

ANNOTATIE

# De meest opvallende medezeggenschapsuitspraak van 2017; over de rol van de ondernemingsraad bij een verkoop van de onderneming

*mr. dr. L.C.J. Sprengers*

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 10-10-2017,  
ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 (OR-2018-0070, AR-2017-1233)*

## 1 Inleiding

Het einde van het jaar is een mooi moment om een uitspraak uit te kiezen om te bespreken die wat mij betreft de meest opvallende van 2017 is geweest op het terrein van het medezeggenschapsrecht. Het gaat om een beschikking van de Ondernemingskamer waarin een aantal interessante aspecten zijn behandeld over het moment en de wijze waarop een ondernemingsraad (hierna: OR) betrokken moet worden bij de besluitvorming. Vragen waar in de praktijk zich vaak problemen over voordoen.

De Ondernemingskamer brengt ieder jaar een jaarverslag uit waarin de cijfers terug te vinden zijn over het aantal behandelde zaken waaronder ook de zaken op grond van de WOR. Uit het jaarverslag 2016 blijkt dat er de afgelopen drie jaar (2014, 2015, 2016) per jaar rond de 40 zaken op grond van het adviesrecht bij de Ondernemingskamer aanhangig gemaakt zijn en er gemiddeld tien beschikkingen zijn geweest. Dat betekent dat in ongeveer driekwart van de gevallen het instellen van beroep niet leidt tot een beschikking van de Ondernemingskamer, maar leidt tot een oplossing tussen partijen die voor de OR aanleiding is om het beroep in te trekken. Van het aantal gewezen beschikkingen heeft gemiddeld de helft betrekking op zaken waar geen of niet op tijd advies is gevraagd en de andere helft op besluiten ten aanzien waarvan de OR van mening is dat er op een onredelijke wijze is afgeweken van zijn advies.

In de hier te bespreken Uniface-beschikking zijn verschillende aspecten van de adviesprocedure aan de orde gekomen die deze beschikking zo interessant maken om te bespreken. De optelsom van die deelaspecten leidt ertoe dat er sprake is van een uitspraak die mogelijk in het medezeggenschapsrecht nog een grotere betekenis zal hebben. In de commentaren die tot nu toe verschenen zijn over deze beschikking wordt ook de nodige aandacht besteed aan de bijzondere feitelijke context in deze zaak. De ondernemer had veel steken laten vallen en is daarvoor flink afgestraft door de Ondernemingskamer. Ik denk dat deze uitspraak – gezien de formuleringen die de Ondernemingskamer hanteert – ook van grote betekenis zal zijn in zaken waarin de ondernemer minder steken heeft laten vallen. Ik zal hierna eerst de inhoud van de beschikking weergeven en daarna op verschillende deelaspecten ingaan (par. 2). Daarna zal ik ingaan op het moment waarop de OR moet worden ingeschakeld (par. 3), het adviesrecht over het inschakelen van deskundigen (par. 4), de informatie die aan de OR moet worden verschaft (par. 5) en de voorwaardelijke overeenstemming (par. 6). De annotatie zal tot slot worden afgerond met een korte conclusie (par. 7).

## **2 Beschikking Ondernemingskamer**

### *Feiten*

Uniface B.V. (hierna: Uniface) is een leverancier van een bedrijfssoftware-applicatietool met werkmaatschappijen over de hele wereld. M4 Global Solutions Holding houdt alle aandelen in Uniface. De aandelen van M4 Global Solutions Holding worden gehouden door M4 Global Solutions Holding Coöperatief. Marlin is de uiteindelijk belanghebbende achter deze coöperatie. Door het moederconcern zijn externe deskundigen ingeschakeld om een verkoop van Uniface te onderzoeken. In februari 2017 wordt advies gevraagd over de herfinanciering van Uniface, waarop de OR van Uniface binnen veertien dagen positief adviseert. Op 26 april 2017 hebben M4 Global Solutions holding als verkoper en Unite HoldCo als koper een ‘*signing protocol*’ gesloten met betrekking tot de overdracht van de aandelen in Uniface. In het ‘*Signing Protocol*’ staat over de ‘*Works Council Procedure*’ onder meer:

