ii) een andere gewichtige reden of (iii) ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris redelijkerwijze niet van de vennootschap kan worden verlangd.

- Ingevolge art. 2:161a (voor de besloten structuurvennootschap art. 2:271a), tweede lid, BW wordt een besluit als bedoeld in het eerste lid, houdende dat de algemene vergadering onder voorwaarden het vertrouwen in de raad van commissarissen kan opzeggen, niet genomen dan nadat het bestuur de ondernemingsraad van (de gronden van) het voorstel voor het besluit in kennis heeft gesteld. Indien de ondernemingsraad een standpunt daarover bepaalt, kan hij dat in de algemene vergadering doen toelichten.
- Krachtens art. 2:314, vierde lid, BW worden eventuele (schriftelijke) adviezen of opmerkingen van de zijde van de ondernemingsraad of medezeggenschapsraad van een te fuseren rechtspersoon of een vereniging van werknemers die werknemers van de rechtspersoon of van een dochtermaatschappij onder haar leden telt, tegelijk met het fusievoorstel of onmiddellijk na ontvangst neergelegd ten kantore van de rechtspersoon.
- Blijkens art. 2:333f BW wordt de schriftelijke toelichting op het fusievoorstel tot het tijdstip van de fusie ter inzage gelegd voor de ondernemingsraad of, bij gebreke daarvan, werknemers van de vennootschap.
- Volgens art. 2:334h, vierde lid, BW worden eventuele (schriftelijke) adviezen of opmerkingen tijdens de ondernemings- of medezeggenschapsraad van een partij bij de splitsing of een vereniging van werknemers die werknemers van die partij of van een dochtermaatschappij onder haar leden telt, tegelijk met het splitsingsvoorstel of onmiddellijk na ontvangst neergelegd ten kantore van de rechtspersoon.
- Op grond van art. 2:345, eerste lid, eerste volzin, BW kan de Ondernemingskamer schriftelijk worden verzocht een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:344 BW. Hoewel de ondernemingsraad niet als zodanig daartoe gerechtigd is, kan hem de enquêtebevoegdheid bij overeenkomst met of statuten van de rechtspersoon worden toegekend, een en ander uit hoofde van art. 2:346, eerste lid, onderdeel e, BW. De vereniging van werknemers ontleent die bevoegdheid rechtstreeks aan de wet (zie art. 2:347 BW en de voorwaarden als daarin opgenomen). Naast een enquêteverzoek kan de Ondernemingskamer worden verzocht een of meer onmiddellijke voorzieningen te treffen ex art. 2:349a, tweede lid, BW. Denk hierbij aan de schorsing van een besluit of een bestuurder/commissaris. Verder bepaalt art. 2:349, eerste lid, BW dat in geval van een ‘zelfenquête’ (zie art. 2:346, eerste lid, onderdeel d, BW) ook de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk wordt verwittigd van het voornemen daartoe respectievelijk de indiening daarvan. Het tweede lid bepaalt dat een vereniging van werknemers niet-ontvankelijk is indien niet van tevoren de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken. Art. 2:353, derde lid, BW bepaalt dat een vereniging van werknemers, zo die om een enquête heeft verzocht, bevoegd is zonder machtiging van de voorzitter van de Ondernemingskamer mededelingen uit het verslag te verstrekken aan de ondernemingsraad die bij de hier bedoelde rechtspersoon is ingesteld. Voor zover de Ondernemingskamer een onderzoek wordt gelast en voltooid met een verslag, dan kan vervolgens worden verzocht wanbeleid vast te stellen en ten gevolge daarop worden verzocht een of meer voorzieningen te treffen als bedoeld in art. 2:355, eerste lid, BW juncto art. 2:356, aanhef en onderdelen a-f, BW, waaronder het ontslag van een bestuurder/commissaris of de vernietiging van een besluit van een orgaan van de geëncquêteerde rechtspersoon.
- Uit hoofde van art. 25, eerste lid, WOR wordt de ondernemingsraad door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over de onder a tot en met n voorgenomen besluiten. Het vijfde lid bepaalt dat indien het advies van de ondernemingsraad niet (geheel) is gevolgd, aan hem wordt medegedeeld waarom van dat advies is afgeweken. Het

