

De rol van de ondernemingsraad bij het aantrekken van krediet en het stellen van zekerheid in concernverband

*Mr. L. A. Beukers**

Inleiding

Concerns, zowel Nederlandse als buitenlandse, ontplooiën vaak activiteiten die ook buiten de eigen landsgrenzen plaatsvinden. Daarbij worden dikwijls op het niveau van de moeder-vennootschap – al dan niet gevestigd in Nederland – besluiten genomen die (ook) gevolgen hebben voor de activiteiten van de dochtervennootschappen. Te denken valt onder meer aan besluiten met betrekking tot de herstructurering van activiteiten, het overdragen van zeggenschap over een bepaalde divisie, het doen van belangrijke investeringen, het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van het concern en het daarmee gepaard gaande stellen van zekerheid. Voor wat betreft de Nederlandse medezeggenschap door de ondernemingsraad bestaat een spanningsveld tussen dergelijke ‘grensoverschrijdende’ besluiten en de reikwijdte van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). De rol van de ondernemingsraad is beperkt tot aangelegenheden die zich op eigen bodem afspelen, terwijl dergelijke buitenlandse besluiten wel kunnen resulteren in besluiten die op grond van de WOR aan de ondernemingsraad van de Nederlandse onderneming moeten worden voorgelegd. Niet zelden wordt de ondernemingsraad niet of pas in een (heel) laat stadium om advies gevraagd. In deze bijdrage bespreek ik de rol van de Nederlandse ondernemingsraad bij besluiten tot het aantrekken van krediet en het stellen van zekerheid in concernverband waarbij het voorgenomen besluit wordt genomen op moederniveau – gevestigd buiten Nederland – en ingrijpt in een Nederlandse dochtervennootschap waarvoor een ondernemingsraad is ingesteld.¹

Medezeggenschap door ondernemingsraad

De eerste WOR stamt uit 1950.² De ondernemingsraad had toen nog als doel ‘het bevorderen van de goede verstandhouding en samenwerking in de onderneming’. Ruim zestig jaar later en een aantal ‘WOR’s’ en wijzigingen daarop verder is de

rol van de ondernemingsraad als medezeggenschapsorgaan in het bedrijfsleven niet meer weg te denken. Was voorheen de taak van de ondernemingsraad om naar vermogen bij te dragen tot een zo goed mogelijk functioneren van de onderneming, inmiddels heeft de medezeggenschap door de ondernemingsraad een dualistische functie: aan de ene kant behartigt de ondernemingsraad de belangen van de in de onderneming werkzame personen, aan de andere kant is de ondernemingsraad een overlegpartner van de ondernemer. Het is inmiddels breed aanvaard dat medezeggenschap door de ondernemingsraad meerwaarde kan hebben voor het goed functioneren van de onderneming. Het SER-advies van 2003³ licht dat als volgt toe:

‘Zo kan de betrokkenheid van werknemers bij de besluitvorming van de ondernemer het draagvlak voor en de betrokkenheid van werknemers bij het ondernemingsbeleid vergroten, de implementatie van besluiten vergemakkelijken en leiden tot nieuwe gezichtspunten die niet eerder bij de afwegingen van de ondernemer waren betrokken.’

De medezeggenschap door de ondernemingsraad krijgt onder meer gestalte door het adviesrecht (art. 25 WOR), met als belangrijke stok achter de deur het beroepsrecht (art. 26 WOR), het instemmingsrecht (art. 27 WOR) met nietigheid als sanctie (art. 27 lid 5 WOR) en het informatierecht (art. 31 WOR). In deze bijdrage beperk ik me tot een aantal financieringsbesluiten en het daarmee gepaard gaande adviesrecht van de ondernemingsraad.

‘Onderneming’ en ‘ondernemer’

Het belangrijkste begrip in de WOR is het begrip ‘onderneming’. De WOR definieert een ‘onderneming’ als ‘elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens

* Mr. L.A. Beukers is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Verburg spreekt hier van zogenoemde *inbound* besluitvorming. L.G. Verburg, Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven, Deventer: Kluwer 2004, p. 137.

