

ANNOTATIE

# Hoe marginaal is de toetsing door de Ondernemingskamer?

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

*Annotatie bij Hoge Raad, 18-05-2018, ECLI:NL:HR:2018:725 (OR-2018-0085, AR-2018-0611)*

## 1 Inleiding

Het komt niet heel frequent voor dat de Hoge Raad zich moet buigen over geschillen die betrekking hebben op het adviesrecht op grond van artikel 25 WOR, het adviesrecht van de ondernemingsraad. In de laatste twintig jaar heeft de Hoge Raad dit tienmaal gedaan. Dit betrof geschillen over de vraag of er wel sprake was van adviesrecht van de ondernemingsraad, dan wel wie als (mede)ondernemer aangemerkt diende te worden. Zes van deze uitspraken hadden betrekking op de weerbarstige bepaling over het primaat van de politiek, die de medezeggenschap bij de overheid bezighoudt.

De vraag of de Ondernemingskamer de wettelijke toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 WOR juist heeft gehanteerd, is meestal geen onderwerp van debat bij de Hoge Raad, omdat de afweging van alle betrokken belangen sterk verweven is met het feitelijk oordeel van de rechter over deze belangen.

In een geschil dat speelde in *Holland Casino* over de juridische afsplitsing van het vermogen van de Stichting Holland Casino en het overhevelen naar een nieuw op te richten nv, is deze vraag wel bij de Hoge Raad aan de orde gesteld. Deze uitspraak is reden om in deze annotatie stil te staan bij de door de Ondernemingskamer te hanteren toetsingsnorm in geschillen over het adviesrecht. Voordat ik daaraan toekom, zal ik eerst de inhoud van de zaak schetsen. Ik zal in deze annotatie geen aandacht besteden aan de vraag die met het derdecassatiemiddel aan de orde wordt gesteld, over de omzetting van een stichting en het beklemd vermogen. Ik zal

dat aspect wel in de samenvatting van de uitspraak kort meenemen.

## **2 Feiten**

De regering heeft in 2016 een voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen ingediend bij de Tweede Kamer dat ertoe strekt de kansspelmarkt te moderniseren en Holland Casino te privatiseren. Het wetsvoorstel behelst onder meer dat Holland Casino vier van haar veertien casino's prijsgeeft door verkoop aan een private partij en dat er in totaal zes vergunningen beschikbaar komen voor nieuwkomers op de casinomarkt. Vervolgens zal Holland Casino aan een private partij worden verkocht. Kort na het indienen van het wetsontwerp vraagt Holland Casino aan de ondernemingsraad advies over een voorgenomen besluit dat uiteenvalt in twee stappen:

Een juridische afsplitsing van het gehele vermogen van Stichting-Holland Casino naar een nieuw op te richten nv Holland Casino NV, waarbij in eerste instantie de Stichting de aandeelhoudster wordt; De ontbinding van de Stichting Holland Casino als zodanig, waardoor aandelen in Holland Casino NV rechtstreeks door de staat worden gehouden.

ECLI:NL:GHAMS:2017:275

## **3 Oordeel Hoge Raad**

In cassatie voert de ondernemingsraad ten eerste aan dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat het besluit niet in relevante mate is ingegeven door de privatisering van Holland Casino onvoldoende gemotiveerd is gelet op het onderbouwde betoog van de ondernemingsraad dat privatisering nu juist de belangrijkste reden is voor het besluit. De Hoge Raad geeft aan dat de Ondernemingskamer de redenen heeft omschreven die Holland Casino ten grondslag gelegd heeft aan het besluit tot omvorming, te weten:

- (a) de positie van Holland Casino als staatsdeelneming. Bij een staatsdeelneming hoort de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap;
- (b) de wens voor een moderne en transparante governancestructuur;
- (c) de verwachting dat een naamloze vennootschap gemakkelijker kapitaal kan aantrekken; en
- (d) het toekomstbestendig maken van Holland Casino.