zesde lid bepaalt dat alsdan (eerste zinsdeel) de ondernemer verplicht is de uitvoering van zijn besluit op te schorten tot een maand na de dag waarop de ondernemingsraad van dat besluit in kennis is gesteld. De ondernemingsraad kan op grond van art. 26, eerste lid, WOR bij de Ondernemingskamer beroep instellen tegen het besluit wanneer dat niet in overeenstemming is met zijn advies of wanneer feiten dan wel omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht. Verklaart de Ondernemingskamer het beroep gegrond, dan kan zij desverzocht een of meer voorzieningen treffen: (a) het opleggen van de verplichting aan de ondernemer om het besluit geheel of ten dele in te trekken, alsmede om aan te wijzen gevolgen van dat besluit ongedaan te maken, of (b) het opleggen van een verbod aan de ondernemer om handelingen te (doen) verrichten ter uitvoering van (onderdelen van) het besluit.

- Op de voet van art. 31, eerste lid, WOR is de ondernemer gehouden desgevraagd aan (commissies van) de ondernemingsraad tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de taakvervulling redelijkerwijs nodig heeft. Tevens dienen ingevolge het tweede lid aan die raad bij het begin van iedere zittingsperiode schriftelijk gegevens te verstrekken omtrent het in onder a tot en met f genoemde.
- Blijkens art. 31a, eerste lid, WOR verstrekt de ondernemer aan de ondernemingsraad algemene gegevens over de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak, in het bijzonder ten aanzien van art. 25 WOR-aangelegenheden. Het derde lid bepaalt dat de ondernemer in geval van in een groep verbonden ondernemers aan de ondernemingsraad de geconsolideerde jaarrekening, het bestuursverslag en de overige gegevens verstrekt, indien de financiële gegevens van die ondernemer in zulk een jaarrekening als bedoeld in art. 2:405 BW zijn opgenomen.

Winstuitkeringen

Kunnen aandeelhouders zich alle winst en de reserves doen uitkeren? Art. 2:105 (voor de besloten vennootschap art. 2:216), eerste en tweede lid, BW wijst de weg.

Ten aanzien van de naamloze vennootschap bepaalt art. 2:105, eerste lid, BW dat '[v]oor zover bij de statuten niet anders is bepaald', de winst de aandeelhouders ten goede komt. Niettemin bepaalt het tweede lid dat die vennootschap aan hen slechts uitkeringen kan doen 'voor zover haar eigen vermogen groter is dan het bedrag van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden'.

Met betrekking tot de besloten vennootschap bepaalt art. 2:216, eerste lid, BW dat de algemene vergadering bevoegd is tot winstbestemming die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot uitkeringsvaststellingen, 'voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden'. De statuten kunnen de bevoegdheden als hiervoor bedoeld beperken of toekennen aan een ander orgaan. Blijkens het tweede lid heeft een uitkeringsbesluit geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Het bestuur weigert – op straffe van het bepaalde in het derde lid over de hoofdelijke verbondenheid voor het tekort dat door

de uitkering is ontstaan – slechts de goedkeuring ‘indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden’.

Bier verwoordt de algemeen gedragen mening dat in de praktijk:

‘bijna alle statuten een bepaling die afwijkt van de voor de NV (BV*) geldende wettelijke hoofdregel. Afgezien van de niet veel voorkomende bepaling dat ook anderen dan aandeelhouders van de beschikbare winst genieten, zoals houders van oprichtersbewijzen of winstbewijzen, bepalen de meeste statuten dat de algemene vergadering de mogelijkheid heeft om over de winst te beschikken.

Het beschikken over de winst betekent in dit verband een keuze tussen, of combinatie van uitkering van winst of reservering van winst.

