

M.S. KOPPERT-VAN BEEK / W.J. KOPPERT

De omgang met RvC en OR bij afstoting van bedrijfsactiviteiten

Inleiding

Wanneer een moedervennootschap een deel van de activiteiten van dochterondernemingen wil afstoten omdat dat naar haar inzicht in het belang van het concern is, kunnen bij de raad van commissarissen (hierna: RvC) en de ondernemingsraad (hierna: OR) van een dochtervennootschap bezwaren rijzen. Illustratief in dit kader is de zaak naar aanleiding van de perikelen binnen het Corus-concern. Met als inspiratiebron de uitspraak van de Ondernemingskamer in de Corus-zaak zullen hierna enkele aspecten van de positie van de RvC en de OR nader worden belicht. Onder meer komt aan de orde welke consultatieverplichtingen er voor het bestuur van een vennootschap bestaan alvorens tot een overname te besluiten, of en zo ja, hoe de medewerking van de RvC en de OR kan worden afgedwongen en in hoeverre de positie van een derde (koper van een onderneming) beïnvloed wordt door interne problemen van de verkoper van de onderneming.

§ 1. Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003: Corus¹

Corus Group plc is de Engelse moedervennootschap – via enkele andere vennootschappen – van Corus Nederland. Corus Nederland is op haar beurt holdingvennootschap van tal van vennootschappen, waaronder vennootschappen die zich toelagen op

aluminiumactiviteiten. Op Corus Nederland is het zogenaamde gemitigeerde structuurregime van toepassing.

Corus Group plc heeft begin 2002 besloten haar concernstrategie te wijzigen. Die wijziging van strategie komt er – kort gezegd – op neer dat het Corus concern zich zal gaan richten op staalproductie als gevolg waarvan de door Corus Nederland uitgeoefende aluminiumactiviteiten zullen worden verkocht. Op 23 oktober 2002 hebben Corus Group plc en de Franse vennootschap Pechiney SA overeenstemming bereikt over de verkoop van de Nederlandse aluminiumactiviteiten aan Pechiney SA. Hierna zou Corus Nederland met Pechiney SA een ‘Sale and Purchase Agreement’ (hierna: SPA) dienen aan te gaan. Door Corus Group plc en Pechiney SA is overeengekomen dat deze SPA uiterlijk op 13 maart 2003 door Corus Nederland en Pechiney SA moet zijn getekend, dat de RvC van Corus Nederland dan zijn goedkeuring aan de verkoop heeft verleend en dat het medezeggenschapstraject met de centrale ondernemingsraad (hierna: COR) is afgerond. Als aan deze voorwaarden niet is voldaan, zal Corus Group plc als break-up fee aan Pechiney SA 20 miljoen euro dienen te betalen.

Op 2 december 2002 heeft de COR negatief geadviseerd en aangekondigd het besluit tot afstoting van de aluminiumactiviteiten aan te vechten op grond van artikel 26 WOR. Hiermee liep het plan

¹ Zie NJ 2003, 248, JOR 2003, 85 m.nt. F.J.P. van den Ingh. Zie over de Corus-zaak ook S.M. Bartman in *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 227-229, G. van Solinge in zijn column ‘Ondeugende dochters’ in *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 201-202, J.W. de Groot, Corus Group/Corus Nederland, *A Ae* 52(2003)6, p. 446-448 en C. de Groot, De Corus-zaak, een atypisch intra-concern geschil, O&F 59.

van Corus Group plc plotseling spaak. De RvC en het bestuur van Corus Nederland, die niet of nauwelijks bij de transactie tussen Corus Group plc en Pechiney SA betrokken zijn, gingen met de concernleiding besprekingen voeren over het plan om de aluminiumactiviteiten af te stoten.² De RvC heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat de continuïteit van Corus Nederland onder druk zou komen te staan als de aluminiumactiviteiten zouden worden verkocht. Een belangrijke overweging hierbij was dat de opbrengst van de verkoop van de aluminiumactiviteiten zou worden gebruikt voor herfinanciering van het concern en gevreesd werd dat in feite de gelden zouden worden gebruikt om de verliezen van het concern in het Verenigd Koninkrijk op te vangen. Onderhandelingen tussen het bestuur van Corus Nederland en Corus Group plc leiden hierna tot het sluiten van een zogeheten 'ringfencing agreement'³ om deze bezwaren weg te nemen. Hierna besluit het bestuur van Corus Nederland op 10 maart 2003 (enkele dagen voordat de Corus Group plc de break-up fee aan Pechiney SA verschuldigd zou zijn) tot verkoop van de aluminiumactiviteiten onder de voorwaarde dat de RvC zowel dit besluit als de ringfencing agreement zal goedkeuren. Het bestuur stelt tevens dat de COR zijn rechten ingevolge de WOR moet kunnen uitoefenen.

