

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/162391>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-20 and may be subject to change.

## SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

## ONDERNEMINGSRECHT

AAK20168204

Mr. N. Kreileman, Van der Heijden Instituut, OO&amp;R, Radboud Universiteit Nijmegen

## Regelgeving

*Aanpassing WOR: meer zeggenschap OR over arbeidsrechtelijke aspecten pensioenregeling*

Op 1 oktober 2016 is de Wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen in werking getreden (*Stb.* 2016, 249 en 331). De wet beoogt de onduidelijkheid weg te nemen die onder de oude regeling bestond over de reikwijdte van de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad (hierna: OR) ten aanzien van de arbeidsrechtelijke aspecten van de pensioenregeling. Daarnaast zorgt de wet ervoor dat de OR meer te zeggen krijgt over de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Sinds 1 oktober jl. bepaalt artikel 27 lid 1 onder a WOR dat de OR een instemmingsrecht heeft wanneer de werkgever regelingen op grond van een pensioenovereenkomst wil vaststellen, intrekken of wijzigen. De wettelijke bepaling verduidelijkt dat de instemming van de OR in de hiervoor beschreven gevallen vereist is, ongeacht of de pensioenuitvoerder een verzekeraar, een pensioenfonds, een premiepensioeninstelling of een buitenlandse pensioeninstelling is. Door de vervanging van de in de oude regeling gehanteerde term 'pensioenverzekering' door 'pensioenovereenkomst' in de thans vigerende bepaling, krijgt de OR bovendien meer zeggenschap over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Naast een voorgenomen besluit tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst, is nu ook een voorgenomen besluit tot *wijziging* van de overeenkomst aan de instemming van de OR onderworpen, indien de pensioenuitvoerder een pensioenfonds of een premiepensioeninstelling is. Dat was voorheen niet het geval. De wet breidt het instemmingsrecht ook op een ander punt uit. In het gewijzigde artikel 27 lid 7 WOR is bepaald dat onder 'regelingen op grond van een pensioenovereenkomst' in de zin van artikel 27 lid 1 onder a WOR ook 'regelingen opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst' vallen. Hieronder worden in ieder geval begrepen: (i) regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld; (ii) de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt; en (iii) de keuze voor onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een binnenlandse of buitenlandse pensioenuitvoerder. Artikel 27 lid 3 WOR bevat een tweetal uitzonderingen op het instemmingsrecht van de OR. Allereerst heeft de OR nog altijd geen instemmingsrecht wanneer de arbeidsvoorwaarde pensioen reeds inhoudelijk in een cao of in een

regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan is vastgelegd. Daarnaast is de instemming niet vereist indien sprake is van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet. Dit laatste is nieuw.

Tot slot een enkele opmerking over het op 1 oktober 2016 ingevoerde artikel 31f WOR. Dit artikel bepaalt dat de ondernemer de OR zo spoedig mogelijk schriftelijk moet informeren over elke voorgenomen vaststelling, wijziging of intrekking van een uitvoeringsovereenkomst. Zo kan de OR zich beraden over de toepassing van het instemmingsrecht. Meent de OR dat sprake is van een voorgenomen besluit met invloed op de arbeidsvoorwaarde pensioen, dan stelt hij de ondernemer hiervan op de hoogte en kan de procedure van artikel 27 WOR worden gevolgd.

*Voorstel toepasbaarheid Corporate Governance Code op one tier boards*

De Monitoring Commissie Corporate Governance Code publiceerde op 3 juli 2016 een consultatiedocument met een voorstel voor de toepassing van de Code door vennootschappen met een *one tier board*. In een *one tier board* zijn bestuur en toezicht ondergebracht in één orgaan (het bestuur). De gedachte is dat de 'klassieke' bestuurstaken worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders, terwijl de niet-uitvoerende bestuurders zich voornamelijk bezighouden met het uitoefenen van typische 'commissaris-taken', zoals het houden van toezicht op het bestuur. Niettemin dragen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders tezamen bestuursverantwoordelijkheid. Omdat het monistische bestuursmodel steeds meer in zwang komt, acht de commissie het nuttig te verduidelijken hoe de Code door vennootschappen met een *one tier board* kan worden toegepast. Zij verduidelijkt dat als volgt.