Daarnaast treffen we vaak, zeker bij beursgenoteerde vennootschappen, de statutaire bepaling aan dat het bestuur of de raad van commissarissen, voorafgaand aan de besluitvorming van de algemene vergadering om over de winst te beschikken, de bevoegdheid heeft te besluiten om (een gedeelte van) de winst te reserveren. Maakt dit orgaan van deze bevoegdheid gebruik en besluit het tot reservering, dan wordt hiermee de aan de algemene vergadering ter beschikking staande winst vermindert met het bedrag dat gereserveerd wordt door het daartoe bevoegde orgaan. Over het restant van de winst dient, voorzover de statuten bepalen dat de winst ter beschikking van de algemene vergadering staat, nog een besluit genomen te worden’.¹

Ook langs andere wegen kunnen er (financiële) middelen naar aandeelhouders gaan, namelijk de inkoop van en terugbetaling op aandelen. Hier wordt volstaan met het verwijzen naar art. 2:98, tweede lid, BW, waarin een vermogensgrens in geval van inkoop van aandelen is opgenomen, art. 2:99, tweede lid, BW en art. 2:100, derde lid, BW, waarin wordt gesproken van de intrekking van aandelen met terugbetaling respectievelijk een verzetsmogelijkheid voor schuldeisers in geval van kapitaalvermindering, art. 2:207, tweede en derde lid, BW (voor de besloten vennootschap), waarin een vermogensgrens is opgenomen in geval van verkrijging van (volgestorte) eigen aandelen respectievelijk een aansprakelijkheidsregeling, en art. 2:208, zesde lid, BW (voor de beloten vennootschap), waarin met betrekking tot de vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen art. 2:216, tweede tot en met het vierde lid, BW (regeling over winstuitkering; zie hierboven) van overeenkomstige toepassing is verklaard.

Bevoegdheidsverdeling

De algemene vergadering is beperkt in haar bevoegdheid. Uitspraken van de Hoge Raad hebben invulling gegeven aan een juiste balans in de bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap, met name door uit te maken welke bevoegdheden dwingend bij het bestuur behoren. Toekenning van de (vergaande) bevoegdheden aan de ondernemingsraad verstoort die balans. Dat acht VNO-NCW onwenselijk.

¹ B. Bier, ‘Betekent winstrecht ook recht op winst?’, in: P.J. van der Korst e.a. (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder* (Serie Onderneming en Recht, deel 69), Deventer: Kluwer 2012, p. 168.

Art. 2:107 (voor de besloten vennootschap art. 2:217), eerste lid, BW bepaalt dat aan de algemene vergadering – binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen – alle bevoegdheid behoort die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend. In zijn *Forumbank*-arrest maakte de Hoge Raad het volgende uit:

‘dat bij het primaire middel, mede blijkens de mondelinge toelichting, de stelling wordt verdedigd, dat de algemene vergadering, ondanks het feit dat de inkoop van eigen aandelen in het algemeen tot de bevoegdheid van de directie behoort, bevoegd is aan de directie opdracht te geven een bepaald aantal eigen aandelen voor een bepaalden prijs van bepaalde verkopers te kopen, en wel omdat de bestuurders ondergeschikt zijn aan de naamloze vennootschap en de algemene vergadering de hoogste macht in de naamloze vennootschap bezit;
(...);
dat in deze stelling, aldus verstaan, echter wordt voorbijgezien dat ook de algemene vergadering de bij wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet mag overschrijden en dat het Hof, in cassatie onbestreden, als voormeld heeft vastgesteld dat de inkoop van eigen aandelen uitsluitend tot de bevoegdheid van de directie behoort;’²

In zijn *ABN AMRO*-beschikking overwoog de Hoge Raad het volgende, voor zover van belang, over de bevoegdheidsverdeling binnen een vennootschap:

‘4.3 De ondernemingskamer heeft in rov. 3.17 terecht en in cassatie onbestreden vooropgesteld (i) dat het bepalen van de strategie van een vennootschap en de daaraan verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap, (ii) dat de raad van commissarissen daarop toezicht houdt en (iii) dat de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen terzake tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten. In het algemeen betekent dit laatste dat het bestuur van een vennootschap aan de algemene vergadering van aandeelhouders verantwoording heeft af te leggen van zijn beleid maar dat het, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet verplicht is de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is.’³

Onder andere dat oordeel over de strategiebepaling werd herhaald in zijn *ASMI*-beschikking.⁴ Hetzelfde geldt voor zijn *Boskalis/Fugro*-beschikking, maar daarin voegde hij ook een element toe, namelijk dat het bepalen van het ‘beleid’ eveneens in beginsel een aangelegenheid van het bestuur van de vennootschap is.⁵

Vennootschappelijk belang en belangenafweging

² HR 21 januari 1955, ECLI:NL:PHR:1955:AG2033 (*Forumbank*).

³ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (*ABN AMRO*).

⁴ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, r.o. 4.4.1 (*ASMI*).

⁵ HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652, r.o. 3.3.6-3.3.7 (*Boskalis/Fugro*).

In de *ABN AMRO*-beschikking kwam het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (hierna: het vennootschappelijk belang), naar welk belang bestuurders, net als commissarissen (art. 2:140 (voor de besloten vennootschap art. 2:250), tweede lid, BW), zich bij hun taakvervulling dienen te richten (art. 2:129 (voor de bv art. 2:239), vijfde lid, BW), aan de orde. De Hoge Raad overwoog daarover het volgende:

‘4.5 (...) Ook hier geldt dat het bestuur bij de vervulling van zijn bij wet of statuten opgedragen taken het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming behoort voorop te stellen en de belangen van alle betrokkenen, waaronder die van de aandeelhouders, bij zijn besluitvorming in aanmerking behoort te nemen.’⁶

Dit oordeel werd eveneens herhaald in zijn *ASMI*-beschikking.⁷

Het vennootschappelijk belang kwam opnieuw aan bod in ’s Hogen Raads *Cancun*-beschikking, waarin de cassatierechter daarover het volgende oordeelde:

‘4.2.1 Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. (...)’⁸

en

‘4.2.2 Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (*ASMI*), HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (*VEB c.s./KLM*) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, NJ 2007/610 (*Versatel I*)). Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.’⁹

In de Nederlandse corporate governance code 2016 (hierna: de Code) worden – aansluitend bij het voorgaande – de volgende uitgangspunten geformuleerd:

‘De Code berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken *stakeholders*. *Stakeholders* zijn groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed:

⁶ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (*ABN AMRO*).

⁷ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, r.o. 4.4.1 (*ASMI*).

⁸ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804 (*Cancun*).

⁹ *Ibid.*

werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen en zijn doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van waarde op de lange termijn. Stakeholders moeten erop kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen, omdat dit een voorwaarde is voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken. Goed ondernemerschap en goed toezicht zijn essentiële voorwaarden voor stakeholders voor het vertrouwen in het bestuur en het toezicht. Daaronder zijn begrepen integer en transparant handelen door het bestuur en het afleggen van verantwoording over het toezicht door de raad van commissarissen. Bepalend voor de werking van de Code is niet de mate waarin deze naar de letter wordt nageleefd, maar de mate waarin de intenties van de Code leidend zijn voor het doen en laten van alle betrokkenen.¹⁰

Principe 1.1 van de Code, welke ziet op het richtpunt van bestuurlijk handelen en de af te wegen belangen, luidt als volgt:

‘Het bestuur is verantwoordelijk voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur richt zich op de lange termijn waardecreeatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholders. De raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur terzake.’¹¹

In best practice-bepaling 1.1.1 staat dat het bestuur bij het vormgeven van de strategie in ieder geval aandacht dient te besteden aan, onder meer, de belangen van de stakeholders (zie onder v).

Principe 2.8, in geval van een overnamesituaties en de in die situatie te verrichten belangenafweging, luidt aldus:

‘Bij een overnamebod op de (certificaten van) aandelen in de vennootschap, bij een onderhands bod op een bedrijfsonderdeel of een deelneming waarvan de waarde de in artikel 2:107a, lid 1, onderdeel c, BW bedoelde grens overschrijdt, en/of bij andere ingrijpende wijzigingen in de structuur van de vennootschap, zorgen zowel het bestuur als de raad van commissarissen voor een zorgvuldige weging van de betrokken belangen van de stakeholders en het voorkomen van belangenverstremming voor commissarissen of bestuurders. Het bestuur en de raad van commissarissen laten zich bij hun handelen leiden door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.’¹²

Het bestuur moet dus met alle belangen – ook die van werknemers – rekening houden en moet ten aanzien van die belangen zorgvuldigheid betrachten. Tegen die achtergrond bestaat er volgens VNO-NCW geen aanleiding voor het geven van een instemmingsrecht aan de ondernemingsraad met betrekking tot de art. 25, eerste lid, WOR-besluiten.

