



## 25 Toetsingsintensiteit in het licht van art. 26 WOR

*Constantijn Burggraaf*<sup>1</sup>

### 1 INLEIDING

De ‘intensiteit’ van de toets door de Ondernemingskamer uit artikel 26 Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR) is al decennialang onderwerp van discussie.<sup>2</sup> In deze bijdrage analyseer ik deze toetsingsintensiteit aan de hand van jurisprudentie uit de afgelopen vijf jaar. Voor ik mijn bevindingen uiteenzet, sta ik in de eerste plaats stil bij de vraag wat de toetsing van ondernemersbeslissingen<sup>3</sup> in algemene zin inhoudt. Welke ratio ligt aan de toetsing van ondernemersbeslissingen ten grondslag en waarom is deze toetsing ‘marginaal’ of ‘terughoudend’? Daarna zoom ik specifiek in op de toets van artikel 26 lid 4 en 5 WOR. Vervolgens richt ik mij op de invulling die de Ondernemingskamer aan deze toets geeft. Ik sluit deze bijdrage af met een samenvatting van mijn bevindingen.

### 2 DE TOETSING VAN ONDERNEMERSBESLISSINGEN

#### 2.1 *De ontwikkeling van de terughoudende toetsing*

Terughoudende toetsing is met name bekend onder de noemer ‘marginale toetsing’. Hoewel dit overbekende begrip zijn grondslag vindt in het administratieve recht, vloeit de idee van terughoudende toetsing echter voort uit het civiele recht.<sup>4</sup> Deze wijze van toetsing kwam in de eerste helft van de vorige eeuw tot ontwikkeling. In de jurisprudentie kwam de terughoudende toetsing in de eerste plaats aan de orde bij de vraag of sprake was van onrechtmatig

---

<sup>1</sup> Mr. C.M.J. Burggraaf is als junior-docent verbonden aan het Van der Heijden Instituut en het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

<sup>2</sup> Zie o.a. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, afl. 21, p. 673; M.G. Rood, ‘Vijf jaar beroepsrecht voor ondernemingsraden’, *TVVS* 1985/1, p. 7-8.

<sup>3</sup> Het begrip ‘ondernemer’ in deze bijdrage ziet op de ‘ondernemer’ in de zin van de WOR.

<sup>4</sup> P. Borst, ‘Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht’, *WPNR* 1962/4735, p. 377.

overheidshandelen.<sup>5</sup> De Hoge Raad overwoog dat de uitoefening van overheidsmacht slechts onrechtmatig is, indien het handelen niet in redelijkheid kan voortvloeien uit een afweging van de betrokken belangen.<sup>6</sup> Bartman en Dorresteyn stellen dat deze welbekende ‘willekeurformule’ slechts één invulling is van marginale toetsing.<sup>7</sup> Desalniettemin werd deze formule vereenzelvigd met marginale toetsing en toegepast bij toetsing van andere rechtsbeginselen dan enkel het verbod op willekeur. Ook komt deze formulering terug in artikel 26 lid 4 en 5 WOR.

In het licht van de samenloop tussen civiel en administratief recht is het belangrijk te onderkennen dat de beleidsvrijheid van de overheid niet gelijk is aan de handelingsvrijheid van de ondernemer. Wat de beleidsvrijheid van de overheid betreft, wijzen Bartman en Dorresteyn op de functie van de overheid en het democratische mandaat. In het administratieve recht is willekeur slechts een van de normen waaraan de rechter toetst. In het privaatrecht heeft de genoemde willekeurformule als mantelbegrip een bredere betekenis. Het is dan ook belangrijk om bij de hantering van de hierboven genoemde formule niet uit het oog te verliezen dat marginale toetsing in het ondernemingsrecht meer omvat dan enkel een toetsing op willekeur.<sup>8</sup>

## 2.2 De rechtvaardiging van terughoudende toetsing van ondernemersbeslissingen

Waarom moet de Ondernemingskamer ondernemersbeslissingen terughoudend toetsen? Ik stip enkele aanknopingspunten aan. De rechtvaardiging van de terughoudende toetsing van ondernemingsbeslissing kan worden gezocht in de ‘sovereiniteit van het verband’. De gedachte is dat niet slechts aan mensen, maar ook aan ‘samenlevingsverbanden’ een zekere interne vrijheid toekomt.<sup>9</sup> Uit deze vrijheid vloeit voort dat het ondernemingsbestuur niet aan een specifieke handelwijze is gebonden. Het bestuur kan zich bij zijn handelen door eigen inzicht en welbevinden laten leiden.<sup>10</sup> Scholten schreef in de context

<sup>5</sup> L. Prakke, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing’, *Ars Aequi* 1966, p. 278-279.

<sup>6</sup> Zie HR 13 november 1936, ECLI:NL:HR:1936:334, *NJ* 1937/182, m.nt. E.M. Meijers; HR 25 februari 1949, ECLI:NL:PHR:1949:AG1963, *NJ* 1949/558. Zie ook W.C.L. van der Grinten, ‘Marginale toetsing’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1969, p. 112.

<sup>7</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, afl. 21, p. 670.

<sup>8</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, afl. 21, p. 670-671.

<sup>9</sup> Zie o.a. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, afl. 21, p. 671. Deze overtuiging lijkt zijn oorsprong te vinden in de leer van ‘de soevereiniteit in eigen kring’ van Abraham Kuyper.

<sup>10</sup> B.F. Assink, ‘Baanbrekend’, *WPNR* 2019/7230, p. 205.

van corporatieve zelfstandigheid dat de rechter ruimte moet laten voor 'al datgene waarbij voor subjectief verschil van gevoelen plaats is (...)'.<sup>11</sup> Naast deze 'verbandsoevereiniteit' laat de terughoudende toetsing van ondernemersvrijheid zich ook op andere manieren verklaren. Zo is een rechtssubject in beginsel vrij in de uitoefening van de aan hem toekomende subjectieve rechten. De vrijheid in de uitoefening van deze rechten is echter niet onvoorwaardelijk. Zolang de uitoefening echter geen inbreuk maakt op rechten van derden, is slechts een beperkte toetsing aanvaardbaar.<sup>12</sup>

Bartman en Dorresteyn stellen dat de ratio van terughoudende toetsing zich niet laat vatten in één slagzin. Zij zijn van mening dat de ondernemersvrijheid niet bepalend is voor de 'toetsingsintensiteit', maar dat de toetsingsintensiteit juist de ondernemersvrijheid bepaalt.<sup>13</sup> De rechter moet in de eerste plaats onderzoeken of marginale toetsing aan de orde is. Elke situatie is immers anders. Bartman en Dorresteyn menen dat de uitkomst van dat onderzoek juist vanwege de variëteit aan variabelen geen vaststaand en objectief gegeven is. De uitkomst van de waardering door de rechter bepaalt de vrijheid die de ondernemer in een specifieke situatie toekomt.<sup>14</sup> Bij die waardering spelen de bevoegdheidsverdeling en de regels die aan die verdeling ten grondslag liggen een doorslaggevende rol. De interne structuur van de vennootschap maakt onderdeel uit van een groter maatschappelijk en economisch geheel. Vanuit dat perspectief komt ook de economische werkelijkheid als rechtvaardiging van de ondernemersvrijheid in beeld. Aan de andere kant kunnen maatschappelijke factoren, zoals sociale factoren, die samenhangen met de maatschappelijke positie van de vennootschap op hun beurt de ondernemersvrijheid beperken.<sup>15</sup>

Nu de ondernemersvrijheid centraal staat, rijst de vraag welke rechtvaardiging aan rechterlijke toetsing van ondernemersbeslissingen ten grondslag ligt. Volgens Van der Grinten en Meijers is de vrijheid in de uitoefening van bepaalde bevoegdheden beperkt. Zo kan de aard van de bevoegdheid meebrengen dat rechterlijke toetsing aan 'de goede trouw' gerechtvaardigd is vanwege de belangenafweging die aan een de uitoefening van een bepaald recht

<sup>11</sup> Asser/Scholten 1 1923, p. 683.

<sup>12</sup> W.C.L. van der Grinten, 'Marginale toetsing', in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1969, p. 115-116. In het licht van de autonomie van het rechtssubject kan ook gedacht worden aan privaatrechtelijke beginselen als de contractsvrijheid. Zie o.a. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 6-7, 63 e.v. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om nader in te gaan op de 'verbandsoevereiniteit' en de autonomie van het rechtssubject.

<sup>13</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 671.

<sup>14</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 671.

<sup>15</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 672.

ten grondslag moet liggen.<sup>16</sup> Van der Grinten schrijft dat een dergelijke belangenafweging aan de orde is indien het belang van de gerechtigde bij de uitoefening van de bevoegdheden geen overheersende plaats inneemt.<sup>17</sup> Deze ratio past goed bij de toets van artikel 26 WOR. Indien sprake is van een ingrijpend besluit dat werknemers in hun belangen treft, garandeert de WOR een zekere mate van inspraak voor de werknemers. De lijst van adviesplichtige besluiten uit artikel 25 lid 1 WOR illustreert bij uitstek de besluiten waarin het belang van de ondernemer een minder overheersende plaats inneemt. Bij dergelijke besluiten leggen de belangen van de werknemers in elk geval veel gewicht in de schaal in vergelijking met besluiten die buiten de genoemde lijst vallen. De inspraakregeling van artikel 25 en 26 WOR brengt mee dat ook de belangen van de werknemers worden meegewogen door de ondernemer. Indien de ondernemingsraad meent dat een besluit niet in redelijke verhouding staat tot de betrokken belangen, kan hij dit besluit aan de rechter voorleggen.

In het verlengde van deze principiële grondslagen voor een terughoudende toetsing van ondernemingsbesluiten noemen Bartman en Dorresteyn de bescherming van het ondernemingsklimaat en de economische orde als veelvuldig aangehaalde rechtvaardiging voor terughoudende toetsing van ondernemersbeslissingen.<sup>18</sup> Assink noemt voorts het ongrijpbare element van ondernemen, de *hindsight bias* van rechters, de gedachte dat slecht uitpakkende gedurfde ondernemingsbeslissingen niet per definitie het gevolg zijn van onjuiste afwegingen, het voorkomen van risicomijdende bestuurders en het Nederlandse uitgangspunt dat eigen inzicht centraal staat in de uitoefening van bestuurstaken.<sup>19</sup> In 2019 stelde de Ondernemingskamer bovendien dat de on-

<sup>16</sup> Vgl. HR 21 mei 1943, ECLI:NL:HR:1943:AG1940, NJ 1943/484; HR 11 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:BG9456, NJ 1964/433, m.nt. G.J. Scholten.