Ten eerste worden het principe en de bestpracticebepalingen uit de huidige Code die betrekking hebben op vennootschappen met een *one tier board*, aangepast en uitgebreid. In de nieuwe redactie van de bestpracticebepalingen uit de huidige Code (III.8.1 t/m III.8.4) komen de onafhankelijkheidsvereisten die gelden voor de niet-uitvoerende bestuurders en de voorzitter van de *board* duidelijker naar voren. Zie concept-bestpracticebepalingen 2.8.1 en 2.8.3. Daarnaast is in concept-bestpracticebepaling 2.8.2 de taak van de voorzitter van de *board* verduidelijkt. Nieuw is de bepaling dat de niet-uitvoerende bestuurders verantwoording moeten afleggen over het uitgeoefende toezicht (concept-bestpracticebepaling 2.8.5). Uit de toelichting volgt dat zij dat zowel kunnen doen in een apart verslag van de niet-uitvoerende bestuurders als in het bestuursverslag. Voorts bepaalt concept-bestpracticebepaling 2.8.6 dat onder de uitvoerende bestuurders een eerstverantwoordelijke bestuurder moet worden aangewezen die leiding geeft aan de dagelijkse gang van zaken binnen de met de vennootschap verbonden onderneming. Ook deze bepaling komt in de huidige Code niet voor.

In de tweede plaats geeft de commissie in een *guidance* nadere inkleuring aan de wijze waarop vennootschappen met een *one tier board* de in de Code opgenomen principes en bestpracticebepalingen kunnen toepassen. Centraal staat de vraag hoe de collectieve verantwoordelijkheid en de taakverdeling tussen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders vertaald kunnen worden naar de Code. Vermeldenswaard is tot slot de wijze waarop wordt omgegaan met besluiten waarvoor de Code goedkeuring van de raad van commissarissen vereist. Gekozen is voor een regeling die aansluit bij artikel 2:164a BW. Dat betekent dat een dergelijk besluit de goedkeuring behoeft van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Het is opvallend dat de commissie hierover opmerkt dat het ter keuze van de vennootschap is of het goedkeurende besluit al dan niet genomen moet worden buiten de aanwezigheid van de uitvoerende bestuurders. Ik ben benieuwd naar de reacties!

#### *Rapport Modernisering personenvennootschappen aangeboden aan minister*

De werkgroep Van Olffen heeft op 26 september 2016 het rapport *Modernisering personenvennootschappen* aan minister Van der Steur (Veiligheid en Justitie) overhandigd. Het rapport bevat aanbevelingen voor het oplossen van knelpunten en lacunes in het huidige personenvennootschapsrecht. Het voorstel beoogt zo bij te dragen aan de noodzakelijke modernisering en innovatie van dit rechtsgebied. De minister zal het rapport gaan betrekken bij de nota *Vernieuwing ondernemingsrecht*, die nog dit najaar naar de Tweede Kamer gaat. Het rapport zoals aangeboden aan de minister is te vinden op: [www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/26/modernisering-personenvennootschappen](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/26/modernisering-personenvennootschappen). Het is nu afwachten of de wetgever eindelijk nieuw leven gaat blazen in het personenvennootschapsrecht!

## Rechtspraak

### *Ontwikkelingen Meavita*

Advocaat-generaal Timmerman adviseert de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer (hierna: OK) in de *Meavita*-zaak te vernietigen. Zie Parket bij de Hoge Raad 2 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:856 en ECLI:NL:PHR:2016:857. De OK oordeelde in die zaak dat in het *Meavita*-concern sprake is geweest van wanbeleid (Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Meavita*)). Timmerman onderbouwt zijn advies als volgt.