2. Wet van 4 mei 1950, Stb. 1950, 174.

3. SER-advies 03/12, p. 56. Zie ook Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 2.

tens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht'. Het is niet vereist dat een onderneming een juridisch zelfstandige eenheid is of een eigen rechtsvorm heeft. Een onderneming in de zin van de WOR kan dus deel uitmaken van een meer omvattende organisatie. Een BV kan dus bijvoorbeeld meerdere ondernemingen in stand houden. Een onderneming wordt in stand gehouden door (slechts) één ondernemer. De 'ondernemer' is volgens de WOR 'de natuurlijk persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt'. De WOR is alleen van toepassing op ondernemingen die in Nederland zijn gevestigd. Dat betekent dat in het geval van een grensoverschrijdend concern de niet-Nederlandse onderdelen daarvan buiten het bereik van de WOR vallen, immers de territoriale werking van de WOR staat daaraan in de weg. De Nederlandse ondernemingsraad kan over niet-Nederlandse onderdelen geen medezeggenschap uitoefenen. Deze situatie is slechts anders als de buitenlandse ondernemer(s) en de ondernemingsraad overeenkomen dat de ondernemingsraad ook de belangen van de (werknemers van de) buitenlandse ondernemer(s) behartigt,⁴ maar dat komt in de praktijk niet of nauwelijks voor.

Adviesrecht ex artikel 25 WOR

Had de ondernemingsraad onder de eerste WOR nog slechts een adviesbevoegdheid ten aanzien van maatregelen die tot verbetering van de technische en economische gang van zaken in de onderneming zouden kunnen bijdragen – volgens de memorie van toelichting paste het niet dat de ondernemingsraad zich zou mengen in zaken 'die des ondernemers' zijn – de huidige WOR bevat een arsenaal aan besluiten die voorafgaand advies van de ondernemingsraad behoeven. Het adviesrecht ziet, kort gezegd, op door de ondernemer voorgenomen belangrijke besluiten van financieel-economische en/of bedrijfsorganisatorische aard. Artikel 25 WOR bevat een uitputtende lijst van adviesplichtige besluiten. Het gaat onder andere om voorgenomen besluiten tot overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (art. 25 lid 1 sub a WOR), een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (art. 25 lid 1 sub d WOR), het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming (art. 25 lid 1 sub i WOR) en het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming (art. 25 lid 1 sub j WOR). De artikel 25 WOR-besluiten zijn volgens de memorie van toelichting van wezenlijk belang voor de onderneming, haar financiële situatie en toekomstperspectief en behoren om die reden niet aan het gezichtsveld van de ondernemingsraad te zijn onttrokken.⁵ Het adviesrecht van de ondernemingsraad beoogt werknemers tijdig wezenlijke invloed te kunnen laten uitoefenen op dergelijke belangrijke voorgenomen besluiten vanwege de mogelijke personele gevolgen van deze besluiten,

zeker daar waar de continuïteit van de onderneming in het gedrang kan komen.⁶ Het belang van de medezeggenschap door de ondernemingsraad ten aanzien van de genoemde besluiten wordt onderstreept door de voortschrijdende internationalisering van het bedrijfsleven, waarbij steeds vaker in concernverband op het hoogste (moeder)niveau besluiten worden genomen die gevolgen hebben voor de werknemers die werkzaam zijn bij de dochtervennootschappen, al dan niet gevestigd in verschillende landen.

