

12 De ondernemingsraad en de raad van commissarissen

Ofwel: bekend maakt bemind!

Joost van Mierlo

1. Inleiding

Voor toepassing van de Wet op de ondernemingsraden ('WOR') is de ondernemer degene die de onderneming in stand houdt (art. 1 lid 1 en onder d WOR). Die ondernemer kan een natuurlijk persoon zijn, maar is bij ondernemingen van enige omvang doorgaans een rechtspersoon. Een rechtspersoon heeft in ieder geval een bestuur. Bij een deel van die rechtspersonen is ook een raad van commissarissen ('RvC') ingesteld, in sommige gevallen op grond van een wettelijke verplichting.

Indien binnen de onderneming in de regel tenminste 50 personen werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke aanstelling, dan is de ondernemer op grond van art. 2 lid 1 WOR verplicht een ondernemingsraad in te stellen. In dat geval ontstaat wat men wel noemt de driehoek van bestuur, RvC en ondernemingsraad. Elk van hen heeft, met eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden, een rol binnen de rechtspersoon en de onderneming die de rechtspersoon in stand houdt. In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen de ondernemingsraad en de RvC centraal: hoe verstaan zij zich ten opzichte van elkaar, op welke wijze ontmoeten zij elkaar en wat maakt de samenstelling van de RvC voor de ondernemingsraad relevant?

Paragraaf 2 staat in het teken van twee vormen van medezeggenschap die in dit kader onderscheiden kunnen worden. In paragraaf 3 staat het zogenaamde vennootschappelijk belang centraal, waarna in de paragrafen 4 en 5 uitgebreider wordt ingegaan op de ondernemingsraad binnen de structuurregeling. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan het belang van onafhankelijke commissarissen. In hoofdstuk 6 komt de relatie van de ondernemingsraad en de RvC binnen de kaders van de WOR aan de orde. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een slotoverweging.

2. Directe en indirecte medezeggenschap

Onder medezeggenschap door een ondernemingsraad wordt doorgaans verstaan: de beïnvloeding door werknemers, in het georganiseerde verband van een

ondernemingsraad, van de gang van zaken binnen de onderneming door middel van betrokkenheid bij beleids- en besluitvorming. Een belangrijk onderscheid daarbij is dat tussen directe en indirecte medezeggenschap.

Directe medezeggenschap biedt de ondernemingsraad de gelegenheid zich rechtstreeks uit te spreken over beleid of over voorgenomen concrete besluiten. Binnen de Nederlandse verhoudingen is de directe medezeggenschap met name vormgegeven in de WOR. Voorbeelden hiervan zijn de artt. 23 en 24 WOR als het gaat om beïnvloeding van beleid en de artt. 25, 27 en 30 WOR indien het beïnvloeding van concrete besluiten betreft. Ook het zogenaamde spreekrecht dat de ondernemingsraad binnen de algemene vergadering van naamloze vennootschappen heeft bij het nemen van bepaalde besluiten (zie onder meer art. 2:107a BW), wordt beschouwd als een vorm van directe medezeggenschap.

Indirecte medezeggenschap kenmerkt zich door de invloed die de ondernemingsraad kan uitoefenen op de samenstelling van een of meer organen van de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt. Het meest aansprekende voorbeeld treffen we in de structuurregeling. Daarnaast zijn er cao's, governance-codes, statutaire regelingen en uiteenlopende convenanten die de ondernemingsraad in specifieke omstandigheden een rol toekennen bij de benoeming van bestuurders en/of toezichthouders, of die de ondernemer stimuleren de ondernemingsraad een dergelijke bevoegdheid toe te kennen. Ik noem onder meer de Cao Woondiensten, die de ondernemingsraad in art. 11.4 het recht toekent een advies uit te brengen over een voorgenomen benoeming van toezichthouders, en de Governance Code Zorg, waar in par. 6.3 nadrukkelijk wordt gewezen op de mogelijkheid de ondernemingsraad via statuten of reglement een aanbevelingsrecht toe te kennen bij benoeming van toezichthouders.

Het belang van de mogelijkheid om de samenstelling van de RvC als toezichthoudend orgaan te beïnvloeden, bestaat hierin dat de RvC zich bij het houden van toezicht dient te richten op het vennootschappelijk belang. Het gewicht van die toezichthoudende functie en van het vennootschappelijk belang als richtsnoer neemt toe naarmate de invloed van de aandeelhouder op de gang van zaken en op concrete besluiten groter is, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de Corus-beschikking van de Ondernemingskamer ('OK') die in paragraaf 3.4 wordt besproken. Voorafgaand daaraan komen in de paragrafen 3.2 en 3.3 functie en inhoud van het vennootschappelijk belang aan bod.

3. Vennootschappelijk belang

3.1 Inleiding

Tot ver in de vorige eeuw werd in brede kring aanvaard dat het doel van de vennootschap bestond uit het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhou-

ders. In die visie was het belang van de vennootschap per saldo het belang van de aandeelhouders. Het Doetinchemse IJzergieterij-arrest van de Hoge Raad uit 1949 vormde een keerpunt.¹ De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat commissarissen zich bij uitoefening van de aan de raad van commissarissen toegekende rechten hebben te richten ‘naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook.’ Sindsdien is de algemeen heersende opvatting dat het doel van de vennootschap ruimer is dan waardemaximalisatie voor de aandeelhouders, en dat het belang van de vennootschap dient te worden onderscheiden van het belang van de aandeelhouder(s).

3.2 *Functie van het vennootschappelijk belang*

Wordt over de hierna te bespreken inhoud van het vennootschappelijk belang nog verschillend gedacht, over de functie van dat belang als richtsnoer voor het handelen van bestuurders en commissarissen bestaat in bredere kring overeenstemming. Om te onderstrepen dat commissarissen hun taak niet behoren uit te oefenen ten dienste van bepaalde deelbelangen, werd bij gelegenheid van de invoering van de structuurregeling in 1971,² met een beroep op het Doetinchemse IJzergieterij-arrest, in de wet (thans in art. 2:140/250 lid 2 BW) opgenomen dat de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De toevoeging van de woorden ‘en de met haar verbonden onderneming’ strekte er toe ‘geen voet te geven aan de gedachte dat de commissarissen slechts het belang der aandeelhouders als groep behartigen’ en om te doen uitkomen ‘dat de commissarissen het belang van het geheel behartigen.’³ De artt. 2:47 lid 2 en 2:292a lid 2 BW bevatten sinds 1 juli 2021 een gelijke norm voor toezichthouders bij verenigingen en stichtingen.

