

Prof. Dr. E. P. de Jong

De Ondernemingskamer en het beroepsrecht van de ondernemingsraad (slot)

3 De beroepsprocedure

3.1 Tegen een besluit van de ondernemer

Het beroepsrecht betreft besluiten, waarover de OR in het voornemenstadium op grond van artikel 25 advies is gevraagd of had moeten worden gevraagd. Zolang de ondernemer zijn voornemen niet in een besluit heeft omgezet, is beroep niet mogelijk. Teneinde te bepalen of de OK ter zake van een ingesteld beroep rechtsmacht is verleend, moet worden nagegaan of een beroep is ingesteld tegen een adviesplichtig besluit van de ondernemer. In veel gevallen zal van het bestaan van een besluit blijken uit de schriftelijke kennisgeving als bedoeld in artikel 25, vijfde lid van de ondernemer aan de OR. Indien de ondernemer in de beroepsprocedure niet het bestaan van het aangevallen besluit ontkent, zal er als regel van mogen worden uitgegaan, dat het bestaat. Ontkent de ondernemer het bestaan van een besluit, dan zal uit gedragingen of mededelingen van de ondernemer en van derden afgeleid moeten worden of een besluit is genomen.⁷⁰ Tevens zal moeten worden gezien of het besluit tot de categorie van adviesplichtige besluiten behoort.

3.2 Reikwijdte beroepsrecht

Blijkens artikel 26 WOR kan de OR beroep instellen tegen een besluit wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de OR of wanneer na het uitbrengen van het advies feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die - waren zij eerder bekend geweest - aanleiding zouden kunnen zijn geweest tot het uitbrengen van een ander advies dan zoals het is uitgebracht. Uit de jurisprudentie blijkt, dat het beroep ook met succes kan worden ingesteld wanneer bij de besluitvorming wezenlijk aan in de WOR gewaarborgde belangen van de OR is te kort gedaan, dus wanneer de voorschriften van artikel 25 op wezenlijke punten zijn geschonden.

3.3 Het verzoekschrift

Op de beroepsprocedure van artikel 26 WOR zijn de bepalingen van toepassing over zaken die met een verzoekschrift aanvangen (artt. 429a-429k Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Artikel 429d Rv. schrijft voor dat indiening van een verzoekschrift in zaken waarvan een rechterlijk

* Het eerste deel van dit artikel is gepubliceerd in het novembernummer van 1987.

college, zoals in casu de OK, kennisneemt, door een procureur geschiedt. Een verzuim ten aanzien van dit voorschrift leidt in principe tot niet-ontvankelijkheid, zodat de OK aan de behandeling van de inhoud van het verzoekschrift niet kan toekomen. Wanneer een binnen de beroepstermijn door de OR ingediend verzoekschrift na ommekomst van de beroepstermijn wordt gevolgd door een (tweede) verzoekschrift, dat door een procureur is ingediend, kan het eerste verzoekschrift niet gelden als door een procureur ingediend. De wetgever heeft bepaalde belangen willen dienen met verplichte procureursbijstand. Door herstel van het verzuim buiten de beroepstermijn toe te laten, zouden die belangen geschonden worden.⁷¹ Wel kan het verzuim binnen de beroepstermijn hersteld worden. Daarbij mag het door de procureur ingediende verzoekschrift verwijzen naar het eerdere door de OR bij de OK ingediende schriftuur, mits de gronden in beknopte vorm in het verzoekschrift zijn vermeld.⁷²

Volgens artikel 429 Rv. dient het inleidende verzoekschrift een duidelijke omschrijving te bevatten van hetgeen verzocht wordt en van de gronden waarop dit berust.

De OK acht het in het licht van artikel 429d niet geoorloofd, dat de gronden niet in het verzoekschrift maar in een buiten de beroepstermijn in te dienen 'aanvullend verzoekschrift' zouden worden opgenomen. Door toestemming te verlenen bij aanvullend verzoekschrift de gronden voor het inleidend verzoekschrift kenbaar te maken zou het geding onredelijk worden vertraagd. Een dergelijke vertraging is strijdig met het voorschrift van artikel 26, vijfde lid, eerste volzin WOR inhoudend dat de OK het verzoek met de meeste spoed behandelt.⁷³ De OR moet zich in zijn verzoekschrift duidelijk uiten omtrent hetgeen hij verzoekt en de gronden van dit verzoek. Zou de ondernemer menen, dat de OR zich aan deze regel niet heeft gehouden, dan dient de ondernemer dat in zijn verweerschrift te melden. Betreft de ondernemer die stelling eerst ter zitting van de OK, terwijl uit zijn verweerschrift duidelijk is, dat hij goed heeft begrepen hetgeen verzocht werd en op welke gronden dit berust, dan passeert de OK de stelling van de ondernemer.⁷⁴

De bezwaren van de OR moeten in het verzoekschrift te vinden zijn:

'De OR beschouwt het door hem uitgebrachte advies als in het verzoekschrift ingelast en herhaald. Indien de OR daarmee wil stellen dat in het advies vermelde bezwaren die niet in het verzoekschrift zijn vermeld in de procedure voor de OK aan de orde kunnen komen, moet deze stelling worden verworpen. Het is een beginsel van behoorlijke procesorde - mede neergelegd in artikel 429d, lid 1, Rv. - dat het verzoekschrift een duidelijke omschrijving bevat van de gronden waarop het verzoek berust. Aan dit beginsel beantwoordt in het algemeen niet de verwijzing naar een stuk, als het door de OR uitgebrachte advies, dat een ander doel dient. In het overleg tussen OR en ondernemer dat op basis van het advies plaats vindt kan enerzijds de ondernemer aan bezwaren van de OR tegemoetkomen en kan anderzijds de OR door hem aangevoerde bezwaren prijsgeven. Uit het advies blijkt alsdan niet welke van de daarin genoemde bezwaren de OR, na het met de ondernemer gevoerde overleg, handhaaft en a fortiori niet welke van de gehandhaafde bezwaren zo ernstig zijn dat zij het besluit van de ondernemer in de opvatting van de OR kennelijk onredelijk maken. Dit is niet anders in het onderhavige geval. De OR heeft een omvangrijk advies uitgebracht. De ondernemer is daar uitvoerig op ingegaan. Het advies is in twee overlegvergaderingen besproken. Het gevoerde overleg heeft de ondernemer reden gegeven zijn besluit op tal van punten te wijzigen. Uit het advies blijkt derhalve niet met de in een procedure vereiste duidelijkheid welke overgebleven bezwaren aan het oordeel van de rechter worden

voorgelegd. De OK zal daarom aan niet in het verzoekschrift vermelde bezwaren voorbijgaan.⁷⁵

3.4 De beroepstermijn

Het beroep moet worden ingesteld binnen een maand nadat de OR van het besluit in kennis is gesteld. Heeft de ondernemer de OR niet in kennis gesteld van zijn besluit, dan vangt de beroepstermijn aan op de dag nadat de OR de reikwijdte van het besluit heeft onderkend of redelijkerwijze had moeten onderkennen.⁷⁶

3.5 Welke bezwaren

Is de OR door de ondernemer niet in de gelegenheid gesteld te adviseren over een adviesplichtig besluit, dan zal volgens constante jurisprudentie het beroep gegrond verklaard worden. Hetzelfde geldt, wanneer de OR wel in de gelegenheid is gesteld te adviseren, doch het niet uitbrengen van het advies aan de ondernemer is toe te rekenen. Is het niet uitbrengen van een gevraagd advies aan de OR toe te rekenen, dan zal het beroep tegen het vervolgens genomen besluit niet-ontvankelijk worden verklaard (zie 2.3. e.v. in novembernummer 1987).

De OR dient zijn zienswijze met betrekking tot een voorgenomen besluit volledig in zijn advies tot uitdrukking te brengen. Wet en jurisprudentie zien het advies als een belangrijk gegeven voor de besluitvorming van de ondernemer. Deze moet er dan op kunnen vertrouwen, dat het OR-advies niet in een later stadium van de besluitvorming herroepen of aangevuld wordt. Dit betekent dat de OR in beroep geen bezwaren tegen het besluit kan aanvoeren, waarvan hij in zijn advies geen melding heeft gemaakt. De OR kan de ondernemer niet verwijten, dat deze bij zijn besluit geen rekening heeft gehouden met bezwaren die de OR zelf niet naar voren heeft gebracht.

Op deze hoofdregel zijn twee beperkingen aangebracht:

- a Indien het in beroep gaat om bezwaren die voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de OR bij het uitbrengen van zijn advies niet heeft gekend en niet behoefde te kennen.⁷⁷ Wanneer de OR dus in beroep nieuwe bezwaren tegen het besluit aanvoert, moet hij stellen (en adstrueren), dat de nieuwe bezwaren voortvloeien uit feiten en omstandigheden, die hij bij het uitbrengen van het advies niet heeft gekend en niet behoefde te kennen. Wanneer bezwaren die de OR in zijn verzoekschrift en ter zitting van de OK ter ondersteuning van zijn stellingen aanvoert, voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de OR bij het uitbrengen van zijn advies kende of behoorde te kennen en geen verband houden met in het advies vermelde bezwaren, worden die bezwaren door de OK gepasseerd.⁷⁸
- b Indien de adviesaanvraag van de ondernemer niet heeft voldaan aan in de WOR gestelde eisen, heeft de ondernemer er zelf aan in de weg gestaan, dat de OR tot een volledig en adequaat advies kon komen. In zo'n geval is wezenlijk aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de OR tekort gedaan en moet om deze reden het beroep gegrond verklaard worden.⁷⁹

3.6 Welke verweren

Zoals de OK grenzen heeft gesteld aan de gronden voor het beroep, zo zijn er ook grenzen gesteld aan het verweer van de ondernemer.