*‘If (i) the Works Council fails to render its advice in respect of the Proposed Transaction within a period of 30 (...) calendar days from the date of such request, (ii) the Works Council renders a negative advice in respect of the Proposed Transaction (...), (each, a Negative Advice), then the Seller shall, or shall procure that the Company shall (...) as soon as reasonably practicable inform the Works Council in writing that the Parties nevertheless decided to proceed with the Proposed Transaction (...).’*

Op 28 april 2017 heeft Uniface de OR om advies gevraagd over een voorgenomen besluit dat

ziet op *'the direct or indirect change of control'* van Uniface en daarmee samenhangende voorgenomen besluiten met betrekking tot een kredietarrangement met investeringspartijen en de vestiging van pandrechten op onder meer aandelen in Uniface. De OR heeft onder meer om inzage in de koopovereenkomst gevraagd. Dat wordt geweigerd *'aangezien de koopovereenkomst geen informatie bevat die relevant is voor de rechten van de OR op grond van de WOR'*. Na toezending van de in het Nederlands vertaalde adviesaanvraag en verscheidene documenten heeft de OR op 23 juni 2017 negatief geadviseerd. Uniface heeft op 5 juli laten weten dat Marlin het besluit heeft genomen. De OR gaat in beroep.

#### *Ondernemingskamer*

De OR heeft terecht gesteld dat hij geen wezenlijke invloed op het besluit heeft kunnen uitoefenen. Aan de OR is geen advies gevraagd ten aanzien van het geven van adviesopdrachten aan Baird, Deloitte, L.E.K. en aan Loyens en Loeff. Daarmee was al een belangrijke medezeggenschap gemist in het kader van de voorbereiding van een (eventuele) verkoop van Uniface. Met betrekking tot de stelling van verweersters dat de OR op de hoogte moet zijn geweest van de betrokkenheid van deskundigen overweegt de OK nog dat wat daarvan ook zij, het aan verweersters is om het medezeggenschapstraject correct vorm te geven.

Toen de OR in december 2016 zijn *'Assessment Points'* aan Uniface heeft doen toekomen, was het veilingproces in feite al in volle gang, zonder dat de OR daarvan voldoende op de hoogte was gesteld. In een overlegvergadering op 26 september 2016 was aan de OR slechts medegedeeld dat Marlin de mogelijkheden voor een verkoop aan het onderzoeken was en dat het proces in een *'early stage'* verkeerde. Daaruit blijkt dat verweersters artikel 24 lid 1 van de WOR in het kader van de advisering hebben geschonden. Niet is gebleken dat er daadwerkelijk inhoudelijke mededelingen over het besluit dat werd voorbereid in het kader van de overdracht van de zeggenschap in de genoemde overlegvergaderingen – of daarbuiten – zijn gedaan. Evenmin is gebleken dat er afspraken zijn gemaakt over het tijdstip en de wijze waarop de OR in de besluitvorming zou worden betrokken. In de overlegvergadering van 26 september 2016 was aan de OR slechts medegedeeld dat Marlin de mogelijkheden voor een verkoop aan het onderzoeken was en dat het proces in een *'early stage'* verkeerde. Wat dat precies inhield, is niet aan de OR meegedeeld. Zo werd de OR niet geïnformeerd over het feit dat er inmiddels al een *'Confidential Information Package'* was gedeeld met 36 partijen. De overlegvergadering van 13 februari 2017 is door Uniface evenmin benut om relevante informatie te verstrekken ten aanzien van het biedingsproces; de aandacht ging toen uit naar een naderende adviesaanvraag met betrekking tot herfinanciering, welke adviesaanvraag op 14 februari 2017 aan de ondernemingsraad is voorgelegd. In die adviesaanvraag wordt niet aan het lopende biedingsproces gerefereerd. Pas in de overlegvergadering van 21 april 2017 is de

ondernemingsraad geïnformeerd over de voorgenomen verkoop. Toen was het biedingsproces in feite al afgerond en was Idera de enig overgebleven bidder.

De stelling van verweersters dat het *'Signing protocol'* onder opschortende voorwaarde van het afronden van het adviestraject is gesloten en dat daarmee de rechten van de OR voldoende zijn gewaarborgd, wordt verworpen. Uit de weergegeven bepaling blijkt immers dat ook bij een negatief advies het proces dat moet leiden tot de *'Proposed Transaction'* zal worden voortgezet. Dat het *'Signing protocol'* ook nog bepalingen bevat die zien op de situatie na een oordeel van de Ondernemingskamer waarin het beroep van de OR gegrond is verklaard, is in dat verband niet relevant. Het gaat immers om de vraag of voorafgaand aan het bestreden besluit de ondernemingsraad in staat is gesteld op dat besluit wezenlijke invloed uit te oefenen. Dat is hier niet het geval geweest. Alleen al hierom luidt de conclusie dat verweersters in redelijkheid niet tot het bestreden besluit hebben kunnen komen.

