

Good governance

ERNST VAN WINEN BARBARA VANDAM-KEUKEN

Goed, integer bestuur is van essentieel belang voor elke onderneming. De voorbeelden bij instellingen waar dat volledig is mis gelopen zijn legio. Denk aan de Vestia affaire en Rochdale. Dat gingt niet alleen over de cultuur en de waarden en de persoon van de bestuurder maar ook over het toezicht. Goed toezicht is een belangrijke voorwaarde voor good governance. Niet alleen de RvC/RvT maar ook de OR heeft een toezichthoudende rol. Beide organen houden vanuit een andere invalshoek toezicht op het bestuur, dat is belast met de strategische leiding van de onderneming. Het bestuur van de onderneming, het toezichthoudend orgaan en de medezeggenschap worden in de literatuur wel aangeduid als 'de gouden driehoek'.

In het belang van de onderneming dient binnen de gouden driehoek ieders rol te worden gerespecteerd. Medezeggenschap en informatie is daarbij het verbindende element. In dit artikel gaan wij nader in op de dynamiek tussen deze drie partijen, waarbij het accent ligt op de relatie tussen de RvC/RvT en de OR.

Taken

Het bestuur legt verantwoording af aan de RvT/RvC. De RvC/RvT houdt toezicht op en adviseert bij het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de onderneming. Om deze toezichthoudende taak goed uit te kunnen oefenen is het belangrijk dat de RvC/RvT op de hoogte is van belangrijke besluiten binnen de onderneming en de wijze waarop die besluiten tot stand komen. Naast de informatie die de toezichthouder vanuit het bestuur krijgt, mag de informatie van de OR niet ontbreken. De OR ziet immers toe op zorgvuldige besluitvorming en moet daarover in sommige gevallen (wettelijk) adviseren of zelfs mee instemmen. Daarnaast is de OR bevoegd zich zo te laten informeren, dat hij alle voor zijn taak essentiële informatie heeft ontvangen. De bestuurder heeft een zorgplicht daar aan te voldoen. In bepaalde situaties en in ieder geval in samenspraak met de vakorganisaties kan de OR gerechtigd zijn een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer aanhangig te maken om een onderzoek naar de gang van zaken bij en het beleid van een bedrijf mogelijk te maken. Een belangrijke partij dus om rekening mee te houden. Een structureel overleg tussen de toezichthouder en de OR vanuit die toezichthoudende rol is dan ook wenselijk en zelfs noodzakelijk. Echter, een dergelijk overleg tussen RvT/RvC is in de WOR of andere wetgeving niet duidelijk voorgeschreven. Wel zijn er in verschillende regelingen een paar haakjes te vinden die bij het vormgeven van dat overleg hulp kunnen bieden.

De gouden driehoek

Veel ondernemingen of instellingen hebben naast een directie, die belast is met de strategische leiding van de onderneming, een toezichthoudend orgaan. De naam van het toezichthoudend orgaan verschilt per sector c.q. rechtsvorm van de onderneming. Kort gezegd is het toezichthoudend orgaan in het bedrijfsleven de RvC en in de non-profit sector de RvT. Centraal staat de continuïteit van de onderneming en het belang van de daarin werkzame personen. Binnen deze driehoek hebben zowel de RvT/RvC als de OR een interne toezichthoudende rol ten aanzien van het bestuur. Beide organen beschikken over andere informatie en kijken hiernaar vanuit een andere invalshoek. Voor het goed functioneren van de onderneming is het dan ook nodig dat de contacten tussen de partners uit deze driehoeksrelatie soepel verlopen. Uitgangspunt daarbij is dat er binnen de driehoek over en weer sprake moet zijn van een sfeer van openheid en vertrouwen. Het overleg tussen de bestuurder en de OR is geregeld in de WOR. Het overleg tussen het bestuur en de RvT/RvC is geregeld in de statuten en het directiereglement. De Nederlandse Corporate Governance Code richt zich specifiek op de governance van beursgenoteerde vennootschappen. In veel andere branches, zoals de cultuur of de zorg zijn vergelijkbare codes te vinden.

De Nederlandse Corporate Governance code

Beursgenoteerde bedrijven zijn verplicht deze code na te leven. In de Corporate Governance Code staan gedragsregels die bestuurders, toezichthouders en andere bij de onderneming betrokken partijen (bijvoorbeeld beleggers) tegenover elkaar in acht moeten nemen. Ook bevat de Code aanbevelingen voor goed bestuur en toezicht. Een van de aanbevelingen ziet op het overleg tussen de RvC en de OR. Om te borgen dat over en weer informatie wordt uitgewisseld, kan de RvC bijvoorbeeld in zijn reglement opnemen



hoe het overleg met de OR wordt vormgegeven. Daarbij vormen de bepalingen uit de WOR uiteraard de basis. Naast de Nederlandse Corporate Governance code wordt ook in de WOR gewezen op het belang van het overleg tussen de toezichthouder en de OR. Ook in de andere hiervoor genoemde codes wordt op een zelfde wijze gewezen op het belang van goed contact tussen toezicht en medezeggenschap.

