

P. WITTEVEEN

Enkele beschouwingen over medezeggenschapsverschillen

1. inleiding

De wetgeving verschaft aan de vertegenwoordigers van de werknemers diverse mogelijkheden en bevoegdheden om invloed uit te oefenen op de beleids- en besluitvorming binnen de onderneming. Het gaat daarbij in de eerste plaats om regels die ertoe strekken dat werknemers, via informatie- en consultatievoorschriften, de gelegenheid krijgen hun visie omtrent te nemen besluiten kenbaar te maken. Wanneer de werknemersvertegenwoordigers het vervolgens niet eens zijn met de uiteindelijke besluitvorming, of – algemener – met het gevoerde beleid dan staan hen de nodige, in regelgeving verankerde, mogelijkheden ten dienste om besluiten of het beleid van de ondernemer door de rechter te laten toetsen. Dit artikel bevat enkele beschouwingen over medezeggenschapsgeschillen die zich op het niveau van de onderneming voordoen tussen de ondernemer en de ondernemingsraad met name vanuit het perspectief van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) en in het bijzonder de artt. 25 en 26 daarvan. Met dat laatste is niet gezegd dat een ondernemingsraad slechts in de in de WOR geregelde gevallen zijn invloed op besluitvorming van de rechtspersoon zou kunnen laten gelden en rechterlijke toetsing van besluiten van de ondernemer kan uitlokken. Voor wat betreft diverse niet onder het bereik van de WOR vallende bevoegdheden kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de bevoegdheden van de ondernemingsraad met betrekking tot de samenstelling van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap. Geschillen die zich in dat kader kunnen voordoen, bijvoorbeeld ten aanzien van de vaststelling van de wettelijk voorgeschreven profielschets, kunnen aan de gewone rechter worden voorgelegd en specifieke geschillen, bijvoorbeeld omtrent de door de ondernemingsraad versterkt aanbevolen kandidaat, kunnen aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd. Ook is een ondernemingsraad een belanghebbende

die rechtsvorderingen kan instellen in het kader van de vaststelling van de jaarrekening (een bevoegdheid waarvan nauwelijks gebruik gemaakt wordt). Goed verdedigbaar is dat een ondernemingsraad ook een belanghebbende kan zijn in het kader van art. 2:15 BW en uit dien hoofde onder omstandigheden vernietiging kan vorderen van bepaalde besluiten van de rechtspersoon. Steeds gaat het hierbij om besluiten van de ondernemer die het aanhakingspunt zijn voor de bevoegdheden van de ondernemingsraad. De bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van het beleid van de ondernemer zijn minder expliciet en in elk geval beperkter. Een ondernemingsraad kan (althans naar de huidige stand van de wetgeving) niet het beleid van de ondernemer doen toetsen via een enquêteprocedure. Dit is slechts anders indien de rechtspersoon hem daartoe uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft gegeven hetgeen onlangs in enkele gevallen is gebeurd juist met het, in die gevallen geslaagde, doel de ondernemingsraad een enquête te doen uitlokken. Maar zoals gezegd: in dit artikel staan de medezeggenschapsgeschillen in het kader van de WOR centraal.

2. twee geschillenregelingen

De WOR kent een algemene geschillenregeling (art. 36) en een geschillenregeling met betrekking tot enkele specifieke bevoegdheden van de ondernemingsraad te weten de bevoegdheden in het kader van het adviesrecht ex art. 25 en van het instemmingsrecht ingevolge art. 27. In geschillen omtrent adviesplichtige aangelegenheden staat beroep open bij de Ondernemingskamer (art. 26). In het kader van geschillen omtrent instemmingsplichtige aangelegenheden is de gewone rechter bevoegd, nadat het geschil eerst ter bemiddeling en advies is voorgelegd aan de bedrijfscommissie. Het adviesrecht van de ondernemingsraad terzake van een voorgenomen benoeming of ontslag van de bestuurder (art. 30) is

niet versterkt met een beroepsrecht. In geval van schending door de ondernemer van de verplichtingen ingevolge art. 30 kan een ondernemingsraad, in het algemeen, slechts iets doen via de algemene geschillenregeling van art. 30 en/of via een kort geding. Bedacht moet worden dat een voorgenomen besluit tot bijvoorbeeld ontslag van een bestuurder onder omstandigheden tevens ook kan zijn een voorgenomen besluit tot een belangrijke wijziging in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming. In dat geval kan het besluit wel de aanleiding vormen tot een procedure ex art. 26 bij de Ondernemingskamer, die zich dan evenwel niet richt op het voorgenomen ontslag als zodanig maar op het daarmee verweven (impliciete) besluit tot wijziging van de verdeling van bevoegdheden, een art. 25- aangelegenheid.

