

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, De OK, de medezeggenschap en de periode 2007 tot en met 2008

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, De OK, de medezeggenschap en de periode 2007 tot en met 2008

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, De OK, de medezeggenschap en de periode 2007 tot en met 2008

Vindplaats: ArbeidsRecht 2009, 5 Bijgewerkt tot: 01-01-2009

Auteur: Prof. mr. L.G. Verburg[1]

Wetgeving: WOR art. 25; WOR art. 26;

De OK, de medezeggenschap en de periode 2007 tot en met 2008

Het vorige overzicht van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer met betrekking tot de materie van de art. 25 en 26 WOR dateert van de zomer 2007. Dit nieuwe overzicht bestrijkt een periode van twee jaar. De te behandelen jurisprudentie is geconcentreerd rond de volgende onderwerpen: de procedurele toetsing van het adviestraject, motiveringsperikelen, de positie van de ondernemingsraad ten opzichte van een af te sluiten sociaal plan en toerekening c.q. medeondernemerschap.

Het vorige overzicht van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer met betrekking tot de materie van de art. 25 en 26 WOR dateert van de zomer 2007.[2] Dit nieuwe overzicht bestrijkt een periode van twee jaar. De te behandelen jurisprudentie is geconcentreerd rond de volgende onderwerpen: de procedurele toetsing van het adviestraject, motiveringsperikelen, de positie van de ondernemingsraad ten opzichte van een af te sluiten sociaal plan en toerekening c.q. medeondernemerschap. Het recht op informatie werd eind 2007 in dit tijdschrift reeds uitvoerig behandeld, dus dat onderwerp wordt hier overgeslagen.[3] Het wat specialistische terrein van het primaat van de politiek krijgt hier evenmin aandacht.[4] In deze kroniek wordt geen volledigheid nagestreefd.[5]

De procedurele toetsing van het adviestraject op grond van art. 25 WOR

De ondernemingsraad dient zich in volle omvang een oordeel te kunnen vormen over een voorgenomen besluit. Het overleg met de ondernemingsraad moet de nodige intensiteit kennen, de vragen moeten worden beantwoord en relevante zaken behoren aan de orde te komen. De ondernemer dient de weging van het werknemersbelang zichtbaar te maken.[6] Hoe het adviestraject precies gestalte krijgt, is aan de partijen zelf. De OK gaat niet na of men het adviestraject zelf ook zo zou hebben aangepakt. De OK toetst wel vol of de relevante aspecten zijn behandeld en trekt zich (pas) dan terug op de marginale toetsing van het uiteindelijke besluit.[7] Ik behandel enige 'spelregels' die op het terrein van de vaste jurisprudentie liggen en toch geregeld problemen geven.

Het negeren van het adviesrecht heeft op zich vrijwel altijd reeds tot gevolg dat de ondernemer het pleit bij de OK verliest. De omstandigheid dat is nagelaten de ondernemingsraad advies te vragen ter zake van een adviesplichtig besluit, brengt met zich dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het betreffende besluit heeft kunnen komen. Deze woorden zijn opgetekend in de eerste beschikking van de OK omtrent het in 1979 in de WOR opgenomen beroepsrecht ter zake van op grond van art. 25 WOR adviesplichtige besluiten. De kwestie betrof het Linge Ziekenhuis. De leer dat het niet naleven van procedurele spelregels in beginsel een adviesplichtig besluit onderuithaalt, noemt men de *Linge Ziekenhuis*-doctrine.[8] Ook in de kwestie rond de benoeming van een vierde concessiedirecteur bij de divisie Openbaar

Vervoer van Connexxion was niet van tevoren advies gevraagd. De ondernemer verweerde zich met het argument dat het besluit, kort gezegd, minder verstrekkend was en, in de woorden van de OK, alleszins aanvaardbaar moest worden geacht. Dit verweer legde het af tegen de *Linge Ziekenhuis*-doctrine.[9] In een beschikking van de OK van 30 november 2007 was het verweer van de ondernemer dat door druk van buiten en gebrek aan tijd zaken over het hoofd waren gezien. Ook dat verweer hield geen stand, maar de gevraagde voorzieningen werden niet toegewezen, omdat intrekking van het besluit de overeenkomst met de derde partij niet zou aantasten.[10] In de beschikking van de OK van 8 januari 2008 was wel advies gevraagd, maar was het besluit genomen zonder het advies van de ondernemingsraad af te wachten. Dat lag aan het feit dat de ondernemingsraad weigerde te adviseren. De OK achtte de reden voor die weigering niet deugdelijk en dit had tot gevolg dat het besluit (juist) overeind bleef.[11]