Het grote gewicht van deze norm spreekt uit het feit dat die zich niet richt tot de RvC in zijn geheel, in de zin dat dit de mogelijkheid opent iedere commissaris een specifiek belang te laten behartigen, maar dat die zich richt tot de individuele commissarissen. Elke commissaris is dus aan die norm gebonden. Geen van hen mag het belang van een bijzondere stakeholder behartigen bij zijn handelen als commissaris. Oók niet commissarissen die op voordracht of op aanbeveling, bijvoorbeeld van de ondernemingsraad, zijn benoemd.⁴

De eerste Corporate Governance Code (2003) bevatte de vertaling van de norm die art. 2:140/250 lid 2 BW stelt aan individuele commissarissen naar de gehele RvC in Principe III.1: ‘De raad van commissarissen richt zich bij de vervulling van zijn

1 HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij).

2 Met ingang van 1 januari 2013 bepaalt 2:129/239 lid 5 BW ook voor bestuurders met zoveel woorden dat zij zich bij de uitoefening van hun taak hebben te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

3 Kamerstukken II 1969/70, nr. 3, p. 12-13.

4 Zie ook HR 14 september 2007, JOR 2007/239 (Versatel III).

taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af.’ Als blijkt van het toegenomen gewicht van het belang van aandeelhouders als een van de in aanmerking komende belangen, heeft de Code sinds 2008 als uitgangspunt dat de vennootschap streeft naar het creëren van waarde op de lange termijn. Het eerste principe in de Code luidt: *‘Het bestuur richt zich op de lange termijn waardecreatie 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.’*

Hoewel de Code een instrument van zelfregulering is, bevat deze principes die breedgedragen algemene opvattingen en rechtsovertuigingen over goede corporate governance betreffen. De Hoge Raad overwoog in de ABN Amro-beschikking uit 2007⁵ dat deze algemene opvattingen en rechtsovertuigingen mede inhoud geven aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is.

3.3 *Inhoud van het vennootschappelijk belang: de Cancun-beschikking*

In de oratie ter gelegenheid van zijn benoeming als hoogleraar Handelsrecht in 1964, legde Maeijer een belangrijke basis voor de gedachtevorming over de inhoud van het vennootschappelijk belang. Volgens Maeijer had de vennootschap een eigenstandig belang bij een gezond bestaan, uitgroei en voortbestaan, met name ook gericht op de continuïteit van de door de vennootschap gedreven onderneming. Maeijer sprak in dit verband van een ‘vennootschappelijk belang’ dat noopt tot een afweging van conflicterende belangen binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Deze zogenaamde institutionele opvatting dient te worden onderscheiden van de visie dat het vennootschappelijk belang de resultante vormt van een groot aantal deelbelangen, waaronder dat van de aandeelhouder(s), dat van leveranciers en van afnemers, dat van de maatschappij, en dat van de werknemers.

De Cancun-beschikking van de Hoge Raad uit 2014⁶ bevat een aantal belangrijke overwegingen indien het gaat over het vennootschappelijk belang. In essentie betrof de Cancun-zaak een uit de hand gelopen ruzie tussen twee joint venture-partners die een hotel in Mexico exploiteerden. De aandelen in de Mexicaanse vennootschap waarin de exploitatie van dat hotel plaats vond, werden gehouden door Cancun Holding II B.V., in welke vennootschap de joint venture op basis van gelijkwaardigheid vorm was gegeven. Het bestuur van Cancun Holding II was er (mede) verantwoordelijk voor dat het belang een van de twee partners in de

⁵ HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme (*ABN Amro*).

⁶ HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 m.nt. R.G.J. de Haan (*Cancun*).

vennootschap uiteindelijk maar liefst 99,8% ging bedragen, waarmee het karakter van de joint venture ernstig geweld werd aangedaan.

De OK oordeelde dat sprake was van wanbeleid (artikel 2:355 lid 1 BW). In cassatie werd betoogd dat de OK miskend zou hebben dat geen sprake kon zijn van een zelfstandig eigen belang van de vennootschap, in dit geval Cancun Holding II, aangezien deze slechts een verlengstuk van de aandeelhouders, zijnde de twee joint-venture partners, vormde. De Hoge Raad dacht daar anders over. Na de overweging dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, overwoog de Hoge Raad als volgt: *‘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. (...) 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. (...) 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.’*

De Hoge Raad zet de stok hier in zekere zin in het midden. Ik ben het namelijk met Van Solinge en Nieuwe Weme⁷ eens dat de Hoge Raad met deze overwegingen een tweeledige regel heeft geïntroduceerd, waarin de institutionele opvatting (het bestendige succes van de onderneming) wordt gecombineerd met de resultantebenadering (de belangen van alle stakeholders).

3.4 *Commissarissen en het vennootschappelijk belang*

Een nog steeds aansprekend voorbeeld van het vennootschappelijk belang als norm voor het handelen van commissarissen, betreft de Corus-beschikking van de OK uit 2003.⁸ Corus Nederland BV maakte deel uit van het Britse Corus-concern. Op concernniveau was besloten de aluminiumactiviteiten van het gehele concern, waaronder die van Corus Nederland, te verkopen aan het Franse Pechiney. De RvC van Corus Nederland, in meerderheid bestaande uit onafhankelijke leden, onthield zijn goedkeuring aan het besluit van het Nederlandse bestuur om, op instigatie van de concernleiding, de aluminiumactiviteiten te verkopen. De opbrengst van de verkoop van de Nederlandse activiteiten zou namelijk niet naar Corus Nederland vloeien, maar zou voor een belangrijk deel worden aangewend ten behoeve van een herfinanciering van het concern, onder andere vanwege de verliezen op de activiteiten in het Verenigd Koninkrijk. Daarop verzocht Corus Ltd de OK in een enquêteprocedure om de onafhankelijke commissarissen tijdelijk te schorsen,

⁷ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/128.

⁸ OK 13 maart 2003, NJ 2003, 248 (Corus).

zodat de commissaris die deel uitmaakte van de concernleiding, het besluit alsnog kon goedkeuren. De OK wees dit verzoek af. Zij overwoog dat het tot de taak van de RvC van een tot een groep behorende vennootschap behoort om, méér nog dan het bestuur van de vennootschap, aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in beschouwing zijn genomen en op hun waarde zijn geschat. De OK stelde vast dat de RvC niet met miskennis van de belangen van het Corus-concern slechts oog zou hebben gehad voor de belangen van Corus Nederland.