Daarnaast hebben verweersters ontoereikende informatie verstrekt met het oog op een goed verloop van de medezeggenschap. De adviesaanvraag en de vertaalde versie bevatten geen onderliggende documenten, zodat hetgeen in die adviesaanvragen naar voren is gebracht voor de OR niet verifieerbaar was. Uiteindelijk heeft Uniface op 3 juni 2017 essentiële documenten aan de OR doen toekomen. Het achteraf geven van deze informatie en het beantwoorden van vragen was – mede gelet op de reactietermijn – in dit geval niet afdoende om de gebrekkige adviesaanvraag te kunnen helen. Dit klemt temeer nu verweersters voorafgaand aan de adviesaanvraag geen relevante informatie aan de OR hadden verstrekt, geen inhoudelijke reactie hebben gegeven op de *'Assessment points'* van de OR en bovendien het voorschrift van artikel 24 lid 1 WOR hebben geschonden. Tot slot wordt overwogen dat niet duidelijk is waarom de conceptkoopovereenkomst in het kader van de adviesaanvraag niet met de OR is gedeeld. De enkele mededeling van verweersters dat die koopovereenkomst geen informatie bevat die relevant is voor de rechten van de OR op grond van de WOR volstaat in dat kader niet. Het verzoek van de OR wordt toegewezen.

### **3 Het moment van inschakelen van een ondernemingsraad**

Het moment waarop de OR bij de besluitvorming moet worden betrokken is een van de belangrijkste waarborgen ter ondersteuning van de positie van de OR in het overleg. Daarmee wordt geborgd dat het betrekken van de OR bij de besluitvorming meer dient te zijn dan een vinkje op het lijstje van de te ondernemen stappen voordat een besluit definitief kan worden, maar dat er sprake moet zijn geweest van een echte dialoog met de OR op een moment dat het er nog toe doet. Het overleg met de OR is geen verplicht nummer, geen bezigheidstherapie, maar een stap in een tweezijdig communicatietraject dat de besluitvorming kenmerkt. Zo is het in de wetgeving gefaciliteerd en langs die lijn wordt de wet ook uitgelegd in de

rechtspraak, zoals uit deze uitspraak ook weer blijkt.

Daarmee treedt er wel een discrepantie op tussen de juridische werkelijkheid en de praktijk. Uit recent onderzoek naar de instellingsgraad van ondernemingsraden blijkt dat slechts in 68 procent van de ondernemingen waar een OR dient te zijn er ook daadwerkelijk een aanwezig is. (Vlug Adviseurs en EVA, *Naleving van de Wet op de ondernemingsraden. Stand van zaken begin 2017*, juni 2017, p. 11). Dus in 33 procent van de ondernemingen is hetgeen hiervoor geschreven is, een dode letter. Maar ook daar waar ondernemingsraden wel aanwezig zijn, is de praktijk rondom het moment van inschakelen van de OR zeer uiteenlopend. Het voorbeeld dat in de Uniface-beschikking aan de orde was – de verkoop van de onderneming via een veilingprocedure – is mogelijk wel het beste voorbeeld waarbij geconstateerd kan worden dat de praktijk sterk afwijkt van hetgeen in wet en rechtspraak wordt voorgeschreven. Bij besluiten die binnen de onderneming plaatsvinden, zoals bijvoorbeeld een reorganisatie, heeft in de meeste gevallen de bestuurder zelf de bevoegdheid tot besluitvorming en doen zich minder hobbels voor.

Ten aanzien van het moment van inschakelen van de OR kent de wet twee belangrijke bepalingen, te weten: (1) artikel 24 lid 1 WOR en (2) artikel 25 lid 2 WOR.

#### *Artikel 24 lid 1 WOR*

Ten minste tweemaal per jaar dient de bestuurder bij de bespreking van de algemene gang van zaken inzicht te geven in de adviesplichtige en instemmingsplichtige besluiten die in voorbereiding zijn en dienen OR en ondernemer afspraken te maken over de wijze waarop de OR bij de voorbereiding van deze besluiten betrokken zal gaan worden.

