

Annotatie

Thomas Cook arrest van de Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam 1 juli 2016 ECLI:NL:GHAMS:2016:2766

mr. B. Kanen¹

De structuurregeling (voor de B.V. art. 2:262-274 BW²) regelt voor grote ondernemingen de interne machtsverhoudingen. Structuurvennootschappen hebben verplicht een Raad van Commissarissen (RvC) waaraan wettelijke bevoegdheden zijn toegekend, zoals het blokkeren van bepaalde bestuursbesluiten. De kernbevoegdheden voor de RvC zijn benoeming van bestuurders (bij de volledige structuurregeling; bij het verzwakte regime benoemt de algemene vergadering van aandeelhouders; 'AvA') en een goedkeuringsrecht voor belangrijke besluiten (bijv. bij massaontslag).³

In 2012 schreef ik over het adviesrecht van de ondernemingsraad in het kader van toepassing of afschaffing van de structuurregeling.⁴ Dit arrest gaat daar ook over en specifiek over het adviesrecht bij het verplicht van toepassing worden van de structuurregeling. Voordat ik mijn commentaar op de beschikking van de Ondernemingskamer uiteenzet, volgt hieronder eerst een overzicht van het daarvoor relevante juridische kader.

1. Inleidend juridisch kader

Indien aan de criteria voor structuurvennootschappen wordt voldaan, *moet* hiervan binnen twee maanden na vaststelling van de jaarrekening opgaaf worden gedaan bij het Handelsregister. Dit geldt niet alleen voor de vennootschap die in het

geheel nog geen structuurregeling toepast maar ook voor de vennootschap die de structuurregeling tot dan toe vrijwillig heeft toegepast. Wanneer deze opgaaf drie achtereenvolgende jaren is ingeschreven wordt de vennootschap onmiddellijk *van rechtswege* een structuurvennootschap, ongeacht of de statuten overeenkomstig zijn aangepast.⁵ Art. 2:264 BW bepaalt dan dat art. 2:268-274 BW van toepassing zijn. Deze set aan regels is het wettelijke (minimum) stelsel. Dat betekent – uitgaande van een volledig regime – dat als een nieuwe bestuurder benoemd moet worden, niet de AvA, zoals wellicht nog vermeld in de statuten, maar de raad van commissarissen bevoegd zal zijn.⁶

Art. 2:265 BW bepaalt dat het verzwakte structuurregime (benoeming van bestuurders door de AvA in plaats van de raad van commissarissen) geldt voor vennootschappen die onderdeel zijn van een internationaal concern. De reden hiervoor is te voorkomen dat de eenheid van het beleid wordt verstoord.⁷ Wel kan een vennootschap waarop deze uitzondering volgens de wet van toepassing is toch kiezen vrijwillig het volledige structuurregime toe te passen.

De raad van commissarissen stelt een profielschets voor zijn eigen omvang en samenstelling vast, rekening houdend met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. Statutair kan niet van deze verplichting worden afgeweken (art. 2:268 lid 12 BW). Uit de wetsgeschiedenis volgt dat vaststelling van een profielschets voorwaarde is

1. Boudewijn Kanen is advocaat en partner bij Liber Dock B.V. te Amsterdam.

2. Voor de N.V. is het telkens 110 artikelen terug, dus art. 2:154 BW. Bij verwijzing naar de artikelen zal ik alleen de artikelen voor de B.V. vermelden omdat Thomas Cook een B.V. betrof, maar voor de N.V. geldt dan mutatis mutandis hetzelfde.

3. P. van Schilfgaarde & J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 442.

4. B.C.I. Kanen, 'De structuurregeling en het adviesrecht', *Arbeidsrecht* 2012/25.

5. G.J.C. Rensen & G.W.Ch. Visser, 2013/14, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, 205 en 322 BW, art. 2:154 C.1 respectievelijk art. 2:264 C.1.

6. C.W. de Monchy, *De nieuwe structuurwet*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 39 (hierna: de Monchy 2004).

7. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 3.

voor benoeming.⁸ Zonder een profielschets is het dus niet mogelijk commissarissen te benoemen. Hoewel niet met zoveel woorden gesteld, lijkt de wetgever het te kwalificeren als een fundamenteel totstandkomingsvoorschrift. Een benoeming zonder profielschets zou dan nietig zijn ex art. 2:14 BW. De raad bespreekt de profielschets in de AvA en met de ondernemingsraad, voor het eerst bij vaststelling en vervolgens bij iedere wijziging (art. 2:268 lid 3 BW). Overigens bepaalt de wet ook dat de raad van commissarissen uit ten minste drie leden moet bestaan.

De structuurwet kent ook bevoegdheden toe aan de ondernemingsraad, zoals het versterkte aanbevelingsrecht voor een derde van de commissarissen. Daarnaast is op grond van art. 2:268 lid 12 BW toestemming van de ondernemingsraad vereist voor afwijking van het in de structuurwet geregelde ('standaard') benoemingssysteem.

2. De feiten in het Thomas Cook-arrest

Tot maart 2016 had TCN een raad van commissarissen bestaande uit één lid. Op 25 januari 2016 diende Thomas Cook een adviesaanvraag in over de voorgenomen invoering van het verzwakte structuurregime. Thomas Cook is onderdeel van een internationaal concern en voldoet aan de vereisten van art. 2:265 BW. De adviesaanvraag zag op de introductie van het verzwakte structuurregime. Dit verzwakte regime zou op 8 maart 2016 van rechtswege van toepassing worden op basis van art. 2:264 BW. Tevens werd vermeld dat de enige zittende commissaris contact zou opnemen met de voorzitter van de ondernemingsraad om te overleggen over de profielschets voor de leden van de raad van commissarissen en de invulling van een derde van de commissarissen (kennelijk refererend aan het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad). De ondernemingsraad vermeldde in zijn advies van 10 februari 2016 dat de ondernemer onvoldoende had toegelicht waarom voor het verzwakte in plaats van het volledige structuurregime is gekozen, al was hij wel bereid het verzwakte regime te accepteren als aan een aantal voorwaarden werd voldaan. Deze voorwaarden hadden onder meer betrekking op waarborging van voldoende onafhankelijkheid van de raad van commissarissen en bovenwettelijke adviesrecht ten aanzien van de profielschets voor de leden van de raad van commissarissen alsook ten aanzien van een te benoemen bestuurder. In een daaropvolgend overleg bleek dat Thomas Cook het wettelijk gezien minimale aantal commissarissen (drie) wilde benoemen '*due to current legal obligations*'. Tevens werd aangegeven dat het allemaal werknemers van de Thomas Cook groep moeten zijn. Dit werd ook in het finale besluit opgenomen waarover Thomas Cook de ondernemingsraad in het kader van art. 25 WOR

informeerde. Daarbij werden tevens de voorwaarden van de ondernemingsraad terzijde geschoven. Vervolgens werd de zittende commissaris eervol ontslagen en werden drie nieuwe commissarissen benoemd enkele dagen voordat het verzwakte structuurregime wettelijk van toepassing werd.

Bij de Ondernemingskamer voerde de ondernemingsraad aan dat het besluit tot toepassing van het verzwakt regime een keuze behelst, namelijk de keuze niet het volledige structuurregime toe te passen. Bovendien had Thomas Cook de suggestie gewekt dat de ondernemingsraad bij de uitbreiding van de raad van commissarissen gebruik zou kunnen maken van zijn wettelijke versterkte aanbevelingsrecht. Dit aanbevelingsrecht was volgens de ondernemingsraad gefrustreerd door zo kort voordat het verzwakte structuurregime wettelijk verplicht werd drie commissarissen te benoemen. Dat is in strijd met de strekking en de bedoeling van de structuurregeling. De ondernemingsraad was daarbij door Thomas Cook op het verkeerde been gezet gelet op de inhoud van de adviesaanvraag. Daaruit zou blijken dat de benoeming van de commissarissen onderdeel uitmaakte van het aan de ondernemingsraad ter advisering voorgelegde besluit. Thomas Cook had bovendien onvoldoende toegelicht waarom de raad van commissarissen uitsluitend zou moeten bestaan uit werknemers van de groep.