Vervolgens heeft de Ondernemingskamer de daartegen door de ondernemingsraad

ingebrachte bezwaren gemotiveerd verworpen. Hij heeft geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat de redenen die Holland Casino voor het besluit aanvoert, dat besluit niet kunnen dragen. De Ondernemingskamer heeft in verband daarmee overwogen dat voor zover thans reeds voorbereidingen voor een privatisering worden getroffen, Holland Casino in redelijkheid ervoor had kunnen kiezen deze niet bij de onderhavige besluitvorming te betrekken, en dat het gegeven dat de omvorming een eventuele privatisering gemakkelijker maakt daartoe ook niet dwingt. Dit oordeel kan niet anders worden begrepen, aldus de Hoge Raad, dan dat de Ondernemingskamer van oordeel is dat de privatisering van Holland Casino zich nog in een pril stadium bevindt en dat Holland Casino de privatisering niet bij de adviesaanvraag behoefde te betrekken. Daarbij wordt opgemerkt dat privatisering van Holland Casino te zijner tijd (uiteraard) afzonderlijke besluitvorming vereist.

In onderdeel 2 wordt aangevoerd dat de Ondernemingskamer de toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 en 5 WOR heeft miskend. De Hoge Raad verwijst naar artikel 26 lid 4 waarin is geregeld dat een ondernemingsraad uitsluitend beroep tegen het besluit van de ondernemer kan instellen bij de Ondernemingskamer op de grond dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.

R.o. 3.4.2: 'De ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken. Het betreft hier een door de Ondernemingskamer te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer. De Ondernemingskamer gaat slechts na of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Zij laat daarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid.' Vervolgens concludeert de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer de uit artikel 26 lid 4 WOR voortvloeiende marginale toets heeft verricht door te onderzoeken of Holland Casino zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de belangen van de bij Holland Casino betrokkenen niet aan de omvorming in de weg staan, alsook of Holland Casino de (belangen gemoeid met de) mogelijke toekomstige privatisering bij de besluitvorming buiten beschouwing mocht laten. Met inachtneming van de marginale toets die de Ondernemingskamer bij beoordeling van het bestreden besluit dient te verrichten kan van het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden gezegd dat het onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd.

Tot slot wordt in het derde cassatiemiddel aangevoerd dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat de door Holland Casino beoogde wijze van omvorming van de stichting naar een naamloze vennootschap door afsplitsing, strijdig is met de tekst dan wel de strekking van artikel 2:18 BW en de daarin opgenomen vermogensklem. De Hoge Raad geeft hierbij aan (r.o. 3.5.2): 'Bij de beoordeling van deze klacht geldt als uitgangspunt dat de ondernemingsraad zijn bezwaren, eventuele gebreken in de adviesaanvraag en eventuele nadere vragen volledig in

zijn advies tot uitdrukking moet brengen. De ondernemer kan bij zijn besluitvorming immers geen rekening houden met bezwaren waarvan hij niet op de hoogte is. Evenmin hoeft hij daarbij rekening te houden met bezwaren die in een eerder stadium naar voren zijn gebracht, maar in het advies niet zijn gehandhaafd. Hieruit volgt dat de ondernemingsraad in beginsel slechts beroep kan instellen tegen het besluit van de ondernemer op grond van bezwaren die in zijn advies zijn opgenomen. Bezwaren die de ondernemingsraad in de beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer naar voren brengt en die niet uit het advies blijken, dienen buiten beschouwing te worden gelaten. Daarop bestaat uitzondering als de bezwaren voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de ondernemingsraad bij het uitbrengen van zijn advies niet kende of behoefde te kennen, of als wezenlijke gebreken kleven aan de adviesaanvraag.' De ondernemingsraad heeft dit bezwaar niet opgeworpen in zijn advies. En de ondernemingsraad heeft zich in de procedure bij de Ondernemingskamer ook niet op een uitzondering beroepen, die rechtvaardigt dat de ondernemingsraad zijn bezwaar toch in de beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer naar voren kan brengen. Dat betekent dat bij gegrondverklaring van de klachten op grond van het derde cassatiemiddel de Ondernemingskamer niet tot een ander oordeel zou kunnen komen, aangezien het aangevoerde bezwaar omtrent de strijdigheid van de omvorming met artikel 2:18 BW buiten beschouwing zou moeten worden gelaten.

Ten overvloede merkt de Hoge Raad nog op dat de regel van artikel 2:18 lid 6 BW over het beklemd vermogen alleen van toepassing is bij de omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm op de voet van artikel 2:18 BW. Met de verwijzing in artikel 2:18 lid 6, tweede volzin, BW naar vermogensovergang krachtens splitsing wordt bedoeld op het geval waarin een omgezet rechtspersoon die aanvankelijk stichting was, na die omzetting betrokken wordt bij een splitsing. Dat geval doet zich in deze zaak niet voor.