Een tweede spelregel ziet op het moment van de start van een adviesaanvraag. Het advies moet worden gevraagd op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Dat geeft een knelpunt met de eis dat de ondernemer in staat moet zijn bij het vragen van advies een overzicht te geven 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 (art. 25 lid 3 WOR). Dat vraagt om zoveel detailkennis dat de adviesaanvraag noodzakelijkerwijs in een wat later stadium in het besluitvormingsproces valt. Deze materie was voor de wetgever aanleiding om met de wetwijziging van 4 maart 1998 de regel in de WOR op te nemen dat de ondernemer ten minste tweemaal per jaar mededeling doet over besluiten die hij in voorbereiding heeft (art. 24 lid 1 WOR).[12] De OK heeft zich in de afgelopen jaren een paar keer mogen buigen over de vraag wat het effect is van het niet naleven van art. 24 lid 1 WOR binnen het kader van een art. 26 WOR-procedure.[13] De OK heeft diverse malen beslist dat het niet naleven van art. 24 lid 1 WOR niet het 'niet-reparabele' gevolg heeft dat een adviesaanvraag niet meer tijdig is ingediend. De OK heeft gekozen voor de gedachte dat het er uiteindelijk steeds om gaat dat de ondernemingsraad bij de kwestie zo tijdig betrokken raakt dat nog sprake is van wezenlijke invloed. Deze lijn heeft de OK bevestigd in een beschikking van 8 februari 2007 betreffende Philips Lighting. De OK wijdde daarbij enige behartenswaardige woorden aan de situatie dat de betrokken ondernemer in concernverband opereert. De OK overwoog dat niet in algemene bewoordingen kan worden gezegd wanneer of vanaf welk moment sprake is van een besluit in voorbereiding. Dat geldt in de visie van de OK eens te meer indien de ondernemer deel uitmaakt van een internationaal vertakt concern, waarin de besluitvorming loopt over meer schijven. In die situatie zal de fase die voorafgaat aan de periode van het in voorbereiding hebben van een besluit veelal langer zijn dan bij een zelfstandige onderneming aan de orde is en veelal zal ook moeilijker te zeggen zijn wanneer die ene fase overgaat in de andere. De OK kwam tot de conclusie dat het betreffende besluit tot beëindiging van de werkzaamheden betreffende de *business line* persglas lampvoeten een *standalone* karakter had en tijdig aan de ondernemingsraad was voorgelegd.[14]

In 2000 schreef Willems, niet ten onrechte, dat opviel dat zogenaamde formele verweren van de zijde van de ondernemer in art. 26-procedures vrijwel niet meer voorkwamen, althans dat een beroep daarop vrijwel niet of niet meer werd gehonoreerd. Ten aanzien van het onderwerp van de tijdigheid van het instellen van een beroep door de ondernemingsraad, en wel binnen de wachttijd van een maand, overwoog Willems dat temporele niet-ontvankelijkheden worden tegengegaan door het feit dat de OK streng vasthoudt aan de eis van de schriftelijke mededeling van besluiten.[15] Op 29 mei 2007 overwoog de OK dat voor de aanvang van de op de voet van art. 26 lid 2 WOR geldende termijn van een maand, bepalend is de dag van de schriftelijke mededeling van de ondernemer dat een, alsmede welk, besluit is genomen.[16] Op 13 november 2008 overwoog de OK omtrent dit punt zonder

omhaal van woorden dat het ging om vaste rechtspraak.[17]

Aan de zijde van de ondernemingsraad komt het geregeld voor dat al of niet na raadpleging van een raadsman de ondernemingsraad in de periode na het uitbrengen van het advies nog tot nieuwe inzichten komt. Het is vaste jurisprudentie dat bezwaren tegen een besluit die dateren van na het moment van het (negatieve) advies en die niet voldoende duidelijk naar voren kwamen in dat advies zelf, geen rol van betekenis meer spelen. Ook klachten over informatievoorziening in het voortraject moeten in het advies zelf staan.[18] In het verzoekschrift aangevoerde bezwaren dienen in voldoende mate overeen te stemmen met in het advies aangevoerde beweegredenen.[19] Eerst tijdens de mondelinge behandeling bij de OK naar voren gebrachte argumenten van de ondernemingsraad redden het niet zonder dat deze in het advies te berde zijn gebracht.[20] Nogmaals, slechts de in het adviestraject naar voren gebrachte bezwaren spelen in een art. 26 WOR-procedure een rol van betekenis.[21]

Motiveringsperikelen

Mijn vorige kroniek in *ArbeidsRecht* 2007, 34 sloot ik af met de 'open deur' dat de ondernemer er goed aan doet ruim te motiveren. Daar hoort bij dat redeneringen transparant moeten zijn en getallen moeten kloppen. Sprengers refereerde in de Fase-bundel terecht aan het feit dat de OK de inhoudelijke opstelling van beide partijen als uitgangspunt neemt en kritisch bekijkt of deze consistent zijn.[22] Indien het bedrijf stelt een besparing tot een bepaald bedrag te willen doorvoeren en bekend is wat het schrappen van een arbeidsplaats aan besparing oplevert, moet het aantal arbeidsplaatsen dat verdwijnt, zijn te herleiden naar het bedrag van de gewenste besparing. In een beschikking van 11 januari 2007 overwoog de OK dat niet viel uit te sluiten dat er voor alle of enkele van de voorgestelde maatregelen goede gronden waren. Een stellingname en het debat daarover behoorden in het adviestraject centraal te staan. Dat was niet gebeurd en dit had tot gevolg dat omtrent het betreffende besluit de ondernemer opnieuw naar de tekentafel moest.[23]

Indien de ondernemer bepaalde functies de kwalificatie 'verdwijnfunctie' geeft, dient hij ten aanzien van de motivering daarvan niet te volstaan met (zeer) vage bewoordingen. Dat speelt eens te meer, indien in het adviestraject de ondernemingsraad op een verdergaande motivering aandringt. In de betreffende kwestie meende de gemeente Rotterdam dat de beoordeling van haar argumentatie was onderworpen aan een marginale toets. De OK stelde in zijn beschikking van 28 februari 2007 dat het niet of slechts beperkt kunnen toetsen van de deugdelijkheid van argumenten en de inzichtelijkheid daarvan, de betekenis van het recht op medezeggenschap miskent. De materie bevond zich aldus, en dat is niet merkwaardig, nog op het terrein van de volle toets van de procedurele zorgvuldigheid.[24]

