

MR. M.A. DE JAGER

Het adviesrecht van de ondernemingsraad bij financiële besluiten

Het principe van medezeggenschap van werknemers bij bepaalde voorgenomen besluiten die de onderneming betreffen, is tegenwoordig eigenlijk wel algemeen aanvaard. Samengevat is het adviesrecht van de ondernemingsraad van toepassing op belangrijke voorgenomen besluiten van de ondernemer van economische, organisatorische of sociale aard. Het adviesrecht beoogt werknemers tijdig wezenlijke invloed te kunnen laten uitoefenen op belangrijke voorgenomen besluiten, vanwege de mogelijke personele gevolgen van deze besluiten (en de maatregelen die in dat verband worden (voor)genomen), zeker daar waar de continuïteit van de onderneming in het gedrang kan komen.

Artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden ('WOR') geeft een opsomming van de verschillende adviesplichtige besluiten. Deels spreekt deze opsomming voor zich; deels geeft de interpretatie van de reikwijdte van het adviesrecht van de ondernemingsraad in de praktijk nog altijd stof tot nadenken. In deze bijdrage zullen enkele aspecten van het adviesrecht van de ondernemingsraad bij financieringsvraagstukken nader worden beschouwd. Daarbij zal de nadruk liggen op zogenaamde 'financiële besluiten' van de ondernemer in concernverband, dat wil in deze bijdrage zeggen: besluiten die de financiële positie van de onderneming betreffen.

Financiële besluiten

In artikel 25, lid 1 sub h, i en j van de WOR zijn de volgende 'financiële besluiten' expliciet benoemd: het voorgenomen besluit tot het doen van een

belangrijke investering of het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming, maar ook het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer. Onder dat laatste wordt tevens verstaan het afgeven van een zogenaamde 403-verklaring (terwijl de intrekking daarvan in beginsel niet adviesplichtig zal zijn).¹ Dergelijke financiële besluiten van de ondernemer zullen in beginsel adviesplichtig zijn.

Ondernemer

Het gaat in eerste instantie om financiële besluiten van de 'ondernemer'. De gedachte is dat er geen medezeggenschap van de ondernemingsraad kan bestaan, zonder zeggenschap van de ondernemer. De ondernemer is primair de (rechts)persoon die de onderneming in stand houdt. Het is echter mogelijk dat de zeggenschap van de ondernemingsraad zich kan uitstrekken over besluiten, die niet door de 'eigen' ondernemer worden genomen. Deze situaties zullen zich vooral voordoen in concernverband.

In de rechtspraak van de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (de 'Ondernemingskamer') is herhaaldelijk bevestigd dat besluiten van een moedervennootschap (lees: een ander dan de ondernemer) kunnen worden 'toegerekend' aan de ondernemer. Daarbij zal een rol spelen dat de moedervennootschap, bijvoorbeeld als bestuurder van de dochtervennootschap, een grote inbreng heeft gehad op de besluitvorming bij de dochtervennootschap;² die inbreng zal spoedig kunnen worden aangenomen

¹ Vzr. Arnhem 21 juli 2004, ROR 2004, nr. 42 (Accordis Beheer; intrekken 403-verklaring niet adviesplichtig, tenzij uitdrukkelijke toezegging).

² Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 april 1987, NJ 1988, 382.

als er een belangrijke overlapping – een personele unie – bestaat tussen de bestuurders van de moeder-vennootschap en die van de dochtervennootschap.

Ook zonder een dergelijke toerekening kan de ondernemingsraad gerechtigd zijn om te adviseren over besluiten die worden genomen op een hoger niveau in de groep. Daarbij dient te worden gedacht aan de doctrines van ‘vereenzelviging’, of ‘mede-ondernemerschap’. Bij vereenzelviging kan worden gedacht aan het opheffen van de Raad van Commissarissen op het niveau van de moedervennootschap, dat tot adviesrecht kan leiden op het niveau van de dochtervennootschap.³ Bij het aannemen van mede-ondernemerschap tussen moeder- en dochtervennootschap speelt de stelselmatige invloed op en betrokkenheid bij de bedrijfsvoering van de dochtervennootschap een grote rol.⁴