Gezien de dreiging van de aanzienlijke break-up fee heeft de Corus Group plc een poging gewaagd om via het enquêterecht de medewerking van de RvC en de COR af te dwingen. Corus Group plc vraagt in het enquêteverzoek de Ondernemingskamer een aantal voorlopige voorzieningen te treffen. Verkort weergegeven komen deze erop neer dat gevraagd wordt dat tijdelijk de commissarissen van Corus Nederland, behalve één commissaris (namelijk de CEO van Corus Group plc) geschorst zullen worden (zodat de laatstgenoemde commissaris goedkeuring kan verlenen) en dat de COR bevolen zal worden haar verzet tegen de verkoop van de aluminiumactiviteiten te staken.

De Ondernemingskamer wijst het verzoek om een voorlopige voorziening met betrekking tot de RvC af en komt aan de behandeling van het verzoek

om een voorlopige voorziening met betrekking tot de COR hierdoor niet meer toe. Een voorlopige voorziening met betrekking tot de positie van de RvC acht de Ondernemingskamer slechts dan aan de orde wanneer de RvC niet in redelijkheid zijn goedkeuring aan het besluit tot verkoop van de aluminiumactiviteiten kon onthouden. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kan niet gezegd worden dat de RvC van Corus Nederland niet in redelijkheid tot zijn beslissing kon komen om aan het besluit van het bestuur van Corus Nederland (nog) niet haar goedkeuring te hechten.

§ 2. Consultatieverplichtingen voor een overname

Het goedkeuringsrecht van de RvC

Aangezien op Corus Nederland het zogenaamde gemitigeerde structuurregime van toepassing is, zijn bepaalde besluiten van het bestuur op grond van artikel 2:274 BW onderworpen aan de goedkeuring van de RvC. Op grond van artikel 2:274 lid 1 sub d en e BW zijn – kort gezegd – besluiten van het bestuur inzake het verbreken van duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon of het verminderen van een deelneming onderworpen aan de goedkeuring van de RvC. Dikwijls is ook in de statuten van een vennootschap bepaald dat het bestuur voor bepaalde handelingen de goedkeuring of machtiging van de RvC nodig heeft.⁴ In de statuten van Corus Nederland is een dergelijke bepaling opgenomen. Artikel 24 lid 1 van deze statuten bepaalt in aan de wet gelijkkluidende bewoordingen dat aan de goedkeuring van de RvC zijn onderworpen besluiten van de directie inzake het verbreken van een duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon of het verminderen van een deelneming.

In de nieuwe structuurregeling die op 1 oktober 2004 in werking is getreden is het recht van de RvC om bepaalde belangrijke besluiten goed te keuren onaangetast opgenomen. Volgens het nieuwe artikel 2:107a BW heeft ook de algemene vergadering van aandeelhouders een dergelijk goedkeuringsrecht ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten.⁵ Op grond van de artikelen 161a/271a BW heeft de algemene

2 Zie Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, 248 (Corus), r.o. 3.7.

3 In de ringfencing agreement werden een aantal afspraken neergelegd die een gezonde financiële positie van Corus Nederland bevorderen onder meer doordat bepaald werd dat de opbrengst van de verkoop van de aluminiumactiviteiten in de eerste plaats beschikbaar blijven voor betalingen van Corus Nederland.