Uit de Nalco-beschikking (Hof Amsterdam (OK) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232) blijkt dat de bestuurder zich niet kan verschuilen achter het feit dat de plannen eerder ontwikkeld zijn op een hoger niveau binnen het concern waarvan hij zelf op dat moment ook geen weet had. De verplichting op het tijdig informeren van de OR rust op de ondernemer, en binnen een concernverband zal de juridische entiteit die het besluit voorbereidt ervoor dienen te zorgen dat de bestuurder die het overleg voert met de OR op lokaal niveau tijdig geïnformeerd is om zijn wettelijke taak richting de OR te kunnen vervullen. Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat schending van het voorschrift ook in de adviesprocedures een rol kan spelen. In de zaak die speelde bij Philips Weert (Hof Amsterdam (OK) 6 oktober 2006, *JAR* 2006/303) gaf de Ondernemingskamer aan dat er fouten in het voortraject waren gemaakt, maar dat deze voldoende waren hersteld op het moment dat er wel advies werd gevraagd en dat er daarom geen reden was om de ondernemer op te dragen om het besluit in te trekken vanwege die fout in het voortraject. In

de Nalco-beschikking sloeg de weegschaal naar de andere kant door. Er waren fouten gemaakt in het voortraject en deze waren nadien onvoldoende hersteld.

Ook in die Uniface-beschikking is een schending van artikel 24 lid 1 WOR geconstateerd doordat in overlegvergaderingen de ondernemer de OR niet op de hoogte had gesteld van de voorbereiding van het besluit om te komen tot een overdracht van de zeggenschap. Wat opvalt is dat de Ondernemingskamer daarbij ook aandacht besteedt aan het feit dat de ondernemer niet is ingegaan op de 'assessment points' die de OR had opgesteld. De OR heeft vanaf het begin dat hij vernomen had dat een mogelijke verkoop aan de orde was, eigen uitgangspunten geformuleerd en die kenbaar gemaakt aan de bestuurder. Het feit dat daarop niet is ingegaan, wordt de ondernemer zwaar aangerekend. Dit geeft duidelijk aan hoe de Ondernemingskamer tegen het adviestraject aankijkt: het dient een open communicatieproces te zijn waarbij partijen over en weer in moeten gaan op hetgeen zij inbrengen. Het is derhalve geen eenzijdig traject waarbij de ondernemer louter de zendende partij is en de OR tegen een klagmuur terug communiceert. Indien de OR aan het begin van een verkooptraject een aantal uitgangspunten inbrengt, dan zal de ondernemer die serieus tot zich moeten nemen en daar ook op moeten reageren. Dit nalaten is voor de Ondernemingskamer een van de indicatoren dat de OR niet die rol heeft kunnen vervullen die hem is toebedeeld.

#### *Artikel 25 lid 2 WOR*

Dit is wat mij betreft de mooiste bepaling in de WOR, namelijk dat advies gevraagd moet worden op een moment dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming. Deze zin weerspiegelt de essentie van het medezeggenschapsoverleg zoals dat in de Nederlandse arbeidsverhoudingen is vormgegeven. Het bevat zowel een tijdsmoment als een kwaliteitsmoment. Door het algemeen karakter van deze formulering leidt dit er wel toe dat in de praktijk vragen aan de orde komen over het geëigende tijdstip waarop advies aan de OR zou moeten worden gevraagd. Vragen die in feite niet beantwoord kunnen worden los van de inhoudelijke stellingname. Indien bijvoorbeeld een OR een verkoop volstrekt niet ziet zitten zal hij behoefte hebben aan een adviesaanvraag in een zo vroeg mogelijk stadium om de discussie over de beweegredenen aan te kunnen gaan. Indien een OR een verkoop als een logische stap ziet zal het met name gaan over de wijze waarop dit inhoud krijgt en zal de behoefte bestaan om een adviesaanvraag te krijgen op het moment dat alle plannen verdergaand in detail uitgewerkt zijn. En alle varianten daartussen zijn mogelijk.

Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dat het de ondernemer vrijstaat om de besluitvorming te faseren als hij daar behoefte aan heeft, mits gewaarborgd wordt dat de

effectiviteit van de medezeggenschap in de verschillende fases overeind blijft (zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 19 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689, OR NCRV).

