

NOTITIE
STRIKT PERSOONLIJK EN VERTROUWELIJK

Aan	Internetconsultatie.nl
Betreft	Reactie op initiatiefwetten voor de Wet eerlijk beslissen en de Wet eerlijk delen
Van	Marnix Holtzer
Datum	2 november 2020

1. Inleiding

Op 17 september 2020 werden twee wetsvoorstellen van het lid Alkaya ter internetconsultatie gepubliceerd. Het eerste voorstel betreft een wijziging van de Wet op de ondernemingsraden om de zeggenschap van werknemers bij de bedrijfsvoering van grote ondernemingen te bevorderen (de “Wet eerlijk beslissen”). Het tweede voorstel houdt regels in over de toedeling van winst aan werknemers en het vergroten van de eigenaarschap van werknemers bij de bedrijfsvoering van grote ondernemingen (de “Wet eerlijk delen”). In de kern komt de Wet eerlijk beslissen erop neer dat de ondernemingsraad een instemmingsrecht wordt toegekend bij de belangrijke strategische besluiten van de ondernemer die nu onder artikel 25 WOR vallen. De Wet eerlijk delen ziet op de verplichte uitgifte van aandelen aan een Stichting administratiekantoor (STAK), bestuurd door de ondernemingsraad. Die uitgifte vindt jaarlijks plaats en is gelijk aan 1% van het aantal door de vennootschap uitgegeven aandelen op de laatste dag van het voorgaande kalenderjaar, totdat een belang van tenminste 10% door de STAK wordt gehouden.

Voor diegenen die het medezeggenschapsrecht een warm hart toedragen, zoals ik, is het op zichzelf verheugend dat hernieuwd belangstelling voor de positie van de ondernemingsraad wordt gevraagd. De motivering en de juridische vormgeving van de initiatiefwetten zijn helaas dermate gebrekkig dat ik meen dat deze niet tot wet kunnen worden verheven.¹

2. “Eerlijk” bestaat niet

De titulatuur van beide wetsvoorstellen is opmerkelijk en lijkt te suggereren dat de opstellers weten wat “eerlijk” is en hoe een verdeling tussen de rechten en verplichtingen van alle belanghebbenden bij iedere vennootschap en de met haar verbonden onderneming precies in elkaar moet steken. Zij laten na dit in de memorie van toelichting bij beide initiatieven uit te werken.

¹ Beide initiatieven worden hier door mij gezamenlijk behandeld, omdat zij op elkaar inwerken. Voor de volledigheid meld ik dat ook is ingediend een voorstel van wet van het lid Van Dijk tot verhoging van het wettelijk minimumloon in verband met het achterblijven van de loonontwikkeling (de “Wet eerlijker inkomen”). Dit voorstel ziet niet op de vennootschappelijke verhoudingen, maar betreft inkomenspolitiek, reden waarom het door mij niet wordt besproken.

Bij de uitleg over de aanleiding en achtergrond van de voorstellen volstaan de opstellers met enkele algemeenheden, die niet of nauwelijks worden onderbouwd. In brede penseelstreken wordt een beeld geschetst van “op korte termijn gerichte aandeelhouders, al dan niet in geval van vijandige overnames”, die “onze Rijnlandse traditie, waarbij een zorgvuldige afweging van alle belangen centraal staat, onder druk” zet. Voorts wordt betoogd dat “medewerkers in Nederland nauwelijks zeggenschap over strategische beslissingen binnen bedrijven” zouden hebben en gesteld: “Om de scheve verhoudingen in Nederlandse bedrijven te verhelpen en de balans in onze economie te herstellen zouden alle medewerkers van grotere bedrijven als collectief meer te zeggen moeten krijgen en standaard moeten meedelen in de winst, zodat zij een stukje mede-eigenaar worden van de werkvloer waarop zij hun dagen (en soms nachten) doorbrengen.”

