

Den Haag, 14 april 2022

Inleiding

De SER en NR Governance (voorheen 'Nationaal Register') hebben in 2015 het initiatief genomen tot oprichting van de Alliantie Medezeggenschap en Governance ('Alliantie'), [zie de website](#). Inmiddels kent de Alliantie een groot aantal partners.

De Alliantie ziet toegevoegde waarde in een goede dialoog binnen de vennootschap en de door haar in stand gehouden onderneming door en met betrokken stakeholders. In het bijzonder richt zij zich op de dialoog in de driehoek tussen bestuur, toezichthouder en medezeggenschap. Met het oog daarop zoekt de Alliantie naar best practices en brengt die onder de aandacht van bestuurders, toezichthouders en medezeggenschappers. De Alliantie reikt ieder jaar de Driehoek 3D Trofee voor het beste overleg in de driehoek Medezeggenschap, Toezicht en Bestuur. Vorig jaar is deze trofee uitgereikt aan Royal Haskoning DHV.

De Alliantie streeft robuust en inhoudelijk overleg in de driehoek na. De beschrijvingen van de organisaties die in de afgelopen jaren genomineerd zijn voor de Driehoek 3D Trofee bevatten aansprekende voorbeelden van beleid (veelal ook vastgelegd in convenanten) dat dit overleg regelt. Het overleg in de driehoek binnen deze ondernemingen beperkt zich niet tot gedrag en cultuur. Ook onderwerpen als lange termijn waarde creatie, duurzaamheid en diversiteit en inclusie komen aan de orde. Daarbij rapporteren alle partijen dat het overleg in de driehoek meerwaarde oplevert voor de onderneming. De kennis en expertise van de werkvloer en het uitwisselen van ideeën leiden tot een hogere kwaliteit van de visie en strategie. Deze goede voorbeelden onderstrepen de meerwaarde van gestructureerd overleg binnen de onderneming.

Vanuit het perspectief van de meerwaarde van robuust en inhoudelijk overleg in de driehoek geven:

- Nederlandse vereniging van Commissarissen en Directeuren
- Nederlandse Vereniging voor Medezeggenschap
- NR Governance
- SBI Formaat
- Stichting MultiNationale Ondernemingsradenoverleg
- De Voort Advocaten I Mediators
- WissemaGroup

(hierna samen 'de Partners') graag hun visie op het consultatiedocument voor een actualisering van de Corporate Governance Code ('Code'). Daarbij passen twee inleidende opmerkingen.

De eerste is dat de Partners, evenzeer als de Alliantie, de verdeling van bevoegdheden van bestuur, raad van commissarissen en algemene vergadering van aandeelhouders, zoals die in de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad tot uiting komt, als uitgangspunt neemt voor de beoordeling van de geactualiseerde Code. Die verdeling komt er op neer dat het bepalen van de strategie van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid is voor het bestuur, dat de raad van commissarissen daarop toezicht houdt, en dat de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen dienaangaande tot uiting kan brengen door uitoefening van haar in de wet en de statuten toegekende rechten.

De tweede opmerking is dat de dat enkele individuele partners van de Alliantie behoren tot de zogenaamde schragende partijen. Om die reden betreft de onderhavige reactie niet een weergave van de visie van de Alliantie, maar betreft het aanbevelingen van de hiervoor genoemde AMG-partners.

De Code en medezeggenschap

Zoals verwoord in de preambule van de Code, gaat governance over besturen en beheersen, over verantwoordelijkheid en zeggenschap en over toezicht en verantwoording. Evenzeer blijkt de preambule is het doel van de Code het, met of in relatie tot wet- en regelgeving, bewerkstelligen van een deugdelijk en transparant stelsel van checks and balances binnen Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen en het daartoe reguleren van de verhoudingen tussen bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering/aandeelhouders.