Thomas Cook verweerde zich met de stelling dat zij onverplicht advies had gevraagd. De adviesaanvraag betrof bovendien enkel de introductie van het verzwakte structuurregime als zodanig en niet ook de concrete benoeming van de drie commissarissen. De voorwaarden die de ondernemingsraad had verbonden aan positief advies waren volgens Thomas Cook dan ook niet redelijk. Tevens zou het haar vóór de verplichte toepassing van de structuurregeling vrij staan de drie commissarissen te benoemen, zonder daarbij de ondernemingsraad te betrekken. Voor zover het besluit kennelijk onredelijk zou zijn, is ongedaanmaking volgens Thomas Cook niet mogelijk omdat het een besluit van de aandeelhouder betreft.

De Ondernemingskamer constateert allereerst dat Thomas Cook vrijwillig advies heeft gevraagd zonder voorbehoud waardoor het beroepsrecht niet ter discussie stond.⁹ Ten overvloede merkt de Ondernemingskamer echter ook op dat het besluit op zichzelf, gelet op inhoud en strekking, ook adviesplichtig is omdat het een belangrijke wijziging in de organisatie dan wel van de bevoegdheidsverdeling inhoudt (art. 25 lid 1 onder e WOR).

Vervolgens constateert de Ondernemingskamer dat de voorwaarden van de ondernemingsraad, die verbonden zijn aan positief advies, inhouden

8. Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 52, p. 26.

9. Uit de Interpharm-schikking (4 juli 1985, NJ 1986, 498) zou kunnen worden afgeleid dat de werkgever een voorbehoud kan maken zodat het vrijwillige karakter behouden blijft en de ondernemingsraad niet-ontvankelijk verklaard zou kunnen worden bij een beroep op art. 26 WOR.

dat aan de ondernemingsraad bovenwettelijke bevoegdheden zouden worden toegekend. Tegelijkertijd overweegt de Ondernemingskamer dat het beroep zich niet op die voorwaarden richt en evenmin betrekking heeft op de toepassing van de verzwakte structuurregeling an sich. In de adviesaanvraag ontbrak echter een toelichting op de wijze waarop toepassing zou worden gegeven aan het verzwakte structuurregime, in het bijzonder ten aanzien van de omvang en samenstelling en de onafhankelijkheid van de commissarissen. Later is Thomas Cook hier wel op ingegaan, onder meer in het finale besluit. De Ondernemingskamer acht de beslissing om enkel Thomas Cook (groep) werknemers als commissaris te benoemen *'een zo fundamentele keuze bij de toepassing van het (verzwakte) structuurregime'* dat die keuze onder het adviesrecht van de ondernemingsraad valt. Dat deze eis in de profielschets is opgenomen – waarvoor enkel een overlegverplichting met de ondernemingsraad geldt (art. 2:268 lid 3 BW) – doet hieraan niet af, aldus de Ondernemingskamer. Vervolgens oordeelt de Ondernemingskamer dat de eis dat commissarissen in dienst van de groep moeten zijn ontoereikend is gemotiveerd. Het belang tussen de groep en de Nederlandse vennootschap loopt niet per definitie parallel. Bovendien is de gestelde eis materieel een substantiële inperking van het verstrekte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Verder oordeelt de Ondernemingskamer dat het Thomas Cook niet vrijstond zo kort voor de verplichte toepassing van het verzwakte structuurregime drie commissarissen te benoemen zonder inmenging van de ondernemingsraad. Thomas Cook had bij de benoeming immers zelf aangeknoopt bij het feit dat de verzwakte structuurregeling wettelijk verplicht werd. Haar verweer dat het besluit van de AvA buiten zijn invloedssfeer viel en dat hij dit daarom niet kon terugdraaien, wordt gepasseerd. De Ondernemingskamer oordeelt dat de AvA een orgaan van de ondernemer is zodat het een besluit van de ondernemer zelf is en de ongedaanmakingsverplichting niet onuitvoerbaar is.

3. Commentaar

3.1. Vrijwillig gegeven adviesrecht

Belangrijk is vast te stellen dat Thomas Cook in deze kwestie vrijwillig advies heeft gevraagd. Het is vaste rechtspraak dat de ondernemingsraad ook gebruik kan maken van het beroepsrecht van art. 26 WOR als de ondernemer vrijwillig advies heeft gevraagd.¹⁰ Hierdoor ontstond er ruimte voor de Ondernemingskamer om het besluit inhoudelijk te toetsen. Verburg constateert in zijn noot bij dit arrest dat meer facetten onderdeel van de dialoog kunnen worden dan enkel de adviesplichtige.

