

40 JAAR RECHTSPRAAK ONDERNEMINGSKAMER OVER ADVIESRECHT

Redactie:

Mr. dr. L.C.J. Sprengers

Mr. R.D. Poelstra

VVA

Dit boek is verschenen ter gelegenheid van het 40-jarig bestaan van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam als beroepsrechter bij geschillen over het adviesrecht van ondernemingsraden. Het adviesrecht is in de afgelopen decennia uitgegroeid tot een van de belangrijkste bevoegdheden van de ondernemingsraad. Niet op zijn minst door de rechtspraak die over het adviesrecht in de afgelopen 40 jaar is ontwikkeld door de Ondernemingskamer. Deze heeft grote invloed gehad op hoe het adviesrecht van de ondernemingsraden zich heeft ontwikkeld.

In dit boek, geschreven door auteurs uit de advocatuur, juridische beroepspraktijk en wetenschap, worden verschillende aspecten behandeld die te maken hebben met de rechtspraak van de Ondernemingskamer over het adviesrecht. Aan de hand van zes deelonderwerpen wordt geschetst op welke wijze de rechtspraak van de Ondernemingskamer sinds 1979 een andere invulling heeft gegeven aan het adviesrecht. Bovendien bevat het boek bijdragen over feiten en cijfers over 40 jaar procederen bij de Ondernemingskamer, een bijzonder interview met drie voorzitters van de Ondernemingskamer en delen een aantal ondernemingsraden hun eigen ervaringen met procederen bij de Ondernemingskamer en de nasleep van een beroepsprocedure.

ISBN 978-94-6290-698-3



9 789462 906983 >

Boomjuridisch

40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht

40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht

Redactie:

Mr. dr. L.C.J. Sprengers

Mr. R.D. Poelstra

Met bijdragen van de volgende leden van de werkgroep Medezeggenschapsrecht:

mr. Y.H. Dissel, mr. A.B. van Els, mr. dr. S.F.H. Jellinghaus, mr. R.J.M. Hampsink,
mr. M.W.A.M. van Kempen, mr. J.J.M. Lamers, mr. dr. M. Meyer, mr. H. Moltmaker,
mr. R.D. Poelstra, mr. dr. L.C.J. Sprengers, mr. E. Unger, mr. K. Wiersma,
mr. P.A.M. Witteveen en dr. I. Zaal

Omslagontwerp en opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2019 Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-698-3

ISBN 978-94-6094-212-9 (e-book)

NUR 825

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

1	Inleiding: de Ondernemingskamer en het adviesrecht	9
	<i>R.D. Poelstra en L.C.J. Sprengers</i>	
1.1	Aanleiding	9
1.2	De Ondernemingskamer	10
1.2.1	Algemeen	10
1.2.2	Ontstaan Ondernemingskamer	11
1.3	Juridisch kader adviesrecht	13
1.3.1	Adviesrecht artikel 25 WOR	13
1.3.2	Beroepsrecht artikel 26 WOR	15
1.4	Historie van het beroepsrecht	17
1.4.1	Commissie-Verdam: recht van enquête of recht van beroep?	17
1.4.2	SER-advies inzake een beroepsrecht van werknemers en wetontwerpen 13350 en 13954	18
1.5	Onderwerpen boek	24
2	40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht: de feiten en cijfers	27
	<i>M. Meyer en L.C.J. Sprengers</i>	
2.1	Inleiding	27
2.2	Aantal beschikkingen	28
2.3	Inhoud uitspraken	32
2.4	Aantal beroepen en intrekkingen	35
2.5	Voorzitters	37
2.6	Conclusies	39
3	De rechters die het adviesrecht toetsen	41
	<i>L.C.J. Sprengers en P.A.M. Witteveen</i>	
3.1	Inleiding	41
3.2	Het bereik van de bevoegdheden van de Ondernemingskamer	41
3.3	De toetsingsnorm	43
3.4	De Ondernemingskamer en de rechtsvorming	44
3.5	Welke zaak is het meest bijgebleven?	45
3.6	De partijen die voor de Ondernemingskamer verschijnen	47
3.7	Medezeggenschap in concernverband	48
3.8	Personele gevolgen besluit	50
3.9	Een blik op de toekomst	51

4	Begrip ‘belangrijk’ in artikel 25 lid 1 WOR van 1979 tot 2019	55
	<i>A.B. van Els</i>	
4.1	Inleiding	55
4.2	Parlementaire geschiedenis	56
4.2.1	Algemeen	56
4.2.2	Specifieke categorieën	58
4.3	Discussie over concretisering van het begrip ‘belangrijk’	60
4.4	Literatuur over begrip ‘belangrijk’	61
4.5	Uitgekristalliseerde ontwikkelingen in de rechtspraak 1979-2019	62
4.5.1	Belangrijk door afspraak of toezegging adviesrecht	62
4.5.2	Onder voorbehoud voorleggen van adviesaanvragen	63
4.5.3	Besluiten met een tijdelijk karakter	63
4.5.4	Gevolgen van niet vragen advies aan ondernemingsraad	64
4.5.5	Aanduiding categorie niet relevant	64
4.6	Stand van zaken rechtspraak naar categorieën besluit; handreiking voor de praktijk	65
4.6.1	Zeggenschap, samenwerking of deelneming in andere onderneming (artikel 25 lid 1 onder b WOR)	65
4.6.2	Beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan (artikel 25 lid 1 onder c WOR)	66
4.6.3	Belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder d WOR)	66
4.6.4	Belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (artikel 25 lid 1 onder e WOR)	67
4.6.5	Het doen van een belangrijke investering ten behoefte van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder h WOR)	68
4.6.6	Het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoefte van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder i WOR)	69
4.6.7	Overige categorieën	69
4.7	Conclusie	70
5	Elders genomen besluiten en het adviesrecht van de OR (toerekening, vereenzelviging, medeondernemerschap)	71
	<i>Y.H. Dissel en I. Zaal</i>	
5.1	Inleiding	71
5.2	Toerekening	72
5.2.1	Toerekening binnen het medezeggenschapsrecht	72
5.2.2	Korte historie	72
5.2.3	Criteria	73
5.2.4	Belang toerekening: huidige stand van zaken	78
5.3	Medeondernemerschap	80
5.3.1	Ontwikkeling medeondernemerschap	80
5.3.2	Criteria	81
5.3.3	Aanvaarding van medeondernemerschap	84

5.4	De reikwijdte van medeondernemerschap en toerekening	85
5.5	Gevolgen voor de praktijk	86
5.6	Conclusie	89
6	Het wezen van de ‘wezenlijke invloed’?	91
	<i>M.W.A.M. van Kempen</i>	
6.1	Inleiding	91
6.2	Wezenlijke invloed als juridisch begrip	92
6.3	Wezenlijke invloed als graadmeter van effectiviteit van het medezeggenschapsrecht	94
6.4	De procedurele aspecten van de wezenlijke invloed, hoe vroeg is tijdig?	100
6.5	Het voortraject van artikel 24 lid 1 WOR als graadmeter	102
6.6	Gefaseerde besluitvorming en wezenlijke invloed	105
6.7	Wezenlijke invloed bij fusies en overnames	107
6.8	Wezenlijke invloed in de SER Fusiegedragsregels 2015	111
6.9	Wezenlijke invloed in faillissement na DA Retail	113
6.10	Wezenlijke invloed en artikel 30 WOR	118
6.11	Afronding	123
7	De Ondernemingskamer en het sociaal plan	125
	<i>E. Unger en R.J.M. Hampsink</i>	
7.1	Inleiding	125
7.2	Adviesrecht over sociaal plan ex artikel 25 lid 3 WOR	126
7.3	Reikwijdte maatregelen artikel 25 lid 3 WOR	129
7.4	Rol sociaal plan in toetsing besluitvormingsproces	130
7.5	Inhoudelijke beoordeling sociaal plan	131
7.6	Conclusie	134
8	Primaat van de politiek	135
	<i>S.F.H. Jellinghaus en H. Moltmaker</i>	
8.1	Inleiding	135
8.2	De wettelijke regeling	136
8.3	Het primaat van de politiek: wetsgeschiedenis	137
8.4	Uitleg van het primaat door de rechtspraak	139
8.5	Evaluatie in 2001 van het primaat van de politiek	142
8.6	Uitleg van het primaat door de rechtspraak 2001-heden	142
8.7	De Ondernemingskamer versus de Hoge Raad	143
8.8	Andere uitspraken bij de Ondernemingskamer	144
8.9	De Ondernemingskamer versus de Hoge Raad revisited	145
8.10	Primaat van de politiek bij overige instanties	146
8.11	Verdere samenloop voor medezeggenschap binnen de overheid en de markt in zicht?	147
9	Toetsingsnorm	149
	<i>K. Wiersma en R.J.M. Hampsink</i>	
9.1	Inleiding	149
9.2	Juridisch kader	150

9.3	Literatuur en jurisprudentie	152
9.3.1	Periode 1979-1990	152
9.3.2	Periode 1990-2000	158
9.3.3	Periode 2000-2010	161
9.3.4	Periode 2010-2019	163
9.4	De Holland Casino-beschikking	167
9.5	Conclusie	168
10	OR: complimenten OK!	
	Als de rechter ingrijpt...	171
	<i>J.J.M. Lamers</i>	
10.1	Inleiding: de OK en de OR	171
10.2	Onderzoek naar beroep door ondernemingsraden	173
10.2.1	Besluit om in beroep te gaan	175
10.2.2	Ervaringen behandeling beroep ter zitting	178
10.2.3	Gang van zaken na beschikking Ondernemingskamer	180
10.2.4	Invloed beroep op relatie met bestuurder	181
10.2.5	Invloed op positie ondernemingsraad	182
10.2.6	Overige opmerkingen in onderzoek	184
10.3	Conclusie	185
	Over de auteurs	187

I Inleiding: de Ondernemingskamer en het adviesrecht

R.D. Poelstra en L.C.J. Sprengers

1.1 Aanleiding

De Wet op de ondernemingsraden (WOR) kent aan de ondernemingsraad verschillende bevoegdheden toe om op een goede manier zijn taak uit te kunnen oefenen, te weten: informatierechten, overlegrecht, initiatiefrecht, adviesrecht en instemmingsrecht. Daarnaast is voorzien in regels over de facilitering van de ondernemingsraad en zijn leden en de mogelijkheid om bij cao of ondernemingsovereenkomst extra bevoegdheden aan de ondernemingsraad toe te kennen. Daarmee is de gereedschapskist gevuld die de ondernemingsraad ter beschikking staat bij de uitoefening van zijn werkzaamheden.

De eerste WOR is van 1950, maar de huidige structuur van de wet is in 1979 tot stand gekomen. Vanaf dat moment is er sprake van de onafhankelijke ondernemingsraad, die ook buiten de overlegvergadering met de bestuurder om zelfstandig kan vergaderen. Het adviesrecht heeft in 1979 zijn huidige vorm gekregen met daarbij de rechtsgang naar de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Het adviesrecht is uitgegroeid tot een van de belangrijkste bevoegdheden van de ondernemingsraad niet in het minst door de rechtspraak die over het adviesrecht in de afgelopen 40 jaar is ontwikkeld door de Ondernemingskamer. Deze heeft grote invloed gehad op hoe het adviesrecht van de ondernemingsraden zich heeft ontwikkeld.

40 jaar rechtspraak van de Ondernemingskamer over het adviesrecht is dan ook de aanleiding geweest voor de werkgroep medezeggenschapsrecht van de VvA om hier uitgebreid bij stil te gaan staan door middel van een symposium op 24 september 2019 in Utrecht en in deze publicatie.

Hierna zullen we eerst de Ondernemingskamer en het adviesrecht introduceren. We gaan in op het ontstaan van de Ondernemingskamer (par. 1.2), het juridisch kader van het adviesrecht (par. 1.3) en de historie van het beroepsrecht (par. 1.4). Onderwerpen waarop in de andere hoofdstukken soms nog dieper zal worden ingegaan. Aan het slot geven we een kort overzicht van hetgeen in de volgende hoofdstukken zal worden besproken (par. 1.5).

1.2 De Ondernemingskamer

1.2.1 Algemeen

De Ondernemingskamer is op aanbeveling van de commissie-Verdam in 1971 ingesteld als bijzondere kamer bij het Gerechtshof Amsterdam.¹ De Ondernemingskamer is een gespecialiseerd rechtscollege dat in bepaalde ondernemingsgeschillen de enige feitelijke instantie is.² Tot de absolute en exclusieve bevoegdheid van de Ondernemingskamer behoren onder meer geschillen omtrent (1) verzoeken tot instellen enquêteprocedures als bedoeld in afdeling 2, titel 8 Boek 2 BW, (2) verzoekschriftprocedures inzake bezwaar tegen een door de ondernemingsraad voorgedragen commissaris (artikel 2:158/2:268 BW), (3) vorderingen tot overdracht van aandelen door minderheidsaandeelhouders (artikel 2:92a/2:201a BW), (4) jaarrekeningprocedures ex artikel 2:447/2:448 BW en (5) beroepsprocedures ex artikel 26 WOR van ondernemingsraden tegen een ingevolge artikel 25 WOR adviesplichtig besluit.³ De meeste zaken die worden aangebracht bij de Ondernemingskamer zien op enquêteprocedures en beroepsprocedures ex artikel 26 WOR.⁴ De aparte kamer voor ondernemingsgeschillen van het Amsterdamse hof heeft op donderdag haar vaste zittingsdag. Per zittingsdag worden in beginsel drie zaken behandeld.

De Ondernemingskamer behandelt en beslist de aan haar voorgelegde zaken in een meervoudige samenstelling: de voorzitter, twee raadsheren en twee deskundigen.⁵ De voorzitter en twee raadsheren zijn lid van de rechterlijke macht, de twee deskundigen niet. De samenstelling van de Ondernemingskamer is daarmee bijzonder van aard, aangezien ook niet tot de rechtsprekende macht behorende personen, de deskundigen, zitting hebben in een rechtsprekend college. De deskundigen⁶ zijn afkomstig uit de beroepspraktijk of wetenschap en hebben bijzondere kennis en ervaring gelegen op het terrein van de zaak waarin wordt beslist. Hierbij kan worden gedacht aan kennis en ervaring binnen de accountancy, fiscaliteit, bedrijfseconomie, corporate governance of medezeggenschap.

-
1. De Ondernemingskamer is ingevoerd bij de Wet op de jaarrekening van ondernemingen van 10 september 1970, *Stb.* 1970, 414.
 2. De Ondernemingskamer behandelt in hoger beroep onder andere zaken in het kader van de geschillenregelingen (artikel 2:447 BW) en verzetprocedures tegen intrekking van aansprakelijkheidstelling groepsmaatschappij, de 403-verklaring (artikel 2:404 lid 5 BW) en beroepen tegen uitspraken van de Commissie voor geschillen in het kader van de Wet medezeggenschap op scholen (artikel 36 lid 3 WMS).
 3. Zie voor een volledig overzicht van procedures waarin de Ondernemingskamer bevoegd is: artikel 66 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) en M.J. Kroeze, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015/133 (online).
 4. Jaarverslag Ondernemingskamer 2018 (online).
 5. Artikel 66 Wet RO.
 6. De deskundige leden van de Ondernemingskamer worden 'raad' genoemd en worden voor een periode van vijf jaar benoemd (artikel 67 Wet RO).

1.2.2 Ontstaan Ondernemingskamer

Sinds 1 mei 1971 heeft het Amsterdamse hof een speciale kamer voor ondernemingsgeschillen. Aanvankelijk was de Ondernemingskamer niet bevoegd tot geschillen over het adviesrecht op basis van de WOR. De Ondernemingskamer is in eerste instantie opgericht als speciaal rechtscollege voor jaarrekeningprocedures. Met de ingrijpende herziening van de WOR van 1979⁷ is zij ook bevoegd te oordelen over door ondernemingsraden ingestelde beroepsprocedures tegen besluiten van de ondernemer als bedoeld in artikel 25 WOR.

De Ondernemingskamer is in 1971 ingevoerd met de inwerkingtreding van de Wet op de jaarrekeningen van ondernemingen.⁸ Het wetsvoorstel voorzag in de instelling van een gespecialiseerd rechterlijk college voor jaarrekeningprocedures bij het Hof Amsterdam. Aan de basis van het wetsvoorstel lag het rapport 'Herziening van het ondernemingsrecht' uit 1964 van de Commissie Ondernemingsrecht, beter bekend als de commissie-Verdam.⁹ In het rapport, opgesteld op verzoek van de regering, wordt een aantal voorstellen gedaan omtrent de vernieuwing van het medezeggenschapsrecht, het enquêterecht, de structuurregeling en het jaarrekeningenrecht.

Het rapport van de commissie-Verdam bevatte onder meer een voorontwerp voor een nieuwe wet op de jaarrekeningen van ondernemingen. Het voorontwerp zag in de hoofdzaak op bepalingen inzake vereisten die in acht moeten worden genomen bij het opstellen van jaarrekeningen.¹⁰ Het toezicht op de nakoming van de door de commissie voorgestelde eisen waaraan jaarverslagen moeten voldoen, moet blijkens het voorontwerp worden gedaan door een nieuw in te stellen gespecialiseerde kamer bij het Hof Amsterdam.

Uit het rapport van de commissie-Verdam bleek dat de commissie heeft overwogen de handhaving van het jaarrekeningenrecht over te laten aan een zelfstandig overheidsorgaan, een zogenoemde vennootschapskamer.¹¹ Een vennootschapskamer kan worden omschreven als een administratief overheidsorgaan dat ambtshalve alle jaarrekeningen van ondernemingen controleert. De commissie verwierp deze optie en stelde voor de handhaving van het jaarrekeningenrecht over te laten aan een rechterlijk college dat zich slechts uitlaat over de inrichting van jaarrekeningen voor zover daarover een geschil is gerezen en dit geschil voor de rechter wordt gebracht. De nieuw in te stellen Ondernemingskamer bij het Gerechtshof Amsterdam moest in het voorstel van de commissie qua werkwijze en samenstelling op een gelijke wijze worden ingericht als de bestaande Pachtkamer bij het Gerechtshof Arnhem.

7. Wet van 5 september 1979, Stb. 1979, 448.

8. Wet van 10 september 1970, Stb. 414.

9. Het rapport van de commissie-Verdam is in 1967 uitgegeven onder de titel 'Herziening van het ondernemingsrecht', zie: Herziening van het ondernemingsrecht (Rapport commissie-Verdam): Rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960, Den Haag 26 november 1967.

10. Rapport commissie-Verdam, p. 33-63.

11. Rapport commissie-Verdam, p. 37-42.

Aan de instelling van een Ondernemingskamer boven een vennootschapskamer zijn volgens de commissie de volgende voordelen verbonden: (1) een procedure voor een onafhankelijk rechterlijk college is met meer rechtswaarborgen omgeven dan de totstandkoming van een beschikking van een administratief overheidsorgaan, (2) de werkwijze en samenstelling van de Ondernemingskamer sluit aan bij de reeds bestaande Pachtkamer; dit zorgt voor minder vragen dan bij de oprichting van een geheel nieuwe vennootschapskamer, en (3) een vennootschapskamer die alle jaarrekeningen onderzoekt, vergt een omvangrijk apparaat, terwijl de Ondernemingskamer beperkt blijft tot een kamer bij het Gerechtshof Amsterdam, aangevuld met een tweetal deskundigen.¹²

De aanbeveling van de commissie-Verdam tot het instellen van de Ondernemingskamer werd door de regering overgenomen in de Wet op de jaarrekeningen van ondernemingen, die op 1 mei 1971 in werking is getreden.

Ook heeft de commissie-Verdam aandacht besteed aan het enquêterecht. Sinds 1928 was dat geregeld in artikel 53-54c WvK. Die regeling kwam in het kort hierop neer. Een enquête kon (slechts) worden ingesteld bij een naamloze vennootschap met aandelen aan toonder. Tot het indienen van een enquêteverzoek waren bevoegd één of meer aandeelhouders die ten minste een vijfde van het geplaatste kapitaal hielden en zij aan wie bij de statuten of bij overeenkomst met de vennootschap de bevoegdheid was toegekend. Zij moesten zich richten tot de rechtbank in het rechtsgebied waar de vennootschap was gevestigd. Hun verzoek werd afgewezen indien zij zich niet eerst tot de organen van de vennootschap hadden gericht met het verzoek tot het instellen van een eigen onderzoek door de vennootschap. De rechtbank kon het verzoek toekennen indien sprake was van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Tegen de beslissing van de rechtbank stond hoger beroep bij het hof open, tegen de beslissing van het hof beroep in cassatie bij de Hoge Raad. De door de rechtbank benoemde onderzoekers hadden het recht van inzage van boeken en bescheiden van de vennootschap. Het onderzoeksverslag werd ter griffie van de rechtbank voor aandeelhouders, bestuurders en commissarissen ter inzage gelegd. Verzoekers moesten de kosten betalen en zekerheid stellen. Deze onderzoekskosten konden de verzoekers onder omstandigheden verhalen op de vennootschap, bestuurders of commissarissen. Daarmee was de kous af. De rechtbank kon geen voorzieningen treffen. De gedachte destijds was dat na gebleken wanbeleid de vennootschap zelf diende te beslissen of ingegrepen moest worden.¹³ Aan de wieg van die wetswijziging van het enquêterecht in 1971 heeft het voorontwerp van wet tot wijziging van het enquêterecht gestaan, zoals door de commissie-Verdam gepresenteerd. Daarin werd de rol van de rechtbank overgeheveld naar de Ondernemingskamer als enige bevoegde rechter. Dat voorontwerp is door de SER met instemming ontvangen en door de wetgever overgenomen.¹⁴ De voorstellen

12. Rapport commissie-Verdam, p. 39-40.

13. Rapport Cools/Kroeze, 'Het recht van enquête, een empirisch onderzoek', Instituut voor Ondernemingsrecht, februari 2009, p. 20.

14. Wet 10 september 1970, Stb. 1970, 411 in werking getreden op 1 januari 1971.

van de commissie-Verdam karakteriseren nog steeds de bepalingen die thans in de artikelen 2:344- 359 BW zijn vervat.¹⁵

1.3 Juridisch kader adviesrecht

Artikel 25 WOR kent de ondernemingsraad een adviesrecht toe ten aanzien van (belangrijke) voorgenomen besluiten van de ondernemer over financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aangelegenheden binnen de onderneming. Indien de ondernemer een in artikel 25 WOR genoemd besluit neemt zonder advies te vragen aan de ondernemingsraad of de ondernemer neemt een besluit dat afwijkt van het advies van de ondernemingsraad, kan de ondernemingsraad beroep instellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Als de Ondernemingskamer het beroep gegrond bevindt, verklaart zij voor recht dat de ondernemer bij afweging van betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen. Aan de ondernemer kan dan door de Ondernemingskamer een voorziening worden opgelegd inhoudende dat het genomen besluit moet worden ingetrokken, hetzij dat wordt verboden uitvoering aan het besluit te geven. Het beroepsrecht ex artikel 26 WOR was daarmee een belangrijke versterking van het adviesrecht.

1.3.1 Adviesrecht artikel 25 WOR

Het adviesrecht van de ondernemingsraad is geregeld in artikel 25 WOR. De wettelijke regeling inzake het adviesrecht verplicht de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit zoals genoemd in het eerste lid van artikel 25 WOR.¹⁶ Het gaat om een limitatieve opsomming van adviesplichtige besluiten. De volgende voorgenomen besluiten van financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aard staan opgesomd in artikel 25 WOR:

- overdracht van de zeggenschap over (deel) van de onderneming;
- het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming, alsmede het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder begrepen het aangaan, in belangrijke mate wijzigen of verbreken van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een dergelijke onderneming;
- belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming;
- wijziging van de plaats waar de onderneming haar werkzaamheden uitoefent;
- het groepsgewijs werven of inlenen van arbeidskrachten;
- het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming;

15. Rapport Cools/Kroeze, p. 22.

16. De ondernemingsraad kan ervan afzien gebruik te maken van zijn adviesbevoegdheid. De ondernemingsraad heeft een recht van advies, geen adviesverplichting. Zie Kamerstukken II 1976/77, 13954, nr. 6, p. 35-36.

- het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming;
- het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming;
- invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening;
- het treffen van een belangrijke maatregel in verband met de zorg van de onderneming voor het milieu, waaronder begrepen het treffen of wijzigen van een beleidsmatige, organisatorische en administratieve voorziening in verband met het milieu;
- vaststelling van een regeling met betrekking tot het zelf dragen van het risico, bedoeld in artikel 40, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen;
- het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende een der hiervoor bedoelde aangelegenheden.

De ondernemer dient zijn voorgenomen besluit schriftelijk aan de ondernemingsraad voor te leggen op een zodanig tijdstip, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (artikel 25 lid 2 WOR). Het vereiste van wezenlijke invloed lijkt voor te schrijven dat advisering van de ondernemingsraad vroegtijdig moet plaatsvinden. In de memorie van toelichting staat dat de ondernemingsraad in een zo vroeg mogelijk stadium moet worden geraadpleegd.¹⁷ Advisering kan echter niet op een te vroeg tijdstip plaatsvinden. Bij een te vroege advisering bestaat de kans dat het beoogde besluit van de ondernemer niet (voldoende) concreet is, zodat nog niet kan worden gesproken van een voorgenomen besluit.¹⁸

Het voorschrift inzake de wezenlijke beïnvloedingsmogelijkheid lijkt op gespannen voet te staan met het voorschrift in het derde lid van artikel 25 WOR. Ex artikel 25 lid 3 WOR moet de ondernemer bij zijn adviesaanvraag een overzicht verstrekken van de beweegredenen van het voorgenomen besluit, de personele gevolgen van het besluit en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen teneinde de personele gevolgen op te vangen.¹⁹

Het adviesrecht ziet op voorgenomen besluiten van de ondernemer. Ondernemer in WOR-termen is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt.²⁰ In de praktijk wordt het advies niet door de ondernemer, maar door de bestuurder van de onderneming gevraagd; het bestuur vertegenwoordigt de ondernemer tegenover de ondernemingsraad (zie artikel 23 lid 4 en 5 WOR). Met name in concernverhoudingen kan zich de situatie voordoen dat een *ander* dan de ondernemer een voorgenomen besluit neemt dat invloed heeft op de onderneming waarbij de ondernemingsraad is ingesteld. Strikt genomen is er naar de letter van de WOR geen adviesrecht in deze situatie. De in de rechtspraak ontwikkelde leerstukken toerekening en medeondernemerschap kunnen dan uitkomst bieden.²¹

17. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3.

18. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 maart 1991, ROR 1991/7 (Robert Fleury).

19. Zie hierna hfst. 6.

20. Zie artikel 1 lid 1 sub d WOR.

21. Zie hierna hfst. 5.

De ondernemingsraad dient niet alleen in de gelegenheid te worden gesteld advies uit te brengen over de *voorgenomen besluiten* van de ondernemer, maar ook over de uitvoering van het besluit, aldus het vijfde lid van artikel 25 WOR. Meestal vraagt de ondernemer tegelijk advies aan de ondernemingsraad over het voorgenomen besluit en de uitvoering daarvan. Artikel 25 lid 5 WOR bepaalt dat ten minste eenmaal een adviesaanvraag in de overlegvergadering moet zijn besproken, voordat het advies wordt uitgebracht.

De ondernemingsraad moet binnen een redelijke termijn advies uitbrengen aan de ondernemer. Nadat de ondernemingsraad advies heeft uitgebracht moet de ondernemer de ondernemingsraad schriftelijk informeren over het door hem genomen besluit. Wijkt het door de ondernemer genomen besluit af van het advies van de ondernemingsraad, dan moet de ondernemer in zijn schriftelijke mededeling aan de ondernemingsraad laten weten waarom hij van het advies is afgeweken.

Indien het besluit van de ondernemer geheel of gedeeltelijk afwijkt van het advies van de ondernemingsraad begint er een opschortingstermijn van één maand te lopen. De opschortingstermijn begint te lopen vanaf de dag waarop de ondernemer zijn besluit schriftelijk heeft medegedeeld aan de ondernemingsraad (artikel 25 lid 6 WOR). In deze maand kan de ondernemingsraad beslissen beroep in te stellen tegen het door de ondernemer genomen besluit bij de Ondernemingskamer en mag de ondernemer zijn besluit niet uitvoeren. Het beroepsrecht van de ondernemingsraad is geregeld in artikel 26 WOR en wordt hieronder behandeld.

1.3.2 Beroepsrecht artikel 26 WOR

Uit artikel 26 lid 1 WOR volgt dat de ondernemingsraad in twee situaties beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, te weten de situatie waarin: (1) het besluit van de ondernemer afwijkt van het advies van de ondernemingsraad, en (2) nadat na het advies van de ondernemingsraad nieuwe feiten en omstandigheden bekend zijn geworden waardoor de ondernemingsraad, indien hij bekend was geweest met deze feiten en omstandigheden, een ander advies had uitgebracht.²² Uit vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer, de zogenoemde Linge-leer, volgt verder dat de ondernemingsraad eveneens beroep kan instellen in de situatie waarin de ondernemer in zijn geheel geen advies heeft gevraagd, terwijl het door de ondernemer genomen besluit onder artikel 25 WOR valt.²³

22. Deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie waarin de ondernemer een besluit neemt dat wezenlijk afwijkt van het voorgenomen besluit dat ter advisering aan de ondernemingsraad is voorgelegd. In dat geval moet de ondernemer een nieuw advies vragen. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 december 2012, JAR 2014/50 (IBM).

23. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. Maeijer.

De ondernemingsraad kan beroep instellen tegen besluiten van de ondernemer als in de zin van artikel 25 lid 5 WOR (artikel 26 lid 1 WOR). Het beroep richt zich derhalve op door de ondernemer genomen besluiten die geheel of gedeeltelijk afwijken van het advies van de ondernemingsraad. Geen beroep kan worden ingesteld tegen uitvoeringsbesluiten of voorgenomen besluiten van de ondernemer.²⁴

De termijn voor het instellen van een beroep is gelijk aan de opschortingstermijn van artikel 25 lid 5 WOR; het beroep moet derhalve binnen één maand nadat de ondernemingsraad schriftelijk in kennis is gesteld van het besluit van de ondernemer worden ingesteld bij de Ondernemingskamer. Dit volgt uit artikel 26 lid 1 WOR. Het beroep moet worden ingediend door een advocaat namens de ondernemingsraad bij de griffie van de Ondernemingskamer door middel van de indiening van een verzoekschrift.²⁵ De griffie van de Ondernemingskamer zendt een afschrift van het door de ondernemingsraad ingediende verzoekschrift aan de ondernemer (artikel 26 lid 3 WOR).

De beroepsgrond is te vinden in het vierde lid van artikel 26 WOR: de ondernemingsraad kan uitsluitend beroep instellen indien de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.²⁶ Acht de Ondernemingskamer het beroep gegrond, dan wijst de Ondernemingskamer een declaratoire beschikking waarin wordt geoordeeld dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen (zie artikel 26 lid 5 WOR).

De Ondernemingskamer is bevoegd voorzieningen te treffen indien zij van oordeel is dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen, mits de ondernemingsraad hierom verzoekt (artikel 26 lid 5 WOR).²⁷ De volgende voorzieningen kunnen worden getroffen: (1) het opleggen van de verplichting aan de ondernemer om het besluit geheel of ten dele in te trekken, alsmede om aan te wijzen gevolgen van dat besluit ongedaan te maken, en (2) het opleggen van een verbod aan de ondernemer om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit of van onderdelen daarvan. Blijkens de slotzin van het vijfde lid van artikel 26 WOR kan een door de Ondernemingskamer getroffen voorziening niet de door derden verworven rechten aantasten.²⁸

24. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 maart 1991, ROR 1991/6.

25. Individuele werknemers kunnen geen beroep instellen ex artikel 26 WOR. Zie onder andere Kamerstukken II 1976/77, 13954, nr. 1-3, p. 40-41 en Kantonrechter Utrecht 27 februari 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AG7947. Zie ook artikel 7 WOR.

26. Zier hierover hierna hfst. 9.

27. De in artikel 26 lid 5 WOR genoemde voorzieningen kunnen tevens als voorlopige voorziening worden opgelegd, zie artikel 26 lid 8 WOR.

28. In de Noest-Beheer-beschikking heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat in het geval dat de overnemer voortdurend nauw betrokken is geweest bij de besluitvorming, hij niet als derde kan worden beschouwd en om die reden niet wordt beschermd door artikel 25 lid 65 WOR. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AG2503 (Noest Beheer).

Tegen een beschikking van de Ondernemingskamer kan cassatie worden ingesteld. De cassatietermijn is ingevolge artikel 426 Rv drie maanden te rekenen van de dag van de uitspraak van de Ondernemingskamer.

1.4 Historie van het beroepsrecht

Sinds de herziening van de WOR in 1979, de derde wet, is het adviesrecht versterkt met het beroepsrecht uit artikel 26 WOR.²⁹ De eerste WOR uit 1950³⁰ en de tweede WOR uit 1971³¹ kenden weliswaar een adviesrecht toe aan de ondernemingsdaad, maar het adviesrecht onder de eerste en tweede WOR was niet versterkt met een beroepsrecht. Met de koppeling van het beroepsrecht aan het adviesrecht van artikel 25 WOR in 1979 heeft de ondernemingsraad een krachtig middel in handen om zijn invloed op de besluitvorming van de ondernemer uit te oefenen.

Hieronder volgt een behandeling van de totstandkominggeschiedenis van het beroepsrecht. Eerst volgt een uiteenzetting van punten uit het rapport van de commissie-Verdam. Daarna volgt een behandeling van het SER-advies en de beide wetsontwerpen die hebben geleid tot de invoering van het beroepsrecht met de inwerkingtreding van de derde WOR in 1979.

1.4.1 Commissie-Verdam: recht van enquête of recht van beroep?

In het rapport van de commissie-Verdam werd voor het eerst gesproken over de mogelijkheid een recht van beroep toe te kennen aan ondernemingsraden. Een groot deel van de commissie was echter tegen een beroepsrecht voor ondernemingsraden en wilde dat uitbreiding van gebruikmaking van het enquêterecht voor ‘algemeen erkende centrale organisaties van werknemer (de ondernemingsraad gehoord) wordt mogelijk gemaakt’.³²

De aanbeveling om de ondernemingsraad een beroepsrecht toe te kennen was afkomstig van het commissielid Den Uyl, de latere minister-president.³³ De Commissie Ondernemingsraden van de Sociaal Economische Raad zou moeten worden aangewezen als de beroepsinstantie. Het voorstel van Den Uyl kon niet rekenen op steun binnen de commissie-Verdam. De overige leden van de commissie achtten een beroepsrecht voor ondernemingsraden tegen beslissingen van de werkgever bezwaarlijk. Met het toekennen van een beroepsrecht aan de ondernemingsraad zou te veel de nadruk komen te liggen op de mogelijkheid van een conflict tussen de werkgever en de overige leden van de ondernemingsraad.³⁴ Het is van belang hier op te merken dat de bestuurder destijds ook zitting had in de ondernemingsraad. Volgens de overige leden van de commissie zijn er

29. Wet van 5 september 1979, Stb. 1979, 448.

30. Wet van 4 mei 1950, Stb. 1950, K174.

31. Wet van 28 januari 1971, Stb. 1971, 54.

32. Rapport commissie-Verdam, p. 8.

33. Rapport commissie-Verdam, p. 92.

34. Rapport commissie-Verdam, p. 92.

ernstige bezwaren verbonden aan een beroepsrecht voor de ondernemingsraad.³⁵ Het toekennen van een recht van beroep zou allereerst slechts in een aantal gevallen mogelijk zijn, omdat anders de gang van zaken in de onderneming zou kunnen worden verlamd.³⁶ Ten tweede stelt de commissie dat het toekennen van een beroepsrecht aan werknemers of ondernemingsraad zou stuiten op bezwaren in verband met de gezagsverhoudingen binnen de onderneming. Ten slotte achtte de commissie een rechterlijk college – zoals de Ondernemingskamer – niet de aangewezen instantie te oordelen over ondernemingsbeleid, tenzij sprake is van wanbeleid of wantoestanden.

De commissie-Verdam adviseerde uiteindelijk het recht van enquête toe te kennen aan ‘elk van de erkende centrale werknemersorganisaties’. De commissie zag het evenwel niet zitten de ondernemingsraad een zelfstandig recht van enquête toe te kennen. De commissie achtte dit onverenigbaar met het karakter van de ondernemingsraad, omdat de ondernemingsraad een college van overleg en beraad was waarvan de ondernemer de voorzitter was.³⁷ Ook vanuit praktische overwegingen zag de commissie het niet zitten ondernemingsraden het recht van enquête toe te kennen, omdat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid bezit. De commissie acht het niettemin wenselijk dat ondernemingsraden een rol wordt toegekend in het kader van enquêteprocedures die kunnen worden geëntameerd door verenigingen van werknemers:³⁸

‘De commissie heeft evenwel gemeend, dat de ondernemingsraad in dezen niet geheel behoort te worden uitgeschakeld: het is immers van belang, dat dit college in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze over de situatie in de onderneming te geven. Volgens het voorstel zullen de vakcentrales daarom de ondernemingsraad horen, vóórdat zij een verzoek tot het instellen van een enquête doen.’

1.4.2 SER-advies inzake een beroepsrecht van werknemers en wetontwerpen 13350 en 13954

Het rapport van de commissie-Verdam is door de regering aan de SER voorgelegd met het verzoek een advies uit te brengen over het rapport. De SER heeft naar aanleiding van dit verzoek op 13 oktober 1972 het advies ‘Inzake een beroepsrecht van werknemers’ uitgebracht. In dit rapport adviseerde de SER tot het toekennen van een recht van beroep van werknemers. Onder een beroepsrecht van werknemers moet volgens de SER worden verstaan de bevoegdheid van een collectief van werknemers om tegen beslissingen van de ondernemer, welke de belangen van de gezamenlijke werknemers of van groepen werknemers raken, in beroep

35. Rapport commissie-Verdam, p. 16.

36. Rapport commissie-Verdam, p. 16.

37. Bij de herziening van de WOR in 1979, de derde wet, is de samenstelling van de ondernemingsraad gewijzigd. Met deze wetswijziging is de ondernemingsraad verzelfstandigd; de ondernemer maakt geen onderdeel meer uit van de ondernemingsraad. Wet van 5 september 1979, Stb. 1979, 448.

38. Rapport commissie-Verdam, p. 66.

te komen bij een onafhankelijke instantie.³⁹ Dit beroepsrecht van werknemers moet volgens de SER worden toegekend aan de ondernemingsraad.

De regering nam de aanbevelingen van de SER inzake een beroepsrecht voor de ondernemingsraad ter harte. De voorstellen van de SER over de wijze waarop de wettelijke regeling van het beroepsrecht moest worden vormgegeven zijn in belangrijke mate door de regering overgenomen, zoals blijkt uit de memories bij de wetsontwerpen 13350 en 13954 en de uiteindelijke wetstekst van artikel 26 WOR.

Hieronder worden een aantal belangrijke punten uit het SER-advies uit 1972 en de parlementaire geschiedenis bij de wetsontwerpen 13350 en 13954 uitgelicht. Dit wordt gedaan aan de hand van verschillende deelonderwerpen. Per deelonderwerp wordt geschetst welke discussies zijn gevoerd binnen de SER en tijdens de parlementaire behandeling over de wijze waarop een wettelijke regeling inzake een beroepsrecht voor de ondernemingsraad moet worden vormgegeven. De volgende deelonderwerpen worden behandeld: (1) achterliggende motieven invoering beroepsrecht, (2) orgaan dat beroepsrecht moet toekomen, (3) bevoegde instantie behandeling beroepszaken, (4) werkingssfeer beroepsrecht en (5) beroepsgrond en sancties.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de SER niet tot een unaniem advies is gekomen over de wijze waarop het beroepsrecht precies moet worden vormgegeven. Om deze reden wordt in deze paragraaf dikwijls gesproken over 'een meerderheid van de Raad' of 'een minderheid van de Raad'. Hiermee wordt getracht inzichtelijk te maken wel deel van de leden binnen de SER al dan niet een bepaalde visie volgt.

Ad 1 achterliggende motieven invoering beroepsrecht

De overgrote meerderheid van de Raad was het erover eens dat een beroepsrecht voor de ondernemingsraad moest worden ingevoerd. Binnen de SER was echter wel verdeeldheid over de vraag op welke inhoudelijke gronden een beroepsrecht moest worden toegekend. Een groot deel van de Raad meende dat het beroepsrecht past bij de medezeggenschapsgedachte zoals die in de WOR gestalte heeft gekregen.⁴⁰ De medezeggenschapsgedachte krijgt volgens de genoemde meerderheid van de Raad meer reliëf indien de ondernemingsraad niet alleen een adviesrecht, maar ook een beroepsrecht heeft ten aanzien van belangrijke beslissingen van de ondernemingsleiding.⁴¹ Het beroepsrecht kan worden gezien als een afronding van de in de WOR neergelegde medezeggenschapsgedachte. In het SER-advies werd bovendien opgemerkt dat met het toekennen van een beroepsrecht aan de ondernemingsraad scherper wordt onderlijnd dat de belangen van het personeel van de onderneming een gewichtige factor behoren te zijn bij de beslissingen van de ondernemingsleiding.⁴² Een andere deel van de Raad

39. Advies inzake een beroepsrecht van werknemers (SER-advies 16/72 van oktober 1972 aan de minister van Justitie en van Sociale Zaken), Den Haag: SER 1972 (online publiek), p. 4.

40. SER-advies 16/72, p. 5.

41. SER-advies 16/72, p. 5.

42. SER-advies 16/72, p. 5.

meende dat nog een andere rechtvaardigingsgrond bestaat voor de invoering van het beroepsrecht. Dit deel van de Raad meende dat uit het oogpunt van deugdelijke rechtsbescherming van de belangen van werknemers behoefte bestaat aan een beroepsrecht voor de ondernemingsraad.⁴³ Gewezen werd op de bezwaren die zijn gekoppeld aan het aanwenden van het enquêterecht in de situatie waarin een ondernemer een beslissing neemt welke in ernstige mate zonder redelijke grond indruist tegen de belangen van werknemers. De mogelijkheden tot het aanwenden van het enquêterecht zijn volgens dit deel van de Raad namelijk beperkt, omdat het enquêterecht slechts bij bepaalde rechtsvormen, namelijk de naamloze en besloten vennootschap en de coöperatieve vereniging, bestaat. Ook achtte dit deel van de Raad het bezwaarlijk dat het enquêterecht niet gericht is op een bepaalde beslissing van de ondernemer, maar op beleid: 'slechts zelden zal een individuele beslissing als symptomatisch voor een bepaald beleid zijn te beschouwen en daarom grondslag kunnen zijn voor een enquête'.

Ook de regering was voorstander van een beroepsrecht voor de ondernemingsraad omdat het de medezeggenschap van werknemers versterkt:⁴⁴

'Voor zover het beroepsrecht beslissingen van de ondernemer betreft waaromtrent de werknemers, vertegenwoordigd door de ondernemingsraad, tevoren advies hebben uitgebracht, geeft het aan deze adviezen immers een groter gewicht. Het stelt grenzen aan de ruimte die de ondernemer heeft om van een dergelijk advies af te wijken.'⁴⁵

Invoering van het beroepsrecht is naar het oordeel van de regering verder wenselijk omdat het ertoe zal bijdragen dat ondernemers bij wie de besluitvorming niet in alle gevallen voldoende zorgvuldig geschiedt, daarin verbetering zullen aanbrengen.⁴⁶ Voorts zal er vanuit het beroepsrecht een stimulans uitgaan om ook in de toekomst bij het nemen van belangrijke besluiten de vereiste zorgvuldigheid te blijven betrachten. Ten slotte bevordert het beroepsrecht dat ondernemers bij het nemen van belangrijke sluiten ernstig rekening zullen houden met de adviezen van de ondernemingsraad.

Ad 2 *Orgaan dat beroepsrecht moet toekomen*

Naar het oordeel van de SER moest het beroepsrecht een bevoegdheid van de ondernemingsraad zijn, aangezien dit het orgaan is dat de werknemers binnen de onderneming vertegenwoordigt.⁴⁷ Volgens de SER heeft het toekennen van het beroepsrecht aan de ondernemingsraad verder als voordeel dat de bevoegdheid tot het instellen van beroep niet afhankelijk is van de rechtsvorm van de onderneming. De WOR geldt immers ongeacht de rechtsvorm van de onderneming, aldus de SER in zijn advies.⁴⁸

43. SER-advies 16/72, p. 5-6.

44. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 9.

45. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 9.

46. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 40.

47. SER-advies 16/72, p. 7.

48. SER-advies 16/72, p. 7.

De regering sloot zich aan bij de door de SER gegeven motieven waarom de ondernemingsraad het beroepsrecht moet worden verleend.⁴⁹ Volgens de regering is de ondernemingsraad bij uitstek het geschikte orgaan voor de uitoefening van het beroepsrecht, daar dit orgaan het gehele personeel van de onderneming vertegenwoordigt.⁵⁰

Ad 3 Bevoegde instantie behandeling beroepszaken

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van het beroepsrecht overwoog de regering dat de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam zal worden aangewezen als de instantie die bevoegd is tot kennisneming van het beroep van de ondernemingsraad.⁵¹ Dit was geheel in overeenstemming met het advies van de SER. Naar oordeel van de SER is de Ondernemingskamer de meest aangewezen instantie om over het beroep tegen ondernemingsbesluiten te oordelen, onder meer omdat de Ondernemingskamer reeds is belast met de toepassing van het aan het beroepsrecht enigszins verwante enquêterecht.⁵² Bovendien achtte de SER de Ondernemingskamer, gezien haar samenstelling, bij uitstek competent te oordelen over kwesties van economische en sociaaleconomische aard, welke het voorwerp zijn van het beroepsrecht.

Ad 4 Werkingssfeer beroepsrecht

De overgrote meerderheid van de SER was dus voor de invoering van een beroepsrecht van de ondernemingsraad tegen beslissingen van de ondernemer. De vraag was echter tegen welke ondernemersbesluiten beroep moet kunnen worden ingesteld. De WOR kent immers meerdere rechten toe aan de ondernemingsraad: verschillende informatierechten, het instemmingsrecht en het adviesrecht e.d.

Volgens de SER lag het in de lijn dat bij de aanwijzing van ondernemersbesluiten waartegen beroep kan worden ingesteld, aansluiting wordt gezocht bij de besluiten die de ondernemer ter advisering aan de ondernemingsraad moet voorleggen.⁵³ Binnen de Raad bestond niettemin verdeeldheid over de vraag welke adviesplichtige besluiten moesten worden onderworpen aan het beroepsrecht. Daarbij moet worden bedacht dat voor 1979 de ondernemingsraad een adviesrecht had ten aanzien van economische en bedrijfsorganisatorische aangelegenheden (geregeld in het toenmalige artikel 25 WOR)⁵⁴ en een adviesrecht inzake besluiten inzake het sociale beleid (geregeld in het toenmalige artikel 26 WOR).⁵⁵ Bijna de gehele Raad had de wens de besluiten van artikel 25 WOR alsook de besluiten van artikel 26 WOR aan het beroepsrecht te onderwerpen.⁵⁶ Een kleine minderheid wilde het beroepsrecht slechts beperken tot de besluiten die onder

49. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 9

50. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 9.

51. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 11.

52. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 11.

53. SER-advies 16/72, p. 7.

54. Artikel 25 WOR voorzag in een adviesrecht omtrent onderwerpen inzake fusie, bedrijfs-sluitingen, reorganisaties e.d. (economische en bedrijfsorganisatorische aangelegenheden).

55. Onderwerpen die onder artikel 26 WOR vielen, waren onder meer beloningen, beoordeling, aanstellingen ontslag e.d. (aangelegenheden inzake het sociale beleid c.q. personeelsbeleid).

56. SER-advies 16/72, p. 7-9.

artikel 25 WOR vallen. Dit deel van de Raad was van oordeel dat de wetgever niet voor niets een onderscheid had aangebracht tussen de ondernemersbeslissingen opgesomd in artikel 25 WOR (oud) en de onderwerpen van artikel 26 WOR (oud).⁵⁷ Verder wees dit deel van de Raad erop dat de besluiten van artikel 26 WOR een minder ingrijpend karakter en minder gewichtige gevolgen voor het personeel hebben dan de besluiten van artikel 25 WOR. De mogelijkheid tot het instellen van beroep tegen besluiten uit artikel 26 WOR werd dan ook niet wenselijk geacht en zou verder moeilijk bevredigend kunnen worden verwezenlijkt.

De regering deelde de hierboven genoemde bezwaren van de minderheid van de Raad niet. Naar het oordeel van de regering bestaat er geen reden alleen de besluiten van artikel 25 WOR onder het beroepsrecht te laten vallen:⁵⁸

‘Dit vloeit voort uit onze opvatting dat het beroepsrecht gezien moet worden als een verdieping en uitbreiding van de medezeggenschap van de ondernemingsraad. In deze visie doet het feit dat de besluiten van artikel 25 een ander (meer economisch) karakter dragen en van ingrijpender betekenis zijn voor de toekomst van de onderneming en de werkgelegenheid dan de besluiten van artikel 26 inzake het sociale beleid, niet ter zake. Bij beide soorten besluiten zijn de belangen van alle of van groepen werknemers betrokken. Beide categorieën behoren dan ook onder de werkingssfeer van het beroepsrecht te vallen.’

In de memorie van toelichting bij de tweede wet wordt – ‘wellicht ten overvloede’ – door de regering opgemerkt dat zij niet de wens heeft het beroepsrecht uit te breiden naar besluiten die onder het instemmingsrecht vallen: ‘Voor deze besluiten is immers reeds de instemming van de ondernemingsraad vereist, zodat de ondernemer niet eenzijdig rechtsgeldige beslissingen kan nemen.’⁵⁹

Met de herziening van de WOR in 1979 zijn de onderwerpen uit artikel 26 WOR – besluiten op het gebied van het sociale beleid c.q. besluiten in de sfeer van personeelsbeleid – onder het instemmingsrecht van artikel 27 WOR gebracht.⁶⁰ Het beroepsrecht bij de Ondernemingskamer is vanaf toen opgenomen in het vrijgekomen artikel 26 WOR. Met deze wetswijziging zijn besluiten inzake het sociale beleid dus buiten de reikwijdte van het beroepsrecht bij de Ondernemingskamer gebracht. Geschillen hierover vallen onder de algemene geschillenregeling, waarbij de kantonrechter de bevoegde rechter is (artikel 36 WOR).

Ad 5 Beroepsgrond en sancties

Uit de wetsontwerpen die uiteindelijk hebben geleid tot de invoering van het beroepsrecht van de ondernemingsraad, blijkt dat de regering zich in grote lijnen

57. SER-advies 16/72, p. 7-9.

58. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 10.

59. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 10.

60. De regering heeft naar aanleiding van het SER-advies uit 1975 het advies van een deel van de Raad overgenomen om de sociale aangelegenheden uit artikel 26 WOR onder het instemmingsrecht te brengen. Zie hiervoor Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 23 en p. 40-42 en Advies over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden (SER-advies 14/75, Den Haag: 1975 (online publiek)).

heeft verenigd met de inhoud van het advies van de SER uit 1972. Beide wetsontwerpen zijn in overeenstemming met de in het SER-advies geformuleerde beroepsgrond, inhoudende dat beroep uitsluitend kan worden ingesteld indien de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.⁶¹ De SER merkte op dat deze formulering van de beroepsgrond de beleidsvrijheid van de ondernemer wordt gerespecteerd. De toetsing is een rechtmatigheidstoetsing, aldus de SER.⁶² In beide memories wordt er door de regering op gewezen dat besluiten van de ondernemer slechts marginaal kunnen worden getoetst.⁶³

Ten aanzien van één punt week de regering duidelijk af van het advies dat door de meerderheid van de Raad is geformuleerd. In artikel 26 lid 5 WOR is ervoor gekozen dat de Ondernemingskamer voorzieningen kan treffen: de Ondernemingskamer kan desgevraagd de ondernemer gebieden en/of verbieden bepaalde gedragingen te verrichten. De meerderheid van de Raad was echter van mening dat de Ondernemingskamer niet verder mocht gaan dan het wijzen van een declaratoire uitspraak waarin wordt verklaard dat de ondernemer niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen.

De meerderheid van de Raad vond dat de Ondernemingskamer geen voorzieningen moet kunnen treffen. De verklaring voor recht dat de ondernemer niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen, is een zware sanctie waarvan preventieve werking zal uitgaan. Bovendien kan volgens dit deel van de Raad een declaratoire uitspraak met zich brengen dat in sommige gevallen handelingen van de ondernemer ter uitvoering van een kennelijk onredelijk besluit als wanprestatie of onrechtmatige daad jegens werknemers wordt aangemerkt. De meerderheid van de Raad meende voorts dat er ernstige bezwaren zijn verbonden aan het toekennen van de bevoegdheid aan de Ondernemingskamer voorzieningen te treffen. 'Deze maatregelen grijpen in het ondernemersbeleid. Wanneer de Ondernemingskamer verboden en geboden kan geven, bepaalt zij in feite het beleid van de ondernemer. De Raad staat op het standpunt dat dit niet tot de taak van de rechter, dus ook niet van de Ondernemingskamer, kan behoren.' De genoemde meerderheid van de Raad achtte het bovendien niet met marginale karakter van het beroepsrecht te verenigen dat de rechter zelf – op redelijkheidsgronden – het beleid van de ondernemer gaat bepalen.

De regering meende dat de Ondernemingskamer niet alleen de bevoegdheid moet krijgen een declaratoire beschikking te wijzen, maar ook de bevoegdheid tot het treffen van voorzieningen. De regering was van mening dat, alhoewel zij erkende dat een declaratoire uitspraak in de praktijk als sanctie betekenis kan hebben, een declaratoire beschikking alléén geen toereikende sanctie is.⁶⁴ Een declaratoire uitspraak geeft volgens de regering een collectief van werknemers

61. SER-advies 16/72, p. 12; Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 10; Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 23 en p. 42.

62. SER-advies 16/72, p. 12

63. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 10; Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 23 en p. 42.

64. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 12.

namelijk niet de mogelijkheid af te dwingen dat de gevolgen van een kennelijk onredelijk besluit ongedaan kunnen worden gemaakt. Een declaratoire uitspraak kan steun bieden bij de onderbouwing van een (individuele) vordering van een werknemer dat de ondernemer onrechtmatig handelt of wanpresteert, indien hij uitvoering geeft aan het kennelijk onredelijk besluit. Een declaratoire beschikking biedt volgens de regering echter geen zekerheid dat een (individuele) vordering van de werknemer tegen de werkgever slaagt.⁶⁵ Bovendien acht de regering het instellen van een individuele actie door werknemers tegen de ondernemer nogal bezwaarlijk.⁶⁶

Van regeringszijde werd voorts opgemerkt dat een 'morele' sanctie in de vorm van een declaratoire uitspraak, met name met het oog op de preventieve werking van het beroepsrecht, onvoldoende is.⁶⁷ Volgens de regering had de invoering van een recht van beroep voor de ondernemingsraad vooral preventieve betekenis.⁶⁸ Om deze preventieve werking zo sterk mogelijk te doen zijn, moest een verdergaande voorziening dan alleen een declaratoire uitspraak mogelijk worden gemaakt.

1.5 Onderwerpen boek

Hiermee hebben we de twee onderwerpen die centraal staan in dit boek geïntroduceerd vanuit historisch perspectief, te weten de Ondernemingskamer en het adviesrecht van de ondernemingsraad.

Vervolgens zullen verschillende aspecten aan de orde komen die te maken hebben met de rechtspraak van de Ondernemingskamer sinds 1979 over het adviesrecht. In hoofdstuk 2 gaan Meyer en Sprengers in op de feiten en cijfers. Aan de hand van verschillende bronnen brengen zij onder meer in kaart hoeveel beschikkingen de Ondernemingskamer gewezen heeft in de afgelopen 40 jaar als ook gemiddeld per jaar. Daarbij wordt ook een onderverdeling gemaakt naar verschillende sectoren als ook naar de uitkomsten van de procedure. Een bekend gegeven door de jaren heen is dat veel zaken worden ingetrokken bij de Ondernemingskamer. Onderzocht wordt hoe hoog dit percentage jaarlijks is en wat daarvoor de redenen kunnen zijn. Ook het aantal zaken per voorzitter in de afgelopen 40 jaar worden in kaart gebracht.

In hoofdstuk 3 is een interview aan te treffen met drie voorzitters van de Ondernemingskamer, die een groot stempel hebben gedrukt op de ontwikkeling in de rechtspraak van de Ondernemingskamer: de heren Willems, Ingelse en Makkink, de huidig voorzitter. Witteveen en Sprengers hebben met hen een gesprek gevoerd waarin zij openhartig spreken over de ontwikkelingen in de rechtspraak op het terrein van het adviesrecht in de afgelopen decennia.

65. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 12.

66. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 12.

67. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 42.

68. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 1-3, p. 12.

Vervolgens komen zes verschillende deelonderwerpen die betrekking hebben op het adviesrecht aan de orde, die met name aan de hand van de rechtspraak van de Ondernemingskamer worden beschouwd:

- In hoofdstuk 4 gaat Van Els in op de vraag hoe het begrip ‘belangrijk’ op basis van wetsgeschiedenis en rechtspraak uitgelegd moet worden. Het begrip ‘belangrijk’ is een bepalend criterium in het adviesrecht. Het zorgt ervoor dat zowel in kleinere als grote ondernemingen met dezelfde norm gewerkt kan worden om te bepalen of een voorgenomen besluit onder het adviesrecht valt. Maar dat roept wel de vraag op wanneer een besluit als ‘belangrijk’ te beschouwen is. Van Els brengt dit in kaart.
- In hoofdstuk 5 gaan Dissel en Zaal in op de werking van het adviesrecht in situaties waarin het besluit wordt genomen door een ander dan de ondernemer die de onderneming in stand houdt waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld. De in de rechtspraak ontwikkelde leerstukken toerekening, vereenzelviging en medeondernemerschap worden besproken.
- In hoofdstuk 6 staat het moment van inschakelen van de ondernemingsraad bij het adviesrecht centraal. Van Kempen gaat aan de hand van wetsgeschiedenis en rechtspraak na hoe dit tijdsmoment wordt ingevuld. Om wezenlijke invloed te kunnen uitoefenen op de besluitvorming is het moment van inschakelen van de ondernemingsraad door de bestuurder van essentieel belang. Dat blijkt ook wel uit de hoeveelheid beschikbare rechtspraak over dit vraagstuk.
- In hoofdstuk 7 gaan Unger en Hampsink in op het sociaal plan. Een onderwerp waarbij samenloop van bevoegdheden van vakbonden en ondernemingsraad aan de orde kan zijn. In dit hoofdstuk wordt in kaart gebracht hoe de inhoud van de te treffen maatregelen om de gevolgen van een voorgenomen besluit op te vangen, zoals dat in artikel 25 lid 3 WOR wordt omschreven, een rol speelt in de rechtspraak van de Ondernemingskamer.
- In hoofdstuk 8 komt een onderwerp aan de orde dat met name in de overheidssector een grote rol speelt: de bepaling over het primaat van de politiek, zoals opgenomen in artikel 46d sub b WOR. Jellinghaus en Moltmaker brengen in kaart hoe deze bepaling in de rechtspraak wordt uitgelegd. Er is geen onderdeel in de WOR waar de Hoge Raad zich zo vaak over heeft moeten buigen. De ambivalente doelstelling van deze bepaling zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis, te weten bescherming van het primaat van de politiek, maar niet verder dan nodig is om de doelstelling dat de OR bij de overheid zo veel mogelijk een gelijke positie heeft als een ondernemingsraad in de andere sectoren, brengt met zich mee dat deze bepaling tot veel geschillen heeft geleid.
- In hoofdstuk 9 wordt aandacht besteed aan de toetsingsnorm, zoals die in artikel 26 lid 4 WOR is opgenomen. Hoe worden de besluiten van ondernemers door de rechter getoetst? In hoeverre is er sprake van een marginale toetsing en in hoeverre van een volle toetsing? Wiersma en Hampsink brengen dit in kaart.

Het boek wordt afgesloten met de ervaringen van enkele ondernemingsraden die bij de Ondernemingskamer hebben geprocedeerd. Hoe kijken zij tegen deze procedure aan, hoe waren hun ervaringen? Wat is er nadat de Ondernemingskamer een beschikking heeft gewezen gebeurd? Aan de hand van een vragenlijst is dit geïnventariseerd. Lamers heeft in hoofdstuk 10 de uitkomsten hiervan verwerkt.

Daarmee eindigen we met de ervaringen van de partij die in artikel 26 WOR het beroepsrecht is toegekend in 1979: de ondernemingsraad. Een bevoegdheid om de preventieve werking van de nakoming van de wettelijke regeling van het adviesrecht te vergroten. Op deze wijze hopen we een compleet beeld te schetsen van de bijzondere procedure die de wetgever 40 jaar geleden heeft gecreëerd in de Wet op de Ondernemingsraden: de procedure bij de Ondernemingskamer over het adviesrecht.

2 40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht: de feiten en cijfers

M. Meyer en L.C.J. Sprengers

2.1 Inleiding

In 1979 is de mogelijkheid geïntroduceerd om een procedure aanhangig te maken bij de Ondernemingskamer in het geval de ondernemer een besluit neemt dat afwijkt van het advies van de ondernemingsraad. In dit hoofdstuk gaan we na in welke mate van deze bevoegdheid gebruikgemaakt is in de afgelopen 40 jaar.

Bij aanvang leek het een eenvoudige opdracht om data over het aantal procedures en de uitkomsten daarvan op basis van één wetsartikel bij één gerechtelijke instantie in kaart te brengen. Toen wij ermee aan de slag gingen, bleek het toch minder eenvoudig dan op het eerste gezicht zou lijken. Zeker voor wat betreft de beginjaren was het zoeken om de juiste informatie te verzamelen. Wij hebben ons bij dit onderzoek gebaseerd op de volgende bronnen:

- gepubliceerde beschikkingen van de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 WOR zoals die aan te treffen zijn op rechtspraak.nl, ARO, JAR en andere juridische tijdschriften;
- de ordners die de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam zelf nog in haar archief heeft staan met name voor wat betreft de beschikkingen in de eerste 10 jaar;¹
- de databank van Sprengers Advocaten waarin samenvattingen opgenomen zijn van de uitspraken van de Ondernemingskamer vanaf 1984; en²
- de jaarverslagen van de Ondernemingskamer waarin data zijn opgenomen over het aantal ingekomen verzoeken, intrekkingen en beschikkingen. Deze cijfers zijn door de Ondernemingskamer bijgehouden vanaf 1996 en vanaf die datum ook gepubliceerd.

Wij hebben vervolgens gekeken op welke wijze de uitspraken te rubriceren zijn naar sectoren waarin het geschil speelt. Wij hebben daarvoor gekozen om aan

1. Met dank aan Evelien van Gelder die deze gegevens heeft verzameld.

2. Met dank aan Laura Isotalo voor het schrijven van het 'text scraping tool'.

te sluiten bij de sectorindeling die door de bedrijfscommissies gehanteerd worden,³ te weten:

- Markt I, waaronder vallen de commerciële sectoren;⁴
- Markt II, waaronder vallen de sectoren zorg en welzijn en sociaal-culturele sectoren (cultuur, sport, onderwijs en gesubsidieerde arbeid);⁵ en
- de Overheidssector, waaronder vallen de publiekrechtelijke rechtspersonen waar ambtenaren werkzaam zijn, waar de WOR voor van toepassing is.⁶

Vervolgens hebben wij per beschikking gekeken naar de namen van partijen en mogelijke informatie die uit de beschikking bleek om aan de hand daarvan zo goed mogelijk een inschatting te maken van de sector waaronder de onderneming valt. Er zijn een aantal grensgevallen waarbij we niet helemaal zeker zijn of de door ons gemaakte keuze juist is, maar voor wat betreft het overgrote deel gaan wij ervan uit dat dat wel het geval is.

Cijfers zeggen niet alles, maar ze geven wel een helder beeld, althans dat hopen wij.

2.2 Aantal beschikkingen

We hebben het aantal beschikkingen van de Ondernemingskamer in kaart gebracht voor wat betreft het hele kalenderjaar in de periode vanaf 1979 tot nu. Dat houdt in dat 1979 zelf in het overzicht niet is opgenomen. Dit was de aanloopperiode waarbij de proceduregang bij de Ondernemingskamer wel was opengesteld, maar er nog geen beschikkingen door de Ondernemingskamer zijn geweest. De eerste beschikking van de Ondernemingskamer is geweest op 1 mei 1980 inzake het Linge Ziekenhuis.⁷ Dit was meteen een zeer bepalende uitspraak voor wat betreft de reikwijdte van de procedure bij de Ondernemingskamer. Het betrof een besluit waarover geen advies was gevraagd door de ondernemer en waartegen de ondernemingsraad in beroep ging bij de Ondernemingskamer. Het was geen uitgemaakte zaak dat de Ondernemingskamer ook bevoegd

3. Met dank aan Sophia Geelkerken en haar collega's van de SER voor het valideren van onduidelijke gevallen waarbij de sectorindeling moeilijk was te bepalen; één kanttekening hierbij is het feit dat vóór 2010 veel meer commissies bestonden en de driedeling in Markt I, II en Overheid niet altijd optimaal met de werkelijkheid overeen komt.

4. Hieronder vallen volgens de opgave van de website van Bedrijfscommissie Markt I: Afbouw en Onderhoud, Ambachten, Bouwnijverheid, Detailhandel, Dienstverlening, Financiële Dienstverlening, Grafisch Bedrijf, Groothandel, Handel in Vee, de Groothandel in Eieren en Eiproducten en de Eiproductenindustrie en de Pluimveehandel en -industrie, Horeca en Catering, Houtindustrie, de Industriële Groothandel in Hout en de Bosbouw, Industrie, Metaal en Techniek, Metalektro, Reinigingsbedrijven, Vervoer en Logistiek, Voeding, Wegvervoer, Woningcorporaties.

5. Hieronder vallen volgens de opgave van de website van Bedrijfscommissie Markt II: Gesubsidieerde Arbeid, Onderwijs, Sport, Welzijnssector, Zorg, Overige sectoren (voorheen: Algemene Bedrijfscommissie).

6. Hieronder vallen, zo blijkt uit de website van de Bedrijfscommissie voor de overheid: Rijk, Politie en publiekrechtelijke Zelfstandige Bestuursorganen (ZBO'S), Gemeenten, Provincies, Waterschappen en gemeenschappelijke regelingen.