Belangrijk

Uit het woord ‘belangrijk’ in artikel 25 lid 1 sub i, j en h WOR kan worden afgeleid dat niet alle financiële besluiten adviesplichtig zullen zijn. De wet geeft echter geen vaste omschrijving van het begrip ‘belangrijk’. Welke financiële besluiten ‘belangrijk’ zijn en welke niet, is dan ook vatbaar voor interpretatie. In ieder geval zal het moeten gaan om bijzondere, niet-alledaagse financiële besluiten, met wezenlijke gevolgen voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming. Het adviesrecht geldt niet voor zover er sprake is van een normale uitoefening van de werkzaamheden in de onderneming.⁵

Het spreekt voor zich dat een omvangrijke investering in (duurzame) bedrijfsmiddelen ten behoeve van de eigen onderneming, die *in casu* voor de ondernemer als substantieel en niet alledaags kan worden gekwalificeerd, onder het adviesrecht van de ondernemingsraad valt.⁶ Een besluit om een belangrijke investering niet te doen (een ‘desinvestering’) zal in beginsel niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad vallen, tenzij datzelfde besluit tevens valt onder één van de onderwerpen van artikel 25 lid 1 van de WOR, zoals een reorganisatie, sluiting van een productiefaciliteit, of de overdracht van zeggenschap over een onderdeel van de onderneming.

Hoewel de omvang van de verwachte personele

gevolgen van belang kan zijn bij het beoordelen of een voorgenomen financieel besluit adviesplichtig is, zal dat niet per definitie een beslissend criterium zijn; ook een voorgenomen financieel besluit zonder – directe – personele gevolgen kan namelijk adviesplichtig zijn.⁷ Dat zal met name het geval zijn als een dergelijk besluit redelijkerwijs te verwachten – indirecte – personele gevolgen heeft. Daaronder wordt verstaan de (dis)continuïteit van de onderneming. Voor de goede orde, zo er personele gevolgen kleven aan financiële besluiten zullen deze veelal indirect van aard zijn.

Verder heeft de term ‘belangrijk’ in de zin van artikel 25 WOR ook een subjectieve connotatie. Indien en voor zover de ondernemer het advies van de ondernemingsraad heeft gevraagd, staat daarmee vast dat de ondernemer het betreffende voorgenomen besluit belangrijk acht. Op deze subjectieve beleving kan de ondernemer later in rechte niet meer terugkomen, ongeacht of de rechter de kwestie op haar merites als ‘belangrijk’ zou hebben gekwalificeerd.

Ten slotte is het mogelijk dat de ondernemer nadere afspraken heeft gemaakt met de ondernemingsraad (in een covenant), of anderszins toezeggingen zijn gedaan omtrent de invulling van het begrip ‘belangrijk’. Partijen kunnen daarmee verwijzen naar een financiële drempelwaarde, maar bijvoorbeeld ook naar een vooraf bepaald onderwerp.

Krediet en zekerheid

Het aantrekken van een belangrijk krediet voor de onderneming kan personele gevolgen met zich brengen, omdat de daarmee verband houdende verplichtingen (rente, aflossingen, zekerheid) de continuïteit van de onderneming kunnen bedreigen. Die redenering gaat ook op voor het verstrekken van een belangrijk krediet (en het daarmee verband houdende restitutierisico), alsook voor het verstrekken van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere onderneming (en het daarmee verband houdende verhaalsrisico).

Dergelijke situaties spelen zich met grote regelmaat af bij vennootschappen in concernverband. De daarmee verbonden risico’s zijn bij de Ondernemings-

³ HR 26 januari 1994, *ROR* 1994, 1.

⁴ HR 26 januari 2000, *JOR* 2000, 55; Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 oktober 2002, *ARO* 2002, 171.

⁵ Vink, F.W.H., *Inzicht in de Ondernemingsraad*, Editie 2006, p. 122.

⁶ Gerechtshof Amsterdam (OK) 1 maart 2001, *ROR* 2001, nr. 12 (de investering maakt een wezenlijk deel uit van de totale investering).

