

Prof. Dr. E. P. de Jong

De Ondernemingskamer en het beroepsrecht van de ondernemingsraad

1. Inleiding

De ondernemingsraad (o.r.) van een onderneming waarin in de regel honderd of meer personen werkzaam zijn, heeft krachtens artikel 26 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) het recht beroep in te stellen tegen bepaalde besluiten van de ondernemer. Dit beroep moet worden ingesteld bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (OK). Het beroepsrecht vormt het sluitstuk van het in artikel 25 WOR vastgelegde adviesrecht van de o.r.

De eerste uitspraken van de OK op door ondernemingsraden ingestelde beroepen zijn samengevat en van commentaar voorzien in TVVS 1980, blz. 215-216 (C. A. Boukema) en blz. 272-273 (C. A. Boukema); in AA 1980, blz. 784-788 (P. van Schilfgaarde) en 1981, blz. 143-144 (S. de Laat); in SMA 1980, blz. 539-549 (F. Koning) en 1981, blz. 401-419 (F. Koning); NJ 1981, 271, 587, 588 (Ma.) en 589 (Ma.) en in het blad O.R.-informatie.

Doel van deze bijdrage is aan de hand van een vijftal recente beschikkingen van de OK enkele lijnen en wat markante punten aan te geven in de jurisprudentie van de OK. Deze bijdrage heeft betrekking op de thans nog niet elders gepubliceerde beschikkingen van de OK van 19 februari 1981 (Produktbe-reich-verpakkingsmachines), 19 februari 1981 (Regionaal voorraadhoudende groothandel), 26 maart 1981 (Sigarettenfabriek), 11 juni 1981 (Afgebrande autobusstalling) en 25 juni 1981 (Productie-situatie Derivaten).

Voor alle duidelijkheid: het gaat hier om het advies- en beroepsrecht van de o.r.; niet om het instemmingsrecht als bedoeld in artikel 27 WOR.

2. Voorgenomen besluit

Met betrekking tot de toepassing van artikel 25 en artikel 26 WOR is in de eerste plaats van belang te bepalen, wanneer er sprake is van *een voorgenomen besluit* van de ondernemer. Artikel 25 bepaalt dat de ondernemer de o.r. in de gelegenheid moet stellen advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit over voor de onderneming en de werknemers belangrijke aangelegenheden. Deze aangelegenheden zijn in het eerste lid van artikel 25 opgesomd. Besluitvorming in een organisatie van enige omvang is een procesmatig gebeuren, waarin de omslag van voorbereiding naar een concreet voornemen soms moeilijk is te bepalen. Deze moeilijkheid wordt nog vergroot door het tweede lid van artikel 25, inhoudende, dat het advies op een zodanig tijdstip

moet worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Artikel 25 eist dus een zorgvuldige besluitvormingsprocedure. Is de procedure niet zorgvuldig geweest, heeft de o.r. niet of niet tijdig kunnen adviseren, dan zou reeds daarom gezegd kunnen worden, dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen tenzij de o.r. zelf in gebreke is gebleven. De OK zal alsdan de ondernemer gelasten het besluit in te trekken en elke handeling ter uitvoering van dat besluit verbieden. Ontkent de ondernemer het bestaan van een voorgenomen besluit waarover het advies van de o.r. moet worden gevraagd, 'zover zijn we nog niet', dan zal uit gedragingen van de ondernemer en van derden afgeleid moeten worden of een besluit is voorgenomen (vgl. beschikking OK 1 mei 1980, NJ 1981, 271, TVVS 1980, blz. 215-216, SMA 1980, blz. 539-549 en AA 1980, blz. 784-788 en 1981, blz. 143-144 en naar aanleiding daarvan B. Geersing, Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de o.r. ingevolge art. 25 WOR, SMA 1980, blz. 920-925).

3. Belangrijk besluit

Het gaat in de opsomming van het eerste lid van artikel 25 om *belangrijke* besluiten. Bij een aantal besluiten in de opsomming is het bijvoeglijk naamwoord 'belangrijk' uitdrukkelijk vermeld: belangrijke financiële deelnemingen, beëindiging van de werkzaamheden van een belangrijk onderdeel van de onderneming, belangrijke inkrimping, belangrijke uitbreiding, belangrijke wijziging in de organisatie of in de bevoegdheidsverdeling, belangrijke investeringen, belangrijke kredieten. Waar het woord 'belangrijk' niet gebruikt is, is het besluit naar zijn aard belangrijk, zoals besluiten met betrekking tot fusie e.d., beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, wijziging van vestigingsplaats, het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten. Koning heeft gepoogd aan de hand van de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 25 de term 'belangrijk' in te kleuren (SMA 1981, blz. 412-417). Hij onderscheidde twee visies:

- of een besluit belangrijk is, moet worden gerelateerd aan de belangen van de onderneming in al haar doelstellingen (zie ook artikel 2 WOR);
- of een besluit belangrijk is, moet worden gerelateerd aan de mogelijke gevolgen van dat besluit voor de werknemers (het aantal betrokken werknemers en de ernst van de gevolgen van het voorgenomen besluit).

Koning opteert - zie ik het goed - uiteindelijk voor de tweede visie: belangrijke besluiten zijn besluiten waarbij ernstige werknemersbelangen in het geding zijn. Naar mijn mening benadert de OK de kwestie niet op een abstract niveau. De OK relateert de term 'belangrijk' aan de concrete omstandigheden van het geval; en daarin kunnen - gezien de doelstellingen van de onderneming - ook algemene belangen een rol spelen (zie hieronder nr. 8, slot van het citaat).