Het is inherent aan strategische beslissingen dat deels moet worden gewerkt met veronderstellingen met betrekking tot de toekomst. De OK accepteert die situatie met de terechte opmerking dat anders het wezen van het ondernemen wordt miskend. Het gaat erom dat de ondernemer voldoende aannemelijk maakt dat zijn veronderstellingen zo'n realiteitsgehalte hebben dat zij in combinatie met de reeds wel bekende feiten een zodanige motivering geven dat sprake is van een besluit dat in redelijkheid kon worden genomen.[25] Een variant op dit thema is te vinden in de OK-beschikking van 20 juni 2007 betreffende het besluit van het bedrijf Erico tot het staken van de productie van bepaalde materialen. De OK overwoog dat de kern van de zaak de vraag betrof of het advies van de ondernemingsraad op basis van juiste feiten en veronderstellingen was gegeven en niet over de vraag ging of de besparingen uiteindelijk inderdaad precies overeenkomstig deze feiten en veronderstellingen behaald werden. De constatering dat geen onjuiste feiten of veronderstellingen waren verstrekt, won het pleit voor de ondernemer. De Ondernemingskamer overwoog daarenboven dat een relatief langdurig adviestraject de kans verhoogt op een relevante en mede op marktomstandigheden gebaseerde verandering in omstandigheden en dat ook de ondernemingsraad daarop bedacht kan en behoort te zijn. Deze passage past in het beeld dat

beide partijen een zekere verantwoordelijkheid hebben voor de kwaliteit van het adviestraject.[26]

De OK kent aan in het verleden gedane toezeggingen aan de ondernemingsraad in een art. 26 WOR-procedure binnen het kader van de te maken belangenafweging een zwaar gewicht toe. Toezeggingen zijn niet doorslaggevend, maar maken dat de meetlat voor de argumentatie om van de toezegging af te stappen, hoger ligt. In een beschikking van 31 juli 2008 oordeelde de OK over een voordrachtsrecht van de ondernemingsraad met betrekking tot een lid van de raad van toezicht van een zorginstelling. Een dergelijk onderwerp is eerder bij de OK aan de orde geweest. In 1999 wilde de Stichting Sint Franciscushof van zo'n voordrachtsrecht af met de argumentatie dat de ondernemer bij de wet wilde aansluiten. Dat standpunt redde het niet.[27] Ook in de beschikking van 31 juli 2008 liep het verkeerd af voor de ondernemer. De Stichting De Grote Rivieren zocht aansluiting bij de Zorgbrede Governance Code, die stelt dat een voordrachtsrecht onwenselijk is. Deze code laat echter bestaande rechten uitdrukkelijk onverlet en dat deed in de visie van de OK afbreuk aan de gedachte dat de intentie zo veel mogelijk bij de code te willen aansluiten, een houdbaar standpunt oplevert. De ondernemer had voorts nagelaten te beargumenteren dat de onafhankelijkheid en transparantie in de raad van toezicht worden bevorderd door het ontnemen aan de ondernemingsraad van het voordrachtsrecht. De ondernemer stelde nog dat het vervallen van het recht van voordracht voor de ondernemingsraad nauwelijks effect had. Zonder een eigen zwaarwichtig belang te tonen, lijkt zo'n argument het effect van een boemerang te hebben. Hoe dat ook zij, wil een ondernemer van een toegezegd voordrachtsrecht af, dan is het vaste jurisprudentie dat de argumentatie een zwaarwegend gehalte moet hebben. Ik denk daarbij aan een algehele structuurwijziging en een daardoor niet meer inpasbaar zijn van zo'n voordrachtsrecht of aan feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat het met dat voordrachtsrecht in de praktijk in de jaren daarvoor goed is misgegaan. Dat speelde allemaal niet.[28]

Ondernemingsraad en af te sluiten sociaal plan

Een sociaal plan bevat bij uitstek voorgenomen maatregelen naar aanleiding van de gevolgen van een voorgenomen besluit voor de in de onderneming werkzame personen. De ondernemingsraad behoort omtrent deze maatregelen ingevolge art. 25 lid 3 WOR een overzicht te ontvangen. De ondernemer is niet gehouden de maatregelen in overeenstemming met de ondernemingsraad vast te stellen. Het adviesrecht van de ondernemingsraad strekt zich echter wel nadrukkelijk mede uit tot de inhoud van de maatregelen. Het resultaat van het overleg over een sociaal plan speelt, ongeacht de aard en omvang van de betrokkenheid van vakorganisaties, derhalve een rol in het advies van de ondernemingsraad en in het verlengde daarvan in de toetsing van het besluit door de OK. In de literatuur was enige onduidelijkheid ontstaan over de vraag of het adviesrecht van de ondernemingsraad steeds mede betrekking heeft op (de inhoud van) een sociaal plan.[29] De OK heeft in de *Bolsius*-beschikking aan deze onduidelijkheid een einde gemaakt.[30]