Deze stellingen worden in de memorie van toelichting verder niet of nauwelijks onderbouwd. Met name ontbreekt een redenering waarom de geconstateerde stand van zaken, zo die al juist zou zijn, zou moeten leiden tot de ingrijpende wettelijke maatregelen die worden voorgesteld. Welke alternatieven zijn afgewogen? Waarom zijn nu juist deze maatregelen noodzakelijk? Voor de Wet eerlijk beslissen geldt bijvoorbeeld dat niet wordt toegelicht waarom het huidige adviesrecht zou disfunctioneren en waarom een instemmingsrecht een betere regeling zou opleveren. Voor de Wet eerlijk delen ontbreekt een toelichting waarom bijvoorbeeld een werknemersparticipatieplan niet eveneens een geëigend middel zou kunnen zijn om tot andere verdelingen te komen. Zonder een dergelijke deugdelijke motivering van de grondslag ervan valt niet goed in te zien waarom de nu ter consultatie voorgelegde voorstellen verdedigbaar zijn.²

3. De Wet eerlijk beslissen

Dit initiatief gaat uit van een systematiek waarin het adviesrecht van artikel 25 lid 1 WOR slechts geldt voor ondernemingen waarin in de regel minder dan 100 personen werkzaam zijn. Voor de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel tenminste 100 personen werkzaam zijn, zou voortaan instemming van ondernemingsraad benodigd zijn voor (1) elk door hem voorgenomen besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR en (2) elk door hem voorgenomen besluit tot verhoging van de beloning van bestuurders en commissarissen. Daarna volgt een nieuw artikel 27 lid 3, dat luidt als volgt:

“Voor zover het besluiten betreft als bedoeld in artikel 25, eerste lid, onder b t/m 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.”³

² Zie voor vergelijkbare kritiek op apodictische stellingen zonder onderbouwing: H.J. de Kluiver, Over de verantwoordelijke onderneming, *Ondernemingsrecht* 2020/126. Voor een beter gedocumenteerd en beschreven inzicht in de huidige stand van zaken van ons ondernemingsrecht zou ik de opstellers willen verwijzen naar de oratie van L. Timmerman, *Uitdagingen voor het ondernemingsrecht; op weg naar een echt ondernemingsrecht?*, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2020 nr. 5 en 6, pag. 133.

³ Redactioneel: ik zou de initiatiefnemer erop willen wijzen dat het woord ‘ondernemingsraad’ mannelijk is. Niet uitgelegd wordt waarom uit artikel 25 lid 1 WOR alleen de onderdelen b tot en met f voor de regeling in aanmerking zouden komen. Artikel 25 WOR kent bovendien geen tweede lid onder b.

Deze voorgestelde regeling brengt mij tot de volgende bezwaren.

In de eerste plaats geldt dat de achterliggende gedachte achter het initiatief onjuist is. De initiatiefnemer meent dat de rol van de ondernemingsraad op dit moment klein is, aangezien deze “over grote beslissingen niet mag meebeslissen”. Deze stelling gaat voorbij aan de systematiek van het adviesrecht van artikel 25 WOR, waarin het uitoefenen van wezenlijke invloed centraal staat. Over dit adviesrecht is een rijke jurisprudentie van de Ondernemingskamer voorhanden, waaruit blijkt dat deze wezenlijke invloed ook daadwerkelijk kan worden uitgeoefend en ertoe kan leiden dat besluiten door de rechter kennelijk onredelijk worden verklaard. Een dergelijke verklaring kan vervolgens leiden tot het opleggen van de verplichting aan de ondernemer om het besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken, alsmede om de gevolgen van dat besluit ongedaan te maken en het opleggen van een verbod aan de ondernemer om handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit of onderdelen daarvan (artikel 26 lid 5 WOR).⁴ De initiatiefnemer gaat aan deze systematiek en jurisprudentie geheel voorbij.