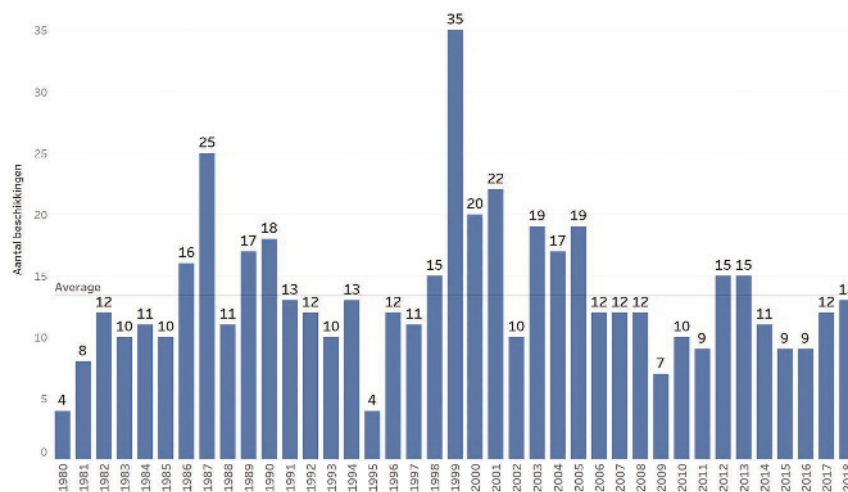
7. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 mei 1980, NJ 1981/271.

was een dergelijk geschil te behandelen, omdat uit de wettekst volgde dat de Ondernemingskamer diende te toetsen of de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen – zoals door de ondernemingsraad in zijn advies kenbaar gemaakt – in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. De Ondernemingskamer had ook kunnen stellen dat het hier ging om een nalavingsgeschil dat op basis van de algemene geschillenregeling (artikel 36 lid 2 WOR) onder de bevoegdheid van de kantonrechter valt. De Ondernemingskamer kwam tot de conclusie dat zij echter bevoegd is om te oordelen over geschillen met betrekking tot de vraag of het besluit al dan niet terecht niet ter advies aan de ondernemingsraad is voorgelegd. Over het belang van deze eerste beschikking zie ook het interview met de rechters van de Ondernemingskamer waarin gesproken wordt over een ‘landmark-decision’ (hoofdstuk 3.1).

Het overzicht van het aantal procedures eindigt met het volle kalenderjaar 2018. De beschikkingen die in 2019 zijn geweest zijn buiten het onderzoek gehouden.

In figuur 2.1 is een overzicht opgenomen van het aantal beschikkingen per jaar op grond van artikel 26 WOR. Gemiddeld heeft de Ondernemingskamer 13,33 beschikkingen per jaar geweest. Uitschieter naar beneden was 1995 met vier beschikkingen (als we 1980 buiten beschouwing laten waar nog sprake was van de aanloopfase). Uitschieter naar boven toe was het jaar 1999 met 35 beschikkingen. In 1995 is het bereik van de Wet op de ondernemingsraden uitgebreid tot de overheidssectoren waarbij er sprake was van een overgangstermijn van twee jaar, waarbinnen overheidsondernemers dienden over te gaan tot het instellen van een ondernemingsraad op grond van de WOR.

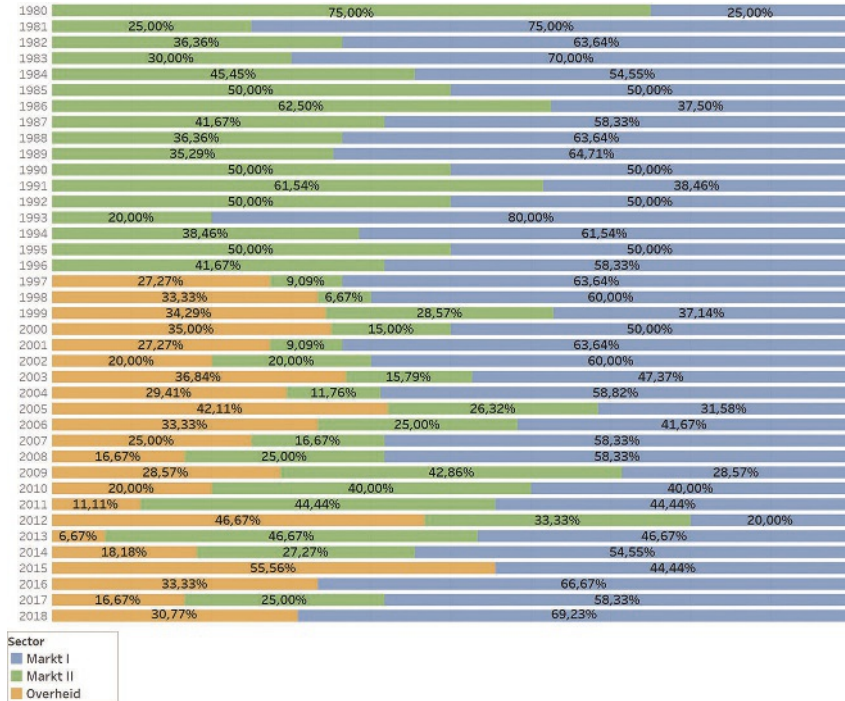
Figuur 2.1 Aantal beschikkingen per jaar (N=520)



In figuur 2.2 hebben we een indeling gemaakt naar sectoren waaruit de geschillen afkomstig zijn. Uit dit overzicht blijkt dat 34,29% van de beschikkingen in 1999 betrekking had op overheidsondernemingsraden. Maar ook als deze buiten beschouwing worden gelaten, dan nog was 1999 een jaar dat hoog scoorde, want

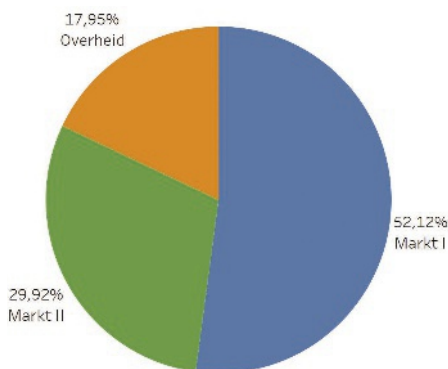
zonder de beschikkingen van de overheidsondernemingsraden zou het aantal beschikkingen op 24 zijn uitgekomen. Wel is het zo dat in 1999 het aantal intrekkingen procentueel gezien het laagst is over alle jaren heen waarover de gegevens met betrekking tot de intrekking beschikbaar zijn (zie hierna figuur 2.9). Dit verklaart voor een deel waarom het aantal beschikkingen hoger is uitgevallen in dat jaar.

Figuur 2.2 Aantal beschikkingen per sector in percent; per jaar (N=520)



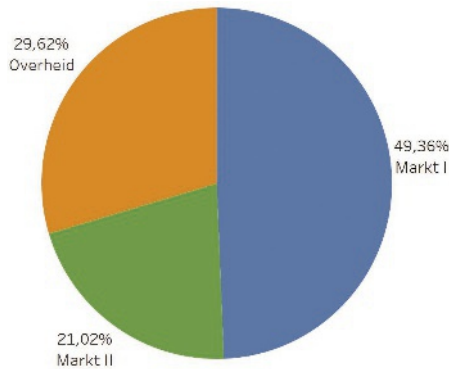
Een van de vragen die gesteld kan worden is of het zo is dat ondernemingsraden in de overheidssector meer procederen dan ondernemingsraden in andere sectoren.

Figuur 2.3 Aantal beschikkingen per sector in percent; totaal (N=520)



In figuur 2.3 is het percentage opgenomen van het aantal procedures in de overheidssector (17,95%) versus Markt I (52,12%) en Markt II (29,92%). Dit is het percentage vanaf 1980 hetgeen een vertekend beeld geeft omdat de procesgang voor ondernemingsraden bij de overheid pas vanaf 1995 is opengesteld met een overgangperiode tot 1997. Indien wij de cijfers over het aantal procedures vanaf 1997 nemen dan is de verdeling procentueel gezien terug te vinden in figuur 2.4.

Figuur 2.4 Aantal beschikkingen per sector in percent; vanaf 1997 (N=314)



Hieruit blijkt dat de overheidsondernemingsraden 29,62% van het aantal procedures gevoerd hebben waarin de Ondernemingskamer tot een beschikking is gekomen. Om dit percentage te kunnen interpreteren is het van belang om ook na te gaan welk gedeelte van de ondernemingsraden afkomstig is uit de overheidssector. Hier doet zich het probleem voor dat er geen nauwkeurige cijfers beschikbaar zijn over het aantal ondernemingsraden in Nederland en ook niet over de onderverdeling naar sector. Door een aantal maatregelen die in de afgelopen periode zijn genomen zijn er minder bronnen beschikbaar om deze cijfers in kaart te kunnen brengen. In het verre verleden was het bijvoorbeeld nog verplicht om het reglement van iedere ondernemingsraad op te sturen naar de bedrijfscommissie. Op die wijze was er in ieder geval een bron over de aantallen geregistreerde reglementen waarmee, rekening houdend met een bepaalde marge van niet-nakoming van deze registratieverplichting, berekend kon worden wat het aantal ondernemingsraden ongeveer zou zijn. Ook de regeling met betrekking tot de subsidiëring van de scholingskosten via het GBIO gaf cijfers over het aantal ondernemingsraden dat daar gebruik van maakte. Verder wordt er in opdracht van het ministerie van SZW periodiek een onderzoek verricht naar de naleving van de verplichting een ondernemingsraad in te stellen. Dit geschiedt echter aan de hand van gegevens van de Kamer van Koophandel over het aantal ondernemingen met meer dan 50 werknemers en vervolgens wordt er via enquêteformulieren een steekproef gehouden. Gezien het gebrek aan harde data op dit punt vallen wij terug op het proefschrift van Sprengers uit 1998, waarin aangegeven wordt dat er op dat moment bij de Bedrijfscommissie voor de overheid 1411 geregistreerde ondernemingsraden waren en dit wordt afgezet ten opzichte van een totaal op dat

moment van ongeveer 17.000 ondernemingsraden.⁸ Dit leidde in dat proefschrift tot de conclusie dat het aantal ondernemingsraden bij de overheid 8-10% van het totaal uitmaakte. Dit zijn oude cijfers maar geven wel een indicatie in de richting waarin de verhouding gezocht moet worden. Indien het zo is dat 10% van de ondernemingsraden in Nederland afkomstig is uit de overheidssector (hetgeen een hoge inschatting is) dan betekent dat dat het gegeven dat 29,62% van de beschikkingen van de Ondernemingskamer betrekking heeft op procedures aanhangig gemaakt door ondernemingsraden bij de overheid dat verhoudingsgewijs ondernemingsraden bij de overheid drie keer zo vaak procederen dan de overige ondernemingsraden.

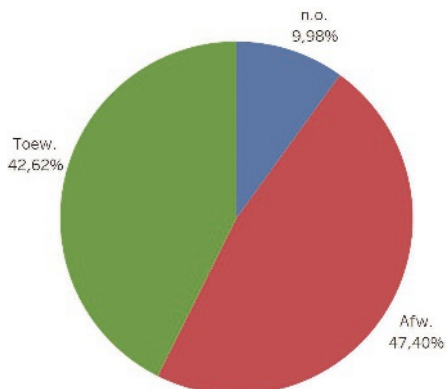
2.3 Inhoud uitspraken

Vervolgens zijn we gaan kijken naar de uitkomsten van de uitspraken van de Ondernemingskamer. Hierbij hebben we een klein aantal uitspraken buiten beschouwing gelaten waarbij door de Ondernemingskamer geen inhoudelijk oordeel is gegeven, bijvoorbeeld omdat de zaak aangehouden werd of een tussenbeschikking werd gegeven over de voortgang van de procedure.

Uit figuur 2.1 blijkt dat er in de afgelopen 40 jaar in totaal 520 beschikkingen door de Ondernemingskamer zijn gewezen. Voor de beoordeling van de uitkomsten van het oordeel hebben we 481 beschikkingen meegenomen. Dat zijn de beschikkingen waarin een oordeel van de Ondernemingskamer over het verzoek is terug te vinden. We hebben daarbij een onderverdeling in drie categorieën gemaakt:

- toewijzend (Toew.), hetgeen erop neerkomt dat het verzoek van de ondernemingsraad zoals dat bij de Ondernemingskamer aanhangig is gemaakt geheel of gedeeltelijk is toegewezen;
- niet-ontvankelijkverklaring (n.o.), meestal omdat een beroep te laat is ingediend; en
- een afwijzing (Afw.) van het verzoek.

Figuur 2.5 Totaal aantal beschikkingen in percent; per soort oordeel (N=481)



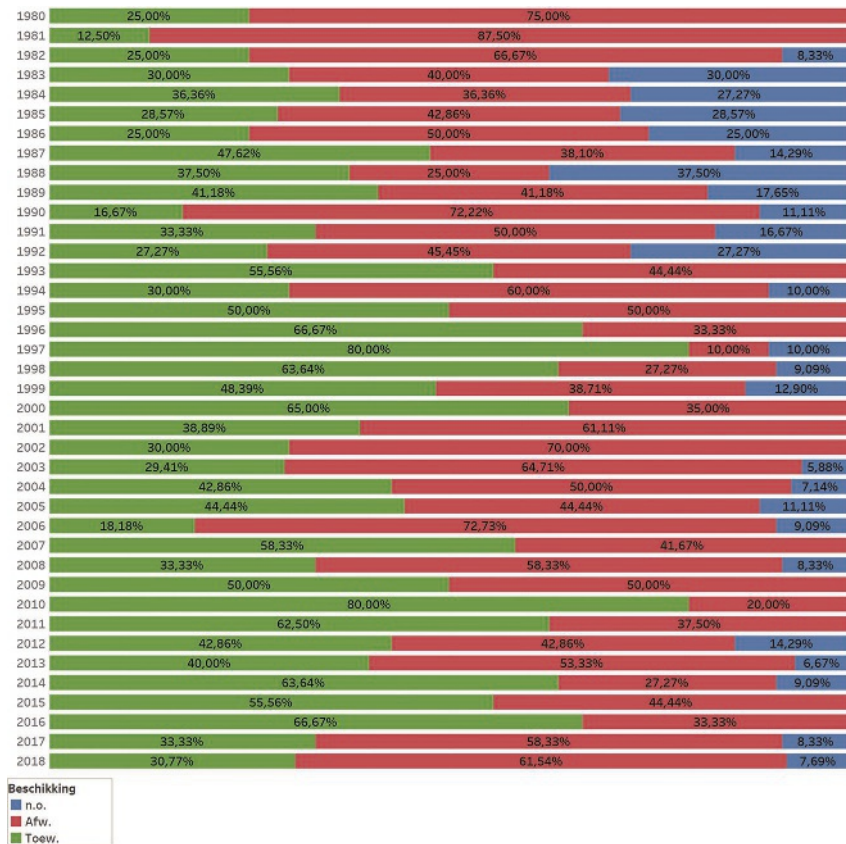
8. L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UVA), Deventer: Kluwer 1998, p. 355.

Uit figuur 2.5 blijkt dat er in 47% van de gevallen sprake is van een afwijzing, dat 10% van de verzoeken niet-ontvankelijk werd verklaard en 43% toegewezen. In figuur 2.6 zijn per jaar de percentages weergegeven.

Het is dan weer interessant om te kijken naar de score van 1999, het jaar met het hoogste aantal beschikkingen van de Ondernemingskamer, en dit nader te beschouwen.

In dat jaar was er sprake van 48% toewijzende beschikkingen hetgeen 6% boven het overall gemiddelde ligt. In 1997 en in 2010 was het percentage toewijzende beschikkingen het hoogst, te weten 80%. In die jaren zijn respectievelijk elf en tien beschikkingen geweest, dus minder dan het meerjarig gemiddelde van 13,3 beschikkingen per jaar.

Figuur 2.6 Beschikkingen in percent per jaar (N=481)



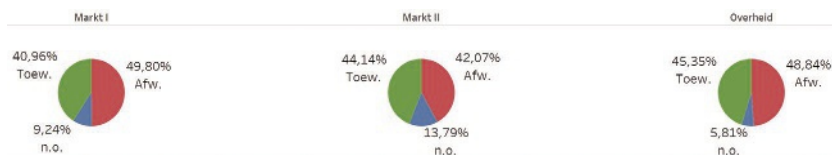
Wij zijn van mening dat de score van de uitkomst van de procedure per jaar geen aanleiding geeft tot het trekken van stellige conclusies.

Als gekeken wordt naar de score over de jaren heen dan vallen wel een aantal aspecten op. Ten eerste dat er sprake lijkt te zijn van een evenwichtig beeld waarbij

de kansen op winst of verlies in een procedure redelijk in evenwicht zijn. Uit deze cijfers valt in ieder geval niet te concluderen dat het voor een ondernemingsraad zinloos is om een procedure bij de Ondernemingskamer aanhangig te maken omdat er geen reële kans op succes zou zijn. Een percentage van 43% succes voor een ondernemingsraad is een hoge succesfactor. Omgekeerd kan evenmin de conclusie getrokken worden dat de Ondernemingskamer geen of onvoldoende oog zou hebben voor de belangen die van ondernemerszijde worden ingebracht. Uit de cijfers blijkt dat in het merendeel van de gevallen, indien niet-ontvankelijkverklaring en afwijzing samengeteld worden, 57% van de verzoeken van de ondernemingsraad worden afgewezen.

Ten tweede is het van belang om bij deze cijfers ook reeds te wijzen op hetgeen hierna aan de orde komt: het intrekingspercentage. Het hoge intrekingspercentage brengt met zich mee dat in al die gevallen waarbij de ondernemingsraad besluit om een aanhangig gemaakt beroep in te trekken er een uitkomst tot stand gekomen is, na instellen van het beroep en voordat de zitting plaatsvindt dan wel voordat de Ondernemingskamer dient over te gaan tot het wijzen van een beschikking, er een resultaat bereikt is dat voor de ondernemingsraad voldoende bevredigend is om het beroep in te trekken. Dit gegeven dient meegenomen te worden bij de interpretatie van de cijfers over de uitkomst van de procedure. Aangenomen mag worden dat in een aantal, of mogelijk ook groot aantal, van de ingetrokken zaken de uitkomst voor de ondernemingsraad succesvol zou zijn geweest indien de zaak was uitgeprocedeerd. Er is immers sprake geweest van een tegemoetkoming aan de kant van de ondernemer die voor de ondernemingsraad voldoende bevredigend is geweest om de zaak in te trekken. Indien een beeld gevormd moet worden van de succesratio van procedures bij de Ondernemingskamer dient derhalve niet alleen gekeken te worden naar het percentage toewijzende beschikkingen, maar dient het aantal ingetrokken procedures daarbij ook meegenomen te worden.

Figuur 2.7 Totaal aantal beschikkingen in percent; per oordeel en sector (N=481)



In bovenstaande taartdiagrammen (figuur 2.7) is per sector het percentage opgenomen van het resultaat van de beschikkingen. In grote lijnen beschouwd wijken die uitkomsten niet wezenlijk af van het gemiddelde. In alle gevallen is het percentage afwijzingen tezamen met niet-ontvankelijkverklaring hoger dan het aantal toewijzingen. De verschillen zitten in de marge van een aantal procenten die niet zeer afwijkend zijn. Voor de sector Markt I is het succespercentage 41% hetgeen 2% lager is dan het gemiddelde en voor de overheidssector 45% hetgeen 2% hoger is dan het gemiddelde. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor de conclusie dat overheidsondernemers eerder gecorrigeerd worden door de Ondernemingskamer dan in de marktsector. Deze verschillen zijn echter van

dien aard dat wij van oordeel zijn dat daar geen algemene conclusies aan te verbinden zijn.

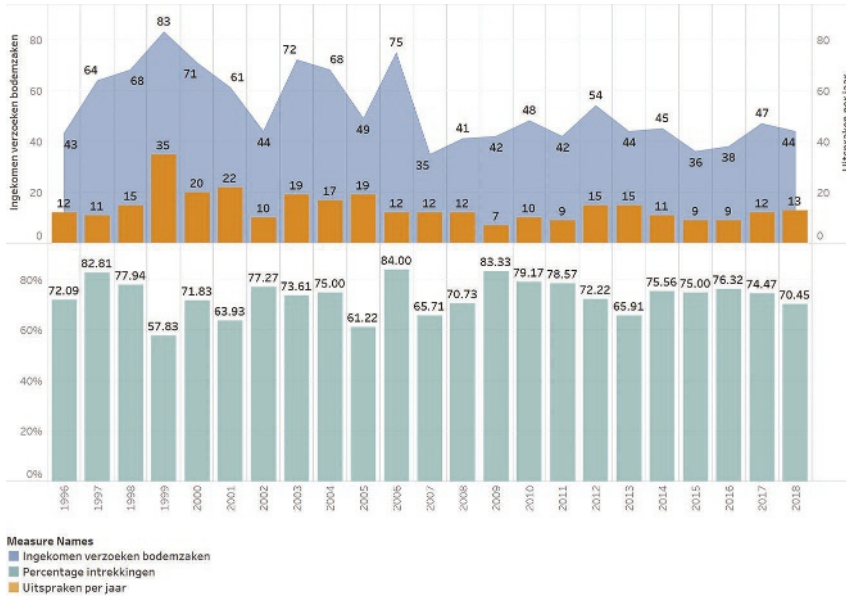
2.4 Aantal beroepen en intrekkingen

Figuur 2.8 Overzicht OK-jaarverslagen 1996-2018

	Ingekomen verzoeken bodemzaken	Behandelingen ter zitting	Aantal beschikkingen (B)	Ingetrokken
1996	43	12	12	26
1997	64	14	12	50
1998	68	20	11	35
1999	83	29	29	54
2000	71	24	19	47
2001	61	19	18	42
2002	44	14	10	30
2003	72	25	16	47
2004	68	17	16	51
2005	49	19	20	30
2006	75	17	13	58
2007	35	14	12	21
2008	41	16	12	25
2009	42	6	6	36
2010	48	10	10	35
2011	42	10	9	32
2012	54	22	15	32
2013	44	17	15	27
2014	45	18	12	27
2015	36	9	9	27
2016	38	15	11	23
2017	47	11	13	36
2018	44	17	13	31

Vanaf 1996 heeft de Ondernemingskamer jaarlijks de cijfers publiek gemaakt met betrekking tot het aantal procedures dat bij de Ondernemingskamer is gevoerd, waaronder ook die op grond van artikel 26 WOR. Daarbij heeft de Ondernemingskamer ook inzicht gegeven in het aantal verzoeken dat binnengekomen is in de bodemzaken, het aantal behandelingen ter zitting, het aantal beschikkingen dat is geweest en het aantal ingetrokken zaken. In figuur 2.7 is het overzicht opgenomen vanaf 1996 tot en met 2018. Vervolgens hebben wij uit dit overzicht in figuur 2.8 op een andere wijze het aantal ingediende verzoeken per jaar grafisch weergegeven met daaronder het aantal beschikkingen dat in een jaar is geweest en daarnaast het aantal intrekkingen in een percentage van het aantal aanhangig gemaakte beroepen. Hierbij dient echter een kanttekening gemaakt te worden met betrekking tot een onnauwkeurigheid die in deze cijfers zit. Zowel de cijfers betreffende de gewezen beschikkingen als die betreffende het verzoek tot intrekking hoeven niet altijd betrekking te hebben op het jaar waarop het verzoek is ingediend. Het kan zijn dat het verzoek in het ene jaar wordt ingediend en de intrekking of beschikking in een ander jaar aan de orde is. Omdat we gedurende alle jaren op dezelfde wijze deze onnauwkeurigheid meenemen in het overzicht gaan we ervan uit dat er daardoor wel een verantwoord cijfer uitkomt.

Figuur 2.9 Aantal ingekomen verzoeken (N=885) versus aantal uitspraken per jaar (N=326); percentage ingetrokken verzoeken per jaar



Gemiddeld komt het aantal intrekkingen neer op 73% met een absoluut aantal van gemiddeld 52,8 ingetrokken verzoeken. Dit betekent dat door de jaren heen drie van de vier zaken die aanhangig worden gemaakt bij de Ondernemingskamer worden ingetrokken voordat de Ondernemingskamer een beschikking hoeft te wijzen. Wat ook opvallend aan deze cijfers is, is dat dit aantal intrekkingen in ieder geval ieder jaar geldt voor meer dan de helft van de zaken die aanhangig worden gemaakt en dat het percentage redelijk constant is. Wat betreft de oorzaken van dit hoge aantal intrekkingen is op de volgende aspecten te wijzen die met name op eigen praktijkervaring gebaseerd zijn:

- Er is sprake van een beroepstermijn van een maand waarbinnen een beroep aanhangig moet worden gemaakt. Vaak kan het zijn dat het overleg over een aangelegenheid nog niet is afgerond binnen de ondernemingsraad of tussen OR en bestuurder voordat de beroepstermijn is verstreken waardoor overgegaan wordt tot instellen van een beroep om in ieder geval de termijn veilig te stellen. Het verzoekschrift geeft weer waar de pijnpunten voor wat betreft de ondernemingsraad zitten. Dit kan voor de bestuurder aanleiding zijn om tot een heroverweging te komen om te kijken of aan deze pijnpunten of bepaalde aspecten daarvan alsnog tegemoet gekomen kan worden.

- Het feit dat een beroepsprocedure door een ondernemingsraad aanhangig wordt gemaakt, kan binnen de onderneming ertoe leiden dat eigenaren, aandeelhouders, bestuursleden, toezichthouders, daarmee voor het eerst worden geïnformeerd over het geschil dat is gerezen in het overleg tussen bestuurder en ondernemingsraad dan wel dat voor hen op dat moment voor het eerst duidelijk wordt hoe zwaarwegend dit is voor de ondernemingsraad. Deze organen van de onderneming kunnen een rol spelen bij het tot stand brengen van oplossingen buiten de rechter om.
- Het feit dat een beroep aanhangig wordt gemaakt en dat de zitting in openbaarheid plaats zal vinden en de door de Ondernemingskamer te wijzen beschikking openbaar is, kan soms een reden zijn voor een ondernemer om alsnog te trachten met de ondernemingsraad tot een vergelijk te komen buiten het oog van de publiciteit.
- De ondernemingsraad kan niet zelf een verzoekschrift indienen, er is sprake van verplichte procesvertegenwoordiging door een advocaat. Een dergelijk verzoekschrift kan vervolgens voor de ondernemer aanleiding zijn om ook juridisch advies in te winnen, waardoor er mogelijk toch anders aangekeken wordt tegen de aangelegenheid en de juridische positie van ondernemingsraad en ondernemer, hetgeen aanleiding kan geven tot hernieuwd overleg. Voorts kan de betrokkenheid van advocaten ertoe leiden dat partijen er dan alsnog in slagen om ingenomen standpunten te overbruggen in onderling overleg om op die wijze alsnog tot een oplossing te komen.

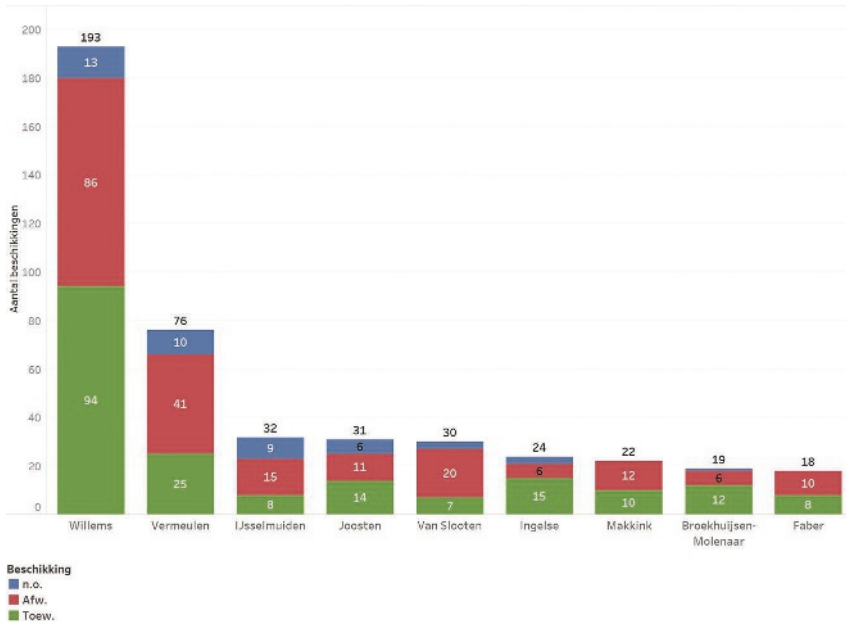
Kijkend naar bovenstaande cijfers kan de conclusie worden getrokken dat het instellen van beroep door een ondernemingsraad een belangrijk instrument kan zijn om alsnog te komen tot een bevredigende uitkomst voor de ondernemingsraad. Het hoge intrekkerspercentage lijkt daar in ieder geval op te duiden.

2.5 Voorzitters

De Ondernemingskamer is een specialistische rechtspraakvoorziening die op een aantal specifieke rechtsterreinen bevoegd is om te oordelen.⁹ De Ondernemingskamer is een meerhoofdig college bestaande uit per zaak 5 personen, die gezamenlijk in de raadkamer tot een oordeel komen.

9. Zie C. Klaassen, 'de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam', opgenomen in het onderzoeksrapport *Specialisatie loont, ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Raad voor de Rechtspraak, research memoranda nr. 1/2010, jaargang 6, p. 136-194. Zie ook hiervoor hfst. 1.2.

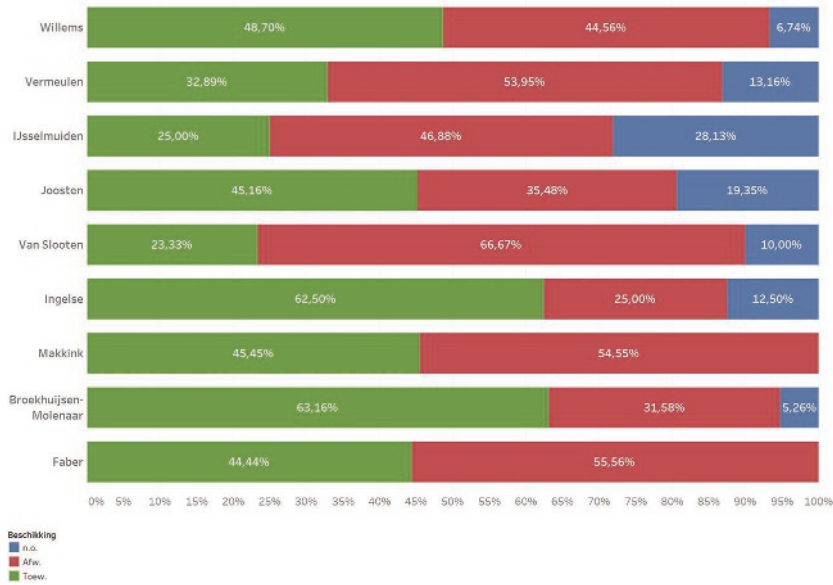
Figuur 2.10 Aantal beschikkingen per voorzitter met minimaal 10 uitspraken (N=445)



We hebben in figuur 2.10 het aantal beschikkingen per voorzitter opgenomen, waarbij we de ondergrens gelegd hebben bij voorzitters die de Ondernemingskamer ten minste in tien of meer beschikkingen hebben voorgezeten. Daarbij is ook gekeken naar het aantal toewijzende en afwijzende en niet-ontvankelijkheidsverklaringen zoals uit die beschikkingen blijkt. Het mag duidelijk zijn dat de interpretatie van deze cijfers veel relativering vergt, omdat het gaat om het oordeel van een vijfhoofdige rechterlijk college en de uitkomst van het oordeel niet per definitie aan de persoon van de voorzitter kan worden gekoppeld. Het komt bijvoorbeeld in de huidige tijd voor dat twee rechters die geregeld als voorzitter optreden soms ook tezamen in één kamer plaatsnemen. In dit overzicht scoort die beschikking dan alleen bij degene die als voorzitter heeft opgetreden. Dit geeft al aan dat de interpretatie van deze gegevens met een korreltje zout genomen moet worden.

Uit deze cijfers blijkt dat de heer Willems als voorzitter verreweg in de meeste zaken betrokken is geweest (193), gevolgd door de heer Vermeulen met 76 en daarna de oud-voorzitters IJsselmuiden, Joosten en Van Slooten met ieder rond de 30 beschikkingen. In figuur 2.11 is het percentage toewijzend, afwijzend en niet-ontvankelijkverklaring per voorzitter weergegeven.

Figuur 2.11 Aantal beschikkingen per voorzitter met minimaal 10 uitspraken (N=445)



2.6 Conclusies

Uit bovenstaande data trekken wij de volgende conclusies:

- De beroepsgang bij de Ondernemingskamer op grond van artikel 25 en 26 WOR heeft met name een belangrijke preventieve werking. Afgaand op het aantal aanhangig gemaakte procedures per jaar en het aantal beschikkingen, kan niet gesteld worden dat er sprake is van een run op de rechter door ondernemingsraden.
- Verhoudingsgewijs gezien procederen ondernemingsraden bij de overheid meer dan de ondernemingsraden in andere sectoren, zeker als afgegaan wordt op het aantal beschikkingen waar overheidsondernemingsraden bij betrokken zijn.
- De uitkomsten van de procedure op grond van het adviesrecht bij de Ondernemingskamer geven een evenwichtig beeld in die zin dat het aantal toewijzende beschikkingen (43%) versus het aantal niet-ontvankelijkheidsverklaringen en afwijzende beschikkingen erop duidt dat er een substantiële kans op succes is voor ondernemingsraden bij het aanhangig maken van een procedure bij de Ondernemingskamer.
- Het hoge percentage intrekkingen (73%) maakt duidelijk dat het aanhangig maken van een procedure bij de Ondernemingskamer niet alleen plaatsvindt met als doel om een rechterlijke uitspraak te krijgen, maar dat dit ook een functie vervult in een vaak nog niet afgerond overlegtraject tussen ondernemingsraad en ondernemer. In driekwart van de gevallen komt er alsnog een uitkomst voordat de Ondernemingskamer tot een oordeel hoeft te komen, die voor de ondernemingsraad reden is om de zaak in te trekken. Naar mag worden aangenomen betekent dat dat de ondernemingsraad tevreden is over de uitkomst van het overleg dat na het indienen van het verzoekschrift heeft plaatsgevonden.

3 De rechters die het adviesrecht toetsen

Interview met Huub Willems, Peter Ingelse en Gijs Makkink, (oud-)voorzitter(s) van de Ondernemingskamer

L.C.J. Sprengers en P.A.M. Witteveen¹

3.1 Inleiding

In deze bundel over 40 jaar rechtspraak van de Ondernemingskamer willen we ook graag de rechters aan het woord laten die bij de Ondernemingskamer betrokken zijn (geweest). De Ondernemingskamer behandelt ieder geschil met een kamer bestaande uit vijf leden: drie rechters en twee raden. Deze laatsten zijn deskundigen afkomstig uit bedrijfsleven, vakbeweging of wetenschap die vanwege hun specifieke kennis aan de Ondernemingskamer toegevoegd worden.

Het interview vindt plaats in het Paleis van Justitie in de werkkamer van Gijs Makkink, de huidige voorzitter van de Ondernemingskamer, sinds 1 mei 2015. Daarvoor is hij als raadsheer al sinds 2010 lid van de Ondernemingskamer geweest. Zijn voorganger, Peter Ingelse, is ook aanwezig. Hij is van 1 augustus 2009 tot 1 mei 2015 voorzitter geweest van de Ondernemingskamer en voordien in de jaren negentig ook nog gedurende viereneenhalf jaar lid geweest van de Ondernemingskamer. De laatste deelnemer is Huub Willems, die in de periode 1 januari 1996 tot 1 augustus 2009 voorzitter van de Ondernemingskamer is geweest. Daarna is hij tot 1 september 2014 raadsheer-plaatsvervanger in de Ondernemingskamer geweest, terwijl hij van 1 september 1987 tot 1 september 1989 als raadsheer deel heeft uitgemaakt van de Ondernemingskamer. Een open gesprek met drie mannen die een belangrijk stempel hebben gedrukt op de rechtspraak van de Ondernemingskamer in de afgelopen decennia.

3.2 Het bereik van de bevoegdheden van de Ondernemingskamer

In artikel 26 WOR is de beroepsgang opengesteld bij de Ondernemingskamer in het geval het door de ondernemer genomen besluit afwijkt van het advies van de ondernemingsraad. In

1. Met medewerking van Loubna Bentohami bij de verslaglegging en uitwerking van het interview.

het geval de verplichtingen van de wet niet worden nageleefd kent artikel 36 WOR een nalevingsprocedure bij de kantonrechter. In de eerste beschikking van de Ondernemingskamer kwam meteen de vraag aan de orde of het ook mogelijk is om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer tegen een besluit op de grond dat daarover geen advies was gevraagd. De Ondernemingskamer besliste in de Lingeziekenhuis-beschikking dat zij ook bevoegd was in een dergelijk geval. Hoe belangrijk is deze eerste beschikking geweest voor het adviesrecht en de rol van de Ondernemingskamer als toetsers van het adviesrecht?

Ingelse: Ik denk dat het niet zonder meer een vanzelfsprekende uitspraak was in die tijd. Het was een belangrijke uitspraak omdat het meteen markeerde dat de medezeggenschap serieus moet worden genomen. Uit de wet vloeit voort dat een ondernemer de door de ondernemingsraad aangedragen belangen moet afwegen voordat hij een adviesplichtig besluit kan nemen. De Ondernemingskamer gaf meteen aan dat dit vereiste zwaar werd gewogen en niet omzeild kon worden door een besluit te nemen zonder advies te vragen. Daarna is een hele reeks van uitspraken gevolgd die duidelijk maakten dat je het adviesrecht inderdaad serieus moet nemen.

Makkink: Het is ook een praktische beslissing geweest, anders moet de ondernemingsraad via de andere weg nakoming van het adviesrecht afdwingen. Het is dus efficiënter om meteen naar de OK te gaan.

Willems: Ik ben het eens met Peter dat de Lingeziekenhuis-beschikking een landmark decision is geweest. Zij heeft er inderdaad in een vroeg stadium voor gezorgd dat de medezeggenschap handen en voeten kreeg. En met Gijs ben ik het eens dat het een praktische beslissing is geweest. Maar het gaat, dunkt mij, verder dan dat: als de ondernemingsraad eerst de route naar de kantonrechter zou moeten gaan, denk ik dat hij in veel gevallen van een procedure zou afzien, mede omdat een gang naar de Ondernemingskamer daarna feitelijk vaak mosterd na de maaltijd zal blijken te zijn. Tegen de tijd dat de Ondernemingskamer tot een uitspraak komt, zal veelal feitelijk een onomkeerbare situatie zijn ontstaan. En dan is het natuurlijk mooi voor de ondernemingsraad dat hij te horen krijgt dat hij het gelijk aan zijn zijde had, maar daar koop je dan niet veel voor.

In latere rechtspraak is ook aan de orde gekomen wat een advies onder voorwaarden betekent.

Makkink: ik vraag me altijd af waarom een OR daarvoor kiest. Als je de weg naar de rechter open wilt houden dan zou je negatief moeten adviseren. Dan krijg je geen discussie bij de rechter over de vraag in welke mate aan de voorwaarden is voldaan en of de ondernemer het advies als een positief advies kon opvatten. Er kunnen natuurlijk wel goede andere redenen zijn voor de keuze van een positief advies onder voorwaarden, zoals bijvoorbeeld een goede verstandhouding met de bestuurder. Maar dan moet het ook een bewuste keuze zijn om met een bepaalde zaak niet naar de OK te willen gaan.

Ingelse: Je ziet wel vaker een zekere voorzichtigheid bij ondernemingsraden. Maar ook een positief advies met voorwaarden kan leiden tot een besluit dat afwijkt van het advies en dat daarom appellabel is.

Willems: Ik denk niet de ondernemingsraad stil staat bij de vraag of hij in zo een geval naar de Ondernemingskamer kan. De medezeggenschap wordt ook gebruikt als een geven en nemen-strategie. Met een voorwaardelijk advies zal hij veelal een ‘tegenprestatie’ beogen te krijgen. En zeker zal ook een rol spelen dat een negatief advies verhoudingen op scherp kan zetten en dat de ondernemingsraad dat liever niet heeft.

3.3 De toetsingsnorm

Vorig jaar heeft de Hoge Raad de toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 WOR, die de Ondernemingskamer dient te hanteren, gekwalificeerd als een marginale toetsing. Die kwalificatie wordt in de beschikkingen van de Ondernemingskamer niet als zodanig gebruikt. Hoe kijken jullie hier tegen aan?

Makkink: Soms heeft de toetsing in medezeggenschapszaken iets kunstmatigs, omdat wij niet gaan over de juistheid van het uiteindelijke besluit. Maar dat is in andere rechtsgebieden, zoals het enquêterecht, niet anders. We gaan niet op de stoel van het bestuur zitten. Maar bij de vraag of er advies gevraagd moet worden, is toetsing volledig en niet terughoudend. Dan bepaalt de rechter of het ja of nee is. Verder gaat het vaak om de beoordeling van de interactie tussen OR en bestuurder, bijvoorbeeld of er op de vragen van de OR goed geantwoord is en of de bestuurder daadwerkelijk oog heeft gehad voor alternatieven aangedragen door de OR. Dat heeft het karakter van een buitenkanttoetsing, maar in een aantal zaken leidt dat er ook toe dat je het besluit inhoudelijk toetst. Al gaat het vaak om een toetsing van de motivering, dat raakt toch in veel zaken aan de inhoud. Een duidelijk voorbeeld is de Thomas Cook-zaak. De OK heeft toen gezegd dat het van belang is dat de RvC voldoende onafhankelijk kan zijn en dat het daarom zonder nadere uitleg niet begrijpelijk is dat besloten is om alleen personen te benoemen als commissaris van de dochtervennootschap die verbonden zijn aan de moedervennootschap. Thomas Cook voerde aan dat het concernbelang altijd overeenkomt met het belang van de dochteronderneming, maar dat kan niet waar zijn. Mij is na lezing van die beschikking niet duidelijk hoe de ondernemer vervolgens met een andere motivering hetzelfde besluit kan nemen.

Ingelse: Het is ook een kwestie van wat voor eisen je aan de motivering stelt. Neem een arbitraal vonnis. Dat moet gemotiveerd zijn. Maar toereikend is dát er een motivering is. Indien deze niet volstreekte onzin oplevert, kan het vonnis niet op een tekort aan motivering worden aangetast. Aan de motivering van een ondernemersbesluit en aan afwijking van het advies stellen de Ondernemingskamer en de Hoge Raad veel hogere eisen. De artikel 26-toets moge dan – voor zover het de inhoud betreft – marginaal zijn, de marge kan door de zware motiveringseis wel sterk beperkt worden.

Men heeft nogal moeten wennen – en moet soms nog steeds wennen – aan de medezeggenschap en de daaraan gestelde eisen. Ondernemers die denken ‘wat een gedoe met die medezeggenschap’. En daartegenover de vaak ietwat angstige en krampachtige ondernemingsraden. Maar als je je aan die eisen houdt, de ondernemer goed uitlegt waarom hij een besluit wil nemen en/of het advies van

de OR niet wil volgen, kan hem weinig gebeuren. Hij verhoogt slechts de kans op een goede beslissing. Het enige risico dat hij loopt, is dat hij zich al motiverende door een zelfbewuste ondernemingsraad laat overtuigen.

Willems: Het begrip marginale toetsing, zoals dat in het algemeen wordt opgevat, met name in het bestuursrecht, geeft heel slecht zo niet in het geheel niet weer hoe de Ondernemingskamer toetst. Er is alleen mee gezegd dat de Ondernemingskamer niet de ondernemer is en dat als bijvoorbeeld een keuze gemaakt moet worden tussen alternatieven die alle goed verdedigbaar zijn of als een beslissing genomen wordt die goed verdedigbaar is, de Ondernemingskamer niet kan zeggen dat zij een andere keuze had gemaakt of een andere beslissing had genomen. Zoals dat heet: de Ondernemingskamer moet niet op de stoel van de ondernemer plaatsnemen. Maar als het gaat om de vraag of een besluit adviesplichtig is, om de vraag of de regels en beginselen van een behoorlijk overlegproces, waaraan de deelnemers als volstrekt gelijken en gelijkwaardigen kunnen deelnemen, in acht zijn genomen, en om de vraag of de voor een besluit gehanteerde argumenten het besluit kunnen dragen, is de toets een volle. En omdat de Ondernemingskamer vaak tot achter de komma uitzoekt of de ondernemingsraad serieus aan de discussie heeft kunnen deelnemen en diep ingaat op de vraag of door de ondernemer gehanteerde argumenten valide zijn, is de toets buitengewoon indringend en verre van marginaal. Misschien mag ik verwijzen naar mijn bijdrage in ArbeidsRecht 2000/15 onder de titel 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de Rechtspraak van de Ondernemingskamer'. Wat daarin staat, geeft naar mijn mening nog steeds goed weer hoe de toetsing door de Ondernemingskamer moet worden begrepen.

3.4 De Ondernemingskamer en de rechtsvorming

Er is een aantal onderwerpen binnen de Wet op de ondernemingsraden waar de wetgever de verdere (rechts)ontwikkeling aan de rechtspraak heeft overgelaten, bijvoorbeeld over de medezeggenschap binnen concerns, het primaat van de politiek. Hoe wordt daar tegenaan gekeken?

Ingelse: In het civiele recht wordt door middel van open normen veel overgelaten aan de rechter en dat is hier niet anders. Als de wetgever een open norm creëert, dan is dat een opdracht aan de rechter. Als de wetgever iets niet regelt, dan ligt het eveneens op het bord van de rechter. In beide gevallen moet de rechter indachtig de doelstelling van de wet de medezeggenschap zo veel mogelijk tot zijn recht laten komen. Ik heb als rechter nooit het gevoel gehad dat ik onvoldoende houvast had om tot een beslissing te komen.

Makkink: Ik denk dat hier verschil zit tussen rechter en partijen. Partijen willen weten waar ze aan toe zijn en dat ze niet met een negatief oordeel geconfronteerd worden. Het perspectief van de rechter is primair de zaak die er ligt. Je hebt als rechter minder last van weinig rechtszekerheid dan partijen. Ik denk dat ik vooral gericht ben op de toepassing van het recht in die ene zaak, al probeert de OK zich steeds voor ogen te houden hoe de uitspraak in het individuele geval past in het recht en de ontwikkeling daarvan.

Ingelse: Ik ben het daarmee eens maar vul aan dat de rechtspraak ook bijdraagt aan het totaalbouwwerk, waarbij hij ernaar streeft helderheid te verschaffen. Als de rechter merkt dat bepaalde vragen steeds terugkomen, dan probeert hij – voorzichtig maar toch – meer zekerheid voor de toekomst te geven.

Makkink: Een ander voorbeeld is de peildatum in uitkoopprocedures. Dat is voor een kleine kring mensen van belang. Daarover is binnen de OK breed gesproken en vervolgens neem je heel bewust een beslissing die afwijkt van de bestaande jurisprudentie. Het komt ook wel voor dat je in noten onder uitspraken ziet dat er meer in gelezen wordt dan dat je bedoeld of voorzien had. Daartussenin zitten de uitspraken die niet wereldschokkend zijn, maar wel exemplarisch voor een bepaald verschijnsel, zoals de NCRV-beschikking over de fasering van de besluitvorming. Fasering van besluitvorming is mogelijk, maar steeds zal gewaarborgd moeten zijn dat die fasering geen afbreuk doet aan de medezeggenschap. Bij de beoordeling daarvan komt het dan aan op de specifieke omstandigheden van het concrete geval.

Ingelse: vult aan: Het opsplitsen van besluiten – en daarmee opsplitsing van de medezeggenschap – gebeurt op verschillende manieren. Je hebt opsplitsing in binding bijvoorbeeld door het tekenen van een intentieverklaring. Daarbij kunnen zich allerlei gradaties voordoen in de mate van binding. En je hebt opsplitsing van besluitvorming binnen een concern, een besluit door de moeder gevolgd door een besluit door de dochter. In mijn ogen moet ook in dat verband steeds richtinggevend zijn: in hoeverre komt de medezeggenschap tot zijn recht. Zolang je dát in de gaten houdt, vind je – soms met wat techniek – het antwoord wel.

Willems: Er is niks mis mee dat de wetgever sommige onderwerpen aan de rechter overlaat. Sterker nog, dat is buitengewoon verstandig als een onderwerp zich naar zijn aard niet goed leent voor algemene regelgeving. De medezeggenschap is op zichzelf al een heel goed voorbeeld. Daarvoor kan een wet per definitie slechts algemene kaders schetsen. En het is ook helemaal niets bijzonders meer dat de rechter aan rechtsvorming doet. Misschien mag ik in dit verband verwijzen naar mijn Groningse oratie ‘Van Groeningen naar Groningen, van litigation naar legislation’. En in het algemeen: op maat gesneden rechtspraak die met de bijzonderheden van ieder geval rekening kan houden heeft mijn voorkeur boven de abstractie van de wet.

3.5 Welke zaak is het meest bijgebleven?

Willems: De zaak OR Nedlin. Er was toen een FNV-bijeenkomst op het Leidseplein georganiseerd. De hele zaal zat vol. De ondernemingsraad kreeg gelijk. We hebben na de zitting meteen uitspraak gedaan. Wij dachten dat de aarde verging door het gejoel op het Leidseplein door de FNV'ers. Het bestuur moest iets verdedigen wat eigenlijk bijna niet kon. Er lag een serieus door de ondernemingsraad aangedragen alternatief op tafel maar de bestuurder kreeg ‘van hogerhand’ binnen het concern geen ruimte om dat te onderzoeken. Als de ondernemingsraad met een gemotiveerd alternatief komt, dan moet de bestuurder dat serieus onderzoeken en motiveren waarom hij het terzijde schuift, zo

luidde de beslissing. En ook de zaak OR Philips. Dat vond ik ook een bijzondere. En natuurlijk een zaak waar Duk boos over werd. Hij schreef toen in SMA een artikel onder de – niet uitspreekbare – titel: ‘Is de OK nog (de) OK?’. Dat betrof de aangelegenheid van NS Reizigers, waarin het eigensoortige karakter van een besluit in de zin van de Wet op de ondernemingsraden in het kader van artikel 25 WOR voor het eerst in het bijzonder naar voren kwam. Die zaak is interessant voor de rechtsontwikkeling geweest. Mijn taxatie is dat de OK-rechtspraak daarover consistent is gebleven.

Ingelse: Uit mijn tijd als advocaat herinner ik mij goed dat de ondernemer alleen maar hoefde te zeggen: ‘jullie leggen nu het mes op tafel’ en de ondernemingsraad zag van een voorgenomen artikel 26 WOR-beroep af. En ik mijn cliënt maar uitleggen dat je zonder beroep dat mes over 30 dagen gewoon kwijt bent. Ondernemingsraden vonden het doodeng. Een ander aspect dat ik niet vergeet: de enorme lappen welzijnstekst die wij kregen. Dat was toen nog erger dan nu. Onze cliënten waren altijd ongehoord verbaasd als ze ons verzoekschrift kregen en constateerden dat alles in een paar pagina’s verwerkt was. Uit mijn eerste OK-tijd zijn mij het meest bijgebleven de gemeentelijke herindelingszaken. Niet zozeer vanwege de issues, maar vanwege de buitengewoon lange tijd in de raadkamer tot en met zaterdag na de zitting bij de voorzitter thuis. In mijn voorzitters-tijd de Novio-Connexion-zaken omdat die een mooi voorbeeld vormden van hoe je een zaak kunt opknippen.

Makkink: Ik neem soms ook met verbazing en milde weerzin kennis van die eindeloze bureaucratische stukken over reorganisaties (vooral bij de overheid en semioverheid). Soms blijft ook bij herhaalde en welwillende lezing geheel onduidelijk wat er schuilgaat achter het jargon. Dan denk je hoe kan een organisatie functioneren als men dit soort onbegrijpelijke stukken schrijft? Ik heb ooit in een zaak over een reorganisatie bij de Politie ter zitting gezegd: ‘Ik heb hier een lijstje met afkortingen die niemand mag gebruiken.’ Dat hielp overigens maar een beetje. Het gaat meestal om stukken die van een ondernemer komen, maar soms zie je dat ook een ondernemingsraad daarmee besmet is geraakt.

Ingelse: De advocatuur behoort in mijn ogen steeds goed aan de rechter duidelijk te maken om welke punten het draait. Als wij een zaak over een reorganisatieplan te zien krijgen, dan is dat vaak terug te brengen tot twee of drie issues en de advocaat moet dat eruit halen. Vaak gebeurt dat dus niet.

Makkink: Ik zie dat in medezeggenschapszaken vaker dan in andere zaken. Ik vind dat in andere zaken, bijvoorbeeld in enquêtezaken, de advocaat vaak beter uitlegt waar het geschil om draait en welke belangen op het spel staan.

De invloed van dergelijke onduidelijkheid kan bij de toetsing twee kanten op werken. Wat er in het adviestraject speelt, is een discussie tussen insiders. Maar in eerste instantie is de onduidelijkheid in het nadeel van de ondernemer, want het is toch wel prettig als wij kunnen begrijpen wat de motivering is voor het besluit. In de ideale situatie probeert de ondernemingsraad daar doorheen te prikken. Maar dat is niet altijd zo, en dan tasten we ook in het duister over de bezwaren van de ondernemingsraad

Nog terugkomend op een zaak die mij is bijgebleven zou ik zeggen de Uniface-zaak. Waar in het signing protocol staat: oh ja we moeten nog naar de OR, maar wat de OR ook adviseert, de overname gaat toch door. Dat vond ik heel erg bijzonder. Dat je dat zo onverbloemd opschrijft en denkt dat het dan goed afloopt, vind ik onbegrijpelijk.

3.6 De partijen die voor de Ondernemingskamer verschijnen

Zijn er in de afgelopen decennia ontwikkelingen waarneembaar ten aanzien van de partijen die voor de Ondernemingskamer verschijnen?

Ingelse: Je merkt bij ondernemingsraden dat er huiver is om een procedure te starten, ik merkte dat al op. De OR denkt vaak ‘kunnen we dat wel maken?’. De ondernemers menen vaak dat hun iets wordt aangedaan als een ondernemingsraad naar de Ondernemingskamer stapt. Maar als je kijkt naar de aantallen is het buitengewoon bescheiden wat er wordt aangebracht. In de loop van de tijd is steeds meer gepreciseerd in de rechtspraak wat van partijen in het adviestraject mag worden verwacht. De Ondernemingskamer heeft steeds meer gaten gedicht, resulterend in een geheel van vanzelfsprekende regels en regeltjes. Als je de norm maar voor ogen houdt. Kunnen jullie een door de Ondernemingskamer geformuleerde regel noemen waar je van denkt die hadden we echt niet verwacht? Dat denk ik niet. Recht is vaak gezond verstand en dat zie je hier heel duidelijk.

Makkink: Beide partijen moeten erop gericht zijn om de medezeggenschap tot zijn recht te laten komen. Ook van een OR wordt een constructieve opstelling verlangd. Als je moet vaststellen dat een OR niet gericht is op constructieve medezeggenschap dan kan dat een gevolg hebben voor een OR in een procedure.

Willems: Ik zou niet zozeer van ontwikkelingen ten aanzien van partijen willen spreken. Wat je ziet is dat het soort aangelegenheden met de tijd wel verandert en dat heeft met de maatschappelijke en economische ontwikkelingen te maken, denk ik. Zo waren er in de jaren negentig van de vorige eeuw relatief veel zaken uit wat ik maar noem de zachte sector. Er is een tijd geweest waarin de sociale tegenstellingen wat pregnanter waren: er kwamen veel zaken uit de omgeving van de Rotterdamse haven, zal ik maar zeggen. De laatste tijd zie je meer zaken waarin de onderneming deel uitmaakt van een internationaal concern.

Iedere zittingstermijn komt er weer een nieuwe club van OR-leden. Iedere keer moeten de OR-leden zich weer opnieuw eigen maken wat er van hen verwacht wordt, welke regels gelden. Speelt dat een rol?

Makkink: Dat veroorzaakt misschien ook terughoudendheid bij de OR. Als je net begint als OR-lid moet je misschien eerst wennen en ben je misschien minder geneigd zaken op scherp te stellen. Als je 5 jaar in de OR zit dan weet je meer hoe de hazen lopen en durf je ook meer.

Ingelse: Ik kan me goed voorstellen dat dat moeilijk is. Zeker als je een nieuwe OR hebt.

Zijn er nog andere ontwikkelingen te signaleren?

Makkink: Wat mij verder is opgevallen is dat er een oververtegenwoordiging is van zaken uit de overheid en semioverheid (rijksoverheid, politie enz.). Ik weet niet precies hoe dat komt. Soms zijn de beslissingen die in private sector worden genomen veel ingrijpender. Misschien zijn in de (semi)publieke sectoren de ondernemingsraden beter georganiseerd of staan zij sterker in hun schoenen dan in het bedrijfsleven. Soms heb ik het vermoeden dat de omgang met de OR in de publieke sector slechter is dan in het bedrijfsleven. Bij zaken over het adviesrecht worden veel zaken ingetrokken. Ik heb er geen exacte cijfers over, maar naar mijn indruk is het aantal intrekkingen in zaken afkomstig uit het bedrijfsleven groter dan bij de overheid.

Ingelse: In het bedrijfsleven kan de ondernemer meer zelf toegeven en dus schikken. De overheid heeft die vrijheid vaak niet of zij denkt die niet te hebben.

Makkink: Misschien wordt de overheidsbestuurder nog liever door de rechter gedwongen een besluit in te trekken, dan zelf op zijn schreden terug te keren.

Ingelse: Maar ook bij de overheid is het nu het beleid om zo veel mogelijk buiten de rechter om op te lossen.

Willems: Ik denk niet dat het een rol speelt bij de beoordeling door de Ondernemingskamer. Overigens worden ondernemingsraden steeds professioneler, is mijn indruk. Ik ben commissaris bij een nogal grote onderneming. De dames en heren van de ondernemingsraad weten bepaald van wanten. Daarnaast is de kwaliteit van de advocatuur op het terrein van de medezeggenschap naar mijn indruk verbeterd. Anders gezegd: anders dan wellicht in het verleden kan niet uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer worden afgeleid dat ondernemingsraden blijf geven van amateuristisch 'gefröbel'. Dat neemt overigens niet weg dat medezeggenschap een (juridisch) lastig gebied is, maar dat geldt zeker niet alleen voor ondernemingsraden. Ik heb wel eens de indruk dat het tegendeel het geval is.

3.7 Medezeggenschap in concernverband

In de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad zijn de nodige uitspraken gedaan over medezeggenschap binnen concerns, bijvoorbeeld bij een verkoop of overname. Kan de praktijk voldoende uit de voeten met deze rechtspraak? Na de Uniface-beschikking zie je bijvoorbeeld dat auteurs afkomstig uit de overnamepraktijk zeggen dat het die kant niet uit moet gaan, dat de Ondernemingskamer te ver gaat.

Willems: Of de praktijk ermee uit de voeten kan, dat moet je eigenlijk aan de praktijk vragen. Het is een verduveld lastig thema maar als je de moeite doet je erin te verdiepen toch goed te begrijpen. De rechtspraak van de Ondernemingskamer is naar mijn indruk ook heel consistent op dit gebied. Ik vond de veelbesproken Uniface-zaak bijvoorbeeld dan ook helemaal niet verrassend.

Ingelse: Ik zie dat men zich van ondernemerszijde onvoldoende realiseert dat men ook voordeel kan hebben van de medezeggenschap. Hoe dan ook, als je in een concern ervoor kiest een filiaal te sluiten dan moet dat ergens, in beginsel daar waar de keuze wordt gemaakt, aan het adviesrecht worden onderworpen. En wat de techniek daarbij is, toerekening, medeondernemerschap of vereenzelviging dat is minder relevant. Het gaat erom dat het adviesrecht tot zijn recht komt.

Willems: Wanneer er een keuze is tussen meer bieders, dan zou ik denken dat er sprake is van twee adviesmomenten. In het geval van ABNAMRO waren er twee partijen die interesse hadden in een overname (waaronder ik ook fusie begrijp). Als je verstandig bent vraag je advies voorafgaand aan het maken van een keuze. In de werkelijkheid gaat het vaak anders. De ondernemer stelt zich vaak op het standpunt dat hij over een keuze geen advies hoeft te vragen, maar slechts over de beslissing met één bepaalde partij in zee te gaan. Je werkt je dan in de nesten als de Ondernemingskamer, zoals in de Uniface-zaak, beslist dat het zo in Nederland niet werkt.

Makkink: Voor de M&A-praktijk is dealzekerheid vaak belangrijk. Als dat het belang van je cliënt is, dan moet je als advocaat ook goed rekening houden met de rol van de medezeggenschap. Indien de Uniface-zaak ertoe leidt dat de M&A-advocaten eerder en vaker te rade gaan bij hun collega's werkzaam in het medezeggenschapsrecht, dan is dat winst.

Ingelse: Maar er is wel een grijs gebied. De voorspelbaarheid is niet zwart-wit.

In de praktijk wordt er vaak gekozen voor de veilige route. Dat kan inhouden dat er onnodig te vroeg advies wordt gevraagd.

Ingelse: Maar hoe erg is het dat het te vroeg is? Als je daardoor de OR meekrijgt, heb je al winst.

Willems: De grote bedrijven moeten begrijpen dat ze de ruimte niet hebben om de ondernemingsraad buiten de strategie te houden. Als je niet op het relevante moment de ondernemingsraad daarbij betreft, dan krijg je bij de Ondernemingskamer te horen dat je dat wel had moeten doen. Een advocaat moet zijn – veelal internationale – cliënt uitleggen dat een ondernemingsraad in Nederland een substantiële rol speelt, ook bij strategische besluiten.

Ingelse: Als een ondernemer-niet-concern besluit een van zijn filialen te sluiten, dan is duidelijk waarover en wanneer advies moet worden gevraagd. De medezeggenschapsrechten van een ondernemingsraad moeten niet minder worden door het enkele feit dat het wel om een (internationaal) concern gaat. Het kan dan voorkomen dat je op twee plaatsen advies moet vragen, omdat het besluit is opgeknipt in tijd en/of onderdeel van het concern.

Een van de moeilijkste criteria in het lijstje van toerekening en medeondernemerschap is dat de dochter ook zelf een besluit moet kunnen nemen.

Willems: Dan heb je het over bijvoorbeeld de Heuga-zaak. De kleindochter kon de beslissing waarover het ging, de afschaffing van het structuurregime, niet zelf nemen. De Ondernemingskamer heeft toen het begrip toerekening gebezigd, maar dat werkt in zo een constellatie niet. De Hoge Raad heeft de Ondernemingskamer verbeterd gelezen en het begrip toerekening geconverteerd in medeondernemerschap. Dat was niet zonder reden. Dat was nodig omdat niet toegerekend kon worden. Dan heb je medeondernemerschap nodig om de moeder of de grootmoeder tot ondernemer te bestempelen zodat een uitspraak ook jegens haar rechtstreeks effect kan hebben. De Hoge Raad is nooit teruggekomen van zijn Heuga-beslissing en mijns inziens is die nog steeds geldend recht. De Hoge Raad is begonnen met te overwegen hoe de toerekeningoverweging van de Ondernemingskamer moest worden verstaan, juist omdat het besluit niet genomen had kunnen worden op het niveau van de dochteronderneming, waarbij de ondernemingsraad was ingesteld. Het effect van die beslissing is dan ook dat de medezeggenschap niet tussen wal en schip in valt in het geval dat de onderneming bij wie hij is ingesteld, het besluit niet zelf kan nemen, maar het besluit (van een andere ondernemer dus) wel gevolgen heeft in en voor die onderneming.

3.8 Personele gevolgen besluit

Bij het adviesrecht spelen zowel de vakbonden vaak een rol als de ondernemingsraad. Er is met betrekking tot het adviesrecht geen bepaling als in artikel 27 lid 3 WOR waarin staat dat wanneer met de vakbonden een afspraak is gemaakt, de bevoegdheden van de OR daarover vervallen. Leidt dat tot problemen bij de toetsing van besluiten door de Ondernemingskamer?

Makkink: Wat je soms ziet, is dat de ondernemer met de vakbonden onderhandelt over de opvang van de personele gevolgen van een reorganisatie, die onderhandelingen vastlopen of veel tijd vergen en de ondernemer vervolgens aan de ondernemingsraad meldt dat nog onduidelijk is hoe de personele gevolgen zullen worden geregeld. Het is fijn als er een met de vakbonden overeengekomen sociaal plan is, maar als dat niet lukt dan ben je als ondernemer niet ontslagen uit je verplichting om de personele gevolgen te regelen. Je moet dan aan de ondernemingsraad duidelijk maken hoe de personele gevolgen opgevangen worden zodat de OR zich hierover kan uitlaten.

Ingelse: Je kunt ook zeggen: dit is het wat ik wil aanbieden en ik ga er verder nog over praten met de vakbonden. Dan heb je wel de bodem gelegd, waar de OR zich over kan uitlaten.

Makkink: Je kunt problemen hierover vermijden door er met de OR goede afspraken over te maken. Dat bijvoorbeeld de OR zegt 'we laten het overleg over het sociaal plan aan de bonden over'. Je kunt het dus op elkaar afstemmen.

Willems: Er zijn mijns inziens dogmatisch geen problemen. De ondernemingsraad houdt volledig zijn bevoegdheden, ook al heeft de vakbond ook zeggenschap. Het probleem is wel dat dit niet steeds onderkend wordt, zowel door de vakbond, maar ook door de ondernemingsraad en de bestuurder. Iets anders is dat de ondernemingsraad wel kan afspreken dat hij bepaalde aangelegenheden, zoals de sociale gevolgen, overlaat aan de vakbond. Dan kan hij natuurlijk niet, althans in beginsel niet, later die aangelegenheid alsnog aan zich trekken omdat hij niet zo tevreden is met de prestaties van de vakbond.

In welke mate vereist artikel 25 lid 3 WOR dat een ondernemer maatregelen treft bij kleine reorganisaties? Moet je in het overleg met de ondernemingsraad eenzijdige maatregelen bekendmaken of kun je volstaan met 'ik ga het individueel oplossen'?

Ingelse: Dat laatste is – mits behoorlijk toegelicht – niet ondenkbaar. Een ondernemer kan inzicht geven door mee te delen 'ik regel de personele gevolgen aldus dat ieder datgene krijgt dat hij ook van de rechter kan verwachten'. De vraag is in mijn tijd nooit zo voorgelegd. Ik heb me het wel vaak afgevraagd: in lid 3 staat alleen wat je moet vertellen, geen enkele materiële norm. Toch zie je vaak dat een sociaal plan bij een reorganisatie meer ruimte geeft dan wat je bij de rechter zou krijgen. Het is denk ik niet erg gedurfd om te veronderstellen dat de transitievergoeding, zoals die nu geldt, in ieder geval de bodem is.

Makkink: In de IBM-zaak werd gezegd: bij reorganisatie geldt het sociaal plan dat aansluit bij de wettelijke transitievergoeding en verder niets. Dan geef je voldoende duidelijkheid.

Willems: Ook bij kleine reorganisaties moet de ondernemer uiteenzetten hoe hij de sociale gevolgen ziet en daar met de ondernemingsraad overleg over plegen. Maar ik kan mij voorstellen dat als hij met iedere individueel betrokkene een voor deze aanvaardbare regeling weet te treffen, het speelveld voor de ondernemingsraad wel klein wordt. Maar de ondernemingsraad eenzijdig buiten spel zetten lijkt mij niet verstandig.

3.9 Een blik op de toekomst

Als gekeken wordt naar de toekomstige ontwikkelingen op het terrein van het medezeggenschapsrecht, wat zou dan wenselijk kunnen zijn dat veranderd gaat worden?