<sup>17</sup> W.C.L. van der Grinten, 'Marginale toetsing', in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1969, p. 122. Van der Grinten noemt in dit kader specifiek de 'bevoegdheid tot nadere bepaling van een rechtsverhouding', de 'partijbeslissing', het 'bindend advies' en de 'besluiten van rechtspersonen'. Deze 'goede trouw'-toets binnen civielrechtelijke verhoudingen vloeit voort uit het Romeinse recht en is via het Duitse Burgerlijk Wetboek in de Nederlandse rechtsorde geïntroduceerd. Zie E.M. Meijers, 'Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen', *WPNR* 1916/2420, p. 239-240.

<sup>18</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 670.

<sup>19</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 14-41. Mijns inziens kan terughoudende toetsing ook een rol spelen bij de voorkoming van indek- en risicomijdend gedrag van de door Kroeze genoemde 'bange bestuurders'. Waar sprake is van een verbreding en intensivering van gedragsnormen voor de ondernemer, moet de rechter de ondernemer tot op zekere hoogte ontzien. Zie M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 8, 12-22, 23.

dernemer enkel verantwoordelijkheid voor het functioneren van de onderneming kan dragen, indien de ondernemer de organisatie in vrijheid naar eigen inzicht kan vormgeven.<sup>20</sup>

## 2.2 Wat houdt de terughoudende toetsing van ondernemersbesluiten in?

In de voorgaande paragraaf beschreef ik de ratio achter de terughoudende toetsing van ondernemersbeslissingen. De vraag wat dergelijke terughoudende toetsing inhoudt, bleef onbeantwoord. In de komende paragrafen ga ik dan ook nader in op de inhoud van deze wijze van toetsing.

Waar Borst wijst op een ‘grenscontrole’<sup>21</sup>, stelt Van der Grinten dat elke rechterlijke toetsing een grenscontrole is: de rechter stelt vast of de grens van ‘het rechtens toelaatbare’ is overschreden. Volgens hem heeft de term slechts waarde, voor zover deze wordt gebezigd om toetsing aan te duiden die beperkt is en als zodanig staat tegenover *volledige* toetsing.<sup>22</sup> De volledige toetsing ziet op een onbegrensde toets van de doelmatigheid, de redelijkheid en de billijkheid van het handelen. Hierbij mag de rechter zijn eigen oordeel in de plaats van het oordeel van de ondernemer stellen.<sup>23</sup> Een volle toets houdt in dat de Ondernemingskamer zich een eigen oordeel moet vormen over de rechtsvraag.<sup>24</sup> Deze ‘volledige toets’ vormt het uitgangspunt bij rechterlijke toetsing in het Nederlandse privaatrecht.<sup>25</sup> In het licht van de marginale toetsing wordt dikwijls opgemerkt dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer mag gaan zitten.<sup>26</sup> De rechter heeft de ondernemersvrijheid van het ondernemende bestuur in de eerste plaats te respecteren en kan slechts ingrijpen

<sup>20</sup> Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.7, *ARO* 2020/19.

<sup>21</sup> P. Borst, ‘Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht’, *WPNR* 1962/4735, p. 378; *WPNR* 1962/4736, p. 390.

<sup>22</sup> W.C.L. van der Grinten, ‘Marginale toetsing’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1969, p. 109-110; B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 44.

<sup>23</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 44; F.J.W. Löwensteyn, ‘Rechterlijke toetsing van besluiten nu en in de toekomst’, in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed & Trouw. Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 128.

<sup>24</sup> Vgl. Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3698, r.o. 3.5, *ARO* 2019/27.

<sup>25</sup> L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2003, p. 11-12.

<sup>26</sup> S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *NJB* 1985/21, p. 669; B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 44; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/791; Asser/Kroeze 2-I 2021/647 e.v.; Vgl. P. Borst, ‘Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht’, *WPNR* 1962/4735, p. 378.

als de invulling van deze vrijheid ‘naar objectieve maatstaven geen eerbiediging verdient’.<sup>27</sup> In het vervolg van deze bijdrage blijkt dat met deze objectiviteit, in elk geval in de context van artikel 26 lid 4 WOR, niet alles gezegd is.

De terughoudende toetsing en de daarmee samenhangende eerbiediging van de ‘ondernemersvrijheid’ komt in het ondernemingsrecht neer op een redelijkheidstoets.<sup>28</sup> Het besluit moet kunnen worden beschouwd als een redelijk resultaat van een afweging van de betrokken belangen.<sup>29</sup> De Ondernemingskamer ‘treedt niet in de merites’ van het ondernemingsbestuur voor zover aan het besluit een behoorlijke belangenafweging ten grondslag ligt.<sup>30</sup> Deze redelijkheidstoets draait volgens Assink om objectieve redelijkheid. Het gaat volgens hem om een objectief redelijk gebruik van de aanwezige handelingsvrijheid, waarbij het kantelpunt aan de hand van verschillende elementen door de rechter vastgesteld moet worden.<sup>31</sup> Dit neemt echter niet weg dat de rechter de ondernemingsbeslissing in de volle omvang, dus ook de inhoud, toetst. Willems merkt ook op dat de Ondernemingskamer zowel de argumentatie als het besluitvormingsproces minutieus onderzoekt.<sup>32</sup> De grens van het redelijke moet door een rechter per geval objectief worden vastgesteld.<sup>33</sup>

De concrete invulling van deze redelijkheidstoets roept vragen op, zeker wat de ‘procedurele’ aspecten van de besluitvorming betreft.<sup>34</sup> Assink stelt dat de beleidsvrijheid van ondernemer per deelelement kan verschillen en zelfs tot een minimum beperkt kan zijn. Hij bedoelt dat de ondernemer in het geval waarin slechts één handelwijze redelijk is met een andere handelwijze de grenzen van de redelijkheid zou overschrijden.<sup>35</sup> Aan de andere kant verbinden

<sup>27</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 44; B.F. Assink, ‘Baanbrekend’, *WPNR* 2019/7230, p. 205.

<sup>28</sup> Zie in het bijzonder art. 26 lid 4 en 5 WOR. Zie ook HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, NJ 2003/286, m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 1; B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 45 e.v. Vgl. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, p. 671. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, r.o. 3.3, ARO 2015/134.

<sup>29</sup> Vgl. L. Prakke, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing’, *Ars Aequi* 1966, p. 285.

<sup>30</sup> Zie t.a.v. het enquêterecht: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 20; B.J. Blok, ‘De Ondernemingskamer in kleine kring’, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 205.

<sup>31</sup> B.F. Assink, ‘Baanbrekend’, *WPNR* 2019/7230, p. 206.

<sup>32</sup> Zie ook J.H.M. Willems, ‘Na bijna zestien jaar: een enkele opmerking over toetsing van bescherming door de Ondernemingskamer’, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 379.

<sup>33</sup> De objectiviteit van de toetsing komt in de volgende paragraaf aan bod.

<sup>34</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 47; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/791.

<sup>35</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 48. Zie ook B.F. Assink, ‘Baanbrekend’, *WPNR* 2019/7230, p. 206.

enkele auteurs terughoudende toetsing aan de toetsing van de inhoud van het besluit.<sup>36</sup> Desalniettemin ben ik van mening dat het onderscheid tussen de toetsing van enerzijds de inhoud en anderzijds de totstandkoming van het besluit wellicht gradueel maar zeker niet principieel is.<sup>37</sup> Met Assink meen ik dat het ondernemingsbestuur ook wat de procedure betreft een zekere mate van vrijheid toekomt.<sup>38</sup> De ‘omvang’ van die vrijheid in de besluitvormingsprocedure verschilt per geval.<sup>39</sup> Wettelijke procedurevoorschriften beperken logischerwijs de vrijheid die de ondernemer toekomt ten aanzien van de besluitvormingsprocedure.<sup>40</sup> Zo laat artikel 25 lid 2 WOR de ondernemer in beginsel geen keuze: indien de ondernemer de ondernemingsraad bij een adviesplichtig besluit passeert, verdient het besluit in beginsel geen eerbiediging.

### 2.3 De objectiviteit van terughoudende toetsing

Bij de invulling van de toets moet ruimte gelaten worden voor de ongelijksoortigheid van de vrijheid die de ondernemer in een specifiek geval toekomt. Zo meent Blok dat het voor de hand ligt dat de Ondernemingskamer in de context van kleine (familie)vennootschappen een andere maatstaf hanteert bij de beoordeling van het handelen van een bestuurder.<sup>41</sup> Dit brengt mij bij de vraag

<sup>36</sup> Zie W.C.L. van der Grinten, ‘Marginale toetsing’, in: H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Wilink 1969, p. 122; J. de Bie Leuveling Tjeenk, ‘Materieel enquêterecht’, *Ondernemingsrecht* 2018/72, p. 421; T.L.C.W. Noordoven, ‘Kroniek medezeggenschap 2019’, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 175 e.v.

<sup>37</sup> Zie ook J.H.M. Willems, ‘Na bijna zestien jaar: een enkele opmerking over toetsing van bescherming door de ondernemingskamer’, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 379; B.J. Blok, ‘De Ondernemingskamer in kleine kring’, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 209. In dit licht wijs ik ook op de door Maeijer bepleitte en de door de Ondernemingskamer overgenomen relativering wat betreft de formele bezwaren van de OR. De Ondernemingskamer oordeelde dat een formeel bezwaar niet per definitie leidt tot een onredelijk besluit. Ook wat vormvoorschriften betreft, bestaat een zekere marge. Het draait om de vraag of bij de besluitvorming aan de gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad tekort is gedaan. Zie K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, ‘Toetsingsnorm’, in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 154.

<sup>38</sup> B.F. Assink, ‘Baanbrekend’, *WPNR* 2019/7230, p. 205-206.

<sup>39</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891, r.o. 3.8 e.v., *ARO* 2017/142; Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, r.o. 3.1, 3.16-3.22, *JOR* 2018/122, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>40</sup> Vgl. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/791.

