

Annotatie

De Unifacebeschikking (ECLI:NL:GHAMS:2017:4123) en de gevolgen voor het signing protocol en andere corporate praktijken

mr. J.W. Boelhouwer en mr. E.T. Visser¹

1. Oftewel: Ondernemingskamer 10 oktober 2017 inzake Uniface en de ondernemingsraad²

Een recente uitspraak van de Ondernemingskamer heeft het in zich wijziging te brengen in de gebruikelijke gang van zaken bij transacties. Dit als gevolg van de extra ruimte die aan het medezeggen-schapstraject moet worden toegekend.

In deze annotatie bespreken wij eerst de beschikking zelf. Daarna zullen wij ingaan op de verschillende bekritiseerde onderdelen van het gevolgde traject. Zo zal onder meer aandacht worden besteed aan het fenomeen 'signing protocol' en worden de gevolgen voor de transactiepraktijk belicht. De bijdrage zal worden afgerond met een conclusie.

1.1. Uniface-uitspraak

Uniface is een onderneming gericht op het ontwikkelen van software. Bij de onderneming zijn – door onder meer aandeelhouderschap – ook andere partijen (met uiteindelijk belanghebbende Marlin) betrokken. Niet in geschil is dat deze partijen als mede-ondernemers dienen te worden beschouwd. Omwille van de leesbaarheid wordt hierna enkel verwezen naar Uniface als de ondernemer.

Uniface wil de aandelen in de vennootschap overdragen en vindt daartoe via een *controlled auction* een koper. Met deze koper komt Uniface tot afspraken over de verkoop. De ondernemingsraad van Uniface adviseert echter negatief en wordt vervolgens in het gelijk gesteld door de Ondernemingskamer. Het besluit wordt teruggedraaid.

De Ondernemingskamer overweegt daartoe, kort gezegd, dat i) Uniface tekort is geschoten in de zorgplicht voor een goed verloop van een medezeggen-schapstraject, ii) de ondernemingsraad ten onrechte niet is gevraagd om advies voor het geven van opdrachten aan deskundigen, iii) geen tijdig overleg met de ondernemingsraad is gevoerd en iv) het besluit onvoldoende is gemotiveerd.

Op de gang van zaken in het gevolgde medezeggen-schapstraject wordt behoorlijk kritiek geleverd door de Ondernemingskamer. Uit de vaststaande feiten blijkt dat het volgende is voorgevallen.

Op 12 mei 2016 gaat Uniface een overeenkomst aan met financieel adviseur Baird teneinde een mogelijke verkoop voor te bereiden. Dit wordt opgevolgd door een opdracht aan Deloitte twee weken later om een *vendor due diligence* voor te bereiden. In de periode tot 1 oktober 2016 worden voor de verkoop 153 partijen benaderd. Met 36 partijen wordt een vertrouwelijk informatiepakket gedeeld. In de overlegvergadering eind september krijgt de ondernemingsraad de mededeling dat mogelijkheden tot verkoop worden onderzocht en dat het proces zich nog in een vroeg stadium bevindt.

In november 2016 brengt consultancybedrijf L.E.K. een concept rapport uit ten aanzien van de belangen en prioriteiten van de (uiteindelijke) belanghebbende bij de verkoop. Deloitte komt met het *due diligence* rapport. Beide rapporten worden gedeeld met potentiële bidders. Loyens en Loeff rapporteert vervolgens in december 2016 over '*key legal notes on certain aspects concerning Uniface, Project Unite*'.

De ondernemingsraad laat in dezelfde maand ook van zich horen door middel van een document waarin *thoughts and concerns* van de ondernemingsraad staan met betrekking tot de voorgenomen verkoop van Uniface. Onder meer wordt aandacht gevraagd voor de centrale rol van de ondernemingsraad in het verkoopproces. Op het document wordt niet gereageerd.

