

Het spreekrecht van de ondernemingsraad nader belicht

*Mr. E.O. Bijkerk**

Inleiding

Afgelopen juli is de Wet spreekrecht ondernemingsraad¹ in werking getreden op grond waarvan de ondernemingsraad van elke naamloze vennootschap (zowel beursgenoteerd als niet-beursgenoteerd) het recht heeft om zijn standpunt te bepalen en toe te lichten in de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: het spreekrecht) ten aanzien van voorgenomen besluiten van de algemene vergadering tot: (1) vaststelling van het bezoldigingsbeleid (art. 2:135 BW), (2) goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten (art. 2:107a BW) en (3) benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen (art. 2:134a en 2:144a BW). Daarnaast heeft de ondernemingsraad van een naamloze structuurvennootschap, in aanvulling op het (versterkte) aanbevelingsrecht van artikel 2:158 lid 5 en 6 BW, een spreekrecht ten aanzien van een door de raad van commissarissen voorgestelde voordracht tot benoeming van een commissaris (art. 2:158 BW).

Zowel voor als na de inwerkingtreding van de Wet spreekrecht ondernemingsraad zijn er diverse publicaties verschenen over het spreekrecht van de ondernemingsraad.² Voor een beschrijving van de procedure omtrent het spreekrecht verwijs ik graag naar deze publicaties. In deze bijdrage zal ik mij richten op de mogelijke varianten van het spreekrecht van de ondernemingsraad, waarbij ik met name zal stilstaan bij het spreekrecht van de ondernemingsraad in een internationaal concern en in naamloze structuurvennootschappen.

Internationaal concern met Nederlandse holding

Uitgangspunt van de wettelijke regeling is dat het spreekrecht toekomt aan ondernemingsraden van naamloze vennootschappen naar Nederlands recht. Voor internationale concerns heeft de wetgever beperkingen ten aanzien van het spreekrecht opgenomen. Zo is in artikel 2:134a lid 2, 2:135

lid 3 en 2:144a lid 2 BW opgenomen dat voor de toepassing van het spreekrecht onder ondernemingsraad mede wordt verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij, mits de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn (hierna: het meerderheidsvereiste). Dezelfde artikelen bepalen ook dat, indien er meerdere ondernemingsraden zijn, het spreekrecht door deze ondernemingsraden gezamenlijk wordt uitgeoefend en dat bij de aanwezigheid van een centrale ondernemingsraad het spreekrecht toekomt aan deze centrale ondernemingsraad.

Nu de wetgever het meerderheidsvereiste heeft verwerkt in de bepaling over de toerekening van het spreekrecht aan de ondernemingsraden van dochtermaatschappijen, rijst de vraag of dit vereiste ook geldt voor een naamloze vennootschap die als Nederlandse holding van een internationaal concern fungeert en op welk niveau een ondernemingsraad is geïnstalleerd. Op grond van de letterlijke tekst van de relevante wetsartikelen zou het spreekrecht van de ondernemingsraad onverkort van toepassing zijn op het niveau van deze holdingvennootschap. De uitzondering dat de meerderheid van de werknemers van de desbetreffende vennootschap en haar groepsmaatschappijen binnen Nederland werkzaam moet zijn, geldt volgens de letterlijke interpretatie van de wettekst immers alleen indien het spreekrecht wordt toegerekend aan de dochtervennootschap van een naamloze vennootschap. Dit uitgangspunt is onderschreven in de memorie van toelichting, waarin is opgemerkt:

‘in het geval van een internationaal concern waarvan de minderheid van de werknemers binnen Nederland werkzaam is, wordt in ieder geval ten aanzien van de vennootschappen die onder de WOR vallen voorzien in een opiniërende rol van de ondernemingsraad met betrekking tot het bezoldigingsbeleid, bestuursbesluiten in de zin van art. 2:107a BW en de besluiten over benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen’.³

In latere toelichtingen op het wetsvoorstel heeft de minister van Justitie opgemerkt dat met ‘opiniërende rol’ het spreekrecht wordt bedoeld. Uit dezelfde toelichtingen blijkt echter ook dat het meerderheidsvereiste in alle gevallen van toepas-

* Mr. E.O. Bijkerk is werkzaam als advocaat bij Allen & Overly.

1. Wet van 30 juni 2010 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een recht voor de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke besluiten tot benoeming, schorsing, ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, Stb. 2010, 250.
2. Zie onder meer R.G.J. Nowak, Het wetsvoorstel spreekrecht OR bij belangrijke ava-besluiten, *Ondernemingsrecht* 2009, p. 263-265, M. Holtzer, Het spreekrecht van de ondernemingsraad van de naamloze vennootschap bij belangrijke besluiten, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 553-556 en S. Schermerhorn, OR krijgt spreekrecht op de algemene vergadering van NV's, V&O 2009, p. 87-90.

3. Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 5.

sing zou zijn, dus ook op een naamloze vennootschap die als holding fungeert en zelf een ondernemingsraad heeft ingesteld. Zo heeft de minister bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer onder andere opgemerkt dat 'van alle 3000 Nederlandse naamloze vennootschappen het wetsvoorstel niet [geldt] voor diegenen die de topholding van een internationaal concern vormen waarvan de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is'.⁴ Uit deze opmerking, alsmede uit overige opmerkingen van de minister tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer,⁵ kan worden afgeleid dat het meerderheidsvereiste aldus geïnterpreteerd dient te worden dat dit vereiste niet beperkt is tot dochtervennootschappen van een naamloze vennootschap, maar ook op de naamloze vennootschap zelf van toepassing is. Met deze uitleg is aansluiting gezocht bij het SER-advies 'Evenwichtig ondernemingsbestuur',⁶ waarin de SER adviseerde om een vrijstelling te creëren voor internationale holdings die (alleen of tezamen met een of meer andere vennootschappen) aan het hoofd staan van een groep waarvan de werknemers in de meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn.

Overigens betekent het voorgaande niet dat bij een internationaal concern dat een naamloze vennootschap als holding heeft en waarvan de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is, het spreekrecht van de ondernemingsraad volledig is uitgesloten. Aangezien niet wordt voldaan aan het meerderheidsvereiste vindt weliswaar geen toerekening plaats van het spreekrecht aan de ondernemingsraad van een dochtervennootschap, maar in een dergelijk geval kan een bij een Nederlandse dochtervennootschap ingestelde ondernemingsraad wel spreekrecht hebben in de algemene vergadering van die dochtervennootschap indien de werknemers van die dochtervennootschap (en haar dochtervennootschappen) wel in de meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn en de besluitvorming op het niveau van de holding leidt tot besluitvorming op het niveau van de desbetreffende dochtermaatschappij. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de afstoting van een significant bedrijfs onderdeel dat valt onder het beheer van de dochtermaatschappij. Deze toepassing van het spreekrecht van de ondernemingsraad op het niveau van de algemene vergadering van de dochtervennootschap is door de minister onderschreven.⁷ Dit betekent dat het meerderheidsvereiste zoals opgenomen in artikel 2:134a lid 2, 2:135 lid 3 en 2:144a lid 2 BW niet alleen ziet op de toerekening van het spreekrecht in de algemene vergadering van de Nederlandse holding aan de ondernemingsraad van een dochtervennootschap, maar ook op het spreekrecht van de ondernemingsraad van een dochtervennootschap in de algemene vergadering van de desbetreffende dochtervennootschap zelf. Deze redenering spreekt voor

zich indien deze dochtervennootschap ook een naamloze vennootschap is. In de wetsgeschiedenis is dit vereiste echter niet gesteld, zodat ervan uit mag worden gegaan dat de rechtsvorm van de desbetreffende dochtervennootschap niet van belang is voor de zelfstandige toepassing van het spreekrecht in de algemene vergadering van de dochtervennootschap.

Indien de in de wetsgeschiedenis gegeven uitleg wordt gevolgd, kan zich bij een internationaal concern waarvan de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is, de volgende situatie voordoen. Indien op het niveau van de Nederlandse holding (zijnde een naamloze vennootschap) een ondernemingsraad is geïnstalleerd, heeft deze ondernemingsraad ten aanzien van de in de inleiding genoemde besluiten geen spreekrecht in de algemene vergadering van de Nederlandse holding, aangezien niet wordt voldaan aan het meerderheidsvereiste. Tegelijkertijd heeft de ondernemingsraad op het niveau van een dochtervennootschap wel een spreekrecht in de algemene vergadering van die dochtervennootschap indien de dochtervennootschap wel aan het meerderheidsvereiste voldoet en het desbetreffende besluit van de holding leidt tot besluitvorming op het niveau van de dochtervennootschap.