4 De wettelijke basis voor een dergelijke statutaire bepaling is gelegen in artikel 2:140/250 lid 3 BW.

5 Zie hierover M.W. Josephus Jitta, Schuitje varen, theetje drinken, varen wij door polderland, *Ondernemingsrecht* 2002-3/4, p. 74 e.v.

vergadering van aandeelhouders nu de mogelijkheid de RvC als collectief te ontslaan.⁶ Hierdoor zal het goedkeuringsrecht van de RvC feitelijk in waarde verminderen. In de Memorie van Toelichting bij werd gesteld dat het ontslag een *ultimum remedium* is, welk uitgangspunt wordt ondersteund door bepaalde quorum- en meerderheidsvereisten waaraan een ontslagbesluit moet voldoen. In de praktijk zal echter de mogelijkheid van (dreigen met) ontslag van de RvC door de aandeelhouders toch een zekere machtsverschuiving meebrengen waardoor het goedkeuringsrecht van de RvC onder omstandigheden zal worden uitgehold.⁷

In de Corus-zaak had de algemene vergadering van aandeelhouders niet de mogelijkheid de RvC te ontslaan. Dit is de reden dat lange tijd door de concernleiding gepoogd is de RvC te overtuigen van de wenselijkheid van het door de moeder geplande beleid. De RvC van Corus Nederland had echter een eigen verantwoordelijkheid bij de beoordeling van dit beleid. De Ondernemingskamer overweegt dat het aanvaardbaar kan worden geacht dat de RvC van de dochter gedegen geïnformeerd wenst te worden of en zo ja in hoeverre en op welke wijze, erin is voorzien dat de belangen van Corus Nederland niet op onevenredige wijze worden geschaad en dat ook met haar belangen op een evenwichtige wijze rekening is gehouden.⁸ Hieruit blijkt dat de RvC het concernbelang alleen mag laten prevaleren als het vennootschapsbelang hierdoor niet op onevenredige wijze wordt geschaad.⁹ Het behoort tot de taak van de RvC, aldus de Ondernemingskamer, meer dan het een bestuur van de vennootschap vrijstaat, aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in de beschouwing zijn betrokken en op hun waarde zijn geschat, en of de maatregelen die zijn getroffen of de beslissingen die zijn genomen ter veiligstelling van die belangen adequaat en voldoende effectief zijn te achten.¹⁰ Het standpunt van een RvC in een

bepaalde kwestie wordt door een rechter slechts marginaal getoetst. Zo stelt de Ondernemingskamer in de Corus-zaak dat de voorziening die door Corus Group plc tegen de RvC gevraagd is, slechts voor toewijzing vatbaar is indien de RvC alle omstandigheden in aanmerking genomen in redelijkheid zijn goedkeuring aan het besluit niet – langer – kan onthouden.¹¹

Het adviesrecht van de OR

Ingevolge artikel 25 lid 1 sub a WOR dient een ondernemer advies te vragen aan haar ondernemingsraad indien zij de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan overdraagt aan een andere ondernemer. De overdracht van de aluminiumactiviteiten door Corus Group plc aan Pechiney SA is te beschouwen als een overdracht van zeggenschap als bedoeld in artikel 25 lid 1 sub a WOR. Als gevolg van de transactie krijgt immers een ander dan de oorspronkelijke ondernemer ten aanzien van het onderdeel aluminiumactiviteiten beslissende zeggenschap over Corus Nederland. In de Corus-zaak heeft Corus Nederland op 5 juni 2002 aan de COR advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot verkoop van de aluminiumactiviteiten. Hoewel het besluit derhalve ingegeven zal zijn door de voornemens van de moeder, gaat zowel het Corus-concern als de COR uit van een door Corus Nederland zelfstandig genomen besluit, zodat dit wordt aangemerkt als het adviesplichtige besluit in de zin van de WOR.

In zijn algemeenheid zijn er bij internationale concerns een drietal mogelijkheden op grond waarvan medezeggenschap plaatsheeft bij de Nederlandse subholding ondanks het feit dat de buitenlandse moeder in feite de belangrijke besluiten neemt. Deze 3 mogelijkheden zijn: medezeggenschap op grond van een medezeggenschapsconvenant, medezeggenschap door toerekening van besluiten aan de Nederlandse topholding en medezeggenschap door de zogenaamde Nederland-constructie. Op de beide

6 Zie hierover ook G.N.H. Kemperink. Enige opmerkingen over de vertrouwensbreuk tussen AVA en RvC bij structuurvennootschappen en de rol van de rechter daarin, *Ondernemingsrecht* 2004-15, p. 585 e.v.