In de eerste plaats is hij van oordeel dat de *Meavita*-beschikking niet tot stand is gekomen met het voorgeschreven aantal rechters. Onderaan de beschikking van de OK staat dat deze is 'gegeven' op 6 juni 2014 en is uitgesproken op 2 november 2015, bijna anderhalf jaar later dus. Van het wijzen van een uitspraak kan pas worden gesproken wanneer de uiteindelijke tekst van de uitspraak is vastgesteld en alle rechters zich met deze tekst hebben verenigd. De advocaat-generaal sluit uit dat de beschik-

king al op 6 juni 2014 is gegeven. Zijns inziens is de tekst pas op een datum gelegen na het defungeren van de voorzitter van het college op 1 mei 2015 vastgesteld. Dat betekent dat de *Meavita*-beschikking niet door het voorgeschreven aantal rechters is gegeven en dus nietig is.

Dit is volgens de advocaat-generaal echter niet het enige wat mis ging in de zaak *Meavita*. Timmerman meent voorts dat de OK haar oordeel over het verhaal van de onderzoekskosten op bestuurders en commissarissen onvoldoende heeft gemotiveerd. Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de OK slechts in geval van individuele en concrete verwijtbaarheid kan bepalen dat de onderzoekskosten kunnen worden verhaald op degenen die verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid (zie bijvoorbeeld HR 4 juni 1997, *NJ* 1997/671 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Text-lite*)). Nu de OK niets heeft overwogen over individuele en concrete verwijtbaarheid, adviseert de advocaat-generaal de Hoge Raad de *Meavita*-beschikking ook op dit punt te vernietigen. Wordt vervolgd!

### *Bestuurders aansprakelijk na tussentijdse dividenduitkering*

In de zaak waarin de Hoge Raad op 23 september 2016 arrest heeft gewezen, was minder dan een jaar vóór het faillissement van de vennootschap een tussentijdse dividenduitkering gedaan (HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172). Op grond van het oude artikel 2:216 BW mocht een vennootschap tussentijdse uitkeringen doen, mits de statuten dit toelieten en voor zover het eigen vermogen groter was dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. Ten tijde van de uitkering waren de vrije reserves gelijk aan het in de tussentijdse balans vastgestelde bedrag. Op het eerste oog lijkt de uitkering de toets van artikel 2:216 (oud) BW dus te kunnen doorstaan. De curator betoogde echter dat een afwaardering van de post debiteuren had moeten plaatsvinden, omdat een deel van het bedrag uit vorderingen op problematische schuldenaren bestond en niet te verwachten was dat het hele bedrag zou worden geïnd. De curator sprak de bestuurders primair aan op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 1 BW) en subsidiair wegens onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers van de vennootschap (art. 6:162 BW). Meer subsidiair vorderde de curator een verklaring voor recht dat het dividendbesluit en de dividenduitkering nietig zijn c.q. vernietiging van het besluit en de uitkering op grond van artikel 2:216 (oud) BW dan wel artikel 42 Fw of artikel 47 Fw.

De Rechtbank Arnhem wees de primaire vordering toe. Zie Rb. Arnhem 23 mei 2012, *RO* 2012/55 en Rb. Arnhem 31 oktober 2012, *RO* 2012/55. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft vervolgens de vonnissen van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de curator afgevoerd. Het hof wees de primaire en secundaire vordering af, omdat het onvoldoende grond zag voor het standpunt van de curator dat een afwaardering van de post debiteuren had moeten plaatsvinden. Omdat er onvoldoende aanleiding was om aan te nemen dat de bestuurder

redelijkerwijs had moeten voorzien dat het dividendbesluit tot gevolg zou hebben dat de crediteuren niet meer zouden kunnen worden voldaan, waren volgens het hof ook de meer subsidiaire vorderingen niet voor toewijzing vatbaar. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, *JOR* 2015/99 m.nt. J. Barneveld.