<sup>41</sup> B.J. Blok, ‘De Ondernemingskamer in kleine kring’, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 205.

in hoeverre de toetsing van de Ondernemingskamer objectief dan wel subjectief is.

Assink stelt dat de rechter bij zijn toetsing het handelen dat in de gegeven omstandigheden, vanuit een ex ante perspectief, theoretisch als redelijk handelen geldt, tot uitgangspunt moet nemen. Vervolgens moet de rechter op een objectieve wijze de vraag beantwoorden of de ondernemer in redelijkheid tot zijn handelen heeft kunnen komen.<sup>42</sup> Advocaat-generaal Mok meent dat het draait om de vraag of de ondernemer de belangenafweging niet op een *objectief onredelijke wijze* heeft gedaan. Volgens Mok draait het niet om de vraag of de belangenafweging naar het oordeel van de rechter redelijk was.<sup>43</sup> Hij is van mening dat de Ondernemingskamer blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, indien zij haar eigen waardering in de plaats stelt van die van de ondernemer.<sup>44</sup> Prakke spreekt in de context van de eerste jurisprudentie rondom terughoudende toetsing in de jaren zestig van de vorige eeuw over het zogenoemde 'objectiveringsbeginsel'. Dit beginsel houdt in dat de controlerende instantie niet overgaat tot een volledige controle van de beslissing van de beslissingsbevoegde instantie. Juist deze laatste instantie is de 'aangewezen' om de beslissing te nemen. De beoordelende instantie mag dat niet nog een keer over doen. De controlerende instantie beoordeelt slechts of de 'primair aangewezen instantie in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan'.<sup>45</sup> Prakke merkt daarbij direct op dat er gradaties van objectivering zijn. De 'graad van objectivering' hangt af van de structuur van het bevoegdheidsstelsel, maar die structuur en het bijbehorende bevoegdheidsstelsel zijn niet zomaar gegeven. Interpretatie van de relevante rechtsregels en de feitelijke verhoudingen is noodzakelijk.<sup>46</sup> Volgens hem duiden het objectiveringsbeginsel en marginale toetsing slechts de houding, instelling of attitude aan van de toetsende instantie.<sup>47</sup> In navolging van Prakke benadrukken Bartman en Dorresteyn dat de 'graad van gepaste objectivering' afhankelijk is van de specifieke verbandsstructuur. Zij accentueren het belang van het onderzoek van de rechter naar

<sup>42</sup> B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 53. Zie ook B.J. Blok, 'De Ondernemingskamer in kleine kring', in: J.M. de Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 209. Vgl. de opvatting van P. Borst: zie o.a. P. Borst, 'Problemen en perspectieven van de marginale toetsing', *WPNR* 1969/5024, p. 26-29; S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 671.

<sup>43</sup> Concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, r.o. 2.2, bij HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>44</sup> Concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, r.o. 3, bij HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer; vgl. HR 9 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3372, *BNB* 1977/169.

<sup>45</sup> L. Prakke, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing', *Ars Aequi* 1966, p. 278.

<sup>46</sup> L. Prakke, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing', *Ars Aequi* 1966, p. 279, 281.

<sup>47</sup> L. Prakke, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing', *Ars Aequi* 1966, p. 279, 281.



de organisatie en de bevoegdheidsverdeling binnen het betrokken verband om te bepalen in hoeverre ruimte is voor marginale toetsing.<sup>48</sup> Hoewel de mate van objectiviteit niet vaststaat, concludeer ik in elk geval dat de Ondernemingskamer zich bij de toetsing van ondernemingsbesluiten objectief moet opstellen.

Ik onderscheid deze objectieve houding van de Ondernemingskamer van de casuïstische invulling van de toegepaste maatstaf. De objectieve (on)redelijkheid van het besluit is geen gegeven. De grenzen van de ondernemersvrijheid, de grens tussen 'onredelijk' en 'niet onredelijk', is per verband niet zonder meer gelijk. Om de grens van 'het redelijke' te kunnen bewaken is het voor de rechter noodzakelijk omstandigheden per geval en per verband te onderzoeken. Wat in de ene situatie redelijk is, hoeft dat in de andere situatie niet te zijn.<sup>49</sup> Zo kan de complexiteit van een bepaald geval meebrengen dat de ondernemer in een eerder stadium in overleg treedt met de ondernemingsraad.<sup>50</sup>

De vaststelling van de (on)redelijkheid van de besluitvormingsprocedure is in het algemeen minder problematisch. Indien de ondernemer niet voldoet aan wettelijke procedurevoorschriften, dan staat de onredelijkheid behoudens bijzondere omstandigheden vast. De inhoudelijke (on)redelijkheid van het besluit in het licht van de betrokken belangen is aanzienlijk moeilijker vast te stellen.<sup>51</sup> Om de redelijkheid van het besluit en de onderbouwing daarvan op waarde te kunnen schatten, is het voor de Ondernemingskamer onontkoombaar om vast te stellen waar in de gegeven omstandigheden de binnen- en buitengrenzen van de redelijkheid liggen. Dit betekent niet dat de Ondernemingskamer zijn eigen visie in de plaats stelt van de ondernemer. Het draait namelijk, zoals de Ondernemingskamer ook zelf aangeeft, niet om de vraag of het besluit juist was. Een risicovol besluit zonder garanties op succes kan op zichzelf redelijk zijn.<sup>52</sup> Het bovenstaande betekent daarentegen wel dat de wettelijke norm per definitie vraagt om een casuïstische invulling van de maatstaf, zij het aan de hand van objectieve elementen. Bij deze beoordeling spelen de

---

<sup>48</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 672.

<sup>49</sup> Zie P. Borst, 'Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht', *WPNR* 1962/4736, p. 390.

<sup>50</sup> Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232, r.o. 3.6, *ARO* 2017/47.

<sup>51</sup> Maeijer merkt op dat ook de controle in cassatie een marginaal karakter heeft, nu het bij de afweging van dergelijke belangen veelal gaat om gecompliceerde feitelijke situaties. HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4473, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 1. Zie ook de 'dubbele marginale toetsing' van Langemeijer: Concl. P-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:HR:1961:161, bij HR 1 december 1961, ECLI:NL:HR:1961:161, *NJ* 1962/78; K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 155.

<sup>52</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.9, *ARO* 2020/203.

feiten en omstandigheden van het specifieke geval een doorslaggevende rol. De Ondernemingskamer moet beoordelen of de ondernemer in de desbetreffende situatie binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven.<sup>53</sup> Ik zie niet in hoe een enkel objectieve maatstaf recht kan doen aan het gegeven dat een bepaalde handeling of gang van zaken in de ene situatie deze grens van redelijkheid wel overschrijdt maar in een andere situatie wel degelijk redelijk kan zijn.

Gaat de Ondernemingskamer met een casuïstische maatstaf dan niet ‘op de stoel van de ondernemer zitten’? De objectiviteit van marginale toetsing ziet in het bijzonder op de oordeelsvorming en houding van de Ondernemingskamer. Volgens Assink wijst de rechter het besluit in beginsel niet af door middel van ‘second guessing’ op basis van zijn eigen subjectieve oordeelsvorming.<sup>54</sup> Het mag niet gaan om wat de rechter in de gegeven omstandigheden gedaan zou hebben of welke keuze de rechter gemaakt zou hebben op basis van de voorliggende argumenten. Zoals ik reeds aangaf, draait het niet om de vraag of de ondernemer een juiste keuze heeft gemaakt.<sup>55</sup> De rechter, die over de feiten oordeelt, mag zijn eigen waardering van relevante omstandigheden niet in de plaats stellen van de waardering van de ondernemer.<sup>56</sup> De rechter ‘vraagt zich slechts af of het betrokken besluit aanvaardbaar is met het oog op de belangen waarover zij heeft te waken’.<sup>57</sup> Deze objectiviteit mag echter geen afbreuk doen aan de casuïstische vaststelling van de grenzen van redelijkheid, waarbij de relevante omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen.

### 3 ART. 26 WOR IN DE PRAKTIJK

#### 3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf stond ik stil bij de toetsing van ondernemersbesluiten in de breedte van het ondernemingsrecht. Het is nog onduidelijk hoe de Ondernemingskamer de toets van artikel 26 lid 4 en 5 WOR in de praktijk invult.

<sup>53</sup> Zie ter illustratie: Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.13, ARO 2015/205.

<sup>54</sup> Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* (IVOR nr. 59), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007, p. 59.

<sup>55</sup> K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, ‘Toetsingsnorm’, in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 154. Vgl. L. Prakke, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing’, *Ars Aequi* 1966, p. 280.

<sup>56</sup> Vgl. HR 9 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AX3372, BNB 1977/169; Conclusie A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, r.o. 3, bij HR 7 juli 1982, NJ 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>57</sup> Zie Prakke in de context van ‘goedkeuring’ in het bestuursrecht: L. Prakke, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing’, *Ars Aequi* 1966, p. 280.

Tot dusver ben ik bij de uiteenzetting van de toetsing van ondernemersbesluiten niet veel verder gekomen dan algemene en onduidelijke termen als ‘terughoudend’.<sup>58</sup> In deze paragraaf ga ik nader in op de toetsing van ondernemersbesluiten op de voet van artikel 26 WOR. Aan de hand van relevante jurisprudentie uit de afgelopen vijf jaar werk ik uit hoe de Ondernemingskamer de norm van artikel 26 lid 4 en 5 WOR toepast en stel ik de toetsingsintensiteit vast.

