

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad Thomas Cook Nederland/Thomas Cook Nederland

Toepassing verzwakt structuurregime waarbij RvC ten minste functionaris binnen concern moet zijn betreft een adviesplichtig voorgenomen besluit dat op zeer gespannen voet staat met artikel 2:268 BW (voordrachtsrecht OR).

Thomas Cook is een internationale reisorganisatie. Aan het hoofd van het concern staat Thomas Cook Group Plc., gevestigd te Londen (hierna: TC Group). TCN is een dochtervennootschap van Thomas Cook West Investment Limited (hierna: TC West), zijnde een dochtervennootschap van TC Group. Bij TCN zijn ongeveer 260 werknemers in dienst. Het concern als geheel heeft circa 30.000 werknemers, verspreid over 17 landen. Tot 1 maart 2016 had TCN een raad van commissarissen bestaande uit één lid, zijnde sinds 2014 C. C was tot begin maart 2016 tevens statutair bestuurder van TC West. Op 25 januari 2016 heeft TCN aan de ondernemingsraad advies gevraagd 'met betrekking tot de overgang van onze onderneming naar een (verzwakt) structuurregime'. De ondernemingsraad heeft diverse vragen gesteld en voorwaarden verbonden aan een eventueel positief advies. In een overleg tussen de bestuurder en de ondernemingsraad op 3 maart 2016 heeft TCN aangekondigd dat D, E en F, allen werkzaam voor TC Group, tot commissaris van TCN zullen worden benoemd. Bij brief van 4 maart 2016 heeft de ondernemingsraad de bestuurder van TC West verzocht om, mede vanwege het door de ondernemingsraad in te stellen beroep tegen het Besluit, vooralsnog geen nieuwe commissarissen te benoemen. Bij besluit van 4 maart 2016 heeft TC West, als enige aandeelhouder van TCN, C per 1 maart 2016 eervol ontslagen als commissaris en de genoemde drie personen benoemd tot commissaris van TCN, D met ingang van 1 maart 2016 en E en F per 4 maart 2016. Op 7 maart 2016 heeft de bestuurder van TC West aan de ondernemingsraad laten weten dat TC West als enige aandeelhouder wettelijk en statutair bevoegd is tot benoeming van commissarissen, zelfs zonder betrokkenheid van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek – kort samengevat – het volgende ten grondslag gelegd. Anders dan TCN het doet voorkomen berust het besluit tot toepassing van het verzwakt regime wel degelijk op een keuze, in het bijzonder de keuze niet het volledige structuurregime toe te passen. In de adviesaanvraag is de suggestie gewekt dat de ondernemingsraad bij de uitbreiding van de raad van commissarissen in verband met de invoering van het structuurregime gebruik zou kunnen maken van zijn wettelijk voordrachtsrecht. De ondernemingsraad hecht aan onafhankelijke commissarissen gelet op de wettelijke en statutaire taak van de raad van commissarissen. TCN heeft in de adviesaanvraag

en in het Besluit onvoldoende toegelicht waarom zij het niettemin in haar belang acht dat de raad van commissarissen uitsluitend zal bestaan uit werknemers van TC Group. Doordat enkele dagen vóór het van toepassing worden van het (verzwakt) structuurregime drie commissarissen zijn benoemd, is het voordrachtsrecht van de ondernemingsraad voor de eerstkomende jaren gefrustreerd. Dat is in strijd met de strekking en de bedoeling van de structuurregeling en de ondernemingsraad is daarbij door TCN op het verkeerde been gezet gelet op de inhoud van de adviesaanvraag waaruit blijkt dat de benoeming van de commissarissen onderdeel uitmaakte van het aan de ondernemingsraad ter advisering voorgelegd besluit.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het besluit is gelet op de inhoud en strekking daarvan adviesplichtig op de voet van artikel 25 lid 1 sub e WOR. De beslissing om slechts TC Group-functionarissen te benoemen tot commissaris is een zo fundamentele keuze bij toepassing van het (verzwakt) structuurregime, dat die keuze valt onder de reikwijdte van het adviesrecht van de ondernemingsraad. Aan dat adviesrecht kan geen afbreuk worden gedaan door die keuze op te nemen in de profielschets, ten aanzien waarvan artikel 2:268 lid 3 BW slechts bepaalt dat de raad van commissarissen de profielschets met de ondernemingsraad bespreekt. De klacht van de ondernemingsraad dat het besluit, in het bijzonder voor zover het besluit inhoudt dat 'elk van de commissarissen binnen de Group werkzaam dient te zijn', ontoereikend is gemotiveerd slaagt. 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 moedervennootschap als aandeelhoudster (vgl. OK 2 februari 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AB7885 (*Kodak*) en OK 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (*Corus*)). Zonder nadere toelichting is niet aannemelijk dat daaraan wordt voldaan indien de raad van commissarissen enkel bestaat uit personen in dienst van TC Group. De door TCN gegeven toelichting komt erop neer dat het belang van TCN steeds samenvalt met het belang van TC Group. Die opvatting is in zijn algemeenheid niet juist. De raad van commissarissen zal telkens moeten beoordelen in hoeverre de belangen van TCN parallel lopen met de belangen van Group/het concern en dient de vrijheid te hebben die afweging zelfstandig te maken, ook al wordt het belang van TCN vanzelfsprekend mede bepaald door het concernbelang. Het belang van voldoende onafhankelijkheid van de raad van commissarissen klemmt temeer gelet op de bestuursbesluiten van TCN die onder het (verzwakte) structuurregime wettelijk (artikel 2:274 lid 1 BW) en statutair (artikelen 19 en 20 van de op 8 maart 2016 gewijzigde statuten van TCN) aan goedkeuring door de RvC zijn onderworpen, zoals het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking van TCN met een andere rechtspersoon, het opnemen van geldleningen en het vestigen en opheffen van bijkantoren, reisbureaus en agentschappen en het in dienst nemen van werknemers met een jaarsalaris