¹⁰ Code, p. 8.

¹¹ Code, p. 13.

¹² Code, p. 28.

Eigen belang aandeelhouders

Aandeelhouders mogen/kunnen niet onbeperkt een eigen belang vooropstellen. Daartoe wordt op het volgende gewezen. In de Code staat het volgende:

‘Aandeelhouders kunnen bij hun handelen hun eigen belangen nastreven, zolang zij zich ten opzichte van de vennootschap, haar organen en hun mede-aandeelhouders gedragen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hieronder valt de bereidheid om met de vennootschap en mede-aandeelhouders in dialoog te gaan. Hoe groter het belang is dat een aandeelhouder in de vennootschap houdt, des te groter is zijn verantwoordelijkheid jegens de vennootschap, mede-aandeelhouders en andere stakeholders. Institutionele beleggers zijn verantwoordelijk jegens hun achterliggende begunstigden om op zorgvuldige en transparante manier te beoordelen op welke wijze zij gebruik maken van hun rechten als aandeelhouder van vennootschappen.’¹³

Assink, advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, schreef het volgende:

‘De eerste optie gaat uit, zoals de Ondernemingskamer het recent nog noemde, van het beginsel dat het aandeelhouders vrijstaat om, binnen de grenzen van de in art. 2:8 BW genoemde redelijkheid en billijkheid, hun “eigen belangen te dienen”, ook bij het uitoefenen van het stemrecht en ook als die eigen belangen meer op de korte termijn gericht zijn. Deze benadering, waarin het vennootschappelijk belang geen rol op de voorgrond speelt, maar veeleer een eventueel correctief vormt via de context-afhankelijke werking van art. 2:8 BW, is gebaseerd op drie bekende arresten van de Hoge Raad inzake stemovereenkomsten uit 1944, 1959 en 1960 [de Wennex-leer].’¹⁴ (voetnoten verwijderd)

en (lees: maar)

‘Er valt intussen in de literatuur ook meer principiële kritiek te lezen op deze benadering, althans op de neiging in de praktijk bij toepassing van de ‘Wennex’-leer aan het vennootschappelijk belang een ondergeschikte rol op de achtergrond toe te bedelen. Bijvoorbeeld door *NJ*-annotator Peter van Schilfgaarde bij de daarin gepubliceerde *Cancun*-beschikking van de Hoge Raad, waar hij onder meer noert dat:

“velen nog steeds moeite hebben om de positie van aandeelhouders te verbinden met het vennootschapsbelang. Nog steeds waart rond het oude, aan een arrest van 1944 (Wennex) gekoppelde idee dat een aandeelhouder het recht heeft om (uitsluitend) zijn eigen belang in de vennootschap te dienen. Dat idee heeft zijn verdienste voor minderheidsaandeelhouders zonder invloed of ambitie om invloed uit te oefenen, en dan speciaal voor zulke

¹³ *Ibid.*

¹⁴ B.F. Assink, ‘Aandeelhouders en strategie na *Boskalis/Fugro*’, in B. Kemp, H. Koster en C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 115, Wolters Kluwer 2019, p. 55.

aandeelhouders bij beursvennootschappen. Voor het overige is het al sedert zijn ontstaan verouderd”.

