

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 verzwaaard (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 *enquêterecht* en het *spreekrecht* 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.