De WOR

In de WOR is in verschillende bepalingen (art. 23 en 24 WOR) het overleg tussen de (WOR)bestuurder en de OR opgenomen. Het uitgangspunt voor een effectieve medezeggenschap is dat bestuurder en OR als gelijkwaardige gesprekspartners kunnen optreden. Om inhoudelijk op hetzelfde niveau als de ondernemer mee te kunnen denken en praten is het belangrijk dat de OR al in een vroeg stadium informatie krijgt over de plannen van de ondernemer. Het informatierecht en het recht op overleg zijn dan ook twee essentiële rechten van de OR. Daarbij is het overigens niet aan de bestuurder maar aan de OR om binnen redelijke grenzen te bepalen welke informatie hij nodig heeft om zijn taken te kunnen uitvoeren. De bestuurder kan zich daarbij niet achter de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie verschuilen. Wanneer bijvoorbeeld in het kader van een reorganisatie of fusie sprake is van vertrouwelijke informatie, kan de OR ten aanzien van die informatie op grond van art. 20 WOR een extra geheimhouding opgelegd krijgen. Om te voorkomen dat de OR niet meer met zijn achterban kan overleggen is het verstandig goede afspraken te maken over onder meer de duur en reikwijdte van de geheimhouding. Daarnaast is het natuurlijk belangrijk dat er op een goede manier informeel overleg tussen de bestuurder en de OR plaatsvindt. Dit is alleen mogelijk

wanneer er sprake is van een gelijkwaardige relatie en partijen elkaar vertrouwen.

De verschijnplicht

Het overleg tussen de RvC/RvT en de OR is in de WOR beperkt tot de bepaling dat er een zogenaamde 'verschijnplicht' voor commissarissen geldt tijdens de verplichte halfjaarlijkse overlegvergaderingen over de algemene gang van zaken van de onderneming en de verplichte overlegvergadering in het kader van een adviestraject (art. 25 lid 4 WOR). Deze verschijnplicht geldt ook voor de overlegvergadering in het kader van een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder (art. 30 lid 3 WOR). De OR kan ook de commissarissen uitnodigen als 'deskundige' bij een intern overleg van de OR aanwezig te zijn (art. 16 WOR). De commissarissen zijn echter niet verplicht aan een dergelijke uitnodiging gehoor te geven.

Om zijn toezichthoudende taak goed uit te kunnen oefenen is het wenselijk dat de RvC/RvT op de hoogte is van de belangrijke besluiten binnen de onderneming en de wijze waarop die besluiten tot stand komen. De halfjaarlijkse verplichte overlegvergaderingen zijn dan ook bij uitstek het middel om het toezichthoudend orgaan op de hoogte te houden van deze besluitvormingsprocessen. In de praktijk zien wij dat dit zelden gebeurt. Dat is niet altijd aan onwil te wijten. Veel ondernemingsraden zijn zich van deze bepaling simpelweg niet bewust of vinden naleving van dit voorschrift minder relevant omdat ze bijvoorbeeld de afstand tot de RvC/RvT als te groot ervaren. Daar komt bij dat de commissarissen voor wie een verschijnplicht geldt, een vertegenwoordiger uit hun midden kunnen aanwijzen om bij de overlegvergaderingen aanwezig te zijn, zodat de OR dan slechts een enkele commissaris kent en niet de voltallige RvC/RvT.

Informele contactmomenten tussen OR en RvC/RvT komen niet vaak voor. Dat is een gemiste kans want wanneer men elkaar persoonlijk kent komt dit het wederzijds begrip en de onderlinge samenwerking ten goede. Wij adviseren dan ook vaak hierover goede afspraken tussen OR en commissarissen te maken! Dat kan heel laagdrempelig, bijvoorbeeld door de commissarissen uit te nodigen voor een kopje koffie om eens persoonlijk met elkaar kennis te maken. Belangrijk is echter wel steeds, dat de bestuurder niet buiten spel komt te staan of zich gepasseerd voelt, want die is ten slotte verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming.

Contactmomenten

Voor een optimale samenwerking zijn vertrouwen, informatie-uitwisseling en regelmatige contactmomenten nodig. Meer overleg en informatie-uitwisseling tussen OR en Raad van Commissarissen in goed overleg met het bestuur wordt aangeraden. De SER-commissie Bevordering Medezeggenschap heeft in 2017 een handreiking gepubliceerd, waarin informatie en tips zijn opgenomen over het opbouwen en onderhouden van onderlinge contacten en wederzijds vertrouwen binnen de driehoek.