### 3.2 De toets van art. 26 WOR lid 4 en 5 WOR

De toets van artikel 26 lid 4 WOR sluit aan op het adviesrecht van de ondernemingsraad. Op grond van artikel 25 WOR heeft de ondernemingsraad adviesrecht ten aanzien van een voorgenomen besluit van de ondernemer over de in artikel 25 lid 1 WOR genoemde onderwerpen.<sup>59</sup> Uit artikel 25 lid 2 en lid 5 WOR volgt dat het advies van de ondernemingsraad van wezenlijke betekenis moet kunnen zijn op het besluit van de ondernemer. Het beroepsrecht uit artikel 26 WOR versterkt deze gedachte en versterkt zo de medezeggenschap.<sup>60</sup> Op grond van artikel 26 lid 1 WOR kan de ondernemingsraad een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer starten tegen een besluit van de ondernemer. De ondernemingsraad kan slechts beroep instellen indien het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad of indien feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die tot een wezenlijk ander advies hadden geleid als de ondernemingsraad van die feiten op de hoogte was geweest.<sup>61</sup> Daarbij is het van belang op te merken dat het moet gaan om feiten en omstandigheden die al aanwezig waren ten tijde van de advisering door de ondernemingsraad. Het draait daarbij dus met name om de situatie waarin de ondernemer ten tijde van de adviesaanvraag een feitelijk onjuist beeld heeft geschetst.<sup>62</sup> Voorts moet de ondernemingsraad op grond van artikel 26 lid 2 WOR binnen een maand na bekendmaking van het besluit zijn beroep door middel van een verzoekschrift hebben ingediend.

De toetsingsnorm is opgenomen in artikel 26 lid 4 en 5 WOR. Lid 4 bepaalt dat het beroep slechts kan worden ingesteld indien de ondernemer ‘bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen’. Uit lid 5 volgt dat de Ondernemingskamer verklaart dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit

<sup>58</sup> Zie ook B.F. Assink, ‘Baanbrekend’, *WPNR* 2019/7230, p. 206-207. Vgl. L. Prakke, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing’, *Ars Aequi* 1966, p. 287.

<sup>59</sup> Asser/Kroeze 2-1 2021/637.

<sup>60</sup> Concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, r.o. 2.2, bij HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer; *Kamerstukken II* 1974/75, 13 350, nr. 3, p. 9.

<sup>61</sup> Art. 26 lid 1 WOR; zie Hof Amsterdam (OK) 4 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:632, r.o. 3.4-3.11, *TRA* 2021/48, m.nt. R.H. van het Kaar.

<sup>62</sup> Zie onder andere Hof Amsterdam (OK) 11 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1474, r.o. 3.7, *ARO* 2019/116.

had kunnen komen, indien zij het beroep gegrond bevindt.<sup>63</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de formulering van deze norm gebaseerd is op het administratieve recht.<sup>64</sup> Zoals ik in een eerdere paragraaf reeds benoemde, is het bedoelde administratiefrechtelijke concept op zijn beurt weer gebaseerd op civiele rechtspraak.<sup>65</sup> In de wetsgeschiedenis wordt expliciet opgemerkt dat deze norm ziet op marginale toetsing.<sup>66</sup> Aan deze zogenoemde willekeurformule uit in artikel 26 lid 4 en 5 WOR moet als gezegd een ruime betekenis worden toegekend. Deze toets beperkt zich aldus niet enkel tot willekeur.<sup>67</sup>

### 3.3 *De vrijheid van de ondernemer*

De vrijheid van de ondernemer staat centraal bij de toetsing van artikel 26 WOR. Dit uitgangspunt is door de Ondernemingskamer en de Hoge Raad bevestigd.<sup>68</sup> In 2015 overwoog de Ondernemingskamer dat het enkele feit dat de ondernemingsraad niet overtuigd is van het nut en de noodzaak van het besluit nog niet betekent dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>69</sup> De inrichting van de organisatie is een fundamentele keuze die de organisatievisie van de ondernemer weerspiegelt. Om die reden valt de keuze voor de interne richting binnen de beleidsvrijheid van de ondernemer. De Ondernemingskamer geeft terecht aan dat het niet aan haar is om vast te stellen welke visie op de organisatie van de onderneming de juiste visie is.<sup>70</sup> Ook in de *XS4ALL*-beschikking

<sup>63</sup> Zie ook K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 150.

<sup>64</sup> *Kamerstukken II 1974/75*, 13 350, nr. 3, p. 11. Zie art. 5 Wbbo, art. 27 AWR en art. 8 Wet AROB; K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 151.

<sup>65</sup> Zie ook Concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, r.o. 2.3, bij HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer; K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 151.

<sup>66</sup> Zie *Kamerstukken II 1974/75*, 13 350, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken II 1975/76*, 13 954, nr. 3, p. 42.

<sup>67</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 673-674.

<sup>68</sup> Zie o.a. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, r.o. 3.4.2, *NJ* 2018/377, m.nt. P. van Schilfgaarde; Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, r.o. 3.3, ARO 2015/134; Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275, r.o. 3.10, *JOR* 2017/128, m.nt. M. Holtzer; Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.3, ARO 2020/19.

<sup>69</sup> Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:46, r.o. 3.11, ARO 2015/1089.

<sup>70</sup> Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.7, ARO 2020/19.

uit 2019 herhaalde de Ondernemingskamer dit uitgangspunt. Zij stelt dat het niet aan haar is om te bepalen wie gelijk heeft bij onenigheid over de integratie van bedrijfsonderdelen. De Ondernemingskamer haalt daarbij ook de bekende formule van artikel 26 lid 4 en 5 WOR aan en verwijst naar de beschikking van de Hoge Raad inzake *Holland Casino*.<sup>71</sup> In de *Holland Casino*-beschikking bevestigde de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer slechts nagaat of de ondernemer ‘bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen’ en dat de Ondernemingskamer beleidsvrijheid moet laten aan de ondernemer.<sup>72</sup> In 2020 herhaalt de Ondernemingskamer in de context van een reorganisatie opnieuw dat het aan de ondernemer is om te bepalen welke koers wordt ingeslagen.<sup>73</sup> Terecht benadrukt de Ondernemingskamer dat een risicovol besluit niet zonder meer een onverantwoord besluit is.

Reeds voor de inwerkingtreding van de WOR werd in de Kamerstukken al opgemerkt dat de vrijheid van de ondernemer niet onbegrensd is.<sup>74</sup> De advies- en beroepsprocedure van de Ondernemingsraden beïnvloeden de ondernemingsstructuur en zijn medebepalend voor de besluitvormingsprocedure. Deze medezeggenschapsprocedures beperken naar hun aard en ratio de ondernemersvrijheid. De toets eist van de ondernemer een afweging van alle relevante belangen.<sup>75</sup> De vrijheid van de ondernemer moet in meer of mindere mate wijken voor het belang van de werknemers. Die belangen zijn opgenomen in de norm van artikel 26 WOR.

### 3.4 De verhouding tussen procedure en inhoud

In het eerste geschil omtrent de beroepsprocedure ex artikel 26 WOR oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, indien de ondernemer dat besluit niet of niet volledig ter advies aan de ondernemingsraad heeft voorgelegd of het advies niet heeft afgewacht.<sup>76</sup> Naar aanleiding van een enigszins kritische noot van Maeijer,<sup>77</sup> oordeelde de Ondernemingskamer in 1980 dat formele bezwaren slechts leiden tot de kennelijke onredelijkheid van het besluit, indien afbreuk

<sup>71</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.11, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>72</sup> HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, r.o. 3.4.2, *NJ* 2018/377, m.nt. P. van Schilfgaarde.

<sup>73</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.9, *ARO* 2020/203.

<sup>74</sup> *Kamerstukken II* 1974/75, 13 350, nr. 3, p. 11.

<sup>75</sup> In de memorie van toelichting wordt voorts gewezen op het onderscheid tussen de belangenafweging door een overheidsorgaan en door een ondernemer. Zie *Kamerstukken II* 1975/75, 13 954, nr. 3, p. 42.

<sup>76</sup> R.H. van het Kaar, in: *GS Rechtspersonen*, art. 26 WOR, aant. 5.1; K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, ‘Toetsingsnorm’, in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtsspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 153.

<sup>77</sup> J.M.M. Maeijer, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:AB7579, *NJ* 1981/271.

is gedaan aan de belangen van de ondernemingsraad.<sup>78</sup> Deze nuance neemt niet weg dat de Ondernemingskamer belang hecht aan het voldoen aan de procedurele voorschriften uit artikel 25 lid 2 tot en met 5 WOR.<sup>79</sup> Klein Wassink en Laagland menen dat de Ondernemingskamer in het licht van artikel 26 lid 4 BW de procedurele aspecten vol toetst en de materiële aspecten marginaal toetst.<sup>80</sup> Kroeze merkt op dat niet iedere niet-naleving van een vormvoorschrift leidt tot de kennelijke onredelijkheid van het besluit. Hij stelt dat de toetsing van procedurevoorschriften minder marginaal is dan een toetsing van de inhoud. Hoewel dikwijls wordt gesproken van een volle toetsing van de totstandkoming van het besluit, wijst Kroeze op de ruimte die de eis van het ‘wezenlijk’ tekortdoen<sup>81</sup> laat en om die reden een zekere terughoudendheid van de rechter eist.<sup>82</sup> Ook ik ben van mening dat in de context van artikel 26 WOR geen absoluut onderscheid kan worden gemaakt tussen de toetsing van enerzijds de besluitvormingsprocedure en anderzijds de inhoud van het besluit.<sup>83</sup>

Uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer blijkt dat de ondernemer ten aanzien van de procedurele aspecten eveneens een zekere vrijheid heeft. In de eerste plaats komt de ondernemer vrijheid toe bij de inrichting van de medezeggenschapsstructuur.<sup>84</sup> De Ondernemingskamer stelt dat de verantwoordelijkheid van de ondernemer voor het verloop van het medezeggenschapstraject met zich meebrengt dat de ondernemer ‘gehouden was de ondernemingsraad binnen redelijke grenzen volledig te informeren over zowel de achtergronden als de gevolgen van het voorgenomen besluit’.<sup>85</sup> De ondernemer kan de informatievoorziening aan de ondernemingsraad naar eigen inzicht invullen binnen de grenzen van de redelijkheid. De omstandigheden van het geval zijn op hun beurt weer van doorslaggevend belang bij de beoordeling van de redelijkheid van de informatievoorziening aan de ondernemingsraad.<sup>86</sup> De omstandigheden en de complexiteit van het specifieke geval zijn ook van doorslaggevend belang bij de vraag of het achterwege blijven van een ad-

<sup>78</sup> Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1982, ECLI:NL:GHAMS:1982:AC7545, NJ 1983/27, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>79</sup> R.H. van het Kaar, in: *GS Rechtspersonen*, art. 26 WOR, aant. 5.1.

<sup>80</sup> A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van het besluiten in het rechtspersonenrecht* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 155; F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (Serie Van der Heijden Instituut nr. 119)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 370.