De *Bolsius*-beschikking laat ook zien dat een adviestraject voor de ondernemer goed kan aflopen, indien de ondernemer in het adviestraject volstaat met een verwijzing naar een bepaald sociaal plan, ook indien dat niet in overeenstemming met de betrokken vakorganisaties tot stand gekomen is en ook indien dat slechts een concept betreft. Dat de maatregelen ingeval sprake is van een concept nog niet definitief vaststaan, maar op onderdelen kunnen worden gewijzigd, behoeft bij de beoordeling door de ondernemingsraad geen bezwaar te vormen indien en zolang voldoende vaststaat dat de definitieve maatregelen niet, althans niet in enigszins belangrijke mate daarvan zullen (kunnen) afwijken, althans niet op voor de in de onderneming werkzame personen nadelige wijze (r.o. 3.2). Het feit dat een sociaal plan in het adviestraject een rol speelt, betekent tevens dat de ondernemer bij een verschil van opvatting met de ondernemingsraad over bepaalde onderdelen van het sociaal

plan dient gemotiveerd uiteen te zetten waarom hij de argumentatie van de ondernemingsraad niet volgt. In de *Bolsius*-kwestie spitste de discussie zich toe op een verandering in het sociaal plan ten aanzien van eerdere plannen. Het verschil betrof het feit dat in eerdere plannen de vergoeding bij wijze van som ineens werd betaald en in het nieuwe plan slechts de helft op die manier beschikbaar kwam en de andere helft betaalbaar zou zijn in de vorm van een suppletierегeling. De ondernemingsraad refereerde in het adviestraject aan een ongebruikelijke knip waarvoor geen zwaarwegende financiële gronden aanwezig waren. De ondernemingsraad had bovendien naar voren gebracht dat het voor de werknemers die nu moesten afvloeien zuur was te weten dat zij na hun ontslag in een nadeliger positie verkeerden dan hun eerder afgevloede collega's. Tegenover deze argumenten is wel duidelijk dat het niet volstaat om als ondernemer aan te geven dat het adviesrecht uitsluitend ziet op het voorgenomen besluit en dat de argumenten van de ondernemingsraad geen aanleiding vormen een ander standpunt in te nemen. Belangrijker is dat de OK lijkt duidelijk te maken dat het afwijken van een eerder gevolgde gedragslijn een accent legt op de motiveringsplicht. Ik denk niet dat de OK de meetlat voor die motiveringsplicht legt langs de lijn van gewekte verwachtingen die ertoe nopen dat de besluitvorming behoort te voldoen aan hogere maatstaven van zorgvuldigheid.[31] De OK overweegt namelijk niet dat de meetlat voor de motivering hoger ligt. De aanwezigheid van een tot dan toe gevolgde gedragslijn betekent wel dat eens te meer een afwijking een goede motivering behoeft. Zo bezien geldt voor een switch van het volgen van de oude kantonrechtersformule in eerdere sociale plannen naar het in een nieuw sociaal plan volgen van de nieuwe per 1 januari 2009 van toepassing zijnde kantonrechtersformule geen bijzondere motiveringsplicht. Dat geldt mede op grond van de omstandigheid dat, zoals ook voorheen, de nieuwe Aanbeveling 3.7 een soort *shuffle* danst met het sociaal plan rondom de $C = 1$. Per 1 januari 2009 ligt de vergoeding bij een factor $C = 1$ 'van de ene op de andere dag' (aanzienlijk) lager. Dat laat onverlet dat op grond van de toelichting bij Aanbeveling 3.7 er in het algemeen eerst aanleiding is om de maximering op het getal 1 te verlaten indien bij een reorganisatie toepassing van het sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst leidt en enkel het streven naar rendementsverbetering grond vormt voor de reorganisatie. Overgangsprikelen daargelaten, ligt het derhalve voor de hand te menen dat het op de leest van de nieuwe kantonrechtersformule schoeien van sociale plannen betrekkelijk eenvoudig de toets der kritiek van de OK doorstaat. Voor andere afwijkingen van een eerder gevolgde gedragslijn kan dat onder omstandigheden gezien de *Bolsius*-beschikking anders liggen.[32]

In zijn beschikking van 8 januari 2008 bevestigde de OK nog weer eens de positie van de ondernemingsraad in het geval deze het overleg over een sociaal plan overlaat aan de ondernemer en de betrokken vakorganisaties. De ondernemingsraad is vrij om dat te doen. In dat geval is de ondernemingsraad in beginsel aan (de uitkomsten van) dat overleg gebonden. Lukt het de ondernemer niet met de vakorganisaties tot overeenstemming te komen, dan herleeft de mogelijkheid voor de ondernemingsraad om een actievere houding aan te nemen en alsnog zelf te toetsen.[33] De ondernemingsraad van het Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de provincie Utrecht stelde dat er eerst overeenstemming over een sociaal plan moet zijn, voordat wordt geadviseerd. Die afspraak was echter niet gemaakt en de verplichting vloeit niet voort uit de WOR. De OK overwoog dat het weigeren advies uit te brengen vanwege het ontbreken van overeenstemming over een sociaal plan niet conform de eisen van redelijkheid en billijkheid is die partijen in een adviestraject jegens elkaar in acht dienen te nemen.[34] De beschikking laat zien dat het (nog steeds) een gedachte is bij het niet bereiken van overeenstemming met de vakorganisaties of de ondernemingsraad, het laatste onderhandelingsresultaat in het adviestraject in te brengen en aan de ondernemingsraad te vragen zijn advies uit te brengen. In de kwestie van 8 januari 2008 weigerde de ondernemingsraad dit te doen en verloor. Een soortgelijke kwestie speelde anderhalve maand

later in een beschikking van 25 februari 2008. Hier adviseerde de ondernemingsraad wel, maar negatief. De OK oordeelde dat op voldoende wijze, ook in kwalitatieve zin, overleg was geweest. De argumenten van de ondernemingsraad waren zichtbaar meegewogen en het sociaal plan was ook op een bepaald punt aangepast. De gemeente was met de vakorganisaties tot een onderhandelingsresultaat gekomen. Dat ontsloeg de gemeente op zich niet van de verplichting om ten opzichte van de betrokken medewerkers duidelijkheid te geven over de gevolgen van het besluit en de met het oog daarop voorgenomen maatregelen. Dat was geschied door het onderhandelingsresultaat toe te passen en het feit dat nadien de vakorganisaties niet met dat resultaat instemden, deed hier niet aan af.[35]