Medeondernemerschap en toerekening

Het is belangrijk om te beseffen dat er situaties zijn waarin strikt genomen geen advies van de ondernemingsraad is vereist – ofwel omdat de ondernemer die het besluit neemt zelf geen ondernemingsraad heeft ingesteld, ofwel omdat het besluit (door de moedervernootschap) buiten Nederland wordt genomen – maar dat het voorgenomen besluit moet worden gezien als een besluit van een andere onderneming waar wél een ondernemingsraad is ingesteld en waarover, voor de juiste toepassing van de WOR, deze ondernemingsraad om advies zou moeten worden gevraagd. Deze situaties doen zich vooral voor in (grensoverschrijdend) concernverband. Een besluit moet worden gezien als het besluit van een andere onderneming als sprake is van medeondernemerschap of als sprake is van toerekening. In situaties waarbij sprake is van stelselmatige betrokkenheid van een andere rechtspersoon bij de besluitvorming van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld, wordt gesproken over medeondernemerschap.⁷ Het enkele feit dat een besluit van een ander dan de ondernemer ingrijpt in de onderneming, rechtvaardigt niet die ander als medeondernemer aan te merken.⁸ Volgens Sprengers⁹ moet voor medeondernemerschap binnen concernverband meer aan de hand zijn dan alleen het bezit van de volledige zeggenschap (de meerderheid van de aandelen): 'De Ondernemingskamer analyseert de feitelijke zeggenschapsverhoudingen en aansturing.' De Ondernemingskamer¹⁰ komt tot medeondernemerschap als de onderneming een positie inneemt die haar stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming (met ondernemingsraad) verschaft, dat gezegd kan worden dat deze laatste onderneming mede in stand wordt gehouden door de eerstgenoemde onderneming. Een belangrijke indicatie voor medeondernemerschap kan zijn dat een substantieel deel van het bestuur van de moedervernootschap tevens zetelt in het bestuur van de dochtervennootschap of dat alle besluiten van de dochtervennootschap ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan het bestuur van de moedervernootschap.¹¹ Er wordt van toerekening gesproken

4. M.G. Rood & P.F. van der Heijden, Rood's Wet op de ondernemingsraden, Deventer: Kluwer 2004, p. 449.

5. Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 10.

6. De vraag in hoeverre het advies van een ondernemingsraad daadwerkelijk wezenlijke invloed heeft (gehad) op het uiteindelijk door de ondernemer genomen definitieve besluit, valt buiten het bestek van deze bijdrage.

7. Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, SR 2004, 74 m.nt. L.C.J. Sprengers.

8. HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 m.nt. Macijer.

9. L.C.J. Sprengers, Medezeggenschapsrecht juli 2010-juli 2011: van Novio tot Organon, TRA 2011, nr. 101.

10. Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, JAR 2010, 309; Hof Amsterdam (OK) 10 mei 2011, JAR 2011, 167.

11. Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, SR 2004, 74 m.nt. L.C.J. Sprengers.

in situaties waarbij een bepaald besluit van een andere rechtspersoon dan de ondernemer, dat betrekking heeft op een andere onderneming waarvoor een ondernemingsraad is ingesteld, voor een goede toepassing van de WOR ter advies aan die ondernemingsraad wordt voorgelegd.¹² Of hiervan sprake is, moet door de inhoud van het besluit worden bepaald, waarbij met name de gevolgen die dit besluit heeft binnen de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld van doorslaggevend belang zijn.¹³ Enerzijds veronderstelt toerekening de aanwezigheid van een zekere hiërarchie tussen degene die het besluit neemt en de ondernemer van de onderneming waarbij de ondernemingsraad is ingesteld, anderzijds rechtvaardigt de aanwezigheid van een concernverhouding de toepassing van toerekening niet.¹⁴ Zo is Maeijer van mening dat de eigen verantwoordelijkheid van de Nederlandse dochtervennootschap overeind is gebleven en dat om die reden geen sprake kan zijn van automatische toerekening in concernverband:

In de meeste moeder-dochtergevallen zal het bestuur van de dochter nog zulke eigen autonome invloed op en verantwoordelijkheid voor de besluitvorming binnen haar onderneming hebben dat van een stelselmatige invloed zoals de HR bedoelt geen sprake is.¹⁵

Ik ben het met Verburg eens dat het niet altijd makkelijk is te bepalen in welke situaties toerekening op haar plaats is en dat om die reden de adviesrechten van de ondernemingsraad moeten worden beoordeeld vanuit het perspectief dat de WOR tracht te verzekeren.¹⁶ In de Intergas-beschikking¹⁷ volgt de Ondernemingskamer dezelfde redenering. De Ondernemingskamer oordeelde kort gezegd dat de vraag of sprake is van een adviesplichtig besluit gerelateerd is aan de aard en de omvang van de beoogde wijziging(en), deze mede gezien vanuit doel en strekking van de uit de WOR voortvloeiende medezeggenschapsrechten. Kortom, indien sprake is van toerekening of medeondernemerschap moet slechts dan advies worden gevraagd, als het besluit direct ingrijpt in of van belang is voor de bedrijfsvoering, organisatie of het beleid van de dochtervennootschap.