In de tweede plaats meen ik dat het instemmingsrecht geen geëigend middel is om werknemers medezeggenschap bij strategische besluiten te verschaffen, nu dit een onaanvaardbare doorbreking van onze huidige vennootschappelijke verhoudingen zou inhouden. Over deze bevoegdheidsverdeling heeft de Hoge Raad al sinds de ABN AMRO-uitspraak⁵ geoordeeld dat het bepalen van de strategie in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap, dat de raad van commissarissen daarop toezicht houdt en dat de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen hierover tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van haar in wet en statuten toegekende rechten. In het algemeen betekent dit laatste dat het bestuur van de vennootschap aan de algemene vergadering 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. In die bevoegdheidsverdeling past dan evenmin dat het bestuur het medezeggenschapsorgaan vooraf om instemming over het voorgenomen strategische besluit moet vragen. Door het in het leven roepen van een dergelijk instemmingsrecht wordt afgedaan aan de bestuursautonomie, die de grondslag vormt voor ons huidig ondernemingsrecht en het door de initiatiefnemer zo geprezen Rijnlandse model. Om die reden is het instemmingsrecht in artikel 27 WOR voorbehouden aan, kort gezegd, secundaire arbeidsvoorwaarden, en betreft geen strategische besluiten. De initiatiefnemer lijkt te miskennen dat aan die wettelijke systematiek een duidelijk onderscheid tussen beide vormen van medezeggenschap ten grondslag ligt.

In de derde plaats geldt dat onze vennootschappelijke verhoudingen zich, in sterkere mate, niet verenigen met een voorafgaande achterbanraadpleging van werknemers. Bij de in artikel 25 lid 1 WOR genoemde adviesplichtige besluiten gaat het vaak om sensitieve besluiten van strategische aard, zoals fusies en overnames, reorganisaties of belangrijke financieringen. Dergelijke besluiten moeten met de grootst mogelijke vertrouwelijkheid kunnen worden voorbereid. De ondernemingsraad is volgens artikel

⁴ Voor een uitgebreide beschrijving van deze jurisprudentie verwijs ik naar mijn dissertatie *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap*, uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 95, Kluwer 2014, hoofdstuk 4.

⁵ HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme.

20 WOR aan geheimhouding gebonden, maar dit geldt niet voor zijn achterban. Wanneer het nu voorgestelde initiatief een wet zou worden, zou het in Nederland niet of nauwelijks langer mogelijk zijn om in vertrouwelijkheid strategische besluiten voor te bereiden en tot een goed einde te brengen. Daar komt bij dat de initiatiefnemer, volgens de memorie van toelichting, meent dat dergelijke besluiten één maand voor het nemen daarvan aan de ondernemingsraad moeten worden voorgelegd. Het is onduidelijk hoe de opstellers aan die termijn zijn gekomen en in de voorgestelde wettekst is die termijn overigens ook niet te vinden. Artikel 25 WOR noemt hiervoor in ieder geval geen termijn: het gaat om indiening op een tijdstip dat het advies van de ondernemingsraad nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Mij lijkt dat de initiatiefnemer ook hierbij aansluiting had moeten zoeken.

In de vierde plaats meen ik dat besluiten die zien op verhoging op de beloning van de bestuurders en commissarissen in het geheel niet in artikel 27 WOR thuishoren. De wet treft op dit moment al voldoende voorzieningen die de ondernemingsraad rechten geeft bij de bepaling van het beloningsbeleid. Deze regeling is onder meer te vinden in artikel 31d WOR, waarin de ondernemer tenminste éénmaal per jaar aan de ondernemingsraad schriftelijk informatie over de hoogte en de inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen die de onderneming dient te verstrekken. Artikel 31d lid 4 WOR maakt duidelijk dat het hier ook om het bestuur en het toezichthoudend orgaan gaat. Deze beloningsverhoudingen kunnen vervolgens door de ondernemingsraad ingevolge artikel 23 lid 1 en 2 WOR in een overlegvergadering worden besproken. Voorts wijs ik op de spreekrechten van de ondernemingsraad bij het bezoldigingsbeleid van de naamloze vennootschap van artikel 2:135a lid 3 BW.⁶ De wetgever heeft bij invoering van dit recht expliciet gekozen voor een standpuntbepalingsrecht, en geen adviesrecht ingevolge artikel 25 WOR – en zeker niet een instemmingsrecht volgens artikel 27 WOR.⁷

Tenslotte lijkt mij dit voorstel zich zeer slecht te verhouden met het vestigingsklimaat van Nederland. In de praktijk is het vaak al moeilijk genoeg buitenlandse investeerders begrip te laten opbrengen voor het adviesrecht dat onze ondernemingsraad is toegekend, laat staan dat dit recht zou worden omgezet naar een instemmingsrecht. Bezwaren over het vestigingsklimaat heb ik ook bij het tweede hier besproken wetsvoorstel, dat nu volgt.