#### **4 Hoe marginaal is marginaal?**

In deze beschikking legt de Hoge Raad de nodige nadruk op het feit dat de toetsing ex artikel 26 lid 4 WOR een marginale toetsing betreft. A-G Timmerman heeft in de conclusie de toetsing ook als zodanig gekwalificeerd met verwijzing naar de wetgeschiedenis (*Kamerstukken II 1974/75, 13350, 3, p. 7, p. 10*). Maeijer en Kroeze omschrijven dit als volgt: 'Men spreekt van een marginale toetsing: de Ondernemingskamer mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten, aan de handelende ondernemer wordt een zekere (marge aan) beleidsvrijheid gelaten. (...) Men zegt ook wel dat de ondernemer *kennelijk* onredelijk moet handelen.' (Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/647).

De Ondernemingskamer kwalificeert zijn toetsing ex artikel 26 lid 4 WOR in zijn beschikkingen nooit als een marginale toetsing. Dit roept de vraag op hoe marginaal, marginaal eigenlijk is. Een vraag die ook gesteld werd door Willems in *Arbeidsrecht 2000/3*.

Het toetsingscriterium van artikel 26 lid 4 is ontleend aan de norm zoals die was opgenomen in artikel 3 lid 1 Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen dat op zijn beurt het criterium van artikel 4 Wet beroep administratieve beschikkingen, inmiddels Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, had overgenomen (Rood/Verburg, *Wet op de ondernemingsraden*, p. 330). Ook daarin werd uitgegaan van de beleidsvrijheid van een bestuursorgaan om een besluit te nemen, tenzij in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in het bestuursrecht is de vraag hoever de bevoegdheid van de rechter reikt bij de toetsing van bestuursbesluiten onderwerp van debat en voortschrijdend inzicht (zie bijvoorbeeld de discussie naar aanleiding van de *Urgenda*-uitspraak (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, zie bijv. *NJB* 2015, afl. 33 waarin in een drietal artikelen op deze uitspraak wordt ingegaan; of de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven over de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen (22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557)). Het kwalificeren van de rechterlijke toetsing als een marginale toetsing maakt dat nog niet meteen duidelijk wordt waar de grenzen van de toetsing dan dienen te liggen, zowel in het bestuursrecht als ook in het medezeggenschapsrecht.

In 1990 is Van Leeuwen gepromoveerd op een proefschrift over de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur (B.H.A. Van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer: Kluwer 1990). Zij vergelijkt daarin de toetsing van ondernemersbesluiten met toetsingsnormen zoals in het bestuursrecht ontwikkeld. Zij stelt onder meer de vraag of de formulering van artikel 26 lid 4 en vooral de zinsnede 'bij de afweging van de betrokken belangen' betekent dat de rechter ieder besluit van de ondernemer dat hem door de ondernemingsraad wordt voorgelegd, slechts marginaal mag toetsen. Deze interpretatie zou, indien consequent wordt geredeneerd, met zich brengen dat de rechter in het kader van een beroep ex artikel 26 WOR aan de ondernemer een vrije beleidsruimte laat, waarbinnen de ondernemer naar believen van het recht (bijvoorbeeld procedurevoorschriften uit de WOR) zou mogen afwijken, zonder ingrijpen van de rechter te hoeven te verwachten, als hij bij de afweging in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Van Leeuwen concludeert dat de Ondernemingskamer aan artikel 26 WOR niet de (beperkte) interpretatie van willekeur geeft die in het bestuursrecht gebruikelijk is. Indien een overtreding van de wet wordt geconstateerd, bijvoorbeeld een verzuim om advies te vragen aan de ondernemingsraad, gaat de Ondernemingskamer uit van een soort rechtsvermoeden van kennelijke onredelijkheid (Van Leeuwen, p. 25). Aan de hand van de rechtspraak ex artikel 26 lid 4 WOR (alsook op basis van andere wettelijke bepalingen waarbij besluiten van het ondernemingsbestuur worden getoetst) komt zij tot categorisering van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Deze normen leiden, zo concludeert zij (p. 177) tot een verschuiving van behoorlijkheidscontrole naar rechtmatigheidscontrole. De beleidsvrijheid van

ondernemers wordt hierdoor niet noodzakelijkerwijs geringer. De grenzen van de beleidsvrijheid worden duidelijker gesteld. Zij concludeert dat de (rechts)ethiek (de behoorlijkheid) en het recht (de geschreven en ongeschreven rechtsnormen) dicht bij elkaar liggen en elkaar beïnvloeden.