Een potentiële koper trekt zich in februari 2017 terug. Een andere potentiële koper verhoogt zijn

1. Johanne Boelhouwer en Ea Visser zijn beide advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, JOR 2017/292 met noot van D.F. Berkhout.

bod. Tijdens de overlegvergadering in deze maand wordt door de ondernemer aangekondigd dat de adviesaanvraag aanstaande is met betrekking tot herfinanciering en dat deze aanvraag binnen twee weken moet worden afgerond. Na deze vergadering wordt de adviesaanvraag ingediend over het aantrekken van krediet en het stellen van zekerheden. Op 21 april 2017 vindt weer een overlegvergadering plaats. De ondernemingsraad verneemt dan dat partijen nog aan het onderhandelen zijn over de verkoopvoorwaarden, maar dat het mogelijk gepast zou zijn binnenkort met het adviestraject te beginnen. De betrokken advocaten zouden zich zeer bewust zijn van het medezeggenschapsrecht. Op 26 april 2017 wordt een *signing protocol* gesloten met betrekking tot de overdracht van de aandelen in Uniface. In dit *signing protocol* staat onder meer dat ook bij een negatief advies van de ondernemingsraad, de verkoper de ondernemingsraad zo snel als mogelijk zal laten weten dat de beoogde transactie niettemin wordt voortgezet. Twee dagen later wordt de adviesaanvraag ingediend, zonder dat stukken zijn toegevoegd en met het verzoek binnen vier weken advies uit te brengen. Op 10 mei 2017 vraagt de ondernemingsraad om een vertaling van de adviesaanvraag in het Nederlands. De ondernemingsraad merkt op dat de adviesaanvraag op wezenlijke punten tekort schiet. Zo is onder meer niet duidelijk of de ondernemer een aandelen- of een activa/passiva transactie voor ogen heeft, zijn geen onderliggende documenten toegevoegd en ontbreekt een beschrijving van maatregelen om de gevolgen voor het personeel op te vangen. Twee dagen later krijgt de ondernemingsraad een Nederlandse vertaling van de adviesaanvraag. Er worden geen onderliggende stukken toegezonden. Op 22 mei 2017 ontvangt de ondernemingsraad enkele documenten als reactie op de vragen van 10 mei 2017. Uitstel tot het geven van advies wordt verleend en wel tot 9 juni 2017. De ondernemingsraad maakt hiertegen bezwaar. De ondernemingsraad maakt er bovendien melding van dat hij geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen. Op 7 juni 2017 vindt een overlegvergadering plaats. Enkele dagen daarvoor stelt de ondernemingsraad diverse vragen ten behoeve van die vergadering. Uniface beantwoordt deze vragen op 3 juni 2017 en stuurt de met de transactie verband houdende stukken toe. Dit betreft onder meer het *due diligence* rapport en het *signing protocol*. De koopovereenkomst stuurt Uniface niet toe aan de ondernemingsraad, waarbij als reden wordt gegeven dat daarin geen informatie is opgenomen welke relevant is voor de rechten van de ondernemingsraad op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).

Na de overlegvergadering brengt de ondernemingsraad op 23 juni 2017 een negatief advies uit. De bezwaren van de ondernemingsraad komen er op neer dat:

- de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen;
- ten onrechte geen advies is gevraagd over het inschakelen van deskundigen;
- in strijd met art. 24 lid 1 WOR geen tijdig overleg

heeft plaatsgevonden;

- de adviesaanvraag onvoldoende gedocumenteerd en gemotiveerd is;
- ontoereikende informatie verstrekt is;
- het medezeggenschapstraject onzorgvuldig is verlopen.

Het besluit wordt desalniettemin genomen en de ondernemingsraad legt de kwestie aan de Ondernemingskamer voor.

2. Oordeel Ondernemingskamer

De ondernemingsraad wordt daar op alle punten in het gelijk gesteld. De Ondernemingskamer heeft de nodige kritiek op het doorlopen traject. Zo is door geen advies te vragen over het inschakelen van deskundigen als Baird, Deloitte en Loyens en Loeff *een belangrijke slag in het medezeggenschapstraject gemist*. De stelling van Uniface dat de ondernemingsraad op de hoogte was van deze inschakeling, doet daaraan niet af. Een correcte vormgeving van het medezeggenschapstraject is de verantwoordelijkheid van de ondernemer.