Ook uit de Memorie van Antwoord Eerste Kamer bij het ontwerp van Wet op de ondernemingsraden (13954) blijkt, dat de concrete inhoud van de term 'belangrijk' o.a. wordt bepaald door aard en omvang van de onderneming; of het betrokken besluit directe sociale gevolgen heeft of van betekenis is voor de werkgelegenheid is daarbij niet doorslaggevend.

4. Jurisprudentie over 'belangrijk'

In de beschikking van 2 december 1980, NJ 1981, 589 (Ma.), SMA 1981, blz. 405-407 ging het om de vraag of een besluit waarbij de verantwoordelijkheid voor het financieel-economisch beleid van een directeur-econoom van een stichting overging naar een daartoe gedelegeerd lid van het stichtingsbestuur in afwachting van de aanstelling van een nieuwe directiefunctionaris, een besluit vormde als bedoeld in artikel 25, lid 1, sub e WOR: een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming. De OK beantwoordde de vraag ontkennend: geen belangrijk besluit. Daarbij hield de OK m.i. ten onrechte rekening met het feit, dat het als een interim-oplossing te karakteriseren besluit geenszins onredelijk was. Houdt echter een besluit nieuwe grondslagen in voor een toekomstige directiestructuur, dan is wel degelijk sprake van een belangrijk besluit, ook al zal dat besluit nader uitgewerkt moeten worden in statuten en delegatiebesluiten die afzonderlijk aan de o.r. zullen worden voorgelegd. Aldus de beschikking OK van 21 augustus 1980, NJ 1981, 587 en 13 november 1980, NJ 1981, 588 (Ma.), SMA 1981, blz. 401-404 en TVVS 1980, blz. 272-273. Een besluit tot samenvoeging van twee afdelingen is een besluit als bedoeld in artikel 25, lid 1, sub e, indien daarbij een aangelegenheid is betrokken die van het allerhoogste belang is voor de onderneming, zoals de veiligheid in een raffinaderij; aldus de beschikking OK 22 januari 1981, SMA 1981, blz. 407-411.

Uit de beschikking OK van 19 februari 1981 (Produktbereich-verpakkingsmachines) blijkt dat de OK de term 'belangrijk' uitlegt zoals in nr. 3, slot, aangegeven:

'Uit de vaststaande feiten blijkt dat door de leiding van het Produktbereich (de groep waarvan X deel uitmaakt) een aantal rationalisatie- en concentratiemaatregelen is genomen, waaronder die tot concentratie van de productie van eindverpakkingsmachines in de vestigingsplaats Xb en dat door de ondernemer Xa in overeenstemming daarmee is besloten de ontwikkeling en productie van eindverpakkingsmachines - de machines 1 en 2 - te beëindigen. Terecht stelt de OR dat dit besluit van de ondernemer een besluit is tot belangrijke wijziging van de werkzaamheden van de onderneming, als bedoeld in artikel 25, lid 1, letter d, WOR. Het moge zo zijn dat van de machines 1 in 1980 nog slechts een relatief gering aantal is geproduceerd en dat de ontwikkeling van de 2 nog niet is voltooid, daar staat tegenover dat door de OR onweersproken is gesteld dat bij een ongewijzigde gang van zaken van de 1 in de komende drie jaren machines kunnen worden geproduceerd en dat er voor eindverpakkingsmachines goede toekomstmogelijkheden bestaan. Ook al is door de ondernemer onweersproken gesteld dat in de toekomst de eindverpakkingsmachines niet meer dan 20% van de totale vraag naar verpakkings- en eindverpakkingsmachines zullen uitmaken, dan neemt dit niet weg dat het hier om een ingrijpende beslissing gaat waardoor de werkzaamheden in de onderneming van de ondernemer in belangrijke mate worden gewijzigd. Dit laatste te meer nu door de ondernemer bij de ontwikkeling en productie van eindverpakkingsmachines reeds een know-how van betekenis is verkregen. De stelling van de ondernemer dat hier geen

sprake is van een besluit als in voormeld voorschrift bedoeld, dient mitsdien te worden verworpen.'

In het geval aan de orde in de beschikking OK van 26 maart 1981 (Sigaretten-fabriek) lagen de feiten als volgt. Nadat overeenstemming was bereikt tussen de ondernemer, de vakbonden en de o.r. over een reorganisatieplan, waarvan de sluiting van een bepaalde vestiging met volledig behoud van de werkgelegenheid in de onderneming als geheel een onderdeel vormde, besloot de o.r. tegen de wens van de ondernemer een onderzoekscommissie in te stellen voor een antwoord op de vraag of de te sluiten vestiging niet toch zou kunnen worden behouden. Gedurende de reorganisatieperiode zou de te sluiten vestiging (met overcapaciteit) tijdelijk de produktie waarnemen van een nieuwe vestiging die als gevolg van vertraging in de nieuwbouw met ondercapaciteit te kampen had. Voordat de commissie rapporteerde werd de ondernemer geconfronteerd met afzetproblemen als gevolg van marktomstandigheden van tijdelijke aard in het buitenland. De ondernemer besloot daarop tot een aanzienlijke produktiebeperving van enkele weken. Aan de *produktie-overname* was ruim een maand vóór de tijdelijke *produktiebeperving* een eind gemaakt. Over het besluit tot beëindiging van de produktie-overname was de o.r. in november 1980 ingelicht en over het besluit tot produktiebeperving in december 1980. De o.r. zag die besluiten als een geheel; deze zouden elk gesprek over het openhouden van de te sluiten vestiging illusoir maken. De OK zag de besluiten daarentegen als duidelijk van elkaar onderscheiden. Over de tijdelijkheid van de produktie-overname was in feite al beslist in het kader van de vaststelling van de reorganisatieplannen. Maar zelfs al zou dat niet het geval zijn, aldus de OK, dan was dat besluit toch al in november 1980 genomen. Het aangevochten besluit van december 1980 had op dat eerdere besluit géén betrekking. Resterde dus de vraag of het besluit tot produktiebeperving een besluit vormde tot belangrijke inkrimping of wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25, lid 1, sub d WOR). De OK beantwoordde ook deze vraag ontkennend:

'Niet bestreden door de ondernemingsraad heeft de ondernemer immers betoogd dat besluiten als deze 12 tot 20 keer per jaar worden genomen. Voorts bestond bij de ondernemer de bereidheid de productie, zodra de omstandigheden die de afzet belemmerden niet meer aanwezig zouden zijn, dan wel anderszins daartoe mogelijkheden zouden bestaan, wederom te doen plaatsvinden overeenkomstig het peil van vóór het besluit waarvan beroep. Dit is ook het geval geweest. Naar uit de inhoud van de productie-staten blijkt was de productie beperkt van 22 december 1980 tot 5 januari 1981. Zij heeft zich daarna in januari 1981 hersteld tot een peil iets beneden dat van vóór het besluit. De gemiddelde productie per dag is nadien vrijwel steeds gelijk geweest aan of hoger dan de productie zoals die was voorzien in het strategisch plan. Tenslotte moet in dit verband betekenis worden toegekend aan het feit dat het stopzetten van de productie volgens de bekendmaking van de ondernemer, die door de ondernemingsraad niet is bestreden, geen gevolgen voor de bij x te z. werkzame werknemers zou hebben en - naar uit de vaststaande feiten en uit de standpunten van partijen volgt - ook niet heeft gehad.'

Met andere woorden: een besluit in het kader van een normale bedrijfsvoering dat niet van blijvende invloed is op de produktie-omvang, is geen besluit als in artikel 25 bedoeld (aldus ook Memorie van Antwoord Eerste Kamer 13954).

5. Na een principe-besluit tegen uitvoeringsbesluiten beroep mogelijk?

Uit de zojuist gedeeltelijk weergegeven beschikking mag men afleiden, dat de OK het een o.r. niet toestaat naderhand nog eens op te komen tegen een besluit waarvan de ondernemer mocht verwachten, dat het gelet op de WOR rechtens onaantastbaar was geworden: over het reorganisatieplan was beslist en tegen het besluit de tijdelijke produktie-overname te beëindigen was niet tijdig beroep ingesteld.

Deze slotsom kan de vraag oproepen welke betekenis voor de toepassing van de WOR nog kan worden toegekend aan besluiten ter uitvoering van een principe-besluit, dat rechtens onaantastbaar is geworden in de zojuist bedoelde zin. Uit een tweede beschikking OK van 19 februari 1981 (Regionaal voorraadhoudende groothandel) volgt, dat een besluit slechts voor beroep vatbaar is, wanneer het een zekere zelfstandigheid heeft. Men kan dus niet zo maar stellen: 'Ondernemingsraad, gij hebt reeds geadviseerd over het principe-besluit of over het besluit tot vaststelling van de beleidsgrondslagen, mitsdien komt gij aan het beroepsrecht niet meer toe ten aanzien van uitvoeringsbesluiten: zie artikel 25, lid 5, slot van de WOR'. Uitvoeringsbesluiten kunnen wel degelijk belangrijke besluiten vormen in de zin van artikel 25, in het bijzonder wanneer zij de concrete invulling of uitwerking vormen van het principe-besluit of een besluit over de beleidsgrondslagen. Het beroep tegen een uitvoeringsbesluit zal er echter niet toe kunnen leiden, dat het daaraan ten grondslag liggende besluit op last van de OK ongedaan gemaakt wordt. Beslist de ondernemer na twijfel over de juistheid van een met inachtneming van de WOR vastgesteld principe-besluit zijn besluit te handhaven, verder uit te werken en de daarmee in gang gezette ontwikkeling voort te zetten, dan is die beslissing geen besluit in de zin van artikel 25. Tenzij zij vergezeld gaan van voorstellen voor concrete maatregelen, die op zichzelf weer als belangrijke voorgenomen besluiten kunnen gelden, is niet voor elke toelichting op of uitleg van dat oorspronkelijke principe-besluit vooraf advies van de o.r. vereist. Evenmin als met betrekking tot de Sigarettenfabriek het geval was, kon bij de Regionaal voorraadhoudende groothandel een incident naderhand de afgesloten besluitvorming over een principe-besluit heropenen. In het geval van de Regionaal voorraadhoudende groothandel ging het om een overeenkomstig het advies van de centrale o.r. genomen besluit tot centralisatie. In het bestreden besluit werd kenbaar gemaakt dat de reeds in gang gezette centralisatie binnen de onderneming zou worden voortgezet overeenkomstig het aanvankelijke besluit.