Toerekening c.q. medeondernemerschap

In de verslagperiode is tweemaal ten overstaan van de OK geprocedeerd over besluitvorming rond de overdracht van zeggenschap op het niveau van de (groot)moedervenootschap van Packard Bell.[36] De feiten lagen nogal complex. Een evenwichtige bespreking van de casus zou veel ruimte in beslag nemen. Ik zie daarvan af. Ik neem de gelegenheid wel te baat om naar aanleiding van de *Packard Bell*-beschikkingen enige overwegingen te wijden aan toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap. Sprengers heeft in *Sociaal Recht* de beschikkingen van uitvoerig commentaar voorzien. Ik voel mij door zijn beschouwingen geïnspireerd.[37] Sprengers zegt met mij van mening te verschillen over het gebruik van toerekening en medeondernemerschap als technieken. Het is de vraag of dit echt zo is. De OK hanteert twee technieken om de soms complexe materie van besluitvormingsprocessen op een manier die invloed geeft binnen het bereik van het adviesrecht van de ondernemingsraad te brengen. Het betreft de leerstukken toerekening (van besluitvorming) en medeondernemerschap (van de moedervenootschap of van een andere 'derde'). Bij toerekening van besluitvorming is het adviesrecht zelf in het geding: is er adviesrecht en, zo ja, op welk moment? Denk aan het voorbeeld dat de moedermaatschappij wereldwijd een groot aantal ontslagen aankondigt met (mede) gevolgen voor de Nederlandse dochterverenootschap waarbij een ondernemingsraad is ingesteld. Indien deze dochterverenootschap het standpunt inneemt dat de aankondiging een aanwijzing is en niet meer dan dat en vervolgens op zorgvuldige wijze een adviestraject begint, is verdedigbaar dat op correcte wijze invulling wordt gegeven aan de adviesverplichting die de WOR voorschrijft ten aanzien van voorgenomen reorganisatiebesluiten. Stelt de Nederlandse dochterverenootschap zich echter op het standpunt dat de aankondiging *his master's voice* is en dat dus slechts uitvoering daarvan resteert zonder eigen nadere besluitvorming, dan zorgt de techniek van toerekening van besluitvorming ervoor dat aan de ondernemingsraad adviesrecht toekomt.[38]

Medeondernemerschap ziet in beginsel op de vraag of een andere partij dan de eigen ondernemer ten opzichte van de ondernemingsraad medeondernemer is. Dat speelt uiteraard in een procedure naar aanleiding van een bepaald besluit, want zonder besluit trekt een art. 26 WOR-procedure op niets. Soms vreest een ondernemingsraad dat het resultaat van het adviestraject weinig zoden aan de dijk zal zetten, tenzij een derde partij (die qua feitelijke of juridische machtsverhoudingen aan de touwtjes trekt) bij het adviestraject en vervolgens ook in een OK-procedure kan worden betrokken. Het doel van de techniek van het medeondernemerschap is de derde zelf als (mede)ondernemer te kunnen aanspreken. Bij de techniek van medeondernemerschap is er op zich geen strijd, of hoeft er geen strijd te zijn over de vraag of de eigen ondernemer aan de ondernemingsraad adviesrecht moet geven. Dat dispuut kan wel bestaan, maar het hoeft niet. Het resultaat van beide technieken is dat in de situatie dat men tot de conclusie komt dat aan een ondernemingsraad adviesrecht toekomt met betrekking tot een bepaald besluit, de eigen ondernemer niet met succes kan wegduiken met het argument dat een andere partij heeft besloten (hier speelt het leerstuk van de toerekening), terwijl de derde partij die zich structureel gedraagt als degene die binnen de

onderneming van de ondernemer ten opzichte van de ondernemingsraad de lakens uitdeelt, niet kan wegduiken met het argument dat men geen ondernemer is en dus niets te maken heeft met de interne aangelegenheden binnen de onderneming van de ondernemer ten opzichte van de ondernemingsraad (hier speelt het leerstuk van het medeondernemerschap). Het 'mede' in medeondernemerschap brengt tot slot tot uitdrukking dat de eigen ondernemer ten opzichte van de ondernemingsraad geen 'buut vrij' krijgt met de stelling dat een andere partij in feite de lakens uitdeelt en dus (de enige) ondernemer is ten opzichte van de eigen ondernemingsraad. Indien sprake is van een adviesplichtig besluit, zal in ieder geval de eigen ondernemer altijd adviesplichtig zijn, bij medeondernemerschap speelt slechts de vraag of daarnaast ook nog een andere partij adviesplichtig is.