3.5 *Ondernemingsraad en het vennootschappelijk belang*

Indien de ondernemingsraad op grond van artikel 25 lid 1 WOR in de gelegenheid wordt gesteld een advies uit te brengen met betrekking tot een besluit dat door het bestuur van de vennootschap genomen wordt, eventueel met goedkeuring door de raad van commissarissen, is de ondernemingsraad betrokken bij vennootschappelijke besluitvorming. In dat geval mag men de ondernemingsraad rekenen tot degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken als bedoeld in art. 2:8 BW.⁹ Dit roept de vraag op of en in hoeverre het vennootschappelijk belang voor de ondernemingsraad richtsnoer zou moeten zijn bij zijn besluitvorming en zijn daaropvolgende advisering.

De instelling van de ondernemingsraad geschiedt blijkens art. 2 lid 1 WOR onder meer ‘in het belang van het goed functioneren van die onderneming in al haar doelstellingen’. Vanzelfsprekend zal de ondernemingsraad zich bij zijn handelen en bij zijn opstelling rekenschap moeten geven van het belang van de onderneming. Met de bewoording in art. 2 lid 1 WOR, die wezenlijk verschilt van die in art. 2:140/250 lid 2 BW (‘richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’), is evenwel niet gezegd dat de ondernemingsraad zich net als de commissarissen heeft te richten naar het vennootschappelijk belang. Aanvaardbaar moet worden geacht dat de ondernemingsraad bij zijn advies met betrekking tot een voorgenomen besluit onder omstandigheden extra gewicht toekent aan het werknemersbelang, om op die manier bij te dragen aan een evenwichtige besluitvorming, met oog op het vennootschappelijk belang. Voor een dergelijke benadering valt met name iets te zeggen naarmate een aandeelhouder grotere invloed uitoefent op het beleid en op de inhoud van belangrijke besluiten. Het staat een aandeelhouder namelijk vrij om binnen de grenzen van de in art. 2:8 BW genoemde redelijkheid en billijkheid het eigen belang voorop te stellen, en niet het vennootschappelijk belang.¹⁰ Een evenwichtige besluitvorming, en het eigenstandige belang van de vennootschap, kunnen in dat geval gediend zijn met een dergelijke opstelling van de ondernemingsraad.

⁹ Zie uitgebreider J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2013, p. 92-98.

¹⁰ Deze benadering, waarin het vennootschappelijk belang door middel van art. 2:8 BW de correctie is op het eigen belang, vindt zijn grondslag in HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*). Zie meer recent OK 12 oktober 2016, JOR 2017/90 (*Delta Lloyd*) en OK 22 december 2017, JOR 2018 2018/210 (*Intergamma*).

4. De structuurregeling en de ondernemingsraad

4.1 Inleiding

In vervolg op een rapport dat de Commissie Verdam in 1964 uitbracht, verscheen in 1969 SER-advies 69/14 inzake herziening van het ondernemingsrecht. Een van de onderdelen van het advies betrof het verschaffen van inspraak aan werknemers bij de samenstelling van de RvC van grote vennootschappen. Omdat het de leden van de SER uit verschillende hoeken (werkgevers, werknemers en Kroonleden) gelukt was het hierover eens te worden, kreeg dit onderdeel van het advies de kwalificatie 'het wonder van Den Haag'.

In dit voorstel worden de leden van de RvC bij coöptatie benoemd, waarbij aandeelhouders en werknemers gelijke rechten krijgen om de samenstelling van de RvC te beïnvloeden, kandidaten voor te dragen voor benoeming en bezwaar te maken tegen een voorgenomen benoeming van een ander dan de voorgedragen kandidaat. Belangrijke besluiten van het bestuur van de vennootschap zijn in dit voorstel onderworpen aan de goedkeuring van die RvC. Het advies resulteerde in 1971 in de invoering van de structuurregeling. In 2004 vond een ingrijpende wijziging van de structuurregeling plaats. Het systeem van gecontroleerde coöptatie maakte plaats voor een systeem waarin commissarissen, op voordracht van de RvC, worden benoemd door de algemene vergadering. De ondernemingsraad heeft sindsdien op grond van art. 2:158/268 leden 5 en 6 BW het recht kandidaten aan te bevelen om voor benoeming te worden voorgedragen. Dit wordt nader besproken in paragraaf 4.3.

4.2 Toepasselijkheid van de structuurregeling

Het structuurregime is van toepassing indien een vennootschap gedurende drie onafgebroken jaren (art. 2:154/264 lid 1 BW) aan het Handelsregister opgaaf heeft gedaan dat zij aan de in art. 2:153/263 lid 3 opgesomde voorwaarden voldoet.¹¹ Na drie jaar onafgebroken opgaaf is de vennootschap verplicht een RvC in te stellen (art. 2:148/268 BW).

Het regime is niet van toepassing indien de opgaaf niet daadwerkelijk plaatsvindt. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat de ondernemingsraad een belanghebbende is die in rechte kan vorderen dat een nalatige vennootschap wordt veroordeeld alsnog opgaaf te doen. Het primaire belang van de ondernemingsraad bestaat hierin dat de ondernemingsraad de mogelijkheid wordt onthouden door middel van beïnvloeding van de samenstelling van de RvC indirecte medezeggenschap uit te oefenen.

¹¹ Die voorwaarden zijn: de omvang van het geplaatste kapitaal met de reserves van de vennootschap bedraagt ten minste € 16 mio, de vennootschap of een afhankelijke maatschappij heeft krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad ingesteld, en bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen in Nederland zijn in de regel ten minste 100 werknemers werkzaam.

4.3 *De samenstelling van de RvC onder de structuurregeling*

Met betrekking tot zijn samenstelling verplicht art. 2:158/268 lid 3 BW de RvC een profielschets op te stellen, rekening houdend met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. Die schets dient, zowel bij de vaststelling als bij latere wijzigingen, onder andere met de ondernemingsraad besproken te worden (art. 2:268 lid 3 BW). Het verdient aanbeveling de profielschets bij iedere benoeming van een nieuwe commissaris te evalueren, en wellicht in het kader van het algemene aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad met de raad te bespreken, om te toetsen of de schets nog wel in overeenstemming is met de aard en de activiteiten van de onderneming.