Duk heeft zich van begin af aan nadat artikel 26 lid 4 WOR in 1979 is ingevoerd in verschillende publicaties gebogen over de materiële toetsing door de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 lid 4 WOR. In de afscheidsbundel van Ingelse als voorzitter van de Ondernemingskamer heeft hij hier een publicatie aan gewijd waarin hij de vraag als volgt verwoordde: 'Hoe respecteert een rechter als de Ondernemingskamer de beleids- en beoordelingsvrijheid van de ondernemer zonder daarmee de controle zoals die op grond van artikel 26 lid 4 WOR moet plaatsvinden tot een inhoudsloze schaamlap te laten verworden?' (R.A.A. Duk, *Materiële toetsing onder artikel 26 lid 4 WOR: de rechter op gepaste afstand van de stoel van de ondernemer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 129 e.v.) Zijn conclusie in dit artikel is dat de Ondernemingskamer frequent benadrukt, gelet op de strekking van artikel 26 lid 4 WOR, de ondernemersvrijheid als uitgangspunt van zijn beoordeling van een aangevallen ondernemersbesluit te nemen, maar dat de rechtspraak van de Ondernemingskamer evenzeer duidelijk maakt dat ondernemers zich niet risicoloos achter die vrijheid kunnen verschuilen. Daarmee is duidelijk dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer gaat zitten, maar van betrekkelijk nabij kritisch volgt wat de ondernemer vanuit die stoel doet en hem daarbij voor gemakzucht behoedt en hem zo scherp houdt.

De vraag is of de hiervoor geciteerde passage uit r.o. 3.4.2 van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad aangeeft dat er sprake is van een marginale toetsing en dat de Ondernemingskamer 'slechts' nagaat of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, zo uitgelegd moet worden dat de Hoge Raad de behoefte had om corrigerend op te treden ten aanzien van de wijze waarop de Ondernemingskamer in de loop van de tijd inhoud is gaan geven aan de toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 WOR. Ik ben van mening dat daar geen sprake van is. Uit zowel de conclusie van de A-G als de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat het oordeel is dat de Ondernemingskamer in de *Holland Casino*-zaak op zorgvuldige wijze gemotiveerd heeft hoe de toetsing van de belangenafweging die de ondernemer heeft moeten uitvoeren voorafgaand aan het nemen van het besluit heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad heeft weinig tekst nodig om dit duidelijk te maken. Indien beoogd was een verdergaande strekking mee te geven aan deze passage, had het voor de hand gelegen de redenering te plaatsen in een bredere context. Noch de A-G noch de Hoge Raad heeft daar behoefte toe gevoeld.

Een belangrijk aspect van de reikwijdte van de rechterlijke toetsing in het kader van artikel 26 lid 4 WOR bestaat uit de bezwaren die een ondernemingsraad in zijn advies kenbaar heeft

gemaakt. Dit blijkt ook uit de eerste zinsnede van r.o.3.4.2 waarin de Hoge Raad aangeeft dat de ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces 'alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken'. Dit impliceert dat naarmate er meer belangen kenbaar gemaakt zijn, van de ondernemer gevergd wordt dat hij deze bij de belangenafweging betreft en dientengevolge dat bij de rechterlijke toetsing ook getoetst zal moeten worden of dit op een redelijke wijze heeft plaatsgevonden. Willems heeft in zijn artikel uit 2000, dat aan actualiteitswaarde nog niets heeft verloren, hieraan ook aandacht besteed bij de beantwoording van zijn vraag hoe marginaal, marginaal eigenlijk is. Hij geeft aan dat de inhoudelijke toets afgezet tegen de toetsing aan procedurele voorschriften in essentie gericht zal zijn op de consistentie van de motivering van het besluit, meer in het bijzonder in het licht van hetgeen de ondernemingsraad daartegen weet in te brengen. Aldus wordt het antwoord op de vraag hoe ver de toets van de Ondernemingskamer gaat, goeddeels bepaald door het antwoord op de vraag hoe degelijk het weerwerk van de ondernemingsraad is (geweest) en hoe al of niet begrijpelijk en overtuigend de ondernemer op dat weerwoord heeft weten te reageren. Aan de hand van een geschil dat speelde bij ABN AMRO over de outsourcing van de telefonische dienstverlening (OK 5 december 1996, NJ 1997, 237) geeft hij aan dat de onuitlegbaarheid van het standpunt van de ondernemer in relatie tot het door de ondernemer eerder geformuleerde beleid waar de OR naar had verwezen, het besluit deed sneuvelen. Vervolgens stelt Willems de vraag of de ondernemer het, gezien de omstandigheden in die zaak, wel had kunnen uitleggen. Als het antwoord op die vraag ontkennend zou zijn, dan functioneert het adviesrecht volgens hem naar de kern genomen in feite als instemmingsrecht. En dat is in ieder geval geen marginale aangelegenheid, aldus Willems.