Informatievoorziening

Voor het op zorgvuldige wijze kunnen vervullen van zijn taak is adequate informatievoorziening van essentieel belang voor de ondernemingsraad. Dit geldt ook voor financiële informatie.¹⁸ Het is in principe aan de ondernemingsraad om te bepalen welke (financiële) informatie hij nodig heeft om een verantwoord advies te kunnen geven. Ook kan de onderne-

mingsraad een beroep doen op de motiveringsplicht van artikel 25 lid 3 WOR, dan wel op de algemene informatieplicht van artikel 31 lid 1 WOR. In het geval de ondernemingsraad wordt gevraagd advies te geven over een grensoverschrijdend besluit (al dan niet op het niveau van de buitenlandse moedervennootschap genomen), kan – om tot een gedegen advies te kunnen komen – relevante informatie van buiten Nederland benodigd zijn. De ondernemingsraad zal lang niet in alle gevallen op detailniveau willen/hoeven weten wat het concernbeleid betreffende een buitenlandse onderneming is. Voor de ondernemingsraad zal het wel van belang zijn te weten – vooruitlopend op het hieronder te behandelen stellen van zekerheden – wat de exacte verplichtingen van de buitenlandse moedervennootschap zijn waarvoor de dochtervennootschap zekerheid zal (dienen te) stellen. De ondernemingsraad moet zich immers een beeld kunnen vormen van de (financiële) risico's van het voorgenomen besluit. Hoewel de Nederlandse ondernemingsraad in principe alleen tegenover zijn 'eigen' ondernemer recht heeft op (de redelijkerwijs benodigde) informatie, laat de jurisprudentie van de Ondernemingskamer zien dat een (buitenlandse) moedervennootschap zodanige informatie dient te verschaffen als de (Nederlandse) dochtervennootschap redelijkerwijze nodig heeft voor een behoorlijke vervulling van haar taak. Daaronder valt het tijdig verschaffen van duidelijke informatie aan de ondernemingsraad.¹⁹ De verplichting tot het verschaffen van informatie aan de ondernemingsraad gaat zo ver dat onder omstandigheden van een ondernemer zelfs kan worden verlangd dat relevante informatie bij de potentiële koper van de onderneming wordt opgevraagd.²⁰ Als de ondernemingsraad en de ondernemer er niet uit komen, dient de Ondernemingskamer of de kantonrechter (art. 36 WOR) te bepalen of de door de ondernemingsraad gevraagde informatie van de ondernemer kan worden verlangd. In september van dit jaar is een wetsvoorstel tot wijziging van de WOR bij de Tweede Kamer ingediend.²¹ Het voorstel ziet onder andere op een voorgestelde aanpassing van artikel 31 lid 2 WOR, waarmee wordt getracht te verduidelijken dat het informatierecht omtrent zeggenschapsverhoudingen zich ook uitstrekt tot de internationale zeggenschapsverhoudingen. Het doel van deze wijziging is om de ondernemingsraad zo beter in staat te stellen duidelijkheid te krijgen over de rol van de lokale bestuurder binnen het concern en daarmee over de wijze waarop en in hoeverre hij door de ondernemingsraad kan worden aangesproken op besluitvorming binnen het (buitenlandse) concern.

Ik ga hieronder nader in op de voorgenomen besluiten tot het aantrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer.

12. Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, SR 2004, 74 m.nt. L.C.J. Sprengers.

13. L.C.J. Sprengers, Vereenzelvigen met Duk, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun (liber amicorum mr. R.A.A. Duk), Deventer: Kluwer 2011, p. 101.

14. Verburg 2004, p. 153 en 154.

15. HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 m.nt. Maeijer.

16. Verburg 2004, p. 247.

17. Hof Amsterdam (OK) 30 december 2003, ROR 2004, 13 (Intergas).

18. Hof Amsterdam 4 februari 2010, JAR 2010, 88.

19. Hof Amsterdam (OK) 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford), Hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (Hyster) en Hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, NJ 1986, 578 (Howson-Algraphy).