Zoals aangegeven worden commissarissen, op voordracht van de RvC, door de algemene vergadering benoemd (art. 2:158/268 lid 4 BW). Met betrekking tot de benoeming van *alle* commissarissen heeft de ondernemingsraad een algemeen aanbevelingsrecht (art. 2:158/268 lid 5 BW). Dit algemene aanbevelingsrecht lijkt nogal eens over het hoofd te worden gezien, hetgeen wellicht samenhangt met het feit dat de ondernemingsraad voor een derde van het aantal commissarissen een verzwaaard recht van aanbeveling heeft. Het verzwaarde karakter komt tot uiting in de gehoudenheid van de RvC de door de ondernemingsraad aanbevolen kandidaat voor benoeming voor te dragen, tenzij de RvC verwacht dat de aanbevolen kandidaat ongeschikt zal zijn voor de vervulling van zijn taak of dat de RvC met benoeming van de aanbevolen kandidaat niet naar behoren zal zijn samengesteld (art. 2:158/268 lid 6 BW). Dat de ondernemingsraad een kandidaat aanbeveelt die vervolgens op bezwaar van de RvC stuit, komt niet of nauwelijks voor. In de praktijk vindt namelijk doorgaans ‘vooroverleg’ plaats tussen de ondernemingsraad en de RvC, en van de RvC met de aandeelhouder(s), over de aan te bevelen kandidaat. Daarmee wordt niet alleen voorkomen dat RvC en ondernemingsraad in een formele discussie belanden over de kandidaat, maar daarmee wordt ook voorkomen dat de algemene vergadering de voorgedragen kandidaat afwijst (art. 2:158/268 lid 9 BW), hetgeen met name door de betreffende kandidaat als pijnlijk zal worden ervaren.

5. **Structuurregeling, ondernemingsraad en onafhankelijke commissarissen**

5.1 *Inleiding*

De structuurregeling kenmerkt zich onder meer hierdoor dat die in zekere zin eisen stelt aan de samenstelling van de raad commissarissen. Impliciet gebeurt dat door de mogelijkheid bezwaar te maken tegen een aanbevolen commissaris, indien de raad met de benoeming van de aanbevolen kandidaat niet naar behoren zal zijn samengesteld. Dat kan zich onder meer voordien indien sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of indien de samenstelling grond geeft voor de verwachting van onenigheid in en daardoor onzekerheid over beleid van de raad

van commissarissen.¹² Expliciet gebeurt dat doordat art. 2:160/270 BW bepaalde personen omwille van onverenigbaarheid van functies uitsluit van benoeming tot commissaris.

Sinds 2016 heeft de OK zich maar liefst driemaal in een door een ondernemingsraad ingesteld beroep overeenkomstig art. 26 WOR uitgesproken over de samenstelling van de RvC onder het regime van de structuurregeling. In twee van de drie beschikkingen¹³ stond de vraag centraal of en in hoeverre de RvC zou moeten bestaan uit onafhankelijke commissarissen resp. zou mogen bestaan uit afhankelijke commissarissen. Vooraleer die twee beschikkingen te bespreken, wijd ik enige woorden aan de vraag wat onder een (on)afhankelijke commissaris verstaan moet worden, en waarom onafhankelijkheid van commissarissen, althans een onafhankelijke opstelling van commissarissen, van belang kan zijn.

5.2 De onafhankelijke commissaris

Bij gebreke aan wettelijke bepalingen inzake onafhankelijkheid, biedt best practice bepaling 2.1.8 in de Corporate Governance Code een aanknopingspunt om onder een afhankelijke commissaris te verstaan een commissaris die een functie vervult binnen de groep waar de onderneming deel van uitmaakt dan wel binnen een rechtspersoon die anderszins een (in)direct belang in de vennootschap heeft. Die afhankelijkheid zou eraan in de weg kunnen staan dat de commissaris zich bij de vervulling van zijn taak in voldoende mate onafhankelijk opstelt en zich op een evenwichtige wijze laat leiden door het belang van de vennootschap en van de betrokken stakeholders.

Dit speelde onder meer in een van de Versatel-beschikkingen van de Hoge Raad, die de volgende overweging bevatte: ‘4.3 ... *Het betoog van het onderdeel dat het geoorloofd en begrijpelijk is dat leden van het bestuur van een groepsmaatschappij van [moeder] Tele2 AB tot commissaris bij [dochter] Versatel worden benoemd en dat de commissarissen zich naar het vennootschappelijk belang hebben te richten, ziet eraan voorbij dat voor het aannemen van tegenstrijdige belangen in een geval als het onderhavige voldoende is dat de betrokken commissarissen te maken hebben met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of zij zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming (vgl. HR 29 juni 2007, C06/041, RvdW 2007, 637).*¹⁴

5.3 De ondernemingsraad en onafhankelijke commissarissen

Gelet op doel en strekking van het structuurregime en de wettelijke en statutaire taak van de RvC, en met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis bij de wijziging

¹² Zie *Kamerstukken II* 1970/71, 10751, nr. 10, p. 9; en *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, nr. 5, p. 38.

¹³ OK 1 juli 2016, *JOR* 2016/273 m. nt. Verburg (*Thomas Cook*) en OK 31 oktober 2019, *JOR* 2020/233 (*Limgroup*).

¹⁴ HR 14 september 2007, *JOR* 2007/239 m.nt. Bartmann (*Versatel III*).

van de structuurregeling in 2004,¹⁵ schetst de OK in beide in paragraaf 5.1 bedoelde beschikkingen¹⁶ woordelijk dezelfde uitgangspunten die in acht genomen moeten worden bij de beoordeling van de samenstelling van de RvC van een structuurvennootschap:

‘Gelet op doel en strekking van het verzwakt regime en de wettelijke en statutaire taak van de raad van commissarissen, geldt als uitgangspunt dat de commissarissen hun werkzaamheden verrichten zonder last of ruggenspraak en zonder enig bijzonder belang te vertegenwoordigen en dat de raad van commissarissen het vertrouwen behoort te hebben van alle bij de vennootschap en haar onderneming betrokkenen (Kamerstukken II, 28 179, nr. 3, p. 33). Daartoe dient de raad van commissarissen zodanig te zijn samengesteld dat deze in voldoende mate onafhankelijk is ten opzichte van alle bij de vennootschap en met haar verbonden onderneming betrokken belangen, daaronder begrepen het belang van de moedervernootschap als aandeelhoudster (vgl. OK 2 februari 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AB7885 (Kodak) en OK 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (Corus)).’