Daarbij past bijvoorbeeld de relativering dat inmiddels toch wel breed wordt aangenomen dat de verplichtingen die uit art. 2:8 BW voortvloeien voor een aandeelhouder i.h.b. zwaarder kunnen en doorgaans zullen wegen naarmate zijn aanwendbare invloed binnen de vennootschap toeneemt, waarmee dan zijn vrijheid om zich naar het eigen belang in de vennootschap te richten evenredig afneemt doordat hij meer rekening dient te houden met kenbare, gerechtvaardigde belangen van andere betrokkenen waaronder dat van de vennootschap. Dit laat al zien dat de ‘Wennex’-leer – i.i.g. tegenwoordig – geen categorisch-reductionistische benadering van aandeelhoudersverantwoordelijkheid impliceert, dat het nu al niet zo is dat aandeelhouders onder het Nederlandse ondernemingsrecht bijvoorbeeld het vennootschappelijk belang naar believen kunnen negeren als iets dat voor hen niet van belang is. Anders, en breder gezegd: mede gelet op art. 2:8 BW wordt het aandeel, met de daaraan verbonden rechten (i.h.b. het stemrecht), al langer niet louter opgevat als een individueel vermogensrecht en -bestanddeel van de aandeelhouder waarover hij vrijelijk mag disponeren, ongehinderd door kenbare, gerechtvaardigde belangen van anderen, i.h.b. dat van de vennootschap en dat van betrokkenen bij de vennootschap en de onderneming.¹⁵ (voetnoten verwijderd)

Ook kan gewezen worden op Koster, hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden, die het volgende schreef:

‘Uit de jurisprudentie blijkt dat de aandeelhouder soms ook met de belangen van de vennootschap en anderen rekening heeft te houden. De meest recente ontwikkeling is dat van institutionele beleggers en vermogensbeheerders langetermijnbetrokkenheid wordt verwacht. Dit op basis van de Nederlandse Stewardship Code die op 1 januari 2019 in werking is getreden alsmede de nog in te voeren regels naar aanleiding van de herziene aandeelhoudersrichtlijn. Dit impliceert ook dat deze aandeelhouders bij het vervullen van hun monitorende rol geacht worden rekening te houden met het vennootschappelijk belang.’¹⁶ (voetnoot verwijderd)

Over het door de aandeelhouder dienen van zijn eigen belang in de praktijk scheef Kemp, hoogleraar corporate governance and corporate regulation aan de Universiteit Maastricht, het volgende:

‘In de inleiding werd de vraag gesteld of het uitgangspunt dat de aandeelhouder zijn eigen belang mag behartigen in de praktijk daadwerkelijk tot wasdom komt. Op grond van een aantal voorbeelden kom ik tot de conclusie dat dit uitgangspunt in de praktijk krachtig beperkt wordt. Sterker nog, in de wet zijn verschillende bepalingen opgenomen waar de bevoegdheid van de aandeelhouder wordt beperkt en de wetgever – kennelijk – heeft besloten dat niet kon worden volstaan met al-

¹⁵ Assink 2019, p. 56-57.

¹⁶ H. Koster, ‘Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang: van aandeelhouderscontract naar stewardshipparticipatie’, in B. Kemp, H. Koster en C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 115, Wolters Kluwer 2019, p. 333.

gemene normering van aandeelhoudersgedrag op basis van de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid. Dit geldt zowel ten aanzien van de rechten van individuele aandeelhouders, waar vaak de begrenzing van het “zwaarwichtig belang” wordt gehanteerd, en voor bevoegdheden van de algemene vergadering, waar soms een meer algemene begrenzing wordt gebruikt (het vennootschappelijk belang) en soms een meer specifieke begrenzing (“wanneer de vennootschap als gevolg van de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden”). Bij de flexibilisering van de bv heeft de wetgever de wederzijdse afhankelijkheid van de bestuurders en aandeelhouders verder versterkt, terwijl flexibilisering van inrichtingsvrijheid voor aandeelhouders één van de uitgangspunten voor dat wetgevingstraject was. Eigen belang is een mooi uitgangspunt, maar in de praktijk blijft daarvan niet bijzonder veel over.¹⁷

Gelet op het vorenstaande, waaruit een beperking van (de uitoefening van) de bevoegdheid van aandeelhouders ten aanzien van het dienen van hun eigen belang volgt, is het Voorontwerp naar het oordeel van VNO-NCW overbodig.

2. Artikel 27 (nieuw) WOR

Het voorgestelde art. 27 WOR komt, voor zover hier van belang, aldus te luiden:

1 (...).

2. Onverminderd het bepaalde in het eerste lid, behoeft de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 100 personen werkzaam zijn, tevens de instemming van de ondernemingsraad voor:

- a. elk door hem voorgenomen besluit als bedoeld in artikel 25, eerste lid;
- b. elk door hem voorgenomen besluit tot verhoging van de beloning van bestuurders en commissarissen.