4. De Wet eerlijk delen

Dit wetsvoorstel voorziet erin dat, indien in een onderneming tenminste 100 personen werkzaam zijn en deze in stand gehouden wordt door een naamloze of besloten vennootschap, de ondernemer op verzoek van de ondernemingsraad een stichting administratiekantoor (STAK) opricht, dat als doel heeft:

- a. het uitgeven van royeerbare certificaten aan de in de onderneming krachtens een arbeidsovereenkomst werkzame personen, naar rato van het aantal gewerkte uren in het kalenderjaar voorafgaande aan de uitgifte, tegenover het op eigen naam ten titel van administratie verkrijgen en houden van de aandelen in de vennootschap;
- b. het beheren van de in beheer genomen aandelen in de vennootschap;

⁶ Zie verder over deze regeling: M. Holtzer, Standpuntbepaling van werknemers over het bezoldigingsbeleid: speak now or forever remain silent, TRA 2012/15.

⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 877, nr. 3, p. 4.

- c. het uitoefenen van alle aan de aandelen verbonden rechten, waaronder het stemrecht;
- d. het verrichten van alle handelingen, welke met het omschreven doel in verband staan, daaruit voortvloeien of daarvoor bevorderlijk kunnen zijn.

Het bestuur van STAK bestaat uit de leden van de ondernemingsraad. De naamloze of besloten vennootschap die krachtens de Wet eerlijk delen een STAK heeft opgericht, dient vervolgens jaarlijks een aantal aandelen uit te geven aan de STAK dat gelijk is aan 1% van het aantal door de vennootschap uitgegeven aandelen op de laatste dag van het voorgaande kalenderjaar. Deze uitgifte vindt plaats zolang de STAK niet tenminste 10% van het aantal door de vennootschap uit te geven aandelen op de laatste dag van het voorgaande kalenderjaar bezit.

In de kern komt het voorstel er dus op neer dat de ondernemingsraad, via de STAK, beheerder wordt van 10% van het totaal aan uitstaande aandelen van de vennootschap, alle daarmee verband houdende rechten (in de algemene vergadering) kan uitoefenen en voorziet in winstuitkering aan de certificaathouders, zijnde de werknemers. Ik vraag mij af of de initiatiefnemer de consequenties van dit alles wel goed heeft doordacht.

Het belangrijkste bezwaar hiertegen lijkt mij de inbreuk op het eigendomsrecht en artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM.⁸ De consequentie van de Wet eerlijk delen is dat de vennootschap hetzij nieuwe aandelen moet uitgeven om zo aan de vereiste 10% van de STAK te kunnen komen, hetzij reeds uitgegeven aandelen op één of andere manier aan bestaande aandeelhouders afhandig moet maken, teneinde deze aan de STAK te kunnen toekennen. De tweede situatie lijkt mij - buiten een soort gedwongen inkoop van eigen aandelen – onbestaanbaar; de eerste situatie zal automatisch leiden tot een verwatering van het belang van de zittende aandeelhouders en is daarmee eveneens een inbreuk op het eigendomsrecht.

De constructie leidt er bovendien toe dat het voortaan onmogelijk zal zijn om als koper of bieder alle aandelen in de vennootschap te verkrijgen. Zelfs als de STAK zou meewerken aan verkoop van het onder haar resulterende belang, geldt dat daarna opnieuw een recht voor de STAK zou ontstaan om jaarlijks 1% tot ten minste 10% van de nieuwe eigenaar te vorderen. Dit bezwaar lijkt mij op zichzelf bovendien al voldoende om te schatten dat het initiatief bepaald niet gunstig zal uitwerken op het vestigingsklimaat in Nederland.