In de eerste plaats is het de ondernemer niet toegestaan bij de redengeving voor de afwijking van het OR-advies argumenten voor zijn besluit aan te voeren, die in de adviesaanvraag hadden kunnen staan of in de overlegvergadering aan de orde hadden kunnen komen. Met argumenten en stellingen, die de ondernemer voorafgaand aan het OR-advies niet aan de orde heeft gesteld, hoewel hij dat wel had gekund, heeft de OR in zijn advies geen rekening kunnen houden. Dergelijke argumenten en stellingen kan hij dan ook niet alsnog bij zijn besluit betrekken.⁸⁰ Dit is slechts anders wanneer het zou gaan om gronden, die voortvloeien uit feiten en omstandigheden, die de ondernemer in het adviestraject niet heeft gekend en niet behoefde te kennen.⁸¹ Wat bij de motivering van het bestreden besluit niet geoorloofd is, is a fortiori als verweer in beroep niet geoorloofd.

In de tweede plaats staat de OK de ondernemer niet toe de gronden waarop het in afwijking van het OR-advies genomen besluit steunt, niet bij de kennisgeving van zijn afwijkend besluit aan de OR (art. 25, vijfde lid), doch voor het eerst in de procedure voor de OK aan de orde te stellen. Hij kan zijn redenen voor afwijking van het OR-advies niet voor het eerst als verweer tegen het beroep van de OR aanvoeren. Dat is slechts anders wanneer het gaat om gronden voor het besluit, die voortvloeien uit feiten en omstandigheden, die de ondernemer bij het nemen van zijn besluit niet heeft gekend.⁸²

Heeft de ondernemer eenmaal de adviesprocedure ingezet op grond van artikel 25 WOR dan is hij aan deze positiekeuze gehouden: er is dan zijns inziens sprake van een 'adviesplichtig' besluit. Wil hij vervolgens op deze schreden zijns weegs terugkeren, dan zal hij feiten of omstandigheden moeten aanvoeren die bepalend zijn voor de wijziging van zijn standpunt. Wel onderzoekt de OK, zij het zeer terughoudend, of er in beroep sprake is van een besluit waartegen beroep openstaat.

In de regel sluit de OK zich bij de opvatting van partijen aan, indien deze aanvankelijk de weg gekozen hebben van artikel 25 (uiteraard betekent dit niet dat de OK zich aansluit bij de opvatting van de ondernemer indien deze ten onrechte heeft gemeend, dat er van een adviesplichtig besluit geen sprake was). Komt de ondernemer pas in beroep met het argument, dat zijn besluit niet vatbaar is voor beroep bij de OK, dan zal de ondernemer zijn standpuntwijziging grondig hebben te motiveren in het licht van zijn eerder ingenomen andere standpunt, hetgeen op zich niet betekent dat de OK met zo'n motivering zou instemmen. Wel beziet de OK zelf of zij feiten of omstandigheden onderkent, die tot de slotsom moeten leiden dat beroep is ingesteld tegen een niet voor beroep vatbaar besluit. In een enkel geval week de OK van de opvatting van partijen af.⁸³ In een ander geval sprak de OK een gemotiveerde standpuntwijziging voorafgaand aan de beroepsprocedure niet tegen: de ondernemer was bij nader inzien na het inwinnen van juridisch advies op goede gronden tot de conclusie gekomen, dat er geen (voorgenomen) besluit aan de orde was als bedoeld in artikel 25.⁸⁴

3.7 *Het toetsingscriterium*

Bij de beoordeling van een adviesplichtig besluit van de ondernemer en de bezwaren van de OR gaat het tenslotte om de vraag of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Het gaat er niet om of de ondernemer anders had kunnen beslissen; de ondernemer komt een zekere beleidsvrijheid toe.⁸⁵ Van belang is of het besluit zodanig onjuist is, dat een redelijke ondernemer na belangenafweging het besluit niet had genomen.

In beroep moet de OR aannemelijk maken, dat dat ten aanzien van het bestreden besluit het geval is.⁸⁶ Het besluit moet voldoende gemotiveerd steun vinden in daarvoor aangevoerde feiten en omstandigheden. Alle betrokken belangen, geïnterpreteerd vanuit de doelstellingen van de onderneming, moeten tegen elkaar worden afgewogen vanuit aanvaardbare uitgangspunten. Een onjuiste feitelijke grondslag, een onjuiste waardering van omstandigheden waarin het besluit zijn aanleiding vindt of het hanteren van onjuiste uitgangspunten, zullen door de OR aannemelijk gemaakt moeten worden. Verantwoorde schattingen, prognoses en verwachtingen ter motivering van een besluit verliezen hun betekenis niet wanneer daartegenover andere eveneens verantwoorde schattingen, prognoses en verwachtingen geplaatst worden. Zijn aantoonbaar ernstige missers begaan dan had de ondernemer niet tot zijn besluit kunnen komen. Zijn de betrokken belangen rationeel gewaardeerd en gewogen en staat het bestreden besluit in een redelijke verhouding tot waardering en afweging, dan is het besluit niet in strijd met het willekeurverbod.⁸⁷ Dit komt anders te liggen, wanneer belangen onmiskenbaar onjuist zijn gewaardeerd of wanneer de afweging niet verantwoord kan worden genoemd of wanneer relevante belangen buiten beschouwing zijn gebleven. Dat de OR vanuit een bepaalde visie, ook al is deze wel te verantwoorden, tot een afwijzing van het bestreden besluit komt, impliceert niet dat dat besluit de toetsing aan het willekeurverbod niet zou kunnen doorstaan. De OR moet aantonen, dat het besluit en de hieraan ten grondslag gelegde uitgangspunten onjuist zijn.⁸⁸