Ingelse: Ik heb drie onderwerpen:

- De positie van de zzp'ers. Of het nou de wetgever of de OK is die het aanpakt, dat laat ik even in het midden (ik denk zelf de wetgever maar soms is de OK ook creatief). Zzp'ers spelen meestal geen rol in de medezeggenschap. Aan hun rol moet naar mijn opvatting inhoud worden gegeven, anders verdwijnt een deel van de medezeggenschap.
- Een rol voor de OK ook vóórdat een besluit is genomen. Wij kennen de voorlopige voorziening in het medezeggenschapsrecht in artikel 26. Dat is vooraf, namelijk vóór de beslissing van de Ondernemingskamer, maar het is niettemin altijd achteraf, immers ná het besluit. Dat is eigenaardig: er moet al een

besluit liggen en al beroep zijn ingesteld wil je voorlopige voorzieningen bij de OK kunnen vragen. Wil je eerder iets, dan moet je naar de kantonrechter. Het ligt voor de hand dat de OK ook hier een rol in krijgt. Neem de ondernemingsraad die betrokken wil worden bij een overname of reorganisatie, die informatie of overleg wil. Dan kun je achteraf wel gelijk krijgen maar je wilt op dat moment invloed. Ligt het dan niet voor de hand dat de rechter die achteraf over de besluitvorming oordeelt en de normering stelt, desgewenst ook proactief instructies kan geven?

- Enquêterecht voor de OR. Daar is al veel over geschreven. Ik lees daar angst tegen lichtvaardig gebruik. In artikel 26-zaken zie je die in de praktijk echter niet of nauwelijks en er is geen enkele reden om die in enquêtezaken wel te verwachten. Vakbonden hebben het enquêterecht. Eigenlijk is het merkwaardig dat de OR, die een directer belang heeft, deze bevoegdheid ontbeert. Het belangrijkste tool van de OR, het beroepsrecht bij adviesbesluiten, is heel fragmentarisch, opgehangen aan besluiten. Wat de ondernemer buiten het nemen van besluiten doet, of niet doet, gaat aan de ondernemingsraad voorbij. Daarom zou ik graag zien dat de OR het enquêterecht krijgt.

Willems: Ik vind dat de regeling over het primaat van de politiek aan herziening toe is. Laatst inzake OR Gemeente Maastricht heeft de Hoge Raad de Ondernemingskamer gevolgd. Dat was wel te verwachten, maar ik blijf het treurig vinden. De A-G in die zaak, Timmerman, vindt ook dat dat moet veranderen maar is van mening dat dat aan de wetgever is. Ik vind dat met invoering van de medezeggenschap bij de overheid een dode mus is verkocht aan de medezeggenschap. Als argument wordt aangevoerd dat de Ondernemingskamer niet op de stoel van de politiek moet gaan zitten. Maar dat argument is ondeugdelijk, want dat doet de Ondernemingskamer niet, net zomin als zij dat doet als het gaat om de medezeggenschap in het bedrijfsleven. Het argument is wel kenmerkend voor de manier hoe de overheid zich aan, wat ik toch maar noem rechtstatelijke controle, onttrekt, zoals je dat ook wel in het bestuursrecht ziet.

Makkink: Wat mij betreft wordt door de recente rechtspraak vooral duidelijk wat het probleem is van het primaat van de politiek. Dat probleem was er altijd al maar het probleem ligt nu nog duidelijker op tafel. Dus ik denk inderdaad dat de bal toch bij de wetgever ligt. Is de wijze waarop het primaat van de politiek de medezeggenschap beperkt, nog steeds wat ze willen per vandaag? Dat is een vraag voor de wetgever, maar het blijft een lastig probleem hoe je die twee dingen met elkaar moet verzoenen.

Willems: Verder zou de wetgever inderdaad ook nog eens moeten nadenken over de vraag of de ondernemingsraad het enquêterecht moet krijgen. Als je nagaat in welke zaken de ondernemingsraad hier gebruik van heeft gemaakt dan kun je niet zeggen dat hij dat lichtvaardig doet.

Ingelse: Het kan ook een verrijking zijn. Neem als voorbeeld een impasse in de besluitvorming waar door verlamming niemand iets aan doet. Dan is er geen besluit en dus geen beroep. De tool van het enquêterecht ligt er al en zou een toereikend middel zijn.

Makkink: Zie bijvoorbeeld de Eneco-zaak, waar aan de OR bij overeenkomst het enquêterecht is toegekend. Bestuur, commissarissen en aandeelhouders deden geen enquêteverzoek. De OR deed het wel en in reactie daarop voerden bestuur, commissarissen en aandeelhouders aan dat hun onderlinge geschillen vlak voor de mondelinge behandeling waren opgelost, zonder precies te zeggen wat die overeenstemming inhield. De eigen toegang van de ondernemingsraad van Eneco tot het enquêterecht bood hem de mogelijkheid om een veel gelijkwaardiger rol te spelen dan zonder dat recht mogelijk zou zijn geweest.

We gaan uit van het stakeholdermodel. Als je als wetgever vindt dat dat model voordelen biedt boven een shareholdermodel dan moet je ervoor zorgen dat alle partijen die stakeholder zijn een mogelijkheid hebben om daadwerkelijk gehoord te worden, desnoods door de rechter.

Willems: De verplichte aanwezigheid ieder half jaar van leden van de RvC bij het overleg met de ondernemingsraad, die komt niet goed uit de verf en zou meer aandacht moeten krijgen.

4 Begrip ‘belangrijk’ in artikel 25 lid 1 WOR van 1979 tot 2019

A.B. van Els

4.1 Inleiding

De ondernemer is gehouden de ondernemingsraad om advies te vragen over bepaalde in de opsomming van artikel 25 lid 1 WOR opgenomen voorgenomen besluiten. Het gaat daarbij grotendeels om *belangrijke* besluiten van financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aard. De opsomming in artikel 25 lid 1 WOR is limitatief.

In de thans geldende WOR wordt in artikel 25 lid 1 WOR in totaal negenmaal het begrip ‘belangrijk’ verbonden aan het adviesrecht. Het begrip ‘belangrijk’ is in de wet zelf niet nader gedefinieerd. Voor de uitleg van het begrip ‘belangrijk’ moet daarom acht worden geslagen op de wetsgeschiedenis van de WOR. De wetsgeschiedenis bij de derde WOR uit 1979 wordt als vertrekpunt genomen in dit hoofdstuk, omdat de ondernemingsraad een beroepsrecht heeft sinds de herziening van de WOR in 1979. Het begrip ‘belangrijk’ heeft dan ook vanaf 1979 concrete invulling in de rechtspraak gekregen. De wetsgeschiedenis wordt geschetst aan de hand van een overzicht van richtinggevende citaten. Hierna wordt kort ingegaan op de discussie over de vraag of concretisering van het begrip ‘belangrijk’ wenselijk is. Daarna wordt kort weergegeven welke factoren in de literatuur beschreven zijn die bepalen of een voorgenomen besluit belangrijk is. Enkele in de periode 1979-2019 uitgekristalliseerde ontwikkelingen die gerelateerd zijn aan het begrip ‘belangrijk’ worden daarna beschreven. Vervolgens volgt een overzicht van de rechtspraak over het begrip ‘belangrijk’ vanaf 1979 tot heden. Dit wordt gedaan aan de hand van enkele klassieke uitspraken in combinatie met recente rechtspraak. Deze stand van zaken wordt – voor zover als mogelijk – gecategoriseerd in de volgorde van de in artikel 25 lid 1 WOR genoemde voorgenomen besluiten waarop het adviesrecht van de ondernemingsraad van toepassing is en waaraan het begrip ‘belangrijk’ is gekoppeld. De meest toonaangevende rechtspraak komt daarbij aan de orde. De uitspraken die geen expliciete verwijzing naar een van de subcategorieën van artikel 25 WOR bevatten, zijn geplaatst bij de categorie met de grootste verwantschap.¹ Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele conclusies.

1. Bij de artikelaanduiding in dit hoofdstuk wordt uitsluitend verwezen naar de WOR.

In de tekst van artikel 25 lid 1 WOR is het begrip ‘belangrijk’ niet opgenomen bij de onderdelen a, g en f. Het betreft de overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (a), wijziging van de plaats waar de onderneming haar werkzaamheden uitoefent (f) en het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten (g). Ook lid 1 onder n (adviesrecht met betrekking tot inschakeling van een externe deskundige ten behoeve van de a- tot en met m-aangelegenheden) kent niet de term belangrijk. Deze vier categorieën van artikel 25 lid 1 WOR zijn niet betrokken in het navolgende. Uit de rechtspraak lijkt wel te volgen dat bij de beoordeling van het adviesrecht met een ‘schuin oog’ gekeken wordt of de aangelegenheid van enige importantie getuigt. Deze rechtspraak wordt in onderhavig hoofdstuk buiten beschouwing gelaten.

4.2 Parlementaire geschiedenis

4.2.1 Algemeen

Het begrip ‘belangrijk’ is abstract, dat wil zeggen zonder concrete criteria, geformuleerd in de WOR. De WOR (of andere wet) geeft geen nadere definitie van het begrip. Dit maakt de bedoeling van de wetgever relevant. Temeer omdat de wetgever nadrukkelijk heeft aangegeven dat het begrip ‘belangrijk’ in artikel 25 WOR zich niet eenduidig laat vastleggen.² De wetsgeschiedenis van artikel 25 WOR geeft een aantal handvatten voor de beantwoording van de vraag wanneer een voorgenomen besluit als belangrijk dient te worden aangemerkt.

Uit de Kamerstukken bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer dat leidde tot de wetwijziging in 1979, vallen weinig aanwijzingen op te maken die een antwoord geven op de vraag wanneer een besluit als belangrijk aangemerkt dient te worden.³ Eerst bij de behandeling in de Eerste Kamer zijn naar aanleiding van het eerdere gevoerde bescheiden parlementaire debat wél relevante verhelderende opmerkingen gemaakt. De voornaamste algemene elementen waren:

‘Wat als “belangrijk” moet worden beschouwd hangt dus af van de aard en de omvang van de activiteiten van de onderneming.’⁴

‘Of een bepaald besluit al dan niet als “belangrijk” moet aangemerkt is gerelateerd aan de omvang en de aard van de activiteiten van de onderneming in zijn geheel.’⁵

2. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 5.

3. De memorie van toelichting bevat geen toelichting bij het begrip ‘belangrijk’. Bij de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer heeft enige discussie plaatsgevonden over de vraag welke investeringen als belangrijk aangemerkt konden worden. Zie Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 37-39.

4. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 16.

5. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 5.

‘Een besluit dat voor de ene onderneming belangrijk is, behoeft dat dus voor de andere onderneming niet te zijn. In twijfelgevallen doet de ondernemer er verstandig aan zekerheidshalve toch het advies van de ondernemingsraad te vragen.’⁶

‘Het aantal mensen dat bij voorbeeld bij een reorganisatie is betrokken en in het algemeen de ernst van de gevolgen van een bepaald besluit bepalen zeer zeker mee de belangrijkheid van dat besluit. Wat in de toelichting op de wet staat over de relatie, de aard en de omvang van de onderneming, is slechts een globale omschrijving. (...) Het begrip kan naar mijn gevoelen niet totaal subjectief worden geïnterpreteerd. Belangrijk is in de eerste plaats toch datgene wat voor de betrokken onderneming niet alledaags is, het bijzondere besluit.’⁷

Voorafgaand aan de wijziging van de WOR in 1998, waarbij de lijst van adviesplichtige besluiten werd uitgebreid, zijn bij de parlementaire behandeling ook enkele relevante algemene opmerkingen gemaakt over het begrip ‘belangrijk’:

‘Uit het begrip “belangrijk” volgt dat het dient te gaan om voor de ondernemer bijzondere, niet alledaagse, besluiten, die wezenlijke gevolgen kunnen hebben voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming. Het adviesrecht geldt niet voor zover sprake is van een normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming.’⁸

‘Of een besluit belangrijk is hangt af van de gevolgen en de beweegredenen van het besluit (...). De reikwijdte van dit begrip valt af te leiden uit het feit dat de term “belangrijk” wordt bepaald door de sociale, procedurele en economische/organisatorische factoren. Bij sociale factoren gaat het om de gevolgen voor de werknemers: wat zijn de gevolgen voor de werkgelegenheid en de werkzaamheden; en hoeveel werknemers worden door het besluit getroffen. Bij procedurele factoren wordt gekeken naar de frequentie waarmee dergelijke besluiten worden genomen, alsmede naar de geldingsduur van het besluit. Bij economisch/organisatorische factoren is van belang de vraag of het een kernactiviteit van de onderneming betreft, de verhouding van in te krimpen c.q. te wijzigen werkzaamheden op het totaal van werkzaamheden en in hoeverre de omzet en de toekomstige afzet door het besluit wordt beïnvloed. Er wordt dus mede gekeken naar de omvang en aard van de activiteiten van de onderneming. (...) De SER heeft in zijn advies Knelpunten Wet op de ondernemingsraden geconcludeerd dat het begrip “belangrijk” enerzijds een globale aanduiding is die in de praktijk aanleiding kan geven tot discussies en procedures, doch anderzijds dat in die aanduiding besloten ligt dat de belangrijkheid kan afhangen van alle omstandigheden van het geval.’⁹

Bij de behandeling van het (ingetrokken) wetsontwerp Wet medezeggenschap werknemers in 2005 is het begrip ‘belangrijk’ aan de orde geweest. De minister

6. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 5.

7. Handelingen I van 3 juli 1979, p. 1255.

8. Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 41.

9. Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 10.

streefde geen wijziging met betrekking tot het begrip belangrijk na. De bepalende factoren zoals die voortvloeien uit de rechtspraak werden als volgt onder woorden gebracht in de memorie van toelichting:

‘Daaruit valt af te leiden dat de term wordt bepaald door de sociale, procedurele, economische en organisatorische factoren. Bij sociale factoren zijn de gevolgen voor de werknemers in het geding, zoals de gevolgen voor de werkgelegenheid en de werkzaamheden en de hoeveelheid werknemers die door het besluit worden getroffen. Bij procedurele factoren zijn de frequentie waarmee dergelijke besluiten genomen worden en de geldingsduur van het besluit relevante overwegingen om al dan niet van “belangrijk” te spreken. Bij economische en organisatorische factoren is van belang de vraag of het een kernactiviteit van de onderneming betreft en de betekenis van de in te krimpen of de te wijzigen werkzaamheden in het totaal van werkzaamheden. Voor de beoordeling kan ook relevant zijn de omzet en de toekomstige afzet die door het besluit worden beïnvloed. Tenslotte spelen de omvang en de aard van de activiteiten van de onderneming en de inhoud en beweegredenen voor het besluit een rol bij de kwalificatie van een besluit als belangrijk.’¹⁰

‘Bij de beoordeling of een beslissing van de ondernemer als “belangrijk” dient te worden gekwalificeerd, moeten de sociale, procedurele, economische en organisatorische aspecten van die beslissing in hun onderlinge samenhang worden gewogen.’¹¹

4.2.2 Specifieke categorieën

Naast bovenstaand overzicht van algemene citaten van hetgeen onder het begrip ‘belangrijk’ verstaan moet worden volgens de wetsgeschiedenis, zijn over enkele specifieke onderdelen van artikel 25 lid 1 WOR nog aanvullende opmerkingen gemaakt door de wetgever.

Met betrekking tot de vraag of een voorgenomen besluit inzake investeringen (artikel 25 lid 1 onder h WOR) als belangrijk kan worden aangemerkt in de zin van de WOR wordt het volgende opgemerkt:

‘Niet alleen het bedrag van een investering of krediet bepaalt de belangrijkheid ervan, maar ook de produktiemiddelen waarin wordt geïnvesteerd of de zekerheden en voorwaarden die aan een bepaald krediet zijn verbonden. Investerings- en kredieten, waarvan het doen of aantrekken tot de normale bedrijfsuitoefening van een onderneming behoort en die dus vrijwel dagelijks voorkomen, vallen uiteraard niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad.’¹²

10. Kamerstukken II 2004/05, 29818, nr. 3, p. 40.

11. Kamerstukken II 2004/05, 29818, nr. 3, p. 6.

12. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 5.

In dit verband worden enkele voorbeelden gegeven:

- investeringen, die betrekking hebben op een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- belangrijke investeringen in gebouwen;
- belangrijke vervangingsinvesteringen.¹³

Met betrekking tot voorgenomen besluiten tot belangrijke inkrimping is het volgende overwogen door de wetgever:

‘De “belangrijkheid” van een inkrimping is afhankelijk van de omvang en de aard van de activiteiten van de gehele onderneming en derhalve niet gekoppeld aan het aantal ontslagen, genoemd in de Wet melding collectief ontslag. Ook inkrimpingen die gepaard gaan met minder dan 20 ontslag of vervallen arbeidsplaatsen kunnen wel degelijk “belangrijk” zijn in de zin van artikel 25, eerste lid, onder d.’¹⁴

Over de reikwijdte van artikel 25 lid 1 sub i WOR inzake voorgenomen besluiten tot het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming wordt het volgende gezegd;

‘(...) valt alleen het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de eigen onderneming en dus niet het verstrekken van leningen, het doen van beleggingen of het uitschrijven van emissies door banken of verzekeringsmaatschappijen ten behoeve van andere ondernemingen.’¹⁵

Bij het in 1998 ingevoerde adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van technologische voorzieningen (artikel 25 lid 1 sub k WOR) werd het begrip belangrijk nader toegelicht:

‘In deze formulering ligt besloten dat adviesrecht tevens bestaat indien ten tijde van het besluit voorzienbaar is dat, op termijn, sprake zal zijn van een belangrijke verandering voor de onderneming en de werknemers. Zo kan de invoering van nieuwe hardware, een nieuw logistiek systeem of fabricagesysteem worden voorafgegaan door een fase waarin op kleine schaal een bepaald systeem wordt beproefd, waarbij het kennelijk de bedoeling is in elk geval een nieuw systeem in te voeren, of dat nu systeem A, B of C is. Het (eerste) besluit zal dan adviesplichtig zijn.’¹⁶

Het onderwerp gefaseerde besluitvorming komt eveneens aan de orde:

‘Er is – anders gezegd – in het kader van fasegewijze of in kleine besluiten opgedeelde besluitvorming, sprake van een belangrijk besluit ingeval een vervolg met belangrijke consequenties voorzienbaar is. Hiermee wordt voorkomen

13. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 6.

14. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 16.

15. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 16.

16. Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 42.

dat de ondernemingsraad buitenspel staat in de eerste fase van gefaseerde besluitvorming. Met het bovenstaande wordt aangesloten bij jurisprudentie. Zo heeft de Ondernemingskamer beslist dat sprake is van een adviesplichtig besluit indien het op den duur kan leiden tot een verlies van een belangrijk aantal arbeidsplaatsen c.q. een belangrijke verandering van de arbeid of de arbeidsomstandigheden.’

De citaten uit de wetsgeschiedenis zoals weergegeven in paragraaf 4.2.1 en 4.2.2 vormen de belangrijkste bronnen met betrekking tot de uitleg die kan worden gegeven aan het begrip ‘belangrijk’.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de gevolgen van het besluit voor de in de onderneming werkzame personen als kernelement van het begrip ‘belangrijk’ dient te worden gezien. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt verder dat bij de beoordeling of een besluit belangrijk is, ook moet worden gelet op de sociale, procedurele, economische en organisatorische factoren van het besluit. De belangrijkheid van een voorgenomen besluit wordt blijkens de wetsgeschiedenis bovendien bepaald door de inhoud en gevolgen van het voorgenomen besluit. Voor enkele specifieke categorieën voorgenomen besluiten gelden aanvullende criteria.

4.3 Discussie over concretisering van het begrip ‘belangrijk’

De tekst van artikel 25 WOR alsook de parlementaire geschiedenis bij dit wetsartikel geven niet concreet weer wanneer een besluit kwalificeert als belangrijk. De abstracte toets of een besluit belangrijk is, heeft in de periode 1979 tot heden enkele keren geleid tot de vraag of het begrip niet nader ingevuld moest worden. De opvatting om het begrip niet nader te concretiseren is echter meermalen herhaald. De SER ondersteunde in 1992 deze opvatting.¹⁷ De SER onderkende enerzijds dat het begrip ‘belangrijk’ weliswaar een globale aanduiding is die in de praktijk aanleiding geeft tot discussie en procedures. Anderzijds ligt in het begrip ‘belangrijk’ volgens de SER besloten dat alle omstandigheden bij de afweging betrokken kunnen worden. ‘Kortom: concretisering kunnen gemakkelijk verkeerde accenten leggen’, aldus de SER.¹⁸ Dezelfde vraag kwam aan de orde bij het later door de minister ingetrokken wetsontwerp Wet medezeggenschap werknemers (2004-2005). De memorie van antwoord bevatte de constatering dat geen signalen bestonden die aanleiding gaven alsnog nadere invulling te geven aan het begrip ‘belangrijk’ zoals dat in het huidige artikel 25 WOR wordt gehanteerd.¹⁹ Ook recent is niet bepleit het begrip ‘belangrijk’ door nadere invulling te concretiseren.

17. Knelpunten Wet op de Ondernemingsraden (SER-advies 7/92 van mei 1992 aan de ministers van Sociale Zaken en werkgelegenheid van Economische Zaken en Justitie), Den Haag: SER 1992 (online publiek), p. 30-31.

18. SER-advies 7/92, p. 30-31.

19. Kamerstukken II 2004/05, 29818, nr. 3, p. 6.

4.4 Literatuur over begrip ‘belangrijk’

Veelal wordt in de literatuur het casuïstische karakter (‘omstandigheden van het geval’) van de rechtspraak benadrukt. De volgende factoren – in onderlinge samenhang bezien – zijn uit de literatuur te distilleren bij de beantwoording van de vraag of een voorgenomen besluit als ‘belangrijk’ gekwalificeerd moet worden:

- het gewicht van het besluit; daaronder wordt verstaan de financiële impact van het te nemen besluit;
- de aard van het besluit;
- de gevolgen die het besluit voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben, waaronder het aantal werknemers voor wie het besluit niet-verwaarloosbare gevolgen heeft;
- de beweegredenen van het besluit;
- de grootte en aard van de onderneming;
- de omvang van de activiteiten van de onderneming; en
- de vraag of het besluit een kernactiviteit van de onderneming raakt.

De handboeken interpreteren de verschillende vingerwijzingen uit de wetsgeschiedenis min of meer op dezelfde wijze.²⁰ Accenten verschillen enigszins maar de hierboven aangehaalde bronnen uit de wetsgeschiedenis worden als leidend gezien. Daarbij moet geconstateerd worden dat specifiek over het begrip ‘belangrijk’ niet veel recente literatuur voorhanden is. Een uitzondering geldt voor een tweetal proefschriften in de laatste zes jaar waarbij wel uitvoerig aandacht is besteed aan het adviesrecht bij artikel 25 lid 1 sub a, b en e WOR.²¹

Of een besluit belangrijk is, wordt beoordeeld tegen de achtergrond van de grootte en de aard van de onderneming. Het begrip ‘belangrijk’ is volgens Loonstra en Zondag daarom relatief: wat voor de ene onderneming als een belangrijk, niet alledaags besluit kan worden beschouwd hoeft daarmee niet ook een belangrijk besluit voor een andere onderneming te zijn.²² In de literatuur lijkt over dit richtsnoer uit de wetsgeschiedenis geen twijfel te bestaan. De norm ‘niet-alledaags besluit’ zoals gebruikt in de wetsgeschiedenis, wordt als zodanig niet in de rechtspraak gehanteerd.²³ Naar deze norm wordt wel op andere plaatsen in de literatuur verwezen.

De gevolgen voor de in de onderneming werkzame personen wordt als leidend gezien voor de beoordeling van de vraag of een besluit belangrijk is. Hierbij geldt

20. Het betreft hier een compilatie van genoemde factoren uit verschillende standaardwerken zoals: Rood's *Wet op de ondernemingsraden*, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013; L. Sprengers, in: *T&C Arbeidsrecht*, art. 25 WOR, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online); R.H. van het Kaar e.a. (red.), in: *Ondernemingsraad*, 1.4.4.7/Adviesrecht ondernemingsraad bij economische en organisatorische besluiten (online); J. van Drongelen en S.F.H. Jellinghaus, *Collectief Arbeidsrecht. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

21. Zie I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 106 e.v. en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 173 e.v.

22. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 561.

23. F.G. Laagland, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2019*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 2163.

dat niet alleen het aantal direct betrokken werknemers relevant is. Ook de indirecte gevolgen van het te nemen besluit kunnen bij de beoordeling van de vraag over belangrijkheid betrokken worden.²⁴

Tot zover de omschrijving van het begrip ‘belangrijk’ op grond van wetsgeschiedenis en literatuur. Daarmee is niet gezegd dat de vraag of een voorgenomen besluit zoals in de verschillende handboeken in min of meer vergelijkbare bewoordingen is omschreven in de praktijk geen ruimte meer voor discussie zou geven.

4.5 Uitgekristalliseerde ontwikkelingen in de rechtspraak 1979-2019

40 jaar wetsgeschiedenis, literatuur maar vooral rechtspraak is een tijdsbestek dat de mogelijkheid biedt om een aantal uitgekristalliseerde ontwikkelingen te schetsen. Daarbij vallen de volgende ontwikkelingen op.

4.5.1 Belangrijk door afspraak of toezegging adviesrecht

In de praktijk kwam en komt het voor dat ondernemer en ondernemingsraad nadere afspraken maken over de invulling van het begrip ‘belangrijk’. De door ondernemer en ondernemingsraad afgesproken criteria zijn dan bepalend. Artikel 32 lid 2 WOR vormt hiervoor het wettelijk fundament. Ook op grond van de cao kunnen aangelegenheden als belangrijk aangemerkt worden. Artikel 32 lid 1 WOR vormt hiervoor het wettelijk fundament. Als vaste rechtspraak geldt dat een aangelegenheid belangrijk is indien deze door de ondernemer zelf dan wel de door ondernemer samen met de ondernemingsraad als belangrijk is aangemerkt.²⁵

Indien ondernemer en ondernemingsraad afspraken hebben gemaakt over de invulling van het begrip ‘belangrijk’ geldt sinds 1993 als vaste rechtspraak dat de Ondernemingskamer niet zelfstandig toetst of deze kwalificatie ook materieel juist is. In een dergelijke situatie wordt aangenomen dat het adviesrecht bovenwettelijk aan de ondernemingsraad is toegekend. De ondernemer wordt bij voorgenomen besluiten die – op zich – niet als belangrijk te kwalificeren zijn gebonden aan het adviesrecht indien de ondernemer het adviesrecht expliciet aan de ondernemingsraad heeft verleend.²⁶ Het staat de ondernemer niet vrij in een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer op dit standpunt terug te komen. Met de uitspraak van de Hoge Raad in 1993 (*Smit Vlootbeheer*) werd duidelijk dat voor de toepassing van artikel 26 WOR (beroep bij Ondernemingskamer) mede te begrijpen zijn de voorgenomen besluiten waaromtrent tussen ondernemer en

24. L.C.J. Sprengers, R. Hampsink en R. van der Stege, *Rechtspraak Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2014, p. 54-55 met verwijzing naar rechtspraak.

25. (Klassieke) voorbeelden hiervan zijn Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 7 mei 1987, ROR 1987/11, Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 december 2000, ROR 2001/7 en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 juli 2005, JAR 2005/217.

26. In de rechtspraak zijn hiervoor de nodige voorbeelden te vinden. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 november 1991, ROR 1992/6.

Ondernemingskamer overeenstemming bestaat dat de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld dient te worden om advies uit te brengen.²⁷ Concreet betrof het een besluit tot verkoop van een van de schepen van Smit Vlootbeheer; op zich zou de verkoop niet als belangrijk aangemerkt kunnen worden. Door de ondernemer was toegezegd dat bij verkoop de ondernemingsraad adviesrecht toekwam. De WOR bevat minimumbepalingen, meer mag ook.²⁸

Wanneer een bovenwettelijk adviesrecht echter betrekking heeft op een besluit dat valt onder het 'primaat van de politiek', dan kan de ondernemingsraad geen beroep instellen tegen het door de ondernemer genomen besluit, zo oordeelde de Hoge Raad recent.²⁹ In een enigszins vergelijkbare kwestie in 2000 oordeelde de Ondernemingskamer nog gunstig voor de Ondernemingskamer: de vraag of een aangelegenheid als belangrijk aangemerkt moest worden kon in het midden blijven daar de ondernemer eerder advies had gevraagd en de afloop van de adviesaanvraag niet had afgewacht.³⁰

4.5.2 Onder voorbehoud voorleggen van adviesaanvragen

Sinds het einde van de jaren tachtig worden door de ondernemer wel adviezen aan de ondernemingsraad voorgelegd onder het voorbehoud dat later in rechte nog verweer ten aanzien van de belangrijkheid gevoerd kan worden.³¹ Het 'voor zover rechtens vereist' ter advisering voorleggen van voorgenomen besluiten lijkt minder plaats te vinden maar is bij twijfel een praktische mogelijkheid voor ondernemingsraad en ondernemer. Op deze manier kan voorkomen worden dat de discussie zich richt op de vraag of een voorgenomen besluit belangrijk is terwijl het in essentie om de inhoud van het advies dient te gaan.

4.5.3 Besluiten met een tijdelijk karakter

Indien een voorgenomen besluit betrekking heeft op een tijdelijke aangelegenheid, kan ook de vraag rijzen of deze als belangrijk kan worden aangemerkt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever deze situatie heeft onderkend.³² Twee vormen van tijdelijkheid van (voorgenomen) besluiten komen in de praktijk voor. Het besluit betreft een voorfase van (mogelijke) verdere besluitvorming, bijvoorbeeld bij een pilot, experiment of een proef. Daarnaast komen besluiten voor die betrekking hebben op een tijdelijke maatregel. Uit de rechtspraak blijkt dat de duur van de te nemen maatregel is op zich geen zelfstandig criterium. De duur van de maatregel wordt afgezet tegen andere omstandigheden.³³ De Ondernemingskamer beoordeelt besluiten met een tijdelijk karakter (mede) aan de hand van de vraag of het besluit omkeerbaar is. Daarbij geldt echter niet

27. HR 17 maart 1993, ROR 1993/16 (Smit Vlootbeheer).

28. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 december 2000, ROR 2001/7.

29. HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397.

30. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 december 2000, ROR 2001/7.

31. Bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 november 1989, ROR 1989/31.

32. Zie in dit verband ook voetnoot 94 over het adviesrecht bij technologische voorzieningen.

33. T.J. Vlot, 'Tijdelijke besluiten en de WOR', *ArbeidsRecht* 2003/14.

dat een omkeerbaar besluit niet belangrijk kan zijn. Een besluit met betrekking tot een als experiment aangeduide verandering van het ‘klantproces’ waarbij veel in de onderneming werkzame personen betrokken waren, zal reeds om die reden als belangrijk aangemerkt worden.³⁴ Ook is relevant of met het tijdelijke besluit niet te veel vooruitgelopen wordt op het nog te nemen definitieve besluit.³⁵

4.5.4 Gevolgen van niet vragen advies aan ondernemingsraad

In het geval dat advies aan de ondernemingsraad gevraagd had moeten worden, terwijl vaststaat dat de ondernemer dit advies niet heeft gevraagd, is de grote lijn in de rechtspraak duidelijk. Vrijwel altijd zal de Ondernemingskamer dan concluderen dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het aangevochten besluit had kunnen komen.³⁶ De Ondernemingskamer toetst aan de hand van het in artikel 26 lid 4 WOR neergelegde criterium of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Deze toets wordt ook wel aangeduid als de marginale toets. Materieel komt de toets erop neer dat de beleidsvrijheid van de ondernemer wordt onderkend maar dat de ondernemer daarbij gehouden is de kenbare bezwaren van de ondernemingsraad en de gerechtvaardigde belangen in de besluitvorming te betrekken.³⁷ Niet altijd ‘sneuvelt’ een besluit waarvoor advies gevraagd had moeten worden. Uitzonderingen komen sporadisch voor. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat een ondernemingsraad onredelijk handelt door zich onder bestaande omstandigheden op het niet vragen van het advies te beroepen; een (te) laat beroep op het adviesrecht kan de ondernemingsraad tegengeworpen worden. Ook kan het voorkomen dat de Ondernemingskamer het besluit van de ondernemer kennelijk onredelijk verklaart maar hieraan verder geen gevolgen verbindt.³⁸

4.5.5 Aanduiding categorie niet relevant

Wat indien, al dan niet door voortschrijdend inzicht, de ondernemingsraad zijn grondslag voor een claim op het adviesrecht wijzigt door een categoriewisseling? Dat lijkt geen onoverkomelijk probleem voor de ondernemingsraad. Een ondernemingsraad die aanvankelijk meent dat een besluit valt onder een van de gronden van a tot en met d, en in de procedure bij de Ondernemingskamer stelt dat van artikel 25 lid 1 onder e WOR in het bijzonder aan de orde is, zal bij een beroep geen blokkade bij de Ondernemingskamer treffen. Voldoende lijkt te zijn dat in het overleg met de ondernemer verwezen is naar artikel 25 lid 1 WOR.³⁹ De meer algemene conclusie lijkt te zijn dat in het geval een ondernemingsraad

34. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 mei 2009, JAR 2009/162 en JOR 2009/223.

35. L.G. Verburg, ‘De OK, de medezeggenschap en de periode medio 2004 tot en met 2006’, *ArbeidsRecht* 2007/34.

36. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5270.

37. Meer over de marginale toetsing door de OK in annotatie L.C.J. Sprengers, ‘Hoe marginaal is de toetsing door de Ondernemingskamer?’, *VAAN AR updates* 13 juni 2018.

38. Voorbeelden ontleend aan Rood’s *Wet op de ondernemingsraden*, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 332-333.

39. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:625.

twijfelt welk specifiek onderdeel exact speelt, het voldoende is om te verwijzen naar het eerste lid van artikel 25 WOR zonder zich al zeer te binden aan de subonderdelen.

4.6 Stand van zaken rechtspraak naar categorieën besluit; handreiking voor de praktijk

De rechtspraak over belangrijkheid is gekoppeld aan een van de categorieën voorgenomen besluiten genoemd in lid 1 van artikel 25 WOR. In het hierna volgende overzicht worden de belangrijkste uitspraken per categorie beschreven.⁴⁰ Het adviesrecht is soms te koppelen aan meerdere categorieën, dan wel de combinatie daarvan. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij de categorieën onder c en d. Dat geldt zeker niet voor alle rechtspraak. De uitspraken die geen expliciete verwijzing naar een van de categorieën bevatten, zijn bij de categorie ingedeeld waarmee inhoudelijk de grootste verwantschap bestaat. Daarmee worden per categorie de grote lijnen in de rechtspraak weergegeven.

Een ander punt van aandacht bij de rechtspraak is het volgende. Een voorgenomen besluit kan soms in een breder kader worden geplaatst. Maakt het besluit onderdeel uit van een (te verwachten) reeks besluiten die afzonderlijk genomen niet belangrijk zijn, dan kan dat in onderlinge samenhang met die andere besluiten wel zijn.⁴¹ De achterliggende gedachte is dat ‘salamitactiek’ bij besluitvorming niet dient te leiden tot uitholling van het adviesrecht van de ondernemingsraad.

4.6.1 Zeggenschap, samenwerking of deelneming in andere onderneming (artikel 25 lid 1 onder b WOR)

Een deelname (met een proeftijd van een jaar) van een GGZ-instelling aan een project waarbij data verwerkt zullen worden, werd door de Ondernemingskamer niet als belangrijk gekwalificeerd. Niet aannemelijk was dat deelname financiële consequenties had of dat deelname aan het project gevolgen voor het personeel had.⁴² Het besluit tot uitbesteden van geringe (schoonmaak)werkzaamheden door een groot bedrijf doorstond niet de toets van belangrijkheid. Het betrof drie deeltijdwerkers (negentien uur per week).⁴³ Hetzelfde gold voor het gedeeltelijk beëindigen van de huur met de verhuurder van het pand waarin de onderneming gevestigd was. Een dergelijk besluit werd niet belangrijk geacht.⁴⁴ De samenwerking moet een duurzaam karakter hebben. Uit de lengte van de opzegtermijnen die gelden voor beëindiging van de samenwerking kan deze duurzaamheid blijken.⁴⁵

40. Deze keuze is uiteraard enigszins arbitrair.

41. Als klassiek voorbeeld kan verwezen worden naar Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 november 1990, ROR 1990/30.

42. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 september 1981, NJ 1982/299.

43. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 1990, ROR 1990/8 (Campina).

44. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 juli 2005, JAR 2005/219.

45. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 december 1993, ROR 1994/5.

In 2011 achtte de Ondernemingskamer een ondertekende intentieverklaring adviesplichtig als belangrijk besluit. De intentieverklaring betrof een duurzame samenwerking die minimaal twaalf maanden zou duren.⁴⁶ Deze uitspraak sluit aan op een eerder oordeel van de Hoge Raad dat een intentieverklaring adviesplichtig kan zijn. Dit is afhankelijk van de tekst van de intentieverklaring en de overige omstandigheden van het geval.⁴⁷

4.6.2 Beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan (artikel 25 lid 1 onder c WOR)

Een expediteur vraagt geen advies over het besluit tot verplaatsing van de expeditieafdeling. De Ondernemingskamer acht het besluit belangrijk omdat het een zelfstandig onderdeel van de onderneming betrof dat zich toelegt op een specifieke en als zodanig herkenbare activiteit. Deze activiteit wordt slechts bij één andere vestigingsplaats van de in totaal veertien uitgeoefend. Verder achtte de Ondernemingskamer van belang dat bij de ondernemer weliswaar 489 personen werkzaam zijn, maar dat het bij de expeditieactiviteiten, die alleen in Helmond en Oldenzaal werden verricht, gaat om in totaal 65 personen. Dat voor wat betreft de uitvoering van het besluit nog slechts drie arbeidsplaatsen ter discussie stonden, deed ook niet af aan de adviesplichtigheid.⁴⁸ In een andere zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat de stopzetting van een productieafdeling van caravans (30 personen) als een belangrijk besluit moest worden aangemerkt gezien het aantal betrokken werknemers. Ook werd het besluit als belangrijk gezien vanwege de bijzondere positie van deze afdeling (afzonderlijk bedrijfsonderdeel) en omdat voor de verkoop van de afdeling een afzonderlijke vennootschap in het leven was geroepen.⁴⁹

4.6.3 Belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder d WOR)

Het stopzetten van een deel van de productie is niet aan te merken als een belangrijke inkrimping als bedoeld in artikel 25 lid 1 onder d WOR in de situatie dat dergelijke besluiten twaalf tot twintig keer per jaar worden genomen.⁵⁰ Het besluit om niet mee te dingen naar concessies voor de exploitatie van een spoorlijn is adviesplichtig.⁵¹ De reductie van 32 fte's op een totale formatie van 814 fte's bij een zorginstelling is van wezenlijke betekenis en maakt het besluit belangrijk. De discussie over de exacte omvang van reductie is niet cruciaal.⁵² Een reductie van 1,2 fte op een afdeling van 9,57 fte (zonder gedwongen ontslagen) is niet als belangrijk te kwalificeren. Het aantal bij het besluit betrokken in de

46. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 januari 2011, JAR 2011/69.

47. HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251 (NS Reizigers); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1999, JAR 1999/101 (Noest Beheer).

48. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 mei 2007, JAR 2007/204 (TNT Fashion Group).

49. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 september 2003, JAR 2003/261 (Topcraft).

50. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 maart 1981, NJ 1982/246.

51. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 november 1990, ROR 1990/29.

52. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 juli 2002, JOR 2002/229.

onderneming werkzame personen is in absolute zin niet bepalend. Gaat het om een kleine dienst dan kan desalniettemin sprake zijn van inkrimping indien bijvoorbeeld een kleine dienst geheel of nagenoeg geheel wordt opgeheven, aldus de Ondernemingskamer in 2006.⁵³ Het besluit van een busmaatschappij om mee te dingen bij een aanbestedingsprocedure werd door de Ondernemingskamer als een belangrijk besluit en dus adviesplichtig gezien. Door de bieding had de ondernemer zich immers op essentiële punten vastgelegd voor de inzet van personeel (170 personen) en de benodigde investering (f 200 miljoen).⁵⁴

Een duurzame relatie aangaan met een partij die als klant van de onderneming beschouwd moet worden, valt niet aan te merken als belangrijk besluit, aldus de Ondernemingskamer in 2016.⁵⁵ Het besluit tot beëindiging van voorlichting en beleidsontwikkeling over pensioenen door FNV Horecabond werd door de Ondernemingskamer niet als belangrijk gezien. Het verval van zestien uur personeelsformatie (in relatie tot 53 personeelsleden) was te gering om belangrijk te zijn. De pensioenvoorlichtingstaak van de onderneming werd niet als belangrijk gezien. De Ondernemingskamer gebruikt hierbij vrijwel dezelfde formulering als in de uitspraak van 22 maart 2006 (het verval van een kleine dienst relevant voor de onderneming kan belangrijk zijn); hiervan was echter geen sprake.⁵⁶ Het besluit van KLM om bij bepaalde vluchten de omvang van het cabinepersoneel te verlagen met één persoon (van tien naar negen) werd niet adviesplichtig geacht. Hierbij overwoog de Ondernemingskamer dat het besluit niet zou leiden tot vermindering van het aantal arbeidsplaatsen.⁵⁷

Niet altijd is duidelijk of een voorgenomen besluit valt onder de c-categorie of d-categorie. Materieel maakt dat niet uit; in beide gevallen bestaat het adviesrecht voor de ondernemingsraad. Uit de rechtspraak bij deze categorieën blijkt dat de – directe of indirecte – personele gevolgen zwaarwegend zijn met betrekking tot de vraag of een besluit als belangrijk aangemerkt wordt.

4.6.4 Belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming (artikel 25 lid 1 onder e WOR)

Een besluit dat ertoe strekt zowel de operationele als de commerciële taken bij dezelfde persoon te leggen is in *beginsel* adviesplichtig. Onder omstandigheden kan dat anders beoordeeld worden. Een tijdelijke maatregel van circa acht maanden waaraan duidelijke voorwaarden waren verbonden, werd door de Ondernemingskamer vervolgens niet als belangrijk aangemerkt.⁵⁸ De wijziging

53. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 maart 2006, JAR 2006/133 (Isala Klinieken).

54. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2001, JAR 2001/235 (BBA).

55. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 september 2016, JAR 2016/297 (OR/Permar).

56. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4004, JAR 2017/270.

57. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:172 (KLM).

58. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 september 2000, ROR 2000/30.

van een driehoofdige naar een eenhoofdige directie was niet (alleen) belangrijk vanwege het aantal personeelsleden die het direct betrof, maar juist vanwege de indirecte gevolgen voor de onder de directie vallende werknemers.⁵⁹ Het inkrimpen van het aantal speeltafels bij Holland Casino met vermindering van toezichthoudende managers (6 fte) was geen belangrijk besluit.⁶⁰

Naar aanleiding van de intrekking van een mandaat door een gerechtelijke dienst oordeelde de Ondernemingskamer dat sprake was van een belangrijk besluit omdat beslissingsbevoegdheden in de toekomst centraal in plaats van decentraal genomen zouden worden. Het feit dat het besluit wellicht geen (directe) gevolgen zou hebben voor de personele bezetting of de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad, bracht niet mee dat het besluit niet belangrijk werd geacht.⁶¹ De wijziging van de governance van een vennootschapsrechtelijke 'kleindochter' van NS valt als belangrijk te kwalificeren. De reden is gelegen in het feit dat het besluit van de wijziging van de governance veel verder reikt dan het gemeenschappelijk belang van een beperkt aantal bedrijfsonderdelen; het besluit raakt het hele concern.⁶²

Een wijziging van statuten is in beginsel als belangrijk aan te merken indien bevoegdheden die aan het bestuur toekomen, worden overgedragen aan een ander orgaan binnen de ondernemer.⁶³ In een andere zaak oordeelde de Ondernemingskamer echter dat de statutaire wijziging van naam, doel en maatschappelijk kapitaal van de ondernemer niet met zich bracht dat sprake was van een belangrijk besluit. De Ondernemingskamer kwam tot dit oordeel omdat de wijziging van de statuten de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming niet raakte en de medezeggenschap van de ondernemingsraad onveranderd zou blijven.⁶⁴

Overigens dient wel duidelijk te zijn dat daadwerkelijk een besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 onder e WOR is genomen. Het enkele vermoeden dat een besluit zou zijn genomen dat te benoemen commissarissen werkzaam dienen te zijn binnen het concern van de ondernemer dient door het medezeggenschapsorgaan, in dit geval de centrale ondernemingsraad, aannemelijk te worden gemaakt.⁶⁵

4.6.5 Het doen van een belangrijke investering ten behoeve van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder h WOR)

Het besluit bij een verbouwing tot het uitvoeren van werkzaamheden aan draagbalken was niet adviesplichtig. De investering van € 31.000 bij een jaarlijkse investering van € 900.000 was te gering en andere belangen werden door het besluit

59. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 januari 2004, JAR 2004/47.

60. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 februari 2006, JAR 2006/95.

61. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 1997, JAR 1997/141.

62. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 oktober 2016, JAR 2016/263.

63. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 juni 1996, JAR 1996/152.

64. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 december 2003, JAR 2004/45.

65. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4198.

niet geschaad.⁶⁶ Daarentegen werd een investering door de UvA van f 16 miljoen op een totaal bedrag aan investeringen van f 29 miljoen (2000) en f 46 miljoen (2001) door de Ondernemingskamer als belangrijk gezien.⁶⁷ De aanschaf van twee schepen door een ondernemer ter grootte van f 11,6 miljoen werd als belangrijk aangemerkt. Het totale geïnvesteerd vermogen bedroeg circa 300 miljoen; de jaarlijkse investeringen waren gemiddeld 30 miljoen.⁶⁸ In beide uitspraken lijkt de Ondernemingskamer de (voorgenomen) investering in relatie tot de gemiddelde jaarlijkse investeringen te bezien. Investeringsbegrotingen zijn op zich niet adviesplichtig. Adviesbevoegdheid komt de Ondernemingskamer eerst toe wanneer daadwerkelijk een voorgenomen besluit genomen wordt tot investering; een daaraan voorafgaande algemene investeringsbegroting is geen adviesplichtig besluit.⁶⁹ De reikwijdte van het advies bij investeringen beperkt zich niet tot het bedrag van de investering. Het adviesrecht van de ondernemingsraad heeft ook betrekking op de modaliteiten van de investering.⁷⁰ De conclusie is dat slechts van een belangrijke investering gesproken kan worden als de investering substantieel is.

4.6.6 Het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder i WOR)

Over de vraag of sprake is van een belangrijk besluit inzake aantrekken krediet is slechts zijdelings rechtspraak gepubliceerd. In 2012 oordeelde de Ondernemingskamer dat na constatering dat een investering van € 4 miljoen als belangrijke investering gekwalificeerd kon worden, in het midden gelaten kon worden of een lening aantrekken uit het gemeentelijk leningsfonds aangemerkt moest worden als belangrijk kredietbesluit.⁷¹ Deze uitspraak is in 2013 op andere gronden (strijd met het primaat van de politiek) door de Hoge Raad vernietigd.⁷² In 2009 oordeelde de Ondernemingskamer dat de betrokken ondernemingsraden geen belang meer hadden bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst tot geldlening aan te merken was als belangrijk. Het betrof een in aandelen converteerbare lening.⁷³

4.6.7 Overige categorieën

Met betrekking tot de subcategorieën artikel 25 lid 1 onder j (kredietverstrekking en zekerheidstelling), onder k (invoering of wijziging van een belangrijke technologische voorziening) en onder l (belangrijke milieumaatregel) is geen gepubliceerde rechtspraak bekend.

66. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 juli 2003, JAR 2003/238.

67. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 maart 2001, ROR 2001/12.

68. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 maart 1991, ROR 1991/9.

69. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juni 1990, ROR 1990/12.

70. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 mei 2004, JAR 2004/164.

71. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2012, JAR 2013/29.

72. HR 8 november 2013 ECLI:NL:HR:2013:1139.

73. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 januari 2009, JAR 2009/160.

4.7 Conclusie

Wat valt te concluderen aan de hand van 40 jaar rechtspraak over het door sommigen wel eens als vaag omschreven begrip ‘belangrijk’?

Als vertrekpunt valt uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer te concluderen dat belangrijkheid per geval aan de hand van de specifieke feitelijke omstandigheden wordt getoetst. Dat is in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Daarbij geldt populair gezegd: ‘het moet wel ergens over gaan’. Wat als belangrijk aan te merken is, hangt af van de omvang en de aard van de activiteiten van de onderneming.

Wanneer een besluit een financiële component kent, dient dat gerelateerd te worden aan de grootte en de aard van de onderneming. Daarnaast geldt dat het (voorgenomen) besluit relevant voor de verdere ontwikkeling van de onderneming dient te zijn en aanwijsbare gevolgen zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen. Het gaat daarbij niet alleen om de directe personele gevolgen, zoals het aantal door een reorganisatie getroffen personeelsleden, maar ook om indirecte gevolgen voor de in de onderneming werkzame personen. De omvang van de personele gevolgen van een voorgenomen besluit geldt wel als eerste indicator voor de vraag of sprake is van belangrijkheid. Indien geen sprake is van een bijzondere positie van het betrokken bedrijfsonderdeel zal niet snel gesproken kunnen worden van belangrijk besluit.

Bij voorgenomen besluiten die betrekking hebben op investeringen is de verhouding tussen de specifieke investering en de gemiddelde jaarlijkse investeringen binnen de onderneming bepalend voor de vraag of sprake is van een belangrijk besluit.

De meeste rechtspraak heeft betrekking op aangelegenheden uit artikel 25 lid 1 onder c, d en e. WOR. Uit de rechtspraak valt niet te concluderen dat concretisering van criteria de beoordeling van het begrip ‘belangrijk’ zou bevorderen. Uiteindelijk dienen de relevante sociale, procedurele, economische en organisatorische aspecten van die beslissing in hun onderlinge samenhang te worden gewogen. Dit past in de doelstelling van de wetgever zoals meer dan 40 jaar geleden geformuleerd.

5 Elders genomen besluiten en het adviesrecht van de OR (toerekening, vereenzelviging, medeondernemerschap)

Y.H. Dissel en I. Zaal

5.1 Inleiding

In 1970 bevatte de Wet op de ondernemingsraden (WOR) de volgende bepaling: 'De ondernemer stelt, tenzij zwaarwichtige belangen van hemzelf dan wel de onderneming zich daartegen verzetten, de ondernemingsraad in de gelegenheid aan hem advies uit te brengen over door hem of door een andere bij de onderneming betrokken personen te nemen besluiten'.¹ Toentertijd bestond niet alleen de verplichting de ondernemingsraad om advies te vragen bij een besluit van de ondernemer, maar ook bij een besluit van een ander. Deze zinsnede is in 1979 weer verdwenen omdat hij tot te veel onduidelijkheid in de praktijk leidde.² Sindsdien gaat de WOR uit van een 'enkelvoudige' situatie waarin de ondernemer die de onderneming in stand houdt het besluit (voor)neemt en daarover advies vraagt aan de ondernemingsraad. De praktijk is weerbarstiger: zeker in concernverhoudingen komt het nogal eens voor dat besluiten die ingrijpen in de onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden, worden genomen door andere entiteiten dan de (eigen) ondernemer. Te denken valt aan de moederverenootschap die de dochterverenootschappen instrueert dat bepaalde activiteiten niet meer worden uitgeoefend of de aandeelhouder die zijn aandelen in de ondernemer verkoopt. Om deze voorgenomen besluiten toch aan medezeggenschap te onderwerpen heeft de Ondernemingskamer de leerstukken toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging in het leven geroepen. Daarmee heeft de Ondernemingskamer de positie van ondernemingsraden in concernverhoudingen versterkt en een belangrijke bijdrage geleverd aan de praktijk. De leerstukken zijn nooit opgenomen in de tekst van de WOR. De afgelopen 40 jaar zijn de leerstukken in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer verder ontwikkeld. In dit hoofdstuk behandelen wij de ontwikkeling van deze leerstukken en gaan wij in op het belang voor de praktijk.

1. Kamerstukken II 1969/70, 10335, nr. 1.

2. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 38.

5.2 Toerekening

5.2.1 Toerekening binnen het medezeggenschapsrecht

Toerekening houdt in dat een besluit dat door een andere ondernemer (hierna: de ‘besluitende ondernemer’ die doorgaans de moedervernootschap is) is (voor) genomen, voor de toepassing van de WOR wordt geacht te zijn genomen door de ondernemer voor wiens onderneming de ondernemingsraad is ingesteld (hierna: de ‘betrokken ondernemer’). Dit speelt voornamelijk bij besluitvorming binnen concernverband. De ondernemer die het besluit niet zelf neemt, moet bij toerekening toch het voorgenomen besluit ter advisering of instemming aan zijn ondernemingsraad voorleggen als dit besluit onder artikel 25 WOR of artikel 27 WOR valt.³ Het besluit wordt als het ware ‘naar beneden gehaald’.⁴ Toerekening dient gehanteerd te worden voor de feitelijke handelingen van een derde die moeten worden beschouwd als rechtshandelingen van een andere ondernemer die feitelijk juist (nog) niet handelde.⁵ De rechtspraak over toerekening heeft vooral betrekking op het adviesrecht op grond van artikel 25 WOR, maar ook bij het instemmingsrecht op grond van artikel 27 WOR kan het voorkomen dat een besluit feitelijk wordt genomen door een andere ondernemer dan die waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld.⁶

5.2.2 Korte historie

Toerekening van een besluit was voor het eerst aan de orde in 1984 in de zaak *Howson Algraphy*.⁷ De ondernemingsraad van *Howson Algraphy* stelde zich hier op het standpunt dat de moeder in gebreke was gebleven om de ondernemingsraad om advies te vragen over een bedrijfsfusie tussen *Howson Algraphy* en een zustervernootschap. De ondernemingsraad meende dat het besluit van de moeder tot de bedrijfsfusie als een besluit van dochter *Howson Algraphy* kon worden aangemerkt. De Ondernemingskamer was echter van oordeel dat het besluit van de moeder slechts een aanwijzing aan *Howson Algraphy* betrof. De Ondernemingskamer benadrukte dat de dochter, ondanks de afhankelijke positie, over eigen rechten en plichten beschikt en oordeelde dat het

-
3. Zie onder meer L.G. Verburg, ‘Toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap’, *ArbeidsRecht* 2014/9 en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 176.
 4. Zie ook de annotatie van R.H. van het Kaar bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 oktober 2010, ARO 2010/166 (*VLM Airlines*).
 5. Zie onder meer J.H.M. Willems, ‘Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening’, *ArbeidsRecht* 2015/13, P. Ingelse, ‘Medeondernemen en concernenquête’, *TAO* 2012/1, p. 31, I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 157 en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 176.
 6. Zie ook J. Veerman, ‘Toerekening bij instemmingsplichtige besluiten: de grenzen van het instemmingsrecht verlegd?’, *ArbeidsRecht* 2014/45, S. Sikkink en I. Zaal, ‘De derde en het medezeggenschapsrecht’, *TvAO* 2018/03 en Ktr. Amsterdam 17 juli 2012/212 en hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2013, *JAR* 2013/224 (*British Telecom*).
 7. HR 11 juli 1984, NJ 1985/212 (*Howson Algraphy*).

bestuur van Howson Algraphy nog geen besluit had genomen. Voor toerekening was (daarom) geen plaats was. Dit strookt met de gedachte dat de dochter een autonome zelfstandige bevoegdheid heeft en dat daarom terughoudend met het leerstuk van de toerekening moet worden omgegaan. Een enkel meerderheidsbelang van een aandeelhouder is zoals uit deze zaak blijkt onvoldoende om aan te kunnen nemen dat een besluit van een meerderheidsaandeelhouder aan de dochter kan worden toegerekend.

In april 1987 is voor het eerst toerekening aangenomen bij een concernbesluit. Het betrof een zaak die binnen Shell speelde.⁸ Shell International Research Maatschappij (SIRM) en Shell Research behoren beide tot de Koninklijke/Shell Groep. SIRM had besloten om het budget voor het laboratorium van Shell Research met 20% terug te brengen. Als direct gevolg van dit formele besluit zou de bezetting van Shell Research met 10% krimpen. Het formele besluit tot reductie van het budget leidde direct tot een materieel besluit tot krimp van de onderneming Shell Research. Er viel voor het bestuur van Shell Research niets meer te beslissen. Relevant was verder dat een bestuurder van Shell Research tevens lid was van de Raad van Beheer bij SIRM en grote invloed had gehad op de besluitvorming. Ook was een andere directeur van Shell Research, tevens bestuurder in de zin van de WOR van deze onderneming, bij het besluit op het hogere niveau betrokken geweest.

In de daaropvolgende jurisprudentie is diverse keren toerekening aangenomen, waarbij verschillende criteria zijn ontwikkeld om uitzonderingen op de zelfstandigheid van de betrokken (dochter)onderneming aan te kunnen nemen.

5.2.3 Criteria

Bij de beoordeling of sprake is van toerekening speelt het geheel van de betrekkingen tussen de besluitende ondernemer en de betrokken ondernemer.⁹ Blijkens de rechtspraak zal per geval moeten worden beoordeeld of sprake is van toerekening. Op basis van de huidige rechtspraak en literatuur kunnen de volgende relevante criteria voor toerekening worden onderscheiden:¹⁰ (1) een bijzondere (zeggenschaps)relatie, (2) rechtstreeks ingrijpen of specifiek betrekking hebben op de onderneming, (3) betrokkenheid bestuur bij het besluit en (4) de bevoegdheid om het besluit zelf te nemen. Hieronder zullen wij deze criteria afzonderlijk en in onderling verband bespreken.

8. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 april 1987, NJ 1998/382 (Shell Research).

9. Zie ook J. Veerman, 'Toerekening bij instemmingsplichtige besluiten: de grenzen van het instemmingsrecht verlegd?', *ArbeidsRecht* 2014/45.

10. Zie voor een overzicht van voorwaarden voor toerekening onder meer L.G. Verburg, *Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v., J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 181 e.v. en J. Veerman, 'Toerekening bij instemmingsplichtige besluiten: de grenzen van het instemmingsrecht verlegd?', *ArbeidsRecht* 2014/45.

(1) *Bijzondere (zeggenschaps)relatie*

Om een besluit te kunnen toerekenen zal allereerst een bijzondere (zeggenschaps)relatie moeten bestaan tussen de besluitende ondernemer en de betrokken ondernemer. Voor toerekening is een nauwe band tussen deze twee ondernemers vereist. Vaak zal de relatie bestaan uit aandelenbezit, maar dat hoeft niet. Bestuurlijke verwevenheid of financiële afhankelijkheid kunnen ook toereikend zijn.¹¹

(2) *Rechtstreeks ingrijpen of specifiek betrekking hebben op de onderneming*

Het moet gaan om één (of meer) besluit(en) van de besluitende ondernemer waarmee rechtstreeks wordt ingegrepen in of die specifiek betrekking hebben op de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld. Hierbij dient vooral te worden gelet op de aard van het besluit en de gevolgen daarvan.

Van rechtstreeks ingrijpen zal sprake zijn als de betrokken ondernemer het besluit als onvermijdelijk ervaart. Het duidt erop dat de betrokken ondernemer geen vrijheid heeft of neemt om van het besluit af te wijken.¹² In de zaak Honeywell¹³ werd geoordeeld dat een besluit tot plaatsing van een bepaalde productieopstelling in Tsjechië niet ingreep of doorwerkte in de Nederlandse onderneming en er daarom geen sprake was van toerekening.

In de hiervoor besproken zaak Shell Research, waarin wel toerekening werd aangenomen, greep het besluit van SIRM tot reductie van het budget rechtsreeks in de onderneming van Shell Research in omdat een personeelsreductie bij Shell Research hierdoor onvermijdelijk was. Enigszins vergelijkbaar met de Shell Research-zaak is de zaak NS Reizigers,¹⁴ waarin ook tot toerekening werd geoordeeld. Met het formele besluit van grootmoeder N.V. Nederlandse Spoorwegen om niet mee te dingen naar een concessie voor een spoorlijn werd materieel besloten om de werkzaamheden van (een onderdeel van) NS Reizigers B.V., waarvoor de ondernemingsraad was ingesteld, te beëindigen. Het bestuur van NS Reizigers B.V. was van mening dat het zich niet aan het besluit van N.V. Nederlandse Spoorwegen kon onttrekken. Daarmee had het bestuur niet de vrijheid om een zelfstandige afweging van belangen te maken en greep het besluit rechtstreeks in de onderneming in waarvoor de ondernemingsraad was ingesteld. De zaken Shell Research en NS Reizigers illustreren dat als een besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming, het niet relevant is op welk niveau het besluit is genomen.

In verband met het voorgaande dient een ondernemer zich al bij de inrichting van de zeggenschap en de praktijk van de besluitvorming rekenschap te geven van het leerstuk toerekening.

11. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2004, JOR 2004/147 (FNV Leden-service II).

12. Zie J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 188.

13. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 januari 2008, ROR 2007/44 (Honeywell).

14. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 oktober 2002, ROR 2003/11 (NS Reizigers).

Van Mierlo is van mening dat indien de algemene vergadering van aandeelhouders gebruikmaakt van haar statutaire instructierecht ex artikel 2:239 lid 4 BW, dit ook gevolgen zal hebben voor de toepassing van artikel 25 WOR. Indien het opvolgen van de instructie niet in strijd is met het belang van de vennootschap, zal de ondernemingsraad advies moeten uitbrengen voordat de algemene vergadering van aandeelhouders een instructie geeft. Indien de mogelijkheid om het bestuur instructies te geven in de statuten is opgenomen, is de opstelling van de besluitende ondernemer van belang voor de toerekening. Om toerekening zo veel mogelijk te vermijden zal de besluitende ondernemer in de situatie dat aan alle criteria voor toerekening wordt voldaan geen instructie aan de betrokken ondernemer moeten geven, maar hooguit een aanwijzing, waarbij nog ruimte bestaat voor overleg en uitwisseling van standpunten. Een aanwijzing gaat volgens ons minder ver dan een instructie.

Ook bij reorganisaties kan het van belang zijn om het besluit van de besluitende ondernemer tot reorganisatie van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld zo veel mogelijk het karakter te laten hebben van een aanwijzing in plaats van een instructie. Het is dan zaak dat de betrokken ondernemer, na eigen afweging van belangen, waaronder het concernbelang, zelf het besluit nog zal kunnen nemen. Als enkel sprake is van uitvoering van een besluit dat van hogerhand wordt opgelegd, dan impliceert dit het uitvoeren door de betrokken ondernemer van het genomen besluit en dan kan het besluit worden toegerekend, ervan uitgaande dat aan alle criteria voor toerekening wordt voldaan.

Als een besluit van de besluitende ondernemer niet rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld, maar het wel specifiek betrekking heeft op deze onderneming, kan het onder omstandigheden toch worden toegerekend. Volgens Van Mierlo is daarvoor ook vereist dat de betrokken ondernemer zelf geen besluit meer hoeft te nemen.¹⁵ Voor de beantwoording van de vraag of het besluit specifiek betrekking heeft op de onderneming wordt ook wel de zogenoemde ‘substance-leer’ toegepast.¹⁶ Deze leer houdt in dat naarmate het niveau waarop het besluit wordt genomen hoger is en er ook meer ‘substance’ rondom de onderneming is, het besluit minder specifiek betrekking heeft op de betrokken onderneming en er daarom minder snel sprake zal zijn van toerekening. Deze leer heeft dus geen betrekking op de situatie dat het besluit van de besluitende ondernemer rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld. In dat geval kan ook een besluit op een veel hoger niveau worden toegerekend.

15. Zie J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 194 e.v.

16. Zie voor een uitgebreide bespreking van de substance-leer L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 184 e.v. en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 194 e.v.

In de zaak VNU Publitec¹⁷ kon het beroep op toerekening niet slagen omdat het besluit van grootmoeder VNU World Directories tot het geven van een internationale adviesopdracht met betrekking tot de IT-structuur binnen de groep niet specifiek betrekking had op de onderneming van Publitec. De opdracht had volgens de Ondernemingskamer betrekking op de mondiale IT-structuur. Het lijkt erop dat wel was toegerekend als de opdracht specifiek betrekking had gehad op de onderneming van Publitec. Deze zaak illustreert volgens Van Mierlo de rol en betekenis van de ‘substance-leer’.¹⁸

(3) Betrokkenheid bestuur bij besluit

Ook blijkt uit de hiervoor genoemde uitspraak van Shell Research dat de betrokkenheid van het bestuur van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld een vereiste is om tot toerekening te kunnen concluderen.¹⁹ Betrokkenheid bij het besluit is bijvoorbeeld mogelijk als de bestuurder van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld ook een positie heeft binnen de organisatie van de besluitende ondernemer, bijvoorbeeld een plaats in een hogere directie of een hoger MT, waardoor hij feitelijk betrokken is geweest bij de besluitvorming op hoger niveau. Na het bespreken van de verschillende criteria voor toerekening zal nog worden ingegaan op de vraag of het noodzakelijk is dat altijd aan dit vereiste wordt voldaan.

Volgens Verburg brengt een personele unie niet automatisch toerekening teweeg, maar is dit wel een belangrijke omstandigheid om tot toerekening te kunnen concluderen.²⁰ De aanwezigheid van een personele unie levert een vermoeden op van betrokkenheid van het bestuur van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld.

In de zaak Brink’s,²¹ waar uit het feitencomplex niet blijkt van een personele unie, was sprake van bijzondere invloed van de betrokken ondernemer op de aandelenoverdracht. De Ondernemingskamer heeft in deze zaak voor het eerst expliciet geoordeeld dat een besluit tot aandelenoverdracht als zodanig, naar zijn aard, valt onder het adviesrecht van de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer was van oordeel dat, hoewel geen sprake was van een wijziging in de organisatie van de onderneming en ook de bevoegdheden van het bestuur niet zouden worden gewijzigd, de zeggenschap over de onderneming als gevolg van de transactie werd overgedragen. In deze beschikking werd het besluit tot verkoop van de aandelen van de dochteronderneming toegerekend, omdat de dochter zelf het initiatief had genomen tot verkoop van de aandelen in de vorm van een management-buy-out. De dochteronderneming had zelf overleg gevoerd en onderhandeld over een mogelijke verzelfstandiging en had met het oog op de overdracht van aandelen zelf de Stichting Brink’s opgericht. De Ondernemingskamer was van mening dat

17. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 2004, JOR 2004/165 (VNU Publitec).

18. J.J.M. van Mierlo, ‘Vennootschappelijke kaders versus WOR-kaders’, *ArbeidsRecht* 2015/12.

19. Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 mei 1990, NJ 1992/126 (HSA), waarin het besluit mede door de bestuurder van HSA was genomen.

20. L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 180.

21. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 februari 2015, JAR 2015/108 (Brink’s).

de verplichting om advies te vragen op de dochteronderneming rustte, omdat dit besluit voor een goede toepassing van de WOR aan deze ondernemer diende te worden toegerekend.

(4) Bevoegdheid besluit zelf te kunnen nemen

In de literatuur wordt aangenomen dat voor toerekening ook is vereist dat de betrokken ondernemer het besluit zelf moet kunnen nemen en dus die bevoegdheid heeft. Dit verklaart tevens waarom op basis van de hierna in paragraaf 5.2.4 te bespreken rechtspraak bij een aandelenoverdracht toepassing van het leerstuk medeondernemerschap in plaats van toerekening voor de hand ligt. In de volgende paragraaf zal echter eerst nog worden stilgestaan bij de vraag of het noodzakelijk is dat altijd aan dit vereiste wordt voldaan.

Cumulatieve criteria?