3. geschillen in het kader van de artt. 25 juncto 26

Ik onderscheid in dit verband twee soorten van geschillen: i) de geschillen die hun oorsprong vinden in het feit dat de ondernemer en de ondernemingsraad een verschillende interpretatie geven aan de betekenis van art. 25 voor een aangelegenheid die onderwerp is van besluitvorming en ii) geschillen die verband houden met de besluitvorming nadat er door de ondernemingsraad is geadviseerd.

Ad i) interpretatiegeschillen

Het adviesrecht van de ondernemingsraad strekt zich uit tot een in art. 25 limitatief opgesomde groep van voorgenomen besluiten van de ondernemer. Anders dan in de meeste van de buitenlandse medezeggenschapsstelsels strekt het adviesrecht van de ondernemingsraad zich niet alleen uit tot de modaliteiten, en dan met name de gevolgen, van een besluit maar ook tot het besluit als zodanig. Het besluit in zijn volle omvang en met alle daaraan verbonden aspecten is voorwerp van het adviesrecht. Daarbij moet wel direct worden aangetekend dat de ondernemer bij de uiteindelijke bepaling van zijn besluit een ruime beleidsvrijheid heeft die als zodanig ook steeds, expliciet, door de rechter wordt gerespecteerd. Interpretatiegeschillen spitsen zich veelal toe op (een van) de navolgende aspecten: is er sprake van een voorgenomen besluit? Betreft het een besluit van de ondernemer? En betreft het een aangelegenheid uit de catalogus van art. 25?

Juist vanwege het feit dat een besluitvormingsproces zich voltrekt in fasen die veelal vloeiend in elkaar overlopen is niet steeds eenduidig te bepalen wanneer het stadium van een voorgenomen besluit en

daarmee van de inschakeling van de ondernemingsraad is aangebroken. Zo is een beleidsvoornemen geen voorgenomen besluit omdat het voor wat betreft de aspecten die voor het adviesrecht relevant zijn onvoldoende uitgekristalliseerd is. Zo kan ook het moment van een voorgenomen besluit al zijn gepasseerd, bijvoorbeeld in het geval van de uitvoering van iets wat partijen hebben geduid als een intentieverklaring, maar waarbij er feitelijk sprake is van de uitvoering van een reeds genomen definitief besluit waaromtrent advies gevraagd had moeten worden. In zo een geval is het aangaan van de intentieverklaring aantastbaar vanwege het simpele feit dat er over het voornemen om deze aan te gaan geen advies is gevraagd. In algemene zin heeft te gelden dat er sprake moet zijn van een voldoende geconcretiseerd voornemen waarbij ook inzicht kan worden gegeven in de daaraan verbonden gevolgen en waarop de ondernemingsraad nog wezenlijke invloed kan uitoefenen.

Onder omstandigheden kunnen voorgenomen besluiten van een ander dan de ondernemer bij wie de ondernemingsraad is ingesteld aan het adviesrecht van die ondernemingsraad zijn onderworpen. Daarvoor is vereist dat op grond van de specifieke omstandigheden waaronder het voorgenomen besluit tot stand is gekomen het voorgenomen besluit van die ander aan de ondernemer kan worden toegerekend, bijvoorbeeld omdat de bestuurder van de ondernemer bij de besluitvorming van die ander actief betrokken is geweest. Het kan ook zijn dat die ander in verband met de bijzondere positie die hij heeft ten opzichte van de ondernemer zo stelselmatig bij diens bedrijfsvoering is betrokken dat hij geacht kan worden medeondernemer te zijn op grond waarvan zijn besluiten onder het bereik van de bevoegdheden van de desbetreffende ondernemingsraad kunnen vallen. In een enkel geval (bijvoorbeeld dat van een moeder- en dochteronderneming) is wel aangenomen dat de ondernemer en de ander vereenzelvigd kunnen worden waardoor het besluit van de ander tevens geacht kan worden het besluit van de ondernemer te zijn. In de praktijk plegen deze ‘kunstgrepen’ om adviesrecht wel of niet aanwezig te achten bij besluiten van een ander veel aanleiding te geven tot interpretatiegeschillen. In algemene zin lijkt het verstandig om bij de beantwoording van de vraag of een besluit van een ander onder het adviesrecht valt met name ook te betrekken de impact die het besluit heeft voor de onderneming waar de desbetreffende ondernemingsraad is ingesteld, waarbij – al naar gelang die impact groter is – inschakeling van de ondernemingsraad meer in de rede ligt.