De Hoge Raad heeft het bereik van het leerstuk van het medeondernemerschap beperkt tot de situatie dat de door de ondernemingsraad in de art. 26 WOR-procedure betrokken derde (veelal de moedervernootschap in concernverband) stelselmatig een zwaarwichtige invloed uitoefent op de besluitvorming binnen de onderneming van de eigen ondernemer ten opzichte van de ondernemingsraad (veelal de dochtervernootschap). Bovendien stelde de Hoge Raad de eis dat het gaat om een besluit dat door zijn aard binnen de sfeer van de aan de organen van de eigen ondernemer ten opzichte van de ondernemingsraad toekomende bevoegdheden valt.[39] Zonder deze laatste aanvullende eis zou anders de stelselmatige invloed uitoefenende medeondernemer ook ten aanzien van besluitvorming die niets van doen heeft met de betreffende dochtervernootschap, art. 25 WOR-adviesrecht aan de ondernemingsraad moeten geven. Met andere woorden: de Hoge Raad stelt aan medeondernemerschap zowel de eis van stelselmatige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming - en wel zodanig dat gezegd kan worden dat deze onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden - als de eis dat het besluit dat in de art. 26 WOR-procedure aan de orde is, daadwerkelijk betrekking heeft op de mede in stand gehouden onderneming - het besluit moet door zijn aard binnen de sfeer van de aan de organen van de eigen ondernemer toekomende bevoegdheden vallen. In zijn commentaar op de *Packard Bell*-beschikkingen stelt Sprengers dat de OK het begrip 'stelselmatig' lijkt te verengen tot de betrokkenheid bij het besluit dat aan de orde is, terwijl de Hoge Raad naar zijn mening meer het accent legt op een stelselmatige betrokkenheid bij de besluitvorming in het algemeen. Ik ben het met Sprengers eens dat de Hoge Raad dat accent legt. Ik zou alleen niet willen spreken van een accent, maar van een eis. Stelselmatig invloed uitoefenen is geen eenmalige aangelegenheid. De vraag rijst nu of betrokkenheid van de medeondernemer bij het in de procedure aan de orde zijnde besluit een eis is. Ik meen dat op deze vraag een genuanceerd antwoord past. De Hoge Raad zegt het niet met zoveel woorden. De Hoge Raad eist dat onderzocht wordt of stelselmatig sprake is van een zodanige invloed dat de derde voor de toepassing van de WOR geacht wordt de onderneming mede in stand te houden. De Hoge Raad overweegt dat tevens sprake moet zijn van een besluit dat door zijn aard binnen de sfeer van de aan de organen van de eigen ondernemer toekomende bevoegdheden valt. Dat betekent dat het moet gaan om een besluit dat in de onderneming ingrijpt. De Hoge Raad zegt het wat cryptischer, maar dat vloeit naar mijn mening slechts voort uit het feit dat in de *Heuga*-beschikking van 26 januari 1994[40] een besluit op tafel lag dat adviesplichtig werd geacht, terwijl het besluit niet bevoegdlijk door (enig orgaan van) de eigen ondernemer kon worden genomen. Dit is naar mijn mening de reden dat de Hoge Raad spreekt over 'binnen de sfeer van'. Ik ben geneigd aan de betrokkenheid van de moedervernootschap bij het in de art. 26 WOR-procedure maatgevende besluit geen doorslaggevend gewicht toe te kennen. Betrokkenheid van de moedervernootschap kan een aanwijzing zijn, maar onderbouwt geen stelselmatige beïnvloeding. Het ontbreken van betrokkenheid van de moedervernootschap kan een aanwijzing zijn, maar staat er niet aan in de weg dat er toch sprake is van een stelselmatige beïnvloeding. Kent men aan het in een art. 26 WOR-procedure kunnen aantonen van

betrokkenheid bij het maatgevende besluit van de moederverenootschap een doorslaggevend gewicht toe, dan ontkent dat de feitelijke mogelijkheid dat betrokkenheid onzichtbaar is of is gemaakt (of omgekeerd). Het is, kortom, begrijpelijk dat de OK in voorkomend geval betrokkenheid nagaat, maar het onderzoek stopt daar niet. Niet ten onrechte stelde Willems in 2002 dat het bij medeondernemerschap gaat om invloed. De mogelijkheid van beslissende invloed die slechts incidenteel wordt uitgeoefend door het hogere niveau, is onvoldoende.[41] In de *Packard Bell*-beschikkingen had de ondernemingsraad de eigenaar van de grootmoederverenootschap naast de eigen ondernemer in de procedure betrokken. De ondernemingsraad van Packard Bell B.V. probeerde via de techniek van het medeondernemerschap invloed te krijgen op besluitvorming rondom de overdracht van de aandelen in de grootmoederverenootschap. De OK onderzocht in de beschikking of sprake was van een stelselmatig zodanig beïnvloeden van de besluitvorming binnen het Nederlandse Packard Bell B.V. dat kon worden gezegd dat de onderneming van Packard Bell B.V. mede door de grootmoederverenootschap te Hong Kong, c.q. de eigenaar daarvan wonende in de Verenigde Staten, in stand werd gehouden. De OK onderzocht voorts de tweede eis van de Hoge Raad dat het moet gaan om een besluit dat de Nederlandse ondernemingsraad aangaat (in de woorden van de OK: 'rechtstreeks en onmiddellijk ingrijpt in, dan wel van belang is voor de gang van zaken, de organisatie of het beleid binnen de onderneming van Packard Bell'). Beide aspecten lagen feitelijk zodanig, dat de ondernemingsraad het pleit verloor. In de tweede beschikking van 19 februari 2008 staat nog een belangrijke passage ten aanzien van het bereik van art. 25 lid 1 sub a WOR. De OK overwoog dat omtrent de overdracht van aandelen in de grootmoederverenootschap in beginsel aan de ondernemingsraad van de kleindochterverenootschap in het algemeen niet, althans niet op zichzelf en zonder meer, art. 25 lid 1 WOR-adviesrecht toekomt. De OK voegde eraan toe dat dit onder omstandigheden, zoals bij puur gekunstelde constructies, anders kan liggen. Die moeten er dan wel zijn en dat speelde in de betreffende kwestie in de visie van de OK niet.[42] De boeiende discussie over toerekening en medeondernemerschap wordt ongetwijfeld vervolgd!

