No.W16.20.0474/II 's-Gravenhage, 24 maart 2021

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 11 december 2020 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Alkaya houdende regels over de toedeling van winst aan werknemers en het vergroten van de eigenaarschap van werknemers bij de bedrijfsvoering van grote ondernemingen (Wet eerlijk delen), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel beoogt de initiatiefnemer de inkomensgroei van werknemers en een langetermijnperspectief van bedrijven te stimuleren. Volgens hem ligt de oorzaak van achterblijvende inkomens en het streven van ondernemingen naar winst op korte termijn in het doorgeschoten aandeelhouderskapitalisme in Nederland en de toegenomen nadruk op het belang van aandeelhouders binnen grote bedrijven. Daarom stelt hij voor om werknemers binnen vennootschappen waarin ten minste 100 personen werken het recht te geven om 10 procent van de aandelen te bezitten, via de constructie van een Stichting administratiekantoor (STAK).

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft vragen bij nut, en noodzaak van het wetsvoorstel. Daarnaast is ook de proportionaliteit in het licht van de inmenging in het eigendomsrecht van aandeelhouders en de belemmering van het vrij verkeer van kapitaal en vestiging die het voorstel meebrengt onvoldoende dragend gemotiveerd. Vervolgens roept het voorstel vele juridisch-technische en praktische vragen op. In verband daarmee dient het initiatiefwetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Nut en noodzaak

Het voorstel verplicht vennootschappen waarin ten minste 100 personen werken, indien de ondernemingsraad daarom verzoekt, een Stichting administratiekantoor (hierna: STAK) op te richten. De STAK beheert een aandelenbelang dat geleidelijk groeit tot ten minste 10 procent van het totaal aan uitstaande aandelen. Via de STAK kunnen werknemers invloed uitoefenen binnen de algemene vergadering van aandeelhouders. Ook geven de via de STAK uitgegeven certificaten van aandelen werknemers recht op een deel van de winst.

Volgens de toelichting is dit wetsvoorstel een reactie op het achterblijven van de groei van de inkomens van werknemers bij de bedrijfswinsten, de arbeidsproductiviteit en de economie in zijn geheel. Daarnaast meent de initiatiefnemer dat bedrijven zich te veel op winstmaximalisatie op de korte termijn richten, ongeacht de gevolgen op lange termijn. De toelichting verbindt beide problemen aan elkaar en schrijft de oorzaak hiervan toe aan het doorgeschoten aandeelhouderskapitalisme in Nederland.

De Afdeling merkt op dat de reële lonen van werknemers inderdaad minder stijgen. De oorzaak hiervan is voor een belangrijk deel gelegen in achterblijvende arbeidsproductiviteitsgroei.[[1]](#footnote-1) De toelichting gaat hier niet op in. De stellingen die in de toelichting worden betrokken voor de redengeving van het voorstel worden niet nader gemotiveerd. De probleemanalyse is daardoor onvoldoende.

Evenmin blijkt voldoende uit de toelichting waarom de gekozen constructie de oplossing zou vormen voor de geconstateerde problemen. Zo is het mogelijk dat de keuze voor een STAK-constructie waarbij werknemers meedelen in de winstuitkering ertoe leidt dat ook de werknemers een collectief belang krijgen bij winstmaximalisatie op de korte termijn.

De initiatiefnemer heeft een internetconsultatie gehouden. In de reacties worden verschillende bezwaren aangevoerd tegen de in het voorstel gekozen verplichte STAK-constructie bij vennootschappen. In de toelichting wordt op de reacties van de internetconsultatie echter niet ingegaan.

Gelet op het voorgaan komt de Afdeling tot de conclusie dat een voldragen motivering van het nut en de noodzaak van het voorstel ontbreekt. Zij adviseert om het voorstel alsnog dragend te motiveren of, indien dat niet mogelijk is, van het voorstel af te zien.

2. Proportionaliteit

Het voorstel introduceert een verplichting voor vennootschappen met ten minste 100 werknemers om desgevraagd door de ondernemingsraad een STAK op te richten.[[2]](#footnote-2) De STAK dient een aandelenbelang te beheren dat geleidelijk groeit tot ten minste 10 procent van het totaal aan uitstaande aandelen. De STAK geeft certificaten van aandelen uit aan werknemers, die langs deze weg recht krijgen op een deel van de winst. Deze constructie wordt wettelijk voorgeschreven en behoeft niet de gebruikelijke toestemming van de aandeelhoudersvergadering.[[3]](#footnote-3)