<sup>81</sup> Zie Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1982, ECLI:NL:GHAMS:AC7547, NJ 1983/27, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>82</sup> Asser/Kroeze 2-I 2021/648.

<sup>83</sup> R.A.A. Duk, ‘Het afwegen van appels en peren. Inhoudelijke toetsing in de rechtspraak ex art. 26 WOR van ondernemersbesluiten’, *Sociaal Maandblad Arbeid* 1990/3, p. 129 e.v.

<sup>84</sup> Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2662, r.o. 3.6, ARO 2015/80

<sup>85</sup> Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.4, ARO 2018/160.

<sup>86</sup> Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.4, ARO 2018/160. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.45, JOR 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

viesaanvraag over een bepaald deelelement, zoals de benoeming van deskundigen, problematisch is in het licht van het grotere geheel.<sup>87</sup> Dit geldt ook voor de vraag of de ondernemer gehouden is om het besluit aan te houden naar aanleiding van de wens van de ondernemingsraad om een deskundige te benoemen.<sup>88</sup> Of de ondernemer het strategisch plan ter instemming aan de ondernemingsraad moet voorleggen is niet zonder meer een gegeven en in ook vergaande mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>89</sup> De ondernemer heeft daarnaast ook een zekere vrijheid bij de handhaving van de geheimhoudingsverplichting van de ondernemingsraad. Of de ondernemer gehouden is om de ondernemingsraad de ruimte te bieden om te overleggen met de achterban is geen vaststaand gegeven.<sup>90</sup>

De omstandigheden van het geval kunnen de vrijheid van de ondernemer ook beperken of inkleuren. Zo kunnen omstandigheden meebrengen dat de ondernemer de voorzitter van de ondernemingsraad telefonisch moet benaderen om te overleggen over de korte adviestermijn.<sup>91</sup> Tevens kan de complexiteit van de medezeggenschapsprocedure meebrengen dat van de ondernemer gevergd had kunnen worden om de ondernemingsraad in een eerder stadium bij de besluitvorming te betrekken.<sup>92</sup>

## 4 BEGINSLEN VAN BEHOORLIJKE MEDEZEGGENSCHAP

### 4.1 Inleiding

Ik benoemde hierboven dat de willekeurformule van artikel 26 lid 4 en 5 WOR meer omvat dan enkel een willekeursoetsing. Hoewel de formulering van artikel 26 lid 4 WOR expliciet ziet op de redelijkheid van de belangenafweging, is op basis van de jurisprudentie ook de deugdelijkheid van het besluit, denk hierbij aan de tijdigheid van de adviesaanvraag en de volledigheid van de informatieverstrekking, relevant.<sup>93</sup> Ik ben met Maeijer van mening dat de 'hoofdnorm' van artikel 26 WOR wordt ingekleurd door verschillende 'subnormen'

---

<sup>87</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.67, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>88</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182, r.o. 3.14, *ARO* 2020/106.

<sup>89</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182, r.o. 3.10, *ARO* 2020/106.

<sup>90</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.5, *ARO* 2020/203.

<sup>91</sup> Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:553, r.o. 3.7, *JOR* 2013/138, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>92</sup> Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232, r.o. 3.6, *ARO* 2017/47.

<sup>93</sup> Vgl. L. Prakke, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing', *Ars Aequi* 1966, p. 282.

of beginselen zoals het vertrouwensbeginsel.<sup>94</sup> Slagter splitste de toetsing door de Ondernemingskamer in verschillende onderdelen. In de eerste plaats moet de Ondernemingskamer controleren of de procedurevoorschriften naar behoren zijn nageleefd, vervolgens moet zij nagaan of de ondernemer de betrokken belangen heeft afgewogen. Slagter meent in de derde plaats dat de Ondernemingskamer moet controleren of deze afweging op een objectief redelijke wijze is gemaakt. Tot slot moet de Ondernemingskamer nagaan of de ondernemer het belang van de continuïteit op juiste wijze heeft afgewogen.<sup>95</sup> In de geest van Maeijer en Borst<sup>96</sup> en op basis van de door Slagter onderscheiden elementen werk ik de invulling van de toets uit aan de hand van verschillende beginselen of subnormen.<sup>97</sup> De te benoemen beginselen vormen subnormen van de in artikel 26 lid 4 en 5 WOR genoemde hoofdnorm. Het is daarbij wel van belang te beseffen dat aan deze subnormen geen zelfstandig karakter kan worden toegekend. Zij zijn onlosmakelijk verbonden met de hoofdnorm en ‘schending’ van een subnorm leidt vanwege het casuïstische karakter van de toetsing niet in alle gevallen tot het oordeel dat sprake is van een kennelijk onredelijk besluit.<sup>98</sup>

#### 4.2 Het zorgvuldigheidsbeginsel

De Ondernemingskamer heeft meerdere malen herhaald dat op de ondernemer een plicht rust om te zorgen voor een juist verloop van het medezeggenschapstraject.<sup>99</sup> De ondernemer moet het medezeggenschapstraject zorgvuldig vormgeven en daarover op een eenduidige manier met de ondernemingsraad

<sup>94</sup> Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1982, ECLI:NL:GHAMS:1982:AC7545, *NJ* 1983/27, m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 1. Anders: S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, afl. 21, p. 674.

<sup>95</sup> W.J. Slagter, ‘Was besluit tot sluiting van ENKA-Breda kennelijk onredelijk?’, *TVVS* 1982/9, p. 231-232. Zie ook: K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, ‘Toetsingsnorm’, in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 156.

<sup>96</sup> S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, ‘Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer’, *NJB* 1985, afl. 21, p. 671.

<sup>97</sup> Anders dan de beginselen van behoorlijk bestuur, zie ik de door mij geformuleerde uitgangspunten niet als (verplichte) toetselementen maar als handvaten.

<sup>98</sup> HR 7 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4473, *NJ* 1983/35, m.nt. Maeijer, par. 1. Zie ook par. 3.2 van deze bijdrage.

<sup>99</sup> Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.7, *ARO* 2015/205; Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380, r.o. 3.9, *JOR* 2016/157; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.8, *JOR* 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout; Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.5 en 3.6, *ARO* 2018/160. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3698, r.o. 3.6, *ARO* 2019/27.



communiceren.<sup>100</sup> Indien de ondernemer een besluit neemt dat niet adviesplichtig is maar wel afbreuk doet aan (de continuïteit van) de medezeggenschap, kan de Ondernemingskamer oordelen dat de ondernemer, mede in het licht van artikel 25 lid 3 WOR, niet in redelijkheid tot dat besluit heeft kunnen komen.<sup>101</sup> De ondernemer moet zinvolle medezeggenschap mogelijk maken.<sup>102</sup> Hierbij speelt ook de fase voorafgaand aan de adviesaanvraag een rol.<sup>103</sup> Deze zorgplicht neemt niet weg dat ook de ondernemingsraad verantwoordelijkheid draagt voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject en 'oog dient te hebben voor het gerechtvaardigde belang van de ondernemer bij een slagvaardige besluitvorming (...)'.<sup>104</sup>

Uit diverse beschikkingen van de Ondernemingskamer volgt dat de ondernemer de verantwoordelijkheid draagt voor een 'deugdelijke procedure'.<sup>105</sup> Dit betekent dat de ondernemer zorg draagt voor de communicatie met de ondernemingsraad en de kwaliteit van dit overleg.<sup>106</sup> In het licht van dit zorgvuldigheidsbeginsel kan op de ondernemer de verplichting rusten om de ondernemingsraad de ruimte te bieden in overleg te treden met de achterban.<sup>107</sup> Daarnaast is het van belang dat de ondernemer de adviesaanvragen zorgvuldig formuleert, zodat geen onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de adviesaanvraag.<sup>108</sup> De ondernemer moet er in het medezeggenschapstraject voor zorgen dat de ondernemingsraad wezenlijke invloed kan uitoefenen op het besluit van de ondernemer. Deze wezenlijke invloed valt uiteen in een temporeel element dat ziet op de vraag of het besluit prematuur is genomen (tijdigheidsbeginsel), een kwantitatief element dat ziet op de reikwijdte van de

---

<sup>100</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.5, ARO 2020/203. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.5, JOR 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout.

<sup>101</sup> Hof Amsterdam (OK) 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3262, r.o. 3.5-3.6, JOR 2018/6, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>102</sup> Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.6, ARO 2018/160.

<sup>103</sup> Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232, r.o. 3.5, ARO 2017/47.

<sup>104</sup> Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.7, ARO 2015/205.

<sup>105</sup> K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 163 e.v.

<sup>106</sup> Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 26 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5270, r.o. 3.9, ARO 2010/182; Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5261, r.o. 3.10, 3.16, ARO 2011/138.

<sup>107</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.5, ARO 2020/203.

<sup>108</sup> Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2973, r.o. 3.10, ARO 2021/22.

adviesaanvraag en de aan de ondernemingsraad verstrekte informatie (volledigheidsbeginsel)<sup>109</sup> en een materieel element dat ziet op de kwaliteit van de verstrekte informatie (materiële zorgvuldigheidsbeginsel).

### 4.3 Het tijdigheidsbeginsel

Het is sinds de *Linge Ziekenhuis*-beschikking uit 1980 vaste rechtspraak dat beroep in de zin van art. 26 WOR openstaat tegen een adviesplichtig besluit indien de ondernemer nalaat de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen advies uit te brengen.<sup>110</sup>

Indien de ondernemer geen advies vraagt, niet tijdig advies vraagt of het advies van de ondernemingsraad niet afwacht, kan de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed uitoefenen op de besluitvorming.<sup>111</sup> Daarnaast kan de ondernemer niet op de voorgeschreven wijze kennisnemen van de zienswijze van de ondernemingsraad.<sup>112</sup> Indien de ondernemer de ondernemingsraad onterecht passeert, luidt de slotsom in de regel dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het desbetreffende besluit.<sup>113</sup> Dit is slechts anders als van de ondernemer 'in redelijkheid niet kon worden gevergd de ondernemingsraad advies te vragen'. Daarbij is het wel van belang dat de ondernemer de door hem gestelde feiten voldoende concretiseert.<sup>114</sup> Het achterblijven van de adviesaanvraag hoeft dus niet altijd te leiden tot het oordeel dat de ondernemer niet in redelijkheid tot

<sup>109</sup> Zie ter illustratie Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.12 en 3.13, ARO 2018/160.