De vraag is of een (voorgenomen) besluit alleen kan worden toegerekend indien aan alle criteria is voldaan. Op basis van de rechtspraak en de literatuur lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat toerekening onder omstandigheden toch mogelijk is als aan een van de criteria niet is voldaan. Afwijking van criterium (3) of (4) wordt soms aangenomen, ervan uitgaande dat wel aan alle andere criteria is voldaan.

Met betrekking tot criterium (3) merken wij op dat in de literatuur verdeeld geantwoord is op de vraag of toerekening (toch) mogelijk is als de bestuurder niet heeft meegewerkt aan het besluit, maar wel aan de andere criteria wordt voldaan. Zo zijn Zaal en Ingelse van mening dat medewerking van het bestuur op het niveau van de besluitvorming een vereiste is.²² Uitgangspunt is dat een besluit alleen kan worden toegerekend indien ook het bestuur van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld bij het besluit is betrokken en daarvoor medeverantwoordelijk kan worden gehouden.²³ Van Mierlo ziet dit anders en meent dat betrokkenheid van het bestuur geen vereiste is, omdat dit juist zou kunnen leiden tot het niet betrekken van de betrokken ondernemer.²⁴

De rechtspraak is op dit punt ook niet altijd even helder. Uit de hiervoor besproken VNU Publitec-zaak blijkt bijvoorbeeld niet of sprake was van betrokkenheid van de bestuurders bij de besluitvorming, zodat op basis daarvan niet duidelijk is of altijd aan alle criteria moet worden voldaan.

Als de zeggenschap bij de betrokken ondernemer om het besluit te kunnen nemen in het geheel ontbreekt, is goed verdedigbaar dat er geen ruimte is voor toerekening. Daarom wordt in de literatuur wel aangenomen dat de betrokken

22. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 158 en P. Ingelse, 'Medeondernemen en concernenquête', TAO 2012/1, p. 29-30.

23. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 164 en 170, P. Ingelse, 'Medeondernemen en concernenquête', TAO 2012/1, p. 31 en E.P. Jansen, 'Mede-ondernemerschap', *ArbeidsRecht* 1999/37.

24. J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 184.

ondernemer het besluit altijd zelf moet kunnen nemen en dus die bevoegdheid heeft.²⁵ De zaak Brink's vormt een uitzondering op de regel dat de betrokken ondernemer het besluit zelf moet kunnen nemen en daarmee altijd aan criterium (4) moet worden voldaan. Hier was de bestuurlijke betrokkenheid zoals we hiervoor hebben gezien echter dusdanig aanwezig, dat ondanks het ontbreken van de formele bevoegdheid het besluit niettemin kon worden toegerekend nu wel aan de andere criteria werd voldaan. Het niet voldoen aan criterium (4) bij een aandelenoverdracht zal hierna nader worden besproken.

5.2.4 Belang toerekening: huidige stand van zaken

Uit het bovenstaande blijkt dat in de afgelopen jaren het begrip toerekening in de rechtspraak is ontwikkeld om te kunnen waarborgen dat een ondernemingsraad (tijdig) zal worden betrokken in het besluitvormingsproces, ook als het besluit wordt genomen of wordt bepaald door een andere ondernemer dan waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld.²⁶ Bij toerekening gaat het om de vraag of een besluit adviesplichtig is. Met behulp van toerekening kan immers een adviesrecht worden geconstrueerd dat anders niet zou bestaan. Het belang van het toepassen van toerekening is dan gelegen in toekennen van adviesrecht van de ondernemingsraad als de betrokken ondernemer geen besluit neemt. Ook kan toerekening ertoe leiden dat op een eerder moment om advies moet worden gevraagd, waarbij over het besluit in volle omvang kan worden geadviseerd en aldus wezenlijke invloed kan worden uitgeoefend op datgene wat met het besluit wordt beoogd. Dit laatste speelt bijvoorbeeld bij een in concernverband op hoger niveau aangekondigde reorganisatie.²⁷

In de SHL-beschikking van oktober 2016²⁸ is bevestigd dat een besluit tot aandelenoverdracht adviesplichtig is.²⁹ In het geschil tussen de ondernemingsraad van SHL, de betrokken ondernemer en enkele (buitenlandse) groepsentiteiten speelde de vraag of een door de holdingmaatschappij aan Goldman Sachs verstrekte adviesopdracht adviesplichtig was. Net als in Brink's's oordeelde de Ondernemingskamer dat, hoewel slechts de aandelen in de rechtspersoon worden overgenomen, toch sprake kan zijn van een adviesplichtig besluit, ongeacht of sprake is van een wijziging in de organisatie. De aandelenoverdracht brengt

-
25. Zie I. Zaal, 'De reikwijdte van medezeggenschap' (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 159 en S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn, 'Van het concern', Deventer: Kluwer 2013, p. 188.
 26. Zie ook de annotatie bij de SHL-beschikking van M. Milbou en S.F.H. Jellinghaus (JIN 2017/26) en Sprengers Advocaten, "Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt", over de rol van de ondernemingsraad bij verkoop van de onderneming', *Ondernemingsrecht* 2018/31.
 27. Zie L.G. Verburg, 'Toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2014/9.
 28. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JIN 2017/26 (SHL).
 29. Zie over de SHL-uitspraak onder meer I. Zaal, 'Kroniek ondernemingsraden 2016', *ArbeidsRecht* 2017/15, I. Zaal, 'Adviesopdracht aandeelhouders aan Goldman Sachs over mogelijke verkoop van aandelen in holding betreft een adviesplichtig besluit', *TRA* 2017/9, L.C.J. Sprengers, 'Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband', ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco)', *TvAO* 2017/01 en de annotaties bij de SHL-beschikking van R.G.J. de Haan, E.H. Damen en M. Milbou en S.F.H. Jellinghaus (JAR 2016/278, JOR 2017/63 en JIN 2017/26).

volgens de Ondernemingskamer tevens een wijziging in de zeggenschap over de kleindochter met zich. Echter, in deze zaak werden de buitenlandse aandeelhouders als medeondernemers aangemerkt en werd niet tot toerekening geconcludeerd. Anders dan in de zaak Brink's kwam in deze kwestie het initiatief tot verkoop vanuit de aandeelhouders (van bovenaf) en niet vanuit het bestuur van de dochteronderneming (van onderaf). Gelet op de relatie van de adviesopdracht met het mogelijke besluit van de aandeelhouders tot aandelenoverdracht was dit besluit naar zijn aard en inhoud aan de aandeelhouders voorbehouden. Dit verklaart waarom de Ondernemingskamer in de SHL-beschikking niet tot toerekening, maar tot medeondernemerschap heeft geoordeeld. De Ondernemingskamer overweegt in r.o. 3.9 van de beschikking expliciet: 'Het leerstuk "toerekening" is hier niet van toepassing'.

Het lijkt erop dat de Ondernemingskamer van mening is dat – als aan de voorwaarden daarvoor is voldaan – op basis van medeondernemerschap de ondernemingsraad van de onderneming waarvan de aandelen worden overgedragen om advies moet worden gevraagd. Sprengers en Willems zijn van oordeel dat het niet in de lijn der verwachting ligt dat de Ondernemingskamer bij een aandelenverkoop nog aan de hand van toerekening zal toetsen.³⁰ Het nadeel van het leerstuk toerekening is dat alleen de eigen ondernemer in rechte kan worden betrokken. Juist bij een aandelenoverdracht leidt dit tot problemen. Het is lastig om adequate voorzieningen te treffen als het besluit op een hoger niveau wordt genomen. De betrokken ondernemer kan het door de besluitende ondernemer genomen besluit zelf niet terugdraaien. Nu de ondernemingsraad ook zonder betrokkenheid van de eigen ondernemer een medeondernemer in een procedure kan betrekken ligt in ieder geval bij een aandelenoverdracht een beroep op toerekening niet (meer) voor de hand.³¹ De vraag die zich voordoet, is of het leerstuk toerekening met de SHL-beschikking ook in algemene zin is achterhaald. Wij menen dat dit niet het geval is, omdat indien onvoldoende grond bestaat voor medeondernemerschap nog steeds reden kan bestaan voor toerekening van het besluit.³² Hoewel opvallend is dat geen recent gepubliceerde rechtspraak over dit leerstuk beschikbaar is, kan het leerstuk toerekening dus (nog) worden gebruikt als het voor een goede toepassing van de WOR belangrijk is dat medezeggenschapsrechten aan de ondernemingsraad worden toegekend, maar niet aan de criteria voor medeondernemerschap wordt voldaan.

30. Zie L.C.J. Sprengers, 'Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband', ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco), TvAO 2017/01, Sprengers Advocaten, "Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt", over de rol van de ondernemingsraad bij verkoop van de onderneming', *Ondernemingsrecht* 2018/31 en J.H.M. Willems, 'Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening', *ArbeidsRecht* 2015/13.

31. Ktr. Utrecht 29 augustus 2012, JAR 2012/267 (OR Novio/Connexxion Holding N.V.).

32. Zie ook J. Veerman, 'Toerekening bij instemmingsplichtige besluiten: de grenzen van het instemmingsrecht verlegd?', *ArbeidsRecht* 2014/45.

5.3 Medeondernemerschap

5.3.1 Ontwikkeling medeondernemerschap

Bij medeondernemerschap kan de medeondernemer zelf in rechte worden betrokken. De medeondernemer is – naast de ondernemer – verantwoordelijk voor de naleving van de WOR en kan in een beroepsprocedure worden betrokken. Toerekening en medeondernemerschap zijn twee verschillende leerstukken, het één is niet een vorm van het ander.³³ Naast het leerstuk medeondernemerschap hebben de Ondernemingskamer en de Hoge Raad ook wel het leerstuk vereenzelviging toegepast in WOR-zaken.³⁴ Dit uit het vennootschapsrecht afkomstige leerstuk heeft hetzelfde effect als medeondernemerschap: de besluitende ondernemer kan door de ondernemingsraad van de betrokken ondernemer (doorgaans de dochtervennootschap) verantwoordelijk worden gehouden voor de naleving van de WOR.³⁵ Medeondernemerschap is echter minder vergaand – de identiteit van een van de vennootschappen wordt immers niet weggedacht – en past beter bij het begrippenkader van de WOR. Nu ook de Ondernemingskamer de laatste jaren alleen medeondernemerschap toepast, bespreken wij vereenzelviging niet.

Volgens de Ondernemingskamer is het doel van medeondernemerschap tweeledig. Het voorkomt in de eerste plaats dat de WOR in situaties waarin een besluit door een ander dan de ondernemer wordt (voor)genomen geen betekenis heeft. In de tweede plaats wordt door middel van medeondernemerschap bereikt dat het orgaan dat het besluit neemt en zelf de correcte besluitvorming in de hand heeft, als partij in een eventuele beroepsprocedure kan worden betrokken. Dit is volgens de Ondernemingskamer niet alleen in het belang van de ondernemingsraad, maar ook in het belang van de ondernemer.³⁶

Het leerstuk medeondernemerschap is in de publieke sector ontwikkeld. Het begrip medeondernemerschap werd voor het eerst expliciet geïntroduceerd in de beschikking inzake de Kamer van Koophandel.³⁷ Daarvoor overwoog de Hoge Raad echter al in Heuga dat de onderneming van Heuga Nederland door Interface Heuga ‘mede in stand werd gehouden, hetgeen betekent dat zij ten tijde van het inleidend verzoekschrift te dier zake te zamen met Heuga Nederland als “ondernemer” in rechte kon worden betrokken’.³⁸ Later werd dit door de Hoge Raad echter vereenzelviging genoemd, maar het resultaat is hetzelfde. Nog eerder overwoog het Hof Amsterdam in de zaak PUEM dat ‘zij die krachtens hun rechtspositie in de vennootschap het in hun macht hebben de in artikel 25 lid 1 bedoelde besluiten te nemen, zullen alvorens te besluiten het advies van de ondernemingsraad

33. Vgl. J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013 en ook J.H.M. Willems, ‘Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening’, *ArbeidsRecht* 2015/13.

34. Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (*Heuga*).

35. Zie ook L.G. Verburg, *Het territorium van de (Nederlandse) Ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

36. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 februari 1999, JAR 1999/174 (*Gemeente Hengelo*).

37. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 april 1998, NJ 1998/751 (*KvK Rotterdam*).

38. HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (*Heuga*).

dienen te vragen'. Ook hier lijkt bedoeld te worden op medeondernemerschap, ware het niet dat in deze zaak uiteindelijk de 'eigen' ondernemer en niet de aandeelhouder verplicht wordt de WOR na te leven.³⁹

Na de uitspraak inzake de Kamer van Koophandel hebben de Ondernemingskamer en de Hoge Raad nadere invulling gegeven aan het leerstuk. Medeondernemerschap is in de private sector vooral aan de orde wanneer het gaat om besluiten die niet zelf door de ondernemer kunnen worden genomen. Te denken valt aan besluiten tot overdracht van de aandelen⁴⁰ of statutenwijzigingen.⁴¹ Toerekening is in dat geval geen optie (zie hierboven). Medeondernemerschap kan echter ook gebruikt worden om een instructiebesluit van de moederverenootschap onder het adviesrecht van de ondernemingsraad van de dochter te brengen. De criteria worden hierna besproken.

5.3.2 Criteria

Dat een ander dan de ondernemer verantwoordelijk is voor de naleving van de WOR is een uitzondering op de (hoofd)regel. Medeondernemerschap wordt dan ook slechts in uitzonderlijke omstandigheden aangenomen. In de beschikking inzake de Provincie Zuid-Holland heeft de Hoge Raad de vereisten voor medeondernemerschap bepaald.⁴² De Hoge Raad overweegt dat het enkele feit dat een besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waaraan de ondernemer is verbonden onvoldoende is om medeondernemerschap aan te nemen.

'Om een ander dan de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld, naast die ondernemer als mede-ondernemer te kunnen aanmerken is nodig dat feiten en omstandigheden worden gesteld en, bij betwisting daarvan, aannemelijk gemaakt waaruit volgt dat die ander ten opzichte van de desbetreffende onderneming een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden. (...) Ook de omstandigheid dat het in geding zijnde besluit door zijn aard valt buiten de sfeer van de aan organen van een gemeente toekomende bevoegdheden, verzet zich ertegen dat op grond van dat besluit de provincie voor de toepassing van de WOR op één lijn is te stellen met degene die voor de gemeentelijke organisatie als ondernemer geldt.'

Hiermee is sprake van drie criteria: (1) het besluit grijpt rechtstreeks in in de onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden, (2) de ander neemt een positie in die hem stelselmatig een zodanige invloed verschaft dat de onderneming mede door hem in stand wordt gehouden en (3) het besluit valt binnen

39. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 juli 1989, NJ 1990/734 (PUEM).

40. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, JAR 2017/385 (Uniface) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JAR 2016/278 (SHL).

41. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7380 (VLM) en HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (Heugda).

42. HR 26 januari 2000, JOR 2000/55 (Gemeentelijke herindeling Haaglanden).

de sfeer van de organen van de onderneming. Hierna gaan we nader in op deze criteria.

(1) Het besluit grijpt rechtstreeks in

Het besluit moet ingrijpende gevolgen hebben voor de werkzaamheden van de onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden. In Heuga wordt gesproken van een stelsel dat van rechtstreeks en onmiddellijk belang is voor de organisatie. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien het (voorgenomen) besluit de toekomst van de onderneming bepaalt.⁴³ Is de onderneming object van de besluitvorming door de besluitende ondernemer? Bijvoorbeeld omdat de prijs van de te verkopen aandelen in de (groot)moedervennootschap met name wordt bepaald door de activiteiten in de Nederlandse onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden. Of wijzigt de organisatie van de onderneming door het besluit van de besluitende ondernemer? In de zaak VLM veranderde de onderneming bijvoorbeeld door een besluit van de moedervennootschap VLM België van luchtvaartmaatschappij naar zuivere personeelsmaatschappij.⁴⁴ Ook indien het besluit van de besluitende ondernemer ertoe leidt dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad wijzigen, kan sprake zijn van rechtstreeks ingrijpen. Bij Heuga was dat bijvoorbeeld aan de orde omdat de ondernemingsraad van de dochtervennootschap zijn aanbevelingsrechten op basis van de structuurregeling verloor.⁴⁵ Zijn er geen gevolgen voor de werkgelegenheid in Nederland dan zal er in het algemeen geen sprake zijn van rechtstreeks ingrijpen.⁴⁶

Ook indien er vennootschappen tussen de onderneming en degene die het besluit (voor)neemt zitten, kan sprake zijn van rechtstreeks ingrijpen, zeker indien deze vennootschappen zuivere holdings zijn waarin geen activiteiten worden verricht.

Gezichtspunten zijn aldus:

- De onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden is een belangrijke asset in de besluitvorming.
- Door het besluit van de besluitende ondernemer ontstaat een wijziging in de organisatie.
- De positie van de ondernemingsraad wijzigt door het besluit.
- In tussenliggende vennootschappen (tussenholdings) worden geen activiteiten ontplooid.

(2) Een positie die hem stelselmatig invloed verschaft

Het rechtstreeks ingrijpen van een (voorgenomen) besluit van de moedervennootschap is in de praktijk veelal niet lastig te betogen voor de ondernemingsraad. Het gaat vaak mis op het tweede criterium. Is sprake van een positie die de medeondernemer stelselmatig invloed verschaft? Daarbij gaat het om de vraag of de medeondernemer medebepalend is.⁴⁷ In FNV Ledenservice I hechte

43. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JAR 2016/278 (SHL).

44. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7380 (VLM).

45. HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (Heuga).

46. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 januari 2008, ARO 2008/36 (Honeywell).

47. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 mei 2011, ARO 2011/92 (Novio).

de Ondernemingskamer veel waarde aan formele zeggenschapsrelaties zoals het uitoefenen van stemrecht en het invloed uitoefenen op de samenstelling van het bestuur. Hoewel sprake was van een belangrijke mate van afhankelijkheid was er – vanwege het ontbreken van die formele zeggenschapsrelaties – geen sprake van medeondernemerschap.⁴⁸ In een latere zaak tussen beide bonden was echter wel sprake van medeondernemerschap. Daarbij ging het vooral om de aard van het tweede besluit – de opheffing van de ledenorganisatie.⁴⁹ Ook feitelijke zeggenschapsrelaties kunnen bijdragen aan de conclusie dat sprake is van medeondernemerschap.

Ingelse heeft erop gewezen dat voor stelselmatig invloed verschaffen niet vereist is dat de medeondernemer continu invloed uitoefent. Voldoende is dat hij dat *kán* doen.⁵⁰ In SHL overweegt de Ondernemingskamer als volgt: ‘de aandeelhouders moet stelselmatig *de mogelijkheid* hebben om op zodanige wijze invloed uit te oefenen op SHL Engineering dat gezegd moet worden dat zij de onderneming mede in stand houdt’ [cursivering IZ en YD]. Dit sluit aan bij de benadering van Ingelse: er hoeft niet feitelijk op stelselmatige wijze invloed te worden uitgeoefend, in die zin dat de moedervennootschap continu en/of frequent het beleid van de dochtervennootschap bepaalt.⁵¹ De medeondernemer moet dit wel stelselmatig kunnen en alleen ten aanzien van het adviesplichtige besluit ook daadwerkelijk doen. Later in deze uitspraak overweegt de Ondernemingskamer dat het moet gaan om *direct of indirect* stelselmatig invloed uitoefenen. Hiermee geeft de Ondernemingskamer een ruime uitleg aan het vereiste van stelselmatig invloed uitoefenen.

Relevante gezichtspunten bij de vraag of sprake is van stelselmatig invloed (kunnen) uitoefenen zijn op basis van de door ons bestudeerde jurisprudentie onder meer:

- De medeondernemer heeft een wezenlijk deel van de aandelen (in beginsel meer dan 51%, meestal zelfs 100%).
- De besluitende ondernemer is bestuurder van de betrokken ondernemer (of heeft overwegende zeggenschap over de samenstelling van dat bestuur).⁵² Met andere woorden: er is sprake van een personele unie.
- Het bestuur van de besluitende ondernemer neemt alle belangrijke (kern) beslissingen of dient goedkeuring te verlenen.⁵³
- Er wordt met de OR gecommuniceerd op briefpapier van de besluitende ondernemer.⁵⁴

48. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 februari 2003, JOR 2003/88 (FNV Ledenservice I).

49. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2004, JAR 2004/147 (FNV Ledenservice II).

50. P. Ingelse, ‘Mede-ondernemerschap en concernenquête’, TAO 2012/1.

51. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2004, JAR 2004/147 (FNV Ledenservice II).

52. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 maart 2010, JAR 2011/38 (Novio).

53. In VLM werden bijvoorbeeld alle commerciële beslissingen door moedervennootschap VLM België genomen: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 oktober 2010, JAR 2010/309.

54. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 maart 2010, JAR 2011/38 (Novio).

- Er is sprake van een verknocht beleid tussen de verschillende ondernemers.
- De betrokken ondernemer wordt gefinancierd door de besluitende ondernemer.⁵⁵
- De bestuurders van de betrokken ondernemer hebben slechts beperkte volmachten.
- Een instructiebevoegdheid in de statuten.

Deze gezichtspunten leiden alle op zichzelf niet tot de conclusie dat sprake is van medeondernemerschap – zo is het enkele feit dat iemand 100% van de aandelen heeft niet voldoende. Ze moeten in onderling verband worden beschouwd.

(3) In de sfeer van de organen van de onderneming

Dit derde criterium wordt genoemd in de hiervoor genoemde beschikking inzake Provincie Zuid-Holland. Dit derde criterium wordt echter niet altijd getoetst in zaken waarin medeondernemerschap wordt aangevoerd. In de zaak Leaf Holland overwoog de Ondernemingskamer dat een samenwerkingsovereenkomst tussen de Finse moedervernootschap en een Deense onderneming over de ontwikkeling van kauwgom voor de Finse markt niet binnen de sfeer van de organen van de onderneming in Sneek valt.⁵⁶ Dit criterium valt in deze casus echter samen met het criterium dat het besluit rechtstreeks moet ingrijpen in de onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden. De Nederlandse onderneming werd in het geheel niet geraakt door het besluit en dus is geen sprake van medeondernemerschap.

Het criterium in de sfeer van de organen van de onderneming is ontwikkeld in een zaak over publiekrechtelijke organen. Onzes inziens heeft dit criterium in venootschapsrechtelijke concernverhoudingen weinig betekenis, omdat een moedervernootschap een orgaan van de dochtervernootschap is (de AVA). Alleen buiten concernverhoudingen moet dit criterium aldus afzonderlijke getoetst worden.

5.3.3 Aanvaarding van medeondernemerschap

Soms wordt medeondernemerschap aanvaard door de moedervernootschap.⁵⁷ Dit gebeurde bijvoorbeeld in Uniface⁵⁸ en De Friesland.⁵⁹ In de zaak De Friesland stelde medeondernemer Achmea zich in de beroepsprocedure op het standpunt dat de ondernemingsraad niet-ontvankelijk was in de procedure jegens haar, nu de ondernemingsraad (ook) advies jegens De Friesland had uitgebracht. Dit argument kon Achmea niet baten: als medeondernemerschap aanvaard wordt ten aanzien van het adviesrecht, kan men zich later niet op het standpunt stellen dat er geen beroep kan worden ingesteld.

55. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2004, ARO 2004, 72 (FNV Leden-service II).

56. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 juni 2006, RO 2006/23 (Leaf Holland).

57. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, JAR 2015/51.

58. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, JAR 2017/385 (Uniface).

59. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2018, JAR 2018/65 (De Friesland).

Het medeondernemerschap moet wel specifiek ten aanzien van een (voorgenomen) besluit (of samenhangende reeks besluiten) worden aanvaard. In een zaak omtrent een samenwerkingsverband tussen DLO en Wageningen Universiteit oordeelde de Ondernemingskamer dat het enkele feit dat in het reglement is opgenomen dat DLO en Universiteit Wageningen mede namens ISRIC zijn aangewezen als ondernemer, onvoldoende is om ten aanzien van dit besluit medeondernemerschap aan te nemen.⁶⁰

5.4 De reikwijdte van medeondernemerschap en toerekening

Toerekening en medeondernemerschap is niet beperkt tot Nederlandse situaties. Ook een (voorgenomen) besluit van een buitenlandse medeondernemer kan worden toegerekend aan de ondernemingsraad van een Nederlandse onderneming.⁶¹ Buitenlandse natuurlijke of rechtspersonen kunnen zelfs medeondernemer zijn en in die hoedanigheid verzocht worden voor de Nederlandse Ondernemingskamer te verschijnen. Dit staat op gespannen voet met het internationale privaatrecht dat bepaalt dat buitenlandse natuurlijke of rechtspersonen alleen in de lidstaat van hun woonplaats respectievelijk statutaire zetel voor de rechter kunnen worden gedaagd (artikel 4 en artikel 63 EEX-Verordening II⁶²). De Ondernemingskamer heeft echter in de zaken VLM en SHL bepaald dat de artikel 26 WOR-procedure geen burgerlijke of handelszaak is in de zin van de verordening.⁶³ Het gaat om een interne aangelegenheid van de onderneming. Bovendien heeft de wetgever deze toetsende taak aan de Ondernemingskamer toegekend, zodat sprake is van een publiekrechtelijke toedeling van een rechterlijke bevoegdheid. Een andersluidende opvatting zou naar het oordeel van de Ondernemingskamer tot de (onwenselijke) situatie leiden dat een Nederlandse ondernemingsraad geen beroep kan instellen. Buiten het Nederlandse territorium heeft hij immers geen procesbevoegdheid.

De leerstukken zijn ook niet beperkt tot het adviesrecht, ook bij het instemmingsrecht kan sprake zijn van toerekening of medeondernemerschap.⁶⁴ Bijvoorbeeld wanneer de moedervennootschap voor het hele concern bepaalde arbeidsvoorwaarden wil regelen. Het komt echter wel minder voor. In de zaak BT werd het stopzetten van een winstdelingsregeling door de groepsdirectie toegerekend aan de Nederlandse ondernemer. De kantonrechter overweegt als volgt: 'Het is

60. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 april 2010, ARO 2010/80.

61. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 2004, JOR 2004/165 (VNU Publitec) en ook Kabinetsstandpunt medezeggenschap 2009 bij ingetrokken wetsontwerp Bepalingen over medezeggenschap van werknemers, Kamerstukken II 2009/10, 29818, nr. 32, p. 10.

62. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

63. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 december 2012, JAR 2013/67 (VLM) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JAR 2016/278 (SHL).

64. Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2013, JAR 2013/224 (British Telecom). Zie hierover ook: R.J. Veerman, 'Toerekening bij instemmingsplichtige besluiten: de grenzen van het instemmingsrecht verlegd', *ArbeidsRecht* 2014/45.

in die situatie niet mogelijk door op groepsniveau beslissingen te nemen, welke in Nederland instemmingsplichtig zijn, de wettelijke regeling met betrekking tot inspraak en invloed van werknemers buiten spel te zetten. Indien op groepsniveau beslissingen worden genomen dient rekening te worden gehouden met de doorwerking van plaatselijke wet- en regelgeving.⁶⁵

Een interessante vraag is of de leerstukken ook buiten concernverhoudingen kunnen worden toegepast. Soms wordt in andere zaken ook medeondernemerschap aanvaard. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in oktober 2018 dat een vereniging de onderneming van een stichting mede in stand houdt en daardoor ontvankelijk is in een enquêteprocedure.⁶⁶ In de publieke sector is het leerstuk medeondernemerschap veelvuldig toegepast. Daarnaast is het in een van de FNV-zaken toegepast op met elkaar verbonden verenigingen. Deze situaties vertoonden echter wel grote gelijkenissen met concernverhoudingen doordat er sprake was van (formeel) zeggenschapsrelaties, zoals stemrechten of wettelijke toezichttaken. Daarbuiten is naar onze mening niet snel sprake van toerekening of medeondernemerschap.

De SER heeft aangegeven het leerstuk toerekening te zien als een mogelijkheid om een wijziging door het pensioenfonds onder het instemmingsrecht te brengen.⁶⁷ Een dergelijk besluit grijpt rechtstreeks in in de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de onderneming waaraan de ondernemingsraad is verbonden, maar het zal vaak stuklopen op betrokkenheid van het bestuur op het besluit. Als de minister dit wil regelen, zal hij daarvoor een wettelijke regeling moeten treffen.

5.5 Gevolgen voor de praktijk

De medeondernemer heeft een zelfstandige verplichting tot naleving van de WOR. De ondernemer aan wiens onderneming de ondernemingsraad is verbonden blijft daarnaast zelfstandig verplicht de WOR na te leven. De ondernemingsraad kan kiezen wie hij in rechte betreft. Uit een uitspraak van de kantonrechter Utrecht blijkt dat de ondernemingsraad ook alleen de moedervernootschap in rechte kan betrekken.

Er kunnen meerdere medeondernemers zijn. In dat geval moeten de ondernemers afstemmen wie welk besluit aan de ondernemingsraad voorlegt. Van de Nederlandse directie mag worden verwacht dat zij de medezeggenschapsrechten onder de aandacht van de groepsdirectie of (indirect) aandeelhouder brengt.

In de praktijk blijkt vaak onvoldoende besef te bestaan van het belang van een goed geregisseerd besluitvormings- en medezeggenschapsproces. Er wordt in situaties van medeondernemerschap dikwijls ad hoc en te laat om advies

65. Zie Kantonrechter Amsterdam 17 juni 2012, JAR 2012/212 (British Telecom).

66. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 oktober 2018, JOR 2019/9.

67. Instemmingsrecht OR inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen (SER-advies 14/05 aan de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2014.

gevraagd en transparantie is lang niet altijd aanwezig. Dit is dan vragen om moeilijkheden. Niet zelden wordt in een (te) laat stadium van een internationale transactie geconstateerd dat mogelijk een Nederlandse ondernemingsraad moet worden betrokken met het risico van vertraging van de transactie. Het is beter om aan de voorkant problemen te voorkomen door deugdelijke procesafspraken te maken. Het is daarbij raadzaam om in een vroeg stadium overleg te plegen over de wijze waarop aan de medezeggenschap vorm zal worden gegeven zodat nog wezenlijke invloed kan worden uitgeoefend en het risico op procedurele missers kan worden voorkomen. Complicatie is daarbij wel dat, gelet op de mogelijke gevoeligheid van het besluit, soms niet direct volledige openheid van zaken kan worden gegeven.

Uit de hiervoor genoemde recente uitspraken, bijvoorbeeld Uniface, blijkt bijvoorbeeld dat al direct vanaf de start van een verkooptraject de ondernemingsraad moet worden betrokken en ook voor het inschakelen van externe deskundigen advies moet worden gevraagd. Gelet op de Uniface-uitspraak verdient het juist binnen een internationaal concern aanbeveling om bij het inschakelen van externe deskundigen steeds na te gaan of dit kan leiden tot een voorgenomen besluit ex artikel 25 lid 1 WOR van de betrokken ondernemer, al dan niet door middel van toerekening of medeondernemerschap.⁶⁸ In de hiervoor besproken zaak SHL oordeelde de Ondernemingskamer dat de grootaandeelhouder verplicht was de ondernemingsraad om advies te vragen alvorens hij een opdracht gaf aan Goldman Sachs voor een ‘price check’ ten behoeve van de mogelijke verkoop van de aandelen.⁶⁹ In de praktijk zien we dat deze stadia van het adviesrecht vaak al gepasseerd zijn voordat gerealiseerd wordt dat sprake is van medezeggenschap van de ondernemingsraad. In dat geval is doorgaans al een aantal procedurevoorschriften geschonden voordat überhaupt advies is gevraagd.

Bij het maken van procesafspraken kan bijvoorbeeld worden voorzien in een definitief besluit van de moederverenootschap, waarbij de uitkomsten van het advies van de ondernemingsraad kunnen worden meegewogen.⁷⁰

Het indienen van een adviesaanvraag over het inschakelen van deskundigen zal een goed moment zijn om tot procesafspraken te komen over het moment en de wijze waarop de ondernemingsraad bij het verdere proces moet worden betrokken.⁷¹ Deze verplichting vloeit ook voort uit artikel 24 WOR, zoals ook in de Nalco-zaak⁷² is geoordeeld. Nu de moederverenootschap zelfstandig verantwoordelijk is voor de naleving van de WOR dient zij niet alleen advies te vragen op grond van artikel 25 WOR, maar dient zij bijvoorbeeld ook een besluit in

68. Zie ook J.W. Boelhouwer en E.T. Visser, ‘De Unifacebeschikking en de gevolgen voor het signing protocol en andere corporate praktijken’, *TvAO* 2017/04.

69. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, *JAR* 2016/278 (SHL).

70. Zie ook L.C.J. Sprengers, ‘Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband’, *ECLI:NL:GHAMS:2016:4156* (SHL) en *ECLI:NL:GHAMS:2016:5232* (Nalco), *TvAO* 2017/01.

71. Zie ook Sprengers Advocaten, ‘“Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt”, over de rol van de ondernemingsraad bij verkoop van de onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2018/31.

72. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, *JAR* 2017/292, *TRA* 2017/42 en *TAO* 2017/1 (Nalco).

voorbereiding te melden op de overlegvergadering ex artikel 24 lid 2 WOR. Door in de overlegvergaderingen al iets te zeggen over een voorgenomen transactie kan handelen in strijd met artikel 24 WOR worden vermeden. Uit de Nalco-zaak kan worden afgeleid dat het vroegtijdig informeren ook in een informeel overleg kan plaatsvinden.⁷³ Hoewel schending van artikel 24 WOR het besluit niet automatisch kennelijk onredelijk maakt, zal dit wel in de beoordeling worden betrokken.⁷⁴ Bij besluitvorming in een internationaal concern zal de ondernemingsraad dus ook tijdig op de hoogte gesteld moeten worden van plannen die binnen concernverband leven met betrekking tot de Nederlandse dochteronderneming. De bestuurder kan zich niet achter de concernleiding verschuilen. Uit de Nalco-zaak kan ook worden afgeleid dat van de bestuurder van een dochtervennootschap kan worden verwacht dat hij bij medeondernemerschap de concernleiding erop wijst dat de ondernemingsraad moet worden geraadpleegd en om advies moet worden gevraagd.⁷⁵

Bij het besluitvormingstraject kan worden gekozen voor fasering van de besluitvorming, maar niet altijd vindt de ondernemingsraad of de ondernemer dit wenselijk. De ondernemingsraad kan het belangrijk vinden dat pas wordt geadviseerd over een verkoop als de koper bekend is en een ondernemer kan deze wijze van besluitvorming te omslachtig vinden. Voor welke besluitvorming ook wordt gekozen, de ondernemingsraad zal advies moeten worden gevraagd op het moment dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn. In dat kader is bij een overnametraject bijvoorbeeld ook het moment van ondertekenen en de inhoud van een signing protocol van groot belang.

Als bij een aandelenoverdracht de koper bekend is, zouden de ondernemingsraad van de targetvennootschap en de koper afspraken kunnen maken over de periode na verkoop, hoewel dit zich in de praktijk lang niet altijd zal voordoen. Te denken valt aan toekomstig beleid en personele gevolgen. Deze afspraken zullen als voorwaarden bij het advies kunnen worden opgenomen, waarbij het op de weg van de moedervennootschap ligt om op naleving van deze voorwaarden toe te zien. Het is daarbij van belang dat de kopende partij zich rechtstreeks aan de afspraken committeert. Met een beroep op het medeondernemerschap is het voor een ondernemingsraad makkelijker om dergelijke afspraken te maken, maar eenvoudig zal het nog steeds niet zijn.

Tot slot is het voor een ondernemingsraad belangrijk dat hij tijdig, dat wil zeggen al in het adviestraject, een beroep doet op medeondernemerschap. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in de zaak *Martinair*⁷⁶ dat het de ondernemingsraad in

73. Zie ook L.C.J. Sprengers, 'Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband', ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco), TvAO 2017/01.

74. Zie ook J.W. Boelhouwer en E.T. Visser, 'De Unifacebeschikking en de gevolgen voor het signing protocol en andere corporate praktijken', TvAO 2017/04.

75. I. Zaal, 'Medezeggenschapsgebrek in voorbereidende fase sluiting RD&E facility Nalco niet geheeld door zorgvuldig adviestraject', TRA 2017/42.

76. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 augustus 2015, TRA 2015/94 m.nt. L.C.J. Sprengers (*Martinair*).

redelijkheid niet vrijstond om zich voor het eerst bij verzoekschrift op het standpunt te stellen dat KLM als medeondernemer was aan te merken. De ondernemingsraad had zich noch in het advies noch in het adviestraject eerder op dit standpunt gesteld. De ondernemingsraad had in het adviestraject geen bedenkingen geuit tegen toepassing van de bij KLM en Martinair gebruikelijke medezeggenschapspraktijk. De ondernemingsraad kon daarom in de procedure geen standpunt innemen waarmee KLM geen rekening had hoeven houden, waarbij de Ondernemingskamer erop wees dat de ondernemingsraad gedurende het gehele traject was bijgestaan door (juridisch) deskundigen.

5.6 Conclusie

Met de ontwikkeling van de leerstukken toerekening en medeondernemerschap heeft de Ondernemingskamer een belangrijke bijdrage geleverd aan de medezeggenschapspraktijk. Vooral in concernverhoudingen vullen deze leerstukken een leemte van de WOR op. Voorgenomen besluiten van een andere ondernemer worden toch onderworpen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad. Hierdoor wordt de positie van de ondernemingsraad in (internationale) concernverhoudingen aanzienlijk versterkt. Omdat de leerstukken zo goed zijn ingekleurd door jurisprudentie is opnemen in de wet ook nog niet aan de orde geweest de afgelopen 40 jaar. Uit de jurisprudentie blijkt dat de praktijk af en toe worstelt met de leerstukken. Wanneer een moedervernootschap of ondernemer zich realiseert dat sprake is van medeondernemerschap of toerekening is het vaak al te laat. Op besturen van Nederlandse ondernemers rust de verantwoordelijkheid de besluitende ondernemer op de hoogte te stellen van de Nederlandse medezeggenschap. Aan te raden valt dat hierover concrete afspraken worden gemaakt.

6 Het wezen van de ‘wezenlijke invloed’?

M.W.A.M. van Kempen

6.1 Inleiding

Het begrip ‘wezenlijke invloed’ heeft zijn plaats in de Wet op de ondernemingsraden gekregen in 1979 tegelijkertijd met het beroepsrecht van artikel 26 WOR. Reden om het begrip ‘in het zonnetje’ te zetten.

‘Ten slotte kan er in dit verband niet aan voorbij worden gezien dat het antwoord op de vraag of een besluit al of niet reeds is genomen mede wordt bepaald door het antwoord op de vraag of het uitvoeren van adviesrecht door een ondernemingsraad nog van wezenlijke invloed kan zijn op een te nemen besluit en aldus of de medezeggenschap van een ondernemingsraad zoals die in de Wet op de ondernemingsraden gestalte heeft gekregen reële betekenis heeft.’¹

Bovengenoemd citaat van de Ondernemingskamer in de zaak FNV Ledenservice II raakt de essentie van het begrip ‘wezenlijke invloed’. De uitspraak illustreert dat de rol van de ondernemingsraad zoals die in de Wet op de ondernemingsraden (hierna: ‘WOR’) gestalte heeft gekregen geen papieren tijger, niet vrijblijvend is.

Om invloed uit te kunnen oefenen op het ondernemingsbeleid faciliteert de WOR ondernemingsraden op allerlei manieren. Zo hebben OR-leden onder meer recht op scholing, het recht onder werktijd te vergaderen, het recht om deskundigen in te schakelen en het recht op overleg zowel met directie als toezichthouders. Verder heeft de ondernemer verschillende soorten informatieverplichtingen jegens de ondernemingsraad. De invloed van de ondernemingsraad op het ondernemingsbeleid krijgt vervolgens wezenlijk gestalte via het advies- en instemmingsrecht, geregeld in enerzijds artikel 25 en artikel 30 WOR en anderzijds artikel 27 WOR. Reële betekenis aan het adviesrecht van artikel 25 WOR is beoogd te geven via de verplichtingen van artikel 25 lid 2 WOR respectievelijk artikel 30 lid 2 WOR dat voorziet in de vroegtijdigheid van het te vragen advies, en artikel 25 lid 3 WOR respectievelijk 30 lid 3 WOR dat voorziet in de tijdige informatieverstrekking ten aanzien van de beweegredenen en de gevolgen voor de medewerkers. Deze hoofdverplichtingen worden verder ondersteund in daaromheen cirkelende bepalingen zoals artikel 23 en artikel 24 WOR die zien op het overleg tussen

1. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2004, JAR 2004/147 (FNV Ledenservice II).

ondernemingsraad, directie en toezichthouders en dus ook informatie-uitwisseling, terwijl artikel 31 WOR de inhoud van het informatierecht verder vorm geeft. Al met al dus een vrij overzichtelijk geheel. Desondanks is die wezenlijke invloed, althans het gebrek daaraan, de afgelopen 40 jaren regelmatig onderwerp geweest van debat bij de Ondernemingskamer. Is het onwil van de ondernemer, is het kader toch niet zo overzichtelijk, of is er wat anders aan de hand? Deze bijdrage onderzoekt het wezen van die wezenlijke invloed.

6.2 Wezenlijke invloed als juridisch begrip

Het juridische begrip ‘wezenlijke invloed’ is sinds 1979 opgenomen in de WOR en gekoppeld aan het adviesrecht van de ondernemingsraad ex artikel 25 en artikel 30 WOR. De vraag die gesteld mag worden is waarom de wetgever heeft gekozen voor het begrip ‘wezenlijke invloed’ boven gewoon ‘invloed’. Gelet op de taalkundige betekenis veronderstelt het gebruik van de term ‘wezenlijk’ dat de wetgever een verdergaande mate van invloed voor ogen had. Het begrip suggereert dat er binnen het systeem van de WOR verschillende gradaties van invloed te onderscheiden zijn.

De invoering van dit begrip in de WOR in 1979 is vrij geruisloos gegaan. In zijn advies van 17 oktober 1975² in de aanloop naar de wetswijziging van 1979 adviseerde de SER de regering aandacht te besteden aan het moment van inschakeling van de ondernemingsraad nu een vroegtijdige inschakeling voor een goede taakvervulling van *essentieel belang* is. De SER noemde daarbij een aantal voorbeelden waarin die taakvervulling niet mogelijk is, zoals het feit dat de ondernemer reeds een keuze heeft gemaakt uit verschillende alternatieven en/of het te nemen besluit al reeds in *finesses* is uitgewerkt.³ Voor de SER was het afdoende als deze aandacht in de memorie van toelichting van de wet een plek zou krijgen.

De wetgever heeft er vervolgens voor gekozen om die aandacht voor een tijdige inschakeling toch in de wet te verankeren met de keuze voor een zodanig tijdstip dat het advies nog van wezenlijke invloed is op het nemen besluit. In de memorie van toelichting is opgenomen dat hiermee is beoogd te bevorderen dat de ondernemingsraad in een zo vroeg mogelijk stadium wordt geraadpleegd.⁴ Aan de uitleg van het begrip ‘wezenlijke invloed’ is in het wetgevingsproces verder nauwelijks tot geen aandacht besteed nu ook in het parlement deze formulering met instemming werd begroet.⁵ De keuze van de wetgever te kiezen voor het begrip ‘wezenlijke invloed’ boven bijvoorbeeld ‘tot van invloed zijn’ lijkt daarmee – enigszins – arbitrair.

Het begrip ‘wezenlijke invloed’ heeft in de literatuur ook niet op een overmatige belangstelling mogen rekenen. Kort na de inwerkingtreding van de wet

2. Advies over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden (SER-advies 14/75 van oktober 1975 aan de minister van Sociale Zaken), Den Haag: SER 1975 (online publiek), p. 23.
3. SER-advies 14/75, p. 24.
4. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 38.
5. Kamerstukken II 1976/77, 13954, nr. 5, p. 59.

verschenen twee beschouwingen van Koning⁶ en Geersing.⁷ De handboeken volstaan met een beschrijving gericht op het tijdig vragen van advies en de praktische complicaties.⁸ Een kort onderzoek naar de trefwoordenregisters van de meest recente proefschriften op het gebied van het medezeggenschapsrecht leert dat het begrip daarin niet is opgenomen.⁹ Vanuit de fusie- en overnamepraktijk is er recentelijk aandacht gevraagd voor de reikwijdte van die wezenlijke invloed, met name ook vanuit het perspectief van het overnamecontract.¹⁰ Twee uitspraken van de Ondernemingskamer inzake Nalco en Uniface hebben de pennen echter weer goed in beweging gezet.¹¹

Objectief bezien is de keuze voor het begrip ‘wezenlijke invloed’ arbitrair te noemen. Toch geeft de toevoeging van het begrip ‘wezenlijk’ het begrip gevoelsmatig meer lading. Meetbaar is het echter niet. Naar mijn mening is die wezenlijke invloed uiteindelijk alleen maar af te meten aan de kwaliteit van de inhoud van het genomen besluit. Immers, als de ondernemer het advies van de ondernemingsraad volgt, is die invloed maximaal geweest. Als het besluit afwijkt van het advies zal uit de motivering van de ondernemer kunnen blijken of en hoe het advies van de ondernemingsraad is meegenomen. Het is vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer dat de ondernemer hierbij concreet op de bezwaren van

-
6. F. Koning, ‘Rechtspraak medezeggenschap, de beschikking van de Ondernemingskamer ingevolge art. 25 WOR d.d. 1 mei 1980’, SMA 1980, afl. 7/8, p. 539 e.v.
 7. B. Geersing, ‘Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR’, SMA 1980, afl. 12, p. 920 e.v.
 8. Rood’s *Wet op de ondernemingsraden*, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 307; R.H. van het Kaar, commentaar op art. 25 WOR, aant. 14 in: J.B. Huizing (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012; J. Heinsius en J.J.M. Lamers, *Lexplicatie 5.35a Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2012.
 9. Ik keek hierbij naar de proefschriften van L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007; J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013; F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013; I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014; M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2014 en L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998.
 10. Zie hierover E.J. Henrichs en L.S. Oostwouder, ‘Voorwaardelijke besluitvorming en de norm van wezenlijke invloed van art. 25 lid 2 WOR’, *ArbeidsRecht* 2014/3.
 11. Zie bijvoorbeeld: I. Zaal, ‘Medezeggenschapsgebrek in voorbereidende fase sluiting RD&E facility Nalco niet geheeld door zorgvuldig adviestraject’, *TRA* 2017/42; J.W. Boelhhouwer en E.T. Visser, ‘Annotatie – De Uniface beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2017:4123) en de gevolgen voor het signing protocol en andere corporate praktijken’, *TAO* 2017/4; A. Grimme en B. Kloppert, ‘Uniface: (n)iets nieuws onder de zon?’, *ArbeidsRecht* 2018/20; J.A.C. (Pien) van Veersen, ‘De Uniface-beschikking – Een kritische noot’, *TOP* 2018/164; P.H. Burger en L.C.J. Sprengers, ‘“Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt”. Over de rol ondernemingsraad bij verkoop van de onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2018/31 en de reactie daarop van B.W. Roelvink en B. Kloppert, ‘De externe deskundige van artikel 25 lid 1 onder n WOR: alleen wie de schoen past, trekt hem aan, Reactie op P.H. Burger en L.C.J. Sprengers, ‘Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt’, *Ondernemingsrecht* 2018/127; C. Nekeman, ‘De Uniface-beschikking: de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad op de besluitvorming’, *MvO* 2018/1-2; I. Zaal, ‘De rol van de OR bij (aandelen)overnames: lessons learned uit de recente jurisprudentie’, *O&F* 2018/02; M. Ritmeester en A. van Nimwegen, ‘Artikel 24 en 25 WOR: zijn het wel communicerende vaten?’, *ArbeidsRecht* 2019/7.

de ondernemingsraad ingaat en zijn argumenten daar tegenoverstelt.¹² Hierbij dient de ondernemer ook inhoudelijk in te gaan op door de ondernemingsraad aangedragen reële alternatieven. De kwaliteit van de motivering van een besluit is daarmee mijns inziens ook een graadmeter van de mate van invloed op het te nemen besluit. Bij een goed gemotiveerd besluit blijft over de marginale (terughoudende) toetsing van de inhoud van het besluit.

6.3 Wezenlijke invloed als graadmeter van effectiviteit van het medezeggenschapsrecht

Hoewel de wezenlijke invloed als begrip is gekoppeld aan de tijdige inschakeling van de ondernemingsraad hanteert de Ondernemingskamer het begrip mijns inziens niet alleen als een procedureel timing-instrument.¹³ De hiervoor aangehaalde overweging van de Ondernemingskamer in FNV Ledenservice II laat zien dat die wezenlijke invloed juist de reële betekenis ervan, wellicht sterker nog, het doel van het Nederlandse medezeggenschapsrecht verwoordt. Met dat laatste doel ik dan op de (mate van) betrokkenheid van werknemers bij de totstandkoming van besluiten in de onderneming waardoor zij in belangrijke mate worden geraakt.¹⁴ Daarmee is die wezenlijke invloed ook graadmeter bij de waardering van de feiten en omstandigheden en als paradigma ook instrument van rechtsvinding om zoals oud-voorzitter Willems het formuleerde, 'de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraden zoals de OK die ziet, tot hun recht te laten komen'.¹⁵ De Ondernemingskamer is in de afgelopen jaren dan ook niet terughoudend gebleken om vanuit dat gezichtspunt de feiten en omstandigheden te waarderen in het kader van de vraag in welk stadium van voorbereiding een bepaald besluit zich bevond. Teksten zijn niet doorslaggevend. Het oordeel van de Ondernemingskamer in de zaak NS Reizigers in 1997¹⁶ is hiervan een sprekend voorbeeld:

'hoewel NSR moet worden toegegeven dat de intentieverklaring van 10 maart 1997 naar haar tekst genomen de ruimte laat voor de uitleg dat daaruit slechts blijkt van een beleidsvoornemen van NSR, is tegen de achtergrond van de omstandigheden van dit geval, deze mede in onderling verband en samenhang beschouwd, de Ondernemingskamer van oordeel dat niettemin [cursivering door auteur] sprake is van een adviesplichtig besluit. De Ondernemingskamer betreft in dat oordeel mede dat een andere opvatting in het onderhavige geval tekort zou doen aan de in de WOR gewaarborgde rechten van een ondernemingsraad, die immers zich op zodanig tijdstip een oordeel moet kunnen vormen en advies

12. Rood's Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 315-316.

13. F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 364 e.v.

14. Rood's Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 24.

15. Zie hierover J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000/15.

16. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 juli 1997, JAR 1997/164.

moet kunnen geven, dat dat oordeel en het advies nog van wezenlijke invloed kunnen zijn op te nemen besluiten.’

De Hoge Raad¹⁷ vond later deze door de Ondernemingskamer gekozen benadering niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en verder ook niet onbegrijpelijk.

Veel discussies over de wezenlijke invloed zijn beslecht langs de lijnen van de vraag of al dan niet sprake is geweest van een besluit waarover ten onrechte geen advies is gevraagd. Het adviesrecht vangt immers aan met de vraag of sprake is van een voorgenomen besluit in de zin van artikel 25 lid 1 WOR. Ook in bovengenoemde uitspraak van de Ondernemingskamer betrof het de vraag of sprake was van een voorgenomen besluit of een reeds genomen besluit waarbij de Ondernemingskamer op basis van de feiten voor het laatste koos. Duk heeft hier in 1999 op gewezen en daarbij aandacht gevraagd voor het feit dat in zijn beleving de Ondernemingskamer soms wat te gemakkelijk de aanwezigheid van een besluit aanneemt om zo rechtsmacht te creëren.¹⁸ Zo stelde hij in dat kader dat een voorgenomen besluit nog geen besluit wordt louter omdat het nog niet, en daarom mogelijk te laat, ter advisering wordt voorgelegd. De vraag hoe terughoudend de Ondernemingskamer zich moet opstellen bij een geschil over de feiten is de jaren nadien in de literatuur niet meer aan de orde geweest. De Ondernemingskamer heeft zich nadien verder niet erg terughoudend opgesteld. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de uitspraak inzake het UWV.¹⁹ In deze zaak werd het standpunt van het UWV dat sprake was van een besluit met een ‘experimenteel karakter’ niet gehonoreerd door de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer overwoog hiertoe dat het besluit tot landelijke invoering van proefimplementaties te diep ingreep in de organisatie en er te veel werknemers waren betrokken bij het besluit. In dit verband kan ook worden verwezen naar de uitspraak inzake ICIN²⁰ waarin het besluit tot stopzetting van de financiering van het ICIN door het KNAW *er de facto* toe leidde dat het ICIN als instituut van het KNAW wordt opgeheven. Dat de KNAW in de zomer van 2013 nog uitging van de mogelijkheid dat het ICIN elders kon worden ondergebracht dan wel dat zij als zelfstandig instituut verder zou gaan, maakt dit niet anders, aldus de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer neemt als poortwachter van die wezenlijke invloed ook beslissingen als een keuze wordt gepresenteerd uit twee systemen die ogenschijnlijk met elkaar botsen, zoals in de beschikking inzake Mediagroep Limburg.²¹ In deze zaak moest de Ondernemingskamer onder meer oordelen hoe het Redactiestatuut van de Mediagroep Limburg zich verhiel tot het wettelijke adviesrecht. Het betrof hier een voorgenomen besluit tot reductie van de formatie bij de redacties van het Limburgs Dagblad en Dagblad De Limburger. Hierbij had men het besluit in tweeën geknipt. In samenspraak met de hoofdredacteur had

17. HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251 (NS Reizigers).

18. R.A.A. Duk, ‘Besluiten zijn besluiten, of niet?’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon* (Serie vanwege het van der Heijden Instituut, deel 62), Deventer: Kluwer 2000.

19. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 mei 2009, JAR 2009/162 (UWV).

20. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 november 2014, JAR 2015/161.

21. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 juli 2010, JAR 2010/213.

men eerst de omvang van de reductie vastgesteld om deze vervolgens ter advisering aan de ondernemingsraad voor te leggen. Vervolgens zou de uitwerking daarvan in overleg met de redactieraad worden vastgesteld. De ondernemingsraad claimde ook adviesrecht over de uitwerking. De Ondernemingskamer oordeelde dat:

‘het redactiestatuut en de daarin aan de hoofdredacteur en aan de redactieraad toebedeelde taken en bevoegdheden niet afdoen aan het wettelijke adviesrecht van de ondernemingsraad. Voor zover het redactiestatuut bepaalt dat niet haar bestuurder maar de hoofdredacteur beslist over de feitelijke uitwerking van de reductie ter redactie (nadat de directie de omvang van de reductie heeft vastgesteld) en de ondernemer daarover dus geen besluit neemt en dus geen advies kan vragen, moet volgens de Ondernemingskamer de hoofdredacteur in zoverre worden aangemerkt als bestuurder in de zin van artikel 1, lid 1, sub e WOR. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat het wettelijke adviesrecht van de ondernemingsraad op onaanvaardbare wijze wordt uitgehouden.’

Met name de pragmatische benadering van de Ondernemingskamer dat in dit geval ook de hoofdredacteur wel als bestuurder kon worden aangemerkt leidde tot enige kritiek. In zijn annotatie bij de uitspraak vroeg Holtzer²² zich af of dit wel binnen het systeem van de wet paste. Sprengers²³ meende daarentegen dat de Ondernemingskamer deze benadering helemaal niet nodig had om tot hetzelfde oordeel te komen nu besluiten niet door bestuurders worden genomen maar door de ondernemer. Leidraad voor de Ondernemingskamer was echter onmiskenbaar (linksom of rechtsom) het voorkomen dat het adviesrecht zou worden uitgehouden, oftewel ervoor zorg dragen dat de medezeggenschap zijn reële betekenis zou behouden.

Ook daar waar het systeem en begrippenkader van de WOR botst met bijvoorbeeld het systeem en begrippenkader van het vennootschapsrecht²⁴ probeert de Ondernemingskamer die systemen op enigerlei wijze met elkaar te verbinden. De leerstukken van toerekening en medeondernemerschap zijn duidelijke voorbeelden van het verbinden van twee systemen om de wezenlijke invloed niet te laten ondersneeuwen door de afschermingsmogelijkheden die het systeem van het vennootschapsrecht met zich brengt, zoals Dissel en Zaal ook constateren in hun bijdrage aan deze bundel.

In de jaren negentig kwam de systeembotsing tussen het medezeggenschapsrecht en vennootschapsrecht een paar keer aan de orde. In 1989 in de PUEM-zaak oordeelde het Hof Amsterdam in hoger beroep in kort geding²⁵ voor het eerst over het adviesrecht van de ondernemingsraad bij een aandelentransactie.

22. M. Holtzer in zijn annotatie bij Gerechtshof Amsterdam 19 juli 2017, JOR 2010/268.

23. L.C.J. Sprengers in zijn annotatie bij Gerechtshof Amsterdam 19 juli 2010, TRA 2010/81.

24. Zie uitgebreid hierover J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013 en I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014.

25. Gerechtshof Amsterdam 27 juli 1989, NJ 1990/734.

Geoordeeld werd dat het adviesrecht zich ook kan uitstrekken tot aandelenfusies. De overweging van het hof was dat, als dat niet het geval zou zijn, dit tot het niet aanvaardbare gevolg zou leiden dat de belangrijkste methode waarmee fusies en overnames tot stand komen buiten het bereik van het adviesrecht van de ondernemingsraad vallen. De Heuga-zaak in 1992²⁶ is een voorbeeld waarin erkend werd dat toerekening van besluiten in concernverband onder omstandigheden geboden is, teneinde recht te doen aan de bevoegdheden van de ondernemingsraad van een werkmaatschappij.²⁷ In de Zandbergen-uitspraak van 1993²⁸ oordeelde de Ondernemingskamer dat de stelling van de ondernemer dat het besluit tot wijziging van de statuten een besluit was van het stichtingsbestuur, alsmede dat – kort gezegd – de ondernemingsraad daarmee niets van doen heeft, berust op ‘een te formalistische beschouwing van de structuur van de onderneming van Mij Zandbergen’. Met voornoemde uitspraken was duidelijk geworden dat vennootschapsjuristen niet moesten denken dat het vennootschapsrecht leidend zou zijn bij toepassing van de WOR.

Hoe het dan wel moest met die systeembotsingen, bleef echter een vorm van ‘trial and error’, niet alleen voor de partijen maar soms ook voor de Ondernemingskamer zelf. Zo werd bijvoorbeeld in de zaak Packard Bell²⁹ (aandelenoverdracht door overgrootmoeder) geen medeondernemerschap aangenomen, maar in de SHL-beschikking een aantal jaren later wel.³⁰ Zo ook de zaak FNV Ledenservice I en FNV Ledenservice II die vrij kort op elkaar volgden en laten zien dat de Ondernemingskamer ten aanzien van de vraag of sprake is van medeondernemerschap in vergelijkbare omstandigheden tot een ander oordeel kan komen.³¹ Uiteraard heeft de Ondernemingskamer het te doen met de feiten die worden voorgelegd. Desalniettemin biedt het de juridisch dogmatische commentatoren keer op keer de uitdaging om de welhaast ondoorgroendelijke problematiek van de betekenis van het adviesrecht van de ondernemingsraad, of waarschijnlijk beter gezegd het gebrek aan betekenis daarvan, als gevolg van ingewikkelde vennootschapsstructuren en zeggenschapsdistributie, waardoor medezeggenschap tussen wal en schip dreigt te vallen,³² te duiden. Willems was hierover in 2000 al heel duidelijk:³³

-
26. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 oktober 1992, JAR 1992/113.
 27. S.M. Bartman, ‘De Heuga-beschikking; een doorbraak van medezeggenschap in concernverband’, *ArbeidsRecht* 1994/20.
 28. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 februari 1993, JAR 1993/61 (Zandbergen).
 29. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 januari 2008, JAR 2008/52 en Gerechtshof Amsterdam 19 februari 2008, JAR 2008/73, zie hierover uitgebreid L.C.J. Sprengers, ‘Toetsing van een adviesprocedure in drie delen’, SR 2008/44.
 30. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JAR 2016/278 met uitgebreid commentaar van J.J.M. van Mierlo, ‘Besluit van de aandeelhouders in de grootmoeder is onderworpen aan adviesrecht OR van de kleindochter’, *Ondernemingsrecht* 2017/10.
 31. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 februari 2003, JAR 2003/164 (FNV Ledenservice I) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2004, JAR 2004/147 (FNV Ledenservice II) en uitgebreid geannoteerd door L.C.J. Sprengers in SR 2004, 57.
 32. J.H.M. Willems, ‘Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening’, *ArbeidsRecht* 2015/13.
 33. J.H.M. Willems, ‘Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer’, *ArbeidsRecht* 2000/15.

‘De wel gehoorde opmerking dat – aldus – onzekerheid bestaat over de vraag wanneer nu wel of niet het moment is aangebroken waarop advies dient te worden gevraagd, komt niet onjuist voor. Daaraan is echter op zichzelf geen argument voor een wijziging van opvatting te ontleen. Bovendien is niet onaannemelijk dat een op het oog scherp omlijnende juridische begripsafbakening net zoveel onzekerheid zou oproepen. En voorts geldt bovendien dat analyse van de rechtspraak toch ten minste een voldoende kompas kan bieden. Maar wat daarvan zij, de conclusie lijkt toch niet te kunnen zijn dat onzekerheid ten bezwaren van de medezeggenschap zou moeten worden weggenomen. In zoverre is eventuele onzekerheid voor rekening van de ondernemer. Die omstandigheid is eveneens een factor die bijdraagt aan verruiming van de medezeggenschap.’

Dit leidde tot de verzuchting uit de praktijk dat de voorspelbaarheid hoe een bepaalde besluitvormingsconstellatie bij rechterlijke toetsing medezeggenschapsrechtelijk zal worden beoordeeld relatief beperkt is.³⁴ Of in Duk’s woorden:³⁵

‘Ik begrijp dat wel maar heb er tegelijkertijd moeite mee. De beginselen nopen tot een waardering van van alles en nog wat, en dat leidt ertoe dat aan de voorspelbaarheid van het resultaat minder wordt bijgedragen dan door “hard and fast rules”.’

Gezegd mag overigens worden dat de belangen van de medezeggenschap het bij de keuze voor een systeem bij ogenschijnlijke onverenigbaarheid niet altijd winnen bij de Ondernemingskamer. Het meest in het oog springt dit bij de onverenigbaarheid van de Faillissementswet en de Wet op de Ondernemingsraden. De Ondernemingskamer koos in 2016³⁶ uitgesproken maar enigszins rechtlijnig³⁷ voor het systeem van de Faillissementswet ten faveure van de WOR vanuit het gezichtspunt dat de invloed in een faillissementssituatie wezenlijk beperkt wordt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht.

‘De curator zal bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming weliswaar mee laten wegen – zoals hij ook in het onderhavige geval heeft gedaan – maar de hoogte van de opbrengst voor de faillissementsboedel zal voor de curator leidend zijn. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de ondernemingsraad op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissementsrecht.’

34. P. Witteveen, ‘Concernbesluitvorming en medezeggenschap, olievlek en complicaties’, in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd, opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse in de Prinsengrachtreeks*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.

35. R.A.A. Duk, ‘Zijn er sleutels voor vernieuwing van het arbeidsovereenkomsten- en het medezeggenschapsrecht?’, *TAO* 2012/3/4.

36. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286.

37. Zie S.C.J.J. Kortmann in zijn annotatie bij HR 2 juni 2017, *JOR* 2017/248 (DA Retail).

De Hoge Raad greep in met min of meer de opdracht aan de praktijk om beide systemen, zo goed en kwaad als het gaat, met elkaar te verbinden met name door de curator daarin tegemoet te komen in procedurele zin. De vraag blijft natuurlijk hoever die invloed dan strekt. De Ondernemingskamer zag in ieder geval op voorhand hier geen grote rol voor de ondernemingsraad weggelegd en (dus) ook niet voor zichzelf.

Tot slot neemt de Ondernemingskamer ook, waar het gaat om de rechtsmacht, mede als uitgangspunt de effectiviteit van het stelsel van artikel 25/26 WOR waarin de ondernemingsraad zijn rechten wel moet kunnen afdwingen. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in bijvoorbeeld de VLM-³⁸ en SHL-beschikking³⁹ in het kader van een bevoegdheidsverweer dat de behandeling van het onderhavige geschil niet kon worden aangemerkt als een burgerlijke of handelszaak als bedoeld in artikel 1 lid 1 van de EEX Verordening II.

‘Een andersluidende opvatting zou meebrengen, dat het stelsel van artikel 25 en 26 WOR in de – frequent voorkomende – gevallen waarin een buitenlandse rechtspersoon de betrokken ondernemer of medeondernemer in de zin van artikel 1 lid 1 aanhef en onder d WOR is, niet voldoende tot haar recht zou komen.’

Deze visie van de Ondernemingskamer is overigens niet van kritiek ontbloomt. Zo beschreef Zaal⁴⁰ dat in de literatuur eerder kritiek is geuit op de wijze waarop de Ondernemingskamer tot de conclusie komt dat de EEX-verordening niet van toepassing is. De Ondernemingskamer kiest dan wel voor een pragmatische oplossing, maar vanuit het internationale privaatrecht is hier wat Zaal betreft het nodige op af te dingen.

Mijn conclusie is dan ook dat de Ondernemingskamer in de afgelopen 40 jaar de reële betekenis en effectiviteit van de medezeggenschap als uitgangspunt neemt bij de beoordeling van de feiten en omstandigheden. Ook kan worden geconcludeerd dat de Ondernemingskamer de bereidheid heeft getoond om knelpunten bij botsing van verschillende wettelijke systemen aan te pakken als dat dienstbaar is aan doel en strekking van de WOR. Dat schuurt met de, zeker vanuit ondernemersperspectief gewenste, voorspelbaarheid. Die onzekerheid is dan weer een factor die in de ogen van de Ondernemingskamer bijdraagt aan verruiming van de medezeggenschap.

38. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY9762, ARO 2013/22.

39. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JAR 2016/278.

40. Zie I. Zaal in TRA 2017/9 met verwijzing naar de annotatie van I.A. Haanappel-van de Burg bij JAR 2013/67 en F.G. Laagland, ‘IPR-problemen in de WOR en het enquêterecht’, *ArA* 2013/3.

6.4 De procedurele aspecten van de wezenlijke invloed, hoe vroeg is tijdig?

De praktische spagaat waarin de ondernemer zich bevindt, is de moeilijkheid van het bepalen van het moment waarop advies moet worden gevraagd. Vanuit de visie van de ondernemingsraad is dit natuurlijk zo vroeg als mogelijk. Dat stuit echter af op het gegeven dat het voorgenomen besluit op basis van artikel 25 lid 3 WOR wel voldoende concreet moet zijn en de adviesaanvraag ook moet zijn voorzien van gedetailleerde informatie omtrent de beweegredenen en de gevolgen voor de medewerkers.

Deze problematiek werd al snel na inwerkingtreding van de derde Wet in 1979 onderkend en becommentarieerd. Koning legde al in 1980 in zijn commentaar op de eerste uitspraak van de Ondernemingskamer inzake het Lingeziekenhuis de vinger op de zere plek waar hij stelde te vermoeden dat het, 'sinds de invoering van de WOR in 1971, wel meerdere malen is voorgekomen dat ondernemers zich ter voldoening aan art. 25 WOR hebben gewend, terwijl zij in hun hart al een beslissing hadden genomen'.⁴¹ In dat kader onderkende hij dat tussen 'nadenken over' en 'besluiten tot' een vloeiende lijn ligt waarop ergens de fase van 'het voorgenomen besluit' ligt. Koning schreef toen al dat het vinden van het juiste moment van inschakeling, naast een goed gevoel voor besluitvormingsprocedures, vooral de innerlijke bereidheid van de ondernemer vergt om de ondernemingsraad daadwerkelijk in het besluitvormingsproces te laten participeren.