Wanneer de ondernemer jegens de OR een *toezegging* heeft gedaan, is een besluit in strijd met deze toezegging niet reeds hierom kennelijk onredelijk. Bij de afweging van de betrokken belangen moet de toezegging echter wel een rol spelen, omdat deze belangen mede door de toezegging worden bepaald.⁸⁹ Bij de belangenafweging legt een toezegging zwaar gewicht in de schaal.⁹⁰ Uiteraard heeft een toezegging dat extra gewicht pas, wanneer er van haar bestaan duidelijk is gebleken.⁹¹

Voor het gewicht van de toezegging kan nog van belang zijn of de toezegging (tijdig) door de ondernemer is herroepen, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend.⁹² De OR moet zich tijdig op een toezegging beroepen, d.w.z. in zijn advies.⁹³ Wanneer de OR zich pas in het inleidend verzoekschrift of ter zitting beroept op een door de ondernemer gedane toezegging, verwijt de OR de ondernemer ten onrechte dat deze bij de afweging van de betrokken belangen de toezegging buiten aanmerking heeft gelaten.⁹⁴

Heeft de ondernemer een toezegging van procedurele aard gedaan, dan is hij daaraan als regel gebonden.⁹⁵

3.8 *Het advies- en beroepsrecht in concernverhoudingen*

Een ondernemer die twee of meer ondernemingen in stand houdt waarin een OR is ingesteld, kan voor deze ondernemingen een centrale OR (COR) instellen naast (of beter: boven) de OR-en. Ook kan hij voor een beperkte groep van die ondernemingen een groeps-OR (GOR) instellen.

Tenslotte kan een COR of GOR ingesteld worden door twee of meer in een groep verbonden ondernemers, die samen twee of meer ondernemingen in stand houden, waarin OR-en zijn ingesteld (artt. 33-35 WOR). Is een COR of GOR ingesteld, dan dienen krachtens artikel 35 aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle of een meerderheid van de ondernemingen waarvoor de COR of de GOR is ingesteld, behandeld te worden door de COR of de GOR. De ten aanzien van die aangelegenheden aan de afzonderlijke OR-en toekomende bevoegdheden gaan van rechtswege over naar de COR of de GOR. Bestaat in een conglomeraat van ondernemingen én een COR én een GOR, dan behandelt de GOR geen aangelegenheden die door de COR worden behandeld. Het advies- en beroepsrecht komt toe aan de OR, de GOR óf de COR, maar in principe niet aan twee van hen of aan alle drie. Meent een COR of een GOR, dat het adviesrecht over een voorgenomen besluit hem toekomt, is deze mening gelet op de tekst van de wet en de feiten niet als onjuist te kwalificeren, dan komt de OR geen advies- of beroepsrecht toe, ook al zou deze OR menen, dat de COR of de GOR zijn taak niet behoorlijk heeft waargenomen.

Zelfs al zou de COR of de GOR van oordeel zijn, dat de ondernemer zich over een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang nog had moeten wenden tot de afzonderlijke OR-en, dan nog staat artikel 35 WOR aan adviesbevoegdheid en beroepsrecht van deze OR-en in de weg.⁹⁶ Ook al treft een besluit één van de ondernemingen waarvoor een COR of een GOR is ingesteld méér dan de andere ondernemingen, dan neemt deze omstandigheid niet weg, dat het besluit een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang is. De OR van de meer-getroffen onderneming komt mitsdien geen advies- en beroepsrecht toe op grond van de artikelen 25 en 26 WOR.⁹⁷ Of een aangelegenheid al dan niet van gemeenschappelijk belang is, dient in de eerste plaats door de ondernemer en de OR, COR of GOR uitgemaakt te worden. De OK volgt ook hier de opvatting van partijen, tenzij deze gelet op de feiten niet is staande te houden. Wanneer de OR heeft geadviseerd en in beroep de stelling betreft dat de GOR advies had moeten worden gevraagd, kan hem door de OK worden voorgehouden dat de OR hééft geadviseerd en - met verwijzing naar artikel 35 WOR - dus van mening moet zijn geweest dat de betrokken aangelegenheid er niet een was van gemeenschappelijk belang.⁹⁸ Is een aangelegenheid niet van gemeenschappelijk belang, dan blijft de OR het bevoegde adviesorgaan.⁹⁹ De OK sluit het niet geheel uit, dat - in weerwil van de wettelijke bepalingen - ten aanzien van een bepaalde aangelegenheid én OR én COR beide als tot advies bevoegde en tot het instellen van beroep gerechtigde organen beschouwd moeten worden, nl. wanneer de ondernemer een ondubbelzinnige toezegging aan de OR heeft gedaan, dat de OR advies zou worden gevraagd over een aangelegenheid die van gemeenschappelijk belang bleek te zijn.¹⁰⁰