10. Zie onder meer OK 5 juli 2005, JOR 2005/244 (OR/RI-AGG Amersfoort en Omstreken).

Verburg noemt in dit kader de (concern)strategie waarop het adviesplichtige besluit (mede) is gebaseerd.¹¹ Ik ben dat met hem eens. Ik meen echter dat de Ondernemingskamer hier nog een stap verder gaat. Immers, ook al is de (concern)strategie soms een aanleiding om tot een adviesplichtig besluit te komen, dat maakt die strategie op zichzelf nog niet altijd onderwerp van het adviesrecht (toerekening dan wel medeondernemerschap daargelaten). Het advies wordt niet zozeer over de strategie gevraagd als wel over het daaropvolgende opvolgingsbesluit.¹² Maar die situatie heeft de Ondernemingskamer hier niet zozeer op het oog. De Ondernemingskamer overweegt namelijk dat de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen ten opzichte van het concern een zo *'fundamenteel'* aspect is bij de toepassing van het verzwakte structuurregime dat die keuze zelf onderwerp van advies is. Het is dus eerder vergelijkbaar met de keuze voor een partner bij het aangaan van een joint venture. Het aangaan van een duurzame samenwerking is adviesplichtig en de keuze met wie is daarmee onlosmakelijk verbonden zodat die ook onder het adviesrecht valt.

4. Adviesrecht op grond van de WOR voor verplichte instelling structuurregeling?

4.1. Verplichte instelling structuurregeling

Interessantere vraag is of de ondernemingsraad op grond van de WOR ook een adviesrecht zou hebben gehad over de verplichte invoering van de structuurregeling en in het verlengde daarvan de omvang en de samenstelling van de raad van commissarissen. Dat introductie van de structuurregeling leidt tot een belangrijke wijziging in de bevoegdheden zoals bedoeld in art. 25 WOR staat niet ter discussie. Adviesrecht is echter alleen aan de orde als er ook een (voorgenomen) besluit van de ondernemer aan ten grondslag ligt. Dat is de vraag bij instelling van de structuurregeling op basis van een verplichting uit de wet.

De Ondernemingskamer meent dat dit het geval is en overweegt in r.o. 3.4: 'Bovendien is het besluit gelet op inhoud en strekking daarvan (zie hieronder in 3.6 en 3.7) adviesplichtig op voet van art. 25 lid 1 sub e WOR'. Verburg en Zaal stellen ook dat er keuzevrijheid is waardoor een besluit van de ondernemer en daarmee adviesrecht voor de ondernemingsraad per definitie aan de orde zou zijn.¹³ Net als Dortmund in 2002¹⁴, zie ik dat anders. Ik zal dat toelichten.

11. Vergelijk r.o. 3.7 en 3.12 van het arrest en punt 2 van de noot van Verburg bij deze beschikking in JOR 2016, 273.

12. I. Zaal, 'De reikwijdte van medezeggenschap', *Serie Monografieën Sociaal Recht*, p. 146.

13. Punt 2 van de noot van Verburg bij deze beschikking in JOR 2016, 273.

14. P.J. Dortmund, 'Een afwijkende benoeming', *Onderne-*

Er geldt een minimumregeling op grond van de structuurwet. Dit volgt onder meer uit het feit dat de wet bepaalt dat er ten minste drie commissarissen moeten zijn. Bovendien is het verzwakte structuurregime uitgangspunt in de wet zodra de vennootschap aan de in art. 2:265 BW gestelde eisen voldoet. Dat artikel bepaalt immers dat art. 2:272 BW op basis waarvan de raad van commissarissen bevoegd is voor benoeming en ontslag van bestuurders, 'niet geldt'; er staat niet dat een keuze gemaakt moet worden. Dat vrijheid bestaat voor de ondernemer wat extra's te doen, doet niet af aan het feit dat het een minimumstelsel betreft.