Geersing⁴² reageerde daarop met de stelling dat het een taak van de literatuur is, te komen tot een zo nauwkeurig mogelijke vaststelling van de norm die de wet de ondernemer voorschrijft bij het nemen van zijn besluiten ex artikel 25 WOR. Die norm is in de optiek van Geersing, 'inschakeling in een zo vroeg mogelijk stadium'. De ondernemingsraad zou daartoe door de ondernemer op de hoogte gebracht moeten worden van alle stappen die de onderneming neemt: het maken van voorbereidende studies, het inschakelen van deskundigen, enzovoort. Het kan betekenen dat de adviesaanvraag 'in fasen' wordt uitgevoerd. Het vragen van een advies aan de ondernemingsraad heeft in zijn ogen als kernbetekenis: de ondernemingsraad inschakelen in de besluitvormingsprocedure, zodat hij daarvoor in de gelegenheid wordt gesteld dat proces wezenlijk te beïnvloeden met zijn advies.⁴³

Van het Kaar⁴⁴ vindt de visie van Geersing te ver gaan. Naar zijn mening gaat Geersing voorbij aan het voorschrift van de wet dat spreekt van een 'voorgenomen besluit' (artikel 25 lid 1 WOR) en een 'te nemen besluit' (artikel 25 lid 2 WOR).

41. F. Koning, 'Rechtspraak medezeggenschap, de beschikking van de Ondernemingskamer ingevolge art. 25 WOR d.d. 1 mei 1980', SMA 1980, afl. 7/8, p. 539 e.v.

42. B. Geersing, 'Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR', SMA 1980, afl. 12, p. 920 e.v.

43. B. Geersing, 'Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR', SMA 1980, afl. 12, p. 922 e.v.

44. R.H. van het Kaar, commentaar op art. 25 WOR, aant. 14 in: J.B. Huizing (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012.

Dit duidt op een zekere afronding van de voorbereiding van het besluit. Dit wordt nog versterkt door artikel 25 lid 3 WOR dat voorschriften geeft met betrekking tot de inhoud van de adviesaanvraag. Als het besluit nog voorbereid wordt, zullen de gevolgen nog niet volledig vermeld kunnen worden. De ondernemer dient zich dus tot de ondernemingsraad te wenden als zijn interne voorbereiding van het besluit zo ver gevorderd is dat hij een samenhangend overzicht van voornemens en mogelijke gevolgen kan presenteren, aldus Van het Kaar. Rood/Verburg⁴⁵ constateert als probleem dat verwarring kan ontstaan over de vraag in welke fase van het besluitvormingsproces de ondernemer zich bevindt. Gaat het nog om een voornemen of is al sprake van een besluit in voorbereiding, of is al sprake van een voorgenomen besluit? Probleem is dat dit spanningsveld niet via een ‘hard and fast rule’ te ondervangen is. Het omslagpunt waar een voornemen overgaat in een voorgenomen besluit hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.⁴⁶

Twee uitspraken van de Ondernemingskamer van 30 mei 2012 illustreren de hierboven gesignaleerde problematiek. In de uitspraak van de Ondernemingskamer van 30 mei 2012 met betrekking tot het Brabants Orkest⁴⁷ betrof het de vraag of een businessplan dat was voorgelegd aan het ministerie van OCW als een voorgenomen besluit of beleidsvoornemen moest worden beschouwd. Dit is een vorm van gelede besluitvorming⁴⁸ waarbij een te nemen besluit nog goedkeuring behoeft van een ander publiekrechtelijk of ondernemingsrechtelijk orgaan. De Ondernemingskamer oordeelde dat met de in het businessplan gemaakte keuzes een fundament is gelegd voor de toekomst van het Brabants Orkest. De enkele afhankelijkheid van de toekenning van de subsidie brengt volgens de Ondernemingskamer niet mee dat sprake is van een beleidsvoornemen. Het bestuur stelde zich op het standpunt dat de optie waarvoor het gekozen had de enige reële optie was en dat de optie waar de ondernemingsraad voor is daarom niet reëel is te beschouwen. De Ondernemingskamer vindt dat de ondernemer daarmee aangeeft dat het inwinnen van advies bij de ondernemingsraad zinloos zou zijn, omdat al duidelijk was dat de ondernemingsraad een andere visie had. Deze uitspraak ziet dus niet alleen op het timing aspect, maar ook op de wijze waarop de ondernemingsraad werd bejegend gedurende het adviestraject. Een vergelijkbare gedachtegang is te zien in de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake Watts Industries⁴⁹ waar de bestuurder er geen blijk van had gegeven daadwerkelijk acht te hebben geslagen op het lokale belang ten opzichte van het concernbelang, zodat het advies van de ondernemingsraad ook niet van wezenlijke invloed kon zijn.

45. Rood's Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 283.

46. HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251 (NS Reizigers).

47. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 mei 2012, JAR 2012/81.

48. Zie hierover R.A.A. Duk, ‘Besluiten zijn besluiten, of niet?’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon* (Serie vanwege het van der Heijden Instituut, deel 62), Deventer: Kluwer 2000.

49. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2013, JAR 2013/223.

De andere uitspraak die op 30 mei 2012 is gewezen door de Ondernemingskamer is de zaak inzake Stichting Vita.⁵⁰ De Ondernemingskamer concludeert in deze zaak dat het stadium van voorgenomen besluit nog niet is bereikt. Hier betrof het een procedure aanhangig gemaakt door de ondernemingsraad van Vita, die van mening was dat de ondernemer al besluiten had genomen in het kader van bezuinigingsmaatregelen, onder andere door huurcontracten op te zeggen en medewerkers te vragen ideeën te ontwikkelen over een project Welzijn Nieuwe Stijl. De huuropzegging was kennelijk nog niet onomkeerbaar.

Koning's gedachte uit 1980 dat het vooral een kwestie van mentale instelling is, is sympathiek en in veel gevallen ook beslist juist. De toenemende complexiteit van besluitvormingsprocessen, maar ook verdergaande internationalisering van het bedrijfsleven, vraagt wellicht toch om wat meer houvast waar het gaat om de vraag op welk moment de ondernemingsraad moet worden betrokken om te voldoen aan het wezenlijke beïnvloedingsvereiste. In zijn annotatie bij de Nalco-uitspraak benoemt Van Tuyl van Serooskerken,⁵¹ in navolging van Duk, het probleem van de internationalisering omdat op internationaal concernniveau uitgezette lijnen zich nu eenmaal niet zo eenvoudig lokaal laten beïnvloeden. Duk noemt het medezeggenschapsproces in dergelijke gevallen een rituele dans.⁵² Nalco was er in de beleving van Van Tuyl van Serooskerken niet in geslaagd (de schijn) van de wassen neus te voorkomen. Ook Van Mierlo vraagt in zijn proefschrift, in het kader van zijn behandeling van artikel 24 WOR, aandacht voor deze complexiteit onder verwijzing naar de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake Philips Vitrite.⁵³ Het bestaan van een concernstructuur kan met zich meebrengen dat de nodige tijd verstrijkt voordat de ondernemer een besluit in voorbereiding heeft. Diezelfde structuur, die zich nu eenmaal kenmerkt door zeggenschap van bovenaf, kan anderzijds ook tot gevolg hebben dat reeds sprake is van een besluit in voorbereiding vóórdat bij de ondernemer een concreet voornemen ontstaat.⁵⁴ Hoewel de onomkeerbaarheid van trajecten hierbij onmiskenbaar een doorslaggevende rol heeft, levert dat nog steeds geen afdoende antwoord op de vraag hoe vroeg tijdig nu uiteindelijk is.

6.5 Het voortraject van artikel 24 lid 1 WOR als graadmeter

De innerlijke tegenstrijdigheid tussen de tekst van het tweede en derde lid van artikel 25, zoals besproken in de vorige paragraaf, heeft geleid tot de introductie van de overlegverplichting van de ondernemer in artikel 24 lid 1 WOR in 1998.⁵⁵ Het artikel verplicht de ondernemer ten minste tweemaal per jaar mede-

50. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 mei 2012, ARO 2012/93.

51. Annotatie C.F.J. van Tuyl van Serooskerken bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, JAR 2017/29 (Nalco).

52. R.A.A. Duk, 'Medezeggenschap en multinationals: hypocrisie helpt', TAO 2014/4.

53. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2007, JAR 2007/67.

54. J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 138-139.

55. Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 52 (amendement-Schimmel/Middel). Zie ook Wet van 3 maart 1998, Stb. 1998, 107.

deling te doen over besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot aangelegenheden als bedoeld in artikel 25 en artikel 27 WOR. Hierbij kunnen afspraken worden gemaakt wanneer en op welke wijze de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken.

Hoewel artikel 24 lid 1 WOR ook een zelfstandige betekenis heeft, is het met name dienstbaar aan het realiseren van de wezenlijke invloed als bedoeld in artikel 25 lid 2 WOR. In twee beschikkingen inzake Philips Lighting⁵⁶ oordeelde de Ondernemingskamer dat een enkele schending van het bepaalde in artikel 24 lid 1 WOR nog niet maakt dat daarmee het advies niet op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn. Een schending van artikel 24 lid 1 WOR kan dus nog gedurende het medezeggenschapsproces dat moet leiden tot een advies worden geheeld. Dit is ook de lijn in de literatuur. Daarin wordt aangenomen dat het al dan niet gebruikmaken van de mogelijkheden van artikel 24 lid 1 WOR duiding kan geven over de al dan niet tijdige betrokkenheid van de ondernemingsraad.⁵⁷

De samenhang van artikel 25 lid 2 en 3 WOR met artikel 24 lid 1 WOR blijkt ook uit een eerdere uitspraak van de Ondernemingskamer in 2000 inzake Philips Lighting en wel ten aanzien van de vestiging in Terneuzen⁵⁸ over de vraag of een strategiedocument betrokken had moeten worden bij de beweegredenen. Philips vond van niet omdat dit strategiedocument nog niet vast stond. De Ondernemingskamer vond van wel, met name ook omdat het beleid van Philips in belangrijke mate wordt bepaald door de eisen van de markt zodat de aan de ondernemer gelaten ruimte om anders te beslissen beperkt is. De Ondernemingskamer oordeelde dan ook:

‘(...) bovendien in overeenstemming met het aan art. 24 WOR ten grondslag liggende beginsel dat de OR op een zodanig tijdstip van voornemens van de ondernemer op de hoogte dient te worden gebracht dat wanneer eenmaal besluitvorming wordt overwogen de OR daarover kan adviseren op een wijze dat het advies nog van wezenlijke invloed op het besluit kan zijn, dat van wezenlijke invloed door de OR op de besluitvorming geen sprake kan zijn indien de strategie in meer algemene zin niet door de ondernemer te berde wordt gebracht bij een daarmee samenhangende adviesaanvraag.’

In de beschikkingen inzake Nalco (2016) en Uniface (2017) heeft de Ondernemingskamer de verplichtingen uit artikel 24 lid 1 WOR verder betekenis gegeven. In de Nalco-beschikking⁵⁹ heeft de Ondernemingskamer de onmogelijkheid om wezenlijke invloed uit te oefenen mede hieraan opgehangen. Hoewel de tekst van artikel 24 lid 1 WOR er slechts in voorziet dat bij de overlegvergadering waar de algemene gang van zaken wordt besproken mededeling wordt gedaan

56. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 oktober 2006, JAR 2006/303 en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2007, JAR 2007/67.

57. Rood's Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 264 met verwijzingen.

58. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 augustus 2000, JAR 2000/80.

59. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, JAR 2017/29.

over besluiten die in voorbereiding zijn, oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer dit ook informeel kenbaar kan maken. In de ogen van de Ondernemingskamer had dit moeten gebeuren op het moment dat de sluiting van de vestiging zich als een voldoende reële optie aftekende en niet op het moment waarop de sluiting als business case was uitgewerkt. In de Nalco-zaak zat er tussen dat moment en het moment van de adviesaanvraag een periode van ongeveer twee maanden. In de zaak Rohm and Haas⁶⁰ in 2002 ging dat wel goed voor de ondernemer omdat deze wel terstond, nadat gebleken was dat de sluiting van een vestiging een reële optie was, tot consultering van de ondernemingsraad was overgegaan. Ook Uniface⁶¹ is verweten dat niet is gebleken dat er daadwerkelijk inhoudelijke mededelingen over het besluit dat werd voorbereid in de genoemde overlegvergaderingen – of daarbuiten – zijn gedaan. Met de Nalco-beschikking en Uniface-beschikking vestigt de Ondernemingskamer expliciet de aandacht op de kwaliteit van de voorfase naar het voorgenomen besluit als hulpmiddel om reële betekenis aan de medezeggenschap te geven.

De Ondernemingskamer verwees al eens eerder naar de kwaliteit van die voorfase, bijvoorbeeld bij de integratie van KRO en NCRV.⁶² De ondernemingsraad van NCRV had een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer ingesteld omdat hij van mening was dat hij onvoldoende bij de besluitvorming over de organisatiestructuur was betrokken. De Ondernemingskamer heeft het verzoekschrift van de ondernemingsraad echter afwezen, daar uit de gang van zaken voorafgaand aan de adviesaanvraag bleek dat de ondernemingsraad wel voldoende was betrokken bij de besluitvorming omtrent de organisatiestructuur. De Ondernemingskamer overwoog hiertoe dat uit de overgelegde briefwisseling tussen de ondernemingsraad en NCRV bleek dat – met name – op dit punt meermalen en uitvoerig van gedachten was gewisseld voorafgaand aan de adviesaanvraag. Ook in de beschikking inzake de samenvoeging van het Pieter Baan Centrum en de Forensische Psychiatrische Dienst⁶³ legde de Ondernemingskamer de klacht van de ondernemingsraad terzijde, onder meer met de vaststelling dat de ondernemingsraad voorafgaand aan het adviestraject reeds betrokken was geweest bij de discussie over deze materie.

De conclusie is dan ook dat de voorfase van artikel 24 lid 1 WOR een belangrijk hulpmiddel is geworden om wezenlijke beïnvloeding van de ondernemingsraad op het besluitvormingsproces te bewerkstelligen. Juist bij twijfel of al dan niet het stadium is bereikt waarin sprake is van een voorgenomen besluit, biedt die voorfase enig comfort. De Ondernemingskamer hecht geen waarde aan de formele vraag of er in dat kader wel of geen overlegvergadering gepland staat. Het is immers vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer dat de kwaliteit van het medezeggenschapsproces primair de verantwoordelijkheid van de ondernemer is. De rechtspraak laat ook zien dat het gebruik van overleg in de voorfase door de ondernemer op welwillendheid van de Ondernemingskamer kan rekenen

60. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 maart 2002, JOR 2002/228 (Rohm and Haas).

61. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, JAR 2017/285.

62. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2013, JAR 2013/155.

63. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 januari 2004, JAR 2004/62.

indien de Ondernemingsraad een beroep zou doen op een gebrek aan wezenlijke invloed.

Recentelijk hebben Ritmeester en Van Nimwegen⁶⁴ betoogd dat artikel 24 WOR vanwege een gebrekkig handhavingmechanisme nagenoeg inhoudsloos is. Zij stellen voor de wet te wijzigen en de verplichtingen van artikel 24 lid 1 WOR over te hevelen naar artikel 25 en artikel 27 WOR. De vraag is alleen welk probleem daarmee wordt opgelost. Ritmeester en Van Nimwegen zien met name gevolgen voor de termijn die de ondernemingsraad zou krijgen om te adviseren. De termijn van advisering ligt echter niet vast en de WOR biedt de Ondernemingskamer ook voldoende flexibiliteit om hier vanuit het paradigma van de wezenlijke invloed maatwerk te leveren.⁶⁵

6.6 Gefaseerde besluitvorming en wezenlijke invloed

Zoals Geersing al in 1980 aangaf,⁶⁶ is het denkbaar dat besluitvorming in fases plaatsvindt. Dat houdt in dat bij complexe besluitvormingsprocessen eerst een contourennota, een principebesluit of een besluit op hoofdlijnen wordt gepresenteerd dat vervolgens wordt uitgewerkt in deelbesluiten. Deze gang van zaken heeft zich in de praktijk ook verwezenlijkt. De vraag is wanneer de ondernemingsraad in dergelijke besluitvormingsprocessen moet worden geraadpleegd. Bij gefaseerde besluitvorming ligt namelijk het gevaar op de loer dat het advies van de ondernemingsraad niet meer van wezenlijke invloed kan zijn op het gehele besluitvormingsproces. In een vroegtijdig stadium zal onvoldoende informatie bekend zijn, waardoor alleen een advies op hoofdlijnen kan worden gegeven, met het risico dat de ondernemingsraad in een later stadium daarop niet kan terugkomen. De Ondernemingskamer hecht namelijk waarde aan een zekere consistente gedragslijn.⁶⁷ Slechts indien zich zodanige feiten of omstandigheden hebben voorgedaan dat getwijfeld moet worden aan de aanvaardbaarheid van een eerder besluit, kan van een ondernemer gevergd worden dat hij daarop terugkomt. Bij advies in een later stadium is de vraag of het advies nog van wezenlijke invloed is op alle aspecten van het besluit. Criterium voor de Ondernemingskamer lijkt te zijn of een principebesluit voldoende concreet is doordat het al dan niet onomkeerbare besluiten bevat.⁶⁸

In de eerder genoemde KRO/NCRV-beschikking⁶⁹ staat de Ondernemingskamer uitgebreid stil bij de vraag hoe te handelen in geval van gefaseerde besluitvorming

64. M. Ritmeester en A. van Nimwegen, 'Artikel 24 en 25 WOR; zijn het wel communicerende vaten?', *ArbeidsRecht* 2019/7.

65. Zie de annotatie van L.C.M. Sprengers in TRA 2013/85 over dit onderwerp bij Gerechtshof Amsterdam 3 april 2013, ARO 2013/82 (Rotterdam Port Services).

66. B. Geersing, 'Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR', SMA 1980, afl. 12, p. 922.

67. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 december 2001, JAR 2002/14 (PTT Post).

68. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 oktober 1996, JAR 1996/245 (Sarphati).

69. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2013, JAR 2013/155.

en legt zij de verantwoordelijkheid hiervoor ook bij de ondernemer. Die verantwoordelijkheid houdt onder meer in dat de ondernemer moet voorkomen dat onduidelijkheid ontstaat over de fasering en dat hij moet waarborgen dat de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap. Fasering mag er niet toe leiden dat de ondernemer zich in de eerste fase van de besluitvorming op het standpunt stelt dat bedenkingen van de ondernemingsraad tegen het voorgenomen besluit of vragen met betrekking tot dit besluit 'te vroeg' naar voren worden gebracht en in een latere fase aan de ondernemingsraad tegenwerpt dat die bedenkingen en vragen 'te laat' komen, gelet op het reeds genomen (deel)besluit in een eerdere fase. Een en ander betekent dus ook dat ondernemers niet alleen kunnen volstaan met intentie en de beweegredenen, maar ook inzicht zullen moeten geven in de gevolgen voor het personeel, respectievelijk de in dat verband te nemen maatregelen.

Als het opknippen of faseren van besluiten de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad dreigt te frustreren, grijpt de Ondernemingskamer dus in. Ter illustratie kan worden gewezen op de Sappi-beschikking. In de Sappi-uitspraak⁷⁰ oordeelde de Ondernemingskamer dat Sappi met haar voornemen om de productie van Nijmegen naar Lanaken en elders te verplaatsen, *de facto* tevens de beslissing inhield de fabriek in Nijmegen te verkopen dan wel te sluiten indien niet tot verkoop daarvan wordt (of kan worden) gekomen. Ook al is overeengekomen dat ter zake van die sluiting of verkoop eveneens aan de ondernemingsraad advies zal worden gevraagd, dit doet er niet aan af dat de sluiting of verkoop van de fabriek feitelijk het gevolg zal zijn van de verplaatsing en stopzetting van de productie in Nijmegen, aldus de Ondernemingskamer. Sappi had dan ook volgens de Ondernemingskamer tegelijkertijd met haar adviesaanvraag een overzicht moeten verstrekken van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (artikel 25 lid 3 WOR). Een vergelijkbare denklijn hanteert de Ondernemingskamer in de zaak OR/Groenservice Provincie Zuid-Holland.⁷¹ In deze zaak stelt de Ondernemingskamer vast dat de ondernemingsraad onvoldoende invloed heeft kunnen uitoefenen door een gebrek aan informatie. De Ondernemingskamer overweegt dat het de provincie vrijstaat om de besluitvorming te faseren, maar dat de wijze waarop de fasering van het besluitvormingsproces door de provincie is uitgewerkt, niet de toets der kritiek kan doorstaan. Volgens de Ondernemingskamer is sprake van een onvoldoende motivering, onder meer door het ontbreken van een duidelijke toekomstvisie die aan het besluit tot inrichting van de groenvoorziening nieuwe stijl ten grondslag is gelegd. Het verweer van de provincie door te verwijzen naar de fase van het personeelsplan, waarin de gevolgen voor het personeel aan de orde zullen komen en waarover afzonderlijk advies zal worden gevraagd haalt het niet omdat

70. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 2014, JAR 2014/159. Zie ook de ICIN-beschikking, Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 november 2014, JAR 2015/50.

71. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 april 2015 JAR 2015/127 (GZH) en zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 januari 2005, ARO 2005/21 (OR/Gemeente Drimmelen) waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat nog geen sprake was van een concreet adviesplichtig besluit.

die verwijzing voorbijgaat aan het fundamentele niveau van het bezwaar van de ondernemingsraad, welk bezwaar zich uitstrekt over zowel de gefaseerde als over de gesplitste besluitvorming, aldus de Ondernemingskamer.

De conclusie is dat de Ondernemingskamer de verantwoordelijkheid voor een ordentelijk besluitvormingsproces primair bij de ondernemer legt. Deze mag zelf bepalen hoe dat proces, al dan niet gefaseerd, eruitziet zolang maar wordt voldaan aan de eisen die artikel 25 lid 2 en 3 WOR stelt en dus de effectiviteit van de medezeggenschap is gewaarborgd. De al dan niet onomkeerbaarheid van principebesluiten is hierin leidend alsook het verstrekken van voldoende helderheid omtrent de inhoud van die verschillende fases.

6.7 Wezenlijke invloed bij fusies en overnames

In de fusie- en overnamepraktijk heeft het begrip ‘wezenlijke invloed’ sterk aan belangstelling gewonnen sedert de Brink’s-, SHL- en Uniface-uitspraken van de Ondernemingskamer in respectievelijk 2015, 2016 en 2017. Juist hier is gebleken dat het systeem en begrippenkader van de WOR niet goed aansluiten bij het begrippenkader van het vennootschapsrecht. Zo is lang onduidelijk geweest hoe te handelen bij zoiets wezenlijks eenvoudig als een aandelenoverdracht. Vragen die hierbij een rol spelen, zijn bijvoorbeeld of de overdracht van aandelen een overdracht van de zeggenschap over de ondernemer inhoudt, of een aandeelhouder ondernemer in de zin van de WOR is en dus of en zo ja op welke wijze en in welk stadium de ondernemingsraad bij transacties actie wordt betrokken.

In de drie beschikkingen inzake respectievelijk Brink’s, SHL en Uniface heeft de Ondernemingskamer hier enige richting aan gegeven. In de Brink’s-zaak⁷² oordeelde de Ondernemingskamer dat een aandelenoverdracht als zodanig een overdracht van de zeggenschap behelst en derhalve adviesplichtig is. Hiermee is in ieder geval bevestigd wat de praktijk al dacht na de civielrechtelijke PUEM-uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam uit 1989.⁷³ Toch is daarmee nog niet alles opgelost. Zo resteert de vraag of een besluit van de aandeelhouder gelijkgesteld kan worden aan het besluit van de ondernemer tot overdracht van de zeggenschap. In PUEM legde het hof de verplichting om advies te vragen bij hen die het krachtens hun rechtspositie in de vennootschap in hun macht hebben de in artikel 25 lid 1 WOR bedoelde besluiten te nemen, in casu de aandeelhouder. In Brink’s heeft de Ondernemingskamer deze lijn niet voortgezet door de verzoeken van de ondernemingsraad jegens de aandeelhouder van Brink’s Nederland B.V. niet-ontvankelijk te verklaren en te kiezen voor het model van toerekening van het besluit van de aandeelhouder aan de ondernemer. Hierbij achtte de Ondernemingskamer van belang dat de directie van dochtermaatschappij Brink’s Nederland de overdracht had geïnitieerd. Dat zal in veel gevallen echter niet het

72. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 februari 2015, JOR 2015/138 m.nt. L.G. Verburg (Brink’s).

73. Gerechtshof Amsterdam, 27 juli 1989, NJ 1990/734 (PUEM).

geval zijn. De vraag is dan of de ondernemingsraad op andere wijze rechtsreeks een actie heeft richting de aandeelhouders.

In de Packard Bell-zaak⁷⁴ lag het initiatief tot overdracht van de aandelen niet bij de ondernemer maar bij de indirecte aandeelhouder, Hui. De ondernemingsraad claimde adviesrecht op grond van toerekening en medeondernemerschap. De Ondernemingskamer besliste dat dit niet alleen wordt bepaald door de relatie waarin de ondernemer (Packard Bell) tot zijn aandeelhouder (Hui) staat, maar ook door de aard en de inhoud van het besluit en de aan de orde zijnde omstandigheden van het geval. In dit geval legde de Ondernemingskamer veel nadruk op het vereiste dat het besluit in *concreto* rechtstreeks en onmiddellijk ingrijpt in de organisatie of het beleid binnen de onderneming. Daarvan is bij de enkele overdracht van een aandelenbelang geen sprake.

In de SHL-beschikking, die in 2016 volgde,⁷⁵ maakt de Ondernemingskamer mijns inziens een belangrijke draai. Het betrof hier overigens geen procedure over adviesrecht bij de overdracht van de zeggenschap ex artikel 25 lid 1 sub a WOR, maar over het adviesrecht bij het inschakelen van zakenbank Goldman Sachs als adviseur bij een mogelijke transactie in het kader van artikel 25 lid 1 sub n WOR. De Ondernemingskamer stelde eerst vast dat er een verband is tussen de aan Goldman Sachs gegeven adviesopdracht en de mogelijke verkoop door de aandeelhouders van de aandelen die zij houden in SHL Holding Cyprus.

‘In die relatie ligt besloten dat de aard en de inhoud van de adviesopdracht aan Goldman Sachs aan een mogelijke verkoop en overdracht van die aandelen gestalte geeft en dat daarmee, zoals de Ondernemingsraad samenvattend met juistheid heeft gesteld, de toekomst van SHL Engineering en haar werknemers (mede) wordt bepaald. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is een besluit tot een dergelijke verkoop en overdracht niet alleen een besluit tot overdracht van de zeggenschap in SHL Holding Cyprus, maar, gelet op de verhouding tussen SHL Holding Cyprus en SHL Holding, tevens een besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming van SHL Engineering. De Ondernemingskamer wijst er in dat verband op dat SHL Holding een 100% dochtervennootschap is van SHL Holding Cyprus, dat er in SHL Holding geen (relevante) ondernemingsactiviteit plaatsvindt, dat zij een onderdeel is van een fiscale structuur en dat bovendien het bestuur van SHL Holding, dat op elk moment door SHL Holding Cyprus kan worden geschorst of ontslagen, voor de besluiten zoals genoemd in artikel 6.1 van de statuten (zie hierboven onder 2.13), waaronder een besluit tot het uitoefenen van het enig stemrecht in SHL Engineering, de goedkeuring van SHL Holding Cyprus nodig heeft.’

Volgens de Ondernemingskamer is het inschakelen van adviseurs door de aandeelhouders echter ‘naar zijn aard en inhoud’ aan die aandeelhouders voorbehouden. Dit besluit kan in dit geval ook niet aan SHL Engineering worden

74. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 januari 2008, JAR 2008/52 (Packard Bell I). Zie hierover uitgebreid L.C.J. Sprengers, ‘Toetsing van een procedure in drie delen’, SR 2008/44.

75. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2016, JOR 2017/63.

toegerekend. De Ondernemingskamer bestempelde de betreffende aandeelhouders echter wel als medeondernemer omdat met het besluit tot het geven van de adviesopdracht, de toekomst van de onderneming van SHL (mede) werd bepaald. Daaruit volgt tevens dat het besluit tot het geven van een adviesopdracht rechtstreeks ingrijpt in de onderneming van SHL Engineering. In zijn noot bij deze uitspraak stelt De Haan dat het er steeds om gaat dat het doel van het medezeggenschapsrecht in individuele gevallen tot zijn recht komt. Dat is niet het geval wanneer een aandeelhouder die normaal gesproken ‘op afstand staat’ en slechts aandeelhoudersbevoegdheden uitoefent, plots een besluit neemt dat rechtstreeks ingrijpt in de onderneming en adviesplichtig zou zijn als de onderneming dat besluit zelf zou hebben genomen. De Haan laat in zijn annotatie overigens ook wel de mogelijkheid van toerekening open. Ook Van Mierlo en Jellinghaus pleiten hiervoor.⁷⁶ Vanuit het perspectief van het paradigma van de wezenlijke invloed is daar ook wel wat voor te zeggen omdat in internationale situaties in ieder geval een in Nederland gevestigde entiteit kan worden aangesproken. De uitspraak richt zich nu enkel tot twee buitenlandse aandeelhouders die (gelukkig) in rechte waren verschenen. Dat hoeft niet altijd het geval te zijn.⁷⁷ Ik realiseer me dat hierover in de literatuur geen eenduidigheid bestaat. Ingelse⁷⁸ en ook Zaal⁷⁹ kiezen vanuit systematische optiek nadrukkelijk voor medeondernemerschap als oplossing voor het medezeggenschapstekort in concernverhoudingen. In een verder verleden ook Honée,⁸⁰ nu hij dit in strijd vond met de beginselen van het vennootschapsrecht. Verburg⁸¹ en Van Mierlo⁸² pleiten juist wel voor toerekening juist met verwijzing naar de redenering in PUEM omdat een andersluidende opvatting tot uitholling van het adviesrecht van de ondernemingsraad zou leiden. Nu de Ondernemingskamer de draai naar min of meer automatisch medeondernemerschap in concernverhoudingen lijkt te hebben gemaakt, is het wellicht een kleine stap om in concernverhoudingen ook het leerstuk van toerekening te honoreren opdat straks geen situatie ontstaat waarin een ondernemingsraad wordt geconfronteerd met het gegeven dat een verzoek tegen een wel in rechte verschenen Nederlandse vennootschap niet-ontvankelijk wordt verklaard en vervolgens medeondernemerschap wordt aangenomen tegen niet-verschenen buitenlandse partijen.

-
76. Zie in dat kader de kritische annotaties van M. Milbou en S.F.H. Jellinghaus bij JIN 2017/26 en J.J.M. van Mierlo in *Ondernemingsrecht* 2017/10: Besluit van de aandeelhouders in de grootmoeder is onderworpen aan adviesrecht OR van de kleindochter.
 77. Zo waren Hui en Clifford Holding in de zaak Packard Bell niet verschenen ondanks betekende oproep. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 januari 2008, JAR 2008/52 (Packard Bell I) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 februari 2008, JAR 2008/106 (Packard Bell II).
 78. P. Ingelse, ‘Mede-ondernemen en concernenquête’, *TAO* 2012/1, p. 27 e.v.
 79. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 158-159.
 80. H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 21), Deventer: Kluwer 1981, p. 149.
 81. Rood’s Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 293.
 82. J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 231.

Bij fusies en overnames kan nog een rol van betekenis spelen de vraag in hoeverre de directie van de vennootschap, ongeacht de vraag of de directie de overname steunt, de voorbereidingen van de transactie faciliteert, bijvoorbeeld door toe te staan dat de gegevens van de vennootschap worden opengesteld voor boekenonderzoek. Dat lijkt in ieder geval een ijkpunt voor het moment waarop de directie van de onderneming waar de ondernemingsraad is ingesteld is geïnformeerd. In het stadium van boekenonderzoek is in de regel al een intentieverklaring tot overname ondertekend op aandeelhoudersniveau. Voorstelbaar is dat dit moment door de directie wordt aangegrepen om de ondernemingsraad in ieder geval te informeren dat er een transactie in voorbereiding is op de voet van artikel 24 lid 1 WOR. Dat sluit ook aan bij hetgeen de Ondernemingskamer in de Nalco-beschikking heeft beslist.⁸³ De vraag of dan al dan niet sprake is van een voorgenomen of, sterker nog, een reeds genomen besluit,⁸⁴ zal in dergelijke gevallen beslist door de ondernemingsraad worden geadresseerd. In dat kader lijkt het logisch dat de Letter of Intent ook aan de ondernemingsraad wordt verstrekt, ook om te kunnen beoordelen of de ondernemingsraad nog wezenlijke invloed kan uitoefenen. Artikel 31 WOR biedt hiervoor ruimte, mijns inziens ook in de voorfase. Steun daarvoor haal ik uit de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake Standard Aero⁸⁵ in 2018, waarin werd aangegeven dat:

‘wegens het gebrek aan informatie niet kan worden vastgesteld op welk moment besluitvorming precies heeft plaatsgevonden en derhalve evenmin of de ondernemingsraad tijdig bij het proces van besluitvorming is betrokken.’

Bij veilingfusies⁸⁶ is ook sprake van een getrappt proces, waarbij na zogenoemde indicatieve biedingen het aantal potentiële gegadigden met wie fusiebesprekingen worden gevoerd in de opeenvolgende stadia geleidelijk afneemt en er uiteindelijk één kandidaat overblijft. Het proces staat in de eindfase vaak onder grote tijdsdruk. Partijen streven als regel naar een snelle closing nadat er exclusiviteit en een definitief bod zijn gekomen. De wezenlijke invloed vanuit ‘de medezeggenschap’ en een redelijk te achten doorlooptijd van de voorgeschreven raadplegingsprocedures kunnen daarmee ernstig in het gedrang komen.⁸⁷ In de eerste plaats is er het principevoornemen tot verkoop, vervolgens de inschakeling van adviseurs ter begeleiding van het verkoopproces en tot slot het verkoopproces zelf. Op welk moment dient de ondernemingsraad te worden betrokken? Is dat op het moment van het principebesluit tot verkoop of pas op het moment dat er exclusiviteit is overeengekomen met één kandidaat? Zaal⁸⁸ acht het level playing field aan overnamekandidaten niet adviesplichtig maar meent dat de keuze

83. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, JAR 2017/29.

84. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1999, JAR 1999/101 (Noest Beheer).

85. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 juli 2018, JAR 2018/235 en geannoteerd in TRA 2018/101 door I. Zaal.

86. Zie hierover: J.W. Loman, ‘Veilingfusie en medezeggenschapsrechten: Bien étonnés de se trouver ensemble’, *Ondernemingsrecht* 1999 afl. 1, p. 3.

87. P.A.M. Witteveen, ‘Fusiegedragsregels, vakbonden en wezenlijke invloed’, *Ondernemingsrecht* 2014/127.

88. I. Zaal, ‘De rol van de OR bij (aandelen)overnames: lessons learned uit de recente jurisprudentie’, *O&F* 2018/02, p. 71.

achteraf moet worden gemotiveerd. Adviesrecht aan het begin van het proces is ook bepleitbaar nu in dat kader de motieven voor verkoop en dus ook de alternatieven aan de orde kunnen komen. Belangrijk argument hiertegen is dat niet goed valt in te zien hoe een voorgenomen besluit tot verkoop kan bestaan zonder dat er zicht is op een concrete koper. De enkele wens tot verkoop maakt het nog geen voorgenomen besluit.

De wezenlijke invloed op een principebesluit tot verkoop lijkt daarentegen in het laatste stadium van exclusiviteit min of meer weer een gepasseerd station. Fasering van de besluitvorming ligt voor de hand, maar gelet op de eerder besproken KRO/NCRV-beschikking⁸⁹ dient de ondernemer bij het principebesluit tot verkoop iets van een visie op de personele gevolgen te ontwikkelen en daarover al informatie te delen in een eventuele adviesaanvraag op hoofdlijnen. Het moge duidelijk zijn dat een ondernemingsraad juist op dat onderwerp zal willen focussen. Sprengers en Burger bepleiten dat het beperken van de rol van de ondernemingsraad tot de uiteindelijke keuze niet afdoende is. Zij menen dat moet worden geborgd dat een advies van de ondernemingsraad wezenlijke invloed kan hebben op de keuze tussen de voorliggende biedingen.⁹⁰ De oplossing voor dit dilemma zit hem waarschijnlijk toch in het tijdig en op de juiste wijze betrekken van de ondernemingsraad in de voorfase waarbij de adviesaanvraag min of meer het sluitstuk is van een dergelijk traject op basis van artikel 24 lid 1 WOR. De recente uitspraken van de Ondernemingskamer inzake Nalco en Uniface lijken hier wel op te wijzen. Dat hiermee, zoals Duk in 1999⁹¹ al aangaf, de ondernemingsraad aanzienlijk minder invloed heeft dan bij een adviesrecht omdat uit artikel 24 lid 1 WOR weliswaar blijkt dat partijen afspraken kunnen maken over het vervolg, maar dat onduidelijk is wat die afspraken dan moeten inhouden, en vooral, wat dient te gebeuren als partijen over die afspraken fundamenteel anders denken, moge zo zijn. Dit neemt niet weg dat juist in die voorfase de ondernemingsraad, al dan niet met gebruikmaking van de geschillenregeling van artikel 36 WOR, in staat kan worden gesteld te bewerkstelligen dat recht wordt gedaan aan de mogelijkheid tot wezenlijke beïnvloeding van het uiteindelijke besluit.

6.8 Wezenlijke invloed in de SER Fusiegedragsregels 2015

In fusie- en overnametrajecten spelen overigens naast de WOR ook de SER Fusiegedragsregels 2015 (hierna: SFG) een rol. Artikel 4 SFG voorziet in een vergelijkbaar informatie- en consultatiekader als artikel 25 WOR, zij het dat hier niet de ondernemingsraad maar de vakbond als gesprekspartner fungeert. Het is vaste rechtspraak van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels (hierna: de Geschillencommissie) dat de verplichting de Fusiegedragsregels na te leven een omstandigheid is die het tempo van de fusiebesprekingen mede dient te bepalen. Op grond van artikel 4 lid 1 en 2 SFG dienen fusiepartijen, voordat zij over

89. Zie onder paragraaf 6.6 Gefaseerde besluitvorming en wezenlijke invloed.

90. P.H. Burger en L.C.J. Sprengers, 'Zoals het heurt, is niet zoals het gebeurt', *Ondernemingsrecht* 2018/31.

91. R.A.A. Duk, 'Besluiten zijn besluiten, of niet?', in: *Conflicten rondom de rechtspersoon* (Serie vanwege het van der Heijden Instituut, deel 62), Deventer: Kluwer 2000, p. 56-57.

een fusie overeenstemming bereiken, de voorbereiding daarvan te melden bij de vakbonden en daarbij een uiteenzetting aan de vakbonden over te leggen inzake de motieven voor de fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de in dat kader te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenoemen maatregelen. De vakbonden worden zo in de gelegenheid gesteld hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van de in de onderneming werkzame personen (artikel 4 lid 3 SFG). In dat kader vindt ook een overleg plaats (artikel 4 lid 4 SFG) en eventueel nog nadere informatie (artikel 4 lid 5 SFG). Artikel 4 lid 6 SFG voorziet erin dat aan de kennisgeving, informatieverzameling en consultatie van de vakbonden op een zodanige wijze uitvoering wordt gegeven dat het oordeel van vakbonden van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. Met het begrip ‘wezenlijke invloed’ is aangesloten bij de terminologie van artikel 25 lid 2 WOR.

De Geschillencommissie heeft zich meer dan eens uitgelaten over de vraag hoe die wezenlijke invloed moet worden gezien. De Geschillencommissie concludeert in de zaak Markeur/Multi Energy⁹² dat de in artikel 4 SFG beschreven procedure niet correct is nageleefd, maar dat desondanks verzoekster nog wel wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen op de totstandkoming van de fusie. In deze kwestie wisten de fusiepartijen het traject nog te repareren voor het finaliseren van de transactie. Zo hadden zij nadien in het overleg met de vakbonden nog toezeggingen gedaan ten aanzien van het personeel. De bonden hebben naar aanleiding daarvan ook hun oordeel gegeven en dat oordeel was ook nog weer voorgelegd aan de ondernemingsraad. In de Fletcher-beslissing van de Geschillencommissie⁹³ ging het mis en oordeelde de Geschillencommissie dat partijen ter zitting weliswaar in algemene termen omschreven dat er ook na 15 februari 2017 nog tussen de fusiepartijen over aspecten van de transactie onderhandeld is en dat de transactie nog had kunnen afspringen, maar dat zij desgevraagd geen voorbeelden konden noemen van concrete geschilpunten die tot het afketsen van de transactie hadden kunnen leiden.

De hiervoor genoemde uitspraken van de Geschillencommissie bieden ook gezichtspunten hoe om te gaan met de wezenlijke invloed bij fusies en overnames in het kader van de WOR. Zo onderzoekt de Geschillencommissie feitelijk of wezenlijke invloed mogelijk is, dus ook met de mogelijkheid van reparatie gedurende het proces (Markeur). In gevallen waar partijen stellen dat nog geen overeenstemming over de transactie bestaat en dus wezenlijke invloed nog mogelijk zou zijn, hecht de Commissie waarde aan onderbouwing van die mogelijkheid van wezenlijke beïnvloeding via een overzicht van concrete geschilpunten (Fletcher).

92. Beslissing 14 februari 2013 in Geschillencommissie Fusiegedragsregels Uitspraken 2002-2015, Bundel oktober 2018 via www.ser.nl/-/media/ser/downloads/overige-publicaties/2018/fusiegedragsregels-uitspraken.pdf.

93. Beslissing 11 oktober 2017 van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels via www.ser.nl/nl/thema/fusiegedragsregels/beslissingen.

Met name de in de ‘corporate’ praktijk levende gedachte⁹⁴ dat wezenlijke invloed kan worden gegarandeerd door voorwaardelijke bepalingen daaromtrent op te nemen in een ‘signing protocol’ of een andersoortig document, lijkt mij, hoewel niet op voorhand helemaal uitgesloten, dan ook risicovol. De concrete omstandigheden van het geval kunnen die ‘papieren werkelijkheid’ namelijk inhalen. De Fletcher-uitspraak laat zien hoe die concrete toetsing aan de hand van een overzicht van concrete geschilpunten waarover partijen dan nog overeenstemming zouden moeten bereiken, kan plaatsvinden. Ook Holtzer waarschuwt dat een dergelijke aanpak zich niet zonder meer voor algemeen gebruik leent.⁹⁵

6.9 Wezenlijke invloed in faillissement na DA Retail

De medezeggenschap in faillissementssituaties is een stevige systeembotsing.⁹⁶ De allesomvattende vraag hierbij is in hoeverre alles moet wijken voor het belang van de crediteuren. Dat is immers het perspectief van de Faillissementswet. De Ondernemingskamer zag een samenloop van de Faillissementswet en de WOR dan ook niet zitten. In de uitgebreid gemotiveerde DA Retail-uitspraak⁹⁷ oordeelde de Ondernemingskamer dat het adviesrecht in beginsel onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. Dat oordeel berust op de overweging dat in een faillissementssituatie een advies van de ondernemingsraad eigenlijk geen wezenlijke invloed kan hebben vanwege de noodlijdende toestand van de onderneming én de specifieke taakopdracht van de curator, te weten vereffening van de boedel waarbij het primaat gegeven moet worden aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast overwoog de Ondernemingskamer dat de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. De Hoge Raad maakt de keuze ten faveure van het systeem van de faillissementswet ongedaan maar biedt geen scherpe kaders waarbinnen de curator, de rechter-commissaris en de ondernemingsraad dan wel moeten handelen. De Hoge Raad maakt eerst een onderscheid tussen het scenario gericht op liquidatie dat niet adviesplichtig is en het scenario gericht op continuïteit dat wel adviesplichtig is. Vervolgens geeft de Hoge Raad in dat laatste scenario het allesomvattende oordeel dat de curator procedureel mag afwijken op grond van de redelijkheid en billijkheid. De vraag is wat de praktijk hier nu mee kan.⁹⁸

Volgens Kortman geeft het genuanceerde oordeel van de Hoge Raad de curator voldoende ruimte om de boedel voortvarend af te wikkelen. Ook past het beter in het stelsel van de wet dan de wat rechtlijnige beslissing van de Ondernemingskamer.

94. E.J. Henrichs en L.S. Oostwouder, ‘Voorwaardelijke besluitvorming en de norm van wezenlijke invloed van art. 25 lid 2 WOR’, *ArbeidsRecht* 2014/3; A. Grimme en B. Kloppert, ‘Uniface: (n)iets nieuws onder de zon?’, *ArbeidsRecht* 2018/20.

95. M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2014, p. III.

96. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 226 e.v.

97. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286.

98. Zie ook P.A.M. Witteveen en I. Zaal, ‘Medezeggenschap bij faillissement en doorstart’, *TAO* 2016/3.

Huffman⁹⁹ vraagt zich af waar precies de grens ligt tussen de beslissingen gericht op liquidatie van het vermogen en de beslissingen die gericht zijn op voortzetting van de onderneming. Het faillissement is immers een procedure die oorspronkelijk gericht is op de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar. Huffman stelt dat curatoren ervan uitgaan dat al hun handelingen gericht zijn op de liquidatie van het vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Ook wanneer een onderneming in zijn geheel verkocht wordt, is dat met het doel een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te genereren. In die strikte lezing van de taak van de curator en het doel van zijn handelingen komt dus geen enkele handeling in aanmerking voor een adviesrecht in de zin van de WOR. Huffman vraagt zich in dat kader vervolgens af of het besluit tot het verkopen van een klein deel van de onderneming, dat toevallig het enige winstgevend onderdeel is en waar misschien maar een fractie van het totale aantal werknemers werkzaam is, dan ook binnen het bereik van het adviesrecht van de ondernemingsraad valt.

Verstijlen¹⁰⁰ wijst op de caesuur tussen liquidatie en continuïteit. Zijn de bedoelde handelingen gericht op liquidatie, dan moeten de belangen van de werknemers wijken, in het andere geval dat er ook sprake is van een doorstart of voortzetting, mogen de werknemers meepraten. Volgens Verstijlen veronderstelt die caesuur een onderscheid dat niet bestaat. De doorstart is ook liquidatie en het besluit om zonder doorstart te liquideren is ook een beslissing over de onderneming. Volgens Verstijlen is ook de verhouding tussen werknemers- en schuldeisersbelangen in beide gevallen gelijk: ook bij de doorstart prevaleren de schuldeisersbelangen. Deze constatering van Verstijlen bevestigt wellicht ook het gezichtspunt van de Ondernemingskamer dat een advies van de Ondernemingsraad toch niet van wezenlijke invloed kan zijn. Vanuit de curatorenpraktijk stelt Schreurs¹⁰¹ in zijn lezenswaardige bijdrage dat een faillissement zonder twijfel betekent dat de invloed van de ondernemingsraad wordt beperkt, maar dat het gebrek aan wezenlijke invloed juist reden moet zijn dat dat beetje invloed dat toch resteert ten volle kan worden aangewend. Dat is natuurlijk een standpunt waar je op zich niet tegen kunt zijn, maar het legt wel de kern van het probleem bloot omdat het adviesrecht van artikel 25 WOR onlosmakelijk is verbonden met het uitoefenen van wezenlijke invloed. Zaal onderkent dit probleem ook maar benadrukt nog maar eens dat hoe minder vrijheid een ondernemer heeft, hoe minder invloed er zal zijn voor de ondernemingsraad in een advies- of beroepstraject.¹⁰² Wezenlijke invloed is derhalve niet absoluut, maar altijd in verhouding tot de mate van zeggenschap die bij de ondernemer zelf rust. In het geval van een curator houdt dit derhalve in dat zijn beleidsvrijheid volledig in het teken staat van het belang van de crediteuren. Van der Pijl wijst tot slot nog op het Europese gevaar, meer in het bijzonder de richtlijnen 2001/23/EG en 2002/14/EG. De eerste richtlijn schrijft in artikel 7 lid 1 voor dat vergaande informatie- en raadplegingsverplichtingen tot

99. P. Huffman, 'Adviesrecht voor de ondernemingsraad in faillissement', *TvI* 2017/27.

100. F.M.J. Verstijlen, 'De dubbele natuur van de doorstart', *TvI* 2017/20.

101. Ph.W. Schreurs, 'De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement', in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders en Ph. W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), p. 102.

102. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 241.

stand komen op (in dat geval) verkrijger en vervreemder liggen, bijvoorbeeld om ‘tijdig vóór totstandkoming van de overgang’ bepaalde informatie te verstrekken en ook (aldus artikel 7 lid 3) dat deze informatie ruim voordat de (...) wijziging daadwerkelijk optreedt moet worden verstrekt. Van der Pijl vraagt zich af hoe deze verplichting zich verhoudt tot de vermeende soepelheid van de Hoge Raad in het DA Retail-arrest ten aanzien van de raadplegingsverplichtingen en de daarbij in acht te nemen termijnen.¹⁰³

In theorie zal dit punt, of het besluit van de curator onder het bereik van het adviesrecht valt, op basis van de huidige wetgeving ter beslissing aan de Ondernemingskamer kunnen worden voorgelegd. Of het ooit zal voorkomen is natuurlijk de vraag, maar als dat zo is, zal de Ondernemingskamer aan de hand van de feiten hierover een oordeel moeten vellen. De vraag is dan vervolgens of de Ondernemingskamer, indien bijvoorbeeld ten onrechte geen advies is gevraagd, aan de hand van de Lingedoctrine het besluit kennelijk onredelijk beschouwt en ook de bereidheid heeft om daar voorzieningen aan te koppelen. Als dat niet het geval blijkt, of als die voorzieningen geen effect hebben gelet op het bepaalde in artikel 26 lid 5 sub b WOR, dan is het adviesrecht een wassen neus. Ook Bouwens,¹⁰⁴ pleitbezorger van het adviesrecht in faillissementssituaties,¹⁰⁵ verwacht hier niet veel van. Dat is dan maar zo omdat, zoals Verburg in zijn annotatie bij de Brink’s-uitspraak opmerkt, het vaker voorkomt dat een ondernemingsraad gelijk krijgt op het principiële punt zonder dat dit voert tot het door de Ondernemingskamer treffen van verdere voorzieningen. Dit speelt juist in gevallen zoals hier, waarin de gevraagde remedie erger kan uitpakken dan de kwaal.

Een tweede aspect van belang is hoe om te gaan met het procedurele aspect in het kader van de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad.¹⁰⁶ De Hoge Raad heeft in de DA-beschikking aangegeven dat de curator mag afwijken van de formele vereisten die artikel 25 lid 2-6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Uitgangspunt hier is dat de curator wel advies vraagt bij bijvoorbeeld de verkoop van een deel van de activa. De vraag is dan op welk deel van het besluit de ondernemingsraad wezenlijk invloed zal kunnen uitoefenen. Ook is de vraag op welke wijze de curator tegemoet kan komen aan het recht op uitoefening van die wezenlijke invloed maar ook tot een ordentelijke afwikkeling van de boedel kan komen, en of tegemoetkomen aan het vereiste van wezenlijke beïnvloeding zich goed verhoudt tot een ordentelijke afwikkeling van

103. J.van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie: Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 294.

104. W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Medezeggenschap tijdens faillissement’, *ArA* 2018/01.

105. Zie uitgebreid W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2015, en W.H.A.C.M. Bouwens, ‘De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad’, *NJB* 2016, p. 2905-2910.

106. Ph.W. Schreurs, ‘De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement’, in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders en Ph. W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018) p. 111 e.v.

de boedel. Het ligt voor de hand dat de curator na benoeming na overleg met de bestuurder en eventueel de banken het overleg met de ondernemingsraad zoekt en de ondernemingsraad informeert over de stand van zaken en de alternatieven. Hiermee wordt de ondernemingsraad immers direct in de voorfase betrokken ongeacht welk scenario uiteindelijk voorligt. Het biedt de ondernemingsraad ook mogelijkheden om mee te denken over mogelijkheden voor een eventuele doorstart. Zodra een scenario, doorstart of niet, voldoende concreet is, kan de ondernemingsraad in een adviestraject worden betrokken. Daarbij geldt uiteraard dat de duur van het adviestraject, evenals in een reguliere situatie, kan verschillen. Denkbaar is wel dat de curator hier dwingender korte termijnen kan hanteren. Die termijn kan korter worden naarmate de ondernemingsraad eerder in de voorfase wordt betrokken.

In geval van een mogelijke doorstart zal de curator wel in staat moeten zijn om voldoende informatie te verstrekken over de koper en zijn plannen. Dat laatste zal met name ook zien op de gevolgen voor het personeel; hoeveel medewerkers gaan er mee over naar de koper en onder welke voorwaarden? Als er meerdere gegadigden zijn, ligt het voor de hand om het stramien van de veilingfusie te volgen waarbij juist ook het werkgelegenheidsaspect vanuit het perspectief van de ondernemingsraad kan worden ingebracht. Bij meerdere gegadigden zal de keuze voor dan wel de ene partij dan wel de andere ook weer onderwerp zijn van marginale toetsing. Als het advies van de ondernemingsraad afwijkt van het besluit komt het vervolgens aan op de vraag hoe om te gaan met de opschortingsperiode. Het lijkt mij dat de curator in dat geval een besluit tot verkoop laat vergezellen door een gemotiveerd verzoek aan de ondernemingsraad om af te zien van het opschortingsrecht. Hierbij kan aan de ondernemingsraad een (korte) termijn gesteld worden (bijvoorbeeld twee dagen) om hierop te reageren. Indien de ondernemingsraad 'instemt' met het vrijgeven van de opschortingsperiode kan de curator door. De vraag is alleen, wat te doen als de ondernemingsraad niet instemt. De curator heeft dan twee opties. De eerste optie is dat hij in strijd met artikel 26 lid 6 WOR de transactie toch doorzet. In dat geval is het maar de vraag of de rechter-commissaris toestemming geeft op de voet van artikel 176 Faillissementswet (Fw) om de verkoop door te zetten. De rechter-commissaris moet dan de afwijking making of de opstelling van de ondernemingsraad onredelijk is. Hiertegen staat voor belanghebbenden hoger beroep open bij de rechtbank op grond van artikel 67 Fw. Daarnaast kan de ondernemingsraad actie nemen door een verbod tot uitvoering te vorderen bij de voorzieningenrechter. De tweede optie is dat de curator vervangende instemming vraagt langs de weg van artikel 36 WOR. De laatste optie lijkt echter wat theoretisch gelet op de vereiste snelheid. De volgende vraag is dan welke toetsingsmaatstaf moet worden gehanteerd. Hierover heeft de Hoge Raad niets gezegd. Als die toets een marginale zou zijn (kon de curator in redelijkheid de opschortingstermijn verkorten) doet dat wellicht afbreuk aan de mogelijkheid om wezenlijke invloed uit te oefenen. Echter, omdat min of meer de instemming van de ondernemingsraad is vereist om de opschortingstermijn te verkorten zou in theorie ook de toetsingsmaatstaf van artikel 27 WOR worden gehanteerd, waarbij niet zozeer het redelijke belang van de ondernemer leidend is maar de vraag of de opstelling van de ondernemingsraad onredelijk is. Gelet op al deze onzekerheden die het arrest van de Hoge Raad met zich brengt, was de

oproep van Witteveen en Zaal alsook de oproep van Van der Pijl, tot codificatie van de uitspraak in wetgeving¹⁰⁷ goed te begrijpen.

Na het afronden van dit hoofdstuk verscheen op 29 mei 2019 de internetconsultatie over het wetsvoorstel 'Wet overgang van onderneming in faillissement'.¹⁰⁸ Met het wetsvoorstel beoogt de wetgever om een overgang van een tot de faillissementsboedel behorende onderneming te faciliteren en de belangen van de betrokken werknemers daar meer bij te betrekken. De nieuwe regeling dient daarmee in de eerste plaats de belangen van de bij het faillissement betrokken schuldeisers en werknemers en berust op een afweging tussen die belangen. Het wetsvoorstel vergroot enerzijds de rechten van werknemers door de Wet Overgang van onderneming ook van toepassing te verklaren in faillissements-situaties. Anderzijds reguleert het de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij verkooptrajecten door de curator. Een nieuw artikel 25 lid 7 WOR regelt dat de ondernemingsraad door de curator een schriftelijk en met redenen omkleed advies uit kan brengen over elk door hem voorgenomen besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat noodzakelijk is om de onderneming in faillissement te kunnen voortzetten of een door hem voorgenomen besluit tot overgang van een onderneming die tot de boedel behoort als bedoeld in artikel 7:666 lid 2 BW te kunnen realiseren. De ondernemingsraad krijgt daartoe de gelegenheid binnen een door de curator te bepalen termijn. Deze termijn is in ieder geval niet korter dan drie dagen. De ondernemingsraad heeft geen beroepsrecht bij de Ondernemingskamer en de opschortingstermijn is niet van toepassing. In plaats daarvan wordt de ondernemingsraad voorafgaand aan het verlenen van toestemming tot verkoop aan de curator gehoord door de rechter-commissaris. Op basis hiervan verleent de rechter-commissaris bij beschikking toestemming voor verkoop. Tegen deze beslissing staat op grond van artikel 67 Fw hoger beroep open bij de rechtbank. Het hoger beroep moet binnen vijf dagen na de beslissing van de rechter-commissaris worden ingediend. Met dit wetsvoorstel geeft de wetgever concrete invulling aan de redelijkheid- en billijkheidsnorm die de Hoge Raad in de DA Retail-beschikking introduceerde. Met dit wetsvoorstel wordt de betrokkenheid van de ondernemingsraad niet weggepoetst, maar wordt de juridische afdwingbaarheid van die betrokkenheid niet binnen het systeem van de WOR, maar in het systeem van de Faillissementswet geplaatst. Procesmatig lijkt me dit een elegante oplossing. De ondernemingsraad levert qua invloed natuurlijk wel stevig in. Het medezeggenschapstempo wordt volledig bepaald door de curator. Verder zal de toets of het advies van de ondernemingsraad van wezenlijke invloed heeft kunnen zijn, niet meer op zichzelf kunnen worden beschouwd, maar door de rechter-commissaris worden afgezet tegen het belang van de schuldeisers. De vraag is dan ook of de rechter-commissaris, dan wel de rechtbank in hoger beroep in voorkomende gevallen bereid zal zijn om het gebrek aan wezenlijke invloed te laten prevaleren boven het belang van de schuldeisers. Dat kan van belang zijn op het moment dat de curator in de ogen van de ondernemingsraad

107. P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', TAO 2016/3, p. 157-158; J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie: Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 294.

108. Wet overgang van onderneming in faillissement, www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

te weinig informatie heeft verstrekt, of op voorhand al duidelijk is dat de curator voornemens is de transactie door te zetten. Op papier is al sprake van uitholling van de wezenlijke invloed. In de praktijk zou wel eens kunnen blijken dat van die wezenlijke invloed nauwelijks iets over blijft. Echter, afgezet tegen de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake DA Retail, geldt hier het adagium ‘beter iets, dan niets’.

6.10 Wezenlijke invloed en artikel 30 WOR

Het adviesrecht ex artikel 30 WOR ziet op het adviesrecht van de ondernemingsraad bij aanstelling of ontslag. Dit adviesrecht in de huidige vorm is eveneens 40 jaar geleden ingevoerd. Uit de memorie van toelichting¹⁰⁹ blijkt dat de wetgever de mening is toegedaan dat de bestuurder van de onderneming voor de daarin werkzame personen van grote betekenis is aangezien hij (of zij) in vergaande mate de gang van zaken, de werkverhoudingen en de sfeer in de onderneming bepaalt. Het wetsartikel heeft dezelfde opbouw als artikel 25 WOR. Verschil is dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 25 WOR niet geldt voor de adviesaanvraag op de voet van artikel 30 WOR. Voor artikel 30 WOR geldt dezelfde systematiek met betrekking tot de wezenlijke invloed¹¹⁰ als bij het adviesrecht ex artikel 25 WOR, zij het dat de Ondernemingskamer ten aanzien van dit besluitvormingsproces in principe geen rechtsmacht heeft. Normschendingen liggen hier ter beoordeling aan de kantonrechter ex artikel 36 WOR. In dat kader is van belang dat geen opschortingstermijn ten aanzien van het te nemen besluit geldt waarbinnen de ondernemingsraad een eventuele normschending kan voorleggen. Ook de voorfase van artikel 24 WOR ziet niet op voorgenomen besluiten tot benoeming of ontslag van de bestuurder.

Er bestaat echter nog wel veel discussie over het rechtsgevolg van die procesgang. Zo acht Van Mierlo het bijvoorbeeld uitgesloten dat een ondernemingsraad de aanstelling of het ontslag van een bestuurder via de rechtsgang van artikel 36 WOR ongedaan kan maken.¹¹¹ Volgens Van Mierlo staat de weg van artikel 36 WOR alleen open indien in het geheel niet om advies wordt gevraagd. In dat geval zou de ondernemer alsnog advies moeten vragen.¹¹² Hij onderbouwt dit met de vaststelling dat het aanvankelijk wel de bedoeling van de regering was dat de ondernemingsraad met betrekking tot de benoeming van een bestuurder beroep zou kunnen aantekenen bij de Ondernemingskamer, maar dat het kabinet-Van Agt deze beroepsmogelijkheid heeft geschrapt. Het kabinet overwoog daarbij dat een beroepsrecht van de ondernemingsraad tegen een besluit tot benoeming van een bestuurder in de praktijk niet goed zal kunnen werken. Het valt niet te

109. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 47.

110. De woorden ‘van wezenlijke invloed’ in artikel 30 lid 2 hebben dezelfde betekenis als in artikel 25 lid WOR. Zie Kamerstukken I 1979/79, 13954, nr. 8d (MvA), p. 23.

111. J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 321 e.v.

112. J.J.M van Mierlo, commentaar op art. 30 WOR, aant. 5 in: J.B. Huizing (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012.

verwachten dat een college als de Ondernemingskamer zal kunnen beoordelen of een bepaalde persoon geschikt is voor de functie van bestuurder. Aldus het kabinet. Ook Zaal meent dat de rechtsmiddelen van de ondernemingsraad beperkt moeten worden uitgelegd. Niet alleen verwijst zij naar de wil van de wetgever, maar ook naar het vennootschapsrechtelijke beginsel dat de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) te allen tijde de bevoegdheid heeft om een bestuurder te benoemen en te ontslaan.¹¹³

Ook Sterk¹¹⁴ meent, in navolging van Zaal en Sikkink,¹¹⁵ dat artikel 36 WOR hiervoor geen grondslag biedt nu de ondernemer slechts kan worden verplicht de WOR na te leven en daar is het te laat voor. Rood/Verburg¹¹⁶ ziet die mogelijkheid daarentegen wel. Niet alleen via de aan de ondernemer te verstrekken opdracht tot herstel van een arbeidsrelatie bij ontslag, maar ook in vennootschapsrechtelijke zin waarbij de ondernemingsraad op de voet van artikel 2:15 BW een dergelijk besluit zou kennen vernietigen. Verburg lijkt zijn standpunt later te nuanceren en zich naar aanleiding van een uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden inzake de benoeming van een interim bestuurder bij Caparis¹¹⁷ aan te sluiten bij de schrijvers die menen dat artikel 36 lid 2 WOR geen mogelijkheid biedt om een besluit tot benoeming of ontslag in te trekken. In deze zaak werd vanwege het plotselinge vertrek van de bestuurder door de raad van commissarissen een interim-bestuurder benoemd zonder advies te vragen aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad verzocht de voorzieningenrechter op grond van artikel 36 WOR voor recht te verklaren dat de benoeming van de interim-bestuurder ter advisering aan de ondernemingsraad had moeten worden voorgelegd en tevens te gebieden het besluit tot benoeming terug te draaien. De Kantonrechter oordeelde dat de ondernemingsraad inderdaad eerst om advies had moeten worden gevraagd, maar wees het verzoek om de benoeming terug te draaien af omdat artikel 36 lid 2 WOR daarvoor geen grondslag biedt. Verburg motiveert dit door te verwijzen naar het ontbreken van de hiervoor wel aanwezige systematiek bij het adviesrecht van artikel 25 WOR neergelegd in het beroepsrecht van artikel 26 WOR. Hij ziet een verplichting tot naleven van de WOR als iets anders dan het moeten terugdraaien van een besluit.

Ik wil graag toch nog eens een poging wagen, ook vanuit het paradigma van de wezenlijke invloed.¹¹⁸ De tekst van artikel 36 lid 2 WOR ziet op de naleving van de verplichtingen uit hoofde van de WOR. Valt hieronder niet ook het in staat stellen van de ondernemingsraad om wezenlijke invloed uit te oefenen? Wat is verder de

113. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 37.

114. S.J. Sterk, 'Het OR-adviesrecht bij een bestuurdersontslag na Eneco: (on)afwendbaar?', TAP 2019/1.

115. S. Sikkink en I. Zaal, 'De "derde" en het medezeggenschapsrecht', TAO 2018/3.

116. Rood's Wet op de ondernemingsraden, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 399.

117. Ktr. Rb. Noord-Nederland zittingsplaats Leeuwarden 10 augustus 2016, JOR 2017/4 m.nt. L.G. Verburg (Caparis).

118. Zie overigens voor een overzicht van de processuele mogelijkheden van de ondernemingsraad in zijn algemeenheid, C. Nekeman en S.J. Schijf, '(Proces)bevoegdheden van de ondernemingsraad,' *ArbeidsRecht* 2010/5.

reikwijdte van het huidige artikel 36 lid 5 WOR dat erin voorziet dat de kantonrechter de ondernemer de verplichting op kan leggen bepaalde handelingen te verrichten of na te laten? Waarom zou hieronder niet kunnen vallen de verplichting tot herstel van de arbeidsovereenkomst of de verplichting een bestuurder opnieuw te benoemen, of de benoeming ongedaan te maken al dan niet via een te nemen ontslagbesluit?