In een concern of in een groep van samenwerkende ondernemingen met een min of meer centrale leiding liggen de zaken anders. Bestaat er in zo'n conglomeraat van ondernemingen geen COR noch een GOR, dan komt de afzonderlijke OR-en het advies- en beroepsrecht toe. Het spreekt welhaast vanzelf, dat de ondernemer ter zake van zijn (voorgenomen) besluiten de belangen van het conglomeraat en van andere ondernemingen daarbinnen tot de betrokken belangen mag rekenen die hij moet afwegen.¹⁰¹

Bij de afweging van alle betrokken belangen kan in redelijkheid soms meer gewicht toegekend worden aan het beleid van de concern- of groepsleiding dan aan de belangen die in het advies van de OR naar voren zijn gebracht. De rechter zal per geval moeten beslissen of de dochteronderneming het concernbelang redelijk heeft afgewogen tegen andere betrokken belangen. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt al naar gelang de onderneming al dan niet deel uitmaakt van een multinationalaal concern.¹⁰²

In het geval van het beroep tegen een (vermeend) besluit van de ondernemer tot fusie overeenkomstig de aanwijzingen van de moederverenootschap overwoog de OK:

'In de verhouding van een moeder- en een dochterverenootschap, zoals in het onderhavige geval, kan de moederverenootschap richtlijnen en aanwijzingen geven, waaraan die dochterverenootschap zich moeilijk kan onttrekken, dit laat echter onverlet de eigen rechten en verplichtingen van de dochterverenootschap als rechtspersoon naar Nederlands recht'.¹⁰³

Dus: de dochterverenootschap dient de bepalingen van de WOR na te leven, óók wanneer zij geen eigen beleidsvrijheid (meer) heeft.

3.9 Overheidsbetrokkenheid

De omstandigheid dat een ondernemer afhankelijk is van een derde, zoals een steunverlenende overheid, laat de verplichtingen van de ondernemer ingevolge de WOR onverlet. Moet de ondernemer met die derde overleg voeren over het verlenen van steun, subsidie of van een vergunning en de hieraan te stellen voorwaarden, dan dient de ondernemer tijdig de OR te raadplegen, opdat de ondernemer in het met de derde te voeren overleg rekening kan houden met het gevoel van de OR. In dat overleg dient de ondernemer op te komen voor de belangen van de onderneming. Hierin hoeft de ondernemer niet zover te gaan, dat hij de derde tot besluiten ten aanzien van de onderneming poogt te bewegen, waarvan hij mag menen, dat zij met zijn op goede gronden berustende besluitvoornemens niet zouden stoken.¹⁰⁴

Dat een ondernemer door een overheidsbeslissing geen andere keus heeft dan waarvan zijn besluit blijkt geeft, ontslaat een ondernemer niet van de verplichting de bepalingen van de WOR in acht te nemen. Indien hij tot een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden van de onderneming moet overgaan als gevolg van een ministeriële beslissing tot beëindiging van de financiering van een bepaald programma, dient hij dus de OR advies te vragen op grond van artikel 25.¹⁰⁵

Wordt een ondernemer geconfronteerd met een besluit tot beëindiging van subsidie, waarvan hij voor zijn onderneming volstrekt afhankelijk is, dan

mist hij de vrijheid een eigen beleid te bepalen en dienaangaande besluiten te nemen. De ondernemer kan slechts besluiten uitvoering te geven aan het door de subsidieverlener bepaalde beleid en de door deze genomen besluiten. Maar dat laat onverlet de voor de ondernemer uit de WOR voortvloeiende verplichtingen.¹⁰⁶

Aan van overheidswege opgelegde maatregelen mag de ondernemer een grote betekenis toekennen, ook in het kader van de toepassing van de WOR. Wanneer de subsidiërende overheid een fusie van welzijnsinstellingen afdwingt, is de ondernemer niet gehouden een gefundeerde beleidsvisie aan de OR te leveren ter zake van de noodzakelijkheid van zo'n fusie.¹⁰⁷

Is bij een concentratie van ziekenhuizen de beddencapaciteit door de overheid vastgesteld, dan kan bij de keuze van de lokatie voor de ziekenhuisconcentratie daarvan uit worden gegaan. De ondernemer is dan niet gehouden te onderzoeken welke de beste lokatie zou zijn bij een op andere wijze bepaalde beddencapaciteit.¹⁰⁸ Het door het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg bepaalde aantal formatieplaatsen kan bij de besluitvorming over de capaciteit van een instelling van gezondheidszorg als uitgangspunt genomen worden.¹⁰⁹