⁷ Gerechtshof Amsterdam (OK) 9 maart 2000, *ROR* 2000, nr. 14 (ook adviesplichtigheid mogelijk bij besluiten zonder personele gevolgen).

mingskamer herhaaldelijk onderwerp van geschil geweest en zijn dan ook alleszins denkbeeldig. Meer specifiek kan daarbij worden gedacht aan de *casus* waarbij de moeder vennootschap van een concern een kredietfaciliteit overeenkomt met één of meerdere geldverstrekkers, terwijl in het kader van die kredietfaciliteit alle (materiële) vennootschappen van het concern worden ‘verordonneerd’ om de daarbij gebruikelijke zekerheden te verstrekken. Het is niet ondenkbaar dat de moeder vennootschap en haar dochters in dergelijke situaties een ander – en mogelijk zelfs tegenstrijdig – belang kunnen hebben. Immers, de dochter vennootschap dient in te staan voor alle schulden van de moeder vennootschap, zodat bij een toerekenbare tekortkoming van de moeder vennootschap uit hoofde van de kredietfaciliteit, de continuïteit van de dochter in het gedrang kan komen.

De wetgever heeft bij de wijziging van de WOR in 1998 het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer overigens uitdrukkelijk opgenomen in onderdeel j van het eerste lid van artikel 25 WOR.

Vertraging

Doordat besluiten tot het aangaan van een kredietfaciliteit ten behoeve van een (internationaal) concern veelal niet worden genomen op het niveau van de Nederlandse dochteronderneming waar zich een ondernemingsraad bevindt, wordt de adviesbevoegdheid van de Nederlandse ondernemingsraad in dergelijke gevallen niet zelden ‘vergeten’.

Deze adviesbevoegdheid blijft echter in de meeste gevallen uiteindelijk toch niet onopgemerkt, als gevolg van de uitgebreide lenings- en zekerheidsdocumentatie, *legal opinions*, et cetera. In dat kader dient doorgaans namelijk te worden verklaard dat aan alle (wettelijke) meldings- en overlegvereisten is voldaan en zal het ontbreken van het advies van de ondernemingsraad alsdan pijnlijk duidelijk worden.

Aldus wordt de ondernemer voor de keuze geplaatst om alsnog de ondernemingsraad advies te vragen. Niet zelden is dat op een dusdanig laat moment, dat kan worden getwijfeld aan deugdelijke en wezenlijke medezeggenschap. Als er weinig tot geen – directe – personele gevolgen te verwachten zijn van het voorgenomen besluit tot toetreding tot een kredietfaciliteit (en het verstrekken van zekerheden), terwijl het voorts niet in de rede ligt om materiële – indirecte – personele gevolgen te verwachten, is het niet ondenkbaar dat het hele adviestraject alsnog zeer efficiënt, snel en succesvol verloopt. Daarbij dient te worden bedacht dat de wet geen minimum-

termijn stelt aan de duur van het adviestraject, met dien verstande dat er ten minste één overlegvergadering moet hebben plaatsgevonden voordat het advies wordt gegeven.

Zijn er wel (directe) personele gevolgen te verwachten, bijvoorbeeld doordat een significante vermindering van personeelskosten een constitutieve voorwaarde is voor toetreding tot de kredietfaciliteit, dan ligt het niet voor de hand dat de ondernemingsraad onmiddellijk een positief advies zal verstrekken. In dat geval kan het adviestraject op het niveau van de Nederlandse dochter vennootschap een belangrijke vertragende factor vormen; het kan de voortgang van de transactie (in ieder geval voor de Nederlandse dochter vennootschap) in gevaar brengen.

De geldverstrekker (of hun raadsliden) trappen in dat geval doorgaans op de rem; als er in dat geval al *signing* plaatsvindt (of heeft plaatsgevonden) – terwijl in dat geval grote vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad op de besluitvorming – kan de *closing* tot nader order worden uitgesteld tot dat het adviestraject deugdelijk is verlopen.

Maar zelfs als dergelijke commerciële overwegingen niet nopen tot opschorting van de transactie, bestaan er ook nog belangrijke juridische redenen om pas op de plaats te maken. Ieder besluit van een ondernemer dat geheel of gedeeltelijk afwijkt van het advies van de ondernemingsraad, moet op grond van artikel 25 lid 6 WOR namelijk met ten minste één maand worden opgeschort, tenzij de ondernemingsraad uitdrukkelijk afstand doet van die opschortingstermijn. Datzelfde geldt als de ondernemingsraad geen advies heeft kunnen of willen geven. Deze opschortingstermijn eindigt één maand na de dag waarop het besluit door de onderneming aan de ondernemingsraad is bevestigd.