6. Hiërarchie in het besluitvormingsproces

In de beschikking OK van 25 juni 1981 (Produktiesituatie Derivaten) ging het om de bevoegdheidsverdeling tussen een centrale o.r. en een regionale o.r. in

de onderneming. Ter zake van een besluit over een herstructureringsplan had de centrale o.r. zich op het standpunt gesteld, dat een adviesaanvraag dienaangaande te zijner competentie kwam, en dat over de uitvoering van het besluit advies diende te worden gevraagd van de desbetreffende zes regionale o.r.-en. Het herstructureringsbesluit als zodanig was in casu een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang voor alle of de meerderheid van de ondernemingen waarvoor hij was ingesteld: het had ingrijpende gevolgen voor vrijwel elke regio waarvoor een o.r. was ingesteld. Het besluit tot sluiting van één vestiging in een van de regio's als onderdeel van het plan is ingevolge artikel 35 WOR dan geen aangelegenheid meer waarover de ondernemer het advies moet vragen van de betrokken regionale o.r. Krachtens artikel 35 gaan de bevoegdheden van de afzonderlijke o.r.-en van rechtswege over op de centrale o.r., waar het gaat om aangelegenheden van gemeenschappelijk belang. Een afzonderlijke o.r. kan hierin geen verandering brengen met de stelling dat de centrale o.r. onvoldoende informatie zou zijn verstrekt of met een beroep op het (vermeende) feit, dat de centrale o.r. van oordeel zou zijn, dat ook bij aangelegenheden van gemeenschappelijk belang nog met het advies van de regionale o.r.-en rekening zou moeten worden gehouden. De OK onderzoekt wel in concreto of een kwestie tot de bevoegdheid van de centrale o.r. behoort. De opvatting die de centrale o.r. ter zake zelf huldigt, is daarbij niet van doorslaggevende betekenis. De OK kwam in casu aan een materiële beoordeling van de bezwaren van de betrokken regionale o.r. tegen de beslissing tot sluiting van een vestiging niet toe omdat het besluit van de ondernemer tot de competentie van de centrale o.r. behoorde. Heeft de ondernemer in strijd met de WOR nagelaten het advies van de centrale o.r. te vragen, dan kan een plaatselijke of regionale o.r. de ondernemer via een kort geding dwingen alsnog de wettelijk voorgeschreven adviesprocedure te volgen (Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452). Los van de bevoegdheidskwestie staat de vrijheid van de centrale o.r. ten behoeve van zijn advies de plaatselijke of regionale o.r.-en te horen (vgl. W. J. Slagter, Enkele problemen bij de toepassing van de WOR 1979, in: Gratia Commercii (Van Oven-bundel), Zwolle, 1981, blz. 366).

Bestaat in een concern of in een groep van samenwerkende ondernemingen met een min of meer centrale leiding geen centrale of groeps-o.r. overeenkomstig de WOR, dan kunnen de zaken anders liggen. Dat spreekt het duidelijkst in gevallen waarin het bestreden belangrijke besluit in de zin van de WOR, gezien moet worden in het kader van een beleid dat buiten Nederland wordt vastgesteld (denk bijvoorbeeld aan de voorgenomen bedrijfssluitingen bij Texas Instruments en Ford Nederland). De beleidsvrijheid van de leiding van een Nederlandse vestiging is dan vaak zeer gering ook waar het de belangrijke besluiten betreft van artikel 25 WOR. De o.r. kan zich in zo'n geval nog slechts voor een marginale toetsing van het betrokken besluit tot de OK wenden, die dan zal moeten beslissen of de ondernemer (d.w.z. de leiding van de Nederlandse vestiging) bij de afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid meer gewicht had mogen toekennen aan het beleid van de concern- of groepsleiding dan aan het advies van de (Nederlandse) o.r. De rechter zal per geval moeten beslissen of de dochteronderneming het concernbelang redelijk heeft afgewogen tegen alle andere betrokken belangen. Vgl. de Memorie van Antwoord Eerste Kamer 13954, blz. 17 e.v. Het bestuur van een dochteronderne-

ming is immers niet volstrekt ondergeschikt aan de wil van de concernleiding (vgl. B. Geersing in de bundel: De ondernemingsraad en het buitenland, Leiden-Antwerpen, 1981, blz. 79 e.v. en W. J. Slagter in dezelfde bundel, blz. 50 e.v.; zie in dit verband ook: P. M. M. Valens, Macht maar ook onmacht van de ondernemingsraden bij de concernplanning, het FD 21-10-1981). In de beschikking van 19 februari (Produktbereich-verpakkingsmachines) oordeelde de OK als volgt:

'Bij de beschouwing van de vraag of de ondernemer Xa bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het aangevochten besluit had kunnen komen, kan niet eraan worden voorbijgegaan dat de ondernemer Xa deel uitmaakt van een groep, het Produktbereich X en dat de door de groepsleiding genomen beslissing de ontwikkeling en de productie van eindverpakkingsmachines te concentreren in de vestigingsplaats Xb onderdeel is van door het Produktbereich genomen rationalisatiemaatregelen.