Hét argument om de toets wel via artikel 36 WOR te kunnen laten plaatsvinden, met mogelijk door de kantonrechter te treffen voorzieningen, is natuurlijk gelegen in het feit dat dit de spreekwoordelijke stok achter de deur is om die wezenlijke invloed ook tot zijn recht te laten komen. Het moge zo zijn dat artikel 30 WOR niet voorziet in een specifiek uitgewerkt instrumentarium bij normschendingen, maar anderzijds sluit de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR de mogelijkheid van het treffen van voorzieningen ook niet uit. Ter zake van het al dan niet treffen van voorzieningen komt de rechter dan natuurlijk dezelfde beleidsvrijheid toe als de Ondernemingskamer in het kader van artikel 26 WOR. Men kan voorzieningen treffen, maar het hoeft niet, zoals bijvoorbeeld in de hiervoor al beschreven Brink's-zaak gebeurde. De Ondernemingskamer weigerde de door de ondernemingsraad verzochte voorzieningen die bestonden uit het terugdraaien van de aandelentransactie omdat – voor zover al juridisch en feitelijk mogelijk – dit te risicovol voor de onderneming en het daaraan verbonden personeel was.¹¹⁹ Dat is wellicht ook een elegantere manier van afwijzen dan in de Caparis-zaak waarin de grondslag gewoonweg werd ontkend. Daarnaast gelden dan ook dezelfde beperkingen, nu ook door de Ondernemingskamer te treffen voorzieningen de rechten van derden niet aantasten. Daarmee kom ik dan ook hopelijk tegemoet aan de argumenten van Zaal en Sikkink¹²⁰ en ook Verburg die er in zijn annotatie ook nog op wijst dat artikel 36 lid 2 WOR refereert aan 'voor zover dit van de ondernemer afhangt'. Juist door de weg van voorzieningen niet uit te sluiten ontstaat ook die mate van onzekerheid die als drukmiddel dient om de rol van de ondernemingsraad bij besluitvormingsprocessen als deze serieus te nemen. Die onzekerheid is immers, zoals Willems het uitdrukte, een factor die bijdraagt aan verruiming van de medezeggenschap.¹²¹

Het enkele feit dat gedurende het wetgevingsproces wel beroep bij de Ondernemingskamer is overwogen maar vervolgens niet is doorgezet, is mijns inziens onvoldoende om de weg van artikel 36 WOR af te sluiten, zoals Van Mierlo hierboven betoogde. De redenering van de regering lijkt bedoeld om te voorkomen dat een marginale inhoudelijke toets over bijvoorbeeld de benoeming van een bestuurder plaatsvindt. Dat staat echter los van een te geven oordeel over de vraag of de ondernemingsraad wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen zoals bedoeld in artikel 30 lid 2 WOR. Ook het hierboven weergegeven argument van Zaal inzake het 'primaat' van de AVA overtuigt mij niet. Hier geldt mijns inziens dat eenvoudigweg sprake is van een systeembotsing. Natuurlijk mag de

119. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 februari 2015, JOR 2015/138 m.nt. L.G. Verburg (Brink's).

120. S. Sikkink en I. Zaal, 'De "derde" en het medezeggenschapsrecht', TAO 2018/3.

121. J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000/15.

AVA te allen tijde besluiten tot aanstelling of ontslag van een vennootschapsbestuurder. Het bestuurdersbegrip in de WOR staat echter op zichzelf. Verder kunnen mijns inziens dezelfde leerstukken worden aangewend als bij het adviesrecht van de ondernemingsraad bij aandelentransacties. Natuurlijk mag een aandeelhouder zijn aandelen vrijelijk verkopen en overdragen. Dat raakt immers aan het grondrecht van eigendom zoals neergelegd in artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Toch moet de aandeelhouder via de band van medeondernemerschap de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad respecteren, als dit een overdracht van de zeggenschap over de onderneming impliceert. Ik laat overigens het spreekrecht van ondernemingsraden bij schorsing, benoeming en ontslag van bestuurders van naamloze vennootschappen onbesproken. Het biedt natuurlijk naast het adviesrecht van artikel 30 WOR een extra middel om invloed uit te oefenen op de AVA zelf.

Deze discussie verdient mijns inziens aandacht nu de Ondernemingskamer in de Eneco-zaak duiding heeft gegeven aan de reikwijdte van het begrip ‘ontslag’ in de zin van artikel 30 WOR en ook is ingegaan op de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad bij ontslag en benoeming. Over de reikwijdte van artikel 30 WOR bestond tot voor kort nog onduidelijkheid bij het ontslag van bestuurders. In de meeste gevallen speelt de kwestie van het ontslag zich af achter de gesloten deuren van de bestuurskamer. Ook bij benoemingen komt de vraag aan de orde in welk stadium de ondernemingsraad wordt betrokken om het besluit nog van wezenlijke invloed te kunnen laten zijn. In de regel worden headhunters bij de zoektocht betrokken aan de hand van een profielschets. De vraag is of de ondernemingsraad langs de band van de wezenlijke invloed mee mag/kan denken over die profielschets of eventueel ook betrokken kan worden in de fase dat er nog meerdere kandidaten zijn. Er zijn hier wel parallellen te trekken met bijvoorbeeld de veilingfusie. Ook ten aanzien van de te verstrekken informatie over de beweegredenen voor het ontslag respectievelijk benoeming heeft de ondernemingsraad veel meer macht dan wellicht wordt aangenomen. De ondernemingsraad heeft in beginsel recht op alle informatie die hij redelijkerwijze nodig heeft (zie artikel 31 WOR). Echter, valt hieronder ook een gesprek met de bestuurder die met ontslag bedreigd wordt in het kader van wederhoor? Heeft de ondernemingsraad inzage in het te verstrekken individuele beloningspakket, of de voorgelegde beëindigingsregeling? Dit zijn zaken die de ondernemer en soms ook de betreffende bestuurder liever niet op voorhand deelt met de ondernemingsraad.

In de Eneco-zaak¹²² kreeg de Ondernemingskamer de gelegenheid om zowel ten aanzien van het ontslag van een bestuurder als de benoeming van zijn opvolger in te gaan op de reikwijdte van artikel 30 WOR en de wezenlijke invloed. Bijzonder was dat het hier geen medezeggenschapsrechtelijke aangelegenheid betrof maar een vennootschapsrechtelijke enquêteprocedure aangespannen door de ondernemingsraad. Ter zake van het ontslag van bestuurder De Haas oordeelde de Ondernemingskamer:

122. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juli 2018, JAR 2018/217 met annotatie S.J. Sterk en de commentaren in bijvoorbeeld *Ondernemingsrecht* 2018/123 van F.C.A. van de Bult en T. Saleminck, TRA 2018/90 met annotatie van R.H. van het Kaar en TAO 2018/4 met annotatie van S.R. Spoelder.

‘Op basis van wat thans bekend is, acht de Ondernemingskamer aannemelijk dat de raad van commissarissen op 25 of 28 maart 2018 het voorgenomen besluit heeft genomen om De Haas te ontslaan. Gegeven het feit dat de raad van commissarissen naar eigen zeggen unaniem tot de conclusie was gekomen dat hij geen vertrouwen meer had in De Haas en besloten had die boodschap aan hem op 30 maart 2018 over te brengen, ligt het voor de hand dat De Haas vervolgens geen andere keus had, dan afspraken te maken over een vertrekregeling conform zijn arbeidsovereenkomst.

Die gang van zaken vertoont een zo grote gelijkenis met een voorgenomen besluit tot ontslag als bedoeld in artikel 30 WOR dat het daarmee op één lijn moet worden gesteld. Een andere opvatting zou er toe leiden dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in wezenlijke mate wordt uitgehold. De realiteit is immers dat indien de raad van commissarissen van een structuurvennootschap tot het oordeel komt dat de positie van een bestuurder onhoudbaar is omdat deze niet langer het vertrouwen heeft van de raad van commissarissen, dit onherroepelijk leidt tot het vertrek van de betrokken bestuurder, ook zonder dat de raad van commissarissen een formeel ontslagbesluit neemt.’

Ter zake van de aanstelling van zijn opvolger Sondag oordeelde de Ondernemingskamer:

‘Een zorgvuldig medezeggenschapstraject is echter niet gevolgd. Ter zitting is naar voren gekomen dat eind april de raad van commissarissen aan de ondernemingsraad “input” heeft gevraagd voor de profielschets voor het aantrekken van de nieuwe CEO, terwijl op datzelfde moment Sondag al de status van “voorkeurskandidaat” had. De profielschets is wel aan de ondernemingsraad ter hand gesteld, maar niet met de ondernemingsraad besproken. Vervolgens heeft de ondernemingsraad pas op 8 mei 2018 de adviesaanvraag met betrekking tot de voorgenomen benoeming van Sondag ontvangen (zie 2.66). Diezelfde avond ontving de ondernemingsraad het concept persbericht waarin de benoeming van Sondag als voorzitter van de raad van bestuur werd aangekondigd (zie 2.67). Aan het verzoek van de ondernemingsraad om hangende het adviestraject het persbericht niet te publiceren, heeft Eneco geen gehoor gegeven; het persbericht is op 9 mei 2018 gepubliceerd (zie 2.68 en 2.69). De Ondernemingskamer acht relevant dat de raad van bestuur te kennen heeft gegeven dat hij het niet eens was met deze gang van zaken en de voorkeur gaf aan het doorlopen van het medezeggenschapstraject voorafgaand aan de publicatie van het persbericht en de oproep voor de aandeelhoudersvergadering, maar ter vermindering van negatieve beeldvorming aan de wens van de raad van commissarissen is tegemoet gekomen.’

De uitspraak biedt aanknopingspunten voor kantonrechters om in voorkomende gevallen te toetsen of aan de verplichting van artikel 30 lid WOR is voldaan. Niet alleen ten aanzien van de meer procedurele punten, maar ook ten aanzien van de feitelijke vraag of een ontslag met wederzijds goedvinden onder de reikwijdte van

artikel 30 WOR valt. Volgens Sterk,¹²³ met verwijzing naar de commentaren op de Eneco-uitspraak,¹²⁴ kristalliseert zich uit de literatuur het (zeer ruw samengevatte) beeld dat de Ondernemingskamer adviesrecht aanwezig acht zodra het duidelijk is dat het tot ontslag bevoegde orgaan het vertrek van de bestuurder hoe dan ook wil en kan realiseren (ongeacht de route). Over de vraag wanneer dat duidelijk is, bestaan volgens hem verschillende opvattingen, maar een gemene deler lijkt (terecht) te zijn dat hiervoor uitlatingen nodig zijn van het orgaan dat bevoegd en in staat is het ontslagbesluit te nemen. Sterk is zelf stilliger.¹²⁵ Volgens hem is er een adviesrecht voor de ondernemingsraad als het tot ontslag bevoegde orgaan het voorgenomen besluit heeft genomen een bestuurder te doen vertrekken. Hoe stillig dat voornemen is, is niet relevant. De WOR vereist louter dat het tot ontslag bevoegde orgaan een ‘voornemen’ heeft de bestuurder te vervangen en niet dat het voornemen al zo stellig vaststaat dat de facto al geen andere uitkomst meer mogelijk is dan een beëindiging. Het is zelfs de vraag of in dat laatste geval nog wel wezenlijke invloed van de ondernemingsraad op het voorgenomen besluit mogelijk is. Hoewel er veel voor het standpunt van Sterk te zeggen is – uitgangspunt is immers dat het advies van de ondernemingsraad van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit –, brengt mijns inziens de aard van het besluit mee dat andere belangen, zoals de privacy van de betreffende bestuurder, als ook het feit dat de gevolgen voor het personeel in de regel minder geraakt worden, zodanig gewichtig zijn dat de betrokkenheid en dus ook de invloed van de ondernemingsraad minder vergaand zou kunnen zijn dan bij besluiten op grond van artikel 25 WOR. Verburg stelde in zijn annotatie bij Caparis dat dit alles enigszins onontgonnen terrein is.¹²⁶

6.11 Afronding

Of het uitoefenen van adviesrecht door een ondernemingsraad nog van wezenlijke invloed kan zijn op een te nemen besluit en of de medezeggenschap van een ondernemingsraad zoals die in de Wet op de ondernemingsraden gestalte heeft gekregen aldus reële betekenis heeft, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Geersing stelde al in 1980 dat het de taak van de literatuur is om te komen tot een zo nauwkeurig mogelijke vaststelling van de norm die de wet de ondernemer voorschrijft bij het nemen van zijn besluiten ex artikel 25 WOR. De jurisprudentie van de Ondernemingskamer over afgelopen 40 jaar laat zien dat een scherpe afbakening van het exacte moment waarbij de ondernemingsraad moet worden betrokken, niet mogelijk is gebleken. Daarvoor zijn de omstandigheden van het geval te verschillend gebleken en de werkelijkheid wellicht

123. S.J. Sterk, ‘Het OR-adviesrecht bij een bestuurdersontslag na Eneco: (on)afwendbaar?’, TAP 2019/1.

124. Zie bijvoorbeeld: I. Zaal en C.F.J. van Tuyl van Serooskerken, ‘De OR en de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen’, TAO 2018/4, Gerechtshof Amsterdam 18 juli 2018, *Ondernemingsrecht* 2018/123 m.nt. T. Saleminck en F.C.A. van de Bult, S.R. Spoelder, ‘Annotatie: Eneco-beschikking (ECLI:NL:GHAMS2018:2488)’, TAO 2018/4.

125. S.J. Sterk, ‘Het OR-adviesrecht bij een bestuurdersontslag na Eneco: (on)afwendbaar?’, TAP 2019/1.

126. Ktr. Rb. Noord-Nederland zp. Leeuwarden 10 augustus 2016, JOR 2017/4 m.nt. L.G. Verburg (Caparis).

ook te bewerkelijk. De Ondernemingskamer lijkt zich in dat kader ook de vrijheid van instandhouding van enige onzekerheid op dat vlak voor te behouden. Vanuit het paradigma van de wezenlijke invloed heeft de Ondernemingskamer in de afgelopen 40 jaar de feiten gewaardeerd en knelpunten aangepakt. Door de jaren heen lijkt daarbij wel een tendens waarneembaar waarin de meer informele voorfase naar het voorgenomen besluit toe aan belang wint. Daar waar de Ondernemingskamer het niet of te laat toepassen van artikel 24 lid 1 WOR als zodanig niet bestraft, laat de jurisprudentie van tijd tot tijd zien dat een onverkort goed gebruik hiervan wel wordt beloond. In die zin heeft de toevoeging in 1998 van artikel 24 lid 1 WOR als opmaat naar de adviesaanvraag over het voorgenomen besluit als hulpmiddel, zeker als er twijfel bestaat op welk moment een adviestraject moet worden gestart, haar waarde bewezen. Ten aanzien van de mogelijkheid voor de ondernemingsraad om wezenlijke invloed uit te oefenen bij de benoeming of het ontslag van de bestuurder heeft de Ondernemingskamer de deur geopend voor verdere discussies over de reikwijdte daarvan. Dit is nog wel een enigszins onontgonnen terrein. Het is nu aan de rechtspraak om die reikwijdte verder te verkennen en aan de kantonrechter om daarover te beslissen.

7 De Ondernemingskamer en het sociaal plan

E. Unger en R.J.M. Hampsink

7.1 Inleiding

Het beroepsrecht van artikel 26 WOR brengt met zich mee dat de Ondernemingskamer zich ook dient te buigen over de maatregelen die de ondernemer heeft besloten te treffen om de sociale gevolgen van een voorgenomen besluit ex artikel 25 lid 1 WOR op te vangen. Bij laatstgenoemde bepaling gaat het om (de limitatieve lijst van) bedrijfseconomische besluiten, waarover de ondernemer aan de ondernemingsraad om advies dient te vragen. Wanneer een dergelijk voorgenomen besluit aan de ondernemingsraad ter advies wordt voorgelegd, dient de adviesaanvraag op grond van artikel 25 lid 3 WOR te zijn voorzien van een overzicht van de gevolgen die het voorgenomen besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en de te treffen maatregelen. Die maatregelen zijn vaak, maar lang niet altijd, opgenomen in een sociaal plan.

De wet kent geen definitie van (het begrip) sociaal plan. In de praktijk komen verschillende vormen van het sociaal plan voor. Het klassieke sociaal plan is een overeenkomst tussen een ondernemer (de werkgever) en één of meer vakbonden waarin maatregelen zijn opgenomen om de gevolgen te regelen van bedrijfseconomische veranderingen als een herstructurering, bedrijfssluiting, inkrimping, fusie, overname, verplaatsing voor de daarbij betrokken werknemers. Soms wordt een sociaal plan mede of uitsluitend overeengekomen met de ondernemingsraad. Soms zelfs met een groep individuele werknemers. De praktijk kent ook het zogenoemde eenzijdig sociaal plan, een document waarin de ondernemer het sociale beleid kenbaar maakt dat hij zal voeren jegens de werknemers die worden getroffen door een dergelijke reorganisatie.¹

In dit hoofdstuk wordt besproken hoe de Ondernemingskamer in de loop van de jaren met het sociaal plan is omgegaan. Daarbij wordt eerst in paragraaf 2 het adviesrecht over het sociaal plan aan de orde gesteld, vervolgens in paragraaf 3 de reikwijdte van de maatregelen als bedoeld in artikel 25 lid 3 WOR, in paragraaf 4 de rol van het sociaal plan in de toetsing van het besluitvormingsproces en daarna

1. Zie voor het onderscheid in deze drie typen: A.B. van Els en J. Heinsius, *Ondernemingsraad en ontslag*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009, p. 188.

in paragraaf 5 de inhoudelijke beoordeling van het sociaal plan. In paragraaf 6 wordt afgesloten met een conclusie.

7.2 Adviesrecht over sociaal plan ex artikel 25 lid 3 WOR

Al vrij snel na de invoering in 1979 van het beroepsrecht ex artikel 26 WOR kwam bij de Ondernemingskamer het sociaal plan aan de orde. In 1982 betrok de ondernemingsraad van BV A de stelling dat BV A bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen, omdat een sociaal plan ontbrak, terwijl de twee belangrijkste aandeelhouders van de onderneming wel een sociaal plan hadden. BV A had weliswaar enkele administratieve regelingen getroffen en toonde zich ook bereid om de vakbonden te informeren, maar stelde dat de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen wanneer zij het door de ondernemingsraad voorgestane concept van een 'sociaal plan-1982' zou aanvaarden. De Ondernemingskamer oordeelde dat niet aannemelijk is geworden dat de ondernemer bij het nemen van het aangevochten besluit de belangen van de af te vloeien werknemers kennelijk onredelijk tegen de andere betrokken belangen heeft afgewogen. Er kunnen zich weliswaar omstandigheden voordoen dat van aandeelhouders mag worden verwacht voorzieningen te treffen, maar dat door de ondernemingsraad geen feiten of omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan de aandeelhouders van BV A daartoe gehouden zouden moeten worden geacht.²

In 1993 oordeelde de Ondernemingskamer tegengesteld en concludeerde zij op grond van de omstandigheid dat er (nog steeds) geen goedgekeurd sociaal plan bestond, dat de ondernemer niet had voldaan aan de in artikel 25 WOR gestelde eis dat aan de ondernemingsraad een overzicht wordt verstrekt van de gevolgen die het voorgenomen besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen.³

In 1994 oordeelde de Ondernemingskamer dat voor het standpunt van de (centrale) ondernemingsraad dat hij had moeten worden betrokken bij de door de ondernemer met de vakbonden gevoerde onderhandelingen geen steun kan worden gevonden in de WOR.

'Immers, aan de COR komt ingevolge artikel 25, lid 3, WOR het recht toe om een Sociaal Plan dat al dan niet in overeenstemming met de vakorganisaties tot stand komt en dat kan worden beschouwd in te houden de naar aanleiding van de voor de werknemers te verwachten gevolgen van het besluit voorgenomen maatregelen, mede in zijn advisering te betrekken',

aldus de Ondernemingskamer in de ING-beschikking.⁴

-
2. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 december 1982, NJ 1983/747 m.nt. Maeijer (BV A).
 3. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 december 1993, JAR 1994/15 (GMD).
 4. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 maart 1994, JAR 1994/89 (ING).

Op dat uitgangspunt leek de Ondernemingskamer in de jaren daarna enigszins terug te komen. Zo overwoog ze in de EBS-beschikking dat de ondernemingsraad, die het overleg over een sociaal plan had overgelaten aan de vakbonden, zo tussen de vakbonden en de ondernemer overeenstemming zou zijn bereikt, in beginsel was gebonden aan de inhoud daarvan.⁵ Ook in de zaak betreffende de verhuizing van een bedrijfsvestiging van Fifo Vaklab oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemingsraad in beginsel was gebonden aan de inhoud van het sociaal plan, nu de ondernemingsraad het overleg over de inhoud van het sociaal plan had overgelaten aan de vakbonden en het sociaal plan inmiddels (na het nemen van het besluit) was ondertekend.⁶

In de Bolsius-beschikking uit 2007 overwoog de Ondernemingskamer echter klip en klaar dat het adviesrecht zich nadrukkelijk mede uitstrekt over het sociaal plan, ook al is de ondernemer niet gehouden de maatregelen ex artikel 25 lid 3 WOR in overeenstemming met de (centrale) ondernemingsraad vast te stellen.⁷ Bij de adviesaanvraag over de sluiting van een productievevestiging was aan de centrale ondernemingsraad onder geheimhouding een concept-sociaal plan verstrekt, maar daarover was geen advies gevraagd. De opgelegde geheimhouding achtte de Ondernemingskamer onaanvaardbaar, omdat deze heeft verhindert dat de centrale ondernemingsraad de werknemers heeft geconsulteerd en hem aldus heeft belet zijn medezeggenschapsrecht adequaat te vervullen.⁸

Deze lijn zien we terug in de AkzoNobel-beschikking uit 2014.⁹ In die zaak was pas na het besluit tot sluiting van een productielocatie een sociaal plan overeengekomen met de vakbonden. De adviesaanvraag bevatte geen eenzijdig sociaal plan, omdat de ondernemer rekening wilde houden met de ontwikkelingen tot wijziging van het ontslagrecht en de WW. De Ondernemingskamer verklaarde het besluit kennelijk onredelijk omdat de ondernemer, door niet alle voorgenomen maatregelen in de adviesaanvraag te betrekken, de ondernemingsraad niet in de gelegenheid heeft gesteld het besluit als geheel te beoordelen.

Wat betreft het tijdstip waarop de ondernemingsraad om advies moet worden gevraagd over de sociale gevolgen en maatregelen zien we de volgende ontwikkeling in de rechtspraak. In 1992 overwoog de Ondernemingskamer dat de door de ondernemingsraad gestelde grote onzekerheid omtrent de harmonisatie van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden enerzijds en de functie-indeling van de individuele werknemers en daaraan gekoppelde functieomschrijving en

-
5. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 januari 1997, JAR 1997/39 (*European Bulk Services*).
 6. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 juli 1999, JAR 1999/178 (*Fifo Vaklab Ede*). Zo ook: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 november 2004, JAR 2005/8 (*Tibbett & Britten Avance*) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 december 2008, JAR 2009/71 (*Albemarle*).
 7. Volgens L.G. Verburg was hierover in de literatuur enige onduidelijkheid ontstaan, zie L.G. Verburg, 'De OK, de medezeggenschap en de periode 2007 tot en met 2008', *ArbeidsRecht* 2009/1, p. 28.
 8. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 maart 2007, JAR 2007/108 (*Bolsius*).
 9. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 mei 2014, JAR 2014/171 (*AkzoNobel Functional Chemicals*).

de omvang van de toekomstige bezetting in het kader van de integratie anderzijds weliswaar tot moeilijkheden aanleiding konden geven, maar dat dit het besluit niet kennelijk onredelijk maakte.¹⁰ Daarna is de Ondernemingskamer de lijn gaan volgen dat op het moment waarop de ondernemingsraad zijn advies uitbrengt de gevolgen van het voorgenomen besluit en de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen duidelijk moeten zijn, zodat de ondernemingsraad deze met de achterban kan bespreken en mee kan wegen in zijn advies.¹¹

Dat het advies van de ondernemingsraad van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op het te nemen besluit, brengt namelijk met zich mee dat het advies ook (nog) van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op de inhoud van de door de ondernemer voorgenomen maatregelen ex artikel 25 lid 3 WOR, tenzij de ondernemingsraad de uitkomst van het overleg over het sociaal plan uitdrukkelijk aan de vakbonden heeft overgelaten. Zo overwoog de Ondernemingskamer recent in de beschikking APM Terminals Maasvlakte II dat de ondernemer die voorafgaand aan het advies van de ondernemingsraad met de vakorganisaties een zogenoemd Transitieprotocol was overeengekomen al een besluit met betrekking tot de personele gevolgen had genomen. Het door de ondernemingsraad nog uit te brengen advies kon daarom niet meer van wezenlijke invloed zijn op het te nemen besluit.¹²

Of zoals de Ondernemingskamer het zeer recent in een geschil bij de gemeente Maastricht nog concreter verwoordde:¹³

‘De Ondernemingskamer is voorts van oordeel dat het adviesrecht van de ondernemingsraad zich over het Sociaal Plan, het Afsprakenkader en de Overgangsregeling uitstrekt, ongeacht de vraag of die tot stand zijn gekomen in overeenstemming met de vakorganisaties. Het verweer van de Gemeente dat de ondernemingsraad niet in de gelegenheid behoeft te worden gesteld advies uit te brengen nadat met de vakorganisaties een onderhandelingsakkoord is bereikt over een regeling van de personele gevolgen, vindt naar het oordeel

-
10. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 juni 1992, ROR 1993/4 (*Graan Elevator Maatschappij*). Andere voorbeelden waarbij de Ondernemingskamer het acceptabel acht dat er nog geen volledige duidelijkheid over de toekomstige arbeidsvoorwaarden en/of de inhoud van het sociaal plan wordt geboden, vormen Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 mei 2001, JAR 2001/175 (ECT) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 november 1996, JAR 1996/247 (*Air Products*).
 11. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 1997, JAR 1997/140 (*Total Nederland*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 maart 2007, JAR 2007/108 (*Bolsius*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2013, JAR 2013/155 (NCRV); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 mei 2014, JAR 2014/171 (*AkzoNobel Functional Chemicals*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3216 (*Martinair*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380 (*Inventum*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891 (*Gezondheidscentrum voor Asielzoekers*).
 12. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1616 (*APM Terminals Maasvlakte II*).
 13. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4318 (*Gemeente Maastricht*).

van de Ondernemingskamer geen steun in de wet, nu anders dan bij het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (art. 27 lid 3 WOR) een bepaling ontbreekt die het adviesrecht van de ondernemingsraad doet vervallen als met de vakorganisaties afspraken zijn gemaakt.’

7.3 Reikwijdte maatregelen artikel 25 lid 3 WOR

Wat is de reikwijdte van de flankerende maatregelen die de ondernemer aan de ondernemingsraad moet voorleggen? Duidelijk is dat de ondernemer ter voldoening aan artikel 25 lid 3 WOR enige maatregelen zal moeten voorstellen om de sociale gevolgen te regelen. Wanneer hij in de adviesaanvraag geen flankerende maatregelen opneemt, leidt dat er veelal toe dat het besluit bij de Ondernemingskamer sneuvelt. Het verweer van de ondernemer die geen maatregelen had voorgesteld, omdat de betrokken werknemers individueel konden procederen over de sociale gevolgen van een bedrijfsverplaatsing, faalde.¹⁴ Bij een personeelsinkrimping die zou plaatsvinden op een tijdstip waarop de wachtgeldregeling in de cao niet meer gold, betitelde de Ondernemingskamer het als ‘een groot manco’ dat de ondernemer geen enkele duidelijkheid had verschaft met betrekking tot daarvoor in de plaats komende voorzieningen.¹⁵

In de Sappi-beschikking rekende de Ondernemingskamer het de ondernemer ‘zwaar’ aan dat deze had nagelaten een overzicht van de personele gevolgen te verstrekken als bedoeld in artikel 25 lid 3 WOR. De Ondernemingskamer overwoog dat ‘in overleg treden’ of ‘onderhandelen’ niet valt aan te merken als een voorgenomen maatregel naar aanleiding van een verwachte boventallig-verklaring.¹⁶ In de MDCA-beschikking overwoog de Ondernemingskamer dat de ondernemer reeds in het kader van een voornemen tot overdracht van aandelen duidelijkheid over de rechtspositie van het personeel had moeten verschaffen, nu aansluitend aan de overname een reorganisatie zal plaatsvinden.¹⁷

Met de hiervoor geschetste heldere lijn in de rechtspraak valt moeilijk te rijmen dat de Ondernemingskamer in de IDT-beschikking oordeelde dat aan artikel 25 lid 3 WOR was voldaan door middel van een in de adviesaanvraag vermeld voornemen om met een vakbond een sociaal plan overeen te komen.¹⁸

De situatie dat de ondernemer een sociaal plan heeft voorgesteld, maar daarover geen overeenstemming heeft bereikt met de vakbonden, doorstaat begrijpelijkerwijs wel de toetsing aan artikel 25 lid 3 WOR. De ondernemer kan in dat geval volstaan met het aan de ondernemingsraad voorleggen van een (eenzijdig

14. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 juli 2004, JAR 2004/222 (Doornbos B&N).

15. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 april 2007, JAR 2007/138 (Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers).

16. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 2014, JAR 2014/159 (Sappi).

17. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5431 (MDCA).

18. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 november 2010, JAR 2011/10 (Internationaal Danstheater).

opgestelde) sociale paragraaf.¹⁹ Temeer geldt dit wanneer een met de vakbonden overeengekomen sociaal plan door de vakbondsleden is verworpen, maar de ondernemer het onderhandelingsresultaat wel zal toepassen.²⁰

Zoals uit de AkzoNobel-beschikking uit 2014 bleek, biedt de ondernemer met de mededeling dat hij de op handen zijnde wijzigingen in het ontslagrecht en de WW zal volgen en in het Mobiliteitsplan zal verwerken onvoldoende duidelijkheid.²¹ Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 zijn deze wijzigingen echter duidelijk en sindsdien is de vraag of de ondernemer kan volstaan met de wettelijke transitievergoeding als voorziening, een aantal malen in de rechtspraak van de Ondernemingskamer aan de orde geweest.

In de Inventum-beschikking uit 2016 geeft de Ondernemingskamer aan dat niet kan worden gezegd dat de getroffen voorziening die substantieel hoger is dan de wettelijke transitievergoeding (factor 1,3) de toets van artikel 26 lid 4 WOR niet kan doorstaan. De omstandigheid dat de ondernemer financieel gezond is, maakt dit niet anders. Maar omdat de ondernemer de ondernemingsraad op het verkeerde been had gezet door ondanks de invoering van de Wet werk en zekerheid onduidelijke en tegengestelde mededelingen te doen over de te treffen personele maatregelen, werd het besluit toch kennelijk onredelijk verklaard.²² In de Honeywell-beschikking uit 2017 werd de vraag of de ondernemer kan volstaan met een verwijzing naar de Wet werk en zekerheid opnieuw beantwoord, deze keer in het licht van een eerder sociaal plan dat voor de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid gold en dat voor de destijds vertrokken collega's beter uitpakte. Met het argument dat de eerdere reorganisatie en de voorliggende reorganisatie niet in een zodanig verband met elkaar staan dat de ondernemer dezelfde beëindigingsvergoeding dient te hanteren, slaagde de ondernemer erin om uit te leggen dat aansluiting bij de huidige wetgeving redelijk was.²³

7.4 Rol sociaal plan in toetsing besluitvormingsproces

In 2000 schreef toenmalig voorzitter van de Ondernemingskamer Willems dat de Ondernemingskamer niet zozeer een rechtshandeling van enig moment beoordeelt, maar meer en eerder de dynamiek van het, een zekere tijd beslaand, beslissingsproces vanuit 'managerial' perspectief onder de loep neemt en in

19. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 december 2004, JAR 2005/27 (Gastec Holding).

20. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 februari 2008, JAR 2008/127 (DAB Gemeente Amsterdam) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 november 2010, JAR 2011/10 (Internationaal Danstheater).

21. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 mei 2014, JAR 2014/171 (AkzoNobel Functional Chemicals).

22. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380 (Inventum).

23. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2010 (Honeywell).

dat verband beziet of de ondernemingsraad de hem op grond van diens medezeggenschapsrechten toekomende rol heeft kunnen spelen.²⁴

In de rechtspraak van de Ondernemingskamer zien we dan ook regelmatig overwegingen over het sociaal plan in relatie tot de toetsing door de Ondernemingskamer van dat besluitvormingsproces. Zo overwoog de Ondernemingskamer in de VLM-beschikking dat het aan de ondernemingsraad presenteren van een ‘bepaald onvoldoende uitgewerkt’ concept-sociaal plan op zichzelf een tekortkoming in de besluitvorming oplevert. Dat de ondernemer met instemming van de ondernemingsraad in overleg was met de vakbonden en dat in redelijkheid mocht worden verwacht dat dit overleg tot een oplossing zou leiden, maakte dat het besluit van de ondernemer – tot staking van de activiteiten op vliegveld Eindhoven – de toetsing door de Ondernemingskamer kon doorstaan.²⁵ In de zaak Sappi was dat niet het geval: het door de ondernemer aan de ondernemingsraad gedane voorstel om een verlenging van het sociaal plan uit te ruilen tegen het beroepsrecht van de ondernemingsraad voldeed niet aan het uitgangspunt dat een goed verloop van de medezeggenschap in de eerste plaats de verantwoordelijkheid is van de ondernemer.²⁶ Dit uitgangspunt heeft de Ondernemingskamer de laatste jaren veelvuldig in haar uitspraken verwoord.

In 2013 overwoog de Ondernemingskamer dat het oordeel of een ondernemer handelt conform een met de vakbonden overeengekomen sociaal plan is voorbehouden aan de gewone burgerlijke rechter, want het niet naleven daarvan is op zichzelf en zonder meer niet aan te merken als een nieuw adviesplichtig besluit, waartegen de ondernemingsraad in een Ondernemingskamerprocedure kan opkomen.²⁷ Ook de ondernemingsraad die beroep had ingesteld tegen een reorganisatieplan, maar niet tegen een eerder vastgesteld sociaal plan ving bot bij de Ondernemingskamer. Bezwaren tegen het sociaal plan konden daardoor in de Ondernemingskamerprocedure niet meer aan de orde komen.²⁸

7.5 Inhoudelijke beoordeling sociaal plan

De vraag hoeveel ruimte de aan de Ondernemingskamer opgedragen marginale toetsing biedt voor een inhoudelijke beoordeling van het sociaal plan, is natuurlijk een vraag naar de bekende weg (zie ook hoofdstuk 9.4). Volgens de theorie luidt het antwoord dat het criterium van artikel 26 lid 4 WOR, kennelijke onredelijkheid, met zich brengt dat de Ondernemingskamer slechts nagaat of de ondernemer bij de in het besluit opgenomen maatregelen om de sociale gevolgen op te vangen wel (voldoende) rekening heeft gehouden met het werknemersbelang.

24. J.H.M. Willems, ‘Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer’, *ArbeidsRecht* 2000/15, p. 11.

25. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 december 2012, JAR 2013/67 (VLM Nederland).

26. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 2014, JAR 2014/159 (Sappi).

27. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 september 2013, JAR 2014/65 (Orionis Walcheren).

28. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 december 2013, JAR 2014/31 (Tinteltuin).

Een beoordeling ‘volgens het boekje’ van een in het besluit opgenomen sociaal plan lezen we in de beschikkingen Post NL en CBB. In eerstgenoemde zaak overwoog de Ondernemingskamer dat er geen reden was om te oordelen dat de ondernemer bij de afweging van de in het geding zijnde belangen het belang van de huidige medewerkers met postbodefuncties onvoldoende heeft verdisconteerd in het sociaal plan.²⁹ In de zaak CBB nam de ondernemingsraad het standpunt in dat op de moedervenootschap de plicht rustte om aan een sociaal plan voor de medewerkers van de dochtervenootschap bij te dragen, onder meer omdat de moeder in eerdere jaren grote dividenduitkeringen van de dochter had ontvangen. De Ondernemingskamer oordeelde echter dat niet aannemelijk was geworden dat de ondernemer niet tot deze dividenduitkering had mogen overgaan of dat zij daarbij de belangen van de moedervenootschap had laten prevaleren boven haar eigen belangen.³⁰

In de beschikkingen ABN AMRO, Total, IDT, Gemeente Leeuwarden en DHL lijkt de Ondernemingskamer een stapje verder te gaan wat betreft de inhoudelijke beoordeling van het sociaal plan. In 1996 achtte de Ondernemingskamer een besluit van ABN AMRO tot oprichting van een call center waarin kernactiviteiten van ABN AMRO zouden worden verricht kennelijk onredelijk, omdat in het call center niet marktconforme arbeidsvoorwaarden zouden worden gehanteerd en ABN AMRO niet duidelijk had gemaakt waarom zij niet langer zou zijn gebonden aan de toezegging dat personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden bij het call center werd geplaatst.³¹

In de Total-beschikking was de Ondernemingskamer met de ondernemingsraad van mening dat het sociaal plan op onderdelen onevenwichtig was en te weinig aan de belangen van de werknemers tegemoet kwam. De Ondernemingskamer overwoog daarbij:

‘In de besluitvorming dienen de daarvoor in aanmerking komende belangen van de werknemers (waaronder mede kunnen vallen de belangen van hun gezinsleden) te worden betrokken. Op zichzelf is ook juist dat een gunstige financiële positie van de onderneming meer ruimte biedt voor honorering van voormelde belangen, hetgeen in de regel ook tot uitdrukking zal dienen te komen in de afweging en – daarmee – in de voorwaarden van het Sociaal Plan.’

Alles overziend vond de Ondernemingskamer niet dat het sociaal plan zodanig tekortschoot dat Total niet in redelijkheid tot haar besluit had kunnen komen.³²

In de IDT-uitspraak constateerde de Ondernemingskamer dat de ondernemer met het als eenzijdig sociaal beleidskader toe te passen concept-sociaal plan slechts in zeer beperkte mate tegemoetkwam aan de negatieve gevolgen voor de werknemers.

29. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 juli 2011, JAR 2011/238 (Post NL).

30. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 april 2014, JAR 2014/121 (Centrum voor Baan en Beroep).

31. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 december 1996, JAR 1997/12 (ABN AMRO Bank).

32. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juni 1998, JAR 1998/150 (Total).

Maar de Ondernemingskamer kon dit billijken ‘gegeven de zeer slechte financiële situatie waarin IDT verkeert’.³³ Een vergelijkbare situatie was er bij de gemeente Leeuwarden die werd geconfronteerd met ingrijpende bezuinigingen. Het ontbreken van (tijdige en voldoende) inspanningen om met de vakbonden tot een sociaal akkoord te komen, maakte het besluit niet kennelijk onredelijk. Daarbij was volgens de Ondernemingskamer doorslaggevend dat de gemeente had toegezegd dat gedurende de onderhandelingen geen gedwongen ontslagen zouden vallen.³⁴

Minder eenduidig is de jurisprudentie over de situatie waarin de ondernemer geen sociaal plan heeft voorgesteld, omdat de in de onderneming geldende cao of arbeidsvoorwaardenregeling (iets van) een afvloeiingsregeling bevat. In 1996 achtte de Ondernemingskamer een afvloeiingsregeling in de cao niet toereikend als maatregel om een sanering op te vangen, omdat de cao slechts een overlegplicht en een schadeloosstellingsregeling in geval van reorganisatie bevatte.³⁵ Maar in 2004 kon de ondernemer die meermaals had gepoogd om met de vakbonden en de ondernemingsraad tot een sociaal plan te komen, wel volstaan met de toepassing van een sociaal plan vervat in de cao. Daarbij speelde een rol dat de ondernemingsraad niet had uitgelegd waarom het stuklopen van het overleg met de vakbonden aan de ondernemer te wijten viel en op welke punten de cao niet toereikend was.³⁶ In 2013 vond de Ondernemingskamer een herplaatsingstraject beschreven in de personeelsgids zelfs afdoende. Uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie blijkt volgens de Ondernemingskamer namelijk niet van een verplichting tot het opstellen van een sociaal plan waarvan een (financiële) vertrekregeling onderdeel uitmaakt.³⁷

In de zaak DHL Finance Services ging de Ondernemingskamer precies na welke maatregelen in het sociaal plan waren getroffen voor de bij een verplaatsing van werkzaamheden betrokken medewerkers, om vervolgens te oordelen dat al die maatregelen overziend niet kan worden gezegd dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Kortom, een inhoudelijke beoordeling gestoken in een marginaal jasje.³⁸

Mocht het sociaal plan voor de betrokken werknemers minder gunstig uitpakken dan eerder het geval was voor collega-werknemers in een soortgelijke situatie, dan zal de ondernemer moeten kunnen uitleggen waarom dat het geval is.

33. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 november 2010, JAR 2011/10 (*Internationaal Danstheater*).

34. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 februari 2012, JAR 2012/124 (*Gemeente Leeuwarden*).

35. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 december 1996, JAR 1997/22 (*Woningstichting De Opdracht*).

36. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juli 2005, JAR 2005/218 (*Philips Semiconductors*).

37. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 januari 2013, JAR 2013/103 (*Global Technology Services*).

38. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 april 2014, JAR 2014/137 (*DHL Finance Services*).

Bijvoorbeeld omdat er gewijzigde omstandigheden zijn.³⁹ In lijn hiermee achtte de Ondernemingskamer in 2015 een besluit van Canon kennelijk onredelijk, omdat er in het geheel geen maatregelen waren getroffen om de eventuele personele gevolgen te ondervangen. Aan dat besluit mocht geen uitvoering worden gegeven, tenzij in de personele gevolgen werd voorzien overeenkomstig een eerder sociaal plan.⁴⁰

7.6 Conclusie

De rechtspraak van de Ondernemingskamer over het sociaal plan leert dat het adviesrecht ook, ingeval er een sociaal plan is of wordt voorgesteld, daarop betrekking heeft. Voorts dat de ondernemer altijd (enige) maatregelen moet voorstellen om de sociale gevolgen op te vangen, waarbij mag worden volstaan met een verwijzing naar een cao of een personeelsgids die een afvloeiingsregeling bevat. Ook een eenzijdig sociaal plan is afdoende als maatregel ex artikel 25 lid 3 WOR. Maar tegelijkertijd speelt het sociaal plan een belangrijke rol in de toetsing van het door de ondernemer gevolgde besluitvormingsproces.

Op het moment waarop de ondernemingsraad zijn advies uitbrengt, moet de ondernemer duidelijkheid hebben verschaft over de gevolgen van het voorgenomen besluit en de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen. Enerzijds moet op dat moment dus de inhoud van een eventueel sociaal plan helder zijn, zodat de ondernemingsraad deze met de achterban kan bespreken en mee kan wegen in zijn advies. Anderzijds moet dan het advies, om van wezenlijke invloed te kunnen zijn op het te nemen besluit, er ook nog toe kunnen leiden dat de voorgenomen maatregelen, eventueel in de vorm van een sociaal plan, worden bijgesteld en/of aangevuld. Daarbij geldt niet alleen dat de zorgplicht voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject op de ondernemer rust, maar ook dat de ondernemingsraad de procedurele (spel)regels goed moet volgen om te kunnen 'scoren'.

Als het om de inhoud van het sociaal plan gaat, blijkt de Ondernemingskamer bereid om de ruimte die de marginale toetsing biedt maximaal te benutten door in het kader daarvan ook de inhoud van het sociaal plan te beoordelen aan de hand van de toets of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen (niet) in redelijkheid tot die inhoud heeft kunnen komen.

39. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 maart 1994, JAR 1994/73 (*Nationale Nederlanden*). Onder verwijzing naar onder meer de wijziging van het ontslagrecht ten gevolge van de invoering van de Wet werk en zekerheid slaagde Honeywell in 2017 in die uitleg. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2010 (*Honeywell*).

40. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1679 (*Canon*). In 2018 bepaalde de Ondernemingskamer echter dat het sociaal plan niet van toepassing was op een besluit dat niet in concreet verband stond met het besluit dat in de beschikking van 21 april 2015 aan de orde was: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:993 (*Canon*).

8 Primaat van de politiek

S.F.H. Jellinghaus en H. Moltmaker

8.1 Inleiding

Bij de invoering van de Wet van 13 april 1995, houdende regeling van de medezeggenschap van het overheidspersoneel in de Wet op de ondernemingsraden,¹ is reeds rekening gehouden met het feit dat een belangrijk aspect nooit definitief in de wet zelf geregeld kon worden.² Dit aspect betrof de vraag hoe het ‘primaat van de politiek’ zich verhoudt tot de belangen van het (overheids)personeel in het kader van de medezeggenschap en of een strikte scheiding kan worden aangebracht tussen deze twee tegengestelde belangen.

In de inmiddels bijna 25 jaar die is verstreken na de invoering van de regeling hebben de Ondernemingskamer en de Hoge Raad, alsmede andere verschillende rechterlijke instanties, zich meerdere keren uitgelaten over het leerstuk van het primaat van de politiek.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de Ondernemingskamer de beperking van het ‘primaat van de politiek’ aanvankelijk restrictief uitlegt, maar dat de Hoge Raad een ruimere uitleg van de beperking hanteert.

In deze bijdrage wordt de rechtspraak aangaande de regeling van het primaat van de politiek bij medezeggenschap van het overheidspersoneel beoordeeld en wordt de vraag gesteld of het leerstuk inmiddels voldoende duidelijk door de rechtspraak is gedefinieerd, of dat (toch) aanpassing door de wetgever van de regeling wenselijk is. In dit kader wordt er ook vooruitgeblikt naar de aanstaande normalisering van de rechtspositie van de ambtenaar per 1 januari 2020³ en wordt de vraag gesteld of dit ook direct doorwerkt bij de beoordeling van besluiten die mogelijk onder het primaat van de politiek vallen en of dit een reden zou moeten zijn om de regeling van het primaat van de politiek te heroverwegen.

1. Wet van 13 april 1995, *Stb.* 1995, 231.

2. *Handelingen I* 1994/95, 23551, p. 1132-1133.

3. Wet van 9 maart 2017 tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering-rechtspositie ambtenaren), *Stb.* 2017, 123.

8.2 De wettelijke regeling

Het primaat van de politiek is met de herziening van de WOR in 1979 in de wet gekomen ten behoeve van zelfstandige bestuursorganen (zbo's).⁴ Deze regeling inzake het primaat van de politiek is terug te vinden in artikel 23 lid 2 WOR slot:

‘Onder de aangelegenheden, de onderneming betreffende, is niet begrepen het beleid ten aanzien van, alsmede de uitvoering van een bij of krachtens een wettelijk voorschrift aan de ondernemer opgedragen publiekrechtelijke taak, behoudens voor zover deze uitvoering de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen betreft.’

In 1995 is de WOR op (vrijwel) de gehele overheidssector van toepassing verklaard en is een bepaling omtrent het primaat van de politiek voor de overheid zelve opgenomen in de wet in artikel 46d onderdeel b WOR:

‘Voor de toepassing van artikel 23, tweede lid WOR, zijn onder de aangelegenheden de onderneming betreffende niet begrepen de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, noch het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.’

Artikel 46d WOR is opgenomen in hoofdstuk VIIB van de Wet op de Ondernemingsraden betreffende bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij de overheid. Dit hoofdstuk is in 1995 aan de WOR toegevoegd. De uitbreiding van de WOR met hoofdstuk VIIB was onderdeel van het wetsvoorstel 23551.⁵ Dit wetsvoorstel had tot doel de WOR ook te laten gelden voor de overheidssector. De belangrijkste overweging die heeft geleid tot wijziging van de WOR in 1995 was het streven naar marktconforme medezeggenschap bij de overheid. Naar het oordeel van de regering moest er geen verschil bestaan in de medezeggenschap tussen de marktsector en de publieke sector, tenzij de bijzondere positie van de overheid als werkgever noopte tot afwijking.⁶ De regering is echter van mening dat de medezeggenschap bij de publieke sector afwijkt van de private sector voor zover het gaat om bevoegdheden op het terrein van democratisch gecontroleerde organen. Zo blijkt uit de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 23551 dat de regering met de introductie van artikel 46d WOR heeft willen voorkomen dat ondernemingsraden recht op overleg zouden hebben over besluiten van democratisch gecontroleerde organen (o.a. college van B&W, gemeenteraad enzovoort), over de vaststelling van taken, het beleid en de uitvoering van die taken.⁷

De vraag is echter waarom artikel 46d WOR in de wet is opgenomen daar artikel 23 WOR reeds een regeling inzake het primaat van de politiek kent. Deze vraag lijkt ook te zijn behandeld tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel

4. Kamerstukken II 1977/78, 13954, nr. 106.

5. Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 2.

6. Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 3, p. 3-4.

7. Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 3, p. 3-4.

23551. De verantwoordelijke ministers hebben namelijk overwogen te volstaan met hetgeen was bepaald in artikel 23 lid 2 WOR. Dit werd echter toch als onwenselijk beschouwd om welke reden gekozen is voor de introductie van artikel 46d WOR. Hiertoe werd overwogen omdat artikel 23 WOR niet uitdrukkelijk de vaststelling van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen benoemde, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat dit in de overlegvergadering aan de orde zou komen. Daar dit onwenselijk geacht werd, is geopteerd om dit apart te regelen in artikel 46d WOR.⁸ Voornoemde verklaart waarom de teksten van artikel 23 lid 2 WOR en artikel 46d WOR van elkaar verschillen. Opvallend is zelfs te noemen dat de tekst in artikel 23, tweede lid, WOR inzake het politiek primaat ruimer is omschreven dan de tekst van artikel 46d WOR.

In zijn proefschrift stelt Sprengers dat uit de wetgeschiedenis niet volgt dat de wetgever bewust gekozen heeft voor een andere formulering van het primaat van de politiek in artikel 46d WOR.⁹ Wel signaleert hij dat door het hanteren van verschillende formuleringen onnodige verwarring kan ontstaan. Hij pleit er dan ook voor om het primaat van de politiek in één wetsartikel op te nemen. Onzes inziens zal het wel meevallen met de verwarring. Het primaat van de politiek uit artikel 46d WOR ziet namelijk op andere ondernemingen dan het primaat van de politiek van artikel 23 WOR. Artikel 46d WOR is opgenomen in Hoofdstuk VIIB betreffende bijzondere bepalingen voor ondernemingsraden bij de overheid. Dit hoofdstuk is van toepassing op ondernemingen waarin (nagenoeg) uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstellingen wordt gewerkt. Het primaat van de politiek uit artikel 46d WOR lijkt daarmee te zijn bedoeld voor ‘echte’ overheidsorganen waarin (nagenoeg) uitsluitend ambtenaren werkzaam zijn dan wel overheidsorganen die nauw zijn verweven met de politieke dimensie. Het primaat van de cao uit het tweede lid van artikel 23 WOR ziet daarentegen op ondernemingen waarbinnen krachtens arbeidsovereenkomst wordt gewerkt. Dit zijn doorgaans privaatrechtelijke ondernemingen die zijn belast met de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, bijvoorbeeld De Nederlandse Bank.

8.3 Het primaat van de politiek: wetgeschiedenis

Bij de beschouwing van de wettekst die betrekking heeft op het primaat van de politiek ex artikel 46d sub b WOR, lijkt er op het eerste gezicht een duidelijke definitie te worden gegeven van het begrip ‘primaat van de politiek’. De tekst bepaalt dat besluiten van publiekrechtelijke lichamen niet voor medezeggenschap in aanmerking komen, behoudens voor zover het de gevolgen daarvan betreft voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen. De wetgever heeft aldus een onderscheid willen maken tussen het besluit van een publiekrechtelijk lichaam zelf waarvoor geen inspraakrechten zouden dienen te gelden en de gevolgen ervan voor de in onderneming werkzame personen, waarvoor deze wel zouden moeten gelden.

8. Rood's, *Wet op de ondernemingsraden*, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 581.

9. L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 245.

Hoewel dit onderscheid op het eerste gezicht duidelijk lijkt, is er naar aanleiding van deze regeling toch veel discussie ontstaan in de literatuur.¹⁰ Dit is te verklaren aan de hand van de totstandkoming van de regeling en de wijze waarop in de rechtspraak invulling wordt gegeven aan het begrip 'primaat van de politiek' onder artikel 46d WOR. Zo kan uit de parlementaire stukken bij het wetsvoorstel 23551¹¹ niet eenduidig worden opgemaakt hoe de wetgever invulling heeft willen geven aan het begrip 'primaat van de cao ex artikel 46d WOR'. De wetsgeschiedenis geeft aanknopingspunten voor zowel een strikte uitleg van het primaat van de politiek, ofwel ruim baan voor werknemersparticipatie, als een ruime uitleg hiervan, hetgeen geen of beperkte werknemersparticipatie bij politieke vaststelling van een besluit behelst.

In zijn advies van 13 juli 1993 is de Raad van State kritisch ten aanzien van de invoering van de regeling in het algemeen, hoewel hij ook aangeeft het een op zichzelf begrijpelijk uitgangspunt te vinden dat de bijzondere positie van de overheid bij het optreden als werkgever niet zonder meer een rechtvaardiging is voor een van de marktsector afwijkende regeling ten aanzien van medezeggenschap.¹²

De Raad vraagt zich in zijn advies af of een strikte scheiding tussen politieke besluitvorming en de personele gevolgen daarvan kan worden aangebracht, zonder die besluiten zelf te raken.¹³ De minister beantwoordt deze vraag van de Raad van State in het nader rapport.¹⁴ De minister erkent dat inderdaad niet in alle gevallen een strikte scheiding tussen de in artikel 46d onderdeel a (later vernummerd naar onderdeel b), bedoelde besluiten en personele gevolgen daarvan kan worden aangebracht zonder die besluiten zelf te raken. Dit zal volgens de minister echter niet tot problemen leiden. Juist de nauwe samenhang die tussen beide kan bestaan zou de noodzaak aantonen om zorgvuldig tot besluitvorming over te gaan, aldus de minister. Anders gezegd, om tijdig te bezien of aan de in artikel 46d, onderdeel a, bedoelde besluiten personele gevolgen zijn verbonden en zo ja, om over die personele gevolgen tijdig de betrokken ondernemingsraad bij de overheid in te schakelen.¹⁵

In de nota naar aanleiding van het verslag erkent de minister nogmaals dat geen strikte scheiding kan worden gemaakt tussen politieke besluiten en de personele gevolgen daarvan, maar dat dit niet tot problemen zal leiden in de praktijk.¹⁶ Ter nadere adstructie van deze stelling wordt een voorbeeld gegeven in de nota naar aanleiding van het verslag. Als de regering besluit tot vergaande decentralisatie of tot departementale herindeling en aan het besluit personele gevolgen zijn verbonden, dan heeft de betrokken ondernemingsraad op grond van de artikelen 25 en 26 WOR de bevoegdheid om over die personele gevolgen advies uit te brengen

10. Zie voor een historische achtergrond bij deze discussie de inleiding van Hoofdstuk 6 van het proefschrift van Sprengers, p. 245.

11. Stb. 1995, 231.

12. Kamerstukken II 1993/94, 23551, A, p. 1.

13. Kamerstukken II 1993/94, 23551, A, p. 6.

14. Kamerstukken II 1993/94, 23551, A, p. 6.

15. Kamerstukken II 1993/94, 23551, A, p. 6.

16. Kamerstukken II 1993/94, 23551, nr. 5.

dan wel tegen de beslissing in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Het advies van de ondernemingsraad over de personele gevolgen, of de uitspraak van de Ondernemingskamer naar aanleiding van het beroep van de ondernemingsraad over die personele gevolgen, zou aanleiding kunnen zijn om het besluit tot decentralisatie of departementale herindeling op bepaalde punten te heroverwegen. Benadrukt wordt wel dat democratisch gecontroleerde organen de vrijheid hebben om bij de besluitvorming over de taken van publiekrechtelijke lichamen, ook voor wat betreft de uitvoering van die taken, verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en op basis van die belangenafweging een bepaald besluit te nemen en eventueel te heroverwegen.

In het kader van de behandeling in de Eerste Kamer werden over deze kwestie ook nog een aantal opmerkingen gemaakt, hetgeen blijkt uit het voorlopig verslag van de vaste Kamercommissie voor binnenlandse zaken en hoge colleges van Staat.¹⁷ De leden van de commissie merken op dat het risico van spanningen en conflicten omtrent de reikwijdte van het primaat van de politiek in het wetsontwerp geenszins is weggenomen en dat de praktijk zal moeten leren of deze spanningen zich ook werkelijk zullen voordoen.

Bij de mondelinge behandeling in de Eerste Kamer onderkende de minister het hierboven genoemde spanningsveld, door aan te geven dat de hoofdzaak van de wet nooit definitief in de wet geregeld kan worden. Dit betreft de vraag hoe de publiekrechtelijke taak, het primaat van de politiek, vormgegeven in een besluit van een vertegenwoordigend lichaam, zich verhoudt tot de belangen van het personeel en of daar een strikte scheiding in aangebracht kan worden. Hij stelde vast dat een scheiding waarbij men tot op de letter kan zeggen wanneer er nog adviesrecht is en wanneer niet meer, niet kon worden gemaakt.¹⁸ Aan de rechtspraak werd de taak gegeven om het primaat van de politiek verder te definiëren.

8.4 Uitleg van het primaat door de rechtspraak

Vóór de invoering van artikel 46d WOR in 1995 heeft de Ondernemingskamer zich eenmaal gebogen over een geschil inzake de reikwijdte van het primaat van de politiek. Het betrof toen een toepassing van het reeds genoemde artikel 23 WOR. Aan de orde was de vraag of de ondernemingsraad van de Gemeenschappelijke Medische Dienst advies mocht uitbrengen ten aanzien van het besluit tot de overdracht van publiekrechtelijke taken en het definitief detacheren van medewerkers. De Ondernemingskamer oordeelde dat het besluit van de geïntegreerde gevalsbehandeling als zodanig niet door de ondernemingsraad beoordeeld dient te worden, daar het hier de uitoefening van een publiekrechtelijke taak betrof. Het besluit tot overgang van het personeel werd wel adviesplichtig geoordeeld.¹⁹

17. Kamerstukken I 1994/95, 23551, nr. 48a.

18. *Handelingen I*, 11 april 1995, p. 1132.

19. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 december 1993, JAR 1994/15.

Na de wetwijziging van 1995 was de eerste mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om zich uit te laten over het primaat van de politiek in oktober 1996 in de zaak van de centrale ondernemingsraad van de Gemeentelijke Organisatie voor Verpleging en Verzorging (GOVV) tegen de Gemeente Amsterdam.²⁰ In deze zaak lijkt de Ondernemingskamer zich niet te bekommeren om de opvattingen van de wetgever, zoals die uit de parlementaire geschiedenis blijken. De Ondernemingskamer geeft eerder blijk ervoor te willen waken dat er ongerechtvaardigde verschillen in de positie van de ondernemingsraad bij de overheid aangaande het adviesrecht zouden gaan ontstaan in vergelijking met de marktsector.²¹

In de Roteb-zaak²² trekt de Ondernemingskamer de lijn ingezet met de beslissing inzake de GOVV door en overweegt dat de beperking van het primaat van de politiek restrictief moet worden uitgelegd. Op 2 april 1998²³ beslist de Ondernemingskamer dat het besluit bij AMvB een aantal Kamers van Koophandel samen te voegen onmiskenbaar het karakter van een publiekrechtelijke vaststelling van taken van een publiekrechtelijk orgaan behelst, maar dat dit evident gevolgen heeft voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen en dat het besluit reeds daarom adviesplichtig was. De redenering van de Ondernemingskamer kwam dan ook neer op een paradox cirkelredenering: omdat er personele gevolgen zijn, moet je als medezeggenschaporgaan ook de essentie van het besluit kunnen beoordelen, maar dit zou dan weer onder het primaat van de politiek vallen. In de literatuur is verdeeld gereageerd op deze visie van de Ondernemingskamer om toch meer ruimte te laten voor het toetsen van besluiten die een politiek karakter dragen. Sprengers bespreekt in zijn proefschrift uitvoerig het primaat van de politiek en de reikwijdte hiervan.²⁴ Hij stelt vast dat uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer bij privatiseringsbesluiten blijkt dat de personele gevolgen zo vervlochten zijn met het principebesluit, dat een advies van de ondernemingsraad slechts wezenlijk invloed kan hebben op het besluit, als het advies voorafgaand aan het nemen van het (onomkeerbare) principebesluit wordt gevraagd.²⁵ Andere schrijvers, zoals Van Beek en Koning, zijn ook kritisch ten aanzien van de wijze waarop het primaat van de politiek in de wetgeving is opgenomen, maar zij zijn echter wel van mening dat het primaat van de politiek niet te licht moet worden opgenomen. Door het primaat van de politiek te negeren kan er veel veranderen in de balans van invloedsverhoudingen, die de wet beoogt te bereiken ten aanzien van publiekrechtelijke taken.²⁶

20. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 oktober 1996, JAR 1996/245.

21. L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 4 e.v.

22. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 juli 1997, JAR 1997/183.

23. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 april 1998, JAR 1998/97.

24. L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 239 e.v.

25. L.C.J. Sprengers, 'Rechtspraakoverzicht Medezeggenschapsrecht januari 1999 t/m juni 2000', SMA 2000, afl. 9, p. 398 e.v.

26. zie o.a. M.J.M. van Beek, W. Hooghiemstra en J.P. de Jong, 'Het politieke primaat in de WOR: een joviaal gebaar is niet genoeg', SMA 1997, afl. 6, p. 344 en F. Koning, 'Rechtspraakoverzicht Medezeggenschapsrecht', SMA 1999, afl. 1, p. 45 e.v.

De Hoge Raad is vervolgens in 2000 aan de beurt om te beslissen over de reikwijdte van het primaat van de politiek in twee uitspraken van 26 januari 2000.²⁷ De Hoge Raad overweegt, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat de ruimere uitleg die de Ondernemingskamer aan artikel 46d WOR heeft gegeven niet valt te rijmen met de bedoeling van de wetgever, bij de in artikel 46d onder b WOR bedoelde besluiten waaraan personele gevolgen inherent zijn doch die niet in het bijzonder tevens strekken tot regeling van die gevolgen. De beslissing van de Hoge Raad heeft voor veel beroering gezorgd in de vakliteratuur.²⁸

In 2000 werd de Ondernemingskamer een mogelijkheid geboden om de door de Hoge Raad in januari 2000 gegeven vingerwijzing nader uit te leggen.²⁹ De Ondernemingskamer geeft in deze beslissing van 16 november 2000 (inzake de ondernemingsraad van de Rijksrecherche te Tiel tegen het College van procureurs-generaal) aan dat hij uit de beschikking van de Hoge Raad van 26 januari 2000 afleidt dat voor de uitzondering van het primaat van de politiek slechts plaats is voor zover het besluiten betreft die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in (democratische) organen met (mede) wetgevende bevoegdheid. De Ondernemingskamer beslist dat er in dit geval voor een dergelijke uitzondering geen plaats is, waar het gaat om besluiten van tot de uitvoerende macht behorende organen. Op die besluiten wordt slechts indirect een democratische controle uitgeoefend.

Deze nadere invulling van het primaat door de Ondernemingskamer zoals hiervoor omschreven, vindt in de ogen van de Hoge Raad geen genade in de beschikking van 1 maart 2002. De advocaat-generaal stelt in zijn conclusie dat de Ondernemingskamer terecht zoekt naar criteria om grenzen te stellen aan het 'primaat van de politiek'. Hij onderschrijft de algemene regel, zoals door de Ondernemingskamer geformuleerd, dat er geen sprake meer is van een politiek besluit als het besluit te ver verwijderd is van de politieke controle. De Hoge Raad overweegt uiteindelijk in lijn met de conclusie van de advocaat-generaal. De Hoge Raad beslist dat indien een besluit niet in het bijzonder gericht is op de gevolgen voor de werknemers én er sprake is van een besluit genomen door een democratisch gecontroleerd orgaan, het primaat van de politiek onverkort geldt.³⁰

27. HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4734 en HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735.

28. M.G. Rood, *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 4/5, p. 132; L.C.J. Spengers, 'De Hoge Raad en het primaat van de politiek: "And now for something completely different"', *SMA* 2000, afl. 3, p. 117-123; L.G. Verburg, 'De OK, de medezeggenschap en het jaar 2000', *ArbeidsRecht* 2001/4; R.A.A. Duk, 'De smalle marges van het politieke primaat', *SMA* 2000, afl. 10, p. 493-500; P.F. van der Heijden, 'Medezeggenschap bij de overheid en de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2000/4 en E.M. Veldstra, 'Medezeggenschap bij de overheid en de Hoge Raad; een reactie', *ArbeidsRecht* 2000/8.

29. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 november 2000, *JAR* 2000/260, besproken door L.C.J. Spengers in *Rechtspraakoverzicht medezeggenschap juli 2000 t/m juni 2001*, *SMA* 2001, p. 503.

30. HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/116.

8.5 Evaluatie in 2001 van het primaat van de politiek

Het kabinet was in 2001 bij de evaluatie van de invoering van de medezeggenschap voor de overheid van mening dat het primaat van de politiek een rustig bezit was. De minister stelt vast dat uit de evaluatie een overwegend positief beeld naar voren komt van de invoering van de toepassing van WOR voor de overheid.³¹ De minister stelt verder vast dat de wet beantwoordde aan zijn doelstelling en door de direct betrokkenen positief gewaardeerd werd. Zo volgt uit de wetsvaluatie dat, ondanks het feit dat er geen adviesrecht is voor wat betreft besluiten over de publiekrechtelijke vaststelling van taken, in 94% van de gevallen advies wordt gevraagd over politieke besluiten met personele gevolgen. Volgens de minister is dit een duidelijke aanwijzing dat er in de praktijk geen behoefte aan bestaat de regeling van artikel 46d WOR te wijzigen. De minister concludeerde dan ook op grond van het evaluatieverzoek dat het niet nodig was het adviesrecht voor politieke besluiten met personele gevolgen nader in de wet vast te leggen.³²

8.6 Uitleg van het primaat door de rechtspraak 2001-heden³³

In mei 2005 heeft de Hoge Raad een vierde beschikking gewezen over het primaat van de politiek.³⁴ Naar aanleiding van de voormelde zaak uit 2002 (HR 1 maart 2002, JAR 2002/116) was de discussie ontstaan over de vraag of de verwijzing in een bijzin naar de wet die de basis gaf voor het besluit in die zaak voldoende was om de publiekrechtelijke taak te onderbouwen. In deze zaak uit 2005 kwamen daar twee aanvullende aanknopingspunten bij, namelijk of er sprake is van een besluit dat genomen wordt in een politieke context en of er sprake is van een ondernemingsoverstijgend besluit.³⁵ Op grond van deze uitspraak en de gegeven aanknopingspunten gaf de Hoge Raad de overheidsondernemer nog meer ruimte om zelf te bepalen wanneer hij de medezeggenschap bij de besluitvorming wenst te betrekken.

In de zaak die leidde tot de beschikking van de Hoge Raad van 9 februari 2007³⁶ oordeelde de Ondernemingskamer dat het besluit tot ‘volledige verzelfstandiging’ van de nieuwe Van Mesdagkliniek onlosmakelijk met zich meebracht dat er slechts op basis van arbeidsovereenkomsten gewerkt zou kunnen gaan worden. De Ondernemingskamer heeft daaruit de conclusie getrokken dat in het besluit tot volledige verzelfstandiging ligt besloten dat personele gevolgen ervan daarin eveneens worden geregeld zonder dat gezegd kan worden dat deze daaraan inherent zijn en dat deze regeling op zichzelf niet te zien valt als een besluit waarop het ‘politieke primaat’ als bedoeld in artikel 46d, aanhef en onder b, WOR

31. Kamerstukken II 2000/01, 27610, nr. 1.

32. Kamerstukken II 2001/02, 27610, nr. 3, p. 5.

33. Na afronding van deze bijdrage verscheen de conclusie van A-G Timmerman d.d. 10 mei 2019 in de kwestie Regionale Eenheid Oost-Brabant Ondernemingsraad van De Politie (Zaaknr: 18/03152) waarin hij ook een rechtspraakoverzicht opneemt.

34. HR 20 mei 2005, JAR 2005/156.

35. Noot L.C.J. Sprengers bij HR 20 mei 2005, SR 2005, 56.

36. HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1647.

van toepassing is. Dit oordeel kon niet rekenen op steun van de Hoge Raad, die oordeelde dat de Ondernemingskamer had miskend dat het enkele feit dat aan het besluit tot verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek personele gevolgen zijn verbonden, niet voldoende was om deze uitzondering te aanvaarden. Het besluit tot verzelfstandiging van een rijksinrichting is als zodanig van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de voor- en nadelen van deze beslissing en daarom volgens artikel 46d, aanhef en onder b, WOR aan het adviesrecht onttrokken is, aldus de Hoge Raad.