Art. 25 bevat een limitatieve opsomming van de aangelegenheden die onder het adviesrecht vallen. De praktijk wijst uit dat lang niet altijd duidelijk is of een concreet geval wel of niet onder art. 25 valt. Zo is het veelvuldig gebruikt begrip 'belangrijk' voor velerlei uitleg vatbaar. Voor de toepassing van art. 25 wordt iets betrekkelijk snel 'belangrijk' geacht. Relevante criteria hierbij zijn de (on)allegaardigheid van de aanleggenheid, het gewicht van de zaak, de aard van de activiteiten van de onderneming en het aantal werknemers voor wie het besluit relevante gevolgen kan hebben. In de praktijk maken ondernemer en ondernemingsraad vaak afspraken over de uitleg van het belangrijkeidscriterium. Deze afspraken worden door de rechter, na de Barracuda-uitspraak¹, gerespecteerd.

Al deze hiervoor besproken kwesties van interpretatie kunnen uitmonden in een geschil hierin bestaande dat er relevante adviesplichtige besluiten zijn genomen zonder advies van de ondernemingsraad. Gaat de ondernemingsraad in zo een geval naar de Ondernemingskamer en deelt deze de opvatting dat het om een relevant adviesplichtig besluit ging dan zal het besluit, als regel, kennelijk onredelijk worden verklaard. De hoofdregel (de Linge-doctrine) is namelijk dat een genomen adviesplichtig besluit zonder advies van de ondernemingsraad (gevraagd te hebben) kennelijk onredelijk is. Ik vermeld hier overigens voor de goede orde dat als er wel advies is gevraagd, maar dat is uitgebleven om aan de ondernemingsraad toe te rekenen redenen de ondernemingsraad in zijn eventueel beroep niet-ontvankelijk zal zijn.

Ad ii) geschillen in verband met na advies genomen besluiten

Een ondernemingsraad kan beroep bij de Ondernemingskamer instellen wanneer het besluit van de ondernemer afwijkt van zijn advies (waaronder dus ook valt de situatie waarin is besloten zonder advies) dan wel wanneer er na advies en besluit aan de ondernemingsraad nieuwe feiten bekend geworden zijn die, bij eerdere bekendheid, tot een ander advies zouden hebben geleid. Zo een beroep moet worden ingesteld binnen een maand nadat de ondernemingsraad schriftelijk van het genomen besluit in kennis is gesteld. Ook wanneer de ondernemingsraad langs andere weg op de hoogte is geraakt van het genomen besluit geldt dat de beroepstermijn aanvangt op het moment van schriftelijke kennisgeving. De HR en in diens navolging de Ondernemingskamer zijn daar

zeer strikt in. Er zijn voorbeelden van gevallen waarin een beroep dat zeer geruime tijd na het (aloms bekend geworden) besluit is ingesteld ontvankelijk werd geacht. Een geschil van de hier bedoelde soort kan – als partijen het niet zelf weten op te lossen, wat altijd het beste zou zijn vanwege het feit dat men nu eenmaal met elkaar verder moet – door de ondernemingsraad aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd. De thema's die in zo een procedure aan de orde kunnen komen zou ik hier in drie categorieën willen onderscheiden: was er wel adviesrecht? Zijn de spelregels in het kader van een adviesprocedure voldoende in acht genomen? En moet het besluit als zodanig, materieel beschouwd, als kennelijk onredelijk worden gekwalificeerd? De twee laatste thema's komen in de navolgende paragrafen aan de orde. Terzake van het eerste thema, dat voor het grootste deel de hiervoor onder ad i) bedoelde materie betreft, is enige aandacht op zijn plaats voor de zich vaak voordoende situatie waarin een aangelegenheid met de ondernemingsraad wordt besproken in de sleutel van het adviesrecht, maar waarin niet evident is dat het ook een adviesplichtige aangelegenheid betreft. De ondernemer moet hier oppassen. Toekenning van bovenwettelijke bevoegdheden vereist in beginsel een daartoe strekkende schriftelijke overeenkomst (art. 32 lid 2) maar de ondernemer die zonder zo een overeenkomst voorbehoudloos advies vraagt zal ingeval van een geschil dat aan de Ondernemingskamer wordt voorgelegd zich veelal moeilijk meer kunnen beroepen op de stelling dat het niet om een adviesplichtige aangelegenheid ging.