20. Hof Amsterdam 23 maart 2000, JAR 2000, 81.

21. Kamerstukken II 2011/12, 33 367, nr. 2 en 3.

Het aantrekken van een belangrijk krediet

Het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming is op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR adviesplichtig. Deze adviesbevoegdheid is in 1998 ingevoerd.²² De achtergrond voor deze adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad is dat dergelijke besluiten grote gevolgen kunnen hebben voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming en daarmee voor het toekomstperspectief van de onderneming, waaronder ook gevolgen voor de werkgelegenheid. De adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad ziet alleen op besluiten tot het aantrekken van een 'belangrijk' krediet. De vraag of sprake is van een 'belangrijk' krediet is niet eenduidig te beantwoorden. Zo kan een bepaald besluit voor onderneming A wel, maar voor onderneming B niet belangrijk zijn en kan het besluit belangrijk worden geacht als het gaat om een voor de onderneming niet-alledaags besluit. Volgens Koning²³ moet het besluit tot het aantrekken van krediet, gelet op de aard en omvang daarvan, niet alleen belangrijk zijn voor de onderneming, maar is ook van belang in welke mate en met welke ernst het besluit gevolgen zal of kan hebben voor alle of een belangrijk aantal werknemers. De Ondernemingskamer lijkt een ruimer begrip te hanteren en kwalificeert een besluit betrekkelijk snel als belangrijk. Bij het aantrekken van krediet zijn in mijn ogen, onder andere, de hoogte van het bedrag van de lening, het rentepercentage, de looptijd van de lening en de hoogte van de aflossingstermijnen omstandigheden die het voorgenomen besluit belangrijk kunnen maken en waarover de ondernemingsraad in de adviesaanvraagprocedure moet worden geïnformeerd. Ter Huurne²⁴ stelt zich op het standpunt dat niet elke kredietverstrekking door een ondernemer aan een andere ondernemer onmiddellijk invloed hoeft te hebben op de arbeidsorganisatie. Zo, zegt zij, is het bijvoorbeeld mogelijk dat een ondernemer overtollige middelen ter beschikking wil stellen aan een andere ondernemer in de vorm van een krediet. Zolang de arbeidsorganisatie niet onmiddellijk wordt geraakt of dreigt te worden geraakt, lijkt een adviesrecht voor de ondernemingsraad niet passend. Het belang van de werknemers is in dat geval zodanig indirect dat een dergelijk besluit door het bestuur autonoom behoort te kunnen worden genomen. De vraag is of dat juist is, gegeven de enge leer van de Ondernemingskamer. In de praktijk zal in concernverband het doorgaans de (buitenlandse) moedervernootschap zijn die krediet aantrekt ten behoeve van het gehele concern. Het voorgenomen besluit tot (enkel) het aantrekken van het krediet door de (buitenlandse) moedervernootschap behoeft geen voorafgaand advies van de ondernemingsraad van de (Nederlandse) dochtervernootschap. Immers, het voorgenomen besluit wordt niet genomen op het niveau van de onderneming waar de (Nederlandse) ondernemingsraad is ingesteld. De ondernemingsraad zou hier slechts in beeld komen als de ondernemingsraad tot zekerheid van de verplichtingen van de moedervernootschap onder de lening zekerheid

dient te stellen. Ik ga daar hieronder verder op in. Het aantrekken van een belangrijk krediet door de (Nederlandse) dochtervernootschap zelf is uiteraard wel adviesplichtig.