Uniface heeft ten onrechte de ondernemingsraad niet op de hoogte gesteld van het delen van informatie met geïnteresseerde kopers, de veiling en het biedingsproces. Ook de overlegvergadering van februari 2017 is hiervoor niet benut. Pas toen er nog maar één bieder over was, is de ondernemingsraad geïnformeerd. Hierdoor is art. 24 lid 1 WOR geschonden. Er zijn geen afspraken gemaakt over het betrekken van de ondernemingsraad in de besluitvorming, op de door de Ondernemingsraad geuite zorgen in december 2016 is geen reactie gekomen, aldus nog steeds de Ondernemingskamer.

Het *signing protocol* was al gesloten toen de ondernemingsraad advies werd gevraagd. Uit de daarin opgenomen bepaling dat de verkoop ook bij een negatief advies zal worden voortgezet, volgt dat de ondernemingsraad onvoldoende in de gelegenheid is gesteld om voorafgaand aan het bestreden besluit wezenlijke invloed uit te oefenen. Alleen daarom al had volgens de Ondernemingskamer in redelijkheid niet tot het besluit kunnen worden gekomen. Uniface wordt verder verweten ontoereikende informatie te hebben verstrekt en te hebben nagelaten essentiële documenten te verstrekken. Dit kon niet worden gerepareerd door dat later alsnog te doen. Dat de adviesaanvraag gebrekkig is, wringt eens te meer gezien de hiervoor genoemde tekortkomingen. De Ondernemingskamer wijst vervolgens de verzoeken van de ondernemingsraad toe.

3. Het voortraject bij besluitvorming: het inschakelen van deskundigen en de overlegvergadering

De ondernemingsraad heeft reeds een serieuze rol in het voortraject van besluitvorming. In dat traject moet een ondernemer al bewust zijn van zijn medezeggenschapsrechtelijke plichten. In de Uni-

face-uitspraak staat de Ondernemingskamer in het kader van dit voortraject stil bij (i) het raadplegen van een extern deskundige (art. 25 lid 1 sub n WOR) en (ii) het verstrekken van informatie aan de ondernemingsraad in een overlegvergadering gevolgd art. 24 WOR.

3.1. Deskundigen

Er is in de praktijk vrij weinig aandacht voor het adviesrecht van de ondernemingsraad bij het verstrekken van adviesopdrachten aan externen. Hoewel dit in de WOR staat en de Ondernemingskamer eerder oordeelde dat over de inschakeling van deskundigen advies moet worden gevraagd³, wordt dat in de praktijk lang niet altijd nageleefd. Daar zal verandering in (moeten) komen, nu de Ondernemingskamer het belang van dit adviesrecht wederom onderstreept.

Uniface miste volgens de Ondernemingskamer een belangrijke stap in de medezeggenschap door in het kader van een eventuele verkoop van de onderneming geen advies te vragen ten aanzien van de adviesopdrachten aan de deskundigen. Uniface voerde nog aan dat de ondernemingsraad op de hoogte moet zijn geweest van de betrokkenheid van deskundigen. Wat daar ook van zij, het was aan Uniface om het medezeggenschapstraject correct vorm te geven, aldus de Ondernemingskamer. Dat de zorgplicht om het medezeggenschapstraject te bewaken op de ondernemer rust, had de Ondernemingskamer al eerder benadrukt.⁴

Art. 25 lid 1 sub n WOR bepaalt dat het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming over een van de in art. 25 lid 1 sub a tot en met m WOR aangelegenheden adviesplichtig is. Daarmee krijgt de ondernemingsraad tijdig inzicht in de achtergrond van een eventueel later aan de orde komende reorganisatie of een andere belangrijke aangelegenheid.⁵ Sprengers meent dat de ratio achter sub n tweemaal is, omdat de ondernemingsraad zo ook de mogelijkheid krijgt om afspraken te maken over de betrokkenheid van de ondernemingsraad.⁶ Dat laatste hoort naar onze mening echter bij art. 24 WOR. Het doel van sub n past uiteraard wel bij het idee van de wetgever om de ondernemingsraad in een eerder stadium van de besluitvorming te betrekken en

van 'voorinformatie' te voorzien in de zin van art. 24 WOR, waarover verderop meer.⁷

In de eerste plaats dient er dus sprake te zijn van een adviesopdracht aan een externe deskundige. Hierbij moet niet worden vergeten dat ook het vragen van advies aan een deskundige werknemer van een andere onderneming binnen een concern, adviesplichtig kan zijn.⁸