3.10 Verleden en toekomst van het bestreden besluit

Het beroep betreft een bepaald besluit van de ondernemer. Het is niet mogelijk via een tegen dat besluit gericht beroep eerder genomen besluiten aan te tasten. Is tegen deze besluiten geen beroep ingesteld, dan zijn zij na verstrijken van de beroepstermijn onaantastbaar geworden. Via een beroep tegen een bepaald besluit kan de OR geen bindende toezeggingen van de ondernemer ten aanzien van de toekomst binnen halen. In een bepaald geval richtte het bezwaar van de OR zich op het standpunt van de ondernemer dat deze zich niet op voorhand wilde verbinden voorstellen ter uitwerking van een in hoofdlijnen vastgesteld reorganisatiebesluit op grond van artikel 25 ter advisering aan de OR voor te leggen. Wanneer het nieuwe managementteam tot concrete invulling van het reorganisatiebesluit komt, zal pas in een later stadium duidelijk kunnen worden of en in hoeverre dat zal leiden tot besluiten als bedoeld in artikel 25. Het bezwaar werd verworpen.¹¹⁰ In een ander geval ging het om een besluit van de ondernemer een deel van de onderneming af te zonderen in een 100%-dochtermaatschappij. Dientengevolge zou de onderneming minder dan 100 werknemers tellen. Het bezwaar van de OR was niet tegen het besluit als zodanig gericht, maar tegen het gevolg dat na ommekomst van zijn zittingsperiode de OR een OR zou worden met beperkte bevoegdheden (art. 2, tweede lid en art. 35a WOR). De OR wenste deze beperking in elk geval voor de eerstkomende vijf jaren niet. Gelet op de duur van de lopende zittingsperiode en de mogelijkheid voor moeder en dochter tot één OR te komen (art. 1, vijfde lid WOR) verwierp de OK het bezwaar van de OR.¹¹¹ Wanneer de werkzaamheden van de ondernemingen van drie rechtspersonen overgaan naar de onderneming van één nieuwe rechtspersoon, behoort het opstellen van een begroting voor de nieuwe rechtspersoon tot de taken van het bestuur van de nieuwe rechtspersoon. De OR van een van de oude rechtspersonen kan dan niet als bezwaar tegen de fusie inbrengen, dat de begroting voor de nieuwe rechts-

persoon ontbreekt.¹¹² Wanneer in het kader van een fusie of een samenwerkingsverband van ondernemingen ten aanzien van het (te vormen) bestuur van de rechtspersoon waarin die fusie of dat samenwerkingsverband gestalte krijgt, niet soortgelijke benoemingsrechten zijn voorzien als waarover de OR beschikt ten aanzien van de besturen van de fusiepartners of de samenwerkende rechtspersonen, kan daaraan niet een steekhoudend bezwaar ontleend worden. Dat in het kader van fusie en samenwerking rechten en verplichtingen van betrokkenen verandering ondergaan, leidt niet tot de slotsom, dat deswege een fusie- of samenwerkingsbesluit kennelijk onredelijk is.¹¹³

3.11 Wat de OK wel en niet kan

De OR kan de OK niet met vrucht iets anders verzoeken te beslissen op een krachtens artikel 26 ingesteld beroep dan de drie mogelijkheden van het vijfde lid van dit artikel:

- a een verklaring voor recht dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen (schending willekeur-verbod);
- b een gebod aan de ondernemer het bestreden besluit geheel of ten dele in te trekken, alsmede aan te wijzen gevolgen van dat besluit ongedaan te maken;
- c een verbod aan de ondernemer handelingen te (doen) verrichten ter uitvoering van het bestreden besluit of van onderdelen hiervan.

De OR kan volstaan met het vragen van een verklaring voor recht; zou de OK ten aanzien van het bestreden besluit tot het oordeel komen, dat het beroep gegrond is, dan blijft het besluit onveranderd in stand. De OK kan het bestreden besluit niet vernietigen, maar de ondernemer desgevorderd een gebod of een verbod opleggen. Artikel 26 geeft de OK geen bevoegdheid andere verzoeken toe te wijzen. Zo kan de OK de ondernemer niet bevelen een ander advies te vragen; evenmin kan de OK bevelen dat de ondernemer een advies vraagt overeenkomstig artikel 30 WOR, noch dat de ondernemer een bepaald persoon aanwijst als degene die namens hem het overleg met de OR voert.¹¹⁴ Een verzoek dat er op gericht was, dat de ondernemer nog eens overleg zou plegen met bepaalde personen of instellingen over zijn besluit, kon niet worden toegewezen.¹¹⁵

Wanneer een besluit in de loop van de procedure door de ondernemer wordt ingetrokken, heeft de OR geen belang meer bij een oordeel van de rechter over het besluit. Noch het gebod, noch het verbod van artikel 26, vijfde lid hebben dan nog zin. Ook bij de verklaring voor recht heeft de OR dan geen belang meer, omdat het betekenis mist voor het aan de OK voorgelegde geschil.¹¹⁶ De OK acht zich niet bevoegd haar beslissingen 'uitvoerbaar bij voorraad' te verklaren.¹¹⁷

Het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen (het opleggen van een verbod of een gebod vóórdat de OK ten gronde in het geschil beslist heeft; zie 1.2 in novembernummer 1987) wijst de OK slechts toe indien daarvoor zwaarwichtige gronden zijn.¹¹⁸ Het verzoek om voorlopige voorzieningen wordt tegelijk met het geschil ten gronde behandeld. Dit betekent

praktisch dat het verzoek om voorlopige voorzieningen pas in behandeling komt na ommekomst van de opschortingstermijn van artikel 25, zesde lid. Het gevolg hiervan is, dat in een aantal gevallen aan de President van de arrondissementsrechtbank met succes is verzocht voorlopige voorzieningen te treffen.¹¹⁹