<sup>110</sup> Zie Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271, m.nt. J.M.M. Maeijer. Zie recent: Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.3, ARO 2020/203.

<sup>111</sup> Zie ter illustratie: Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1105, r.o. 3.3, ARO 2016/113; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.5, JOR 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout; Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.12, ARO 2020/19.

<sup>112</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.3, ARO 2020/203.

<sup>113</sup> Zie o.a Hof Amsterdam (OK) 2 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:208, r.o. 3.8, 3.11, ARO 2015/96; Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:553, r.o. 3.7, JOR 2013/138, m.nt. L.G. Verburg; Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1105, r.o. 3.3, 3.6, ARO 2016/113; Hof Amsterdam (OK) 16 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3986, r.o. 3.3, ARO 2016/172; r.o. 3.12, Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:625, r.o. 3.12, ARO 2017/88; Hof Amsterdam (OK) 21 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4318, r.o. 3.3-3.6, ARO 2019/39.

<sup>114</sup> Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:553, r.o. 3.6-3.7, JOR 2013/138, m.nt. L.G. Verburg.

heeft besluit heeft kunnen komen. Als sprake is van een omvangrijk en complex geheel<sup>115</sup> is het achterwege laten van een adviesaanvraag over het aanstellen van een deskundige niet per se problematisch.<sup>116</sup> Zolang de ondernemer voorafgaand aan het genomen besluit daadwerkelijk de door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven onder ogen ziet en op grond van die alternatieven toezeggingen doet, heeft het advies van de ondernemingsraad in beginsel van voldoende invloed kunnen zijn.<sup>117</sup> Ook de enkele omstandigheid dat de ondernemer advies vraagt nadat in het voorgenomen besluit een keuze was gemaakt uit verschillende alternatieven brengt niet zonder meer met zich dat het advies dermate laat is gevraagd dat het advies geen invloed meer kan hebben op het te nemen besluit.<sup>118</sup> Als het adviestraject op opeenvolgende deelbesluiten ziet en uiteenvalt in meerdere adviezen van de ondernemingsraad, onderzoekt de Ondernemingskamer nauwgezet of de ondernemer de ondernemingsraad daadwerkelijk in de gelegenheid heeft gesteld om wezenlijke invloed uit te oefenen op het (deel)besluit.<sup>119</sup> Ook de timing van het uiteindelijke besluit kan vragen oproepen.

Desalniettemin hoeven gebreken in het medezeggenschapstraject niet te betekenen dat het advies dermate laat gevraagd is dat het niet meer van wezenlijke invloed kon zijn, zelfs als de ondernemingsraad zich overvallen voelt door de snelheid van de besluitvorming. De omstandigheden van het geval zijn van doorslaggevend belang bij de beoordeling of het advies op een zodanig laat moment is gevraagd dat het advies niet meer van wezenlijke invloed op het besluit kon zijn.<sup>120</sup>

#### 4.4 *Het volledigheidsbeginsel*

Een goed verloop van de medezeggenschapsprocedure vereist een toereikende informatievoorziening.<sup>121</sup> Artikel 31 WOR verplicht de ondernemer om de ondernemingsraad alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die de ondernemingsraad nodig heeft voor de vervulling van zijn taak.<sup>122</sup> De omvang

---

<sup>115</sup> Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan een langdurig reorganisatietraject bij een multinational.

<sup>116</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.67, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>117</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.26, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>118</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, r.o. 3.46, *JOR* 2018/122, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>119</sup> Hof Amsterdam (OK) 18 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1616, r.o. 3.9, *ARO* 2018/137.

<sup>120</sup> Hof Amsterdam (OK) 16 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:46, r.o. 3.3, 3.6, *ARO* 2015/1089.

<sup>121</sup> Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.7, *JOR* 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout.

<sup>122</sup> Zie ook Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.12, *ARO* 2015/205.

van dit volledigheidsbeginsel is in de afgelopen decennia toegenomen. Volgens Hampsink en Wiersma beoordeelde de Ondernemingskamer voor het eerst in 1996 of de ondernemer voldoende informatie heeft verstrekt aan de ondernemingsraad om het voorgenoemde besluit te kunnen beoordelen.<sup>123</sup> Zij merken op dat de toets van de Ondernemingskamer aanvankelijk ook niet zag op de naleving van de procedure van artikel 24 WOR en de bijbehorende mededelingsplicht.<sup>124</sup> Artikel 24 WOR brengt met zich dat de ondernemer inhoudelijke mededelingen moet doen aan de ondernemingsraad over een besluit dat wordt voorbereid.<sup>125</sup>

De Ondernemingskamer geeft aan dat het binnen redelijke grenzen aan de ondernemingsraad is om te bepalen welke informatie nodig is om een advies te kunnen geven.<sup>126</sup> Ook benadrukt de Ondernemingskamer dat de ondernemer de noodzakelijke en verzochte informatie aan de ondernemingsraad moet verstrekken.<sup>127</sup> De specifieke omstandigheden van het geval zijn ook van doorslaggevend belang bij de beantwoording van de vraag of de ondernemer bepaalde informatie wel of niet aan de ondernemingsraad had moeten verstrekken.<sup>128</sup> De Ondernemingskamer eist dat de ondernemer tijdens het traject van medezeggenschap zijn beweegredenen voor het besluit aan de ondernemingsraad kenbaar maakt zodat de ondernemingsraad die beweegredenen bij zijn advies aan de ondernemer kan betrekken.<sup>129</sup> Daarbij is het van belang dat de ondernemer aan het besluit geen beweegredenen ten grondslag legt die niet in de adviesaanvraag waren opgenomen.<sup>130</sup>

Wat de volledigheid van de informatievoorziening betreft, levert met name artikel 25 lid 3 WOR met enige regelmaat problemen op voor de ondernemer.<sup>131</sup> Dit artikel vereist naast een overzicht van de beweegredenen voor

<sup>123</sup> K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 159.

<sup>124</sup> K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 162.

<sup>125</sup> Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.6, *JOR* 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout.

<sup>126</sup> Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.4, *ARO* 2018/16.

<sup>127</sup> Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, r.o. 3.11, *ARO* 2015/134.

<sup>128</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, r.o. 3.20, *JOR* 2018/122, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>129</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:435, r.o. 3.6, *ARO* 2018/47.

<sup>130</sup> Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.5, *ARO* 2020/19.

<sup>131</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1679, r.o. 3.6, *ARO* 2015/135; Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.17 e.v., *ARO* 2015/205; Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380, r.o. 3.8-3.9, *JOR* 2016/157; Hof Amsterdam (OK) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891, r.o. 3.4, *ARO* 2017/143.

het besluit, tevens een overzicht van de personele gevolgen en de daaraan verbonden maatregelen. De ondernemer moet reeds bij het vragen van het advies aan de ondernemingsraad inzicht verschaffen in de motivering en de gevolgen van het besluit voor werknemers.<sup>132</sup> Indien de ondernemer de ondernemingsraad niet in de gelegenheid stelt om te adviseren over de personele gevolgen en de daaraan verbonden maatregelen, wordt in zodanige mate afbreuk gedaan aan de medezeggenschap dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.<sup>133</sup>

Voor de eeuwwisseling merkte Duk al op dat de Ondernemingskamer meer nadruk legde op de personele gevolgen van een besluit van de ondernemer.<sup>134</sup> In recente jurisprudentie komt dit element regelmatig terug in beroepsprocedures. De ondernemer moet dus voldoende gedetailleerd inzicht geven in de personele gevolgen van het besluit, tenzij het besluit en de daaropvolgende ontwikkelingen dermate complex zijn dat de details van het project, ook wat de personele gevolgen betreft, geen onderdeel uitmaken van het migratietraject. In een dergelijke situatie volstaan de hoofdlijnen.<sup>135</sup> Het door de ondernemer te geven inzicht ziet niet enkel op de vermindering van arbeidsplaatsen, maar ook op andere gevolgen zoals relevante wijzigingen in werkzaamheden of standplaats.<sup>136</sup>

#### 4.5 *Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel*

Materiële zorgvuldigheid ziet op de juistheid en de volledigheid van de informatie die aan het advies, het besluit en de onderbouwing van het besluit ten grondslag ligt. Uit de jurisprudentie blijkt dat het van groot belang is dat de betrouwbaarheid en volledigheid van de aan de ondernemingsraad verschaft informatie buiten kijf staat. Daarbij is het wel van belang om op te merken dat het vaak onmogelijk is om toekomstige ontwikkelingen met concrete cijfermatige argumenten te onderbouwen.<sup>137</sup> Zolang de ondernemer de wijze van totstandkoming van een cijfermatig rapport toereikend kan toelichten, leiden eventuele inconsistenties niet zonder meer tot de conclusie dat de ondernemer

---

<sup>132</sup> Zie art. 25 lid 3 WOR. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2662, r.o. 3.8, ARO 2015/80.

<sup>133</sup> Hof Amsterdam (OK) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891, r.o. 3.6, ARO 2017/143.

<sup>134</sup> R.A.A. Duk, 'Is de Ondernemingskamer nog (de) Ondernemingskamer?', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1998/1, p. 4. Zie ook K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 160.

<sup>135</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.51 e.v., JOR 2020/86, m.nt. Holtzer.

<sup>136</sup> Hof Amsterdam (OK) 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1679, r.o. 3.6, ARO 2015/135.

<sup>137</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182, r.o. 3.18-3.19, ARO 2020/106.

niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.<sup>138</sup> Dit beginsel brengt eveneens met zich mee dat de *business case* en de financiële informatie die een ondernemer aan zijn adviesaanvraag of besluit ten grondslag legt, voldoende realistisch en zeker moeten zijn.<sup>139</sup>

#### 4.6 Het motiveringsbeginsel

De Ondernemingskamer toetste reeds in 1983 of de ondernemer in het besluit voldoende inzicht geeft in argumenten die ten grondslag liggen aan een besluit dat afwijkt van het advies van de ondernemingsraad. Daarnaast werd al snel duidelijk dat de ondernemer in zijn besluit ook inzicht moet verschaffen in de belangenafweging.<sup>140</sup> Hoewel het onderscheid in de praktijk diffuus is, onderscheid ik een formeel en een materieel motiveringsbeginsel.