De Afdeling stelt vast dat het uitgeven van extra aandelen tot gevolg heeft dat het aandelenbezit van de huidige aandeelhouders verwatert. De waarde van deze aandelen vermindert, zonder dat de aandeelhouders dit kunnen beïnvloeden. Het voorstel leidt tot een vergaande overheidsinterventie in private verhoudingen binnen een vennootschap. Het voorstel treedt hiermee in de verhouding tussen aandeelhouders en een onderneming, en vormt een inbreuk op het eigendomsrecht van zittende aandeelhouders.[[4]](#footnote-4)

In de toelichting bij het wetsvoorstel is in het geheel geen aandacht besteed aan de vraag hoe de voorgestelde maatregelen zich verhouden tot het EVRM. Gelet op de rechtspraak van het EHRM, waaruit kan worden afgeleid dat de verplichte uitgifte van aandelen aan de STAK een inmenging is in het eigendomsrecht van bestaande aandeelhouders, is dat een omissie.[[5]](#footnote-5)

Daarbij is vooral de proportionaliteit van het voorstel van belang. Nu er sprake is van een vorm van inmenging in het eigendomsrecht ligt het in de rede dat in de toelichting aan de hand van de relevante rechtspraak[[6]](#footnote-6) op dit terrein aandacht wordt besteed aan de vraag of er een 'fair balance' bestaat tussen de aantasting van het eigendomsrecht enerzijds, en de daarmee gediende doelen anderzijds. In die afweging zijn gelet op de rechtspraak verschillende factoren van belang.

In de eerste plaats moet in de toelichting worden ingegaan op de vraag of minder ingrijpende alternatieven zijn overwogen, waarmee het nagestreefde doel ook bereikt zou kunnen worden. Weliswaar is deze factor in de rechtspraak niet doorslaggevend maar in de afweging wel relevant. Dit geldt te meer omdat de voorgestelde maatregel (die er uiteindelijk toe leidt dat minimaal 10% van de aandelen in handen komt van STAK) van ingrijpende aard is.

In de tweede plaats moet in de afweging worden betrokken dat het voorstel niet voorziet in compensatie voor bestaande aandeelhouders. Hoewel volgens de rechtspraak van het EHRM het achterwege laten van compensatie niet bij voorbaat ontoelaatbaar is, dient de toelichting in het kader van de proportionaliteit in te gaan op de vraag waarom compensatie in dit geval achterwege kan blijven.[[7]](#footnote-7)

De hiervoor genoemde proportionaliteitstoets dient eveneens uitgevoerd te worden met het oog op de belemmering van het vrij verkeer van vestiging en van kapitaal die het voorstel met zich brengt.[[8]](#footnote-8) Een belemmering van het vrije verkeer van aandelen (kapitaal) zoals voorgesteld is volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie slechts toelaatbaar indien dit (i) gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang, mits de maatregelen (ii) geschikt zijn om de doelstellingen te bereiken en (iii) niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de beoogde doelstellingen.[[9]](#footnote-9) In dit kader is eveneens toetsing aan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van belang.[[10]](#footnote-10) De toetsing van het hof aan deze basisvrijheden en grondrechten van het Unierecht pleegt strikt te zijn.

De Afdeling concludeert dat een motivering van de proportionaliteit van het voorstel in verband met de inmenging in het eigendomsrecht en de belemmering van de vrijheid van vestiging en kapitaal een essentiële voorwaarde is voor een voldragen voorstel. Zij adviseert om deze proportionaliteit alsnog dragend te motiveren of, indien dat niet mogelijk is, van het voorstel af te zien.

3. Juridisch-technische en praktische problemen

De constructie met een STAK die certificaten uitgeeft aan werknemers lijkt te zijn gekozen met een tweeledig doel: enerzijds gaan werknemers daarmee via de STAK collectief zeggenschap uitoefenen op de aandeelhoudersvergadering. Anderzijds gaan zij individueel meedelen in de winst. Deze constructie roept echter verschillende juridisch-technische en praktische problemen op. Vragen die op dit punt zijn gesignaleerd in de voorafgaande consultatieronde blijven in de toelichting onbeantwoord. Zonder daarbij uitputtend te zijn, vestigt de Afdeling de aandacht op het ondernemingsbegrip, fluctuaties in het personeelsbestand, de fiscale aspecten van het voorstel en de regels die gelden voor de certificaten.

Het voorstel houdt in de eerste plaats geen rekening met de in de praktijk sterk uiteenlopende typen bedrijven en de complexiteit van ondernemingsstructuren. Zo wordt geen aandacht besteed aan de verschillen in rechtspersoonsvorm en grootte van ondernemingen, internationaal opererende bedrijven (met verschillende vestigingsplaatsen) en franchisenemers.[[11]](#footnote-11) Daarnaast kunnen bedrijven de vorm hebben van een groepsmaatschappij, waarbij werknemers en aandelen verdeeld zijn over verschillende onderdelen van de groep.