7 Zie G. van Solinge, *Ondeugende dochters*, *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 202, die spreekt van een feitelijke instructiemacht van de algemene vergadering van aandeelhouders ten opzichte van de RvC. Van den Ingh merkt (*JOR* 2003,85) op dat het voor de commissarissen van Corus Nederland gemakkelijker was hun verzet tegen de plannen van de concernleiding vol te houden dan voor de bestuurders van Corus Nederland aangezien de bestuurders een ontslagrisico liepen.

8 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, NJ 2003,182 (Corus), r.o. 3.8.

9 Zie hierover ook Van den Ingh in zijn noot onder OK 13 maart 2003, *JOR* 2003,85 en J.W. de Groot, *Corus Group/Corus Nederland*, *AAe* 52(2003)6, p. 446-448.

10 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, 248 (Corus), r.o. 3.4. Zie hierover ook P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer, 2003, p. 195.

11 OK 13 maart 2003, NJ 2003,182 (Corus), r.o. 3.3.

laatste mogelijkheden die leiden tot medezeggenschap bij een Nederlandse subholding zal hierna kort worden ingegaan.

Wanneer een buitenlandse moeder besluit tot aandelenoverdracht, dan zou dit besluit onder omstandigheden kunnen worden *toegerekend* aan de Nederlandse dochter. Ook wanneer bij de beoogde aandelenoverdracht zowel koper als verkoper buitenlandse ondernemers zijn, doet dit aan de adviesplichtigheid van een besluit in beginsel niet af.¹² Dat toerekening van een besluit van de buitenlandse moeder aan de Nederlandse dochter in beginsel mogelijk is werd duidelijk in het Heuga-arrest¹³. De Ondernemingskamer sprak in deze zaak over toerekening van het besluit van de moeder aan de dochter. De toerekening van het besluit van de moeder aan de dochter kan evenwel niet zonder meer geschieden maar dient te worden gemotiveerd aan de hand van de concrete omstandigheden. In het Heuga-arrest was de omstandigheid dat het besluit van de buitenlandse moeder rechtstreeks van belang was voor de organisatie en het beleid in de onderneming in Nederland de rechtvaardiging voor de toerekening van het besluit van de moeder aan de Nederlandse dochter. De dochter was ten aanzien van het besluit van de moeder te beschouwen als ondernemer in de zin van artikel 1 lid 1 sub d WOR. De Hoge Raad overweegt in het Heuga-arrest dat de moeder zelf te beschouwen is als ondernemer in de zin van artikel 1 lid 1 sub d WOR. De moeder dient volgens de Hoge Raad met de dochter te worden *vereenzelvigd*, omdat zij de onderneming van de dochtermaatschappij mede in stand houdt.¹⁴

De zgn. Nederland-constructie houdt in dat als overlegpartner van de COR niet langer de (buitenlandse) concernleiding optreedt maar de directie van de Nederlandse subholding. De subholding kan conform artikel 33 lid 5 WOR worden aangewezen als ondernemer voor de COR.¹⁵

Corus Group plc heeft begin 2002 besloten haar 'multi metal strategie' te wijzigen en zich toe te leggen op de staalproductie als gevolg waarvan de aluminiumactiviteiten, die werden uitgeoefend door Corus Nederland, zouden worden verkocht. Door het bestuur van Corus Nederland werd op 5 juni 2002 aan de COR advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot verkoop van de aluminiumactiviteiten. Ten aanzien van het tijdstip van de adviesaanvraag kan worden opgemerkt dat artikel 25 lid 2 WOR voorschrijft dat het advies van de ondernemingsraad op een zodanig moment dient te worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed is op het te nemen besluit door de ondernemer. Kemperink¹⁶ spreekt voor het bepalen van de tijdstip van de adviesaanvraag over een kristallisatiepunt:

'Wanneer het voornemen van de ondernemer met betrekking tot het afstoten van zeggenschap over de onderneming of het verkrijgen van zeggenschap over een andere onderneming zodanig is geconcretiseerd en is uitgekristalliseerd dat het voornemen vatbaar is voor een zakelijke beoordeling, zal het stadium van voorgenomen besluit zijn ingetreden en zal advies van de ondernemingsraad over de voorgenomen transactie gevraagd moeten worden.'