4. toetsing door de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer toetst het besluit aan de norm of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Deze formulering wijst op het willekeurcriterium zoals we dat kennen uit het bestuursrecht maar de uitleg die de Ondernemingskamer daaraan geeft is, zoals Kemperink² uitvoerig heeft beschreven, aanmerkelijk ruimer. Het gaat daarbij in de eerst plaats om een 'spelregeltoets': heeft de ondernemer de voor de adviesprocedure voorgeschreven regels op een zodanige wijze nageleefd dat de wezenlijk door de WOR gewaarborgde rechten van de ondernemingsraad voldoende tot hun recht zijn gekomen? Het gaat daarbij met name om de vraag of er een besluit is genomen op basis van een heldere adviesaanvraag, met een eenduidige motivering, met toereikende informatie ondermeer over de te ver-

1 HR 17 maart 1993, NJ 1993, 366.

2 G.N.H. Kemperink, Fusies, overname's en medezeggenschapsrechten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, Kluwer, p. 88 e.v.

wachten gevolgen voor het personeel, en waarbij voldoende inzicht is gegeven over de vraag of en hoe de relevante belangen met betrekking tot het besluit zijn afgewogen en hoe daarbij is rekening gehouden met het standpunt van de ondernemingsraad daaromtrent. Daarbij moet bedacht worden dat de adviesprocedure ex art. 25 is omgeven met in de WOR geëxpliciteerde en nauw luisterende procedureregels. Bij schending daarvan zal – mits de positie van de ondernemingsraad daardoor wezenlijk in het gedrang komt – een besluit al snel kennelijk onredelijk worden geacht. Een van deze (vaak onvoldoende gerespecteerde) regels betreft de plicht tot motivering van de redenen waarom van het advies is afgeweken. Dit voorschrift is eens te meer van belang nu partijen in een procedure bij de Ondernemingskamer de in de adviesprocedure gewisselde argumenten niet met nieuwe kunnen aanvullen. Dergelijke nieuw aangedragen argumenten (van welke kant zij ook komen) worden in beginsel buiten beschouwing gelaten.

De beoordeling van een besluit door de Ondernemingskamer beperkt zich evenwel niet persé tot de “spelregeltoets”. De toetsing kan wel degelijk ook de materiele kant van het besluit betreffen, zij het dat deze toetsing marginaal is: voldoet de belangenafweging van de ondernemer bij zijn besluit niet aan de maatstaven van redelijkheid dan kan het besluit om die reden sneuvelen. Wanneer is dat nu het geval en welke belangen moeten daarbij dan meewegen? Daarover is veel debat geweest³, waarbij wel duidelijk is dat het belang van de onderneming bij haar eigen gezonde (voort-)bestaan, de belangen van werknemers en van aandeelhouders aan de orde zijn. Een voor de praktijk hanteerbare benadering (ontleend aan Timmerman⁴) is dat een bij het te nemen besluit betrokken belang ten opzichte van andere daarbij betrokken belangen niet overgewaardeerd mag worden en een daarbij betrokken belang mag niet (ernstig) zijn verwaarloosd. De wijze waarop de belangen zijn gewogen zal ook moeten blijken uit de motivering van het besluit. Langs deze benadering heeft de Ondernemingskamer ondermeer kennelijk onredelijk geacht het besluit van Fluke⁵, waarbij de ondernemer overheersende betekenis had toegekend aan het belang van winstmaximalisatie, het besluit van Nedlin⁶, waarbij de ondernemer aan het belang van de continuïteit van de Nederlandse dochter en de

werkgelegenheid aldaar onvoldoende gewicht had toegekend ten opzichte van het van bovenaf bepaalde internationaal concernbelang, en het besluit van Total⁷ waarbij de ondernemer had nagelaten te voorzien in de gevolgen voor het personeel van zijn besluit tot verhuizing.

In essentie komt het er voor de ondernemer die zijn adviesplichtig besluit niet kennelijk onredelijk verklaard wil zien op neer dat hij adequaat de spelregels in acht neemt zodat de ondernemingsraad zijn adviestaak naar behoren kan vervullen en dat hij inzichtelijk maakt dat hij geen van de betrokken belangen disproportioneel heeft over- of ondergewaardeerd.

5. opschortingstermijn, rechten van derden.