boven een jaarlijks door de raad van commissarissen vast te stellen bedrag. Het besluit dat voor benoeming als commissaris slechts in aanmerking komen personen in dienst van TC Group behelst voorts een wezenlijke beperking van het wettelijk recht van aanbeveling van de ondernemingsraad (als geregeld in de leden 5 en 6 van artikel 2:268 BW). TCN heeft nagelaten ook deze beperking in het besluit te voorzien van een toereikende toelichting. Die toelichting was temeer vereist omdat artikel 2:268 lid 4 BW inhoudt dat, onverminderd het bepaalde in artikel 2:270 BW, de statuten de kring van als commissaris benoembare personen niet kunnen beperken en omdat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de profielschets als bedoeld in artikel 2:268 lid 3 BW de uitoefening van de rechten van de ondernemingsraad niet feitelijk onmogelijk mag maken door een te nauwe omschrijving van de kring van kandidaten (vgl. *Kamerstukken II*, 28 179, nr. 5 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 40). Door de commissarissen te benoemen heeft TCN niet alleen in strijd met de wettelijke opschortingstermijn van de WOR gehandeld, maar bovendien het voordrachtsrecht gefrustreerd.

De conclusie is dat TCN niet in redelijkheid het besluit van 18 februari 2016 heeft kunnen nemen. Als voorziening zal aan TCN worden opgelegd om het besluit in te trekken en de gevolgen van het besluit ongedaan te maken, met uitzondering van de statutenwijziging. Ongedaanmaking van de statutenwijziging zou er immers toe leiden dat TCN niet voldoet aan haar wettelijke verplichting tot toepassing van het structuurregime, terwijl de gewijzigde statuten geen bepalingen bevatten die strijdig zijn met de gegrond bevonden bezwaren van de ondernemingsraad. Tot de ongedaan te maken gevolgen behoort wel de benoeming op 4 maart 2016 van de drie commissarissen. TCN zal vervolgens, voortbouwend op de adviesaanvraag van 26 januari 2016 en in het licht van het advies van de ondernemingsraad, een nieuw besluit moeten nemen, in het bijzonder met betrekking tot de vraag hoe de raad van commissarissen kan worden samengesteld op een wijze die strookt met de aard en strekking van het (verzwakt) structuurregime en met de wettelijke en statutaire taak van de raad van commissarissen, een en ander in het bijzonder met het oog op de (on)afhankelijkheid van de leden van de raad van commissarissen. Nadat een nieuw besluit is genomen over de wijze waarop toepassing zal worden gegeven aan het (verzwakt) structuurregime kan, ter uitvoering daarvan, een nieuw besluit tot benoeming van commissarissen worden genomen waarbij het wettelijk aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad in acht genomen dient te worden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:2766

Zaaknummer: 200.187.399/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, J. den Boer, E. Eeftink en J.B.M. Streppel

Advocaten: P.H. Burger en L.I. Hofstee

Wetsartikelen: 2:268 BW en 25 WOR