Indien men ervan zou uitgaan dat het besluit van begin 2002 van Corus Group plc als voldoende concreet gold en zou moeten worden toegerekend aan de Nederlandse dochter, is denkbaar dat een adviesaanvraag in juni 2002 als te laat zou worden aangemerkt. Zowel Corus als de COR gingen er echter van uit dat het besluit tot verkoop nog genomen diende te worden door Corus Nederland. De adviesaanvraag is in deze visie op tijd gedaan.

12 Zie ook F.W.H.Vink, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Sdu Uitgevers, Den Haag, veertiende druk, 2002, Hfdst. 4a, Toelichting op artikel 25 lid 1 sub a WOR.

13 HR 6 januari 1994, NJ 1994,545.

14 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer, 2003, nr. 80: 'In concernverband kan ook de vraag rijzen of de OR van een vennootschap, waarvan de aandelen in meerderheid in handen zijn van een moedermaatschappij, bij overdracht van die aandelen adviesrecht heeft. M.i. moet die vraag bevestigend beantwoord worden: voor de toepassing van artikel 25 lid 1 sub a mag in deze situatie de rechtspersoonlijkheid van de dochter terzijde worden gesteld of, zoals de Hoge Raad het uitdrukt in Heuga Holding, de moeder met de dochter worden vereenzelvigd. Bruikbaar is ook de door de OK in Heuga Holding gebezigde terminologie volgens welke het besluit van de moeder (mede) aan de dochter wordt toegerekend.'

15 S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Kluwer, Deventer, 2003, p. 135.

16 G.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, Kluwer, Deventer, 2002, p. 59.

§ 3. Kan de medewerking van de RvC en de OR worden afgedwongen?

De medewerking van de RvC

Wanneer het bestuur of de aandeelhouder van een vennootschap de medewerking van de RvC wil afdwingen, is naar huidig recht de aangewezen oplossing het vragen van een voorlopige voorziening. Zoals gezegd zal in de toekomst daarnaast het machtsmiddel van (dreiging met) ontslag van de commissarissen aan de aandeelhouders toekomen.

Voor het vragen van een voorlopige voorziening is de weg naar de Ondernemingskamer de meest gangbare in dit soort ondernemingsrechtelijke kwesties. De Ondernemingskamer heeft zich in de afgelopen jaren meer en meer geprofileerd als de voorlopige-voorzieningenrechter bij uitstek als het gaat om geschillen binnen ondernemingen.¹⁷ Dit blijkt ook in de Corus-zaak. De Ondernemingskamer gaat er veronderstellenderwijze van uit dat voorshands moet worden geoordeeld dat er gegronde redenen bestaan om te twifelen aan een juist beleid van Corus Nederland en verklaart de verzoekers vervolgens ontvankelijk in hun verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Zoals gezegd zal de Ondernemingskamer het verzoek om een voorlopige voorziening alleen toewijzen wanneer de RvC in redelijkheid zijn goedkeuring aan het besluit niet (langer) kan onthouden. De in de Corus-zaak gevraagde voorziening was schorsing tot en met 13 maart 2003 van op één na alle commissarissen zodat de overblijvende commissaris zijn goedkeuring aan het bestuursbesluit kon verlenen. Een dergelijke voorziening is een tijdelijke maatregel en in die zin 'voorlopig', maar de uitwerking is tamelijk definitief. Wanneer de voorziening wordt toegewezen zal de goedkeuring van de RvC aan het bestuursbesluit immers ondertussen worden verleend en een onomkeerbaar gevolg hebben. Dit is volgens jurisprudentie van de Hoge Raad niet bezwaarlijk. Een voorziening die tijdelijk inbreuk maakt op de binnen de vennootschap geldende rechtsverhoudingen en onomkeerbare gevolgen heeft is toegestaan mits de voorziening naar haar aard voorlopig is en voldoende rekening is gehouden met de belangen van betrokken partijen.¹⁸

De medewerking van de OR

De Ondernemingskamer laat zich, zoals gezegd, in

het Corus-arrest alleen uit over de houding van de RvC en komt aan het verzoek tot het verlenen van een voorlopige voorziening voorzover zich dat richt tegen de COR niet toe. Een indicatie terzake van de mogelijkheid voor een ondernemer om – door middel van een voorlopige voorziening – de wettelijke medezeggenschapsrechten van de(C)OR te beperken, wordt derhalve door de Ondernemingskamer niet gegeven. Van den Ingh¹⁹ geeft in zijn noot bij dit arrest aan dat naar zijn inzicht een dergelijke voorziening jegens een ondernemingsraad in een enquête-procedure ook niet mogelijk is.