Deze constructie komt mij enigszins gekunsteld voor en het zou wat mij betreft dan ook logischer zijn om bij naamloze vennootschappen die als holding van een internationaal concern fungeren en op welk niveau een ondernemingsraad is geïnstalleerd, het spreekrecht altijd aan die ondernemingsraad toe te kennen, ongeacht de vraag of wordt voldaan aan het meerderheidsvereiste. Er is niet voor niets op het niveau van de Nederlandse holding, waar de leiding over het concern wordt uitgeoefend, een ondernemingsraad ingesteld. Bovendien komt toekenning van het spreekrecht op het niveau van de holding overeen met het uitgangspunt van de wettelijke regeling dat de ondernemingsraad inspraak krijgt op een zo hoog mogelijk niveau binnen de organisatie van de onderneming.⁸ De wetgever heeft dit in eerste instantie ook onderschreven door te stellen dat (1) het feit dat werknemers in Nederland een steviger positie krijgen dan in het buitenland, geen beletsel vormt en (2) het bezoldigingsbeleid van de top van een concern zijn weerslag heeft op de gang van zaken in de Nederlandse tak van het concern.⁹ In latere toelichtingen is de wetgever hierop echter teruggekomen door op te merken dat indien de in Nederland werkzame werknemers de minderheid van het concern vormen, het in strijd zou zijn met het legitimeitsbeginsel indien de minderheid van de werknemers spreekt namens alle werknemers.¹⁰ Het legitimeitsbeginsel is een van de uitgangspunten van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en houdt in het kort in dat de legitimeit van de medezeggenschap van in Nederland werkzame werknemers ten aanzien van het internationale concernbeleid beperkt is.

4. Kamerstukken II 2009/10, 31 877, nr. 5, p. 20.

5. Zie Kamerstukken I 2009/10, 31 877, C, p. 12 en Kamerstukken I 2009/10, 31 877, E, p. 1-2.

6. SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur, 15 februari 2008, publicatienr. 1, p. 62, te raadplegen via <www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2008/b26273.aspx>.

7. Zie Kamerstukken I 2009/10, 31 877, C, p. 12.

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

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

10. Zie Kamerstukken I 2009/10, 31 877, C, p. 12.

Overigens is van 'omgekeerde toerekening' van het spreekrecht geen sprake. De ondernemingsraad op het niveau van de holding kan niet het spreekrecht uitoefenen in de algemene vergadering van de dochtervennootschap.

Internationaal concern met buitenlandse holding

Het spreekrecht is niet van toepassing op een holding naar buitenlands recht. Het spreekrecht kan echter wel van toepassing zijn op een Nederlandse naamloze vennootschap die een dochter is van een buitenlandse holding. In een dergelijk geval kan de ondernemingsraad van die naamloze vennootschap of van een van haar dochtervennootschappen gebruikmaken van het spreekrecht. Het meerderheidsvereiste is ook hier van toepassing.

In de wetsgeschiedenis is door de minister van Justitie ten aanzien van een concern met een holding naar buitenlands recht opgemerkt dat het spreekrecht niet van toepassing is op deze holding, maar dat indien aan het meerderheidsvereiste wordt voldaan het spreekrecht in een dergelijk geval in de algemene vergadering van de Nederlandse vennootschap kan worden uitgeoefend 'door de bij de Nederlandse dochtervennootschappen ingestelde ondernemingsraden'.¹¹ De minister is hierbij evenwel vergeten te vermelden dat het hier alleen gaat om dochtervennootschappen in de vorm van een *naamloze* vennootschap. De toelichting zou namelijk zodanig geïnterpreteerd kunnen worden dat een buitenlandse holding met een Nederlandse besloten vennootschap als dochter het spreekrecht van de ondernemingsraad zou moeten toepassen op het niveau van deze besloten vennootschap. Aangezien de reikwijdte van de Wet spreekrecht ondernemingsraden beperkt is tot naamloze vennootschappen, is de toepassing van het spreekrecht in een dergelijke situatie echter bij voorbaat uitgesloten.

Structuurvennootschap

De Wet spreekrecht ondernemingsraden geldt ook voor naamloze vennootschappen waarop het structuurregime van toepassing is (al dan niet het volledige, gemitigeerde of vrijwillige structuurregime¹²). Bij een structuurvennootschap geldt echter ten aanzien van het spreekrecht van de ondernemingsraad bij de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen een afwijkende regeling.

Allereerst een naamloze vennootschap die onder het volledige structuurregime valt. De Wet spreekrecht ondernemingsraden ziet alleen op spreekrecht van de ondernemingsraad bij besluiten van de algemene vergadering. Aangezien bij het volledige structuurregime op grond van artikel 2:162 BW de bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door middel van een besluit van de raad van commissarissen, heeft de ondernemingsraad ten aanzien van deze besluiten geen spreek-

recht. Ditzelfde geldt voor een besluit tot schorsing van een commissaris, welk besluit eveneens door de raad van commissarissen wordt genomen (art. 2:161 lid 3 BW). Ontslag van een individuele commissaris bij een structuurvennootschap kan alleen worden uitgesproken door de Ondernemingskamer (art. 2:161 lid 2 BW) en ook daar is het spreekrecht dus niet van toepassing. Wel heeft de ondernemingsraad reeds sinds de aanpassing van de structuurregeling in 2004 het recht om zich op grond van artikel 2:161a lid 2 BW uit te laten over het voorgenomen besluit van de algemene vergadering om de gehele raad van commissarissen van een structuurvennootschap te ontslaan. Dit spreekrecht wijkt echter op een aantal punten af van de Wet spreekrecht ondernemingsraden en zoals reeds tijdens de behandeling van het wetsvoorstel door Nowak is opgemerkt, is het merkwaardig dat het spreekrecht van de ondernemingsraad bij het ontslag van de gehele raad van commissarissen niet is aangepast aan de nieuwe regeling.¹³