Naar mijn mening komt adviesrecht bij een verplichte instelling van de structuurregeling alleen aan de orde als de ondernemer boven het minimum uit wil gaan. Vergelijk het met art. 27 WOR. Er geldt geen instemmingsrecht als een kwestie bij cao is geregeld. Bij een minimum-cao is er beslissingsruimte voor de ondernemer en kan dus instemmingsrecht aan de orde zijn. Dat is echter niet per definitie het geval, maar alleen als méér gedaan wordt dan het minimum. Ik zie mij in deze opvatting gesteund door de wetgever in de recente wetsgeschiedenis voor aanpassing van de WOR voor pensioen. De Staatssecretaris vermeldt daarin expliciet (onderstreping BK): 'Bij een minimum-cao gelden de voorwaarden als een minimum en mag van de cao worden afgeweken als dit ten gunste van de werknemer is. Als het een minimum-cao betreft en de werkgever wil afspraken overeenkomen die boven dat minimum uitgaan, dan is instemming van de ondernemingsraad benodigd.'¹⁵

Kortom, anders dan Verburg en Zaal menen, leidt de keuze om niet van het minimum af te wijken niet tot advies- of instemmingsrecht.¹⁶ De verplichte introductie van de structuurregeling is naar mijn mening dus niet adviesplichtig.¹⁷

¹⁵ *mingsrecht* 2002/3-4, p. 95, noot 23.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 378, 6, p. 2 (Nota naar aanleiding van het Verslag).

¹⁷ Een besluit om iets niet te doen, is over het algemeen niet adviesplichtig (vgl. OK 8 november 1990, *TVVS* 1991, p. 19-20 (m.nt. M.G. Rood), waarin werd overwogen dat uitgangspunt is dat de WOR niet beoogt in het algemeen beroep mogelijk te maken tegen de weigering van de ondernemer om een door de OR gewenst onderzoek door een extern adviseur in te stellen).

¹⁸ Voor de vraag hoe dat zit bij afschaffing van de structuurregeling wegens het niet langer voldoen aan de verplichte toepassing van de structuurregeling, verwijs ik naar mijn eerdere artikel over de structuurregeling als genoemd in noot 2. Kort gezegd is mijn standpunt dat geen adviesrecht geldt ten aanzien van het aandeelhoudersbesluit ex art. 2:264 lid 4 BW, maar wel voor het in dat artikel genoemde bestuursvoorstel. In het bestuursvoorstel moeten alle opties (handhaving en afschaffing) opgenomen worden zodat de AvA volledig is geïnformeerd en vrijelijk een keuze kan maken.

4.2. Aantal commissarissen

Evenmin geldt dan een adviesrecht voor de omvang van de raad van commissarissen als wordt aangesloten bij het wettelijke minimum van drie commissarissen. Als besloten zou worden tot een afwijking van het wettelijk minimum, ligt adviesrecht eerder voor de hand, ook al kan men zich dan afvragen of enkel de wijziging van het aantal een belangrijke wijziging in de bevoegdheidsverdeling inhoudt. Ik vermoed dat adviesrecht in de praktijk wel onderbouwd kan worden. Het feit dat formeel geen wijziging in de structuur wordt aangebracht (er is en blijft een raad van commissarissen) betekent immers niet dat advies niet aan de orde kan zijn.¹⁸ Wel zullen er mijns inziens bijkomende aspecten moeten zijn, bijvoorbeeld voor het aantal door de ondernemingsraad versterkt aan te bevelen commissarissen. Een stijging van het aantal commissarissen zal in de praktijk niet tot veel problemen leiden, maar dat kan anders liggen als het totale aantal commissarissen bijvoorbeeld wordt teruggebracht waardoor ook het aantal versterkt aan te bevelen commissarissen minder wordt.¹⁹ Adviesrecht is dan gerechtvaardigd (ook als wordt teruggegaan naar het wettelijke minimum van drie; daar ligt wel een keuze aan ten grondslag die leidt tot een wijziging in de bevoegdheidsverdeling). Ook bij een wijziging van het aantal bestuurders zie je dat het veelal niet alleen om het aantal gaat, maar dat er bijkomende aspecten zijn. In een beschikking van de Ondernemingskamer uit 1980 was een besluit aan de orde om over te stappen van een enkelhoofdige directie (het betrof dus geen raad van commissarissen) naar een meerhoofdige en hield het besluit 'de grondslagen van de toekomstige directiestructuur' in.²⁰ Meer recent hield het niet invullen van een vacature een meeromvattend adviesplichtig besluit (ex art. 25 WOR) in tot wijziging van een vierhoofdige naar een driehoofdige topstructuur.²¹ Ook dit had op meer betrekking dan alleen het aantal bestuursleden. Het vond plaats in het kader van het samengaan van twee ziekenhuizen en regelde ook de laag eronder.