Zoals hierboven aangegeven mag volgens de Hoge Raad een voorlopige voorziening een tijdelijke inbreuk maken op de geldende rechtsverhoudingen binnen de vennootschap mits de voorziening naar haar aard voorlopig is en voldoende rekening is gehouden met de belangen van betrokken partijen.

De verzochte voorziening zoals in de Corus-zaak ziet op het tijdelijke verbod voor de COR om zich te beroepen op de wettelijk vastgelegde medezeggenschapsrechten. Dit verbod heeft tot onomkeerbaar gevolg dat het Corus dan vrijstaat om over te gaan tot uitvoering van haar besluit tot het tekenen van de koopovereenkomst met Pechiney SA. Een eventuele voorziening tegen de COR zoals gevraagd in de Corus-zaak, zou tot gevolg hebben dat de COR definitief het rechtsmiddel van artikel 26 WOR niet zou kunnen uitoefenen. Zelfs al zou de formulering van een dergelijke voorziening (bijvoorbeeld dat de COR tijdens de beroepstermijn haar beroepsrecht niet zou mogen uitoefenen) lijken op een tijdelijke voorziening, dan toch rijst de vraag of die voorziening niet naar haar aard een definitieve voorziening is. Zou men dit aannemen dan zou een dergelijke voorziening tegen de COR in het licht van vernoemde jurisprudentie van de Hoge Raad niet mogelijk zijn.²⁰

§ 4. Rechten van derden

... wanneer de goedkeuring van de RvC ontbreekt

Art. 2:274 lid 2 BW bepaalt dat het ontbreken van goedkeuring van de RvC op een besluit als bedoeld in het eerste lid de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aantast. Dit betekent dat wanneer het bestuur van een vennootschap

17 Zie hierover meer uitgebreid S.M. Bartman in *Ondernemingsrecht* 2003-6, p. 228 e.v.

18 HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002,5 (FTS).

19 Zie hierover Van den Ingh in zijn noot bij het arrest, *JOR* 2003,85, p. 694.

20 Zie over deze kwestie ook M.M. Tuytel, De Corus-zaak en het verzoek aan de Ondernemingskamer bij wege van onmiddellijke voorziening de COR buiten spel te zetten..., *Ondernemingsrecht* 2004-5, p. 157 e.v.

met een derde bijvoorbeeld overeengekomen is dat (een deel van) de bedrijfsactiviteiten aan deze derde zullen worden overgedragen, het ontbreken van de goedkeuring van de RvC niet aan de derde kan worden tegengeworpen.²¹ Dit betekent dat tussen de vennootschap en de derde een geldige overeenkomst tot stand is gekomen, waarvan de derde (ondanks de mogelijke interne strubbelingen bij de vennootschap) nakoming kan vragen. De vraag rijst of de derde dit recht ook heeft wanneer deze derde ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was met het feit dat de goedkeuring van de RvC ontbrak. In beginsel wordt ook deze derde beschermd door het stelsel van vertegenwoordiging. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden kan de vennootschap zich beroepen op het ontbreken van toestemming van de RvC, namelijk wanneer de redelijkheid en billijkheid dit meebrengen.²² Dit zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de overeenkomst voor de vennootschap zeer ongunstig is en de derde van de bezwaren van de RvC op de hoogte is gebracht.

... wanneer de OR niet positief heeft geadviseerd

Artikel 25 lid 6 WOR verplicht de ondernemer zijn besluit op te schorten tot een maand nadat de ondernemingsraad van zijn van het advies afwijkend besluit in kennis is gesteld. Ten aanzien van een derde die handelt met een ondernemer die – bijvoorbeeld als gevolg van een negatief advies van de ondernemingsraad – gehouden is aan de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR, speelt dan de vraag of deze geldige rechtshandelingen met die ondernemer tijdens de opschortingstermijn kan verrichten. Hierover zijn in de literatuur de meningen verdeeld. Eén stroming stelt dat de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de ondernemer teweegbrengt die externe werking heeft. Een andere stroming stelt dat externe werking van de beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan de orde is omdat het voor een derde moeilijk is vast te stellen of de opschortingstermijn van toepassing is.