Net als in de eerdere uitspraken van de Hoge Raad inzake het primaat van de politiek gaf de Hoge Raad ook in 2013 een ruime uitleg aan de werking van het politieke primaat.³⁷ In deze zaak werd de Ondernemingskamer, evenals in de Mesdagkliniek-beschikking, teruggefloten door de Hoge Raad. De Ondernemingskamer had, in het kader van een voorgenomen reorganisatie van een zwembad door het Stadsdeel Zuid te Amsterdam, geoordeeld dat een beroep op artikel 46d onder b WOR alleen geoorloofd is als aan het desbetreffende besluit politieke afwegingen ten grondslag liggen. De Hoge Raad overweegt echter ten aanzien van het voorgenomen besluit tot reorganisatie, dat het besluit onmiskenbaar van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is er volgens de Hoge Raad sprake van een besluit dat wordt gedekt door het primaat van de politiek. In de literatuur is deze uitspraak wederom kritisch ontvangen en leidde deze onder meer tot een nader pleidooi voor een afschaffing van artikel 46d WOR in de huidige vorm.³⁸

Eensgezind zijn de Hoge Raad en de Ondernemingskamer in de meest recent gepubliceerde uitspraak van de Hoge Raad inzake het primaat van de politiek.³⁹ In deze zaak was op grond van artikel 32 WOR een bovenwettelijk adviesrecht aan de ondernemingsraad toegekend door de bestuurder, maar oordeelde zowel de Ondernemingskamer als de Hoge Raad dat dit bovenwettelijk adviesrecht het politiek primaat niet terzijde kan schuiven. Onder r.o. 3.3.3 stelt de Hoge Raad dat de wetgever uitdrukkelijk niet heeft gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst en dat bij de totstandkoming van artikel 32 WOR ten aanzien van het primaat van de politiek niet is gebleken dat de wetgever hiervan heeft willen afwijken, en dat dus het primaat van de politiek prevaleert boven het bovenwettelijk adviesrecht.

8.7 De Ondernemingskamer versus de Hoge Raad

Uit de door ons aangehaalde rechtspraak aangaande het primaat van de politiek kan worden opgemaakt dat de enerzijds meer op de praktijk gerichte Ondernemingskamer en anderzijds meer (rechts)theoretisch ingestelde Hoge

37. HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1139.

38. G.W. van der Voet, 'Medezeggenschapsrechten ambtenaar onnodig gemarginaliseerd', VAAN AR updates, 16 december 2013.

39. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4257 en HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397.

Raad het primaat van de politiek op een andere wijze uitleggen. De Hoge Raad heeft (natuurlijk) het laatste woord, totdat de wetgever ingrijpt en overgaat tot wetswijziging. Verder is het opvallend dat de Ondernemingskamer door de jaren heen ook het primaat van de politiek verschillend heeft geïnterpreteerd. De wisselende invulling van het primaat van de politiek door de Ondernemingskamer lijkt samen te hangen met de wisselende voorzitters van de Ondernemingskamer.

8.8 Andere uitspraken bij de Ondernemingskamer

Indien de overige (nog) niet in cassatie beoordeelde uitspraken van de Ondernemingskamer aangaande artikel 46d WOR worden gezien, dan is er wellicht een minder diametrale tegenstelling waarneembaar tussen de Ondernemingskamer en de Hoge Raad.

In de beschikking van 3 juli 2003 was aan de orde of de Staat der Nederlanden afdoende aan de verplichtingen had voldaan om de ondernemingsraad om advies te vragen omtrent de personele gevolgen van het besluit om meer personen op een cel te plaatsen. De Ondernemingskamer oordeelde dat hieraan door de Staat was voldaan.⁴⁰

Ook in de daags daarna gegeven beschikking van 4 juli 2003 waarin sprake was van gefaseerde besluitvorming in het kader van een samenwerkingsovereenkomst tussen de Gemeente Vlissingen en de Gemeente Rotterdam, was de Ondernemingskamer resoluut in zijn vaststelling dat de voorgenomen (investerings)besluiten tot de publieke taak behoorden en dat het primaat van de politiek aan advies van de ondernemingsraad in de weg stond, ondanks dat er aan de besluiten inherente personele gevolgen kleefden.⁴¹

In 2012 oordeelde de Ondernemingskamer dat het de publieke ondernemer niet was toegestaan om pas in beroep het primaat van de politiek te claimen, als bij de behandeling van het besluit ervan is uitgegaan dat het adviesrecht van de ondernemingsraad zonder meer, derhalve zonder het maken van een voorbehoud, van toepassing is.⁴² In 2015 keert de Ondernemingskamer echter op zijn schreden terug door in die kwestie te oordelen dat zijn vaste regel van ‘eens gegeven blijft gegeven’ niet opgaat, indien voor het desbetreffende besluit medezeggenschap is uitgesloten op grond van artikel 46d aanhef en onder b WOR.⁴³

In de beschikking van 19 april 2018 heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat het besluit tot de tijdelijke verhuizing van de ZSM-afdeling van Eindhoven naar Den Bosch onder het primaat van de politiek valt.⁴⁴ De ZSM-aanpak, die

40. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AH9170.

41. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:BG8505.

42. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7331.

43. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4890.

44. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1337.

een landelijke strekking heeft, valt volgens de Ondernemingskamer onder de publiekrechtelijke taak van de Politie om criminaliteit te bestrijden. De uitvoering van het ZSM-beleid is daarom onlosmakelijk verbonden met de concrete invulling van de samenwerking tussen de ketenpartners. Dit brengt mee dat er een wezenlijk verband is tussen enerzijds de genoemde werkprocessen, taken en rollen en verantwoordelijkheden van onder meer de Politie en anderzijds de keuze voor een geschikte locatie waar de samenwerking met de ketenpartners kan plaatsvinden. De locatie waar het ZSM-beleid wordt uitgevoerd, is zodanig verbonden met de inhoud en uitvoering van dat beleid, dat het moet worden gezien als een essentieel onderdeel van dat beleid. Het bestreden besluit kan, gezien de opzet en de doelstelling van de pilot, niet los worden gezien van de publiekrechtelijke taak van de Politie om criminaliteit te bestrijden. Het bestreden besluit moet worden gezien als een besluit dat is gericht op het beleid ten aanzien van en de uitvoering van de politietaak. Het besluit tot verhuizing van de ZSM-afdeling valt dan ook volgens de Ondernemingskamer onder het primaat van de politiek ex artikel 46d WOR.

In de uitspraak van 21 november 2018 heeft de Ondernemingskamer beslist dat de Gemeente Maastricht bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit tot de ontvlechting van het taakveld informatiediensten (ID) en de daarmee samenhangende personele gevolgen ten behoeve van de overgang naar het Shared Service Center Zuid-Limburg (SSC-ZL) en de ontvlechting van het taakveld Personeels- en salarisadministratie (PSA) en de daarmee samenhangende personele gevolgen ten behoeve van de overgang naar het SSC-ZL.⁴⁵ In de beide adviesaanvragen was een passage opgenomen waarin met zoveel woorden staat dat advies werd gevraagd over het overgaan van een deel van de medewerkers naar het SSC-ZL (en niet over de overgang van taken, omdat dit valt onder het politiek primaat). Dit was voor de Ondernemingskamer voldoende om het primaat van de politiek buiten de reikwijdte van deze adviesaanvragen te achten. Het is nog even de vraag hoe de Hoge Raad zich over de kwestie gaat uitlaten, als de gemeente zich op dit punt bedenkt en in cassatie de stelling inneemt dat het overgaan van de medewerkers onder het primaat van de politiek valt.

8.9 De Ondernemingskamer versus de Hoge Raad revisited

Op grond van de hiervoor vermelde uitspraken van de Ondernemingskamer blijkt wel degelijk de rekenschap die hij zich geeft van het primaat van de politiek, hoewel de uitspraken die door de Hoge Raad zijn gecasseerd anders doen vermoeden. Totdat de Hoge Raad echter zelf de exacte grenzen van het primaat van de politiek scherp trekt, zal het voor de Ondernemingskamer zoeken blijven naar de balans tussen politiek primaat en personele gevolgen van een besluit. Een opvallend door de Hoge Raad gegeven criterium is dat het politieke primaat niet verder dan strikt noodzakelijk dient te worden gehanteerd, maar de

45. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4318.

invulling hiervan is vervolgens niet duidelijk terug te vinden of te herleiden in het feitencomplex van de verschillende zaken. Zo is de – in de inleiding al gesignaleerde – zorg zoals door de minister reeds uitgesproken bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer dat de weinig scherp geformuleerde wetstekst de hoofdzaak van de wet niet definitief regelt, nog steeds bewaarheid gebleken.

Hier ligt een duidelijkere taak voor de Ondernemingskamer. Het is immers de Ondernemingskamer die op grond van de feiten invulling kan geven aan het door de Hoge Raad gegeven criterium ‘niet verder dan strikt noodzakelijk’, Immers, deze feitelijke vaststelling leent zich niet voor cassatie. De uitdaging is dan ook voor de Ondernemingskamer om hier verdere concrete invulling aan te geven.

8.10 Primaat van de politiek bij overige instanties

Naast de Ondernemingskamer en Hoge Raad hebben ook andere instanties zich uitgelaten over de reikwijdte van het primaat van de cao. In een uitspraak van de voorzieningenrechter 's-Gravenhage van 24 september 2002 werd geoordeeld dat het besluit van de minister van Justitie tot een vacaturestop niet onder het politieke primaat valt.⁴⁶ Volgens de voorzieningenrechter zal de vacaturestop tot gevolg hebben dat met minder personeel hetzelfde werk moet worden verricht. Het besluit zal derhalve gevolgen hebben voor de werkzaamheden van de overige in de onderneming werkzame personen. Aan de vacaturestop zijn, aldus de voorzieningenrechter, niet alleen personele gevolgen inherent, maar de vacaturestop strekt in het bijzonder tot regeling van die gevolgen. De uitspraak van de voorzieningenrechter is in hoger beroep vernietigd.⁴⁷ Het hof heeft echter geen overweging gewijd aan het primaat van de politiek. Het hof heeft geoordeeld dat het besluit tot invoering van een vacaturestop naar zijn aard geen besluit is dat aan het instemmingsrecht dan wel het adviesrecht van de ondernemingsraad was onderworpen. Daardoor behoefde de grief, die geformuleerd was tegen het oordeel dat het besluit van de minister niet onder het primaat van de politiek viel, niet behandeld te worden.

In de zaak waar op 10 september 2003 in kort geding is beslist door de Rechtbank 's-Gravenhage kwam ook de reikwijdte van het primaat van de politiek aan de orde. In het kader van bezuinigingen bij Defensie had de medezeggenschapscommissie van de Vliegbasis Twente van de Staat gevorderd het besluit tot sluiting van de vliegbasis niet uit te voeren. De voorzieningenrechter van de rechtbank oordeelde – onder verwijzing naar de uitspraken van de Hoge Raad in 2000 en 2002 – dat het adviesrecht niet geldt wanneer aan die besluiten personele gevolgen inherent zijn, doch slechts indien de besluiten in het bijzonder strekken tot regeling van die gevolgen. Daar de Staat had aangegeven dat het medezeggenschapsorgaan zou worden betrokken bij het specifiek op de eigen

46. Rb. Den Haag 24 september 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AE7943.

47. Gerechtshof Den Haag 19 december 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF2179.

organisatie-eenheid betrekking hebbende aspecten en de gevolgen daarvan voor het personeel, was de vordering ook prematuur ingesteld.⁴⁸

Ter zake van een besluit van de Gemeente Goes tot openstelling van de afdeling publiekszaken op zaterdag bestond volgens de Rechtbank Middelburg vanwege het politiek primaat voor de ondernemingsraad geen instemmingsrecht (wijziging arbeidstijden), behalve voor zover het de gevolgen voor het personeel betreft. De gemeente veranderde in deze zaak tweemaal van gedachte over de vraag of het besluit nu wel of niet instemmingsplichtig was, daarmee de verwarring goed onderstrepend, maar de rechtbank oordeelde dat de regeling van het primaat van de politiek in artikel 46d WOR van openbare orde is en dat reeds op die grond eerdere erkenning van het instemmingsrecht geen gevolg had. Omdat er echter niet in een toereikende regeling van de gevolgen van de openstelling voor het personeel was voorzien, ontving de gemeente daarvoor geen vervangende toestemming.⁴⁹

Ook de Rechtbank Utrecht heeft zich, ditmaal op grond van de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR, in 2011 kunnen uitlaten over het primaat van de politiek. De rechtbank diende te beoordelen of ondanks de omstandigheid dat aan de ondernemingsraad een adviesrecht op grond van artikel 25 WOR zou kunnen toekomen ter zake van het formuleren van een adviesopdracht, deze niet kan worden uitgeoefend op grond van het bijzonder bepaalde in artikel 46d onder b WOR. Naar het oordeel van de kantonrechter was voldoende aannemelijk dat het in de onderhavige kwestie ging om een publiekrechtelijke taak, mede gelet op het onderwerp, te weten de politie en haar taken, alsmede de betrokkenheid van verschillende ministers en ministeries en de mogelijke (grote) verschuiving van taken en verantwoordelijkheden. De omstandigheid dat het ging om het verstrekken en formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming maakte de aanwezigheid van een politiek primaat nog klemmender, aldus de kantonrechter, omdat weliswaar nog niet voldoende aannemelijk was dat er daadwerkelijk een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming dan wel een belangrijke wijziging in de organisatie en/of plaats van onderneming zou plaatsvinden, maar anderzijds ook nog weinig of niets te zeggen viel over de gevolgen van het voorgenomen besluit voor de in de onderneming werkzame personen. De vordering van de ondernemingsraad om toekenning van een adviesrecht werd derhalve afgewezen.⁵⁰

8.11 Verdere samenloop voor medezeggenschap binnen de overheid en de markt in zicht?

Het is mogelijk twijfelachtig, mede gezien de evaluatie in 2001 en de bestendige lijn van de Hoge Raad, of de medezeggenschap bij de overheid en met name het primaat van de politiek spoedig wordt gereviseerd. De normalisering van de

48. Rb. Den Haag 10 september 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AJ6841.

49. Rb. Middelburg 2 oktober 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ9822.

50. Rb. Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR5829.

rechtspositie van de ambtenaar, zoals deze (hoogstwaarschijnlijk) met ingang van 1 januari 2020 zijn beslag zal krijgen, zou een goede aanleiding zijn om de medezeggenschap bij de overheid nogmaals (nader) te evalueren. Tijdens de behandeling van het Wnra-wetsvoorstel werd al aangekondigd dat het primaat van de politiek voor medezeggenschap bij de overheid wordt gehandhaafd.⁵¹ Echter, voor wat betreft het individuele arbeidsrecht betreft het primaat van de politiek wel de uitzondering. Het streven naar het tot stand brengen van een zo groot mogelijke gelijkwaardigheid tussen overheidswerkgevers en -werknemers is het uitgangspunt.

In het kader van de normalisering van de rechtspositie van de werknemers bij de overheid is ook aan de orde geweest of deze normalisering niet ook gevolgen zou moeten hebben voor de bepaling over het primaat van de politiek. Het wetsvoorstel beoogt geen wijziging van de regeling inzake het primaat van de politiek zoals te vinden in artikel 43d WOR. Dit wordt door de vakorganisaties als onwenselijk beschouwd, zij achten het van belang dat met de wijziging van de rechtspositie van ambtenaren ook de regeling van het primaat van de politiek wordt gewijzigd. Het ongewijzigd laten van het politiek primaat betekent volgens de vakorganisaties dat de overheidswerknemer op achterstand blijft.

Hoewel de normalisering formeel geen wijziging aanbrengt in het beginsel van het politiek primaat, kan de meer gelijke rechtspositie van (het merendeel van) ambtenaren een basis vormen om het politiek primaat restrictiever uit te leggen. Politieke besluitvorming kan meer gezien gaan worden als de vergelijkbare situatie binnen de marktsector wanneer het gaat om besluitvorming die voornamelijk in het buitenland plaatsvindt en die vervolgens wordt toegerekend aan de Nederlandse bestuurder. Op die wijze kunnen de medezeggenschap bij de overheid en die in de marktsector verder naar elkaar toe groeien.

51. Kamerstukken I 2013/14, 32550, C, p. 7.

9 Toetsingsnorm

K. Wiersma en R.J.M. Hampsink

9.1 Inleiding

Het recht van de ondernemingsraad om bij de Ondernemingskamer beroep in te stellen tegen besluiten die aan het adviesrecht zijn onderworpen (artikel 26 WOR) heeft niet altijd deel uitgemaakt van de WOR. Pas in 1979 is dit beroepsrecht van de ondernemingsraad in de WOR opgenomen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling was om met de aan het administratieve recht ontleende formule 'dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen' een zogenoemde marginale toetsing in het leven te roepen. De wetgever beoogde daarmee te bereiken dat de ondernemer, net als een overheidsorgaan, alle relevante belangen tegen elkaar moet afwegen, met dien verstande dat belangen die voor de overheid relevant zijn dat niet voor de ondernemer behoeven te zijn en omgekeerd. De ondernemer mag uiteindelijk immers het ondernemingsbelang laten prevaleren, dat een andere inhoud heeft dan het algemeen belang dat voor de overheid doorslaggevend moet zijn.¹

Volgens de wetgever zou de invoering van een beroepsrecht de medezeggenschap van werknemers versterken (zie ook hfdst. 1.3). Voor zover het beroepsrecht beslissingen van de ondernemer betreft waaromtrent de werknemers, vertegenwoordigd door de ondernemingsraad, tevoren advies zouden hebben uitgebracht, zou het aan deze adviezen een groter gewicht geven. 'Het stelt grenzen aan de ruimte die de ondernemer heeft om van een dergelijk advies af te wijken', aldus de wetgever.² Daarbij merkte de wetgever op dat bij dochterondernemingen het algemene concernbeleid veelal een van de af te wegen belangen zal zijn, maar dat van geval tot geval zal verschillen hoe zwaar dat belang in het geheel van de belangenafweging moet wegen. De rechter zal uiteindelijk per geval moeten beslissen of de dochteronderneming het concernbelang redelijk heeft afgewogen tegen alle andere betrokken belangen.³

Hoewel de wetgever tijdens de parlementaire behandeling nog de verwachting uitsprak dat het beroepsrecht van de ondernemingsraad vooral preventieve betekenis zou hebben,⁴ heeft de Ondernemingskamer zich in de loop der jaren regelmatig moeten buigen over een door de ondernemingsraad ingesteld

1. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 42.
2. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 9.
3. Kamerstukken I 1978/79, 13954, nr. 8d, p. 21.
4. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 40.

beroep.⁵ Het is interessant om te bezien hoe de Ondernemingskamer in de loop der jaren inhoud heeft gegeven aan de marginale toets zoals de wetgever die voor ogen had. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de toetsingsnorm die de Ondernemingskamer aanhoudt bij de beoordeling van een beroep van de ondernemingsraad ex artikel 26 WOR. Allereerst zal in paragraaf 2 het juridisch kader worden besproken. In paragraaf 3 komen de jurisprudentie van de Ondernemingskamer en relevante literatuur over de toets ex artikel 26 WOR die in de afgelopen 40 jaar de revue is gepasseerd aan de orde. Tot slot wordt in paragraaf 4 de beschikking van de Hoge Raad van 18 mei 2018 besproken, waarin door de Hoge Raad is bepaald dat artikel 26 lid 4 WOR (nog steeds) een marginale toets behelst.⁶ Daarna volgt in paragraaf 5 een conclusie.

9.2 Juridisch kader

Artikel 26 WOR

Artikel 26 lid 1 WOR geeft de ondernemingsraad de mogelijkheid om een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer te starten tegen een besluit van de ondernemer als bedoeld in artikel 25 lid 5 WOR, hetzij wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad, hetzij wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht. De toetsingsnorm die de Ondernemingskamer aanhoudt bij de beoordeling van een beroep ex artikel 26 WOR is neergelegd in artikel 26 lid 4 en 5 WOR:

- het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer ‘bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen’ (artikel 26 lid 4 WOR); en
- indien de Ondernemingskamer het beroep gegrond bevindt, verklaart zij dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen en kan zij voorzieningen treffen (artikel 26 lid 5 WOR).

Het doel van het door artikel 26 WOR aan ondernemingsraden toegekende beroepsrecht was versterking van de medezeggenschap, aldus de wetgever.⁷ De SER had tot deze versterking geadviseerd.⁸ Uit de leden 2 en 5 van artikel 25 WOR volgt dat het advies van de ondernemingsraad voor het door de ondernemer te nemen besluit van wezenlijke betekenis moet kunnen zijn. Die intentie wil het beroepsrecht van artikel 26 WOR kracht bijzetten. De totstandkoming van de toets ex artikel 26 lid 4 WOR en de toetsingsnorm die ermee is beoogd,

5. Voor de cijfers over het aantal procedures in de afgelopen 40 jaar zie hoofdstuk 2.

6. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, r.o. 3.4.2, NJ 2018/377 m.nt. P. van Schilfgaarde (OR/Holland Casino).

7. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 9.

8. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 6.

zijn uitgebreid door advocaat-generaal Mok beschreven in zijn conclusie bij de beschikking van de Hoge Raad van 7 juli 1982 in de zaak Enka Breda.⁹

Wetgever had preventieve werking voor ogen

De toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 WOR werd in twee memories van toelichting verduidelijkt.¹⁰ In beide memories stelde de wetgever dat het beroepsrecht vooral preventieve betekenis zou hebben en werd de verwachting uitgesproken dat van dit recht niet veel gebruik zou worden gemaakt. Dat liep anders. Dat het niet bij preventie zou blijven, had Van Schilfgaarde al voorspeld:¹¹

‘De ministers hebben niet de indruk dat er momenteel door ondernemers vaak kennelijk onredelijke besluiten worden genomen. Het beroepsrecht zal vooral preventieve betekenis hebben. De ministers verwachten niet dat er veel gebruik van zal worden gemaakt (...). Het kan zijn dat de ministers de situatie juist beoordelen. Het zal mij echter niet verbazen wanneer het anders loopt. Wie een beroepsgang creëert genereert recht. Zeker wanneer deze met edel motief in de tijd van de werkgever en zonder persoonlijk kostenrisico kan worden bewandeld.’

De wetswijziging trad op 1 september 1979 in werking. Minder dan een jaar later volgde de eerste beschikking van de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 WOR.¹²

Marginale toetsing

De formulering ‘Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen’, is ontleend aan het administratieve recht, zo wordt in de parlementaire behandeling te kennen gegeven.¹³ Inderdaad kan men het criterium in ettelijke administratiefrechtelijke wetsartikelen terugvinden, zoals in artikel 5 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, artikel 27 Algemene wet inzake rijksbelastingen en in artikel 8 Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen. Dat neemt niet weg dat de formule uiteindelijk uit de civiele rechtspraak stamt.¹⁴ De marginale toetsing is de toetsing van besluiten op willekeur of kennelijke onredelijkheid. De toetsing betreft meestal besluiten van een overheidsorgaan, maar in het kader van de WOR gaat het om besluiten van een ondernemer.

9. Conclusie A-G Mok bij HR 7 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473 (Enka/COR).

10. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 42 en Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 10-11.

11. P. van Schilfgaarde, ‘Kennelijk onredelijke besluiten in het ondernemingsrecht’, NJB 1980/3, p. 46.

12. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Lingziekenhuis).

13. Kamerstukken II 1974/75, 13350, nr. 3, p. 11.

14. Zie HR 13 november 1936, ECLI:NL:HR:1937:182, NJ 1937/182 m.nt. E.M. Meijers (De Boer) en HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963, NJ 1949/558 (Doetinchemse woonruimte).

Tijdens de parlementaire behandeling werd het verschil tussen de marginale toetsing van overheidsbesluiten en ondernemersbesluiten als volgt weergegeven:¹⁵

‘Het gaat hier dus om een zogenaamde marginale toetsing, welke beoogt te bereiken dat de ondernemer, evenals een overheidsorgaan, alle relevante belangen tegen elkaar moet afwegen. Echter met dien verstande, dat belangen die voor de ondernemer relevant zijn dat niet behoeven te zijn voor de overheid en omgekeerd. De ondernemer mag uiteindelijk immers het ondernemingsbelang laten prevaleren, hetgeen een andere inhoud heeft – althans kan hebben – dan het algemeen belang dat voor de overheid doorslaggevend moet zijn.’

Het gaat om een geschil tussen ondernemer en ondernemingsraad over gevoerd en te voeren beleid. De ondernemer behoudt daarbij een ruime mate van beleidsvrijheid, waarbinnen hij zelfstandig beslissingen kan nemen, maar die beslissingen kunnen op verzoek van de ondernemingsraad marginaal worden getoetst.¹⁶ Bij die marginale toetsing kan de rechter ten eerste controleren of degene die het besluit heeft genomen de betrokken belangen heeft afgewogen en ten tweede of hij dat niet op een objectief onredelijke wijze heeft gedaan. Het gaat er dus niet om of de belangenafweging naar het oordeel van de rechter redelijk was.¹⁷

9.3 Literatuur en jurisprudentie

In de literatuur is uitgebreid gediscussieerd over de toetsing ex artikel 26 WOR, met name over het verschil tussen de marginale en de volle toetsing door de Ondernemingskamer. Per tijdvak van tien jaar pikken we er een aantal standpunten uit die de tijdsgeest – naar onze bescheiden mening – goed weergeven.

9.3.1 Periode 1979-1990

Vlak na inwerkingtreding van artikel 26 WOR noteert Van Schilfgaarde dat de tekst van artikel 26 lid 4 WOR duidt op een inhoudelijke marginale toetsing.¹⁸

Lingeziekenhuis

In het eerste geschil waarin de Ondernemingskamer meteen in 1980 op grond van artikel 26 WOR had te oordelen, ging het om een besluit tot sluiting van een ziekenhuis zonder dat daaraan voorafgaand de ondernemingsraad op de voet van artikel 25 WOR om advies was verzocht. De Ondernemingskamer oordeelde als volgt:¹⁹

15. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 42.

16. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 42.

17. Conclusie A-G Mok bij HR 7 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, par. 2.3 (Enka/COR).

18. Zie annotatie P. van Schilfgaarde bij Gerechtshof Amsterdam 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579 (OR/Lingeziekenhuis) in *Ars Aequi* 1980/784 en zie ook J.B. Huizink, ‘Toetsing van ondernemersbesluiten aan art. 26 lid 4 WOR’, *TVVS* 1983/7, p. 210.

19. Gerechtshof Amsterdam 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Lingeziekenhuis).

‘Terecht stelt de Ondernemingsraad dat zodoende de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen het L-ziekenhuis te L. op korte termijn te sluiten. Om tot een afweging van de betrokken belangen te kunnen komen heeft de wetgever immers blijkens het bepaalde in artikel 25 WOR noodzakelijk geacht, dat de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid stelt advies over het door hem voorgenomen besluit uit te brengen; dat dit advies op een zodanig tijdstip wordt gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit; dat bij het vragen van advies aan de ondernemingsraad een overzicht wordt verstrekt van de beweegredenen voor het besluit, alsmede van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen, en dat over de betrokken aangelegenheid tenminste eenmaal overleg wordt gepleegd in een vergadering als bedoeld in artikel 23 WOR.’

Vanaf deze Lingeziekenhuis-beschikking is het vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen als hij dat besluit voorafgaand niet of niet volledig op de voet van artikel 25 WOR aan de ondernemingsraad ter advies heeft voorgelegd of daarbij het advies van de ondernemingsraad niet heeft afgewacht, daar waar dat op grond van artikel 25 lid 1 WOR wel had moeten.²⁰ In de Lingeziekenhuis-beschikking lijkt de Ondernemingskamer echter nog verder te gaan en het standpunt in te nemen dat een besluit van de ondernemer de toets van artikel 26 WOR niet kan doorstaan als het in strijd met (een van) de voorschriften van artikel 25 WOR tot stand is gekomen. Helemaal duidelijk is dit echter niet, zoals Maeijer terecht constateert in zijn noot bij de beschikking, waarin hij enige relativering bepleit:

‘Toch vraag ik mij af of iedere niet-naleving van hetgeen in deze bepaling is vermeld, zou moeten leiden tot het gegrond bevinden van een beroep overeenkomstig artikel 26. Het gaat er toch in het bijzonder om, zoals ook de Ok. erkent, dat aan de or. gelegenheid wordt gegeven wezenlijke invloed uit te oefenen op het te nemen besluit. Indien ook deze beslissing van de Ok. aldus enigszins mag worden gerelativeerd, dan juich ik haar toe. Want zij houdt dan een duidelijke aansporing in van de ondernemer om ook de procedurele regels van artikel 25 naar haar strekking zo zorgvuldig mogelijk na te leven.’

Dat de Ondernemingskamer het ondernemersbesluit dient te toetsen op de behoorlijke naleving van de in artikel 25 WOR vervatte procedurele normen, wordt door Maeijer in zijn noten bij verschillende beschikkingen van de Ondernemingskamer ook wel aangeduid als de Lingeziekenhuis-doctrine.²¹

20. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juli 1983, NJ 1984/776 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Hollandse Vleescombinatie ‘Groot-Booy’) en meer recent Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 (OR/Uniface c.s.), Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1616 (OR/APM Terminals Maasvlakte II) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4318 (OR/Gemeente Maastricht).

21. Zie onder meer de noot van Maeijer bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 juli 1985, NJ 1986/498 (OR/Interpharm).

Relativering en concretisering Lingeziekenhuis

In de tweede beschikking ex artikel 26 WOR, die nog geen jaar na de Lingeziekenhuis-beschikking wordt afgegeven, wijdt de Ondernemingskamer meteen enige woorden aan het door haar te hanteren toetsingskader; woorden die nadien in andere beschikkingen min of meer terugkomen:²²

‘(...) dat het in deze procedure er niet om gaat of de Ondernemer een juist besluit heeft genomen. Over wat in een bepaald geval het juiste besluit is kan veelal op goede gronden verschillend worden gedacht. In het kader van de WOR komt echter aan de Ondernemer bij het nemen van besluiten als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR een zekere beleidsvrijheid toe, die zijn grens daar vindt waar hij bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen. Dat de Ondernemer deze grens heeft overschreden is niet aannemelijk geworden.’

Zoals Maeijer in zijn noot bij deze beschikking inzake Stichting Pensioenfonds ook benadrukt, heeft de ondernemer een zekere beleidsvrijheid en toetst de Ondernemingskamer dus niet of de ondernemer een juist besluit heeft genomen.

De door Maeijer in zijn noot bij de Lingeziekenhuis-beschikking bepleite relativering bracht de Ondernemingskamer in 1982 aan:²³

‘(...) dat – nu blijkens het vorenoverwogene de inhoudelijke bezwaren van de OR tegen het aangevochten besluit moeten worden verworpen – de formele bezwaren van de OR slechts dan de conclusie kunnen rechtvaardigen dat van een kennelijk onredelijk besluit sprake is, indien bij de besluitvorming wezenlijk aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de OR is tekort gedaan. Dit is niet gebleken.’

In de eerstvolgende beschikking vond de Ondernemingskamer het reeds voldoende dat niet aannemelijk was geworden dat de gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad tekort waren gedaan en liet de Ondernemingskamer het woord ‘wezenlijk’ achterwege:²⁴

‘Niet aannemelijk is geworden dat de Ondernemer aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de OR tekort heeft gedaan.’

In een andere beschikking uit 1982 concretiseerde de Ondernemingskamer het toetsingscriterium enigszins:²⁵

22. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 november 1980, NJ 1981/588 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Pensioenfonds).

23. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 februari 1982, NJ 1983/27 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/A.) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 juni 1982, NJ 1983/746 m.nt. J.M.M. Maeijer (GOR/A.).

24. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 maart 1982, NJ 1983/30 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/A.).

25. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 december 1982, NJ 1983/747 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/A.).

‘Beslissend is dan ook het antwoord op de vraag of de ondernemer bij afweging van de – mede door de door de ondernemer getroffen regeling bepaalde – belangen van de af te vloeien werknemers tegen de andere betrokken belangen, niet in redelijkheid tot het aangevochten besluit heeft kunnen komen.’

Nog concreter formuleerde de Ondernemingskamer het toetsingscriterium in 1984:²⁶

‘Vervolgens zal moeten worden onderzocht of Paktank bij de afweging van de – mede door haar toezegging bepaalde – belangen van haar werknemers tegen de andere betrokken belangen waaronder met name het belang van de bedrijfsbeveiliging van de Botlek-installatie niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het bestreden besluit.’

Met deze concretisering gaf de Ondernemingskamer gevolg aan de beschikking van de Hoge Raad van 7 juli 1982, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de Ondernemingskamer niet had kunnen volstaan met de vaststelling dat niet aannemelijk was geworden dat de financiële situatie van Enka zodanig was verslechterd dat een beleidswijziging was gerechtvaardigd, maar dat de Ondernemingskamer, gelet op het door Enka met betrekking tot de financiële situatie gestelde, had moeten onderzoeken:²⁷

‘of Enka bij de afweging van de – mede door haar eerdere toezegging bepaalde – belangen van het personeel in Breda tegen de andere betrokken belangen, waaronder met name het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel en daarmee het belang van het elders werkzame personeel niet in redelijkheid had kunnen komen tot het bestreden besluit.’

In zijn noot bij de Enka-beschikking uit 1983 constateert Maeijer dat de Ondernemingskamer marginaal toetst. Bij de vervulling van zijn taak komt aan de ondernemer met betrekking tot de afweging van de betrokken belangen in beginsel een eigen beoordelingsvrijheid toe, die de rechter ontziet. De vrijheid vindt haar grens waar de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Juist omdat het bij de afweging van dergelijke belangen veelal gaat om gecompliceerde feitelijke situaties, zal de controle in cassatie of deze marginale toetsing door de Ondernemingskamer naar behoren is geschied, ook veelal min of meer marginaal moeten blijven.²⁸

Slagter komt tot de volgende slotsom. De Hoge Raad biedt minder ruimte voor marginale toetsing dan de Ondernemingskamer zich zelf toekende. Zolang een aan de ondernemingsraad gedane (voorwaardelijke) toezegging niet kan worden opgevat als een overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, is de aan de ondernemingsraad gedane toezegging niet – behoudens extreme

26. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 mei 1984, NJ 1985/502 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Paktank Nederland).

27. HR 7 juli 1982, NJ 1983/35 m.nt. J.M.M. Maeijer (Enka/COR).

28. J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4473, NJ 1983/35 (Enka/COR), sub 1.

omstandigheden – beslissend doch slechts een element in de belangenafweging, terwijl in die belangenafweging ook een rol dient te spelen de continuïteit van de ondernemingen van het concern, waarvan die onderneming deel uitmaakt, ook zonder dat de statutaire doelomschrijving daartoe noopt. Dit kan er zowel toe leiden dat een reddingsoperatie van de onderneming dient te worden uitgevoerd door sluiting van een onderdeel van die onderneming, als daarmee een geheel concern wordt gered – met de werkgelegenheid van de elders werkzame werknemers. De marginale toetsing, waartoe de rechter bij toepassing van artikel 26 lid 4 WOR bevoegd is, houdt derhalve in, aldus Slagter:

- controle of de procedurevoorschriften naar behoren zijn nageleefd;
- controle of de ondernemer de betrokken belangen heeft afgewogen;
- controle of de ondernemer die belangenafweging op een objectief redelijke wijze heeft gemaakt;
- controle (als onderdeel van het voorgaande) of de ondernemer die het belang van de onderneming moet (advocaat-generaal Mok zegt in het voetspoor van de memorie van toelichting: ‘mag’) laten prevaleren, daarbij het belang van de continuïteit van de onderneming op juiste wijze heeft afgewogen tegen andere belangen van de bij de onderneming betrokkenen, welke belangen eventueel een bedreiging voor die continuïteit zouden kunnen vormen.²⁹

In 1983 toetste de Ondernemingskamer voor het eerst of de ondernemer wel voldoende heeft uitgelegd waarom hij van het advies van de ondernemingsraad is afgeweken.³⁰

In een beschikking van de Ondernemingskamer uit 1988 toetste de Ondernemingskamer of de ondernemer in zijn besluit wel voldoende inzicht heeft gegeven in de afweging van de belangen die in aanmerking moeten worden genomen.³¹

-
29. W.J. Slagter, ‘Was besluit tot sluiting van Enka-Breda kennelijk onredelijk?’, *TVVS* 19829, p. 232.
30. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 februari 1982, NJ 1983/29 m.nt. Maeijer (GOR/X); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 maart 1983, NJ 1984/732 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/X.). Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 juli 1985, NJ 1986/498 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Interpharm); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 november 1986, NJ 1986/359 (OR/Organon International); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 oktober 1987, ROR 1987/30 (OR/Smit Internationale Havensleepdiensten); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 1988, ROR 1988/30 (OR/Centrale Verzekeringen); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 maart 1989, *TVVS* 1989/5 m.nt. M.G. Rood (OR/ondernemer); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 juni 1993, ROR 1994/6 (OR Vestiging Moerdijk/Shell Nederland Chemie); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 december 2003, *JAR* 2004/44 (OR/Politieregio Gelderland-Midden); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 mei 2004, *JAR* 2004/162 (OR/Gemeente Beek); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:21 (OR/Tejin Aramid); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275 (OR/Holland Casino); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2857 (OR/Medisch Centrum Leeuwarden); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:874 (OR/Möhringer Liften).
31. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 7 juli 1988, NJ 1988/845 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Fluke Holland). Zie meer recent Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451 (OR/Provincie Zuid-Holland).

Bezwaar moet in advies tot uiting zijn gekomen

Uit een beschikking uit 1982 blijkt dat de Ondernemingskamer ook beziet of de ondernemingsraad de in beroep aangevoerde bezwaren, indien hem om advies is verzocht, al in zijn advies tot uitdrukking heeft gebracht.³²

‘Dit voorschrift beoogt mede te bevorderen dat de ondernemer met het uitgebrachte advies rekening houdt. Met bezwaren van de OR die niet in zijn advies zijn vermeld kan de ondernemer echter geen rekening houden. Het is dan ook in het algemeen in strijd met het systeem van de WOR indien bezwaren van de OR tegen het aangevochten besluit voor het eerst in de beroepsprocedure aan de orde worden gesteld. Dit lijdt in elk geval uitzondering indien het gaat om bezwaren die voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de OR bij het uitbrengen van zijn advies niet heeft gekend en niet behoefde te kennen.’

In 1985 voegde de Ondernemingskamer aan de hiervoor bedoelde uitzondering nog een tweede uitzondering toe voor het geval de adviesaanvraag van de ondernemer niet voldoet aan de door de WOR gestelde eisen en daarmee de adviesaanvraag zo wezenlijke gebreken bevat dat reeds daarom het besluit vernietigbaar is.³³

Evaluatie eerste jaren beroepsrecht in literatuur

Bartman en Dorresteyn schrijven (in 1985) dat de marginale toetsing van het ondernemersbesluit een willekeurtoetsing inhoudt. Zij betogen dat de Ondernemingskamer uitgebreider zou moeten toetsen. De ondernemersvrijheid zou niet de toetsingsruimte van de rechter moeten beperken, maar het onderzoek van de rechter en de toepassing van de norm in een specifiek geval zou juist de ondernemersvrijheid moeten beperken.³⁴

Ook Huizink stelt (in 1983) dat de Ondernemingskamer artikel 26 WOR extensief interpreteert; naar zijn mening is dat terecht. De rechter moet niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten, maar de ondernemingsraad kan ondernemersbesluiten ter volledige rechtmatigheidstoetsing en binnen de in de WOR gegeven beroepsgang aan de daartoe speciaal aangewezen rechter voorleggen.³⁵

Rood komt in 1985 in een evaluatie van vijf jaar beroepsrecht juist tot de slotsom dat de Ondernemingskamer uitgebreider toetst dan de ontwerpers van artikel 26 WOR voor ogen hadden. De Ondernemingskamer heeft het toetsingscriterium uitgebreid tot meer dan het willekeurscriterium alleen, zo geeft hij weer.³⁶ Duk

32. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 mei 1982, NJ 1983/745 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/A.).

33. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 juli 1985, NJ 1986/498 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Interpharm).

34. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, NJB 1985/21, p. 674. Zie HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4473, NJ 1983/35 m.nt. J.M.M. Maeijer (Enka/COR).

35. J.B. Huizink, ‘Toetsing van ondernemersbesluiten aan artikel 26 lid 4 WOR’, TVVS 1983/7, p. 212. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Lingeziekenhuis).

36. M.G. Rood, ‘Vijf jaar beroepsrecht voor ondernemingsraden’, TWS 1985, p. 8. Zie P.F. van der Heijden, ‘De ondernemingskamer en de verboden stoel van de ondernemer’, SR 1990/3, p. 8r.

vraagt zich (in 1987) na beoordeling van een reeks beschikkingen uit die periode af of de overheid niet te zeer het evenwicht tussen aandacht voor de procedure rond de totstandkoming van het besluit en de inhoud ervan uit het oog verliest. Duk suggereert, net als Rood, dat de Ondernemingskamer wellicht wat te dicht bij de stoel van de ondernemer komt.³⁷

Wat Timmerman betreft (1988), hanteert de Ondernemingskamer bij haar toetsing van een besluit op procedurefouten terecht een formule die tussen volledige en marginale toetsing in ligt.³⁸

Van der Heijden stelt (in 1990) dat de Ondernemingskamer in de tien voorgaande jaren binnen de door de wetgever gegeven grenzen van de marginale toetsing van ondernemersbesluiten is gebleven.³⁹

9.3.2 Periode 1990-2000

Duk komt in 1990 tot de slotsom dat er geen absoluut onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds spelregeltoetsing en anderzijds inhoudelijke toetsing. De aard en daarmee de inhoud van de rechterlijke toetsing kunnen verschillen al naar gelang het specifieke twistpunt dat de rechter in een procedure ex artikel 26 WOR wordt voorgelegd. De formulering dat de inhoudelijke toetsing een marginaal karakter heeft omdat de beleidsvrijheid van de ondernemer moet worden geëerbiedigd, is onjuist en onvolledig, aldus Duk.⁴⁰

Koning signaleert in 1993 dat met het oog op het belang van een behoorlijke adviesprocedure ondernemingsraden nog wel eens proberen om de ondernemer bij de Ondernemingskamer op procedurele gronden te laten struikelen. De Ondernemingskamer beperkt zich – volgens Koning terecht – echter steeds meer tot de essentie van de besluitvorming en schuift bezwaren in de marge sneller terzijde.⁴¹

37. R.A.A. Duk, 'Jurisprudentie op art. 25 en 26 WOR', *Adv.bl.* 1987, p. 296. Zie P.F. van der Heijden, 'De ondernemingskamer en de verboden stoel van de ondernemer', *SR* 1990/3, p. 81.

38. L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1988, p. 41; P.F. van der Heijden, 'De ondernemingskamer en de verboden stoel van de ondernemer', *SR* 1990/3, p. 81.

39. P.F. van der Heijden, 'De ondernemingskamer en de verboden stoel van de ondernemer', *SR* 1990/3, p. 81; zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 mei 1980, *ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579*, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Lingeziekenhuis) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1982, *ECLI:NL:GHAMS:1982:AC4094*, NJ 1983/744 m.nt. J.M.M. Maeijer.

40. R.A.A. Duk, 'Het afwegen van appels en peren. Inhoudelijke toetsing in de rechtspraak ex art. 26 WOR van ondernemersbesluiten', *SMA* 1990/3, p. 129-132 (voetnoot 7) en 136. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 november 1986, *ECLI:NL:GHAMS:1986:AC9599*, NJ 1988/359 (*Organon*) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 7 juli 1988, *ECLI:NL:GHAMS:1988:AB9900*, NJ 1989/845 (*Fluke*). Anders: S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 1985.

41. F. Koning, 'Rechtspraak medezeggenschapsrecht (artikel 26 WOR)', *SMA* 1993, afl. 10, p. 670-671.

Eisen aan motivering

In de periode 1990-2000 wordt duidelijk dat de Ondernemingskamer eisen stelt aan de motivering van het voorgenomen besluit waarover advies wordt gevraagd, en welke eisen dit zijn. Met de mededeling 'we kunnen niet anders, we staan met de rug tegen de muur' legt de ondernemer onvoldoende uit welk belang er met het besluit is gediend, waardoor de Ondernemingskamer tot het oordeel komt dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.⁴²

In 1996 toetste de Ondernemingskamer voor het eerst of wel voldoende (duidelijke) informatie (zowel van bedrijfseconomische aard als met betrekking tot de personele gevolgen) is verstrekt opdat de ondernemingsraad in staat is het voorgenomen besluit te kunnen beoordelen.⁴³

-
42. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 augustus 1995, JAR 1995/197 (OR/Raadgevend Bureau Claessens).
 43. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juni 1984, NJ 1985/503 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/X.); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 oktober 1996, JAR 1996/244 (OR/Academisch Rekencentrum Amsterdam). Deze toets komt in een groot aantal uitspraken van de Ondernemingskamer terug. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 december 1996, JAR 1997/22 (OR/De Opdracht); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 1997, JAR 1997/140 (OR/Total Nederland); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 juni 1999, JAR 1999/147 (OR/SVB); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 maart 2000, JAR 2000/81 (OR/Verenigde Tankrederij Holding); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2001, JAR 2001/24 (OR/Rijksarchiefdienst/Staat); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 januari 2007, JAR 2007/66 (OR/Elementis Specialties Netherlands); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 december 2008, JAR 2009/51 (OR/Waterlaboratorium Zuid); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 februari 2010, JAR 2010/88 (OR/Wonen Welzijn Zorg); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 juli 2010, JAR 2010/213 (OR/Media Groep Limburg); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 mei 2011, JAR 2011/167 (OR/Novio); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 juli 2012, JAR 2012/239 (OR/Veilig Verkeer Nederland); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juli 2012, JAR 2012/240 (OR/WML); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2013, JAR 2013/155 (OR/NCRV); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1266 (OR DHL Finance Services); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1978 (OR/AkzoNobel Functional Chemicals); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1979 (OR/Sappi); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3890 (OR/Honeywell); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451 (OR/Provincie Zuid-Holland); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1679 (OR Canon Europa); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3216 (OR/Martinair Holland); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3262 (COR/TNT Nederland); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 (OR Uniface/Uniface c.s.); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:435 (OR/Svitzer Euromed); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652 (OR/Standard Aero). Anders: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 juni 1992, ROR 1993/4 (OR/Graan Elevator Maatschappij) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 mei 2001, JAR 2001/175 (OR/Europe Combined Terminals), waarin de Ondernemingskamer het in beide gevallen acceptabel acht dat er nog geen volledige duidelijkheid over de toekomstige arbeidsvoorwaarden wordt geboden.

Af en toe lijkt de Ondernemingskamer in het kader van de marginale toets ook wat te zeggen over de gemaakte belangenafweging zelf. Een voorbeeld daarvan vormt de beschikking van de Ondernemingskamer van 5 december 1996, waarin de Ondernemingskamer een besluit van ABN AMRO tot oprichting van een call center waarin kernactiviteiten van ABN AMRO zullen worden verricht kennelijk onredelijk achtte, omdat in dat call center niet-marktconforme arbeidsvoorwaarden zullen worden gehanteerd die ten minste 20 procent onder het niveau van de Bank-CAO liggen en omdat ABN AMRO niet duidelijk heeft gemaakt waarom ze niet langer zou zijn gebonden aan de toezegging dat personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden bij het call center zal worden geplaatst.⁴⁴

In 1997 achtte de Ondernemingskamer een besluit – in lijn met de Enka-beschikking van de Hoge Raad – kennelijk onredelijk, mede omdat de ondernemer onvoldoende (gemotiveerd) het concernbelang had gewogen tegenover het vennootschappelijk belang van de ondernemer.⁴⁵ Een ander voorbeeld van een beschikking waarin de Ondernemingskamer zich uitlaat over de belangenafweging vormt een beschikking uit 1998, waarin zij de inhoud van een sociaal plan beoordeelde om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat op onderdelen van het sociaal plan kritiek kan worden uitgeoefend, maar dat niet kan worden gezegd dat het sociaal plan zodanig tekortschiet dat de ondernemer na afweging van de in aanmerking komende belangen, daaronder begrepen die van de betrokken werknemers, niet in redelijkheid tot zijn besluit, waarvan dat sociaal plan deel uitmaakt, had kunnen komen.⁴⁶ De Ondernemingskamer overwoog daarbij als volgt:⁴⁷

‘In de besluitvorming dienen de daarvoor in aanmerking komende belangen van de werknemers (waaronder mede kunnen vallen de belangen van hun gezinsleden) te worden betrokken. Op zichzelf is ook juist dat een gunstige financiële positie van de onderneming meer ruimte biedt voor honorering van voormelde belangen, hetgeen in de regel ook tot uitdrukking zal dienen te komen in de afweging en – daarmee – in de voorwaarden van het Sociaal Plan.’

Aan het einde van deze periode noteert Duk (1998) dat sinds Willems twee jaar eerdere voorzitter van de Ondernemingskamer was geworden de Ondernemingskamer het accent sterker en zichtbaarder dan voorheen op de personele gevolgen van besluiten legde.⁴⁸

44. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 december 1996, JAR 1997/12 (COR/ABN AMRO Bank).

45. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 oktober 1997, JAR 1997/244 (OR/Nedlin Groep). Zie ook: HR 7 juli 1982, NJ 1983/35 m.nt. J.M.M. Maeijer (Enka/COR). Zie recenter ook: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2336 (OR/Watts Industries Netherlands).

46. Zie voor de toetsing van het sociaal plan door de Ondernemingskamer ook hoofdstuk 7.

47. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juni 1998, NJ 1998/150 (OR/Total Nederland).

48. R.A.A. Duk, ‘Is de OK nog (de) OK?’, SMA 1998, afl. 1, p. 4.

Verburg (2000) concludeert bij een overzicht van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer uit 1999 dat de zorgvuldige motivering van het besluit vol wordt getoetst, terwijl de inhoudelijke kant van het besluit marginaal wordt getoetst.⁴⁹ In datzelfde jaar noteert Willems dat het antwoord op de vraag hoe marginaal de toets van de Ondernemingskamer is, grotendeels wordt bepaald door het antwoord op de vragen hoe degelijk het weerwoord van de ondernemingsraad is (geweest) en hoe begrijpelijk en overtuigend de ondernemer op dat weerwoord heeft gereageerd. In verband daarmee is de vraag of de procedurele regels in acht zijn genomen rechtstreeks materieel van belang. Een goed debat en een erudiete vraagstelling van de ondernemingsraad kunnen de grenzen van de beslisvrijheid van de ondernemer zonder twijfel inperken, aldus Willems. De marginale toetsing gaat zo aanschuren tegen een toetsing ten gronde.⁵⁰

9.3.3 Periode 2000-2010

OR bepaalt (min of meer) welke informatie hij nodig heeft

Wanneer de ondernemingsraad over bijzondere bedrijfseconomische en/of -strategische informatie wenst te beschikken om het voorgenomen besluit goed te kunnen beoordelen, dient de ondernemer die informatie in beginsel te verstrekken, zoals de Ondernemingskamer bijvoorbeeld overwoog in een geschil bij Philips Lighting. In die zaak vroeg de ondernemingsraad ter beoordeling van een voorgenomen besluit tot verplaatsing van bijna alle bedrijfsactiviteiten in Terneuzen naar andere vestigingen in Nederland en het buitenland tevergeefs om de verstrekking van een strategisch 'Decision Document' dat ten tijde van de adviesaanvraag tot stand was gekomen.⁵¹ Het is binnen redelijke grenzen aan de ondernemingsraad en niet aan de ondernemer om te bepalen welke informatie de ondernemingsraad nodig heeft.⁵²

Motivering

In de periode 2000-2010 stelt de Ondernemingskamer verdere eisen aan de motivering van het besluit waarover advies wordt gevraagd. De Ondernemingskamer oordeelde in 2001 voor het eerst dat de ondernemer door de ondernemingsraad aangedragen (reële) alternatieven zal moeten onderzoeken, althans zal moeten

49. L.G. Verburg, 'De OK, de medezeggenschap en het jaar 1999', *ArbeidsRecht* 2000/4.

50. J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000/15. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (OR/Lingeziekenhuis) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 september 1999, JOR 2000/27 (OR/Stichting St. Franciscushof).

51. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 maart 2000, JAR 2000/80 (OR/Philips Lighting).

52. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 december 2003, JAR 2004/26 (OR/BBA Personenvervoer); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 mei 2004, JAR 2004/164 (OR/Novio); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 augustus 2011, JAR 2011/239 (OR/Unie KBO); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652 (OR/Standard Aero).

motiveren waarom hij deze aangedragen alternatieven niet volgt.⁵³ In 2005 toetste de Ondernemingskamer of de ondernemer gedane toezeggingen en in een eerder stadium gemaakte afspraken in beginsel is nagekomen.⁵⁴ Ook in 2005 oordeelde de Ondernemingskamer dat indien het (voorgenomen) besluit afwijkt van één of meer eerder genomen besluiten, voldoende gemotiveerd moet worden onderbouwd waarom dat het geval is.⁵⁵ Daarnaast oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer met de ondernemingsraad in dialoog moet treden over door de ondernemingsraad geconstateerde organisatorische problemen die in relatie staan tot het voorgenomen besluit.⁵⁶

Uit een beschikking uit 2006 kan worden opgemaakt dat de toets van de Ondernemingskamer destijds niet tevens zag op de naleving van de procedurele normen van artikel 24 WOR en de daarin vervatte mededelingsplicht.⁵⁷ In 2007 overwoog de Ondernemingskamer dat het adviesrecht van de centrale ondernemingsraad zich mede tot (de inhoud van) de in artikel 25 lid 3 WOR bedoelde maatregelen uitstrekt en de ondernemer onvoldoende (overtuigend) had gemotiveerd waarom die maatregelen voor de betrokken werknemers nadeliger uitpakten dan voor hun collega's die in de voorafgaande jaren bij eerdere reorganisaties waren afgevoerd.⁵⁸ Eveneens in 2007 oordeelde de Ondernemingskamer dat een ondernemer niet kan volstaan met een verwijzing naar een gedateerd sociaal plan en een bijbehorend herplaatsingsbeleid waarin geen maatregelen zijn vervat die zien op de situatie na de beëindiging van het dienstverband.⁵⁹ In 2008 oordeelde de Ondernemingskamer dat de aan het voorgenomen besluit ten grondslag gelegde argumentatie ook steekhoudend zal moeten zijn en zal moeten blijken.⁶⁰

-
53. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 januari 2001, ROR 2001/10 (OR *Dienst Binnenwaterbeheer/Gemeente Amsterdam*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 maart 2005, JAR 2005/130 (OR/*Concern voor Werk*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 april 2010, JAR 2010/120 (OR/*Centrum Maliebaan*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 november 2010, JAR 2011/10 (OR/*IDT*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 januari 2011, JAR 2011/68 (OR/*Ericsson Telecommunicatie*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juli 2012, JAR 2012/40 (OR/*Werkbedrijf voor Gesubsidieerde Arbeid, Activering en Trajecten Midden-Langstraat*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422 (OR *De Friesland Zorgverzekeraar/Achmea*).
 54. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 7 oktober 2005, JAR 2005/248 (COR/*Avebe*).
 55. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 januari 2005, JAR 2005/79 (GOR *Justitiële Jeugdinrichtingen/Staat*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 september 2012, JAR 2012/287 (BOR *Goeree-Overflakkee/Gemeente Dirksland e.a.*).
 56. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 juli 2005, JAR 2005/217 m.nt. R.M. Beltzer (OR/*RIAGG Amersfoort*).
 57. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 oktober 2006, JAR 2006/303 (OR/*Philips Lighting*).
 58. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 maart 2007, JAR 2007/108 (COR/*Bolsius*).
 59. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 april 2007, JAR 2007/138 (OR/*COA*).
 60. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 juli 2008, JAR 2008/221 (OR/*De Grote Rivieren*). Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 juli 2010, JAR 2010/231 (OR *VROM/Staat*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 maart 2012, JAR 2012/106 (OR/*Politieregio Flevoland*). Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2842 (OR/*Vluchtelingenwerk Limburg*) biedt een voorbeeld: de Ondernemingskamer oordeelde dat de ondernemer onvoldoende had onderzocht of een voor een substantieel deel van de omzet fundamenteel keurmerk na de fusie wel behouden blijft.

In 2009 oordeelde de Ondernemingskamer dat de door de ondernemer verstrekte informatie juist moet zijn.⁶¹

Duk (2007) concludeert na bestudering van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer dat zij ondernemersbesluiten inhoudelijk op terughoudende wijze toetst, in overeenstemming met de opdracht van de wetgever.⁶² Holtzer (2008) noteert dat de formulering van artikel 26 lid 4 en 5 WOR een marginale toetsing impliceert, waarvan het beginsel dat de ondernemer zijn besluit deugdelijk moet motiveren deel uitmaakt. Holtzer meent dat in sommige gevallen de Ondernemingskamer de toetsing van haar marginale karakter ontdoet, waardoor deze verwordt tot een volle inhoudelijke beoordeling van het besluit.⁶³

9.3.4 Periode 2010-2019

Ondernemer is verantwoordelijk voor deugdelijke procedure

Is er sprake van onvolkomenheden in de communicatie tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, dan worden deze in beginsel de ondernemer aangerekend, zo blijkt uit een beschikking van de Ondernemingskamer uit 2010:⁶⁴

‘Immers, de zorgplicht om het medezeggenschapstraject te bewaken rust eerst en vooral op de ondernemer (...).’

Is het gevoerde overleg inhoudelijk van onvoldoende kwaliteit, dan komt dat eveneens voor rekening van de ondernemer, zo blijkt uit een beschikking van de Ondernemingskamer uit 2011:⁶⁵

‘Nu (...) in de eerste plaats de ondernemer voor een behoorlijk verloop van het debat (...) en daarmee ook voor de tekortkomingen daarin, verantwoordelijk moet worden gehouden.’

-
61. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 november 2009, JAR 2009/301 (OR/CBR). Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 maart 2010, JAR 2001/38 (OR *Novio/Connexion*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380 (OR/*Inventum*).
 62. R.A.A. Duk, ‘De zachte kern van het medezeggenschapsrecht’, in: A. Jacobs en F. Penning (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht. Liber amicorum voor prof. mr. Wil Fase*, Zutphen: Paris 2007, p. 188, met zeer veel verwijzingen naar jurisprudentie van de Ondernemingskamer.
 63. R.M. Holtzer, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BE9759, JOR 2008/302, par. 8-9.
 64. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 november 2010, JAR 2011/11 (OR/*APM Terminals*). Zo ook in zekere zin: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 augustus 2011, JAR 2011/239 (OR/*Unie KBO*), Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 april 2013, ARO 2013/82 (OR/*Rotterdam Port Services*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2013, JAR 2013/155 (OR/*NCRV*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4902 (OR/*KNAW*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451 (OR/*Provincie Zuid-Holland*); Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3216 (OR/*Martinair Holland*).
 65. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5261 (OR/*Printronic Nederland*).

Uit een beschikking van de Ondernemingskamer uit 2013 blijkt dat de Ondernemingskamer ook toetst of de ondernemer, indien en voor zover het advies van de ondernemingsraad geen aanleiding vormt om van het voorgenomen besluit af te wijken, wel heeft besloten conform het voorgenomen besluit.⁶⁶

Eveneens in 2013 overwoog de Ondernemingskamer dat het niet aan haar is om te toetsen of de uitleg die de ondernemer aan een cao geeft juist is, maar of de ondernemer in redelijkheid tot de door hem gehanteerde uitleg van de cao heeft kunnen komen.⁶⁷

Volgens Klein Wassink (2012) past de Ondernemingskamer bij toepassing van artikel 26 lid 4 WOR zowel een volle als een marginale toets toe. De volle toets ziet op de procedurele aspecten, terwijl de marginale toets op de materiele aspecten van het besluit ziet. Klein Wassink benadrukt dat het omslagpunt tussen procedurele en materiële aspecten niet altijd duidelijk is aan te geven.⁶⁸ Verburg (2012) stelt dat het besluit zelf marginaal dient te worden getoetst. De Ondernemingskamer is geen ondernemer, is daar niet voor toegerust en draagt geen bestuursverantwoordelijkheid. De zorgvuldigheid van de vormgeving van het adviestraject moet vol worden getoetst. Het gaat erom dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. De bedoelde afweging zal de Ondernemingskamer derhalve moeten (kunnen) nalopen, aldus Verburg. Verburg meent dat de Ondernemingskamer in een uitspraak uit 2011 dicht bij een inhoudelijke opvatting over het besluit zat.⁶⁹ Zaal (2012) stelt dat een inhoudelijke beoordeling van een besluit in het kader van een artikel 26 WOR-procedure voorkomt, maar dat dit niet gebruikelijk is,⁷⁰ terwijl Van het Kaar (2013) tot de slotsom komt dat de Ondernemingskamer de inhoud van de belangenafweging marginaal toetst.⁷¹ Laagland (2013) is ook van mening dat de marginale toets van artikel 26 lid 4 WOR de inhoudelijke besluitvorming door de ondernemer betreft. De motivering van een besluit valt evenwel onder de procedurele voorschriften, die integraal worden getoetst.⁷² Opnieuw komt Zaal in 2013 tot de conclusie dat de Ondernemingskamer niet inhoudelijk toetst, maar slechts naar de motivering van een besluit kijkt.⁷³

66. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4948 (OR Global Business Services/IBM Nederland).

67. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4771 (OR/Open Universiteit).

68. A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 7.4., met veel verwijzingen naar jurisprudentie.

69. L.G. Verburg, 'De Ondernemingskamer, de medezeggenschap en de periode 2009 tot en met 2011', *ArbeidsRecht* 2012/8. Zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4200, ARO 2011/173 (OR/Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland).

70. I. Zaal, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4200, RAR 2012/26 (OR/Kinderopvang Noord-West Friesland).

71. R.H. van het Kaar, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2336, TRA 2013/95 (OR/Watts Industries).

72. F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, paragraaf. 7.2.3.9.

73. Zie annotatie I. Zaal bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2336, JAR 2013/223 (OR/Watts Industries).

Fundis en Medisch Diagnostisch Centrum Amstelland

In de Fundis-beschikking uit 2014 onderschreef de Ondernemingskamer het standpunt van de ondernemingsraad dat de ondernemer onvoldoende zorg heeft gedragen voor de daadwerkelijke vervulling van de in een intentieovereenkomst tot participatie in een ziekenhuis opgenomen ‘risicomatigende’ voorwaarden alvorens definitief tot participatie te besluiten.⁷⁴ In de MDCA-beschikking, eveneens uit 2014, oordeelde de Ondernemingskamer dat de ‘aandeelhoudersgezinde’ wijze van financiering van een aandelenoverdracht de toets der redelijkheid niet kan doorstaan.⁷⁵

In de Fundis-beschikking concretiseerde de Ondernemingskamer het toetsingscriterium:⁷⁶

‘De Ondernemingskamer stelt te dezen voorop dat het besluit van Fundis om in een andere zorgonderneming zoals LLZ te participeren, in beginsel een aangelegenheid van de ondernemer (het bestuur van Fundis) is, dat er strategische en/of commerciële en/of bedrijfseconomische redenen voor zo’n besluit kunnen zijn en dat het aan de ondernemer is om die redenen te inventariseren en te beoordelen. Een dergelijk besluit kan aanzienlijke financiële en andere risico’s tot gevolg hebben en ook meebrengen dat (een deel van) de binnen de groep beschikbare financiële reserves wordt/worden aangewend, zoals bij het doen van een investering of het nemen van een participatie veelal het geval is. Het voorgaande neemt niet weg dat de ondernemer de belangen van de onderneming en haar stakeholders, onder wie de werknemers, in zijn besluitvorming dient te betrekken en dat hij een afweging dient te maken van de beweegredenen voor, en de voor de onderneming te verwachten gevolgen van het voorgenomen besluit. De ondernemer zal het daarbij ook tot zijn taak dienen te rekenen om de door de onderneming beoogde en redelijkerwijs te behalen voordelen van de investering/participatie af te wegen tegen de nadelen, waaronder die van financiële aard.’

Sikkink en Keizer (2014) zien de aanpak van de Ondernemingskamer inzake Fundis niet als een overschrijding van de grenzen van de marginale toetsing.⁷⁷

In de MDCA-beschikking stelde de Ondernemingskamer, onder meer, dat de wijze waarop de aandelenoverdracht wordt gefinancierd vooral lijkt te zijn ingegeven door het belang van de aandeelhouders. Tezamen met andere redenen leidde dat tot de slotsom dat sprake is van een kennelijk onredelijk besluit.⁷⁸ Sikkink en Keizer zijn van mening dat de Ondernemingskamer in deze zaak de

74. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556 (OR/Fundis).

75. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5431 (OR/Medisch Diagnostisch Centrum Amstelland).

76. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556 (OR/Fundis).