4.3. Samenstelling en profielschets

Dan rest nog de samenstelling van de raad van commissarissen. Dat de Ondernemingskamer het besluit van Thomas Cook om de raad van commissarissen enkel uit concernfunctionarissen te laten bestaan wil verhinderen is te begrijpen, maar ik ben als gezegd van mening dat verplichte aansluiting

¹⁸ OK 19 augustus 2004, *JAR* 2004/234 (*GOR Gevangeniswezen*).

¹⁹ Vgl. OK 7 december 2005, *JAR* 2006/29 waarin het aantal door de werknemers aan te wijzen bestuursleden (het betrof dus niet de raad van commissarissen) werd teruggebracht.

²⁰ OK 21 augustus 1980, *TVVS* 1980, 11, p. 272.

²¹ OK 21 maart 2016, *RO* 2016/34.

ting bij het wettelijke minimumstelsel niet onder het adviesrecht valt.

Daar komt bij dat, hoewel verdedigbaar is dat een besluit over de samenstelling een belangrijke wijziging in de bevoegdheidsverdeling inhoudt, er meer redenen lijken te zijn geen adviesrecht aan te nemen op dit onderdeel. Immers, de omvang en samenstelling van de raad moeten worden geadresseerd in de profielschets. De profielschets is de verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen, zo bepaalt art. 2:268 lid 3 BW. In deze beschikking van de Ondernemingskamer wordt in r.o. 3.11 geoordeeld dat een besluit van een orgaan van de ondernemer (de AvA) een besluit van de ondernemer zelf is. De raad van commissarissen is eveneens een orgaan van de vennootschap. Wordt adviesrecht voor de samenstelling van de raad van commissarissen aangenomen, dan zou de vaststelling van de profielschets door de raad van commissarissen eveneens adviesplichtig zijn. Dat lijkt niet de bedoeling van de wetgever. Op grond van de structuurwet bespreekt de raad van commissarissen de profielschets enkel met de ondernemingsraad en de AvA. De wetgever heeft in de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk overwogen dat de profielschets niet is onderworpen aan advies- of instemmingsrechten.²² Dit om te voorkomen dat over de precieze bewoordingen van de schets of de precieze omvang uiteindelijk door een rechter moest worden beslist. De rechter zal voor zijn beslissing immers moeten beschikken over criteria voor een 'juiste' profielschets. De wet leent zich slecht voor het vaststellen van dergelijke criteria. Daarvoor is de schets te zeer verweven met de aard en de werkzaamheden van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Enigszins op gespannen voet hiermee staat overigens dat de wetgever de Ondernemingskamer wel in staat acht te beoordelen of de raad van commissarissen naar behoren is samengesteld. Bij een geschil tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad over de door de ondernemingsraad versterkt aanbevolen kandidaat is het volgens art. 2:268 lid 7 BW immers de Ondernemingskamer die het bezwaar van de raad van commissarissen beoordeelt. Bij die beoordeling speelt de profielschets wel een rol, maar deze is niet per se doorslaggevend.

Overigens strekt het adviesrecht ex art. 30 WOR zich evenmin uit tot het profiel.²³ Nu het bestuur meer invloed op de dagelijkse gang van zaken binnen de onderneming heeft dan de raad van commissarissen, ligt het niet voor de hand wel een adviesrecht voor de profielschets voor de raad van commissarissen aan te nemen terwijl die er voor het bestuur volgens de wetgever niet is.