Het maken van procesafspraken, zeker bij een verkooptraject, waarbij onder meer wordt afgesproken op welke momenten de OR zal worden geïnformeerd, welke informatie zal worden verschaft, wanneer de OR in staat wordt gesteld om vragen te stellen aan bidders schriftelijk dan wel in een overleg, en wanneer de adviesaanvraag of de adviesaanvragen ingediend zullen worden, biedt houvast aan de ondernemer en aan de OR. Vaak is de onduidelijkheid over het verloop van het traject en de onzekerheid over het moment waarop de OR geraadpleegd zal worden voor de OR ook reden om aan het begin van een traject al formele posities in te nemen. Het maken van procesafspraken voorkomt dit en leidt meestal tot een inhoudelijker adviestraject en zorgt er in ieder geval voor dat formaliteiten niet aan het begin al kunnen leiden tot verstoring van de verhoudingen.

#### **4 Adviesrecht over inschakelen externe deskundigen**

De OR was in dit traject niet om advies gevraagd over het inschakelen van de externe deskundigen die betrokken werden bij het verkooptraject. Uit een eerdere beschikking van de Ondernemingskamer inzake SHL (Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156) werd al duidelijk dat ook het inschakelen van een externe deskundige door de buitenlandse grootmoeder onder omstandigheden adviesplichtig bij de Nederlandse onderneming op kleindochterniveau kan zijn. Daarvoor is vereist dat voldaan is aan de criteria van medeondernemerschap en de Nederlandse dochteronderneming de 'key asset' is waar de verkoop omdraait. In die zin is het niet zo verbazingwekkend dat in deze beschikking de Ondernemingskamer er ook op wijst dat de ondernemer verzuimd heeft advies te vragen over het inschakelen van de externe deskundigen. Het beroep richtte zich – anders dan in de SHL-beschikking – niet tegen het besluit tot het inschakelen van de deskundigen als zodanig, maar de Ondernemingskamer geeft wel aan dat door het nalaten advies te vragen over het inschakelen van vier verschillende deskundigen 'een belangrijke slag in de medezeggenschap is gemist in het kader van de voorbereiding van een (eventuele) verkoop van Uniface'. Die conclusie van de Ondernemingskamer deel ik volledig vanuit mijn praktijkervaring als advocaat. Wanneer er wel advies wordt gevraagd over het inschakelen van externe deskundigen bij een verkooptraject, is dat een goed aanknopingspunt voor een OR om met de bestuurder in overleg te treden over procesafspraken in het kader van de adviesaanvraag met betrekking tot de voorgenomen verkoop. In het verlengde van artikel 24 lid 1 WOR kan onderbouwd worden dat het in redelijkheid van de ondernemer verwacht mag worden dat hij dergelijke procesafspraken maakt. Indien nagelaten wordt de OR om advies te vragen over het inschakelen van een dergelijke externe deskundige, ontstaat het momentum om dergelijke procesafspraken in het kader van dat adviestrajecten te maken ook niet.



Ten tweede valt op dat de Ondernemingskamer alle deskundigen op een hoop gooit in die zin dat de Ondernemingskamer ervan uitgaat dat er een adviesrecht is met betrekking tot het inschakelen van iedere deskundige als zodanig. Daarmee geeft de Ondernemingskamer een ruime uitleg aan artikel 25 lid 1 sub n WOR waarin staat dat het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming over een van de in het adviesrecht genoemde onderwerpen ter advies moet worden voorgelegd. Of het advies dat deze deskundige zal gaan verstrekken voor de ondernemer de basis vormt voor het voorgenomen besluit is daarbij niet maatgevend. Bijvoorbeeld het inschakelen van een juridisch adviseur, een advocaat, die gevraagd wordt om te adviseren over hoe de vormgeving van intentieverklaring en/of koopovereenkomst het best kan geschieden, valt hier ook onder. Het is dus niet afhankelijk in welke mate het door de deskundige uit te brengen advies bepalend is voor de vraag of er een voorgenomen besluit gaat komen. Het gaat erom dat een dergelijke adviseur wordt ingeschakeld over een onderwerp dat (mogelijkerwijs) gaat leiden tot een adviesaanvraag. Ook op dit punt valt te constateren dat daaraan in de praktijk slechts beperkt inhoud wordt gegeven.