In de Thomas Cook-beschikking¹⁷ stond de voorgenomen instelling van een RvC bij Thomas Cook Nederland B.V. (‘Thomas Cook’) centraal. Aan een positief advies aangaande de instelling van het verzwakte in plaats van het volledige structuurregime verbond de ondernemingsraad van Thomas Cook de voorwaarde dat meer dan de helft van de leden van de RvC, waaronder zijn voorzitter, onafhankelijk zou zijn, dat wil zeggen, niet in dienst zou zijn bij of verbonden zou zijn met rechtspersonen die behoren tot de Thomas Cook Group. Thomas Cook was niet bereid met die voorwaarde in te stemmen. Zij vond de verlangde onafhankelijkheid onwenselijk, en besloot dat uitsluitend concernfunctionarissen voor benoeming als lid van de RvC in aanmerking zouden komen.

De ondernemingsraad van Thomas Cook stelde met succes beroep in tegen het besluit van de ondernemer. Zonder nadere toelichting was volgens de OK niet aannemelijk dat de RvC voldoende onafhankelijk was van de betrokken belangen indien zij enkel zou bestaan uit personen in dienst van de Thomas Cook Group. Het oordeel van de OK in deze specifieke zaak sluit op zichzelf en zonder meer niet uit dat de RvC in zijn geheel kan bestaan uit afhankelijke commissarissen. Gezien de algemene overwegingen van de OK over de samenstelling van de RvC, acht ik echter nauwelijks denkbaar dat een dergelijke samenstelling de toets der kritiek kan doorstaan. Ik voel mij in die veronderstelling gesteund door hetgeen de toenmalige voorzitter Makkink nadien met betrekking tot deze uitspraak te kennen heeft gegeven: *‘De OK heeft toen gezegd dat het van belang is dat de RvC voldoende onafhankelijk kan zijn en dat het daarom zonder nadere uitleg niet begrijpelijk is dat besloten is om alleen personen te benoemen als commissaris van*

¹⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28179, nr. 3, p. 33.

¹⁶ OK 1 juli 2016, JOR 2016/273 m. nt. Verburg (Thomas Cook) en OK 31 oktober 2019, JOR 2020/233 (Lingroup).

¹⁷ OK 1 juli 2016, JOR 2016/273 m.nt. Verburg (Thomas Cook). Ik besprak deze uitspraak uitgebreid in ‘Perikelen rondom de invoering van het (verzwakte) structuurregime’, *Arbeidsrechtelijk Annotaties* 2016/3, p. 33-53.

*de dochtervennootschap die verbonden zijn aan de moedervernootschap. Thomas Cook voerde aan dat het concernbelang altijd overeenkomt met het belang van de dochteronderneming, maar dat kan niet waar zijn. Mij is na lezing van die beschikking niet duidelijk hoe de ondernemer vervolgens met een andere motivering hetzelfde besluit kan nemen.*¹⁸

De Limgroup-beschikking¹⁹ betrof de voorgenomen instelling van een RvC bij Asparagus B.V., de moeder van Limgroup B.V. ('Limgroup'), een veredelings- en researchonderneming in landbouwgewassen. De RvC zou uit 3 dan wel 5 personen bestaan, waarvan een meerderheid onafhankelijk zou zijn, in de zin dat die RvC-leden geen banden zouden hebben met de (indirect) aandeelhouders. De ondernemingsraad adviseerde een RvC in te stellen die in zijn geheel zou bestaan uit onafhankelijke commissarissen.

De OK verklaarde het door de ondernemingsraad van de Limgroup ingestelde beroep ongegrond. Vast stond dat de RvC mede zou bestaan uit onafhankelijke commissarissen, sterker nog, de meerderheid van de commissarissen zou onafhankelijk zijn. Met betrekking tot deze samenstelling overweegt de OK dat '*niet vereist is dat te allen tijde alle* [onderstreping van mij, JvM] *commissarissen onafhankelijk zijn*', gevolgd door de overweging '*Ook indien een minderheid van de commissarissen afhankelijk is, kan sprake zijn van een voldoende evenwichtige samenstelling.*'

5.4 Grenzen aan afhankelijkheid?

In de betreffende twee beschikkingen worden de uiteinden van het spectrum belicht: in de Thomas Cook-beschikking betoogde de ondernemer namelijk dat de RvC in zijn geheel zou *mogen* bestaan uit afhankelijke commissarissen, in de Limgroup-beschikking stelde de ondernemingsraad dat de RvC in zijn geheel zou *moeten* bestaan uit onafhankelijke commissarissen.

De uiteinden van het spectrum zijn op zich duidelijk. Maar valt er nu iets te zeggen over de samenstelling van een RvC die zowel afhankelijke als onafhankelijke leden kent? Een aanknopingspunt voor de beantwoording van deze vraag zou de in paragraaf 5.5 te bespreken Estro-beschikking van de OK kunnen bieden.²⁰ Daarin werpt de OK namelijk de vraag op of de RvC van Estro, waarvan de samenstelling volgens de OK '*niet overwegend onafhankelijk*' te noemen is, het bestuursbesluit voldoende heeft getoetst aan de hand van het belang van de onderneming, en of het bestuur van de vennootschap een van een dergelijke RvC zorgvuldige toetsing van het betreffende bestuursbesluit mocht verwachten.

¹⁸ '40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht', een uitgave van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Boom juridisch (2019), p. 43.

¹⁹ OK 31 oktober 2019, JOR 2020/233 (Limgroup).

²⁰ OK 10 december 2019, JOR 2020/144 m.nt. D.F.J.M. Duynstee (Estro).

Wellicht is het ook interessant de volgende twee gevallen met elkaar te vergelijken. Het ene geval betreft een (structuur)vennootschap met vier aandeelhouders die ieder 25% van de aandelen bezitten, en die niet tot eenzelfde concern behoren. Bij de vennootschap is een RvC ingesteld die bestaat uit vijf leden. Elk van de vier aandeelhouders heeft een commissaris uit eigen kring benoemd. De vijfde commissaris is onafhankelijk, benoemd op aanbeveling van de ondernemingsraad. Het andere geval betreft een (structuur)vennootschap met slechts 1 aandeelhouder, die vier van de vijf commissarissen uit eigen kring heeft benoemd. Ook hier is de vijfde commissaris een op aanbeveling van de ondernemingsraad benoemde onafhankelijke commissaris. Men zou kunnen zeggen dat de invloed van de enig aandeelhouder op de samenstelling van de RvC in het tweede geval groter is dan die van de vier aandeelhouders afzonderlijk in het eerste geval. In dat eerste geval is sprake van een zekere 'spreiding van afhankelijkheid', en dus van een afnemend risico van een onevenwichtige behartiging van het belang van één specifieke aandeelhouder. In dat licht zou een leidraad voor de samenstelling van de RvC deze kunnen zijn: naarmate de feitelijke instructiemacht cq statutaire instructiebevoegdheid (vgl. art. 2:239 lid 4 BW) van één aandeelhouder, en daarmee de invloed op het beleid van het bestuur, groter is, zoals in het tweede hierboven beschreven geval, is ter waarborging van een gezond machtsevenwicht de behoefte aan en het belang van onafhankelijke commissarissen groter.