77. S. Sikkink en A. Keizer, ‘Kroniek medezeggenschap’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. I.3.3.

78. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5431 (OR/Medisch Diagnostisch Centrum Amstelland).

grenzen van de marginale toets lijkt te overschrijden.⁷⁹ Ook Zaal (2015) geeft te kennen dat de benadering van de Ondernemingskamer dicht tegen een inhoudelijke toetsing aanschuurt en stelt dat deze toetsing veel weg heeft van de toets in een enquêteprocedure.⁸⁰

Verburg (2014) noteert dat het in artikel 26 lid 4 WOR neergelegde toetsingscriterium de Ondernemingskamer niet een zo marginale speelruimte biedt dat als de ondernemer het besluitvormingsproces maar goed aanpakt, een besluit realiter niet onderuit kan gaan.⁸¹ Kroeze (2015) spreekt uit dat de Ondernemingskamer marginaal dient te toetsen: de Ondernemingskamer mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten; aan de handelende ondernemer wordt een zekere (marge aan) beleidsvrijheid gelaten. De toetsing van de wijze van totstandkoming van het besluit in verband met de in artikel 25 WOR gegeven procedurevoorschriften dient 'vanzelfsprekend' minder marginaal te zijn dan de toetsing van de inhoud van het besluit, maar de rechter dient niettemin terughoudend op te treden, aldus Kroeze.⁸²

Thomas Cook

In de Thomas Cook-beschikking uit 2016 oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot een besluit tot toepassing van het verzwakt structuurregime nu daarvan zonder adequate nadere toelichting deel uit blijkt te maken dat de raad van commissarissen enkel zal bestaan uit personen in dienst van de moeder, terwijl gelet op doel en strekking van het verzwakt regime en de wettelijke en statutaire taak van de raad van commissarissen als uitgangspunt geldt dat de commissarissen hun werkzaamheden zonder last of ruggenspraak verrichten.⁸³

Nalco en Uniface

In 2016 en 2017 bepaalde de Ondernemingskamer dat de verplichting die op de ondernemer rust om de medezeggenschap zorgvuldig vorm te geven opdat deze daadwerkelijk van invloed kan zijn op het te nemen besluit met zich brengt dat van de ondernemer had kunnen worden gevergd de ondernemingsraad in een eerder stadium bij de besluitvorming te betrekken. Daarom had de ondernemer

-
79. S. Sikkink en A. Keizer, 'Kroniek medezeggenschap', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. I.3.3; zie Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556, JOR 2014/129 (Fundis) en Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5431, JAR 2015/51 (Medisch Diagnostisch Centrum Amstelland).
 80. I. Zaal, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5431, JAR 2015/51 (Medisch Diagnostisch Centrum Amstelland).
 81. L.G. Verburg, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556, JOR 2014/129 (Fundis).
 82. M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman en M.A. Verbrugh), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 647-648, met verwijzing naar Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 januari 1981, ECLI:NL:GHAMS:1981:AC7115, NJ 1982/243 m.nt. J.M.M. Maeijer.
 83. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 1 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2766 (OR/Thomas Cook Nederland).

de ondernemingsraad op het moment waarop de sluiting van een bedrijfslocatie zich als een voldoende reële optie aftekende in het kader van een overleg als bedoeld in artikel 24 lid 1 WOR althans een informeel overleg over de inrichting van het adviestraject bij de besluitvorming moeten betrekken (Nalco).⁸⁴ Om dezelfde reden had de ondernemer de ondernemingsraad niet pas en in strijd met artikel 24 lid 1 WOR na afloop van het biedingsproces over de voorgenomen verkoop van de aandelen en het daarmee samenhangende biedingsproces moeten informeren en mogen nalaten om de ondernemingsraad bij het verstrekken van opdrachten aan deskundigen te betrekken (Uniface).⁸⁵

Jacobs (2017) noteert dat de toetsing van de procedurele regels een volle ‘spelregeltoetsing’ is, die zorgt voor een garantie dat de ondernemer de adviesprocedure van artikel 25 WOR volledig tot zijn recht laat komen. De materiële toetsing is een marginale toetsing, waarbij de Ondernemingskamer alleen in zeer krasse gevallen de ondernemer terugfluit. De Ondernemingskamer overschrijdt met een toetsing van de motivering van het besluit de grens van een marginale beoordeling van het besluit niet.⁸⁶

9.4 De Holland Casino-beschikking

In 2018 kwam de Hoge Raad eindelijk (weer) aan het woord over de marginale toets. Dit geschiedde naar aanleiding van een beroep van de ondernemingsraad tegen een besluit van de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland (Holland Casino) tot juridische afsplitsing van haar vermogen naar een nieuw op te richten nv, waarbij genoemde Stichting de aandelen in die nv verkrijgt en vervolgens wordt ontbonden om uiteindelijk de aandelen aan de Staat over te dragen. Ofschoon de ondernemer vijf andere redenen aan het besluit ten grondslag legde, vreesde de ondernemingsraad dat dit besluit de voorbode van een privatisering vormde en stelde de ondernemingsraad dat de ondernemer de privatisering als belangrijkste reden voor het besluit ook bij het besluit had moeten betrekken. De Hoge Raad oordeelde als volgt:⁸⁷

‘De ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken. Het betreft hier een door de Ondernemingskamer te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer. De Ondernemingskamer gaat slechts na of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Zij laat daarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid.’

84. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (OR/Nalco Netherlands).

85. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 (OR/Uniface/Uniface c.s.).

86. A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 28), Deventer: Wolters Kluwer 2017, paragraaf 10.8.

87. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725 (OR/Holland Casino).

Alhoewel dit oordeel genoeg stof voor discussie overlaat (hoe ver gaat die marginale toets dan precies en hoe vrij is de ondernemer in zijn beleidsvrijheid?), is de lijn van de Hoge Raad in overeenstemming met de wijze waarop de Ondernemingskamer zaken in het algemeen benadert. Enerzijds is het uiteindelijk primair aan de ondernemer om te bepalen welk gewicht hij aan de verschillende belangen toekent, zoals de Ondernemingskamer in 2014 overwoog,⁸⁸ anderzijds is het aan de Ondernemingskamer om in het kader van de marginale toets – binnen zekere marges – te bezien of de ondernemer bij zijn belangenafweging aan de verschillende belangen wel het juiste gewicht heeft toegekend.

Ook Sprengers (2018) is van mening dat de Hoge Raad in de zaak Holland Casino de lijn van de Ondernemingskamer bevestigt, namelijk dat de beleidsvrijheid van de ondernemer wordt onderkend, maar dat de ondernemer gehouden is alle kenbare bezwaren en gerechtvaardigde belangen bij de besluitvorming te betrekken. Dit geeft aan dat de inhoud van het door de ondernemingsraad uit te brengen advies niet alleen het debat tussen partijen bepaalt, maar vervolgens ook de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Marginaal verwijst naar de positie waar de rechter zich in een besluitvormingsproces bevindt, te weten aan de zijlijn en niet op de stoel van de ondernemer, maar wel met de vrijheid en de taak om in volle omvang te toetsen of de ondernemer zijn beleidsvrijheid op een redelijke wijze heeft uitgeoefend.⁸⁹

Ofschoon de Hoge Raad in zijn oordeel ten onrechte het woord ‘niet’ uit artikel 26 lid 5 WOR achterwege laat en stelt dat de Ondernemingskamer slechts nagaat ‘of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen’, lijkt dit oordeel de Ondernemingskamer genoeg ruimte te bieden om de marginale toets zo aan te leggen als deze de afgelopen decennia is aangelegd.

9.5 Conclusie

In het administratieve recht vindt de marginale toetsing van de wijze waarop de overheid van haar beleidsvrijheid gebruikmaakt plaats aan de hand van een reeks beginselen (van behoorlijk bestuur): legaliteitsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, formele rechtszekerheidsbeginsel, fair play-beginsel, verbod op détournement de procédure, vertrouwensbeginsel, specialiteitsbeginsel, evenredigheidsbeginsel (materiële rechtszekerheidsbeginsel), vertrouwensbeginsel (materiële rechtszekerheid), gelijkheidsbeginsel, verbod van détournement de pouvoir.

In haar in 1990 verschenen proefschrift komt Van Leeuwen voor wat betreft het ondernemingsrecht tot de volgende beginselen aan de hand waarvan de beleidsvrijheid van de ondernemer kan worden getoetst: zorgvuldige belangenafweging

88. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5412 (OR Inspectie Leefomgeving en Transport/Staat).

89. L.C.J. Sprengers, annotatie bij HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, AR-updates 2018/0611 (OR/Holland Casino).

(verbod van willekeur), wetmatigheid (legaliteit), zuiverheid van oogmerk, zorgvuldige voorbereiding, verantwoording, vertrouwensbeginsel, gelijkheid, beheersing van de organisatie en continuïteit van bestuur.⁹⁰

De Ondernemingskamer blijkt de gebruikmaking van de beleidsvrijheid in de civiele ondernemingspraktijk met name op de volgende beginselen te toetsen:

- zorgvuldigheidsbeginsel: de ondernemer moet de in artikel 24 en 25 WOR voorgeschreven procedures in acht nemen;
- motiveringsbeginsel: de ondernemer moet zijn besluiten goed motiveren, de feiten moeten kloppen en de motivering moet logisch en begrijpelijk zijn;
- vertrouwensbeginsel: de ondernemingsraad mag erop vertrouwen dat gedane toezeggingen worden nagekomen;
- evenredigheidsbeginsel (materiële rechtszekerheidsbeginsel): de ondernemer moet de belangen van de in de onderneming werkzame personen wegen tegen de belangen van de onderneming en het concern waarvan de onderneming deel uitmaakt;
- gelijkheidsbeginsel: de ondernemer moet als werkgever gelijke gevallen in beginsel gelijk behandelen;

Tot die beginselen is de Ondernemingskamer in de loop der jaren als volgt gekomen:

1980-1990

- Vanaf de Lingeziekenhuis-beschikking is het vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen als dat besluit niet (volledig) ter advies aan de ondernemingsraad is voorgelegd of het advies van de ondernemingsraad niet is afgewacht.
- De ondernemer heeft bij het nemen van besluiten een zekere beleidsvrijheid, die wordt begrensd daar waar hij bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.
- Een beroep tegen een besluit is gegrond indien de procedurele regels (van artikel 25 WOR) zodanig zijn geschonden dat (wezenlijk) tekort is gedaan aan de door de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad.
- Een adviesaanvraag moet volledig zijn en (voldoende) inzicht in de door de ondernemer gemaakte belangenafweging bieden.
- Volgens de Hoge Raad dient de Ondernemingskamer te toetsen of de ondernemer de belangen van de onderneming en het daarbij werkzame personeel heeft gewogen tegen de andere betrokken belangen, waaronder het concernbelang.
- In de literatuur wordt van mening verschild over de reikwijdte van de toets van de Ondernemingskamer en of die reikwijdte terecht is.

90. B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.

1990-2000

- De Ondernemingskamer stelt eisen aan de motivering van het voorgenomen besluit waarover advies wordt gevraagd en aan de informatieverstrekking aan de ondernemingsraad.
- De belangen van het personeel moeten uitdrukkelijk worden betrokken in de belangenafweging die aan het (voorgenomen) besluit ten grondslag ligt en die belangen moeten meer gewicht krijgen naarmate er meer (financiële) ruimte bestaat voor een honorering van die belangen.
- In de literatuur lijkt er overeenstemming over te bestaan dat de grens tussen procedurele regels en de inhoud van het besluit en dus de grens tussen een volle en een marginale toetsing soms dun lijkt te zijn.

2000-2010

- De Ondernemingskamer stelt verdere eisen aan de motivering van het besluit en de informatieverstrekking aan de ondernemingsraad. De aan het (voorgenomen) besluit ten grondslag gelegde argumentatie moet steekhoudend zijn en de ondernemer moet gemotiveerd onderbouwen waarom hij afwijkt van het advies van de ondernemingsraad. Het is binnen redelijke grenzen aan de ondernemingsraad om te bepalen welke informatie hij nodig heeft ter beoordeling van het voorgenomen besluit.
- In Bolsius honoreerde de Ondernemingskamer een beroep op het gelijkheidsbeginsel en overwoog de Ondernemingskamer dat de ondernemer moest uitleggen waarom een sociaal plan voor de betrokken werknemers minder gunstig uitpakte dan eerdere sociale plannen voor collega's van die werknemers.
- In de literatuur wordt geconcludeerd dat de Ondernemingskamer terughoudend toetst.

2010-2019

- De Ondernemingskamer maakt duidelijk dat de verantwoordelijkheid voor een goed verloop van de procedure bij de ondernemer ligt.
- Het toetsingscriterium wordt in Fundis en MDCA verder geconcretiseerd in die zin dat min of meer (mede) wordt getoetst of de ondernemer bij de belangenafweging wel het gewicht aan de verschillende belangen heeft kunnen toekennen dat hij eraan heeft toegekend. Volgens sommige auteurs komt de benadering in MDCA (te) dicht bij de inhoudelijke toetsing van het besluit.
- Dat op de ondernemer de verplichting rust om de medezeggenschap zorgvuldig vorm te geven, brengt met zich mee dat een schending van artikel 24 WOR, volgens welk artikel de ondernemingsraad in een zo vroeg mogelijk stadium bij voorgenomen besluiten als bedoeld in artikel 25 en 27 WOR moet worden betrokken, onder omstandigheden tot gevolg heeft dat (wezenlijk) tekort is gedaan aan de door de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad en daarmee het genomen besluit kennelijk onredelijk is.
- Met de Hoge Raad is men het er in de literatuur over eens dat een besluit van de ondernemer marginaal dient te worden getoetst.

10 OR: complimenten OK! Als de rechter ingrijpt...

J.J.M. Lamers

10.1 Inleiding: de OK en de OR

In 1979 kregen ondernemingsraden voor het eerst de mogelijkheid om in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer van het Amsterdamse Gerechtshof tegen een financieel-economisch besluit van de ondernemer ex artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het beroepsrecht op de voet van artikel 26 WOR is een zelfstandige aanvulling op het adviesrecht over de onderwerpen die genoemd zijn in artikel 25 WOR. De Ondernemingskamer heeft in de afgelopen 40 jaar in aanzienlijke mate bijgedragen aan het functioneren van de medezeggenschap in ondernemingen. Door de WOR toe te passen en aan te geven welk gedrag niet aan de norm voldoet, heeft de Ondernemingskamer duidelijk gemaakt hoe de bestuurder de ondernemingsraad in staat moet stellen om wezenlijke invloed uit te oefenen op de besluitvorming. Rechtsvinding in bijzondere situaties, zoals bij fusies, heeft grensverleggende uitspraken opgeleverd. De Ondernemingskamer heeft inmiddels een gezaghebbende reputatie opgebouwd. In de inleiding op de jaarverslagen (o.a. 2018 en 2012) schrijft de Ondernemingskamer dat een uitspraak diep kan ingrijpen in de onderneming.¹

Als de rechter ingrijpt, wat zijn dan de gevolgen voor de overlegpartijen in de onderneming? Met name voor de ondernemingsraad, die daartoe het verzoek heeft ingediend? Buiten de kring van direct betrokkenen is daarover weinig bekend. Voor deze bijdrage aan de jubileumuitgave is met medewerking van hun advocaten onder tien ondernemingsraden een beperkt verkennend onderzoek uitgevoerd naar de ervaringen van ondernemingsraden, het resultaat, en de gevolgen van het beroep bij de Ondernemingskamer.

Waarom een apart beroepsrecht bij de OK?

Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 25 WOR blijkt dat de wetgever het beroepsrecht van artikel 26 WOR heeft ingevoerd vanwege diens in drie opzichten preventieve betekenis. Ten eerste wordt verwacht dat het beroepsrecht bijdraagt aan een betere besluitvorming van ondernemers in alle gevallen waarin dat niet voldoende zorgvuldig geschiedt. Ten tweede zal het ondernemers stimuleren om in de toekomst zorgvuldigheid te betrachten bij het nemen van belangrijke

1. Jaarverslag Ondernemingskamer 2012 (online) en Jaarverslag Ondernemingskamer 2018 (online).

besluiten. En ten derde kan, dankzij het beroepsrecht, bevorderd worden dat bij het nemen van belangrijke besluiten ernstig rekening wordt gehouden met de adviezen van de ondernemingsraad.² Dat ernstig rekening houden met adviezen van de ondernemingsraad ontstaat soms pas als partijen al in het voorportaal van de Ondernemingskamer staan: een hoog aantal verzoekschriften wordt ingetrokken voordat de behandeling op de zitting begint.

De Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer is opgericht in 1971, in eerste instantie als college voor het jaarrekeningenrecht, en ook als bevoegde rechter in het enquêterecht, zoals in hoofdstuk 1.3 uiteengezet.³ In 1979 werd de Ondernemingskamer als beroepsgang opengesteld voor artikel 25-besluiten, zoals geregeld in artikel 26 WOR, indien het besluit van de ondernemer afwijkt van het advies van de OR. Sindsdien moeten ondernemers er rekening mee houden dat ze hun gedrag inzake het betrekken van de ondernemingsraad in hun besluitvorming over ex artikel 25 WOR adviesplichtige onderwerpen, kunnen verantwoorden bij de Ondernemingskamer. Ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Ondernemingskamer zei de toenmalige voorzitter van het college, mr. J.A. Vermeulen, in 1995 in een interview met het NRC:⁴

‘Het is waar dat de kamer in aanzienlijke mate heeft bijgedragen aan de medezeggenschap binnen ondernemingen, maar om nu te verkondigen dat we de normen voor het bedrijfsleven hebben bepaald, gaat me te ver. De kamer heeft wel aangegeven welk gedrag niet aan de norm voldoet, en zo – misschien – bijgedragen aan een verbeterd normbesef.’

Dat de Ondernemingskamer daarmee ook in staat is om de sluiting van een fabriek (Ford) tegen te houden, veroorzaakt commotie bij ondernemers, vooral buitenlandse, over de macht van de ondernemingsraad.⁵

Medezeggenschap is een van de drie belangrijke rechtsgebieden voor de Ondernemingskamer. Met gemiddeld 40 verzoekschriften per jaar komt het op de tweede plaats, na het enquêterecht. Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, haalt gemiddeld de meerderheid van de verzoekschriften de eindstreep niet omdat ze voortijdig worden ingetrokken. In de meeste zaken wordt onderling een compromis bereikt voordat de zitting aanvangt, waardoor ze ingetrokken worden. Bij een klein aantal gebeurt dat na de zitting, meestal door het treffen van een minnelijke regeling op de zitting. Met de gemiddelde beslistermijn van 49 dagen per zaak, is de behandelingstijd van de Ondernemingskamer in 2018 met ongeveer een

2. Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 40.

3. De ondernemingsraad kan in bepaalde gevallen ook een verzoek om een enquêteprocedure indienen bij de Ondernemingskamer, bijvoorbeeld als dat in een convenant is overeengekomen.

4. Michel Kerres: ‘Gang naar Ondernemingskamer is ondernemer een gruwel’, NRC 29 maart 1995.

5. Aldus mr. W. Zeijlstra in een artikel van Michiel Kerres: ‘Gang naar Ondernemingskamer is ondernemer een gruwel’, in NRC van 29 maart 1995, ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het rechtscollege.

kwart gestegen ten opzichte van de voorgaande twee jaren.⁶ Meer kwantitatieve gegevens over het aantal aanhangig gemaakte procedures, het aantal ingetrokken verzoekschriften en de uitkomsten van de procedures zijn in hoofdstuk 2 terug te vinden.

Onderling compromis

Het beroepsrecht is een sterk recht dat de ondernemingsraad in staat stelt om als collectief orgaan van werknemers een tegenmacht te vormen. De ondernemingsraad is met zijn advocaat de partij die het verzoekschrift indient bij de Ondernemingskamer. Hij is ook de partij die het verzoekschrift intrekt, als er onderling een compromis is bereikt met de bestuurder. Wat kunnen redenen zijn waardoor een oplossing met de bestuurder over het belangen conflict eerst niet mogelijk is en dat later wel blijkt te zijn als de ondernemingsraad beroep heeft ingesteld? Het kan zijn dat de bestuurder opnieuw naar de zaak gaat kijken als de ondernemingsraad in beroep gaat tegen zijn besluit. Dan kunnen er allerlei processen in gang worden gezet.⁷ De bestuurder kan denken het volste gewicht aan zijn zijde te hebben, maar gaat vanwege het beroep advies inwinnen en krijgt daardoor meer inzicht. Of de bestuurder schat in dat de ondernemingsraad niet in beroep zal gaan en wanneer het toch gebeurt, kan hij zich genoodzaakt zien zijn opvatting bij te stellen. Het beroepsschrift draagt er vaak aan bij dat er meer helderheid ontstaat over wat de kern is van het geschil. Het alsnog in overleg tot een oplossing komen, kan ook ingegeven worden door de wens om niet in de publiciteit te komen. Of het kan voortvloeien uit de bemoeienis van intermediairs, de raad van toezicht of de raad van commissarissen. Het op zich gebruikmaken van de bevoegdheid van de ondernemingsraad om beroep in te stellen, heeft een dusdanige werking dat het zijn positie versterkt in de onderhandeling met de bestuurder. Bereiken ondernemingsraad en ondernemer een compromis met elkaar, dan krijgt de ondernemingsraad meer erkenning als overlegpartner in de besluitvorming en als collectief orgaan voor de belangen van alle werknemers in de onderneming.

10.2 Onderzoek naar beroep door ondernemingsraden

Vijf advocaten, hieronder genoemd in tabel 10.1, hebben enkele ondernemingsraden voor wie zij hebben opgetreden bij de Ondernemingskamer, gevraagd om deel te nemen aan een onderzoek naar hun ervaringen met de procedure bij de Ondernemingskamer op de voet van artikel 26 WOR. Het onderzoek is kwalitatief van aard. Niet alle gevraagde ondernemingsraden willen of kunnen meewerken. Soms zijn de toenmalige voorzitters van de ondernemingsraad niet meer te traceren of stellen ze medewerking niet op prijs omdat het beroep en de ontwikkelingen veel sporen hebben nagelaten. Uiteindelijk hebben tien oud-voorzitters of leden van de ondernemingsraad medewerking gegeven aan het schriftelijk beantwoorden van een vragenlijst met vijf open vragen. Zeven

6. Zie het Jaarverslag 2018 van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, 31 mei 2019.

7. Aldus L. Sprengers, verwerkt in: J.M. Lamers: *Medezeggenschap herijkt aan de Kernwaarde*. Onderzoek in opdracht van de FNV, verschijnt als E-book, FNV 2019.

ondernemingsraden hebben de vragenlijst zelf ingevuld en in drie gevallen heeft de advocaat de antwoorden op verzoek van en na telefonisch overleg met betrokkenen zelf ingevuld. Het onderzoek beoogt niet representatief te zijn.

Op twee na zijn het zaken waarin de Ondernemingskamer het verzoek heeft toegewezen. In een van de twee zaken, bij de Gemeente Maastricht, ging het om een tweetal procedures bij de Ondernemingskamer waarbij in één geval het verzoek is afgewezen en in het andere geval is toegewezen. Het onderzoek geeft wel inzicht in de betekenis van artikel 26 voor het functioneren van de ondernemingsraad in tien verschillende ondernemingen. Ze komen uit verschillende sectoren: zorg (2), zakelijke dienstverlening (2), (semi-)overheid (2), industrie (2), onderwijs (1) en vervoer (1). De beroepen zijn ingesteld in de periode van 1998 tot 2019; zie tabel 10.1.

Tabel 10.1 Overzicht Ondernemingsraden, ingestelde beroepen, uitspraken en advocaten

OR	Geschil	Uitspraak	Vindplaats	Advocaat
OR St. Volksbond Streetcornerwork	Inrichting – aantal leden – Raad van Bestuur van organisatie na juridische fusie	Besluit kennelijk onredelijk, intrekking, en verbod uitvoering	ECLI:NL:GHAMS:2019:806	Mr. E. Unger
OR Gemeente Maastricht	Shared Service Center ZL met gemeenten: (1) Primaat politiek? (2) OR adviesrecht over overheveling personeel naar SCC-ZL?	(1) Besluit kennelijk onredelijk, (2) Adviesrecht omvat overheveling personeel en daarbij behorende maatregelen	ECLI:NL:GHAMS:2017:4257; ECLI:NL:GHAMS:2018:4318	Mr. L. Sprengers
OR Uniface	OR geen wezenlijke invloed op verkoop d.m.v. overdracht aandelen op Holding niveau	Besluit kennelijk onredelijk, intrekking besluit, verbod uitvoering	ECLI:NL:GHAMS:2017:4123	Mr. S. Jellinghaus
COR NS	Geen adviesrecht COR over wijziging bestuursstructuur dochteronderneming	Besluit kennelijk onredelijk, COR adviesrecht	ECLI:NL:GHAMS:2016:3966	Mr. E. Unger
OR GGZ Rivierduinen	Uitleg Sociaal Plan inz. herplaatsing managers: selectie op kwaliteit + adviesrecht	Verwijzing naar mediation/ arbitrage op zitting d.d. 8 mei 2014	Geen uitspraak	Mr. P. Burger
OR KNAW	OR geen wezenlijke invloed op besluit opheffing ICIN	Besluit kennelijk onredelijk, intrekking, verbod uitvoering	ECLI:NL:GHAMS:2014:4902	Mr. E. Unger
OR Productie Post NL	Reorganisatie, geen vervanging huidige postbodes door postbezorgers	Verzoek afgewezen, besluit niet kennelijk onredelijk, plannen voldoende onderbouwd, niet onvoldoende gewicht toegekend aan belangen van postbodes	ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3116, JAR 2011/238	Mr. L. Sprengers

OR	Geschild	Uitspraak	Vindplaats	Advocaat
OR UWV	Invoering landelijke proef invoering klantproces als tijdelijke maatregel voor aangehouden besluit dat afwijkt van advies OR	Verzoek voorlopige voorzieningen toegewezen. Besluit landelijke proef zo omvangrijk (1.200 medewerkers en groot kwalitatief belang voor de organisatie) dat het adviesplichtig is	ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4798. Kort geding, verzoek voorlopige voorzieningen	Mr. L. Sprengers
OR CBR	Inkrimping personeel groter dan voorgehouden tijdens adviesaanvraag, OR onvoldoende zeggenschap bij voorgenomen besluit reorganisatie	Besluit kennelijk onredelijk, intrekking besluit	ECLI:NL:GHAMS:2009:BK2877	Mr. J. van Mierlo
OR KvK Rotterdam	Besluit Staat bij AMvB inzake samenvoeging Kamers; adviesrecht OR	Vaststelling besluit AMvB is materieel besluit ex art. 25: Staat aangemerkt als medeondernemer. Staat niet veroordeeld besluit in te trekken. Staatssecretaris gaf bij de zitting aan te willen praten met ondernemingsraad	ECLI:NL:GHAMS:1998:AB7982	Mr. J. van Mierlo

De vragenlijst bevat de volgende vijf open vragen die schriftelijk zijn beantwoord: (1) Waarom is het besluit genomen om beroep in te stellen?, (2) Hoe is de zitting ervaren?, (3) Is het besluit van de rechter opgevolgd in de onderneming?, (4) Heeft het beroep en de uitkomst invloed gehad op de relatie met de bestuurder?, en tot slot (5) Heeft het beroep en de uitkomst een positief effect gehad op de medezeggenschap en de positie van de ondernemingsraad in de onderneming?

10.2.1 Besluit om in beroep te gaan

Het beroepsrecht van artikel 26 WOR is een aanvulling op artikel 25 WOR. De wetgever heeft het vooral ingevoerd voor de preventieve werking ten behoeve van een zorgvuldige besluitvorming en het ernstig rekening houden met de adviezen van de ondernemingsraad. Dat laatste is verwoord in de doelstelling van de WOR als betekenisgevend kader. Artikel 2 lid 1 van de WOR bepaalt dat de ondernemingsraad is ingesteld 'in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen'.⁸ Met andere woorden: een ondernemingsraad is nodig (1) voor het georganiseerd overleg met

8. In 1971 werd de werkingssfeer van de WOR tevens uitgebreid naar de non-profitsector en zijn doelstelling verbreed tot het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen.

de ondernemer om de onderneming goed te laten functioneren in al haar doelstellingen en (2) tevens om de werknemers in de onderneming te vertegenwoordigen en op te komen voor hun belangen. Het tweede deel van de doelstelling bevat twee elementen over de functie van de OR: het vertegenwoordigen van de werknemers als collectief werknemersorgaan, én opkomen voor hun belangen. Welgeteld zijn er drie belangen in de functie van de ondernemingsraad als overlegpartner te onderscheiden: (1) belang van de onderneming in al haar doelstellingen, (2) belang van de ondernemingsraad als collectief orgaan en (3) het belang van werknemers. Alhoewel het ondernemingsbelang en het werknemersbelang vaak verweven zijn, wordt in tabel 10.2 onderscheiden op welk belang het accent ligt in de casus. Daarmee kan duidelijk worden welk(e) belang(en) op de voorgrond staat(n) en of zijn positie als overlegpartner als zodanig ook onderdeel is (geworden) van het geschil. Voor zover in de antwoorden op de open vragen fasen te onderscheiden zijn in het besluitvormingsproces om in beroep te gaan, worden deze weergegeven onder het kopje ‘proces’.

Tabel 10.2 Overwegingen OR om beroep in te stellen

OR Stichting Volksbond Streetcorner-work	<p>Accent op: belang goed functioneren onderneming. Adviesaanvraag over de topstructuur in verband met fusie gaat uit van tweehoofdige leiding, ondanks akkoord met OR over eenhoofdige leiding. OR: Tweehoofdige leiding te zwaar gezien krimp, niet effectief, niet governance proof (twee directeuren/bestuurders rapporteren aan zichzelf) argumentatie onvoldoende.</p> <p>Proces besluitvorming beroep OR: overleg en briefwisseling met de RvT, achterban raadpleging, inschakeling jurist voor tweede overleg met RvT: geen compromis mogelijk. RvT blijft bij besluit en gaat uitvoeren, OR besluit tot beroep bij OK.</p>
OR Gemeente Maastricht	<p>Accent op: belang goed functioneren onderneming vs. politiek primaat + werknemersbelang + belang medezeggenschap inzake adviesrecht. Complexe adviesaanvraag over Shared Service Center ZL met samenwerking van drie gemeenten en reorganisatie, sociaal plan.</p> <p>Proces besluit beroep OR: inschakeling advocaat al in adviesstadium vanwege complexiteit aanvraag. Tijdens adviesproces blijken grote verschillen in standpunten van partijen, toezeggingen niet nagekomen door werkgever. Advies van advocaat over juridische mogelijkheden en kansen op succes. OR besluit tot beroep.</p>
OR Uniface	<p>Accent op: belang goed functioneren onderneming/belang werknemers + belang medezeggenschap inzake adviesrecht. Overnametraject onderneming met Amerikaanse koper met weinig invloed OR, complexe adviesaanvraag.</p> <p>Proces besluit beroep OR: inschakeling extern adviseur in adviesstadium vanwege complexiteit, invloed OR in overnametraject zeer beperkt, rol OR genegeerd, schending rechten OR. In goed overleg met betrokkenen besluit OR om advocaat in te huren en na diens advies om in beroep te gaan.</p>
COR NS	<p>Accent op: belang goed functioneren onderneming + belang medezeggenschap inzake adviesrecht COR. Bestuurder besluit om de bestuursstructuur van dochteronderneming te wijzigen, besluit genomen door moederbedrijf NS zonder advies van de COR.</p> <p>Proces besluit beroep OR: Bestuurder had besluit genomen zonder advies van de COR. Bestuurder was na overleg niet bereid de COR alsnog adviesrecht te geven. Inschakeling en advies van advocaat: COR besluit tot beroep.</p>
OR GGZ Rivierduinen	<p>Accent op: belang werknemers + belang medezeggenschap. Reorganisatie, sociaal plan, bestuurder geeft ‘onjuiste’ uitleg aan Sociaal Plan in die zin dat bij managers een selectie op kwaliteit mogelijk is waardoor vastgelegde waarborgen voor behoud arbeidsvoorwaarden voor hen niet meer van toepassing zijn.</p> <p>Proces besluit beroep OR: overleg met bestuurder dat sociaal plan zo niet kan worden uitgelegd en een kennelijk onredelijk besluit zou zijn. Bestuurder stelt daarop dat het in casu gaat om een ‘uitvoeringsadvies’. OR meent dat bestuurder niet voor rede vatbaar is en dat aan medewerkers onrecht wordt aangedaan. OR schat kansen succesvol in en besluit in beroep te gaan.</p>

OR KNAW	<p>Accent op: belang goed functioneren onderneming, werknemers + belang medezeggenschap. OR kreeg adviesaanvraag over besluit opheffing ICIN, instituut KNAW, maar niet over het daarvoor al genomen principebesluit tot stopzetting van de financiering van ICIN.</p> <p>Proces besluit beroep OR: besluit actie te ondernemen tegen opheffing instituut en schakelt advocaat in om beroep in te stellen</p>
OR Productie PostNL	<p>Accent op: belang van werknemers. Invoering nieuwe business/bezorgmodellen en sorteermachine, reorganisatie. Nieuwe functie van deeltijdpostbezorger is niet uitwisselbaar met functie van postbode.</p> <p>Proces besluit beroep OR: OR heeft alternatief plan gemaakt met o.a. combinatiefuncties en uitstel scheiding sorteer- en bezorgwerk, met minder besparing. OR wil prioriteit voor postbodes in werkverdeling. 'Het voelt onrechtvaardig om huidige medewerkers te vervangen door nieuwe goedkopere deeltijdmedewerkers.' OR schakelt advocaat in om beroep in te stellen.</p>
OR UWV	<p>Accent op: belang goed functioneren onderneming + werknemers + belang medezeggenschap. Parallel aan aanhouding van besluit tot invoering WIA vanwege het negatief OR-advies, neemt bestuurder een tijdelijke maatregel met een landelijke profimplementatie van WIA, dat als landelijke pilot niet adviesplichtig zou zijn.</p> <p>Proces besluit beroep OR: OR wijst op opschortingstermijn omdat dit besluit wezenlijk afwijkt van het OR-advies. Overleg met bestuurder baat niet, hij verwacht niet dat OR daadwerkelijk naar OK zal gaan en wil proef binnen enkele dagen laten ingaan. Advocaat vanaf begin betrokken bij deze adviesaanvraag. OR besluit OK in kort geding te vragen om voorlopige voorzieningen te treffen.</p>
OR CBR	<p>Accent op: belang werknemers + belang medezeggenschap. Na afronding van besluitvorming over reorganisatie ten behoeve van een landelijke aansturing en uniforme inrichting per hoofdproces, blijkt personeelsformatie ten tijde van de aanvraag veel groter te zijn dan vermeld. De inkrimping is veel groter dan waar de OR van uitging, met directe gevolgen voor de werkdruk voor medewerkers ná de reorganisatie.</p> <p>Proces besluit beroep OR: OR wil dat de bestuurder alsnog advies zou vragen op basis van de juiste cijfers over de formatie en schakelt een advocaat in.</p>
OR KvK Rotterdam	<p>Accent op: belang medewerkers, belang medezeggenschap. Besluit samenvoeging van drie Kamers van Koophandel in Z-H genomen door de Staat bij AMVB.</p> <p>Proces besluit beroep OR: besluit Staat voorziet onvoldoende in de financiële gevolgen van de inkrimping van het gebied van de samengevoegde Kamers, met alle risico's voor de betrokken medewerkers. OR claimt adviesrecht op grond van artikel 25 lid 1 en onder a resp. b jo. d WOR en besluit een advocaat in te schakelen.</p>

Opvallend is dat in de helft van de zaken in tabel 10.2 de medezeggenschap zelf bevochten moet worden, zo blijkt uit dit onderzoek. Genoemd is dat de bestuurder onvoldoende of onjuiste informatie verstrekt, de rol van de ondernemingsraad niet of onvoldoende erkent in de besluitvorming, zijn adviesrecht niet erkent, dan wel toezeggingen herhaaldelijk niet nakomt of niet handelt overeenkomstig eerder gemaakte afspraken met de ondernemingsraad. Het betreft wettelijke taken van de ondernemingsraad als wettelijk collectief orgaan dat overleg voert met de bestuurder in het belang van het functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen en in het belang van de werknemers. De kwaliteit van het overleg en de relatie met de bestuurder kan tevens een factor zijn die meespeelt in het besluit om beroep in te stellen, als de OR 'genegeerd wordt'. Dan gebruikt de ondernemingsraad het beroepsrecht tevens als ultimum remedium om zijn recht van bestaan te verzekeren, zoals blijkt uit dit citaat van de OR Gemeente Maastricht:

'De procedure bij de OK is van enorm belang geweest, niet alleen wat betreft deze casus, maar meer nog om ons bestaansrecht aan te tonen én de positie te verzekeren voor de toekomst. Als dit beroep niet had plaats gevonden, dan waren de gevolgen voor de medezeggenschap enorm geweest en zou ons vertrouwen hierin een enorme knauw hebben gekregen.'

Bij de overheid bestaat een spanningsveld tussen het primaat van de politiek en de onderneming, waarbij de bestuurder in een spagaat zit tussen het belang van de overheid en dat van de ondernemer. In de zaak OR KvK Rotterdam heeft de Ondernemingskamer de Staat als medeondernemer gekwalificeerd voor de toepassing van de WOR, zodat de ondernemingsraad zijn adviesrecht kan uitoefenen. Het moeten afdwingen van wettelijke rechten komt regelmatig voor in situaties waarbij buitenlandse partijen zijn betrokken (Uniface).

Bij de zaken die gaan over een reorganisatie, valt op dat de ondernemingsraad in één derde van de gevallen aangeeft dat de adviesaanvraag complex is, zelfs voor een geroutineerde ondernemingsraad. Twee – centrale – ondernemingsraden hebben een standaardafpraak met de bestuurder dat een adviseur bij complexe adviesaanvragen meteen in het begin van het adviestraject kan worden ingeschakeld. Wat het besluitvormingsproces betreft over het instellen van beroep, is duidelijk dat de ondernemingsraad daar niet lichtvaardig over beslist. De OR Stichting Volksbond Streetcornerwork spant zich bijzonder in om niet in beroep te hoeven gaan door meermalen het overleg op te zoeken met de raad van toezicht, vergezeld van een jurist, en als laatste check de achterban te raadplegen of zijn standpunt om in beroep te gaan onderschreven wordt. Andere ondernemingsraden overleggen met betrokkenen alvorens in beroep te gaan, zonder de achterban te noemen.

10.2.2 Ervaringen behandeling beroep ter zitting

Op de zitting weegt de Ondernemingskamer de zorgvuldigheid van het besluitvormingsproces, de afweging van belangen, het advies van de ondernemingsraad en de motivering van het besluit van de ondernemer. Elke partij heeft een advocaat die het woord voert en de rechter is de objectieve derde partij die in en door het overlegproces van ondernemer en de ondernemingsraad heen kijkt bij het vinden en duiden van relevante feiten voor het spreken van recht ter oplossing van het geschil. Tabel 10.3 geeft de ervaringen van de ondernemingsraad weer.

Tabel 10.3 Ervaring behandeling beroep ter zitting

St. OR Volksbond Streetcornerwork	Pleidooi advocaat was goed voorbereid met voorzitter en OR, met afstemming over te verwachten vragen: samen een sterk team. Rechters vroegen goed door en gaven beide partijen de ruimte voor uitleg. OR kijkt terug op een goed verlopen rechtszaak waarbij alle partijen professioneel met elkaar omgingen.
OR Gemeente Maastricht	Onderlinge discussies en gesprekken met de advocaat hielpen bij de voorbereiding. Voor de OR was dit de eerste keer dat hij een beroep aanhangig maakte, bijna hele OR aanwezig op de zitting. Goede zaak dat meerdere rechters ruim de tijd nemen om door te vragen. Elke rechter vraagt volgens eigen expertise hetgeen verheldering en diepgang brengt. De casus wordt zeer serieus genomen en de belangen van beide partijen, zeker van de 'zwakkere partij', worden goed doorgenomen en afgewogen. Aangehaalde uitspraken werken verhelderend. De zitting komt over als een objectief proces en biedt de OR meerwaarde vanwege de uitspraak, maar ook voor het proces en de rechtsgang: het dwingt je om nog eens meer gestructureerd en in een tijdsplan in alle rust op de zaak terug te kijken.

OR Uniface	Dossierkennis van de rechters in deze casus was buitengewoon goed. De OK stelde weinig kritische vragen. De beschikking bevat geen verwijten richting OR waaruit je mag afleiden dat de OR goed gefunctioneerd heeft in dit traject. De voorbereiding en compleetheit van het dossier, en je dossierkennis is van belang. Het 'moment' bij de OK is bijna een formaliteit: aanvullende vragen zijn mogelijk maar nieuwe feiten kunnen niet meer toegevoegd worden. Sfeer en houding van de OK jegens de OR was bijzonder vriendelijk en geduldig met alle ruimte om de gang van zaken toe te lichten en antwoord te geven op aanvullende vragen.
COR NS	Niet beantwoord, toenmalig voorzitter niet bereikt.
OR GGZ Rivierduinen	Zitting bij de OK was een zinvolle ervaring. Bestuurder voerde een erg mager verweer, dat gaf enige plaatsvervangende schaamte.
OR KNAW	De zitting was spannend en duurde lang, het was als een roes. Prettig dat de OR-voorzitter en andere belanghebbenden ook het woord mochten voeren.
OR Productie PostNL	De zitting was heel teleurstellend. De OR had het gevoel dat hij met een achterstand begon. Er werd onvoldoende ingegaan op de feiten met betrekking tot de vraag of het voorgestelde model wel in de praktijk zou kunnen functioneren.
OR UWV	De zitting was niet erg verheffend omdat de advocaat van de bestuurder zich niet goed had kunnen voorbereiden. Had hij dat wel gedaan, dan had hij de werkgever de kansloosheid kunnen laten inzien. Advocaat OR had een sterke metafoor over een bestuurder die aan het eind van de tunnel het licht zag, maar helaas te laat door had dat het de koplampen van de tegenligger waren.
OR CBR	De zitting was spannend, maar uiteindelijk positief. Wat opviel was dat de OK enorm op zoek was naar alle relevante feiten. 'Het recht', zo vertelde de voorzitter aan de advocaat van de bestuurder, 'mocht bekend verondersteld worden'.
OR KvK Rotterdam	Voor zover goed terug te halen uit de herinnering, was de zitting ingewikkeld en spannend.

In het interview met de OK rechters in hoofdstuk 3.3 zegt Willems:

'De Ondernemingskamer moet niet op de stoel van de ondernemer plaatsnemen. Maar als het gaat om de vraag of een besluit adviesplichtig is, om de vraag of de regels en beginselen van een behoorlijk overlegproces, waaraan de deelnemers als volstrekt gelijken en gelijkwaardigen kunnen deelnemen, in acht zijn genomen, en om de vraag of de gehanteerde argumenten het besluit kunnen dragen, is de toets een volle. En omdat de Ondernemingskamer vaak tot achter de komma uitzoekt of de ondernemingsraad serieus aan de discussie heeft kunnen deelnemen en diep ingaat op de vraag of door de ondernemer gehanteerde argumenten valide zijn, is de toets (van de redelijkheid van het besluit) buitengewoon indringend en verre van marginaal.'

De kunst van het zoeken naar relevante feiten en daarop doorvragen, de diepgang en eigen expertise van de verschillende OK-leden en hun dossierkennis worden door de ondernemingsraden zeer gewaardeerd, evenals het feit dat de voorzitter van de ondernemingsraad het woord mag voeren. In een enkel geval, bij de ondernemingsraad van Productie Post NL, vond de ondernemingsraad dat de Ondernemingskamer daarentegen juist onvoldoende op de feiten inging. Door de professionaliteit bij het vinden en toepassen van het recht op basis van de relevante feiten is de Ondernemingskamer door de ondernemingsraad ervaren als een objectieve en waardevolle 'derde partij' in de overlegrelatie met de bestuurder. In een enkel geval suggereert de Ondernemingskamer om de overlegrelatie met behulp van mediation te verbeteren.

10.2.3 Gang van zaken na beschikking Ondernemingskamer

Tabel 10.4 Toepassing besluit rechter in de onderneming

St. OR Volksbond Streetcornerwork	De OR is op alle punten in het gelijk gesteld. Het besluit is inderdaad teruggedraaid. De OR heeft een nieuwe adviesaanvraag gekregen over de topstructuur, die geheel in lijn is met de uitspraak van de OK.
OR Gemeente Maastricht	Bestuurder is zich door de uitspraak bewust geworden van de onhoudbaarheid van zijn standpunt, heeft besluiten ingetrokken. Betrokken bestuurders zullen opnieuw in overleg moeten gaan met de OR's over de voorwaarden voor een Shared Service Centrum. Anno 2018 mag je verwachten dat overheidswerkgevers rechtvaardig en transparant handelen en normen hanteren als redelijkheid en billijkheid. Naar aanleiding van een andere zaak die deze OR en bestuurder raakt, heeft de gemeenteraad de bestuurder opdracht gegeven om de relatie met de OR te gaan normaliseren. Met de uitspraak van de OK in de hand kan de OR met vertrouwen wachten op de stappen die de bestuurder moet gaan zetten.
OR Uniface	Toenmalige OR (2017): conform uitspraak van de OK is het besluit onmiddellijk uitgevoerd: de overname is niet doorgegaan. Meteen werd aangekondigd dat de private equity eigenaar zou gaan herfinancieren en stevig reorganiseren. Huidige OR (nu): overname door Amerikaanse firma geheel van de baan, sindsdien is er geen overname meer geweest. Een jaar later volgde een ingrijpende reorganisatie.
COR NS	COR kreeg toch adviesrecht. Na de uitspraak zijn onderhandelingen gestart die geleid hebben tot een convenant tussen de NS en de COR over de reikwijdte van de medezeggenschap van de COR ten aanzien van NS dochter Abellio, inclusief de betrokkenheid van de COR bij de buitenlandse activiteiten van Abellio.
OR GGZ Rivierduinen	Het geschil over de uitleg van het sociaal plan is, zoals ter zitting geadviseerd door de OK, voorgelegd aan een bindend adviseur die uiteindelijk beide partijen een beetje gelijk heeft gegeven.
OR KNAW	Ingevolge de uitspraak van de OK is het besluit ingetrokken. De OR heeft een nieuwe adviesaanvraag gekregen. Die adviesprocedure is goed verlopen.
OR Productie PostNL	OK heeft verzoek OR afgewezen waardoor de reorganisatie in gang is gezet. Dat was dramatisch voor het bedrijf, omdat het nieuwe bedrijfsmodel inderdaad niet bleek te werken in de praktijk. Na drie maanden is de reorganisatie stopgezet.
OR UWV	Na de uitspraak is de al in gang gezette reorganisatie direct teruggedraaid. Voor een aantal medewerkers heel vervelend omdat ze al verhuisd waren en nu naar de oude locatie terug moesten. Verschillende leidinggevenden die bij de pilots betrokken waren, betuigden de OR hun dankbaarheid dat het gestopt was.
OR CBR	Naar aanleiding van de uitspraak heeft de bestuurder nogmaals advies gevraagd aan de OR, maar inhoudelijk niet veel met het advies gedaan, ondanks het feit dat de OR aangaf dat de IT nog niet op orde was.
OR KvK Rotterdam	Het besluit was, inherent aan het karakter van een AMvB, inmiddels uitgevoerd. Ter zitting heeft de Staat gezegd dat er met de staatssecretaris overlegd kan worden over de door de OR genoemde gevolgen. Om die reden is de Staat niet veroordeeld om het besluit in te trekken.

In drie gevallen is het door de Ondernemingskamer gekwalificeerde kennelijk onredelijke besluit ingetrokken door de ondernemer en is een nieuwe adviesaanvraag voorgelegd aan de ondernemingsraad: zie OR CBR, OR KNAW en OR Stichting Volksbond Streetcornerwork. Bij de NS, waar de centrale ondernemingsraad toch adviesrecht kreeg van de Ondernemingskamer over de dochter Abellio, heeft de uitspraak een follow up gekregen en geleid tot onderhandelingen met de bestuurder over een convenant om de reikwijdte van het adviesrecht van de centrale ondernemingsraad vast te stellen. Wellicht heeft de advocaat hierin een rol gespeeld bij de onderhandelingen en het opstellen van het convenant. Het convenant is een duurzame oplossing voor het geschil dat wellicht een nieuwe impuls aan de overlegrelatie heeft gegeven met vertrouwen in de toekomst. Bij OR Productie Post NL was het de ondernemer toegestaan om

de beoogde reorganisatie in gang te zetten, tegen de wil van de ondernemingsraad in, maar zette hij deze toch na drie maanden stop, vanwege de volgens de ondernemingsraad dramatische gevolgen voor het bedrijf. De uitspraak van de Ondernemingskamer werd uitgevoerd, maar zonder draagvlak van de ondernemingsraad, hetgeen een factor kan zijn bij de dramatische gevolgen van de reorganisatie voor het bedrijf. Het lijkt verstandig voor partijen om altijd na te gaan hoe de overlegrelatie na een beroep verbeterd kan worden, naast het uitvoeren van de inhoud van de uitspraak van de Ondernemingskamer. Over de Unifacezaak zegt Makkink in het interview in hoofdstuk 3.5:

‘Deze zaak is mij bijgebleven. In het signing protocol staat: we moeten nog naar de OR, maar wat de OR ook adviseert, de overname gaat toch door. Dat vond ik heel bijzonder. Dat je dat zo onverbloemd opschrijft en denkt dat het dan goed afloopt, vind ik onbegrijpelijk.’

10.2.4 Invloed beroep op relatie met bestuurder

Tabel 10.5 Invloed van het OK-beroep op de overlegrelatie met de bestuurder

St. OR Volksbond Streecornerwork	Ja, het beroep heeft in positieve zin invloed gehad. Tijdens de procedure zijn alle partijen professioneel/zakelijk gebleven. Zowel de directie, RvT als de OR wil voorkomen dat een beroepsgang in de toekomst weer nodig is. OR en RvT hebben een samenwerkingsoverleg gehad en afspraken gemaakt over transparante onderlinge communicatie en over elkaar op de hoogte houden. Grote vooruitgang.
OR Gemeente Maastricht	Door grote verschillen in standpunten en het feit dat er jaren niet naar de argumenten van de OR werd geluisterd was de relatie met de bestuurder al verslechterd. Door het beroep en de uitspraak van de rechter is in de ogen van de OR meer balans in de verhouding teruggebracht en is de bestuurder met de neus op de juridische en wettelijke feiten gedrukt. Verwacht wordt dat de bestuurder meer bereid is om de relatie met de OR te normaliseren tot hetgeen gebruikelijk is. Er moeten nog afspraken gemaakt worden over hoe we in de toekomst met elkaar wensen om te gaan in verband met een andere zaak. Tijdens de zitting heeft de OK pogingen gedaan en vragen gesteld of partijen nader tot elkaar konden komen, en gesuggereerd om mediation te overwegen. Ondanks de spanningen heeft de OR tijdens de beroepsprocedure gewoon adviesaanvragen behandeld en overleg gevoerd met de bestuurder.
OR Uniface	Toenmalige OR (2017): kort na de uitspraak werd er een nieuwe bestuurder aangesteld. De OR heeft pogingen gedaan om de relatie met de nieuwe bestuurder en aandeelhouder te verbeteren. Dat heeft niet mogen baten. Kort na de aanstelling volgde een herfinanciering en een significante reorganisatie. Daarbij is vrijwel de hele toenmalige OR weggeorganiseerd. Deze beslissing lijkt een hoge retaliation (wedervergelding) te hebben. Huidige OR: de relatie tussen de toenmalige OR en de bestuurder is na de uitspraak van de OK slechter geworden en heeft zeker zijn weerslag gehad op de processen rond de latere reorganisatie. Daardoor werd de relatie tussen de bestuurder en de OR bijna onwerkbaar. De leden van de toenmalige OR zijn niet langer werkzaam in het bedrijf. Na de installatie van de nieuwe OR is de relatie met de bestuurder enigszins hersteld. De relatie is weer goed en werkbaar zolang er geen serieuze overnames of reorganisaties zijn.
COR NS	Nee, geen negatieve invloed in die zin dat het de relatie zou verslechteren. Er is wel meer duidelijkheid ontstaan door het convenant over de reikwijdte van de medezeggenschap van de COR jegens de dochter Abellio en betrokkenheid bij haar buitenlandse activiteiten.
OR GGZ Rivierduinen	Ja, de relatie is na de uitspraak van de OK meer en meer gejuridiseerd. De bestuurder liet een tijd lang alle aanvragen voor advies of instemming eerst langs zijn jurist gaan.
OR KNAW	Nee, de relatie is goed gebleven.
OR Productie PostNL	Nee, het beroep heeft geen invloed gehad op de relatie.

OR UWV	Ja, de bestuurder was flink ontstemd, de HRM-directeur was fideel genoeg om meteen na de uitspraak even contact te maken met de OR. Er zijn daarna diverse sessies geweest, eerst zonder de bestuurder, om de zaken te ontwarren en op de rails te krijgen. Langzaam is het vertrouwen weer hersteld, maar met de toenmalige bestuurder is het nooit echt meer goed gekomen. Toen een nieuw lid van de RvB de bestuurder en gesprekspartner werd, is het overleg weer genormaliseerd. Hij neemt de OR heel serieus.
OR CBR	Ja, de relatie heeft wel een tijdje onder druk gestaan, ook al omdat de bestuurder niet had verwacht dat de ondernemer in het ongelijk gesteld zou worden. De bestuurder is overigens niet lang na de uitspraak vertrokken.
OR KvK Rotterdam	Geen antwoord, niet meer na te gaan.

De ondernemingsraad is in bijna alle gevallen, behalve bij Productie PostNL en de eerste beschikking inzake OR Gemeente Maastricht, in het gelijk gesteld door de Ondernemingskamer. De ondernemer is in het ongelijk gesteld, veelal met het bevel om zijn besluit en de gevolgen ervan terug te draaien. Dat heeft impact op zijn machtspositie in de top van de onderneming. In drie cases, Uniface, CBR en UWV, is kort na de uitspraak een andere bestuurder aangesteld of is de toenmalige bestuurder vertrokken. Een uitspraak kan diep ingrijpen in de onderneming, zegt de Ondernemingskamer illustratief in zijn jaarverslag 2018. Schrijnend en ontoelaatbaar is het feit dat na de uitspraak van de Ondernemingskamer een nieuwe bestuurder bij Uniface aangesteld wordt, met wie de ondernemingsraad zonder succes de relatie tracht te verbeteren, die een stevige reorganisatie in gang zette waarbij vrijwel de hele ondernemingsraad is wegge(re)organiseerd! Volgens de toenmalige voorzitter van de ondernemingsraad lijkt dit een hoog gehalte van wederverging te hebben en zou de individuele rechtspositie van leden van de ondernemingsraad versterkt moeten worden. Bij de GGZ Rivierduinen raakte de relatie tussen ondernemingsraad en bestuurder na de uitspraak meer en meer gejuridiseerd. Dat geeft de bestuurder wellicht wat meer zekerheid maar het is niet bevorderlijk voor de vertrouwensrelatie die ook nodig is voor het goed functioneren van de medezeggenschap. Bij de Stichting Volksbond Streetcornerwork, Gemeente Maastricht, NS en UWV heeft de (centrale) ondernemingsraad bewust gewerkt aan, of is dat van plan, zo blijkt uit dit onderzoek, om de relatie met de bestuurder te verbeteren door onder andere afspraken te maken over transparante onderlinge communicatie, om meer balans in de verhouding te brengen en in hoe met elkaar om te gaan en meer duidelijkheid te scheppen door een helder convenant over de reikwijdte van de medezeggenschap van de centrale ondernemingsraad af te sluiten. Alleen in twee cases zegt de ondernemingsraad dat het beroep bij de Ondernemingskamer geen invloed heeft gehad op zijn overleg relatie met de ondernemer: de OR KNAW en de Productie PostNL.

10.2.5 Invloed op positie ondernemingsraad

Bij de bespreking (tabel 10.2) van de overwegingen om beroep in te stellen kwam aan de orde dat de ondernemingsraad zijn bestaansrecht moest bevechten omdat zijn rol genegeerd werd en de bestuurder zijn adviesrechten niet erkende. In tabel 10.6 geeft de ondernemingsraad aan welke uitkomst het beroep heeft gehad op de medezeggenschap en de positie van de ondernemingsraad.

Tabel 10.6 Effect beroep op de medezeggenschap en de positie van de OR

St. OR Volksbond Streecornerwork	Het beroep heeft onderling geleid tot duidelijke afspraken. De achterban heeft gezien dat de OR invloed heeft en dat het dus zin heeft om je mening te geven en mee te denken met de organisatie.
OR Gemeente Maastricht	Het beroep heeft een positief effect gehad. Door de gang naar de OK en de uitspraak is door een onafhankelijke partij naar onze cases gekeken en is onze positie op een belangrijk punt herbevestigd. Daardoor wordt de OR inmiddels weer serieus genomen. Dat was in de laatste paar jaren helaas minder geworden door gedrag en houding van bepaalde mensen én voorvallen in de praktijk.
OR Uniface	Toenmalige OR: achteraf hadden bestuurder en OR liever niet voor de rechter gestaan. Een middel om dat te voorkomen is het respecteren van de medezeggenschap binnen de onderneming, daar zijn bestuurder en eigenaar zich nu wel van bewust. Door de reorganisatie is het aantal werknemers onder de 50 gekomen. De toenmalige OR heeft via de statuten het voortbestaan van een OR binnen Uniface nog vier jaar kunnen borgen. Dat de toenmalige voorzitter dat via de statuten moest borgen zegt veel over de verhouding OR-bestuurder Huidige OR: het beroep en de uitkomst hebben een grote impact op de organisatie gehad. Daarmee is de invloed van de OR ondubbelzinnig vast komen te staan. De relatie OR en bestuurder kwam echter zwaar onder druk te staan.
COR NS	Ja, positief effect. Het heeft geleid tot een convenant over de reikwijdte van de medezeggenschap van de COR ten aanzien van dochter Abellio, met name inzake haar buitenlandse activiteiten.
OR GGZ Rivierduinen	Het helpt als er eenmaal een beroep is ingesteld. De bestuurder weet nu dat de OR een zaak doorzet. De OR wordt een serieuzere factor. Helaas gaat dat ten koste van het vertrouwen in elkaar en zet het de relatie op scherp.
OR KNAW	Deze vraag is lastig te beantwoorden, want kort na de OK-procedure kwam er een nieuwe directeur die WOR-bestuurder werd.
OR Productie PostNL	Ja, dit beroep heeft een positief effect gehad. De OR is vanaf dat moment eerder en beter betrokken bij voorgenomen besluiten, en er wordt sindsdien beter geluisterd naar de mening van de OR.
OR UWV	De positie en de inbreng van de OR is sindsdien versterkt. De bestuurder betoont nu meer respect voor de visie van de OR op het stapsgewijs doorvoeren van reorganisaties, voor het zogenoemd 'organisch veranderen', in plaats van alles in één keer op de schop te nemen.
OR CBR	Eigenlijk niet, ook omdat de betrokken medewerkers vonden dat het allemaal wel erg lang ging duren, waarbij hun positie onder steeds grotere druk kwam te staan.
OR KvK Rotterdam	Geen antwoord, niet meer na te gaan.

In de meeste zaken hebben het beroep bij de Ondernemingskamer en de uitspraak een positieve uitwerking gehad op de medezeggenschap en de positie van de ondernemingsraad. Zo zijn er duidelijke afspraken gemaakt tussen de ondernemingsraad, de bestuurder en soms ook met toezichthouders over de medezeggenschap, kan de ondernemingsraad meer invloed uitoefenen, wordt de ondernemingsraad weer serieus genomen door de bestuurder, weet de bestuurder dat de ondernemingsraad een zaak kan aanbrengen bij de Ondernemingskamer, gaat de bestuurder de medezeggenschap respecteren, krijgt de achterban het inzicht dat het zin heeft om mee te denken met de organisatie, sluiten bestuurder en ondernemingsraad een medezeggenschapsconvenant af naar aanleiding van de uitspraak en heeft de bestuurder meer respect voor de visie van de ondernemingsraad op stapsgewijze reorganisatie. Aan de positieve uitwerking kan nog een – hopelijk tijdelijke – schaduwkant zitten: dat de ondernemingsraad een serieuzere factor is geworden, gaat ten koste van het vertrouwen in elkaar en zet de relatie op scherp, meent de OR GGZ Rivierduinen. De OR CBR vond dat het beroep uiteindelijk niet positief was voor de medezeggenschap, omdat de positie

van een groep medewerkers in de reorganisatie steeds meer onder druk kwam te staan doordat het beroep zo lang duurde. Opmerkelijk is opnieuw de casus bij Uniface waar de ondernemingsraad nog vier jaar kan standhouden na de flinke reorganisatie, die het aantal medewerkers onder de 50 brengt – en de hele OR wegsaneert – simpelweg omdat de toenmalig voorzitter van de ondernemingsraad dit in de statuten had laten vastleggen.

10.2.6 Overige opmerkingen in onderzoek

Ten slotte hebben enkele ondernemingsraden gebruikgemaakt van de geboden ruimte voor andere opmerkingen:

Tabel 10.7 Andere opmerkingen

OR Gemeente Maastricht	De OR is in eigen ogen goed georganiseerd met vijftien leden en is al twintig jaar actief. Goed en frequent contact met de bestuurder en zeker ook met onze achterban. OR-leden volgen regelmatig opleidingen en bij de laatste verkiezingen was er een opkomstpercentage van 72%, onder 1600 medewerkers. De laatste jaren is er een kentering en verzakelijkt ook de overheidswereld. Bezuinigingen, efficiency en samenwerking zijn aan de orde van de dag. Dat maakt dat de spanningen weleens hoger oplopen en daardoor is het van wezenlijk belang dat OR's ook bij oplopende spanningen of geschillen ergens hun recht kunnen halen of recht kunnen laten spreken. Voor ons is de procedure bij de OK van enorm belang geweest. Niet alleen wat deze casus betreft, maar nog meer om ons bestaansrecht aan te tonen én de positie te verzekeren voor de toekomst. Als dit niet had plaatsgevonden, dan waren de gevolgen voor de medezeggenschap in Maastricht enorm geweest en zou ons vertrouwen hierin een enorme knauw hebben gekregen. Wij kunnen daarom ook volmondig zeggen: Complimenten OK!
OR Uniface	Toenmalige OR: dat je als OR dit soort dingen kan doen, geeft aan dat de medezeggenschap hier goed geregeld is. Desondanks zou het naar onze mening zinvol zijn om de individuele rechtspositie van OR-leden te versterken. Huidige OR: de bestuurder heeft aangegeven koste wat kost nooit meer een zaak bij de Ondernemingskamer te willen meemaken.
OR GGZ Rivierduinen	GGZ Rivierduinen heeft inmiddels een nieuw bestuur waarmee de relatie tussen de bestuurder en de OR momenteel meer op samenwerking is gericht.
OR KNAW	Het is mooi dat er een OK is voor dit soort geschillen.
OR UWV	De voorlopige voorziening bij de OK werd aangevraagd omdat de bestuurder de opschortingstermijn niet accepteerde. In de uitspraak zei de voorzitter dat indien dit een verzoek om een bodemprocedure was geweest, de OR ook in het gelijk was gesteld.

De OR Gemeente Maastricht illustreert nog eens duidelijk het spanningsveld tussen het primaat van de politiek en de wijze waarop dit de medezeggenschap beperkt, hoewel dit nog zwak is uitgedrukt, soms geeft het nauwelijks bestaansrecht aan de medezeggenschap. Volgens voorzitter van de Ondernemingskamer mr. Makkink blijft het een lastig probleem hoe je deze gebieden met elkaar kunt verzoenen en is het een vraag voor de wetgever om het dilemma op te lossen (zie hfdst. 3.9).

10.3 Conclusie

Onderzoek is gedaan naar de ervaringen van tien ondernemingsraden in beroepsprocedures ex artikel 26 WOR bij de Ondernemingskamer. In negen zaken is de ondernemingsraad in het gelijk gesteld. In de meeste zaken speelt behalve een inhoudelijk verschil in standpunten ook een geschil met de bestuurder mee over het recht op informatie en advies en het betrekken van de ondernemingsraad bij diens besluitvorming over belangrijke adviesplichtige besluiten ex artikel 25 WOR. Het negeren van de rol van de ondernemingsraad bij belangrijke besluiten wordt door enkele ondernemingsraden ervaren als het ontkennen van zijn recht van bestaan omdat hij daardoor zijn wettelijke rechten ingevolge de WOR de facto niet kan uitoefenen.

Het beroepsrecht wordt gezien als een sluitstuk van een zaak, maar de preventieve betekenis die de wetgever eraan gaf, in de zin van het belang van zorgvuldige besluitvorming en het betrekken van de ondernemingsraad bij belangrijke en strategische besluiten, zou gelet op de resultaten van dit onderzoek meer bekendheid moeten krijgen in ondernemerskringen. Ook voor ondernemingsraden is het zinvol om informatie over de werking van beroepsprocedures uit te wisselen om de drempels te slechten en professioneel gebruik te kunnen maken van het recht van beroep. Uit het onderzoek blijkt dat de ondernemingsraad zo'n besluit niet lichtvaardig neemt. Meer onderzoek, zoals het onderhavige, kan daar zeker een zinvolle bijdrage aan leveren.

Zeker de helft van de zaken, zoals Uniface, Gemeente Maastricht en Kvk Rotterdam, laat zien dat een uitspraak van de Ondernemingskamer diep kan ingrijpen in de onderneming. Schrijnend is het geval van de toenmalige ondernemingsraad van Uniface die na de uitspraak praktisch helemaal is weggesaneerd, ondanks de rechtsbescherming van leden van ondernemingsraden en pogingen van de ondernemingsraad om de relatie met de nieuwe bestuurder te verbeteren. Misschien zou de Ondernemingskamer in zulke gevallen kunnen gebieden om een bemiddelaar in te schakelen. Ook kan er een taak weggelegd zijn voor de advocaat om de ondernemingsraad na de uitspraak te begeleiden bij de wijze waarop de bestuurder de beschikking uitvoert en de wijze waarop een herstel van vertrouwen tussen overlegpartijen kan worden opgebouwd. In veel gevallen leidt de uitspraak van de Ondernemingskamer tot betere afspraken tussen bestuurder, ondernemingsraad en soms ook toezichthouder over het begrip en de reikwijdte van de medezeggenschap. Bij de NS heeft de uitspraak zelfs geresulteerd in onderhandelingen over een convenant.

Omdat een uitspraak zo diep kan ingrijpen in de onderneming, hetgeen blijkt uit het onderzoek, lijkt het zinvol om de ondernemingsraad in een eerder stadium in het adviestraject, voordat het besluit wordt genomen, de mogelijkheid te bieden een voorziening te vragen aan de Ondernemingskamer. De ondernemingsraad zou dan vroegtijdig om de uitleg van een begrip kunnen vragen of met een uitspraak van de Ondernemingskamer een geschil over zijn betrokkenheid bij de besluitvorming kunnen oplossen voordat het besluit is genomen. Denk aan het spanningsveld bij de overheid tussen de toepassing van de WOR en het primaat van de politiek bij de vraag of het onderwerp van besluitvorming adviesplichtig

is ingevolge de WOR. Of denk aan de landelijke proef bij het UWV, waar medewerkers die al verplaatst waren, na de uitspraak terug moesten keren naar hun oude werklocatie. Of over onduidelijkheid over de rol van de bestuurder bij het betrekken van de ondernemingsraad bij het nemen van belangrijke besluiten. Zo'n preventieve voorlopige voorziening zou een de-escalerend effect kunnen hebben op spanningen in de overlegrelatie en kunnen leiden tot een evenwichtiger en zorgvuldiger besluitvormingsproces, zoals de wetgever voor ogen had bij de invoering van het beroepsrecht van artikel 26 WOR.

De ruggengraat van de medezeggenschap wordt gevormd door de overlegrelatie tussen de bestuurder en de ondernemingsraad. De meeste ondernemingsraden uiten in dit onderzoek hun waardering voor het werk en de werkwijze van de Ondernemingskamer. Dat wordt treffend eenvoudig uitgedrukt met de hartenkreet van OR Gemeente Maastricht: Complimenten OK!; niet alleen voor de uitspraak, maar vooral voor het teruggeven van het bestaansrecht aan de ondernemingsraad binnen de onderneming.

Over de auteurs

mr. Y.H. Dissel

advocaat bij Boontje Advocaten te Amsterdam

mr. A.B. van Els

advocaat bij Unger van Els Advocaten te Amsterdam

mr. dr. S.F.H. Jellinghaus

advocaat bij De Voort Advocaten | Mediators te Tilburg en universitair docent aan het departement Sociaal Recht en Sociale Politiek van de Tilburg University

mr. R.J.M. Hampsink

advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht

mr. M.W.A.M. van Kempen

advocaat bij DVAN Advocaten te Utrecht

mr. J.J.M. Lamers

adviseur-onderzoeker gespecialiseerd in Europese en Nederlandse medezeggenschap in internationale concerns

mr. dr. M. Meyer

universitair docent bij de afdeling publiekrecht van de Universiteit Maastricht

mr. H. Moltmaker

advocaat bij Galatea Advocaten te Amsterdam

mr. R.D. Poelstra

promovendus arbeidsrecht bij de leerstoelgroep Arbeidsrecht en sociale-zekerheidsrecht van de Universiteit van Amsterdam

mr. dr. L.C.J. Sprengers

advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht en verbonden aan de sectie Arbeidsrecht Erasmus School of Law

mr. E. Unger

advocaat bij Unger van Els Advocaten te Amsterdam

mr. K. Wiersma

advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam

mr. P.A.M. Witteveen

advocaat bij Boontje Advocaten te Amsterdam

mr. dr. I. Zaal

universitair hoofddocent arbeidsrecht bij de leerstoelgroep Arbeidsrecht en
socialezekerheidsrecht van de Universiteit van Amsterdam