### **5 Informatie die aan de OR verschaft moet worden**

In de Uniface-zaak is de OR in eerste instantie zeer summier geïnformeerd en in een later stadium is er meer informatie verschaft. Een van de punten waar de Ondernemingskamer zich expliciet over uitlaat, is de vraag of de OR een kopie van de conceptverkoopovereenkomst had moeten worden verstrekt. De Ondernemingskamer geeft aan dat de enkele mededeling van de ondernemer dat die koopovereenkomst geen informatie bevat die relevant is voor de rechten van de OR op grond van de WOR, niet volstaat om te kunnen onderbouwen waarom de inhoud daarvan niet met de OR dient te worden gedeeld.

Hieruit valt af te leiden dat de Ondernemingskamer ervan uitgaat dat deze informatie gedeeld moet worden, tenzij de ondernemer steekhoudende argumenten aanvoert waarom die niet gedeeld zou kunnen worden. Ik denk dat van een dergelijke uitzondering niet snel sprake zal zijn, zeker als er rekening mee wordt gehouden dat de OR zo nodig geheimhouding kan worden opgelegd. De discussie zal met name nog kunnen gaan over de manier waarop de informatie gedeeld zal worden. Deze kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de vraag of een kopie dient te worden verschaft of dat de OR de overeenkomst alleen mag inzien. Vaak wordt gekozen voor een variant dat slechts enkele leden van de OR deze kunnen inzien of alleen een externe deskundige. De beschikking van de Ondernemingskamer in de Uniface-zaak bevat aanknopingspunten dat alle leden van de OR daarvan kennis moeten kunnen nemen. In de praktijk is voorts vaak discussie over de vraag of bij het verschaffen van de overeenkomst de verkoopprijs weggelakt mag worden of niet. Omdat deze ook in het kader van de financiering en het door de koper nagestreefde *return on investment* een rol zal spelen, is dit een wezenlijk



element van de informatieverstopping. In de rechtspraak van Ondernemingskamer is deze vraag nog niet expliciet aan de orde geweest.

## **6 Voorwaardelijke overeenstemming**

De Ondernemingskamer maakt korte metten met het voorbehoud zoals dit in het *Signing protocol* is opgenomen. De formulering is van dien aard dat duidelijk is dat een advies geen wezenlijke invloed meer kan hebben als partijen op voorhand al afspreken dat de ondernemer de OR zo snel als dat redelijkerwijs mogelijk is zal informeren dat partijen ondanks het advies toch hebben besloten door te gaan met de voorgestelde transactie.

Wat deze beschikking met name zo interessant maakt, is de motivering die de Ondernemingskamer daarbij hanteert, waarbij de Ondernemingskamer aangeeft dat het niet relevant is dat in het *Signing protocol* ook nog bepalingen staan over de situatie na een oordeel van Ondernemingskamer, omdat het immers gaat:

*‘(...) om de vraag of voorafgaand aan het bestreden besluit de ondernemingsraad in staat is gesteld op dat besluit wezenlijke invloed uit te oefenen.’*

Die formulering roept de vraag of enige vorm van opschortende voorwaarde niet per definitie hiermee op gespannen voet staat.

Sterk geeft in een annotatie (*JAR* 2017/285) aan dat naar zijn mening het *Signing protocol* de toets der kritiek wel zou hebben kunnen doorstaan, indien hierin zou hebben gestaan dat partijen in geval van een negatief advies of een advies onder voorwaarden te goeder trouw zouden overleggen of en in hoeverre de koopovereenkomst doorgang kon vinden. Zaal geeft in de annotatie in *TRA* aan dat het van de omstandigheden van het geval zal afhangen of voor of na een *Signing protocol* advies moet worden gevraagd; ook geeft zij aan dat als een bepaling wordt opgenomen dat alsnog overleg met de koper zal plaatsvinden naar aanleiding van een uitgebracht advies, het mogelijk anders zal zijn (*TRA* 2017/103). Berkhout geeft in *JOR* (*JOR* 2017/292) aan dat het standpunt dat ik eerder heb ingenomen (*TRA* 2011/72) dat in ieder geval advies gevraagd moet worden op het moment dat de ‘serieuze bidders’ er nog zijn en de voorkeur van de ondernemer bekend is, veel te streng is. Berkhout is van mening dat het denkbaar is dat de OR nog wezenlijke invloed kan uitoefenen wanneer advies wordt gevraagd terwijl er nog slechts één bidder resteert.