5.5 *De risico's van het ontbreken van onafhankelijke commissarissen*

Uit de zojuist genoemde beschikking van de OK in de Estro-zaak blijkt dat instelling van een RvC die geheel uit afhankelijke commissarissen bestaat niet zonder risico is. De OK sprak zich uit over de vraag of bij Estro sprake was van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken (art. 2:350 lid 1 BW), hetgeen het voorportaal zou kunnen zijn van vaststelling van wanbeleid. Bij Estro deed zich het volgende voor. Min of meer terstond na de overname door Providence Equity LLP, besloot het bestuur van Estro om de schuld die Providence was aangegaan om de overname te financieren, door middel van een herfinanciering als eigen schuld over te nemen. De daags voordien (!) ingestelde RvC, die geheel bestond uit concernfunctionarissen, verleende zijn goedkeuring aan dit besluit. De OK kende geen genade. Gelet op de samenstelling van deze raad van commissarissen had de verleende goedkeuring volgens de OK geen reële betekenis als waarborg voor zorgvuldige besluitvorming. Voor de OK vormde dit een van de gronden om op verzoek van de curator van Estro een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken.

5.6 *Andere rechtsmiddelen van de ondernemingsraad?*

Zowel in de Thomas Cook-beschikking als in de Limgroup-beschikking maakte de samenstelling van de RvC deel uit van besluitvorming over de instelling van een RvC. Dat opende voor de betrokken ondernemingsraden de deur naar de OK om besluitvorming over die samenstelling door de rechter te laten toetsen. Ook buiten

de kaders van de artt. 25 en 26 WOR heeft de ondernemingsraad die mogelijkheid, zij het dan met betrekking tot het besluit tot benoeming van een individuele commissaris. Ik geef een voorbeeld. Op verzoek van de ondernemer heeft de ondernemingsraad een commissaris die niet onafhankelijk was aanbevolen om voor benoeming voorgedragen te worden. In de praktijk lijkt dat geen zeldzaamheid. Met deze benoeming bestaat de RvC uit twee afhankelijke commissarissen en één onafhankelijke commissaris. Bij de eerstvolgende benoeming van een commissaris wordt de onafhankelijke commissaris vervangen door een afhankelijke commissaris. Daarmee bestaat de RvC in zijn geheel uit afhankelijke commissarissen.

In het kader van de wijziging van de structuurregeling in 2004, is in de Eerste Kamer gesproken over de samenstelling van de RvC. In de Nadere Memorie van Antwoord schreef de minister van Justitie dat indien een belanghebbende van oordeel is dat een bepaalde benoeming leidt tot een onevenwichtige samenstelling van de RvC, de artt. 2:8 of 2:15 BW aan de belanghebbende een basis bieden om de samenstelling van de RvC door de rechter laten toetsen.²¹ De minister gaat dan als volgt verder: *‘Maar indien de procedures naar behoren zijn gevolgd, zal de raad van commissarissen niet onevenwichtig zijn samengesteld.’* Dat zou er in het hierboven genoemde voorbeeld op kunnen duiden dat indien de ondernemingsraad de gelegenheid is geboden gebruik te maken van zijn algemene aanbevelingsrecht bij de betreffende vervanging, de RvC niet onevenwichtig zou zijn samengesteld. Oók niet als de aanbeveling van de ondernemingsraad om opnieuw een onafhankelijke commissaris te benoemen niet zou zijn opgevolgd. Dat kan mijns inziens niet de bedoeling zijn geweest. Waar de minister niet spreekt van *‘is samengesteld’* maar van *‘zal ... zijn samengesteld’*, lijkt slechts sprake van een veronderstelling dat de RvC naar behoren is samengesteld. Deze veronderstelling laat ruimte voor de rechter om te oordelen dat, in weerwil van het volgen van de juiste procedure, de RvC een onevenwichtige samenstelling heeft indien deze uitsluitend uit afhankelijke commissarissen bestaat. Met als gevolg dat het besluit tot benoeming van de derde afhankelijke commissaris op vordering van de ondernemingsraad vernietigd zou kunnen worden.

6. De Wet op de ondernemingsraden en de commissarissen

6.1 Inleiding

Tot de belangrijkste bevoegdheden die de WOR aan een ondernemingsraad toekent, behoort het adviesrecht (art. 25 WOR). Dit biedt de ondernemingsraad de gelegenheid zich uit te spreken over een voorgenomen wijziging in de corporate governance binnen de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, bijvoorbeeld bij een voorgenomen instelling dan wel de afschaffing van een RvC. Een dergelijke instelling of afschaffing kan worden gekwalificeerd als een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden (art. 25 lid 1 en onder e WOR).

²¹ Kamerstukken I 2003/04, 28179, D, p. 8-9.

6.2 *Invoering respectievelijk afschaffing van een RvC*

Men zou kunnen zeggen dat een dergelijk besluit niet zozeer de onderneming betreft waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld, maar dat het gaat om de verdeling van de bevoegdheden binnen de structuur van de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt. Terecht evenwel kwalificeerde de OK in 2003 het maken van een dergelijk onderscheid tussen de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming voor toepassing van art. 25 WOR als kunstmatig.²² Timmerman noemde vennootschap en onderneming onlangs in meer algemene zin zelfs ‘aan elkaar vastgenageld’, omdat de onderneming nu eenmaal met haar hele hebben en houden aan de vennootschap toebehoort.²³ Indien de wijziging van de verdeling van bevoegdheden binnen de vennootschap een belangrijk effect heeft binnen de door de vennootschap in stand gehouden onderneming, en bij instelling of afschaffing van een RvC zal dat doorgaans het geval zijn, dan is daarmee derhalve sprake van een besluit dat op grond van art. 25 lid 1 en onder e WOR aan de ondernemingsraad ter advisering voorgelegd dient te worden. Enige jaren na de beschikking uit 2003 heeft ook de wetgever zich in die zin uitgelaten.²⁴