4 Miscellanea

4.1 Uitvoering van besluiten van de ondernemer

De laatste volzin van artikel 25, vijfde lid bepaalt, dat het OR-advies wordt ingewonnen over de uitvoering van een adviesplichtig besluit, indien en voor zover de OR daarover nog niet eerder heeft geadviseerd. Ten aanzien van de uitvoering van een besluit komt de OR geen beroepsrecht toe. Van uitvoering van een besluit kan slechts sprake zijn, indien de uitvoeringsmaatregel geacht kan worden te zijn opgesloten in het genomen besluit. Dit is het geval, wanneer de ondernemer bij de uitvoering van zijn besluit geen vrijheid van keuze heeft.¹²⁰ Heeft de ondernemer een adviesplichtig besluit op hoofdlijnen genomen, dan zal bij de uitwerking ervan per (voorgenomen) besluit bezien moeten worden of deze uitvoeringsbesluiten onder artikel 25, eerste lid vallen; de uitwerking van een besluit op hoofdlijnen zal de ondernemer immers nog wel enige vrijheid laten.¹²¹

4.2 De opschortingsverplichting

Wanneer het besluit van de ondernemer niet overeenstemt met het advies van de OR, is de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit één maand op te schorten (zie 1.1 in novembernummer 1987). Heeft de ondernemer ten onrechte geen advies gevraagd of is het ontbreken van een OR-advies anderszins aan de ondernemer toe te rekenen, dan geldt niettemin de opschortingsverplichting. De opschortingsverplichting geldt niet, wanneer het uitblijven van het OR-advies aan de OR zelf te wijten is.¹²²

5 Slot

Er zijn slechts twee gevallen geweest waarin de OK een besluit van de ondernemer op materiële gronden in strijd met het willekeur-verbod heeft geoordeeld. In een van deze gevallen werd de beslissing van de OK in cassatie vernietigd.¹²³ In het andere geval struikelde het besluit eigenlijk al op de omstandigheid, dat de beweegredenen voor het besluit in de adviesprocedure niet aan de orde waren gesteld. De OK overwoog echter ook materieel dat de eerst bij het verweerschrift aangevoerde feiten en omstandigheden een wijziging van het beleid in de door de ondernemer beoogde zin niet rechtvaardigen.¹²⁴

In alle andere gevallen waarin de OK een besluit kennelijk onredelijk heeft geoordeeld, was het oordeel gebaseerd op gebreken in de besluitvormingsprocedure.

De OK blijkt in zijn jurisprudentie betrekkelijk strakke lijnen te hebben ontwikkeld voor de wijze van totstandkoming van een belangrijk besluit.

Hij beziet vooral of de spelregels goed in acht zijn genomen.

Ten aanzien van de materiële inhoud stelt de OK zich overeenkomstig de wettelijke bepalingen in artikel 26 terughoudend op. Maar - zo zou men kunnen zeggen - als het spel volgens goede spelregels correct gespeeld wordt, moet het spel wel fraai zijn. Dat die spelregels precisie en behoedzaamheid vergen zowel aan de zijde van de ondernemer als aan de zijde van de OR behoeft na het voorafgaande geen betoog meer.¹²⁵

Noten

70 OK 1 mei 1980, zaak 3/80, NJ 1981, 271; 19 juli 1984, zaak 12/84.

71 OK 6 november 1986, zaak 21/86.

72 OK 19 februari 1981, zaak 27/80, NJ 1982, 245.

73 OK 8 december 1983, zaak 33/83, NJ 1984, 806.

74 OK 12 juni 1986, zaak 1/86.

75 OK 3 april 1986, zaak 61/85.

76 OK 29 november 1984, zaak 22/84; 12 juni 1986, zaak 1/86.

77 Dit volgt uit artikel 26, eerste lid; vgl. ook OK 27 mei 1982, zaak 6/82, NJ 1983, 745.

78 OK 5 april 1984, zaak 1/84, NJ 1985, 501; 24 oktober 1985, zaak 28/85.

79 OK 14 november 1985, zaak 22/85, NJ 1986, 555.

80 OK 24 mei 1984, zaak 6/84, NJ 1985, 502.

81 Zie de in noot 79 genoemde uitspraak.

82 OK 24 mei 1984, zaak 6/84, NJ 1985, 502; 24 oktober 1985, zaak 28/85; 14 november 1985, zaak 22/85, NJ 1986, 555; 23 januari 1986, zaak 52/85.

83 OK 10 september 1981, zaak 8/81, NJ 1982, 299; over deelname aan een registratie-project en een hierop betrekking hebbende samenwerkingsovereenkomst was OR-advies gevraagd. De OR stelde dat het besluit dienaangaande voor de ondernemer een besluit was tot het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming (artikel 25, eerste lid, onder b). De ondernemer had deze stelling niet weersproken. De OK was niettemin van oordeel, dat het besluit niet adviesplichtig was in de zin van artikel 25: het was niet van ingrijpende betekenis, omdat het geen financiële consequenties van betekenis en evenmin gevolgen voor de rechtspositie van de werknemers had.

84 OK 29 mei 1986, zaak 4/86.

85 OK 13 november 1980, zaak 15/80, NJ 1981, 588; 22 januari 1981, zaak 25/80, NJ 1982, 243.

86 OK 27 mei 1982, zaak 6/82, NJ 1983, 745.

87 Zie o.m. OK 27 mei 1982, zaak 6/82, NJ 1983, 745; 8 december 1983, zaak 30/83; 17 maart 1983, zaak 36/82, NJ 1984, 732; 23 januari 1986, zaak 52/85.