Dit voorbeeld maakt in het bijzonder duidelijk in welke mate de strekking van het OR-advies van invloed kan zijn op het uiteindelijke rechterlijk oordeel. Niet omdat de rechter inhoudelijk oordeelt of hij, ware hij ondernemer, tot een zelfde besluit zou zijn gekomen, maar omdat hij toetst aan de hand van de vraag of de ondernemer in staat is op een redelijke wijze uit te leggen op welke wijze de door de ondernemingsraad ingebrachte belangen zijn afgewogen. Indien de ondernemer dit niet kan uitleggen redt hij het niet bij de Ondernemingskamer.

Dat de Hoge Raad de toetsing door de rechter in het kader van het debat tussen partijen, ondernemingsraad en bestuurder, plaatst, wordt uit deze beschikking wederom duidelijk. Enerzijds door de verwijzing in r.o. 3.4.2: het gaat om een belangenafweging door de ondernemer ten aanzien van alle kenbare betrokken gerechtvaardigde belangen. Zowel met het begrip 'kenbaar' als het begrip 'gerechtvaardigd' wordt aangegeven wat de ondernemer dient te toetsen en daaruit vloeit logischerwijs ook weer voort de reikwijdte van de daaropvolgende rechterlijke toetsing. Anderzijds blijkt dit ook uit het feit dat, in lijn met vaste

rechtspraak van de Ondernemingskamer, alleen die bezwaren relevant zijn die de ondernemingsraad ook in zijn advies kenbaar heeft gemaakt. De ondernemer kan en dient alleen die belangen te toetsen die de ondernemingsraad ook heeft ingebracht. Uit de beschikking van de Hoge Raad blijkt duidelijk dat het advies daarbij een sleutelrol vervult. Bezwaren die de ondernemingsraad niet in zijn advies heeft opgenomen maar die wel eerder in het overleg zijn geuit, kunnen door de ondernemer buiten beschouwing gelaten worden. De ondernemer mag bijvoorbeeld daaruit afleiden dat deze bezwaren in het kader van het adviesproces zijn ondervangen of niet meer relevant zijn voor de ondernemingsraad.

## **5 Conclusie**

Het oordeel van de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 lid 4 WOR aan de hand van een marginale toetsing de besluitvorming van de ondernemer dient te toetsen en dat daarbij slechts nagegaan hoeft te worden of de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen, zie ik als een bevestiging van de bestaande lijn zoals die in de rechtspraak door de Ondernemingskamer is uitgezet. Dit houdt in dat de beleidsvrijheid van de ondernemer onderkend wordt maar dat de ondernemer gehouden is alle kenbare bezwaren en gerechtvaardigde belangen bij de besluitvorming te betrekken. Dit geeft aan dat de inhoud van het door de ondernemingsraad uit te brengen advies niet alleen het debat tussen partijen bepaalt, maar vervolgens ook de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Alleen in het advies kenbaar gemaakte bezwaren dienen bij de besluitvorming door de ondernemer betrokken te worden. De wijze waarop de ondernemer dat heeft gedaan of nagelaten staat vervolgens centraal bij de rechterlijke toetsing. In die zin is de marginale toetsing niet gelijk te stellen met een van de betekenissen die in Van Dale daaraan wordt gegeven, te weten: 'in maatschappelijk opzicht onbelangrijk geacht'. Marginaal verwijst naar de positie waar de rechter zich in een besluitvormingsproces bevindt, te weten aan de zijlijn en niet op de stoel van de ondernemer, maar wel met de vrijheid en de taak om in volle omvang te toetsen of de ondernemer zijn beleidsvrijheid op een redelijke wijze heeft uitgeoefend.