Men kan zich de vraag stellen hoe tegen dit adviesrecht moet worden aangekeken bij de verplichte invoering van het structuurregime en bij de afschaffing van dat regime die is toegestaan indien de vennootschap gedurende drie jaar niet meer voldoet aan de voorwaarden tot het doen van opgaaf (art. 2:154/264 lid 2 BW). Tegen een adviesrecht bij invoering pleit dat de vennootschap uitvoering geeft aan een wettelijke verplichting. Tegen een adviesrecht bij afschaffing, dat de vennootschap als keerzijde van de verplichte invoering de vrijheid moet hebben het regime weer af te schaffen. In navolging van onder meer Zaal²⁵ ben ik echter, mede geïnspireerd door de beide hierboven besproken beschikkingen van de Ondernemingskamer inzake Thomas Cook en Limgroup, van mening dat de ondernemingsraad in beide gevallen om advies moet worden gevraagd. Zowel bij de invoering als bij de afschaffing worden immers keuzes gemaakt. Bij invoering betreft dat onder meer het aantal commissarissen en de samenstelling van de raad waar het de (on)afhankelijkheid en incompatibiliteit van commissarissen betreft. Bij afschaffing moet gedacht worden aan het al dan niet gebruik maken van de mogelijkheid het regime op vrijwillige basis voort te zetten (art. 2:154/264 lid 4 tweede volzin BW).

6.3 *Aanwezigheid van commissarissen in de overlegvergadering*

Dat brengt mij bij de bepalingen in de Wet op de ondernemingsraden die het contact van de ondernemingsraad met de RvC in overlegvergaderingen bewerk-

22 OK 30 december 2003, ARO 2004/18 (*Intergas*).

23 L. Timmerman, ‘Vennootschap en onderneming’, *WPNR* Jaargang 152 (2021), nr. 7321, p. 309.

24 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 16.

25 I. Zaal in de noot onder de Thomas Cook-beschikking in *JAR* 2016/210.

stellen. Dat zijn er vier, waarvan de belangrijkste wellicht de art. 24 lid 2 en 25 lid 4 WOR zijn.

Tenminste tweemaal per jaar bespreken de ondernemingsraad en de bestuurder de algemene gang van zaken van de onderneming (art. 24 lid 1 WOR). Art. 24 lid 2 WOR bepaalt dat, indien de onderneming in stand wordt gehouden door een naamloze of een besloten vennootschap, bij dat overleg de commissarissen, dan wel een of meer vertegenwoordigers van hen aanwezig zijn. Wordt de onderneming in stand gehouden door een vereniging of stichting, dan rust die plicht volgens de tekst van art. 24 lid 2 WOR op de bestuursleden van de vereniging of stichting. Indien men zich realiseert dat deze bepaling in de wet is opgenomen in een tijd dat het formele bestuur van stichtingen en verenigingen doorgaans nog 'op afstand' functioneerde, met daaronder een directie, dan moge duidelijk zijn dat met de 'bestuursleden' bij verenigingen en stichtingen de leden van het toezichthoudende orgaan zijn bedoeld, sinds 1 juli 2021 overigens ook aangeduid als RvC (vgl. art. 2:47 lid 1 BW resp. art. 2:292a lid 1 BW).

Als de ondernemingsraad op grond van art. 25 lid 1 WOR gevraagd wordt een advies uit te brengen, dan hoeft de raad dat pas te doen nadat de betreffende aangelegenheid tenminste éénmaal is besproken in een overlegvergadering. Ook voor die overlegvergadering geldt een verschijningsplicht voor toezichthouders (art. 25 lid 4 WOR). In de praktijk gebeurt dat slechts in beperkte mate. Zowel ondernemingsraden als toezichthouders zijn zelfs vaak verbaasd als deze bijzondere verschijningsplicht ter sprake wordt gebracht. Sinds 1 januari 2019 geldt de verschijningsplicht ook bij het overleg dat de bestuurder en de ondernemingsraad op grond van art. 23 lid 2 WOR moeten voeren over arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken van de in de onderneming werkzame personen en over het totaal aan vergoedingen voor de toezichthouders, en over de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen in de onderneming (art. 31 lid 2 WOR).

Het doel van de aanwezigheid van toezichthouders is dat zij kennis kunnen nemen van standpunten van de ondernemingsraad, en omgekeerd, dat de ondernemingsraad kennis kan nemen van visie en van overwegingen van het toezichthoudende orgaan ten aanzien van de betreffende aangelegenheid. Art. 24 lid 2 WOR spreekt van *aanwezigheid* van toezichthouders. Hoewel zij niet verplicht zijn aan de inhoudelijke discussie in de overlegvergadering deel te nemen, verdraagt het zich nauwelijks met hun taak dat niet te doen. Wel lijkt mij een zekere terughoudendheid op zijn plaats als het gaat om het inhoudelijke standpunt van het toezichthoudende orgaan, met name indien de gedachtevorming binnen dat orgaan nog niet is afgerond.

Als er een voordrachtcommissaris is, is dat in veel gevallen de commissaris die wordt afgevaardigd naar het in de artt. 23 lid 2, 24 lid 1 en 25 lid 4 WOR bedoelde overleg. Ik vind dat geen goed gebruik. Blijkens het voorgaande geldt immers voor alle commissarissen dat zij het werknemersbelang hebben te betrekken bij het vennootschappelijk belang dat het richtsnoer voor hun handelen vormt. Door

uitsluitend de voordrachtcommissaris af te vaardigen, geeft de RvC geen goed signaal af in de richting van de ondernemingsraad: alsof medezeggenschap niet de aandacht van alle commissarissen heeft. In dat licht doet de RvC er goed aan ook anderen dan de voordrachtcommissaris af te vaardigen.

De regeling voor de verschijningsplicht van commissarissen in art. 24 lid 2 WOR kent twee tekortkomingen die zich ook voordoen bij verschijning op grond van art. 25 lid 4 WOR. De eerste betreft het feit dat indien tenminste de helft van de aandelen wordt gehouden door een andere vennootschap, de verschijningsplicht komt te rusten op de bestuurders van die andere vennootschap in plaats van op de commissarissen. Op zich is het goed dat een grote aandeelhouder aan het overleg met de ondernemingsraad deelneemt, maar daarmee vervalt het belang van de aanwezigheid van commissarissen niet, gegeven met name hun specifieke rol. Bovendien gaat het regelmatig om besluiten die door de RvC goedgekeurd dienen te worden. Mede daarom zouden commissarissen vanuit hun taak en rol binnen de onderneming ook zónder de uitdrukkelijke bepaling aan het overleg deel moeten nemen. Dat stelt hen namelijk in staat, met weging van alle belangen, uiteindelijk het vennootschappelijk belang te behartigen. De tweede tekortkoming betreft het feit dat indien de aandeelhouder ten minste vijf deelnemingen heeft waar haar bestuurders moeten verschijnen, de betreffende verschijningsplicht vervalt, zonder dat de verschijningsplicht van de commissarissen herleeft. Het verdient aanbeveling deze beide tekortkomingen bij een volgende 'revisie' van de WOR te herstellen.