Hoewel uiteraard aan deze concentratie naast voordelen ook nadelen kleven, is niet aannemelijk geworden dat de afweging van deze voor- en nadelen door de groepsleiding niet zorgvuldig is geschied of dat bij deze afweging van kennelijk onjuiste uitgangspunten is uitgegaan. Weliswaar is door de OR gesteld dat tussen verpakkings- en eindverpakkingsmachines een zodanig nauw verband bestaat dat de ontwikkeling en productie van deze machines op één plaats dient te geschieden, doch deze stelling is door de ondernemer Xa bestreden. In de zienswijze van de groepsleiding en de ondernemer Xa weegt de samenhang tussen de verschillende eindverpakkingsmachines zwaarder dan die tussen een verpakkingsmachine en de daaraan aansluitende eindverpakkingsmachine. Dat deze zienswijze kennelijk onjuist is en tot een onaanvaardbare afweging van voor- en nadelen van de concentratie heeft geleid, is niet aannemelijk geworden. De OR heeft in dit verband nog aangevoerd dat als gevolg van het onlangs genomen besluit de mechanische productie naar Xc over te plaatsen bij Xb ongeveer 90 werknemers zullen worden ontslagen, doch terecht voert de ondernemer Xa hiertegen aan dat zonder de overplaatsing van de ontwikkeling en productie van eindverpakkingsmachines naar Xb de daar bestaande of te verwachten overcapaciteit alleen maar groter zal worden. Zeker nu, als hiervoor overwogen, de ondernemer Xa op aanvaardbare gronden mocht aannemen dat bij uitvoering van het aangevochten besluit de werkgelegenheid in de onderneming in Z, gehandhaafd zal blijven, is niet aannemelijk geworden dat van een kennelijk onredelijk besluit sprake is. Dit geldt ook indien de kwaliteit van het werk in de onderneming in Z in aanmerking wordt genomen.'

7. De betekenis van overheidsgoedkeuring

Geersing heeft in SMA 1980, blz. 922 opgemerkt dat in ieder geval sprake is van een te late inschakeling van de o.r., indien de besluitvorming nog slechts afhankelijk is van de medewerking van derden, de goedkeuring van de raad van commissarissen en in het algemeen van voorwaarden en modaliteiten die niet behoren tot de bevoegdheden van de ondernemer, en waarvan het niet in zijn macht ligt die te bevorderen. In dat verband is het van belang de overwegingen te publiceren van de OK in de beschikking inzake de Afgebrande

autobusstalling met betrekking tot de verhouding tussen de ondernemer, het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en de o.r.:

'Naar aanleiding van hetgeen door partijen is opgemerkt met betrekking tot (de positie van) het Ministerie, merkt de Ondernemingskamer op dat de omstandigheid dat een ondernemer afhankelijk is van een derde, zoals een subsidieverlener, zijn verplichtingen ingevolge de Wet op de ondernemingsraden onverlet laat. De ondernemer is dan ook verplicht aan de ondernemingsraad tijdig alle relevante informatie te verschaffen over het met de derde te voeren overleg. Daardoor wordt gewaarborgd dat de ondernemingsraad de ondernemer tijdig van zijn gevoelens kan doen blijken en dat de ondernemer daarmee bij het overleg met de derde rekening kan houden (in dezelfde zin ook de al eerder genoemde beschikking van 1 mei 1980; de J.). Dat de ondernemer in dat overleg voor de belangen van de onderneming dient op te komen spreekt voor zich. Dat dit laatste - naar de OR ter zitting heeft gesuggereerd - in het onderhavige geval onvoldoende zou zijn geschied, is niet aannemelijk. Naar blijkt uit het hiervoor overwogene wogen de voordelen voor de ondernemer Xa van niet herbouwen in Y ruimschoots op tegen de nadelen. Onder deze omstandigheden was er voor de ondernemer Xa geen reden op herbouw in Y bij het Ministerie aan te dringen'.

Gelet ook op hetgeen onder nr. 6 is vermeld zou de OK aan de vraag kunnen toekomen of de ondernemer bij de afweging van alle betrokken belangen meer gewicht had mogen toekennen aan het beleid van de overheid bij het verlenen van steun, subsidie of een vergunning en bij de daaraan te stellen voorwaarden, dan aan het advies van de o.r. Een soortgelijke vraag kan spelen bij ondernemingen die geheel van overheidswege worden bekostigd (zoals in de welzijns sfeer en de gezondheidszorg). Het is voor kwesties als deze wellicht tekenend dat de OK in het bovenstaande citaat de plaats van de overheid in het besluitvormingsproces aangeeft, maar niet het gewicht dat aan een overheidsbeslissing bij de afweging van de betrokken belangen zou moeten worden toegekend.

8. Het toetsingscriterium

Uit eerdere jurisprudentie was al bekend, dat de OK slechts aan de inhoudelijke toetsing van een besluit toekomt, wanneer dat besluit een besluit is in de zin van artikel 25, lid 1 WOR én wanneer dat besluit is genomen met inachtneming van het adviesrecht van de o.r. (zie hierboven nr. 2). Is aan die voorwaarden voldaan, dan komt - afgezien van competentiegeschillen tussen centrale, groeps-o.r. en o.r. - het toetsingscriterium aan de orde: kan gezegd worden, dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen. Opvallend is dat de OK in haar toetsingspraktijk een benadering in concreto verkiest boven een abstracte of theoretische benadering.