88 OK 21 januari 1982, zaak 21/81, NJ 1983, 31; 24 januari 1985, 30/84.

89 HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 met noot Ma., TVVS 1982, blz. 231-233 (W.J. Slagter), Ars Aequi 1983, blz. 382-385 (W.C.L. van der Grinten) en SMA 1982, blz. 757 e.u. (F. Koning).

90 OK 24 mei 1984, zaak 6/84, NJ 1985, 502; 14 november 1985, zaak 22/85, NJ 1986, 555.

91 OK 5 april 1984, zaak 36/83, NJ 1985, 515; 2 juli 1985, zaak 14/85.

92 OK 14 november 1985, zaak 22/85, NJ 1986, 555.

93 OK 24 mei 1984, zaak 6/84.

94 OK 21 februari 1985, zaak 31/84.

95 OK 30 augustus 1984, zaak 16/84, NJ 1985, 475.

96 OK 25 juni 1981, zaak 6/81, NJ 1982, 248; 21 december 1984, zaak 27/84.

97 OK 21 december 1984, zaak 27/84.

98 OK 21 januari 1982, zaak 21/81, NJ 1983, 31.

99 OK 8 december 1983, zaak 30/83.

100 OK 30 augustus 1984, zaak 16/84, NJ 1985, 475.

101 HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35; OK 4 februari 1982, zaak 23/81, NJ 1983, 29; 11 maart 1982, zaak 26/81, NJ 1983, 30; 19 februari 1981, zaak 26/80, NJ 1982, 244.

102 OK 19 februari 1981, zaak 26/80, NJ 1982, 244 en 11 maart 1982, zaak 26/81, NJ 1983, 30.

103 OK 2 juni 1983; cassatieberoep verworpen: HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212.

104 OK 1 mei 1980, zaak 3/80, NJ 1981, 271; 11 juni 1981, zaak 3/81, NJ 1983, 247.

105 OK 2 december 1982, zaak 27/82, NJ 1983, 747; vgl. ook OK 14 januari 1982, zaak 19/81, NJ 1983, 26.

106 OK 29 november 1984, zaak 22/84.

107 OK 3 april 1986, zaak 61/85.

108 OK 13 november 1986, zaak 2/86.

- 109 OK 24 oktober 1985, zaak 28/85.
- 110 OK 8 december 1983, zaak 25/83 (mondelinge uitspraak).
- 111 OK 27 oktober 1983, zaak 24/83, NJ 1984, 793.
- 112 OK 3 april 1986, zaak 61/85.
- 113 OK 5 april 1984, zaken 34, 35 en 36/83, NJ 1985, 515; 3 april 1986, zaak 59/85.
- 114 Zie M.G. Rood, TVVS 1985, blz. 8.
- 115 OK 29 november 1984, zaak 22/84.
- 116 OK 5 april 1984, zaak 1/84, NJ 1985, 501; 12 juni 1986, zaak 1/86; 13 november 1986, zaken 18 en 28/84; zie over het belang-vereiste - mede in verband met kostenveroordeling - ook de conclusie van A-G Van Soest bij HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212.
- 117 OK 4 juli 1985, zaak 14/85, NJ 1986, 498. Dit betekent praktisch dat de ondernemer de beslissing van de OK nog niet terstond hoeft uit te voeren; hij heeft nog een zekere bedenktijd om zich te bezinnen op de vraag of hij tegen de beslissing van de OK beroep in cassatie instelt bij de Hoge Raad. Stelt de ondernemer cassatieberoep in, dat schorst dit beroep de verplichting de beslissing van de OK uit te voeren.
- 118 OK 22 augustus 1980, zaak 15/80, NJ 1981, 587.
- 119 OK 19 december 1985, zaak 32/85, NJ 1986, 556; vgl. J. van Slooten, a.w., blz. 243 en J. Roelvink, a.w., blz. 215-216, alsook J.M.M. Maeijer, Kroniek van het vennootschaps- en ondernemingsrecht, NJB 1987, blz. 337-348, op blz. 346.
- 120 OK 13 december 1980, zaak 15/80, NJ 1981, 588.
- 121 Over afvloeiingsregelingen in relatie tot een adviesplichtig besluit: W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, blz. 339.
- 122 OK 19 december 1985, zaak 31/85, NJ 1986, 556.
- 123 HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35.
- 124 OK 24 mei 1984, zaak 6/84, NJ 1985, 502.
- 125 Vgl. ook mijn bijdrage aan dit blad, 1982, blz. 66-78 (waarin ik ook een opmerking maakte over de vrijheid van de OK met betrekking tot het bewijs en de bewijsmiddelen, blz. 76). Ik dank mr. Paul Ermers voor zijn voorbereidende arbeid ten behoeve van het bovenstaand artikel. Bij het afsluiten van dit artikel nam ik kennis van R.A.A. Duk, Jurisprudentie op artt. 25 en 26 Wet op de Ondernemingsraden, Advocatenblad 1987, blz. 290-296.