Met betrekking tot de goedkeuring door de RvC van besluiten die op grond van art. 25 lid 1 WOR ook ter advisering aan de ondernemingsraad voorgelegd dienen te worden, kan men zich de vraag stellen of het besluit van de RvC over de goedkeuring verleend zou moeten worden vóór of nádat de ondernemingsraad zijn advies heeft uitgebracht. Al eerder heb ik bepleit dat advisering aan het besluit over de goedkeuring vooraf zou moeten gaan. De RvC heeft namelijk bij het al dan niet verlenen van goedkeuring de mogelijkheid om in de beslotenheid van het overleg met het bestuur dat bestuur te bewegen tot aanpassing van het besluit. Het advies van de ondernemingsraad zou daartoe voor de RvC aanleiding kunnen zijn.

Als vierde bepaling die ondernemingsraad en RvC in een overlegvergadering met elkaar in contact kan brengen, noem ik art. 30 WOR. Dat betreft het voorgenomen besluit tot benoeming of tot ontslag van een bestuurder. Bedoeld is hier de WOR-bestuurder, dat wil zeggen degene die alleen of tezamen met anderen de hoogste leiding geeft aan de arbeid (art. 1 lid 1 en onder e WOR). Doorgaans is dat de vennootschappelijke bestuurder, noodzakelijk is dat niet. Zo ziet men bij ondernemingen die onderdeel van een groot concern zijn dat de plantmanager wel WOR-bestuurder is, zonder dat hij vennootschappelijk een positie bekleedt.

Als het volledige structuurregime van toepassing is, worden bestuurders benoemd en ontslagen door de RvC. Bij stichtingen waar statutair een raad van toezicht is

ingesteld, worden de bestuurders doorgaans door die raad van toezicht benoemd en ontslagen. Op grond van art. 30 lid 3 WOR is art. 25 lid 4 WOR bij een voorgenomen ontslag van overeenkomstige toepassing. Met name indien dat ontslag wordt gegeven door de RvC is aanwezigheid van commissarissen bij dit overleg meer dan gewenst, en zouden commissarissen, zo de mogelijkheid daartoe bestaat, geen beroep moeten doen op de hierboven beschreven uitzondering op hun verschijningsplicht.

Waar art. 30 WOR spreekt van ontslag, komt het in de praktijk lang niet altijd tot een ontslag. Zo zegde de RvC van Eneco eind maart 2018 unaniem het vertrouwen in de bestuurder op en liet hem vervolgens geen andere keus dan in onderhandeling te treden over een beëindigingsovereenkomst. Naar de letter van art. 30 WOR was hier geen sprake van een ontslag. Toch vond de OK dat het adviesrecht dat de ondernemingsraad kan ontlenen aan art. 30 WOR geschonden was, omdat de gang zaken een zo grote gelijkenis vertoont met een voorgenomen besluit tot ontslag als bedoeld in art. 30 WOR, dat het daarmee op één lijn moet worden gesteld.²⁶ De realiteit is immers dat indien de RvC van een structuurvennootschap tot het oordeel komt dat de positie van een bestuurder onhoudbaar is omdat deze niet langer het vertrouwen heeft van de RvC, dit onherroepelijk leidt tot het vertrek van de betrokken bestuurder, ook zonder dat de RvC een formeel ontslagbesluit neemt.

6.4 *Aanwezigheid van commissarissen in de OR-vergadering*

Een laatste bepaling die een wettelijke basis biedt voor contact tussen de ondernemingsraad en de RvC betreft art. 16 lid 1 WOR. Die bepaling opent voor de ondernemingsraad de mogelijkheid een of meer commissarissen uit te nodigen voor een vergadering van de ondernemingsraad, met het oog op de behandeling van een bepaald onderwerp. Commissarissen die gehoor geven aan de uitnodiging doen er goed aan vooraf duidelijk te maken wat de ondernemingsraad van hen mag verwachten, bijvoorbeeld aangaande standpunten van de RvC als geheel en standpunten van hen als individuele commissaris.

Anders dan bij art. 24 lid 2 of art. 25 lid 4 WOR, zijn de commissarissen niet gehouden gehoor te geven aan deze uitnodiging. In de praktijk zijn er bestuurders die er moeite mee hebben dat de ondernemingsraad buiten hun aanwezigheid met commissarissen spreekt. Zij kunnen de commissarissen echter niet tegenhouden. Het is namelijk de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest dat bestuurders geen bezwaar kunnen maken tegen het uitnodigen van een commissaris.²⁷

²⁶ OK 18 juli 2018, *JOR* 2018/303 m.nt. D.F.J.M. Duynstee (*Eneco*).

²⁷ *Kamerstukken II* 1969/70 10335, nr. 3, p. 20 l.k.

7. Tot slot

In het krachtenveld binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming spelen de RvC en de ondernemingsraad een belangrijke rol, elk met een eigen verantwoordelijkheid en met eigen bevoegdheden. Hun verbondenheid daarbij is groot, misschien zelfs groter dan zij zich op het eerste gezicht realiseren. De belangen die zij bij het vervullen van die rol behartigen, lopen in aanzienlijke mate parallel. In dat licht moet groot gewicht toegekend worden aan de onderlinge contacten van de ondernemingsraad met de RvC en aan het overleg dat zij bij verschillende gelegenheden met elkaar voeren. Het mag ook geen verbazing wekken dat ondernemingsraden zich bij uitoefening van aanbevelings- en voordrachtrechten steeds meer bewust zijn van het belang van benoeming van een of meer onafhankelijke commissarissen in een RvC. Op basis van recente jurisprudentie van de OK lijkt overigens niet meer vol te houden dat een RvC in zijn geheel uit afhankelijke commissarissen bestaat. Dat die jurisprudentie voor een deel door ondernemingsraden is geëntameerd, vormt de bevestiging van de verbondenheid van medezeggenschap en toezicht binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.