De Hoge Raad volgt de rechtbank en de advocaat-generaal en vernietigt de uitspraak van het hof. Ons hoogste rechtscollege overweegt dat bij de beoordeling van de vraag of een vennootschap over voldoende vrije reserves beschikt voor een tussentijdse dividenduitkering, de vastgestelde jaarrekeningen tot uitgangspunt dienen. Ontbreekt een (vastgestelde) jaarrekening, dan moet aan de hand van de wel beschikbare financiële gegevens worden vastgesteld of de vennootschap ten tijde van de tussentijdse uitkering over de vereiste financiële ruimte beschikte. Volgens de Hoge Raad heeft het hof zonder goede grond geoordeeld dat de liquiditeit van de vennootschap een uitkering toestond. Vervolgens oordeelt hij dat het hof ten onrechte niet is uitgegaan van het wettelijke vermoeden van wetenschap van benadeling bij de bij de winstuitkering betrokkenen ex artikel 43 lid 1 sub 5, onder a en d Fw en artikel 45 Fw. De Hoge Raad laat de overweging van het hof dat een uitkeringsbesluit kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling om niet in de zin van artikel 42 Fw in stand. Hoewel deze opvatting *communis opinio* is, heeft hij dit – voor zover ik heb kunnen nagaan – niet eerder met zoveel woorden gezegd. Ons hoogste rechtscollege heeft het geding naar het 's-Hertogenbosch verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

#### *Medezeggenschapsrechten OR ten aanzien van de toepassing van het verzwakte structuurregime*

Op 1 juli 2016 oordeelde de Ondernemingskamer (hierna: OK) over een zaak die op het snijvlak van het ondernemingsrecht en het arbeidsrecht ligt (Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2016, *JAR* 2016/210 m.nt. I. Zaal). In deze zaak stonden de bevoegdheden die de ondernemingsraad (hierna: OR) heeft ten aanzien van de toepassing van het 'verzwakte structuurregime' centraal. Behalve de ondernemingsrechtelijke medezeggenschapsrechten, kwamen ook de vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de OR aan bod. De onderneming in kwestie was Thomas Cook, een bekende internationale reisorganisatie.

Eerst gaat de OK in op de medezeggenschapsrechten van de OR op grond van de WOR. De OK oordeelt dat het besluit van de algemene vergadering over het al dan niet toepassen van het verzwakte structuurregime onder het adviesrecht van de OR ex artikel 25 lid 1 sub e WOR valt. De keuze van de werkgever om enkel functionarissen te benoemen die werkzaam zijn bij het concern, valt volgens de OK onder de reikwijdte van het adviesrecht. Vervolgens besteedt de OK aandacht aan de vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten van de OR. De OK bepaalt dat het besluit dat voor benoeming als commissaris slechts personen in aanmerking komen die in dienst zijn van het concern, een wezenlijke beperking behelst van het wettelijke recht van aanbeveling van de OR als geregeld in artikel 2:268 lid 5 en 6 BW.

De OK oordeelt dat het besluit tot benoeming van drie commissarissen daags voordat de vennootschap verplicht toepassing moest geven aan het (verzwakte) structuurregime, moet worden aangemerkt als een besluit dat uitvoering geeft aan het eerder genomen besluit over het toepassen van het verzwakte regime. Dat betekent niet alleen dat de vennootschap het wettelijke opschortingsrecht van een maand ex artikel 26 lid 6 WOR heeft genegeerd, maar ook dat het wettelijk aanbevelingsrecht van de OR ten onrechte niet in acht is genomen (art. 2:268 lid 5 en 6 BW). De OK beveelt de vennootschap het besluit tot het toepassen van het verzwakte regime in te trekken en de gevolgen daarvan ongedaan te maken, met uitzondering van de statutenwijziging. Onder de gevolgen valt in ieder geval het door de algemene vergadering genomen besluit tot benoeming van drie commissarissen. Nadat dit besluit 'ongedaan' is gemaakt, kan vervolgens een benoemingsbesluit worden genomen waarbij het aanbevelingsrecht van de OR wel in acht wordt genomen.

#### **Literatuur**

- G. van Solinge e.a., *Nederland, het Delaware van Europa?* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 135), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- B.F. Assink e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder. Benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder* (Monografieën Sociaal recht, deel 68), Deventer: Wolters Kluwer 2016.