Kemperink gaat er (als voorbeeld van de eerstgenoemde stroming) van uit dat artikel 25 lid 6 WOR

moet worden beschouwd als dwingendrechtelijke beperking op de vertegenwoordigingsbevoegdheid, welke beperking ook externe werking heeft in de zin van artikel 2:130/240 lid 3 BW en derhalve aan derden kan worden tegengeworpen.²³ De tweede stroming ziet in de zienswijze van Kemperink nadelen. Jitta ziet het nadeel van een externe werking daarin dat deze zou leiden tot een ‘*hard and fast rule*’ die correctie behoeft in de gevallen dat de derde met die onbevoegdheid redelijkerwijs niet bekend kon zijn.²⁴ Naar inzicht van Kemperink is die behoefte tot correctie er niet omdat er naar zijn inzicht sprake is van een wettelijke onbevoegdheid van de ondernemer zodat een derde partij er zichzelf van moet vergewissen of zijn contractspartij artikel 25 WOR moet naleven.²⁵ Deze onderzoeksplicht geldt naar het inzicht van Kemperink ook voor buitenlandse wederpartijen.

Van Schilfgaarde gaat wel uit van een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, zoals Kemperink dat bijvoorbeeld ook doet, maar signaleert dat uit artikel 2:130/240 BW niet dwingend volgt dat de vennootschap op een dergelijke beperking steeds een beroep kan doen.²⁶ Daar speelt naar de mening van Van Schilfgaarde de wetenschap die de derde heeft ten aanzien van het van toepassing zijn van de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR een rol:

‘M.i. moet op grond van het een en ander geoordeeld worden dat het niet voldoen aan de opschortingsplicht over het algemeen niet aan derden kan worden tegengeworpen. Een uitzondering daarop ware slechts te maken voor het geval de wederpartij van de vennootschap te kwader trouw is.’

Ons inziens kan de vennootschap inderdaad enkel artikel 25 lid 6 WOR tegenwerpen tegen een derde wanneer van goede trouw bij de derde geen sprake is. Het aannemen van een onderzoeksplicht van de derde ten aanzien van het verloop van het medezegenschapstraject gaat te ver. Het criterium zal dienen te zijn dat de derde niet beschermd is tegen de onbevoegdheid van de vennootschap wanneer hij wist of

21 Zie ook P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer, 2003, nr. 58.

22 Zie hierover P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer, 2003, nr. 58.

23 G.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, Kluwer, Deventer, 2002, p. 117.

24 M.W.J. Jitta, Overeenkomsten tussen het enquêterecht en het beroep op grond van de WOR: de werking van voorzieningen tegenover derden, *Sociaal recht* 2002/6, p.197.

25 G.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, Kluwer, Deventer, 2002, p. 111. Zie in dezelfde zin Rood's *Wet op de ondernemingsraden*, bewerkt door P.F. van der Heijden, Kluwer, Deventer, 2004, p. 307.

26 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer, 2003, nr. 83.

zonder eigen onderzoek moest weten dat artikel 25 lid 6 WOR van toepassing was.

Een andere vraag is of een derde die rechten verwerft ná de opschortingsperiode zoals bedoeld in artikel 25 lid 6 WOR wordt beschermd tegen door de OK getroffen voorzieningen. Artikel 26 lid 5 sub b WOR laatste zin ziet op de bescherming van een derde ten opzichte van voorzieningen van de Ondernemingskamer. Dat artikel bepaalt dat: '(...) een voorziening van de ondernemingskamer kan door derden verworven rechten niet aantasten'.