Daarbij is onduidelijk hoe het voorstel uitwerkt voor bedrijven die wisselend rond de 100 werknemers hebben. Hoe moet deze berekening van het grensgetal worden gemaakt, over welke periode, en wat gebeurt er bij fluctuaties rond die grens van 100 werknemers? Ook gaat de toelichting niet in op de mogelijkheid dat werkgevers de toepassing van de wet zullen beperken door bedrijven zodanig in te richten dat zij onder de grens van 100 werknemers blijven.

Het tweede praktische probleem betreft het gegeven dat de arbeidsmarkt niet zodanig overzichtelijk is als het voorstel lijkt te veronderstellen. Zo wordt geen rekening gehouden met flexibele arbeid. Ook medewerkers met een tijdelijk dienstverband krijgen certificaten van aandelen.[[12]](#footnote-12) De vraag is echter hoe dit praktisch vorm moet krijgen. Wordt hierbij rekening gehouden met de aanstellingsduur? Krijgen zij alleen certificaten als zij op een bepaald moment in het jaar in dienst zijn of worden deze op verschillende momenten in het jaar en mogelijk naar rato toegekend?

Ook blijkt niet uit de toelichting hoe moet worden omgegaan met andere typen contracten van werknemers, zoals oproepwerk en detachering, en de gevolgen hiervan voor de rechten op certificaten. Evenmin wordt uiteengezet hoe de regeling moet functioneren voor werknemers die uit het buitenland komen of daar werken.

Ten derde wordt in de toelichting onvoldoende aandacht besteed aan de fiscale aspecten van het voorstel. Als voorbeeld wijst de Afdeling in dit verband op de uitgifte van certificaten aan werknemers. Als een werknemer certificaten ontvangt, is sprake van loon. De werknemer moet dan loonbelasting betalen over de waarde van die certificaten. De werkgever moet deze loonbelasting inhouden. De werknemer krijgt daardoor in de betreffende maand minder uitbetaald dan hij gewend is. Werknemers kunnen daardoor financieel in de problemen komen. Het hogere loon als gevolg van de uitgifte van certificaten kan ook doorwerken in de toeslagen.

Verder wordt in de toelichting benoemd dat de STAK zelf niet belastingplichtig is en uitgezonderd is van dividendbelasting omdat alle ontvangen dividend direct wordt verdeeld onder de werknemers, die belastingplichtig zijn. Het voorstel bevat hiertoe echter niet de noodzakelijke wettelijke regeling.

Ten vierde spelen verschillende vragen ten aanzien van de regels welke van toepassing zullen zijn op de rechtsverhouding tussen certificaathouders onderling en tussen certificaathouders en de STAK. De toelichting vermeldt vooreerst niet welk type certificaat aan de orde is.[[13]](#footnote-13) De Afdeling merkt op dat bij certificering van aandelen de STAK aandelen verkrijgt, waartegenover het certificaten uitgeeft, hetzij door overdracht door de aandeelhouder, hetzij door (rechtstreekse) uitgifte door de vennootschap met inachtneming van de wet en de statuten. Ook het soort aandeel en eventueel daaraan gekoppelde prioriteits- of preferente rechten worden daarbij bepaald. Het aandeel valt in het vermogen van de STAK. De STAK beheert de aandelen voor rekening en risico van de certificaathouders. De certificaathouders houden de economische rechten die aan de aandelen zijn verbonden.[[14]](#footnote-14) De zeggenschapsrechten worden door de STAK uitgeoefend. De juridische relatie tussen de STAK en de certificaathouders wordt beheerst door de toepasselijke administratievoorwaarden.

Vervolgens is het de vraag hoe de certificaten worden verdeeld over de werknemers. Hoewel dit in de administratieve voorwaarden zal moeten worden geregeld, is het van belang dat de wetgever hiervoor duidelijke uitgangspunten biedt. Iedere keer als een nieuwe werknemer bij de onderneming in dienst treedt of een zittende werknemer vertrekt, heeft dit implicaties voor de (verdeling van) rechten van personeelsleden op certificaten van de vennootschap.

Ten vijfde merkt de Afdeling op dat het moment van verkrijging en van beëindiging van rechten op certificaten door werknemers onduidelijk is. Geldt dat werknemers die vertrekken hun certificaten moeten aanbieden aan de STAK of kunnen zij hun certificaat ook behouden? Indien de werknemers bij vertrek hun certificaat inleveren, wordt dan de waarde ervan op enigerlei wijze vergoed en hoe wordt deze waarde berekend? Geldt bij uitbreiding van het personeelsbestand dat de certificaten van de zittende medewerkers in waarde kunnen inboeten om ruimte te bieden voor de certificaten van nieuwe medewerkers? Ook is het de vraag vanaf welk moment werknemers certificaten en dividend zullen ontvangen en hoe de omvang van beide exact wordt berekend. Verder is onduidelijk of werknemers de certificaten mogen bezwaren, belasten of vervreemden.