Volgens Verburg toetst de Ondernemingskamer de motivering integraal en vol, terwijl de Ondernemingskamer de inhoud marginaal toetst.<sup>141</sup> Ook Holtzer schreef dat de marginale toets van de Ondernemingskamer tevens ziet op de deugdelijkheid van de motivering van het besluit van de ondernemer. Holtzer merkt hierbij wel op dat het verwerpen van een motivering tot gevolg kan hebben dat het desbetreffende besluit niet genomen kan worden, in het geval een aanvulling van de motivering ondenkbaar is. Holtzer meent dat de toetsing daarmee van haar marginale karakter is ontdaan.<sup>142</sup> Die conclusie is mijns inziens dubieus. Indien verwerping van de motivering tot gevolg heeft dat een besluit niet genomen kan worden en geen andere motivering zich laat denken, dan is de onredelijkheid van dat besluit in de gegeven omstandigheden indirect gegeven. Dat hoeft mijns inziens echter niet af te doen aan het marginale karakter van de toets van de Ondernemingskamer.

<sup>138</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182, r.o. 3.22, *ARO* 2020/106.

<sup>139</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.27-3.35, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>140</sup> Zie onder meer Hof Amsterdam (OK) 4 februari 1982, ECLI:NL:GHAMS:1982:AB8639, *NJ* 1983/29, m.nt. J.M.M. Maeijer; Hof Amsterdam (OK) 7 juli 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AB9900, *NJ* 1989/845, m.nt. J.M.M. Maeijer; K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 156.

<sup>141</sup> L.G. Verburg, 'De Ondernemingskamer, de medezeggenschap en het jaar 1999', *Arbeids-Recht* 2004/4, par. 3. Zie ook: K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 161.

<sup>142</sup> Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BE9759, *JOR* 2008/302, R.M. Holtzer, par. 8 – 9. Zie ook K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 163.

#### 4.7 Het formele motiveringsbeginsel

In de eerste plaats is het van belang om op te merken dat de motiveringsplicht, inhoudende dat de ondernemer het besluit voldoende moet onderbouwen, gedeeltelijk formeel van aard is.<sup>143</sup> De formele kant van het motiveringsbeginsel ziet met name op de vraag of de motivering of toelichting van de ondernemer alle toe te lichten bezwaren en alternatieven die zijn aangedragen door de ondernemingsraad dekt.<sup>144</sup> Daarbij speelt ook de vraag of de argumentatie van de ondernemer consequent is.<sup>145</sup>

De ondernemer moet alle relevante beweegredenen in het besluit naar voren brengen. De door de ondernemer aangedragen argumenten moeten voldoende inzicht geven in de gemaakte keuze.<sup>146</sup> Daarbij is het ook van belang om uiterlijk in het besluit in te gaan op de bezwaren en alternatieven van de Ondernemingsraad.<sup>147</sup> De redelijkheid van de motivering is deels afhankelijk van de verhouding tussen de motivering van het besluit en de door de ondernemingsraad aangedragen bezwaren.<sup>148</sup> Het is raadzaam om als ondernemer op zoveel mogelijk vragen van de ondernemingsraad in te gaan. Of alle vragen daadwerkelijk moeten worden toegelicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>149</sup> Het is ook van belang om zo veel als mogelijk inhoudelijk stil te staan bij de door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven om te voorkomen dat de ondernemingsraad kan stellen dat slechts sprake was van een 'formele protocollaire exercitie'.<sup>150</sup> De Ondernemingskamer zal een klacht

<sup>143</sup> F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 119) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 370.

<sup>144</sup> Zie Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:435, r.o. 3.6, ARO 2018/47; vgl. Hof Amsterdam (OK) 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:993, r.o. 3.4, ARO 2018/76; Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.9, ARO 2018/160; Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:806, r.o. 3.4 – 3.5, ARO 2019/96.

<sup>145</sup> Hof Amsterdam (OK) 20 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2652, r.o. 3.11, ARO 2018/160.

<sup>146</sup> Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, r.o. 3.5, ARO 2015/134; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.9, JOR 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout.

<sup>147</sup> Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, r.o. 3.11, ARO 2015/134; Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.13, ARO 2015/205; Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275, r.o. 3.11, JOR 2017/128, m.nt. M. Holtzer; Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:435, r.o. 3.4 – 3.5, ARO 2018/47; Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, r.o. 3.20, JOR 2018/122, m.nt. L.G. Verburg. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380, r.o. 3.10, JOR 2016/175.

<sup>148</sup> Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:380, r.o. 3.10, JOR 2016/157.

<sup>149</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182, r.o. 3.18, ARO 2020/106.

<sup>150</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.41-3.42, JOR 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

van de ondernemingsraad over een ontoereikende motivering volgen indien de ondernemingsraad een besluit dat zich moeilijk met de strekking of ratio van de wet verhoudt, niet nader toelicht.<sup>151</sup> Uit een beschikking uit 2019 blijkt (opnieuw) dat de ondernemer alle relevante elementen van het besluit, waaronder de financiële onderbouwing, toereikend moet motiveren.<sup>152</sup> De ondernemer heeft er tevens belang bij om het bijzondere karakter van de onderneming in de motivering naar voren te brengen.<sup>153</sup> Ook is het belangrijk om het belang van de onderneming in de motivering te benoemen.<sup>154</sup>

#### 4.8 *Het materiële motiveringsbeginsel*

De toetsingsintensiteit wordt met name interessant indien de ondernemingsraad zich beroept op een inhoudelijk ontoereikende motivering van een besluit.<sup>155</sup> Is de motivering dan in objectieve zin ontoereikend, of is de ondernemingsraad niet gecharmeerd van het besluit en is de motivering van de ondernemer om die reden ontoereikend? Naast het formele element van de motiveringsplicht onderscheid ik daarom een materieel element. Dit materiële aspect ziet niet op de vraag of het besluit in het licht van de argumenten juist was, maar op de vraag of het besluit inhoudelijk redelijkerwijs kan voortvloeien uit een afweging van de betrokken belangen. Het draait hier om het gewicht (*belangenafweging*) dat aan de verschillende belangen en argumenten wordt toegekend.<sup>156</sup> De ondernemer moet zijn standpunt dan ook voldoende concretiseren.<sup>157</sup> Ik herhaal dat het formele en het materiële motiveringsbeginsel in de praktijk dikwijls in elkaar overlopen.<sup>158</sup>

In 2014 overwoog de Ondernemingskamer dat de ondernemersvrijheid niet wegneemt dat de ondernemer de belangen van de onderneming en andere

<sup>151</sup> Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2766, r.o. 3.8, *JOR* 2016/273, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>152</sup> Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.4, 3.9, *ARO* 2020/19. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2010, r.o. 3.5, *ARO* 2017/125.

<sup>153</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.12 – 3.17, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>154</sup> Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.18-3.25, *JOR* 2020/86, m.nt. M. Holtzer.

<sup>155</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:806, r.o. 3.1, *ARO* 2019/96.

<sup>156</sup> Vgl. Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3698, r.o. 3.8, *ARO* 2019/27.

<sup>157</sup> Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:806, r.o. 3.3, *ARO* 2019/96.

<sup>158</sup> Zie m.i. bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2010, r.o. 3.1, *ARO* 2017/125; Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, r.o. 3.1 sub iii, *JOR* 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout; Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.1, *ARO* 2020/19. Hier lijkt zowel de kwantitatieve/formele 'toereikendheid' als de materiële toereikendheid ter discussie te staan.



belanghebbenden dient te betrekken in zijn besluitvorming.<sup>159</sup> Tevens moet de ondernemer een afweging maken van de beweegredenen en de voor de onderneming te verwachten gevolgen van het voorgenomen besluit. Hij dient daarbij ook de door de ondernemingen te behalen voordelen van het besluit af te wegen tegen de nadelen.<sup>160</sup> Uit de jurisprudentie blijkt dat de inhoudelijke redelijkheid van het uiteindelijke beleid in belangrijke mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval waarin de onderneming zich bevindt.<sup>161</sup> De belangenafweging moet het besluit inhoudelijk kunnen dragen. Deze afweging sluit aan op artikel 26 lid 4 en 5 WOR. Verburg stelt dat de toetsing van artikel 26 lid 4 WOR niet dermate marginaal is dat het besluit niet onderuit kan gaan zolang de ondernemer de besluitvormingsprocedure goed aanpakt.<sup>162</sup> Om die reden meen ik dat de norm als geformuleerd in artikel 26 lid 4 en 5 WOR leidt tot een intensieve, zij het marginale, toetsing. Dit discours ziet op de marges van marginaliteit en doet om die reden de meeste wenkbrouwen fronsen. Uit de jurisprudentie blijkt dat een beroep op ontoereikende motivering door de ondernemer verdacht veel weg kan hebben van inhoudelijke onenigheid tussen de ondernemer en de ondernemingsraad over het genomen besluit.<sup>163</sup> Ook bij het verwijt dat de argumenten van de ondernemer onvoldoende inzicht bieden in de door de ondernemer gemaakte keuze, ligt inhoudelijke onenigheid op de loer.<sup>164</sup> Ook indien de ondernemingsraad stelt dat het besluit het karakter van de onderneming miskent,<sup>165</sup> lijkt de marginaliteit van de toetsing op het spel te staan. Dit risico speelt ook als de ondernemingsraad stelt dat geen sprake is van een behoorlijke afweging, maar zolang dit verwijt beperkt blijft tot de omvang en grondigheid van de onderbouwing blijft de

<sup>159</sup> Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556, r.o. 3.3, *JOR* 2014/129, m.nt. L.G. Verburg. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.12, *ARO* 2015/205.

<sup>160</sup> Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556, r.o. 3.3, *JOR* 2014/129, m.nt. L.G. Verburg. Zie ook K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 165.

<sup>161</sup> Hof Amsterdam (OK) 4 augustus 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:3216, r.o. 3.13, *ARO* 2015/205; Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, r.o. 3.28, *JOR* 2018/122, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>162</sup> Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:556, *JOR* 2014/129, m.nt. L.G. Verburg, par. 4. Zie ook K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 166.

<sup>163</sup> Zie ter illustratie Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.1, 3.3, *ARO* 2020/19.

<sup>164</sup> Vgl. Hof Amsterdam (OK) 16 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, r.o. 3.5, *ARO* 2015/134.