Al met al deel ik de conclusie van Verburg dat de positie van de ondernemingsraad wat het profiel van de raad van commissarissen betreft zich beperkt tot het algemene aanbevelingsrecht voor alle (kan-

didaat)leden en tot het versterkte aanbevelingsrecht voor een derde deel.²⁴

5. Aantasting besluit Thomas Cook via boek 2 BW?

Zoals ik al aangaf appelleert de uitkomst van de zaak wel aan het rechtsgevoel. Het is duidelijk dat de eis dat alle commissarissen werkzaam moeten zijn voor de groep, op gespannen voet staat met de eis van onafhankelijkheid van de raad van commissarissen. Commissarissen moeten volgens art. 2:250 lid 2 BW handelen naar het vennootschappelijk belang. Zij moeten hun werkzaamheden verrichten zonder last of ruggenspraak en zonder enig bijzonder belang te vertegenwoordigen.²⁵ Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan art. 2:270 BW en komt ook terug in de wetsgeschiedenis (onderstreping BK): 'Ook als er sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of grote te verwachten onenigheid kan van niet naar behoren samengesteld worden gesproken, aldus de parlementaire geschiedenis van artikel 158 lid 6 zoals gewijzigd bij de Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 336. In de rechtspraak is dat sedertdien bevestigd. Men zie onder meer de uitspraken *Kodak* (OK 2 februari 1989, *NJ* 1990, 86 en *Nedlloyd* (OK 24 september 1992, *NJ* 1993, 39).²⁶ Deze taakopdracht staat formeel los van de vraag of een commissaris zelf als onafhankelijk beschouwd kan worden. Ook niet-onafhankelijke commissarissen moeten zich op onafhankelijke wijze van hun taken kwijten.²⁷

De (on)afhankelijkheid van de raad van commissarissen bij Thomas Cook had echter via art. 2:8 en 2:15 BW aan de orde gesteld kunnen worden. Dit volgt ook uit de wetsgeschiedenis, waarin is gesteld dat een belanghebbende die meent dat het besluit tot benoeming heeft geleid tot een onevenwichtige samenstelling, kan trachten dat besluit in rechte aan te tasten op grond van art. 2:8 en 2:15 BW. Mede gelet op zijn betrokkenheid bij de totstandkoming van die benoeming is zeer wel denkbaar dat een ondernemingsraad door de rechter wordt aangemerkt als belanghebbende.²⁸ Zoals Laagland nog oppert, kan ook nog gedacht worden aan art. 2:14 BW.²⁹ Thomas Cook had zijn statuten overeenkomstig het finale besluit aangepast. Als dat dus ook een beperking inhield van de tot commissaris benoembare personen is dit in strijd met de laatste zin van art. 2:268 lid 4 BW. Bovendien mag het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad niet illusoir worden door een te nauwe omschrijving van de kring

22. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 38.

23. Kantonrechter Zutphen 20 juni 2008, *JAR* 2008/172 en *Kamerstukken II* 1975/76, 13954, nrs. 1-3 (Memorie van Toelichting)

24. L.G. Verburg, noot bij Gerechtshof Amsterdam 1 juli 2016, *JOR* 2016/273.

25. *Kamerstukken II* 2001/02, 28179, 3, p. 33.

26. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 38.

27. M.J. Kroeze, 'Onafhankelijkheid van commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005, 92.

28. *Kamerstukken I* 2003/04, 28179, D, p. 9.

29. F.G. Laagland, Commentaar op de Wet op de ondernemingsraden art.25, punt C2.

van benoembare personen (door de ondernemingsraad zelf goedgekeurde afwijkingen ex art. 2:268 lid 12 BW daargelaten).³⁰

6. Slotsom

De beschikking van de Ondernemingskamer is qua uitkomst te billijken. In dit geval was het ook te rechtvaardigen dat het finale besluit in het kader van art. 26 WOR werd gesanctioneerd, omdat Thomas Cook vrijwillig advies had gevraagd. De Ondernemingskamer gaat naar mijn mening echter te ver met haar overweging dat ook zonder de vrijwillige keuze om advies te vragen, adviesrecht aan de orde zou zijn geweest als Thomas Cook zich had beperkt tot de wettelijke minimumregels. Het betreft geen besluit van de ondernemer en de minimumregels zijn door de wetgever vastgelegd, wat het redelijke karakter daarvan impliceert. De Ondernemingskamer lijkt de rol van ondernemingsraad groter te maken dan door de wetgever is bedoeld. Dat het besluit van Thomas Cook ten aanzien van de samenstelling de toets van de redelijkheid niet kan doorstaan is helder, maar boek 2 BW biedt voldoende mogelijkheden om dat besluit aan te tasten.

30. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 40.