OR gemotiveerd toelichten. Komen OR en RvC er niet samen binnen vier weken uit, dan kan een vertegenwoordiger van de RvC de Ondernemingskamer verzoeken te verklaren dat het bezwaar van de RvC gegrond is.

Uitleg statuten

De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam heeft in het kader van een door een RvC geweigerde werknemerscommissaris een aantal interessante aspecten van het aanbevelingsrecht op grond van de statuten benoemd (Ktr. Amsterdam 29 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5462), namelijk:

De statuten worden naar objectieve maatstaven uitgelegd. Dit betekent dat bij de uitleg de inhoud en de letterlijke tekst van de statuten belangrijk zijn.

De door de RvC geuite weerzin tegen de in kwestie voorgedragen persoon behoort niet tot de 'objectieve, zwaarwegende bezwaren.'

Als de bepaling in de statuten in strijd is met de preambule van het directiereglement, dan gaan de statuten voor.

De voordrachtscommissaris/de werknemerscommissaris

Om het contact tussen de OR en de RvC laagdrempeliger en gemakkelijker te laten verlopen en de invloed van de OR op de strategie van het bedrijf te vergroten, kan de OR in een aantal gevallen één of meerdere kandidaten voordragen voor de RvC. Dit zogenaamde 'versterkt aanbevelingsrecht' is echter alleen mogelijk als:

- er sprake is van een structuurvennootschap; of
- de OR op grond van de statuten de bevoegdheid heeft gekregen om een lid van de raad van commissarissen te benoemen; en
- daar nadere schriftelijke afspraken, bijvoorbeeld in een ondernemingsovereenkomst over zijn gemaakt.

De procedure

Het versterkt aanbevelingsrecht bij de voordracht van een lid van de RvC geldt voor maximaal een derde van het aantal commissarissen. De RvC moet de OR tijdig berichten wanneer de voordracht plaatsvindt en welke profielschets hiervoor geldt. De RvC moet de profielschets met de OR bespreken. De OR heeft ten aanzien van die profielschets geen adviesrecht maar kan wel proberen invloed uit te oefenen op de inhoud van het profiel en daarmee op de samenstelling van het RvC. De RvC kan alleen bezwaar maken tegen de aanbeveling/voordracht van de OR als de RvC niet naar behoren is samengesteld omdat deze bijvoorbeeld essentiële kennis of ervaring mist of de voorgedragen persoon ongeschikt is voor de vervulling van zijn taak als commissaris. De RvC moet zijn eventuele bezwaren tegen de aanbeveling van de

De 'voordrachtscommissaris'/'werknemerscommissaris' kan bijdragen aan een goede relatie en vertrouwensband tussen OR en RvC. De desbetreffende commissaris is uiteraard zonder enige last of ruggespraak collegiaal lid van de RvT maar heeft meer of makkelijker informeel contact met de OR en heeft veelal medezeggenschap in zijn of haar portefeuille. Deze verbinding lukt alleen als beide partijen hier het belang van inzien en bereid zijn daarin te investeren. Om dit overleg op gang te helpen adviseren wij OR's wel om niet alleen formele maar ook informele contactmomenten met de RvC in te plannen.

Fusies/overname

De relatie tussen OR, bestuurder en RvC/RvT wordt vooral op de proef gesteld bij grote, voor de organisatie ingrijpende, trajecten, zoals een fusie of overname. Zeker bij een vijandige overname, waarbij de bestuurder feitelijk buiten spel wordt gezet en bovendien de OR geen gebruik kan maken van het adviesrecht en het spreekrecht tijdens de ava, is het zinvol dat de toezichthouder en OR elkaar weten te vinden om met inachtneming van elkaars rollen een gezamenlijke strategie te bepalen. Soms heeft de medezeggenschap zelfs sterkere wettelijke wapens (zoals zijn adviesrecht van art. 25 en 26 WOR) in handen om vijandige aandeelhouders op afstand te houden.

Tijdens een fusietraject, zullen de betrokken partijen overigens alvast hun ondernemingen op elkaar aan willen sluiten. Dit is ook een goede gelegenheid voor de betrokken OR's om alvast in goed onderling overleg met hun bestuurders en RvC/RvT samen te werken en afspraken te maken.

De oprichting van een BOR (bijzondere ondernemingsraad) kan daarbij een goed instrument zijn. Deze kan dan samenwerken met een stuurgroep van de RvC's/RvT's.