Voetnoot

[1]

Prof. mr. L.G. Verburg is hoofdredacteur van dit tijdschrift.

[2]

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

[3]

C. Nekeman & E. Knipschild, 'Het recht op informatie en de plicht tot geheimhouding van de ondernemingsraad', *ArbeidsRecht* 2007, 49.

[4]

Zie over het primaat van de politiek HR 9 februari 2007, *ARO* 2007, 42, *ROR* 2007, 17 en *JAR* 2007/72 (*Dr. S. van Mesdagkliniek*). A-G Timmerman geeft in zijn conclusie voor het arrest een goed overzicht van de eerdere jurisprudentie over het primaat van de politiek. Zie over deze materie voorts P.A.M. Witteveen, 'Over knippen en scheren bij overheidsmedezeggenschap', *ArA* 2007-3, p. 61-84.

[5]

Ik breng nog twee inspirerende artikelen over het medezeggenschapsrecht uit de Fase-bundel onder uw aandacht: L.C.J. Sprengers, 'De ondernemingsraad de maat genomen', in: A.T.J.M. Jacobs & F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht* (Liber amicorum Fase), Zutphen: Paris 2007, p. 167-181 en R.A.A. Duk, 'De zachte kern van het medezeggenschapsrecht', in: A.T.J.M. Jacobs & F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht* (Liber amicorum Fase), Zutphen:

Paris 2007, p. 183-197.

- [6] Expliciet opgetekend in OK 7 juli 1988, *NJ* 1989, 845, m.nt. Ma (*Fluke*).
- [7] Het begrip 'marginale toetsing' stamt van H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred* (oratie Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959, p. 3. Zie noot 6 bij de conclusie van A-G Mok bij HR 7 juli 1982, *NJ* 1983, 35, m.nt. Ma (*Enka*).
- [8] OK 1 mei 1980, *NJ* 1981, 271, m.nt. Ma en *ROR* 1971-1984, 79 (*Linge Ziekenhuis*). Vgl. onder anderen J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000, 15, m.n. p. 11.
- [9] OK 27 juni 2008, *ARO* 2008, 120 en *JAR* 2008/220 (*Connexion Openbaar Vervoer*).
- [10] OK 30 november 2007, *ARO* 2007, 199, *ROR* 2007, 40 en *JAR* 2008/10 (*Stichting KCE*) met commentaar van L.C.J. Sprengers in *SR* 2008, p. 61-63. Ten aanzien van de positie van de derde op grond van art. 26 lid 5 WOR wijs ik bovendien nog op OK 13 november 2008, *ARO* 2008, 182 (*APM Terminals*). Hier overwoog de OK dat aan toewijzing van het verzoek van de ondernemingsraad niet in de weg staat dat ingevolge art. 26 lid 5 WOR een voorziening door derden verworven rechten niet kan aantasten. Ik laat de materie van de positie van de derde verder buiten beschouwing.
- [11] OK 8 januari 2008, *ARO* 2008, 34, *ROR* 2007, 42 en *JAR* 2008/51 (*Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de provincie Utrecht*).
- [12] Zie over art. 24 lid 1 WOR L.C.J. Sprengers, 'Wijziging art. 24 WOR: wordt de ondernemingsraad nu daadwerkelijk een denktank van de ondernemer?' *SR* 1998, p. 367-370 en L.G. Verburg, 'Art. 24 lid 1 WOR: voorwetenschap maakt niet altijd gelukkig', *SR* 1998, p. 364-367.
- [13] Vgl. L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 31), Deventer: Kluwer 2008, p. 13 e.v.
- [14] OK 8 februari 2007, *ARO* 2007, 41, *ROR* 2007, 16 en *JAR* 2007/67 (*Philips Lighting*). Deze beschikking voorkomt binnen concernverband het risico dat het hogere concernniveau belangrijke besluiten zolang mogelijk aan zich houdt om te vermijden dat het lokale management in een onmogelijke positie wordt gemanoeuvreed doordat het starten van het adviestraject nog te vroeg valt, maar op grond van de WOR al te laat is. Een te stringente spelregeltoets voert niet noodzakelijk tot een eerder consulteren van de ondernemingsraad, maar kan ook een later inschakelen van het lokale management tot gevolg hebben. De Philips Lighting-beschikking maakt duidelijk dat hier de spelregeltoets niet te stringent is en geeft dus 'lucht'.
- [15] J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000, 15, p. 7.
- [16] OK 29 mei 2007, *ARO* 2007, 95, *ROR* 2007, 32 en *JAR* 2007/204 (*TNT Fashion*).
- [17] OK 13 november 2008, *ARO* 2008, 182 (*APM Terminals*).