Vanuit het perspectief van de gezamenlijke werknemers, kan men medezeggenschap omschrijven als beïnvloeding, in georganiseerd verband door de ondernemingsraad als hun vertegenwoordiger, van beleid en besluiten van de ondernemer¹ die de onderneming in stand houdt. Van directe medezeggenschap is sprake als de ondernemingsraad in de gelegenheid wordt gesteld zich rechtstreeks uit te spreken over beleid of over concrete besluiten. Meest sprekend zijn de artikelen 24, 25, 30 en 27 van de Wet op de ondernemingsraden ('WOR'), die de ondernemer verplichten de algemene gang van zaken met de ondernemingsraad te bespreken² resp. bepaalde voorgenomen besluiten

¹ In deze bijdrage is het uitgangspunt dat de ondernemer een naamloze vennootschap is.

² Artikel 24 WOR.

ter advisering³ dan wel ter instemming⁴ aan de ondernemingsraad voor te leggen. Van indirecte medezeggenschap spreken we indien de ondernemingsraad invloed kan uitoefenen op de samenstelling van organen die een rol spelen bij de beleids- en besluitvorming. Dat is onder meer het geval bij toepassing van de structuurregeling.

Uitgangspunt in de WOR is dat advies- en instemmingsrechten van de ondernemingsraad geabstraheerd zijn van de besluitvorming binnen de ondernemer, in die zin dat het voor de vraag of advies dan wel instemming gevraagd dient te worden niet relevant is welke organen bij de besluitvorming betrokken zijn. Dat is aan de ene kant de kracht van de WOR, aan de andere kant is het een gemis dat de WOR zich nauwelijks rekenschap geeft van het feit dat de ondernemer een bestuur, een algemene vergadering van aandeelhouders en in veel gevallen een raad van commissarissen heeft die ieder een rol spelen bij de totstandkoming van beleid en besluiten.

Een van de weinige bepalingen in de WOR waar men een orgaan van de vennootschap herkent, betreft artikel 24 lid 2 WOR: indien de onderneming in stand wordt gehouden door een naamloze of een besloten vennootschap zijn bij het overleg over de algemene gang van zaken als bedoeld in artikel 24 lid 1 WOR de commissarissen van de vennootschap dan wel een of meer vertegenwoordigers uit hun midden aanwezig. Deze aanwezigheid wordt doorgaans zowel door de raden van commissarissen als door ondernemingsraden als waardevol beschouwd. Voor de verschijningsplicht van commissarissen bij de in artikel 25 lid 4 WOR bedoelde overlegvergadering⁵ is dat met name indien bestuurder en ondernemingsraad diepgaand van mening verschillen over de betreffende aangelegenheid.

Een tekortkoming in artikel 24 lid 2 WOR vormt het feit dat de zogenaamde verschijningsplicht van commissarissen komt te vervallen, indien tenminste de helft van de aandelen in de vennootschap wordt gehouden door een andere vennootschap. In dat licht onderschrijven de Partners best practice 2.4.8, dat spreekt van een eigen verantwoordelijkheid voor de raad van commissarissen en iedere commissaris afzonderlijk om van het medezeggenschapsorgaan de informatie in te winnen die de raad van commissarissen nodig heeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen. De Partners zien hierin een aansporing aan commissarissen om, óók indien de verschijningsplicht is komen te vervallen, aanwezig te zijn bij de bespreking van de algemene gang van zaken.

³ Artikelen 25 en 30 WOR.

⁴ Artikel 27 WOR.

⁵ Artikel 25 lid 4 WOR schrijft voor dat over het desbetreffende voorgenomen besluit geen advies wordt uitgebracht dan nadat over de betreffende aangelegenheid is gesproken in een overlegvergadering.

Het belang van deze aanwezigheid spreekt ook de uitgangspunten zoals die geformuleerd zijn in de preambule van de Code:

‘De Code berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken stakeholders. Stakeholders zijn groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen en zijn doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.’.

In een aantal plaatsen in de Code wordt aandacht besteed aan medezeggenschap. Zo dient de raad van Commissarissen in zijn reglement een passage op te nemen over de omgang met, indien aanwezig, het medezeggenschapsorgaan (best practice 2.3.1), en dient de voorzitter van de raad van commissarissen er op toe te zien dat de contacten van de raad met, indien aanwezig, het medezeggenschapsorgaan naar behoren verlopen (best practice 2.3.6).