Wijziging in de governancestructuur

Bij wijzigingen in de governancestructuur van een groep of vennootschap moet een OR alert zijn omdat er mogelijk sprake kan zijn van een adviesrecht. In beginsel heeft een OR geen adviesrecht over een strategisch plan. Dit kan echter anders zijn als een voorgenomen besluit tot wijziging van de governancestructuur kan worden gezien als een besluit tot een belangrijke wijziging van de organisatie en de verdeling van bevoegdheden. Dat was bijvoorbeeld het geval bij Abellio waar de wijzigingen volgens de Ondernemingskamer zodanig fundamenteel waren, dat zij, gelet op hun achtergrond en strekking, de gehele onderneming betroffen en de OR op grond daarvan een adviesrecht had.

Verstoorde relatie OR/bestuurder

Als een OR te maken heeft met een disfunctionerende bestuurder of de relatie tussen de OR en bestuurder is verstoord en over en weer is er onvoldoende vertrouwen, dan kan de OR zich voor advies tot de RvC/RvT wenden. Uitgangspunt daarbij moet onder meer zijn dat wordt voorkomen dat de positie van de bestuurder binnen de organisatie schade oploopt. Een zuivere en zorgvuldige procedure is daarbij van belang. De OR moet dan ook eerst zelf het gesprek met de bestuurder aangaan. Pas wanneer OR en bestuurder er echt niet samen uitkomen kan de OR zich tot de toezichthouder wenden. Om te voorkomen dat de bestuurder zich gepasseerd voelt en de relatie nog verder onder druk komt te staan is het belangrijk dat de OR de bestuurder hierover vooraf informeert. Vervolgens moet de OR de resultaten van het overleg ook aan de bestuurder terugkoppelen. Alleen bij integriteitsschending door de bestuurder en/of kenbaar wanbeleid kan de OR zich rechtstreeks tot de RvC wenden.

Enquêterecht

Wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en de gang van zaken van een vennootschap te twifelen, kan een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer worden gestart. Een dergelijke procedure kan alleen worden ingediend door de aandeelhouders en leden van verenigingen/coöperaties/onderlinge waarborgmaatschappijen en de vakbonden. De OR heeft geen zelfstandige enquêtebevoegdheid. Desalniettemin kan dit enquêterecht voor OR's wel degelijk interessant zijn. Zo is het voor iedere belanghebbende (dus ook voor een OR) mogelijk zich in een door anderen aangespannen enquêteprocedure (bijvoorbeeld de vakbonden) te voegen. Ook kan hem op grond van een (ondernemings-)overeenkomst of bij de statuten de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen worden toegekend. Dat de enquêtebevoegdheid van de OR een krachtig instrument kan zijn om goede governance te borgen blijkt onder meer uit een recente uitspraak van de Ondernemingskamer waarbij de centrale OR bij Eneco

Groep NV op grond van de statuten de enquêtebevoegdheid had gekregen en vervolgens met succes een onderzoek door de Ondernemingskamer naar de handelwijze van de RvC van Eneco heeft af kunnen dwingen. Ook heeft de Ondernemingskamer op verzoek van de OR met onmiddellijke ingang de voorzitter van de RvC geschorst en een nieuwe tijdelijke voorzitter benoemd. Het draaide in deze kwestie om zowel een zeer gebrekkige samenwerking en slechte vertrouwensrelatie tussen de RvB, de aandeelhouders en de RvC als een schending van het adviesrecht ten aanzien van het ontslag van de voorzitter van de RvB en de benoeming van diens opvolger in de zin van art. 30 WOR. Omdat een dergelijke enquêtebevoegdheid niet beperkt is tot medezeggenschapsrechtelijke kwesties, heeft de OR hiermee een krachtig instrument in handen om zijn taak als toezichthouder effectief uit te kunnen oefenen. De conclusie is duidelijk. Een goed en structureel overleg tussen OR, de toezichthouder en de bestuurder is van groot belang voor het goed functioneren van de onderneming. Dat kan in eenvoudige afspraken worden vastgelegd, omdat de wet al veel aanknopingspunten geeft. Zo kunnen ongewenste situaties worden voorkomen en kan worden gewerkt aan goed bestuur. Volgende keer kijken we graag naar de 'good governance' van de OR zelf.

Bronnen

Jurisprudentie: Ktr. Amsterdam 29-08-2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:5462); Hof Amsterdam (OK) 3-10-2016, (ECLI:NL:GHAMS:2016:3966) (Abellio); Hof Amsterdam (OK) 3-10-2016, (ECLI:NL:GHAMS:2018:2488) (Eneco)

Literatuur: Vestigen en verstevigen van de relatie tussen RvC en OR, Handreiking voor leden van Raden van Commissarissen en Raden van Toezicht, de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER, mei 2016; I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap (diss.), Deventer: Kluwer 2014, p. 56 en verder



Over de auteurs



Mr. E. van Win
De Clercq advocaten en notariaat, www.declercq.com



B.R. van Dam-Keuken MA LLB
De Clercq advocaten en notariaat, www.declercq.com