Bij de beschouwing van de stellingen van partijen stelt de OK voorop dat het er niet om gaat of het aangevochten besluit al dan niet een juist beleid is geweest. In het kader van de WOR komt aan de ondernemer bij het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 25 WOR een zekere beleidsvrijheid toe. Die vrijheid van beleid vindt haar grens daar waar de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen

komen (vgl. beschikking OK van 22 januari 1981, SMA 1981, blz. 407-411). Dit uitgangspunt treft men ook aan in de beschikking inzake Produktbereik-verpakkingsmachines. Zijn er gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen dan vormt niet artikel 26 WOR de weg naar de OK; dan zal gebruik moeten worden gemaakt van het recht van enquête. Dit recht komt echter aan de o.r. niet toe; wel zou een vakorganisatie op aandringen van de o.r. tot een enquêteverzoek bij de OK kunnen besluiten.

De beschikking van 11 juni 1981 (Afgebrande autobusstalling) betrof het besluit van een autobusondernemer de stalling van autobussen te Y na een brand niet te herbouwen doch elders een stalling te vestigen (zie artikel 25, lid 1, sub f). De OK woog de betrokken belangen als volgt af:

IX. Bij de beoordeling van het geschil stelt de OK voorop dat de door de ondernemer en het Ministerie gedeelde conclusie van het rapport Bakkenist, dat Y strategisch onjuist in het verzorgingsgebied is gesitueerd, in deze procedure door de OR niet wordt betwist. Dat de OR desondanks - door herbouw van het afgebrande stallingsgebouw - Y als vestigingsplaats wil behouden, is gegrond op de belangen die voor het in Y werkzame personeel aan handhaving van Y als vestigingsplaats zijn verbonden.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft de ondernemer echter bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit kunnen komen Y als vestigingsplaats op te heffen. Hoewel tewerkstelling van de in Y werkzame personen in andere vestigingsplaatsen van de ondernemer voor de betrokken - volgens de OR 13 - werknemers, die allen overeenkomstig hun wens in of nabij Y kunnen blijven wonen, met zich brengt dat hun vervoer tussen woon- en werkplaats meer tijd en kosten dan voorheen zal vergen, acht de OK deze nadelen zowel op zich zelf als in verhouding tot de voordelen die voor de ondernemer aan het bestreden besluit zijn verbonden, niet doorslaggevend.

Bij dit oordeel neemt de OK mede in aanmerking dat het om een naar verhouding gering aantal personen en kleine reisafstanden gaat, alsmede dat de C.A.O. een verplaatsingskostenregeling inhoudt.

Betreffende de voordelen die voor de ondernemer aan het bestreden besluit zijn verbonden, is door de OR bestreden dat herbouw zou leiden tot, uit bedrijfseconomische overwegingen, niet acceptabele kosten. De OK heeft echter geen reden te twijfelen aan de juistheid van de mededeling van de directeur van de ondernemer ter zitting, dat herbouw van een eenvoudige stalling reeds een bedrag van bijna f 1 miljoen zou kosten, van welk bedrag ook in het onder V vermelde rapport is uitgegaan en op basis waarvan de jaarlijkse exploitatielasten zijn berekend op rond f 162.000,- per jaar. In zijn ter zitting overgelegde berekening heeft de OR deze jaarlijkse lasten berekend op rond f 81.300,-. Echter ook indien dit laatste bedrag juist zou zijn, is dit voor de ondernemer een verlieslijdende onderneming, een te vermijden aanzienlijke jaarlijkse last. Zeker indien deze wordt afgewogen tegen de lastenbesparing die volgens voormeld rapport zal optreden zodra de te betalen verplaatsingskosten de op f 47.000,- per jaar berekende lastenbesparing overtreffen. Weliswaar heeft de OR betwist dat opheffing van de vestiging Y - op termijn gezien - tot niet onaanzienlijke besparingen leidt, doch voor deze betwisting is geen enkel argument aangevoerd.

Aangezien de OR niet, althans onvoldoende, betwist dat de vervoerssituatie rond Y bij opheffing van Y als vestigingsplaats op basis van het resultaat van de NVS-tellingen voldoende gewaarborgd zal zijn, moet reeds op grond van voormelde overwegingen het door de OR ingestelde beroep worden verworpen.'

Een zeer concrete benadering dus, waarbij het opvalt dat in het slot van de zojuist geciteerde overwegingen ook heeft meegewogen het *algemene* belang van de vervoerssituatie rond Y.

Achteruitgang in de kwaliteit van het werk kan onder omstandigheden leiden tot de slotsom, dat de ondernemer in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen. Deze stelling was zowel in het geval van Produktbereich-verpakkingsmachines als in dat van de Afgebrande autobusstalling in het geding gebracht en door de OK verworpen. Ik heb de indruk, dat de OK ter ondersteuning van die stelling zeer sterke argumenten eist. Niet elke verandering in de omstandigheden waaronder de arbeid verricht wordt, ook al is zij voor de werknemers minder plezierig of zelfs onaantrekkelijk, vormt een achteruitgang in de kwaliteit van het werk.

Tenslotte merk ik in het onderhavige verband op, dat het behoud van werkgelegenheid in de belangenafweging weliswaar een rol speelt, maar niet eo ipso een zwaardere rol dan andere bij het voorgenomen besluit betrokken belangen (zie de overwegingen in de beschikking van 19 februari 1981, geciteerd in nr. 6).