Ten slotte gaat de toelichting niet in op de administratieve lasten van het voorstel. Allereerst betreft dit de oprichting van de STAK, de administratie van de certificaten en de berekening van de rechten van werknemers. Daarbij dient rekening te worden gehouden met regelmatige fluctuaties in het werknemersbestand, die even zo vele administratieve handelingen zullen vergen van de STAK. De initiatiefnemer gaat niet in op de regeldruk die dit voorstel veroorzaakt en er is geen advies gevraagd aan het Adviescollege Toetsing Regeldruk.

Gezien de administratieve lasten die het voorstel met zich brengt, zal het voorstel waarschijnlijk negatieve gevolgen hebben voor het vestigings- en investeringsklimaat voor bedrijven in Nederland. De toelichting gaat niet in op dit risico en de gevolgen die dit heeft voor werknemers in Nederland vanwege mogelijk teruglopende werkgelegenheid.

De Afdeling concludeert op grond van het voorgaande dat het wetsvoorstel onvoldragen is. Zij adviseert het voorstel voorafgaande aan verdere behandeling eerst nader uit te werken.

4. Conclusie

De Afdeling merkt op dat op essentiële punten van nut, noodzaak en proportionaliteit dragende argumenten vooralsnog ontbreken, terwijl aan verschillende juridisch-technische en praktische problemen nader aandacht dient te worden geschonken. In de huidige vorm is het voorstel derhalve nog niet rijp voor verdere behandeling.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het initiatiefvoorstel en adviseert het voorstel niet in behandeling te nemen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,

1. https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-2018-12-Vertraagde-loonontwikkeling-in-nederland-ontrafeld.pdf. [↑](#footnote-ref-1)
2. Voorgesteld artikel 1 van de Wet eerlijk delen. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artikel 2:96 lid 1 van het BW; Artikel 68 van de Richtlijn (EU) 2017/1132. [↑](#footnote-ref-3)
4. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is een aandeel ‘bezit’ in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Zie EHRM 7 november 2002, Olczak t. Polen, ECLI:CE:ECHR:2002:1107DEC003041796, par. 60. [↑](#footnote-ref-4)
5. EHRM 7 november 2002, Olczak t. Polen, ECLI:CE:ECHR:2002:1107DEC003041796; EHRM 25 juli 2002, Sovtransavto Holding t. Oekraïne, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399; EHRM 20 september 2011, Shesti Mai Engineering e.a. t. Bulgarije, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001785404; EHRM 16 november 2002. [↑](#footnote-ref-5)
6. EHRM 7 november 2002, Olczak t. Polen, ECLI:CE:ECHR:2002:1107DEC003041796; EHRM 25 juli 2002, Sovtransavto Holding t. Oekraïne, ECLI:CE:ECHR:2002:0725JUD004855399; EHRM 20 september 2011, Shesti Mai Engineering e.a. t. Bulgarije, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001785404; EHRM 16 november 2002. [↑](#footnote-ref-6)
7. Zie in dat kader ook artikel 17 lid 1 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artikelen 49 en 63 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. [↑](#footnote-ref-8)
9. HvJ EU 22 oktober 2013, C-105/12,C-106/12,C-107/12, NJ 2014/21 (Nederland/Essent); Hoge Raad 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1727, par. 4 (Staat/Essent). [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikelen 16 en 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. [↑](#footnote-ref-10)
11. In dat kader kan ook de vraag worden gesteld of er niet onterecht onderscheid ontstaat tussen ondernemingen die door een bv of nv in stand worden gehouden, in plaats van een vof, stichting of coöperatie of een buitenlandse rechtspersoonsvorm. [↑](#footnote-ref-11)
12. Memorie van toelichting, paragraaf 2, ‘Hoofdlijnen van het voorstel’. [↑](#footnote-ref-12)
13. Zo bestaan er bijvoorbeeld preferente aandelen (artikel 2:96 van het BW en artikel 2:206a lid 2 van het BW) en prioriteitsaandelen (artikel 2:92 van het BW en artikel 2:201 lid 3 van het BW). [↑](#footnote-ref-13)
14. Het recht op dividend, uitkeringen uit reserves (in contante vorm of in de vorm van bijvoorbeeld stockdividend en bonusaandelen), maar ook het recht op uitkering van het exploitatiesaldo bij liquidatie, terugbetaling uit kapitaal uit hoofde van kapitaalvermindering en opbrengsten in het kader van de uitkoop- geschillenregeling. [↑](#footnote-ref-14)