De vertraging kan ten slotte ook worden veroorzaakt doordat de ondernemingsraad, bij wijze van voorlopige voorziening, in rechte afdwingt dat (alsnog) een deugdelijk adviestraject wordt doorlopen. Het is daarbij goed te bedenken dat de wet evenmin een maximumtermijn stelt aan de duur van een adviestraject (hoewel er wel praktische mogelijkheden bestaan om het adviestraject zo efficiënt mogelijk te laten verlopen).

Beroep

Het is niet toevallig dat de opschortingstermijn samenvalt met de termijn waarbinnen de ondernemingsraad beroep kan aantekenen tegen het besluit bij de Ondernemingskamer. Aldus wordt de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld om het besluit

van de ondernemer te doen toetsen door de rechter op grond van artikel 26 WOR. Deze toetsing is – wat de inhoud van het besluit betreft – *marginiaal*; daarmee wordt bedoeld dat de rechter toetst of de ondernemer in redelijkheid tot het gewraakte besluit heeft kunnen komen (met de kennis waarover de ondernemer op dat moment beschikte of kon beschikken). De rechter weegt de betrokken belangen, zonder daarbij op de stoel van de ondernemer te gaan zitten.

De toetsing door de rechter is *volledig* met betrekking tot de (formele) vereisten van de totstandkoming van het besluit. Wanneer de ondernemer het advies van de ondernemingsraad niet of niet tijdig heeft gevraagd, leidt deze ‘spelregeltoetsing’ in vrijwel alle gevallen tot het oordeel dat het besluit kennelijk onredelijk is. De achterliggende gedachte daarvan is dat de ondernemer in die gevallen niet tot een behoorlijke belangenafweging heeft kunnen komen, zonder dat voorafgaand advies is gevraagd van de ondernemingsraad. De rechter kan tot eenzelfde oordeel komen, wanneer het voorgenomen besluit niet deugdelijk is gemotiveerd.

Voorlopige voorzieningen

Het is denkbaar dat partijen zich van de (pragmatische of wettelijke) bezwaren om een transactie op te schorten niets aantrekken en de transactie gewoon doorgang laten vinden. In dat geval zou het beroepsrecht van de ondernemingsraad door de feiten worden ingehaald.

Op vordering c.q. verzoek van de ondernemingsraad kan de Voorzieningenrechter dan ook in voorkomende gevallen – en zodig onverwijld – de noodzakelijk geachte voorlopige voorzieningen treffen. Sinds 1996 beschikt de Ondernemingskamer over de mogelijkheid om, vooruitlopend op de eindbeschikking, op verzoek van de ondernemingsraad onverwijld voorlopige voorzieningen te treffen.

Daarbij wordt gedacht aan de verplichting om het besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken en de gevolgen daarvan ongedaan te maken, of een verbod om het besluit geheel of gedeeltelijk uit te voeren. Dergelijke onverwijld voorlopige voorzieningen worden door de Ondernemingskamer slechts opgelegd indien daarvoor zwaarwichtige redenen aanwezig zijn en een aanmerkelijke kans bestaat dat in de bodemprocedure zal worden geoordeeld dat sprake is van een kennelijk onredelijk besluit.⁸

De Ondernemingskamer is niet exclusief bevoegd. In zwaarwichtige en spoedeisende gevallen, waar de ondernemingsraad niet bij de Ondernemingskamer terecht kan, staat de gang naar de Voorzieningenrechter van de Rechtbank in beginsel open. Echter, wanneer de bodemprocedure ingevolge artikel 26 WOR reeds aanhangig is, zal een vordering van de ondernemingsraad om een onverwijld voorlopige voorziening aan de Voorzieningenrechter van de Rechtbank op niet-ontvankelijkheid stuiten.⁹ De keuze voor de Ondernemingskamer of de Voorzieningenrechter van de Rechtbank kan verder afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval, onder andere de mogelijkheid (of wenselijkheid?) van het instellen van een bodemprocedure, de spoedeisendheid, et cetera.