Ik heb ook kritiek van meer technische aard. De uitkoopregeling bij beursvennootschappen kan van de baan: het zal voor een bieder nooit mogelijk zijn 95% van de aandelen te verkrijgen, indien dit voorstel tot wet zou worden. Daarnaast speelt dat de STAK en passant de enquêtebevoegdheid wordt toegekend en zo de systematiek van artikel 2:346 lid 1 BW wordt doorbroken. Het maakt in dit voorstel zelfs niet uit of het gaat om een naamloze of besloten vennootschap met een geplaatst kapitaal tot 22,5 miljoen of meer dan dat bedrag: met een belang van 10% heeft de STAK de bevoegdheid een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer te entameren, ongeacht de hoogte van het geplaatste kapitaal, de nominale waarde van de aandelen of de vraag of het hier gaat om een genoteerde vennootschap of niet.

⁸ Zie over artikel 1 EP EVRM en eigendom van aandelen uitgebreid de dissertatie van F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 105, Kluwer 2017.

Heeft de opsteller dit zo bedoeld, of betreft het hier smokkelwaar? Indien de initiatiefnemer heeft willen verhullen dat de STAK hier ook de enquêtebevoegdheid toegekend krijgt, was een expliciete benoeming van deze toekenning en een betere uitwerking hiervan op zijn plaats geweest. Ik wijs er daarbij nog op dat de toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad bij de laatste herziening van het enquêterecht per 1 januari 2013 een hevig omstreden punt was, zodanig dat dit niet tot een dergelijke wettelijke bevoegdheid heeft geleid. Overigens ben ik voorstander van toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad en heb ik in eerdere publicaties betoogd dat deze bevoegdheid bij hem in goede handen is en dat het steeds gehoorde argument, de angst voor misbruik van dit recht door de ondernemingsraad, niet opgaat.⁹ Een recente zaak als Eneco¹⁰ bewijst dat de ondernemingsraad deze bevoegdheid naar behoren kan uitoefenen, terwijl uit de eveneens recente zaak XS4ALL¹¹ blijkt dat, indien de ondernemingsraad daarvoor onvoldoende argumenten heeft, de Ondernemingskamer niet zal aarzelen een dergelijk enquêteverzoek af te wijzen.

Dit zijn zeker niet de enige argumenten die tegen het wetsvoorstel kunnen worden ingebracht. De vraag is of eenvoudiger alternatieven geen beter resultaat zouden hebben opgeleverd. In de praktijk komt het met regelmaat voor dat werknemers participatieregelingen of andere vormen van winstdeling aan werknemers worden toegekend (stemrechtloze aandelen, optieregelingen). De financiering van de STAK wordt in het wetsvoorstel niet geregeld, evenmin lijkt te zijn gedacht aan fiscale consequenties. Daarnaast ontbreekt een toelichting op de vraag hoe zich dit voorstel, zeker wanneer dit in combinatie wordt gezien met de Wet eerlijk beslissen, valt in het raamwerk van de structuurregeling. Het bestek van deze bijdrage laat niet toe dat ik dit alles, of meer, uitwerk.

5. Conclusie

De initiatieven voor de Wet eerlijk beslissen en de Wet eerlijk delen dienen niet tot wet te worden verheven. De voorstellen zijn rechtssystematisch onvoldoende doorgedacht en laten op juridisch-technisch vlak veel te wensen over. Zowel afzonderlijk als tezamen bezien stellen zij een te vergaande verschuiving voor in de vennootschappelijke verhoudingen en zijn zij op onderdelen strijdig met het ondernemingsrecht. Op zichzelf denk ik dat de initiatiefnemer een nastrevenswaardig doel voor ogen heeft gehad, te weten een hernieuwde aandacht voor de positie van werknemers in de corporate governance van het Nederlands bedrijfsleven. Door het lanceren van dit soort onuitgewerkte initiatieven wordt in mijn ogen het tegendeel bereikt. Wellicht wil de initiatiefnemer dit alles nog eens heroverwegen en met een beter en beperkter plan komen. Daarbij zou ik een hernieuwde discussie over toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad toejuichen.

⁹ Zie onder meer S.M. Bartman en M. Holtzer, Het enquêterecht voorzichtig onder het mes, *Ondernemingsrecht* 2010/14.

¹⁰ OK 18 juli 2018, JOR 2018/303 m.nt. Duynstee.

¹¹ OK 23 december 2019, JOR 2020/86 m.nt. Holtzer.