Minstens zo belangrijk is wellicht best practice 2.4.8, zojuist al genoemd, dat tot uiting brengt dat de raad van commissarissen en iedere commissaris afzonderlijk een eigen verantwoordelijkheid heeft om van, indien aanwezig, het medezeggenschapsorgaan de informatie in te winnen die de raad van commissarissen nodig heeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen. Van gelijk gewicht is best practice 2.5.3. waarin is bepaald dat in het overleg tussen bestuur, de raad van commissarissen en het medezeggenschapsorgaan ook gesproken wordt over gedrag en cultuur in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Aanbeveling overleg medezeggenschap I

Gezien het grote belang dat terecht in de Code wordt toegekend aan lange termijn waardecreatie, beschouwen de Partners het als een groot gemis die creatie niet wordt genoemd bij de gespreksonderwerpen in best practice 2.5.3. De Partners bevelen aan om lange termijn waardecreatie aan de betreffende onderwerpen toe te voegen.

In best practice 1.1.1. wordt het bestuur, als aandachtspunt bij een beleid dat is gericht op lange termijn waardecreatie, verantwoordelijkheid toebedeeld voor een strategie op

het gebied van ESG (Environmental, Social en Governance-aspecten). Daarbij wordt in ieder geval aandacht besteed aan de belangen van stakeholders.

Juist in situaties waar lange termijn waardecreatie en/of ESG-doelstellingen conflicterend zijn met korte termijn doelen (bijv. vanuit de shareholdersvalue gedachte) is het organiseren van tegenspraak, challenge, countervailing power van groot belang. Dat kan (en moet) vanaf buiten (frisse blik, andere perspectieven), maar zeker ook vanuit binnen. Bij dit laatste is niet zelden sprake van een grote afstand tussen de intentie/beeldvorming aan de top en wat er feitelijk gebeurt op de werkvloer. Hier kan de empowerment van medezeggenschap een cruciale rol spelen. Bestuurders en commissarissen die medezeggenschap andere perspectieven laten inbrengen komen niet zelden tot betere inzichten en afwegingen en daarmee tot lange termijn waardecreatie.

Aanbeveling overleg medezeggenschap II

De Partners beschouwen het overleg tussen bestuur en medezeggenschap, waarbij werknemers door middel van het gekozen medezeggenschapsorgaan worden betrokken, als een vorm van stakeholdersdialoog met een (deels) wettelijke basis. Daarom doen de Partners de aanbeveling dit overleg een duidelijke positie te geven het beleid over de stakeholdersdialoog als bedoeld in de Code. Beoogd wordt daarmee een duidelijke inbreng van de belangen van een van de belangrijke stakeholders van de onderneming, de werknemers, bij het vaststellen van de strategie te waarborgen.

Aanbeveling overleg medezeggenschap III

De aandacht voor diversiteit en inclusie in het overleg tussen bestuur en toezichthouder is een terechte aanvulling in de Code. De (Nederlandse) medezeggenschap heeft op dit punt echter een specifieke opdracht in de vorm van artikel 28 WOR, en met name het derde lid daarvan. De Partners bevelen dan ook aan dit onderwerp niet slechts tussen bestuur en raad van commissarissen te bespreken, maar daar ook de medezeggenschap in te betrekken. Dit versterkt de aandacht voor, en de consistentie van beleid en maatregelen op het gebied van, diversiteit en inclusie.

De Nederland-constructie

Met de aanduiding 'indien aanwezig' geeft de Code er blijk van dat bij de vennootschap waarop de Code van toepassing is lang niet altijd een medezeggenschapsorgaan is ingesteld. Dat zal onder meer het geval zijn indien de vennootschap een holding is waar

in de regel minder dan 50 personen werkzaam zijn (vgl. artikel 2 lid 1 WOR). Daarbij gaat de doorgaans bovendien om een internationale holding die op grond van artikel 2:153 lid 3 en sub b BW is vrijgesteld van toepassing van het structuurregime.