Als het besluit afwijkt van het advies (of is genomen zonder advies) mag niet tot uitvoering worden overgegaan voor een termijn gelijk aan de beroepstermijn, dus een maand vanaf de schriftelijke kennisgeving. Er is debat over de vraag of schending van deze verplichting onbevoegde vertegenwoordiging van de ondernemer impliceert. De schending is als zodanig onrechtmatig te achten. Goed verdedigbaar is dat een derde niet beschermd is tegen een beroep op vertegenwoordigingsonbevoegdheid, nu in beginsel van hem kan worden verwacht zich bij adviesplichtige transacties te hebben verdiept in de vraag of de transactie door wettelijke bepalingen (bijvoorbeeld omtrent de opschortingstermijn) wordt geblokkeerd⁸. In zekere zin zou hetzelfde moeten gelden in het kader van de uitleg van art. 26 lid 5 dat bepaalt dat verkregen rechten van een derde door voorzieningen die de Ondernemingskamer, desverzocht, treft na haar verklaring dat het genomen besluit kennelijk onredelijk is niet kunnen worden aangetast. Weliswaar is de wetgever (destijds) tamelijk strikt geweest in de zin dat het niet uitmaakt of de derde daarbij te goeder dan wel te kwader trouw is geweest, maar in de (rechts-)praktijk wordt daarover inmiddels genuanceerder, en ten nadele van de bescherming van de derde, gedacht⁹.

Interessant is de vraag of van de ondernemingsraad kan worden verlangd respectievelijk in rechte kan worden afgedwongen dat deze de opschortingsverplichting opheft. De ondernemingsraad kan

3 zie Kemperink, a.w., p. 94.

4 L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), 1988), p. 38 e.v.

5 OK 7 juli 1988, ROR 1988, 29.

6 OK 23 oktober 1997, ROR 1997, 21.

7 OK 15 mei 1997, ROR 1997, 16.

8 Zie ook Rood's Wet op de Ondernemingsraden, Kluwer, Deventer – 2004, p. 307 e.v.

9 zie bijvoorbeeld OK15 april 1999, ROR 1999, 19.

(immers) de opschortingsverplichting opheffen (art. 25 lid 6). Zo een actie van de ondernemer lijkt mij, onder omstandigheden, niet bij voorbaat kansloos bijvoorbeeld als er urgent en ter wille van de continuïteit uitvoering moet worden gegeven aan een besluit ook al is de ondernemingsraad daarvan geen voorstander.

7. instemmingsgeschillen

Ook hier moet het onderscheid worden gemaakt tussen geschillen in interpretatie omtrent de vraag of er instemmingsrecht toekomt aan de ondernemingsraad (is het wel een besluit in de zin van art. 27? Is de materie niet reeds inhoudelijk bij cao geregeld, zodat de ondernemingsraad er niet meer aan te pas komt?) en geschillen omtrent het instemmingsplichtige besluit zelve. Erkent de ondernemer de instemmingsplichtigheid dan werkt de weigering van instemming door de ondernemingsraad in feite als een veto, tenzij de kantonrechter, op verzoek van de ondernemer en na bemiddeling en advies door de bedrijfscommissie, vervangende goedkeuring heeft gegeven. De kantonrechter beoordeelt in dat kader of de weigering van instemming onredelijk is te achten dan wel of zwaarwegende belangen het nemen van het voorgenomen besluit rechtvaardigen. Wanneer de ondernemer besluit in een aangelegenheid die hij niet als instemmingsplichtig beschouwt dan kan de ondernemingsraad – als hij daar anders over denkt – binnen een maand nadat hem van (de uitvoering van) het genomen besluit is gebleken daarvan de nietigheid inroepen. In zo een situatie kan de ondernemer slechts van

verdere uitvoering worden weerhouden als de rechter zulks, op verzoek van de ondernemingsraad (na bemiddeling en advies van de bedrijfscommissie) gelast. In zo een procedure zal veelal eerst de voorvraag aan de orde zijn of het wel om een instemmingsplichtige aangelegenheid ging. De systematiek van art. 27 kan derhalve vanuit het perspectief van de ondernemer aanleiding geven om, bij redelijke twijfel omtrent het instemmingsplichtige karakter van een voorgenomen besluit, af te zien van het vragen van instemming van de ondernemingsraad en – zonodig – in plaats daarvan de ondernemingsraad op andere wijze (bijvoorbeeld raadpleging) in de besluitvorming te betrekken.

8. tot besluit

De ondernemer kan het risico van voor hem verkeerd aflopende geschillen met zijn ondernemingsraad in belangrijke mate reduceren door i) de spelregels netjes in acht nemen en deze zonodig wat royaler, ten faveure van de ondernemingsraad, uit te leggen en ii) zijn beweegredenen en zijn afweging van belangen bij een te nemen besluit zo inzichtelijk mogelijk te maken. Dat is niet alleen goed om redelijke besluiten bestendig te maken tegen rechterlijke toetsing, maar ook voor de kwaliteit van de besluitvorming en voor gezonde medezeggenschapsverhoudingen binnen de onderneming.

Mr Paul A.M. Witteveen is als advocaat en partner verbonden aan Van Doorne NV te Amsterdam