Het stellen van zekerheid

Het is gebruikelijk dat een bank in het kader van het verstrekken van een belangrijk krediet aan de moedervernootschap (al dan niet ten behoeve van het concern) zekerheid vereist voor de nakoming van de verplichtingen van de moedervernootschap onder de lening. Doorgaans wordt niet alleen vereist het stellen van zekerheid door de kredietnemer (de moedervernootschap) zelf, maar ook door de tot het concern behorende dochtervernootschappen (de *guarantors*). Bij het stellen van zekerheid kan worden gedacht aan het verpanden van activa (bankrekeningen, onroerend goed, vorderingen, intellectuele eigendomsrechten) en het achterstellen van bestaande schulden. Het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer is op grond van artikel 25 lid 1 sub i WOR adviesplichtig. In de praktijk zijn de moedervernootschap en de dochtervernootschappen hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen onder de financieringsdocumentatie, met andere woorden het terugbetalen van de lening. Het niet-nakomen van de verplichtingen – waarbij niet alleen moet worden gedacht aan het tijdig voldoen aan de aflosverplichtingen, maar ook aan het voldoen aan bepaalde financiële ratio's – onder de financieringsdocumentatie (in de praktijk een *event of default* genoemd) door de moedervernootschap kan dus leiden tot een toerekenbare tekortkoming van de dochtervernootschap. In dat geval kan de bank de lening opeisen (en/of zekerheden uitwinnen), als gevolg waarvan de continuïteit van de dochtervernootschap in gevaar kan komen, hetgeen personele gevolgen kan hebben. Om die reden is het voorgenomen besluit tot het stellen van zekerheid adviesplichtig. In financieringsdocumentatie wordt doorgaans de (opschortende) voorwaarde opgenomen dat voor *signing* de adviesprocedure van de WOR is doorlopen.²⁵ In de praktijk worden naast de hiervoor genoemde vormen van het stellen van zekerheid nogal eens aandelen die de moedervernootschap houdt in het kapitaal van de dochtervernootschappen ten behoeve van de kredietverstrekker verpand. Doorgaans vereist de kredietverstrekker daarbij dat de aandelen worden verpand en het stemrecht op de aandelen voorwaardelijk wordt overgedragen. Het is belangrijk te beseffen dat een dergelijk voorgenomen besluit leidt tot een apart besluit ex artikel 25 lid 1 sub a WOR, zijnde een besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming. Het besluit tot het verpanden van de aandelen in de dochtervernootschap is weliswaar een besluit dat door de aandeelhouder wordt genomen (in dit geval door de moedervernootschap), maar het wordt aan het bestuur van de dochtervernootschap toegerekend.²⁶ De ondernemingsraad zal over dat voorgenomen besluit apart om advies moeten worden

22. Wet van 4 maart 1998, Stb. 1998, 107.

23. F. Koning, Rechtspraak medezeggenschap, SMA 1981, p. 415.

24. G.M. ter Huurne, Adviesrecht ondernemingsraden in relatie tot de arbeidsorganisatie, De NV 1998, p. 186-190.

25. Er bestaat discussie over de vraag of de ondernemingsraad nog 'wezenlijke invloed' kan uitoefenen op het voorgenomen besluit. Ik ga in deze bijdrage niet in op deze discussie.

26. Verburg 2004, p. 248.

gevraagd. Immers, zodra sprake is van een *event of default* (veroorzaakt door de moeder vennootschap of de dochter vennootschap) gaat het op de aandelen rustende stemrecht en daarmee de zeggenschap over de dochter vennootschap over op de kredietverstrekker. Noch de moeder vennootschap, noch de dochter vennootschap zelf heeft daar enige invloed op. Bij het aangaan van de financieringsdocumentatie wordt daarover al een beslissing genomen.