<sup>165</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 23 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4585, r.o. 3.12 – 3.17, *JOR* 2020/86, m.nt. Holtzer.

marginaliteit in beginsel gewaarborgd.<sup>166</sup> Indien het verwijt van de ondernemingsraad ziet op de rangschikking of waardering van verschillende voor- en tegenargumenten, dan is het voor de Ondernemingskamer van groot belang de vrijheid van de ondernemer in het oog te houden. Terecht merkt de Ondernemingskamer in 2017 op dat een meningsverschil tussen de ondernemingsraad en de ondernemer niet betekent dat de ondernemer niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>167</sup> Tevens gaat de Ondernemingskamer in 2018 ook niet mee met de ondernemingsraad wat betreft het beginsel van de ‘minste pijn’.<sup>168</sup>

Of de Ondernemingskamer aan de toetsing van de inhoud van het besluit en de bijbehorende onderbouwing toekomt, is grotendeels afhankelijk van de gronden die aan het beroep van de ondernemingsraad ten grondslag liggen. Indien de ondernemingsraad stelt dat de motivering van de ondernemer niet opweegt tegen andere belangen, wordt de Ondernemingskamer als het ware gedwongen een oordeel te vellen over de inhoud van de belangenafweging van de ondernemer.<sup>169</sup> Met name bij een dergelijke beoordeling ligt het risico op de loer dat de Ondernemingskamer zich genoodzaakt ziet om de belangenafweging van de ondernemer te vergelijken met haar eigen rangschikking van de betrokken belangen. In een dergelijk geval is het niet ondenkbaar dat de rechter ten onrechte op de stoel van de ondernemer plaatsneemt. Ook wanneer de ondernemingsraad algemeen geformuleerde maar inhoudelijke bezwaren aan het beroep ten grondslag legt, bestaat het risico dat de Ondernemingskamer zelf de belangenafweging teveel naar eigen inzicht inkleurt als ware zij de ondernemer.<sup>170</sup> Om dat risico te mitigeren is het begrijpelijk dat de Ondernemingskamer in 2020 in een dergelijk geval stelt dat de desbetreffende bezwaren onvoldoende concreet zijn om te kunnen oordelen dat de ondernemer niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.<sup>171</sup>

Waar de Ondernemingskamer de onredelijkheid van een besluit mede baseert op het gewicht dat door de ondernemer aan de belangen van de aandeelhouders wordt toegekend, wordt in de literatuur getwijfeld over de marginaliteit van deze toets.<sup>172</sup> Zolang de Ondernemingskamer objectief toetst of het

<sup>166</sup> Vgl. Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.1 (sub d), ARO 2020/203.

<sup>167</sup> Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275, r.o. 3.9, JOR 2017/128, m.nt. M. Holtzer.

<sup>168</sup> Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, r.o. 3.32, JOR 2018/122, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>169</sup> Zie ter illustratie Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3902, r.o. 3.5, JOR 2020/233, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>170</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:787, r.o. 3.1.

<sup>171</sup> Hof Amsterdam (OK) 25 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:787, r.o. 3.7.

<sup>172</sup> K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, ‘Toetsingsnorm’, in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 165-166.

handelen van de ondernemer in het licht van de omstandigheden van het geval redelijk is, blijft het marginale karakter van de toets ex artikel 26 lid 4 en 5 WOR in beginsel gewaarborgd.<sup>173</sup> Dit betekent dat een overschrijding van de marginaliteit niet aan de orde is, indien de Ondernemingskamer met inachtneming van de ondernemersvrijheid op objectieve wijze toetst of het genomen besluit in het onderhavige geval redelijkerwijs besloten ligt in de afweging van alle betrokken belangen.<sup>174</sup>

#### 4.9 Het vertrouwensbeginsel

In de ENKA-beschikking beperkte de Hoge Raad de ruimte van de toetsing door de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer oordeelde dat een besluit in strijd is met de norm van artikel 26 lid 4 en 5 WOR indien het besluit strijdig is met door de ondernemer bij de ondernemingsraad gewekt vertrouwen.<sup>175</sup> Volgens de Hoge Raad is een toezegging door de ondernemer aan ondernemingsraad niet beslissend, maar slechts een onderdeel van de belangenafweging, als sprake is van een toezegging die kwalificeert als een overeenkomst.<sup>176</sup> Van het Kaar leidt niettemin uit de jurisprudentie af dat de Ondernemingskamer zwaar gewicht toekent aan toezeggingen aan de ondernemingsraad.<sup>177</sup> Bij de beantwoording van de vraag welke betekenis aan een toezegging of verplichting van de ondernemer gegeven moet worden, is voorts van belang of sprake is van een resultaats- of inspanningsverplichting.<sup>178</sup>

## 5 BEVINDINGEN

In deze bijdrage heb ik stilgestaan bij de intensiteit van de toets door de Ondernemingskamer op de voet van artikel 26 lid 4 en 5 WOR. Vanaf de inwerkingtreding van artikel 26 WOR wordt de toets door Ondernemingskamer, in elk geval wat de inhoud van het besluit betreft, betiteld als marginale toetsing.<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Zie Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3902, r.o. 3.1, *JOR* 2020/233, m.nt. L.G. Verburg.

<sup>174</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, r.o. 3.9, *ARO* 2020/203.

<sup>175</sup> HR 7 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 1.

<sup>176</sup> W.J. Slagter, 'Was besluit tot sluiting van ENKA-Breda kennelijk onredelijk?', *TVVS* 1982/9, p. 232.

<sup>177</sup> H. van het Kaar, in: *GS Rechtspersonen*, art. 26 WOR, aant. 5.1.

<sup>178</sup> Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.10, *ARO* 2020/19.

<sup>179</sup> Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, *NJ* 1981/271, m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 3; HR 7 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4473, *NJ* 1983/35, m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 1 e.v. Enigszins anders: J.B. Huizink, 'Toetsing van ondernemersbesluiten aan art. 26 lid 4 WOR', *TVVS* 1983/7, p. 212.

Ik ben van mening dat de vrijheid van de ondernemer en de bijbehorende terughoudende toetsing in de literatuur, door de wetgever en door de Ondernemingskamer wordt erkend. De kritiek in de literatuur op de Ondernemingskamer dat zij te weinig oog voor die vrijheid zou hebben, heeft na mijn analyse van de intensiteit van toetsing door de Ondernemingskamer te weinig grond. Ik benadruk dat de ondernemersvrijheid zowel ziet op de besluitvormingsprocedure als op de inhoud van het besluit. Uit de jurisprudentie volgt dat de vrijheid en daarmee de terughoudendheid van de toetsing afneemt naarmate de speelruimte, bijvoorbeeld door wettelijke voorschriften, wordt beperkt. Het verschil in ondernemersvrijheid tussen procedure en inhoud is mijns inziens gradueel en niet principieel. De objectiviteit van de toetsing door de Ondernemingskamer staat centraal. Desalniettemin is het wat mij betreft van groot belang om het casuïstische karakter van de toetsing in acht te houden. De redelijkheid van de besluitvormingsprocedure en het besluit zijn grotendeels afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

De willekeurformule van artikel 26 lid 4 en 5 WOR heeft een breder bereik dan enkel een willekeursoets. Om de redelijkheid van een besluit te kunnen toetsen zal de rechter alle relevante omstandigheden in acht moeten nemen en de argumentatie van de ondernemer grondig moeten analyseren. Aan de hand van recente jurisprudentie en bestaande literatuur heb ik enkele beginselen geformuleerd die een beeld geven van de invulling van de toets. Ik noemde het tijdigheidsbeginsel, het volledigheidsbeginsel, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, het formele motiveringsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Aanvankelijk meenden enkele auteurs dat de Ondernemingskamer de besluiten van de ondernemer intensiever moest toetsen. Daarentegen stelde Rood dat de Ondernemingskamer uitgebreider toetst dan de wetgever aanvankelijk had bedoeld.<sup>180</sup> Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat de stellingen van de ondernemingsraad van grote betekenis zijn voor de intensiteit van de toets. Met Willems ben ik van mening dat de stellingen van de ondernemingsraad van invloed kunnen zijn op de intensiteit van de toetsing. Hoe overtuigender de tegenargumenten en hoe doorwrochter de alternatieven van de ondernemingsraad, des te veeleisender zal de Ondernemingskamer zijn wat de motivatie van het besluit betreft.<sup>181</sup> Indien de ondernemingsraad in zijn

<sup>180</sup> Zie enerzijds S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, afl. 21, p. 673 e.v. en anderzijds M.G. Rood, 'Vijf jaar beroepsrecht voor ondernemingsraden', *TVVS* 1985/1, p. 7-8. Zie ook K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 154.

<sup>181</sup> J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000/15, Zie ook: K. Wiersma & R.J.M. Hampsink, 'Toetsingsnorm', in: L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 161. Zie ter illustratie Hof Amsterdam (OK) 21 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4152, r.o. 3.1, ARO 2020/19.

beroep stelt dat de motivering van de ondernemer het besluit niet kan dragen, zal de Ondernemingskamer zich eerder genoodzaakt zien om zich te buigen over de argumenten voor en tegen het besluit. In een dergelijke situatie lijkt overschrijding van de marge van marginaliteit het grootst.

Ondanks de toename van het aantal elementen dat in de toetsing door de Ondernemingskamer aan bod komt, blijft de toetsing wat mij betreft marginaal. Het gros van de beroepsprocedures draait vooral om procedurele bezwaren. Indien de Ondernemingskamer zich genoodzaakt ziet om de inhoud van het besluit te beoordelen, slaat de Ondernemingskamer acht op ondernemingsvrijheid en laat zij terecht na om haar eigen afweging in plaats te stellen van die van de ondernemer. De Ondernemingskamer oordeelt slechts 'objectief teleologisch', in die zin dat zij slechts toetst of de gemaakte belangenafweging en de gevolgde procedure in redelijkheid ten grondslag kunnen liggen aan het door de ondernemer genomen besluit. Zelfs indien de ondernemingsraad naar een beoordeling van de juistheid van de keuze lijkt te dirigeren, lijkt de Ondernemingskamer op basis van de bestudeerde jurisprudentie in de regel voldoende afstand te houden van de spreekwoordelijke stoel van de ondernemer.