Wat overblijft is de benoeming van een commissaris. In een structuurvennootschap wordt de commissaris benoemd door de algemene vergadering (art. 2:158 lid 4 BW) en daarvoor geldt dan ook een spreekrecht voor de ondernemingsraad. Het spreekrecht van de ondernemingsraad is toegevoegd aan het bestaande artikel 2:158 lid 4 BW. Ook hier vindt toerekening plaats door middel van het bestaande artikel 2:158 lid 11 BW, waarin is bepaald dat onder ondernemingsraad mede de ondernemingsraad van een afhankelijke vennootschap wordt verstaan. Deze bepaling gold al voor het (versterkte) aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad bij de benoeming van commissarissen (art. 2:158 lid 5 en 6 BW) en is automatisch ook van toepassing op het spreekrecht van de ondernemingsraad. In artikel 2:158 lid 11 BW wordt gesproken over een afhankelijke maatschappij in plaats van een dochtermaatschappij. Het verschil tussen deze twee begrippen is beperkt. Van een afhankelijke maatschappij is sprake indien 50% of meer van het kapitaal wordt verschaft (art. 2:152 BW) en van een dochtermaatschappij indien meer dan 50% van de stemrechten wordt gehouden (art. 2:24a BW). Wat daarentegen opvalt is dat in artikel 2:158 BW niet het vereiste wordt gesteld dat de meerderheid van de werknemers van de naamloze structuurvennootschap en de afhankelijke maatschappijen in Nederland werkzaam dient te zijn. Een ander verschil met de eerder besproken artikelen is dat bij de aanwezigheid van meerdere ondernemingsraden het spreekrecht bij de structuurvennootschap aan elk van deze ondernemingsraden afzonderlijk toekomt, tenzij er een centrale ondernemingsraad is ingesteld.

Bij een naamloze vennootschap waarop het gemitigeerde structuurregime van toepassing is, worden de bestuurders wel benoemd, geschorst en ontslagen door de algemene vergadering (art. 2:155 lid 1 BW). Dit betekent dat bij een naamloze vennootschap met een gemitigeerd structuurregime de ondernemingsraad, in aanvulling op een spreekrecht bij de benoe-

11. Kamerstukken II 2009/10, 31 877, nr. 5, p. 16.

12. Zie voor een beschrijving van deze verschillende vormen van het structuurregime: Van Schilfgaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2009, p. 414 e.v.

13. Nowak 2009, p. 263.

ming van commissarissen, ook een spreekrecht heeft bij de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, gelden er wel verschillende regels voor deze spreekrechten, aangezien de regeling voor het spreekrecht bij de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders van artikel 2:134a BW afwijkt van de regeling zoals opgenomen voor de benoeming van commissarissen in een structuurvennootschap in artikel 2:158 lid 4 en 11 BW.

Ten slotte, indien een naamloze vennootschap het structuurregime vrijwillig toepast, hangt het van de concrete invulling van het vrijwillige structuurregime af bij welke besluiten de ondernemingsraad een spreekrecht heeft. Bij vrijwillige toepassing heeft een vennootschap de keuze om het volledige dan wel het gemitigeerde structuurregime toe te passen. Aangezien het merendeel van de vennootschappen het structuurregime vrijwillig toepast om daarmee een vrijstelling te realiseren voor een van die vennootschap afhankelijke maatschappij, wordt in de praktijk in de meeste gevallen gekozen voor vrijwillige toepassing in de vorm van het gemitigeerde structuurregime. In een dergelijk geval gelden dan ook dezelfde regels zoals hiervoor beschreven voor het gemitigeerde structuurregime.

Bij een structuurvennootschap kan de ondernemingsraad zijn standpunt ten aanzien van een door de raad van commissarissen te benoemen bestuurder overigens wel kenbaar maken in een overlegvergadering op grond van artikel 23 lid 2 WOR. Tevens zal de ondernemingsraad bij de benoeming van een bestuurder advies kunnen uitbrengen op grond van artikel 30 WOR, waarbij aangetekend dient te worden dat het begrip bestuurder zoals gebruikt in de WOR afwijkt van het begrip bestuurder zoals gebruikt in het vennootschapsrecht.¹⁴

14. Zie hierover Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 8.