- [18] OK 8 maart 2007, *ARO* 2007, 63, *ROR* 2007, 19 en *JAR* 2007/123 (*Stichting Kringloopbedrijf Netwerk*).
- [19] OK 17 augustus 2007, *ARO* 2007, 152, *ROR* 2007, 34 en *JAR* 2007, 244 (*Open Universiteit Nederland*).
- [20] OK 12 oktober 2007, *ARO* 2007, 171, *ROR* 2007, 37 en *JAR* 2007/300 (*J. van den Berg & Zoon Waddinxveen B.V.*).
- [21] OK 8 januari 2008, *ARO* 2008, 34, *ROR* 2007, 42 en *JAR* 2008/51 (*Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de provincie Utrecht*).
- [22] L.C.J. Sprengers, 'De ondernemingsraad de maat genomen', in: A.T.J.M. Jacobs & F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht* (Liber amicorum Fase), Zutphen: Paris 2007, p. 167-181, m.n. p. 181.
- [23] OK 11 januari 2007, *ARO* 2007, 31, *ROR* 2007, 14 en *JAR* 2007/66 (*Elementis Specialties Netherlands B.V.*).
- [24] OK 28 februari 2007, *ARO* 2007, 62, *ROR* 2007, 18 en *JAR* 2007/107 (*Gemeente Rotterdam*).
- [25] OK 4 februari 1999, *ROR* 1999, 5 (*KLM Callcenter*).
- [26] OK 20 juni 2007, *ARO* 2007, 116, *ROR* 2007, 33 en *JAR* 2007/205 (*Erico*) met commentaar van L.C.J. Sprengers in *SR* 2007, p. 411-413.
- [27] OK 9 september 1999, *JOR* 2000/27 en *ROR* 1999, 25 (*Psychiatrisch Ziekenhuis Sint Franciscushof*) met commentaar van M.G. Rood in *Ondernemingsrecht* 1999, p. 455-456, J.H.M. Willems in *ArbeidsRecht* 2000, 15, m.n. p. 11-12 en recenter bijvoorbeeld R.A.A. Duk, 'De zachte kern van het medezeggenschapsrecht', in: A.T.J.M. Jacobs & F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht* (Liber amicorum Fase), Zutphen: Paris 2007, p. 183-197, m.n. p. 193.
- [28] OK 31 juli 2008, *JAR* 2008/221 en *JOR* 2008/302, m.nt. Holzer (*Stichting De Grote Rivieren*).
- [29] De *Bolsius*-leer werd eerder door L.C.J. Sprengers verdedigd in *SMA* 2006, p. 520-522. Ph.E. Voûte, 'De ondernemingsraad en het sociaal plan', *ArbeidsRecht* 2005, 62 en Y. van Gernerden, 'De medezeggenschap in 2005: three easy pieces?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel XX), Deventer: Kluwer 2006, p. 74, stelden dat de ondernemingsraad niet of niet altijd een adviesrecht heeft met betrekking tot een sociaal plan. Die zienswijze is door de OK niet gevolgd.
- [30] OK 12 maart 2007, *ARO* 2007, 64, *ROR* 2007, 20 en *JAR* 2007/108 (*Bolsius*) met commentaar van L.C.J. Sprengers in *SR* 2007, p. 262-265.
- [31] Vgl. OK 16 maart 2000, *JAR* 2000/80 (*Philips Lighting*).

- [32] Vgl. OK 10 april 2007, *JAR* 2007/138 en *ROR* 2007, 21 (*Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers*). In deze kwestie was een wachtgeldregeling vervallen. Daarvoor in de plaats tredende voorzieningen lagen nog niet duidelijk. Het sociaal plan deed te weinig om die onduidelijkheden op te lossen.
- [33] Zie voor de jurisprudentie mijn bijdrage 'De raadpleging van de ondernemingsraad en vakorganisaties', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 31), Deventer: Kluwer 2008, p. 33-34.
- [34] OK 8 januari 2008, *ARO* 2008, 34, *ROR* 2007, 42 en *JAR* 2008/51 (*Openbaar Lichaam Muskusrattenbestrijding in de provincie Utrecht*).
- [35] OK 25 februari 2008, *ARO* 2008, 74 en *JAR* 2008/127 (*Dienst Advies en Beheer van de gemeente Amsterdam*).
- [36] OK 9 januari 2008, *ARO* 2008, 35, *ROR* 2007, 43 en *JAR* 2008/52 (*Packard Bell I*) en OK 19 februari 2008, *ARO* 2008, 73 en *JAR* 2008/106 (*Packard Bell II*). Eerder procedeerden partijen over de kosten van rechtsbijstand van de ondernemingsraad in Rb. Arnhem (vzr.) 29 november 2007, *JAR* 2008/31 en *ROR* 2007, 39.
- [37] L.C.J. Sprengers, 'Toetsing van een adviesprocedure in drie delen', *SR* 2008, p. 194-199.
- [38] Vgl. het tweede besluit in OK 15 april 2004, *JOR* 2004/165 (*VNU Publitec*). Een besluit dient wel in te grijpen in de onderneming waarbij de ondernemingsraad is ingesteld. Dat was niet het geval in OK 17 januari 2008, *ARO* 2008, 36 en *ROR* 2007, 44 (*Honeywell B.V.*).
- [39] HR 26 januari 2000, *JAR* 2000/30 en *JOR* 2000/55, m.nt. Van het Kaar en *NJ* 2000, 223, m.nt. Ma (*De grenscorrecties bij Rijswijk, Leidschendam en Nootdorp*) en HR 26 januari 2000, *JAR* 2000/46 en *NJ* 2000, 224 (*Waterschap Polderdistrict Betuwe*).
- [40] *NJ* 1994, 545, m.nt. Ma.
- [41] J.H. Willems, 'Res non inter alios acta', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68), Deventer: Kluwer 2002, p. 79-101, m.n. p. 88-90. Zie over deze materie voorts mijn dissertatie *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 40), Deventer: Kluwer 2007, p. 191-197.
- [42] Ik heb in mijn in de vorige noot genoemde dissertatie getracht om de materie van de gekunstelde constructie enige handen en voeten te geven met behulp van de substance-leer (zie par. 5.3.5).

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 07-05-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.