3. Voor zover het besluiten betreft als bedoeld in artikel 25, eerste lid, onder b tot en met f, en het tweede lid, onder b, kan de ondernemingsraad besluiten de betrokken aangelegenheid voor te leggen aan haar achterban alvorens te besluiten of zij haar instemming verleent. Indien toepassing is gegeven aan de eerste volzin, onthoudt de ondernemingsraad slechts haar instemming indien de achterban met meerderheid van stemmen heeft aangegeven met de betrokken aangelegenheid niet in te willen stemmen,.

Blijkens art. 27, eerste lid, WOR behoeft de ondernemer (lees: de vennootschap, zie art. 1, eerste lid, onderdeel d, WOR) thans – op straffe van nietigheid, indien de ondernemingsraad daar een beroep op heeft gedaan (zie het vijfde lid) – de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van diverse regelingen, zoals een arbeids- en rusttijdenregeling of een vakantieregeling (onderdeel b), een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid (onderdeel d), een regeling op het gebied van de personeelsopleiding (onderdeel f), een regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling (onderdeel g), een regeling op het gebied van het werkoverleg (onderdeel i) en een

¹⁷ B. Kemp, ‘Aandeelhouders, eigen belang en het vennootschappelijk belang: over de schijn van vrijheid en werkelijke grenzen’, in B. Kemp, H. Koster en C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 115, Wolters Kluwer 2019, p. 105.

regeling op het gebied van de behandeling van klachten (onderdeel j). Bedoeling is art. 27 WOR aldus aan te vullen dat de ondernemer – die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 100 personen werkzaam zijn – tevens instemming van de ondernemingsraad behoeft voor onder andere ‘elk door hem voorgenomen besluit als bedoeld in artikel 25, eerste lid[, WOR]’, zoals een besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (onderdeel a), het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming (onderdeel b), het beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan (onderdeel c), belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (onderdeel d), het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming (onderdeel h) en het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming (onderdeel i).

VNO-NCW is mordicus tégen deze aanvulling, nu zij feitelijk de ondernemingsraad een vetorecht geeft ten aanzien van voor de onderneming essentiële onderwerpen en daarmee niet alleen de ondernemer beperkt om snel en effectief te kunnen reageren op positieve dan wel negatieve ontwikkelingen, met alle mogelijke gevolgen van dien, maar ook, door het kunnen bepalen of bijvoorbeeld een belangrijke investering/overname wel of niet wordt gedaan, feitelijk – geheel ten onrechte, want de bevoegdheidsverdeling binnen de onderneming miskennend – op de stoel van het bestuur (aan de bestuurstafel) gaat zitten, zij het met dit belangrijke, en gevaarlijke, verschil dat de ondernemingsraad gericht is op de belangen van werknemers (hij vertegenwoordigt immers ‘de in de onderneming werkzame personen’; zie art. 2, eerste lid, WOR), terwijl de ondernemer de belangen van álle bij zijn onderneming betrokkenen in aanmerking dient te nemen. Het bepaalde in art. 27, vierde lid, WOR, op grond waarvan de vennootschap de kantonrechter toestemming kan vragen om het besluit te nemen ingeval zij voor het voorgenomen besluit geen instemming van de ondernemingsraad heeft gekregen, maakt het voorgaande niet anders. Overigens is de aard van beide leden (het huidige lid 1 en het in te voegen lid 2) fundamenteel verschillend: het ene lid ziet op, kort gezegd, personeelsregelingen terwijl het andere lid (mede) ziet op, kort gezegd, strategische besluiten. Dat verzet zich naar de mening van VNO-NCW tegen opname van deze besluiten (door te verwijzen naar art. 25, eerste lid, WOR) in hetzelfde artikel (27 WOR).

Een andere wijziging betreft dat voor zover het gaat om besluiten als bedoeld in art. 25, eerste lid, onderdeel b tot en met f, en het tweede lid, onderdeel b, WOR, de ondernemingsraad kan besluiten de betrokkenen aangelegenheid ‘voor te leggen aan haar achterban alvorens te besluiten of zij haar instemming verleent. Indien toepassing is gegeven aan de eerste volzin, onthoudt de ondernemingsraad slechts haar instemming indien de achterban met meerderheid van stemmen heeft aangegeven met de betrokken aangelegenheid niet in te willen stemmen’.