9. Enkele procesrechtelijke notities

Overziet men de hierboven besproken vijf beschikkingen alsmede de eerder elders gepubliceerde beschikkingen dan valt het op, dat de tijd die verstrijkt tussen de indiening van het verzoekschrift door of namens de o.r. en de beschikking van de OK beperkt is. In het algemeen bedraagt die termijn twee à drie maanden. Dit betekent dat toch vrij snel nadat de ondernemer zijn besluit aan de o.r. heeft meegedeeld, zekerheid wordt verkregen met betrekking tot het besluit. Tegen de beschikking van de OK is slechts cassatieberoep bij de Hoge Raad toegelaten. Nadat het verzoekschrift is ingediend kan de OK op verzoek van de o.r. zo nodig onverwijld voorlopige voorzieningen treffen, dus nog voordat ten principale op het verzoekschrift is beschikt. Een beschikking met betrekking tot deze voorlopige voorzieningen neemt de OK ongeveer één maand na de indiening van het verzoek. Deze korte termijn waarop de OK tot haar (voorlopig) oordeel komt, impliceert niet dat in voorkomende gevallen een procedure in kort geding voor de President van de Rechtbank is uitgesloten. Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452 verbood de stopzetting van bepaalde bedrijfsactiviteiten totdat de centrale o.r. overeenkomstig de WOR tenminste zou hebben geadviseerd omtrent het op die stopzetting gerichte onderdeel van het overlevingsplan van een ondernemer (Van Gelder Papier). In de regeling van geschillen is in de WOR een driedeling aangebracht: de bedrijfscommissie (met voor een aantal gevallen beroep bij de minister van Sociale Zaken eventueel nog gevolgd door AROB-beroep bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State) voor beleidsgeschillen, de kantonrechter (en in hoger beroep de rechtbank en in cassatie de Hoge Raad) voor geschillen

betreffende de naleving van de wettelijke bepalingen, zij het na verplichte bemiddeling van de bedrijfscommissie en tenslotte de OK (en in cassatie de Hoge Raad) voor het beroepsrecht van artikel 26. Voor het geval het beroepsrecht van artikel 26 samenloopt met een verzoek aan de kantonrechter tot naleving van artikel 25 bepaalt artikel 26, lid 6, dat de kantonrechter het aan hem gericht verzoek niet ontvankelijk dient te verklaren. Betreft een geschil de vraag of degene die door de ondernemer voor het overleg met de o.r. is aangewezen wel een bestuurder van de onderneming is in de zin van de WOR, dan is niet de OK, maar de kantonrechter de aangewezen rechter (vgl. beschikking OK 2 december 1980, NJ 1981, 589).

Het laatste woord is over de regeling van de geschillen nog niet gesproken blijkens de adviesaanvraag te dezer zake van de minister van Sociale Zaken d.d. 17 juli 1981 aan de SER.

Op de procedure ingevolge artikel 26 WOR zijn krachtens art. VII van de Wet van 5 juli 1979, Stb. 448 de artikelen 429a-429r van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing: 'Van de rechtspleging in zaken die met een verzoekschrift worden ingeleid'. Wat de bewijsmiddelen betreft, onderstreep ik de vrijheid van de rechter met betrekking tot het bewijs en de bewijsmiddelen: de OK bepaalt zelf wat zij als bewijsmiddel wenst te zien en welke waarde aan een bewijsmiddel wordt toegekend. De gewone regels van de civiele procedure met betrekking tot de te bezigen bewijsmiddelen en de daaraan toe te kennen bewijskracht zijn in de verzoekschriftprocedure van artikel 429a e.v. Rv. niet van toepassing. Niet formele bepalingen, maar het gezond verstand van de rechter geeft de doorslag; hij zal van geval tot geval hebben te beslissen of de bijeengebrachte bewijsmiddelen een genoegzame mate van waarschijnlijkheid opleveren, om zich daardoor van een rechtvaardige en overeenkomstig de wettelijke bepalingen gewezen beslissing overtuigd te mogen achten. De feitelijke constellatie moet genoegzaam aannemelijk zijn gemaakt. Maar wanneer elementaire regels van bewijsrecht door de OK zouden worden geschonden kan de cassatierechter corrigerend optreden.

De zojuist bedoelde rechterlijke vrijheid doet sterk denken aan de vrijheid die de administratieve rechter toekomt met betrekking tot het bewijs. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de beschikkingen van de OK in opbouw en motivering sterk doen denken aan de uitspraken van bijvoorbeeld de Centrale Raad van Beroep in sociale verzekerings- en ambtenarenzaken. Als voorbeeld van de vrijheid van de rechter met betrekking tot het bewijs, citeer ik de overwegingen van de OK in het geval van de Sigarettenfabriek:

'Partijen zijn verdeeld over de inhoud van het besluit waarvan beroep. De ondernemingsraad heeft gesteld dat het besluit niet alleen betreft het stopzetten van de produktie van MLK 012 IT en MLB 154 GB (hierboven als produktiebeperking aangeduid; de J.) maar ook het stopzetten van de A-productie (hierboven als produktie-overname aangeduid, de J.). De ondernemer heeft betoogd dat het besluit waarvan beroep is ingesteld slechts kan betreffen het tijdelijk stopzetten van de productie van MLK 012 IT en MLB 154 GB.