Ook ten aanzien van de in artikel 26 lid 5 sub b WOR laatste zin genoemde derde zijn in de literatuur de meningen verdeeld over de vraag of deze, indien hij bij het aangaan van de overeenkomst wist dat de adviesprocedure ex artikel 25 WOR niet of niet behoorlijk is gevolgd, dient te worden beschermd. De regering heeft zich terzake van de bescherming van de derde op het standpunt gesteld dat in artikel 26 lid 5 sub b WOR wordt uitgegaan van de absolute werking van derdenbescherming, waardoor de aanwezigheid van kwade trouw bij de derde geen invloed zou hebben op de reikwijdte van de bescherming krachtens artikel 26 lid 5 sub b WOR. De regering motiveerde die stellingname door aan te knopen bij de algemene regel in het vennootschapsrecht dat gebreken in de interne besluitvorming van vennootschappen niet aan derden mogen worden tegengeworpen. De regering is van mening dat derden in het algemeen in hun handelingen geen belemmeringen behoren te ondervinden van interne meningsverschillen binnen een onderneming.²⁷

Oostwouder merkt ten aanzien van de absolute werking van derdenbescherming aan de hand van het Bibolini-arrest op dat – hoewel de wetgever aanknoopt bij het vennootschapsrecht – naar zijn inzicht een derde die nauw betrokken was bij de vennootschap zich onder omstandigheden toch niet met succes op artikel 26 lid 5 sub b WOR kan beroepen.²⁸ Oostwouder geeft als voorbeeld een bank die nauw betrokken is bij een management buy-out en door de OR op de hoogte is gebracht van het feit dat de OR ten onrechte niet om advies is gevraagd. Ons inziens kan meer algemeen een derde die op de hoogte is van

de strubbelingen in het medezeggenschapstraject, bijvoorbeeld door mededelingen hierover aan hem door de OR, zich niet beroepen op de derdenbescherming van artikel 26 lid 5 sub b WOR. Van een derde mag echter niet verwacht worden dat hij zelf onderzoekt of van vernoemde strubbelingen sprake is. Het aannemen van een onderzoeksplicht gaat ook hier – gezien de praktische bezwaren en de verschillen tussen Nederlands en buitenlands medezeggenschapsrecht – te ver.

In de Corus-zaak had Corus Nederland tegenover Pechiney SA nog geen SPA getekend en geen verplichting tot overdracht van de aluminiumactiviteiten op zich genomen. In zoverre speelt de vraag naar de rechten van een derde bij interne problemen met een ondernemingsraad niet. Ware dit anders geweest, en was de SPA reeds ondertekend, dan hangt het van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval af of Pechiney SA de overdracht had kunnen afdwingen.

§ 5. Tot slot

Naar aanleiding van de Corus-zaak rijzen tal van vragen met betrekking tot de positie van de RvC en de (C)OR wanneer zij het niet eens zijn met een (voorgenomen) bestuursbesluit tot afstoting van bepaalde bedrijfsactiviteiten. In dit artikel zijn enkele vragen besproken. Hieruit blijkt dat de RvC en de OR (uiteraard!) spelers zijn om rekening mee te houden. De positie van de RvC zal in de toekomst echter verzwakken door de invoering van de mogelijkheid dat de algemene vergadering van aandeelhouders de RvC ontslaat. Voorts blijkt dat wanneer de RvC en de OR gepasseerd zijn, deze interne strubbelingen in externe verhoudingen weinig effect hebben. Het zal er niet snel toe leiden dat de derde (koper van de onderneming) gedupeerd wordt. Slechts wanneer sprake is van 'kwade trouw' bij de derde zal de overname door de RvC of de OR kunnen worden tegengehouden.

M.S. Koppert-van Beek is senior docent/onderzoeker bij de sectie handelsrecht en notarieel recht van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. W.J. Koppert is advocaat arbeidsrecht bij Bosselaar & Strengers te Utrecht.

²⁷ KS II, 13 954, nr. 110, p. 2. Zie hierover ook Rood's *Wet op de ondernemingsraden*, bewerkt door P.F. van der Heijden, Kluwer, Deventer, 2004, p. 327, die opmerkt dat hoewel een andere wetsuitleg wenselijk zou zijn, gezien de wetsgeschiedenis de ruime derdenbescherming moet worden aangenomen. Hij maakt wel een uitzondering voor derden die hun rechten hebben verkregen tijdens de opschortingsperiode van artikel 25 lid 6 WOR. In die periode rust op derden volgens Van der Heijden wel een onderzoeksplicht en worden derden die niet te goeder trouw zijn niet beschermd.

²⁸ W.J. Oostwouder, *Management buy-out*, Kluwer, Deventer, 1996, p. 124. Zie ook HR 17 december 1982, NJ 1983/480 (Bibolini).