Herfinancieringen

Herfinancieringen zijn aan de orde van de dag. Daarbij kan worden gedacht aan het (moeten) verhogen van het bedrag onder de lening, het niet meer kunnen voldoen aan de aflossingsverplichtingen of bepaalde ratio's en het verlengen van de looptijd van de lening, als gevolg waarvan partijen de bestaande lening verlengen en de voorwaarden van de lening wijzigen. Dikwijls komt de vraag op of de ondernemingsraad in dat geval (opnieuw) om advies moet worden gevraagd, aangezien de ondernemingsraad bij het aangaan van de oorspronkelijke lening ook al om advies was gevraagd. Volgens de letter van de WOR dient de ondernemingsraad over 'elk' voorgenomen besluit tot het aantrekken van een belangrijk krediet in de gelegenheid te worden gesteld advies uit te brengen. De vraag is of het verlengen van de looptijd van de lening moet worden beschouwd als een (voorgenomen) besluit tot het aantrekken van een (nieuw) (belangrijk) krediet of dat de verlenging moet worden beschouwd als een besluit dat niet valt onder de (limitatief opgesomde) besluiten van artikel 25 WOR, omdat de WOR het heeft over het 'aantrekken van' en niet het 'wijzigen van' de voorwaarden waaronder het krediet is verstrekt. Hierover is (nog) geen jurisprudentie. In mijn ogen valt goed te verdedigen dat het verlengen van de looptijd van een lening kan worden beschouwd als het aantrekken van een nieuw krediet. Immers, ten tijde van het aangaan van de oorspronkelijke lening is de ondernemingsraad er bij zijn advies van uitgegaan dat de lening zou worden aangegaan voor de overeengekomen duur en dat de onderneming slechts zekerheid diende te stellen voor de verplichtingen van de lening (en dus gekoppeld aan de overeengekomen looptijd van de lening). Indien de ondernemingsraad destijds zou hebben geweten dat de lening niet voor bijvoorbeeld vijf jaar, maar voor tien jaar zou worden aangegaan, had de ondernemingsraad zijn advies wellicht niet uitgebracht zoals het destijds is uitgebracht. De ondernemingsraad had in dat geval mogelijk (andere) voorwaarden aan zijn advies verbonden. Hetzelfde geldt voor onder andere het wijzigen van het rentepercentage en het verhogen van het bedrag onder de lening. Ook de veranderende feiten en omstandigheden (waaronder de economische crisis en de (financiële) positie van het concern) kunnen ertoe leiden dat de ondernemingsraad, als hij nu voor het aantrekken van krediet en/of het stellen van zekerheid om advies zou worden gevraagd, anders adviseert dan hij destijds heeft gedaan. Ook met inachtneming van de achtergrond van het adviesrecht – dat wil zeggen het kunnen uitoefenen van wezenlijke invloed op het voorgenomen besluit vanwege de mogelijke grote gevolgen van het besluit voor de vermogens- en liquidi-

teitspositie van de onderneming – zou kunnen worden geconcludeerd dat het verlengen van een lening in feite het aantrekken van een nieuw krediet behelst en daarmee het advies van de ondernemingsraad behoeft. Slechts in het geval dat enkel en alleen 'niet-essentiële voorwaarden' van de bestaande lening worden gewijzigd, waaronder in mijn ogen bijvoorbeeld valt de regelmaat waarmee de onderneming de bank moet voorzien van financiële cijfers, valt er iets voor te zeggen dat het voorgenomen besluit geen advies van de ondernemingsraad behoeft, omdat de wijzigingen het besluit niet als 'belangrijk' zullen kwalificeren. Daarvan zal in mijn ogen geen sprake zijn, aangezien een wijziging van een lening of een herfinanciering doorgaans juist wordt ingegeven door een (financiële) noodzaak tot het wijzigen van essentiële voorwaarden.

Conclusie

De ondernemingsraad heeft adviesrecht bij onder andere voorgenomen besluiten tot het aantrekken en verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer (tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming). Het belang van de medezeggenschap door de ondernemingsraad ten aanzien van dergelijke besluiten wordt onderstreept door de voortschrijdende internationalisering van het bedrijfsleven, waarbij steeds vaker in concernverband op hoger niveau besluiten worden genomen die gevolgen hebben voor de werknemers in andere landen. De ondernemingsraad heeft niet alleen adviesrecht als het besluit wordt genomen op het niveau waarop de ondernemingsraad is ingesteld. Er zijn situaties waarin het besluit van de moeder vennootschap ofwel via medeondernemerschap, ofwel via toerekening moet worden gezien als het besluit van de (dochter)vennootschap waar wel een ondernemingsraad is ingesteld. Om tot een verantwoord advies te kunnen komen dient de ondernemingsraad over relevante informatie te beschikken. Dat kan ertoe leiden dat ook de (buitenlandse) moeder vennootschap informatie dient te verschaffen aan de (Nederlandse) ondernemingsraad. Over de vraag of de ondernemingsraad adviesrecht heeft bij het (direct) aantrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer bestaat in de praktijk geen discussie. Dat is anders wanneer het gaat over een herfinanciering. In mijn ogen dient de ondernemingsraad (opnieuw) om advies te worden gevraagd als essentiële voorwaarden van de lening, zoals de looptijd en het rentepercentage, worden gewijzigd, aangezien dat besluit moet worden gekwalificeerd als het aantrekken van een nieuw krediet.