Met betrekking tot het besluit waarvan beroep zijn door de ondernemingsraad overgelegd de notulen van de overlegvergadering van 10 december 1980, die van de overlegvergadering van 17 december 1980, alsmede de op verzoek

van de ondernemingsraad door de directeur op 17 december 1980 op schrift gestelde mededeling betreffende de productie zoals die in de vergadering van 17 december is uitgereikt. De ondernemer heeft met betrekking tot het besluit waarvan beroep overgelegd aantekeningen, aan de hand waarvan in de vergadering van 10 september 1980 mededeling van het besluit waarvan beroep is gedaan, zoals deze aantekeningen kort nadien - aangevuld met opmerkingen in die vergadering - zijn getypt.

Hoewel de notulen niet in een nieuwe overlegvergadering zijn behandeld noch (mede) door de bestuurder zijn goedgekeurd en ondertekend, is niet aannemelijk geworden dat de inhoud van die notulen - voor zover hier van belang - onjuist is.

Met betrekking tot de overgelegde aantekeningen van de ondernemer heeft, blijkens de door de directeur ter zitting van de Ondernemingskamer afgelegde verklaring deze aan de typiste opdracht gegeven de door hem geschreven aantekeningen, aan de hand waarvan hij mededeling van het besluit tot stopzetting van de productie van MLK 012 IT en MLB 154 GB in de vergadering van de ondernemingsraad van 10 december 1980 heeft gedaan en zoals deze door hem naar aanleiding van opmerkingen in die vergadering waren aangevuld, te typen. Die opdracht is of op 10 december of de dag daarna - aldus de verklaring van de directeur - gegeven. Weliswaar zijn de aantekeningen dan ook na de vergadering getypt, doch dit houdt niet in dat die aantekeningen zodanig zijn opgesteld dat daaraan voor dit geding betekenis zou moeten worden ontzegd, gelijk de ondernemingsraad heeft betoogd.

De inhoud van die aantekeningen strookt met die van voormelde notulen. Immers in die notulen van de overlegvergadering van 10 december 1980 is sprake van stagnatie van de afzet in Italië en Engeland, met name - aldus die notulen - is de voorraad voor Italië opgelopen tot X miljoen sigaretten. In dit verband kan niet worden voorbijgegaan aan de inhoud van het sociale plan, aan die van het strategisch plan en aan het door de ondernemer op 31 oktober 1980 in de overlegvergadering medegedeelde. Daaruit blijkt dat de overcapaciteit in de primary-afdeling te Z. tijdelijk kon worden aangewend ten behoeve van de zogenaamde A-productie ten aanzien waarvan met name te Y. sprake was van ondercapaciteit, welke was ontstaan doordat de aanvang van de bouw van het fabriekscomplex een jaar later was gestart dan door X. was gepland.'

10. Slot

In elk van de vijf beschikkingen aan het slot van nr. 1 genoemd, is het verzoek van de o.r. afgewezen. Uit deze 20 tot 43 bladzijden beslaande beschikkingen blijkt, dat de OK de verzoeken uiterst nauwkeurig op hun merites beoordeelt. De OK maakt het noch de ondernemer, noch de o.r. gemakkelijk. Zoals gezegd, eist de WOR en dus ook de OK dat de ondernemer zijn besluitvormingsproces zorgvuldig doet verlopen, niet alleen naar de vorm, maar ook naar de inhoud. Was de procedure niet conform de WOR, dan is het beroep tegen het besluit gegrond, daargelaten of de ondernemer alle betrokken belangen redelijk heeft afgewogen. Afgewacht zal moeten worden of dit oordeel behalve voor een

besluit waarover de o.r. geen advies is gevraagd, ook voor elke andere procedurefout geldt; zoals bijvoorbeeld het weliswaar niet tijdig, maar toch ook weer niet té laat vragen van het advies van de o.r. of wanneer te weinig toelichting is verstrekt bij de adviesaanvraag. Niet elke procedurefout behoeft dezelfde ernstige gevolgen te hebben (vgl. in dit verband ter zake van het enquêterecht OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (Ma.); TVVS 1979, blz. 241 (C. A. Boukema) met OK 29 mei 1980, TVVS 1980, blz. 213-215 (C. A. Boukema)). Alle betrokken belangen - geïnterpreteerd vanuit de doelstellingen van de onderneming - moeten zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen vanuit aanvaardbare uitgangspunten. Of aan dit materiële zorgvuldigheidsvereiste is voldaan, beoordeelt de OK vanuit de concrete omstandigheden van het geval. Terughoudendheid in de toetsing van het besluit van de ondernemer lijkt daarbij het uitgangspunt van de OK. Gelet op het wettelijk toetsingscriterium is dat niet verwonderlijk. De formele zorgvuldigheid - verstaan als de wijze van totstandkoming van het besluit, daargelaten zijn inhoud - benadert de OK meer in abstracto. In geen van beide beoordelingsmomenten is een dogmatische of theoretische benadering te zien.

Via de artikelen 25 en 26 WOR kan de OK aan een (marginale) toetsing van het ondernemingsbeleid, verstaan als een keten van grote en kleine, belangrijke en onbelangrijke beslissingen, niet toekomen. Dit eist een zorgvuldige communicatie tussen ondernemer en o.r. en een nauwkeurige standpuntbepaling aan beide zijden. Reeds definitief gepasseerde stadia in het besluitvormingsproces worden niet naderhand via een omweg nog eens aan het criterium van artikel 26 getoetst. Dit vergt behoedzaamheid van de ondernemingsraad.