Het gaat, zo geeft Berkhout aan, om een feitelijke kwestie die zich niet leent voor een vast tijdstip en per geval zal het moeten worden bezien.

Ik ben van mening dat de aangehaalde formulering uit de Uniface-beschikking een bredere

strekking zal gaan krijgen en dan met name ook in situaties waar er meerdere serieuze bidders aanwezig zijn, bijvoorbeeld bij een veilingverkoop waar een keuze gemaakt moet worden tussen de bindende biedingen die gedaan zijn door partijen die op de shortlist hebben gestaan. Indien de OR advies wordt gevraagd op een moment dat er met een van die partijen reeds een voorwaardelijke overeenkomst tot stand is gekomen, wordt de mogelijkheid om wezenlijke invloed uit te oefenen op de vraag wie de uiteindelijke koper moet gaan worden, ingeperkt. De situatie van een veilingverkoop is wezenlijk anders dan de situatie waarbij de ondernemer van begin af aan maar met één partij heeft gesproken om te komen tot overeenstemming over een verkoop. Indien daarbij een voorwaardelijke overeenkomst tot stand is gekomen met voldoende waarborgen voor de rol van de OR kan het zijn dat het vereiste van wezenlijke invloed voldoende geborgd is. Dan gaat het meer om de vraag: óf verkocht worden aan deze partij óf niet worden verkocht. Die vraag is in volle omvang op dat moment nog wezenlijk te beïnvloeden. Indien echter de ondernemer zelf een traject uitzet waarbij hij in de markt op zoek gaat naar mogelijke kopers en daarbij de kopers tegenover elkaar laat opbieden, brengt de adviespositie van de OR met zich mee dat de OR dan ook wezenlijke invloed moet kunnen uitoefenen op de te maken keuze tussen de verschillende bidders. Dat betekent dat de overige bidders nog niet moeten zijn afgeschreven en ook als alternatief nog serieus in beeld moeten kunnen komen. De realiteit van het verloop van een dergelijk verkoopproces brengt dan ook met zich mee dat er, voordat sprake is van een verdergaand commitment met één partij, ook een adviesmoment met de OR georganiseerd moet worden. Dat zal noodzakelijkerwijs moeten leiden tot een fasering in het adviestraject waardoor er meer dan één adviesmoment wordt gecreëerd. Dit is inherent aan de fasering die de ondernemer in het eigen besluitvormingstraject heeft aangebracht bij een veilingverkoop. Hiervoor is ook steun te vinden in de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad over de ondertekening van een intentieverklaring (Letter of Intent). De Hoge Raad heeft de binding die door ondertekening van een intentieverklaring als volgt gekwalificeerd dat de daarin:

*'(...) neergelegde overeenstemming inhoudt dat zij zich tegenover elkaar hebben verbonden met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid te streven naar verwezenlijking van het beoogde samenwerkingsverband, zodat zij niet geheel vrijblijvend tegenover elkaar stonden'* (HR 7 oktober 1988, NJ 1998, 778, JAR 1998/251).

Het niet meer geheel vrijblijvend tegenover elkaar staan brengt met zich mee dat het moment van wezenlijke beïnvloeding gepasseerd is. De nadruk die Ondernemingskamer in de Unifac-zaak legt op het 'voorafgaand' aan het besluit in staat te stellen van de OR om wezenlijke invloed uit te oefenen is daarmee op een lijn te stellen.

## **7 Conclusie**

Naar mijn mening zal het effect van de Uniface-beschikking zijn dat:

- meer dan voorheen advies gevraagd zal moeten gaan worden over het inschakelen van een groter scala aan externe deskundigen dan tot nu toe gebruikelijk is;
- dit adviesmoment ertoe zal leiden dat er vaker procesafspraken gemaakt gaan worden als de OR de wens daartoe inbrengt bij het uitbrengen van het advies over het inschakelen van externe deskundigen;
- het informatierecht van de OR ruimer geïnterpreteerd zal moeten gaan worden ook wat betreft ter informatie geven van de koopovereenkomst; en
- het moment van adviesvragen, zeker in situaties waarbij er een keuze is tussen meerdere bidders, eerder zal komen te liggen dan tot nu toe gebruikelijk.

*mr. L.C.J. Sprengers*