In dat geval zijn de contacten van de vennootschap met de (Nederlandse) medezeggenschap beperkt tot het spreekrecht van de (Nederlandse) ondernemingsraad in de algemene vergadering van aandeelhouders. De waarde van de hiervoor genoemde bepalingen in de Code voor het (Nederlandse) medezeggenschapsorgaan is in dergelijke gevallen uiterst beperkt. Zo is het maar zeer de vraag of en in hoeverre sprake zal zijn van het in best practice 2.5.3. bedoelde overleg tussen bestuur, de raad van commissarissen en het medezeggenschapsorgaan.

Aanbeveling Nederland-constructie

Dat pleit er voor in de Code met zoveel woorden te spreken van een verantwoordelijkheid van bestuur en raad van commissarissen voor een goede invulling van de medezeggenschap op het niveau van het Nederlandse deel van het concern. Leidraden daarbij zouden, naast toepasselijke wet- en regelgeving, bepalingen in de Code kunnen zijn die betrekking hebben op de relatie van bestuur, raad van commissarissen en medezeggenschap.

Standpuntbepaling ondernemingsraad in de algemene vergadering

Sinds juli 2010 heeft de ondernemingsraad van een naamloze vennootschap het recht een standpunt kenbaar te maken over een aantal besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders. Dat betreft onder meer de goedkeuring door de algemene vergadering van een aantal belangrijke bestuursbesluiten (artikel 2:107a BW) en de vaststelling van het bezoldigingsbeleid (artikel 2:135 lid 2 BW). Bij de totstandkoming van de betreffende bepalingen sprak de regering enerzijds van de mogelijkheid dat de algemene vergadering naar aanleiding van het standpunt het ter goedkeuring voorgelegde besluit zou kunnen aanpassen⁶, anderzijds gaf zij aan dat het standpunt van de ondernemingsraad het draagvlak voor besluiten van de algemene vergadering zou kunnen vergroten.⁷

Indien bij de naamloze vennootschap geen ondernemingsraad is ingesteld, hetgeen zich bij een relevant deel van de vennootschappen waar de Code van toepassing is het geval

⁶ Kamerstukken II 2009-2010, 31 877, nr. 5. Pag. 6.

⁷ Kamerstukken I 2009-2010, 31 877, C, pag. 2.

zal zijn, komt het spreekrecht toe aan de ondernemingsraad van een dochter, mits de meerderheid van de werknemers van het concern in Nederland werkzaam is.

Aanbeveling standpuntbepaling

Indien het recht een standpunt te bepalen toekomt aan een Nederlandse ondernemingsraad, is het de vraag of en in hoeverre het standpunt nog van invloed is indien dat gebeurt ten aanzien van een aan de algemene vergadering (ter goedkeuring) voorgelegd besluit. Wanneer het gaat om het vergroten van draagvlak, dan zou daarvan veeleer sprake zijn indien de ondernemingsraad, voor zover de raad dienaangaande nog geen advies overeenkomstig artikel 25 WOR heeft uit heeft mogen brengen, in een eerder stadium de gelegenheid geboden wordt een standpunt te bepalen en kenbaar te maken aan de bestuurder en raad van commissarissen. Een voor de hand liggend moment zou zijn in de fase van de totstandkoming van het besluit en dus nog voor dat het aan de algemene vergadering (ter goedkeuring) wordt voorgelegd. De Partners bevelen dan ook aan hieromtrent een bepaling in de Code op te nemen.

Aanbeveling digitalisering en digitale transformatie

Bij gelegenheid van het 20-jarig bestaan heeft NR Governance op 12 april 2022 [het onderzoek 1-meting digitale transformatie in boardrooms in Nederland](#) gepubliceerd. Deze publicatie is een verslag van een 1-meting naar de mate waarin digitale transformatie vorm krijgt in boardrooms in Nederland. Het onderzoek is een vervolg op de door NR Governance gehouden [nulmeting](#) uit 2019. Bedacht dient te worden dat digitalisering méér is dan automatisering van het oude. Veeleer moet men spreken van het hart van de nieuwe economie. In dat licht is het verbazingwekkend dat in de Code geen enkel woord wordt gewijd aan digitalisering. De Partners doen dan ook de aanbeveling digitalisering en digitale transformatie als separaat onderwerp op te nemen in best practice 1.1.1.