Artikel 26 lid 5 WOR

Indien een ondernemer en een geldverstrekker zich (willens en wetens) niet laten weerhouden door juridische of pragmatische argumenten om het adviestraject (alsnog) te volgen, kan dat er toe leiden dat een kredietfaciliteit wordt verstrekt en zekerheden worden gevestigd, zonder dat de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld om daarover advies te geven. Dat betekent dat derden (zoals de geldverstrekker) rechten kunnen verwerven als gevolg van dergelijke financiële besluiten.

Een belangrijke beperking van reikwijdte en kracht van de voorzieningen vanwege de Ondernemingskamer is gelegen in artikel 25 lid 5 WOR. Daar is namelijk bepaald dat een voorziening van de Ondernemingskamer door derden verworven rechten niet kan aantasten.

Dat betekent dat zelfs als het besluit van de ondernemer kennelijk onredelijk is, de verworven rechten van derden beschermd worden. Dat wordt in beginsel niet anders als deze derde niet te goeder trouw is. Zelfs wanneer de ondernemer en de geldverstrekker weten of behoren te weten dat het vereiste advies van de ondernemingsraad voor de toetreding tot de kredietfaciliteit (en verstrekking van de bijbehorende zekerheden) niet is verkregen, kunnen zij derhalve besluiten tot het aangaan daarvan.

Toch lijkt dat niet verstandig. De redenen daarvoor zijn enerzijds pragmatisch, doordat het in het belang van de ondernemer zal zijn om de relatie met zijn ondernemingsraad te conserveren; het gewraakte

⁸ Grapperhaus, F.B.J., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, p. 463; Timmerman, L. / Sprengers, L.C.J., *Tekst & Commentaar*, derde druk 2004, p. 341.

⁹ Timmerman, L. / Sprengers, L.C.J., t.a.p.

besluit zal naar verwachting niet het laatste adviesplichtige besluit zijn (het zal niet de laatste keer zijn dat de ondernemer de ondernemingsraad nodig heeft). Anderzijds lijkt ook de genoemde derdenbescherming bij nadere beschouwing niet absoluut. De Ondernemingskamer lijkt geneigd om het begrip 'derde' in de zin van artikel 26 lid 5 WOR beperkter uit te leggen dan de louter taalkundige betekenis zou doen vermoeden. Zo kan uit het *obiter dictum* bij het arrest van de Ondernemingskamer inzake Noest Beheer¹⁰ worden afgeleid, dat de wederpartij van een ondernemer niet als derde is te beschouwen, indien en voor zover deze betrokken is bij de interne besluitvorming van de ondernemer. Een dergelijke pseudo-derde lijkt derhalve niet op bescherming tegen de voorzieningen van de Ondernemingskamer te kunnen rekenen.

Toegegeven, het lijkt niet gemakkelijk om aan te tonen dat de geldverstrekker is betrokken bij de interne besluitvorming van de ondernemer, maar onmogelijk is het niet.

Slotopmerkingen

Belangrijke financiële besluiten zijn adviesplichtig. Dat kan in concernverband ook gelden voor besluiten die niet op het niveau van de ondernemer zelf worden genomen. Behalve besluiten tot het doen van belangrijke investeringen, strekt het adviesrecht zich ook uit over het verstrekken of aantrekken van een belangrijk krediet en het verstrekken van zekerheid voor de belangrijke schulden van een andere onderneming, een veelvoorkomende element van concernfinanciering. Het ontbreken van het advies van de ondernemingsraad bij dergelijke besluiten kan een belangrijk struikelblok vormen. De ondernemingsraad kan rechtsmaatregelen treffen om dergelijke besluiten of het uitvoeren daarvan geheel of gedeeltelijk te blokkeren. Toch blijkt dat niet altijd voldoende om het concern en de geldverstrekker ervan te weerhouden de transactie doorgang te laten vinden; daarbij vertrouwen zij op de bescherming van de door derden verworven rechten. De derdenbescherming van artikel 26 lid 5 WOR is echter niet absoluut.

Mr. M.A. de Jager is advocaat en partner bij CORP. advocaten te Amsterdam

10 Gerechtshof Amsterdam (OK) d.d. 14 april 1999, *JAR* 1999/101, *ROR* 1999, 19 (Noest Beheer; geen derdenbescherming voor pseudo-derde).