VNO-NCW verzoekt de initiatiefnemer toe te lichten wat wordt bedoeld met ‘achterban’, op welke wijze de ondernemingsraad een besluit daaraan dient ‘voor te leggen’ en hoe dat (uitbrengen van) ‘stemmen’ door die achterban dient te geschieden? En stel dat de achterban met meerderheid der (uitgebrachte) stemmen heeft aangegeven met de betrokken aangelegenheid in te willen stemmen terwijl de ondernemingsraad dat niet ziet zitten, kan die laatste dan toch weigeren in te stemmen met een besluit? Dat lijkt namelijk wel het gevolg te zijn van de huidige formulering.

3. Short-termism

In de Toelichting bij het Voorontwerp wordt gesteld dat de Rijnlandse traditie ‘onder druk [staat] vanwege bedrijven die zich te veel op winstmaximalisatie op de korte termijn richten, ongeacht de gevolgen op lange termijn. Op korte termijn gerichte aandeelhouders, al dan niet in geval van een vijandige overnames, zetten onze Rijnlandse traditie, waarbij een zorgvuldige afweging van alle belangen centraal staat, onder druk’.¹⁸

Niet duidelijk is waarop deze stelling (de eerste zin) is gebaseerd. Voor zover die gebaseerd is op het in juli 2020 gepubliceerde rapport van de Europese Commissie *over Study on directors’ duties and sustainable corporate governance* als uitgevoerd door EY,¹⁹ zou VNO-NCW de initiatiefnemer van dit Voorontwerp willen wijzen op de in oktober 2020 verschenen reactie daarop, getiteld *The European Commission’s Sustainable Corporate Governance Report: A Critique*, van hoogleraren van Harvard Law School en Harvard Business School? Zij concluderen het volgende:

‘The Report fails on every important dimension. It does not define the problem properly, presents inapposite evidence, fails to address or even cite the relevant academic research, and neglects elementary problems with its policy proposals. No EU policymaker should rely on this Report.’²⁰

4. Gevolgen

In paragraaf 3 van de Toelichting bij het Voorontwerp wordt ingegaan op een aantal gevolgen van het Voorontwerp (‘verwachte effecten, financiële gevolgen en administratieve lasten’).

Het vestigings- en investeringsklimaat wordt echter niet genoemd. Is onderzocht of en, zo ja, in hoeverre (a) de invoering van het Voorontwerp een negatief effect daarop zou kunnen hebben en (b) externe financiers bereid zijn/blijven investeringen mogelijk te maken indien die investeringen onderworpen worden aan een instemmingsrecht van de ondernemingsraad? Zo nee, dan zou VNO-NCW ervoor willen pleiten dat alsnog te doen. VNO-NCW vreest namelijk voor een verslechtering van het investerings- en vestigingsklimaat als het Voorontwerp kracht van wet zou krijgen.

5. Concernverhoudingen

In de Toelichting bij het Voorontwerp wordt niet gesproken over concernverhoudingen. Ook in het Voorontwerp zelf komt het woord ‘concern’ of ‘groep’ (zie art. 2:24b BW) niet voor.

Veel ondernemingen zijn onderdeel van een concern, waarbij soms meerdere ondernemingsraden, en eventueel een centrale ondernemingsraad, bestaan. Het is VNO-NCW niet duidelijk hoe de voorgestelde regels in een dergelijke situatie zouden moeten gelden. Uitsluitend op het niveau

¹⁸ MvT, p. 1.

¹⁹ Zie <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>>.

²⁰ Zie <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/F594640>>. Zie ook <https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/21-056_51410b50-5488-477a-9aa3-df8f81138e53.pdf>.

van de centrale ondernemingsraad? Of ook op het niveau van de onderliggende werkmaatschappijen? En hoe wordt omgegaan met internationale verhoudingen? Door hieraan voorbij te gaan ontstaat een onduidelijke situatie die voorkomen dient te worden. Verzocht wordt dan ook daarop alsnog in te gaan.