Niet uitsluitend de keuze van de deskundige, maar ook de inhoud van de adviesopdracht en de probleemstelling van een onderzoek valt onder deze adviesbevoegdheid. De ondernemingsraad zou bijvoorbeeld kunnen voorstellen om alternatieven te laten onderzoeken. Dat laatste kan de ondernemingsraad echter niet afdwingen door een beroep op art. 26 WOR. Het uitgangspunt van de WOR is niet om een algemeen beroep mogelijk te maken, teneinde wensen van de ondernemingsraad aangaande de inhoud en omvang van een externe adviesopdracht te honoreren.⁹ De ondernemingsraad kan uiteraard wel negatief adviseren en zo alsnog zijn stempel drukken.

Er dient in de tweede plaats een relatie te zijn tussen de adviesopdracht en een besluit over de voor de onderneming belangrijke onderwerpen uit art. 25 lid 1 sub a tot en met m WOR (dat eveneens adviesplichtig is).¹⁰ Dat te zijner tijd te nemen besluit dient naar onze mening te steunen op het advies van de deskundigen.¹¹ Niet zozeer de vorm van de inschakeling van deskundigen, maar met name de relatie tot de aangelegenheden in sub a tot en met m van art. 25 lid 1 WOR lijkt het doorslaggevende criterium te zijn voor de beoordeling van de vraag of om advies moet worden gevraagd over die inschakeling. In 1984 werd een besluit tot het verstrekken van een adviesopdracht aan een adviesbureau om het optimale werknemersbestand aan te geven alsmede de bestaande werkmethode, planning en baanbezetting te (her)analyseren, niet als adviesplichtig aangemerkt door de Ondernemingskamer.¹² De adviesopdracht was niet gericht op beëindiging van werkzaamheden of andere belangrijke aangelegenheden in de zin van de WOR. Een jaar later oordeelde de Ondernemingskamer dat een deelname aan een werkgroep gelijkgesteld moest worden met het verstrekken en formuleren van een adviesopdracht, omdat deze werkgroep een voorstel behandelde dat van beslissende betekenis

3. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 oktober 2016, JAR 2016/278 (SHL).

4. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 november 2010, JAR 2011/11 (APM Terminals Rotterdam).

5. Zie toelichting bij amendement Poppe, Kamerstukken II, 1978/79, 13 954, nr. 194 en bijvoorbeeld ook R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: SDU Uitgevers 2017, p. 176. en L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 305.

6. L.C.J. Sprengers, 'Voertijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco)', TAO 2017/1, p. 32.

7. Zie ook A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 28)*, Deventer: Kluwer 2017, p. 299.

8. Uitleg minister in *Handelingen II* 20 september 1987, p. 58.

9. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 november 1990, ROR 1990/28 en NJ 1992/200 (BAT).

10. Kamerstukken Toelichting bij NvW III, Kamerstukken II, 13 954, nr. 106, p. 12.

11. Zie ook L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 304.

12. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer), 29 november 1984, NJ 1987/991.

zou kunnen zijn voor het beleid en dienaangaande te nemen besluiten.¹³

Sprengers kent meer betekenis toe aan de (formulering van de) opdracht zelf. Hij meent dat de opdracht zodanig moet zijn geformuleerd dat sprake is van een door de deskundigen gegeven advies, waardoor het enkel uitvoeren van een opdracht om een verkoop te regelen niet adviesplichtig is.¹⁴ Dat is echter een grijs gebied en een zeer tekstuele interpretatie van sub n. De assistentie van deskundigen zal bij een mogelijke verkoop veelal zowel van assisterende als van uitvoerende aard zijn. Dergelijke zaken raken in de praktijk vaak vermengd. Dat geen advies hoeft te worden gevraagd, omdat het slechts om uitvoeringshandelingen gaat, zal – des te meer in het kader van een verkoop – naar onze verwachting niet vaak voorkomen. Bovendien is het de vraag of de Ondernemingskamer er deze visie op nahoudt.

Uniface schakelde op verschillende momenten adviseurs in: (i) begin mei 2016 financieel adviseur Baird ter voorbereiding op een mogelijk verkoop, (ii) eind mei 2016 Deloitte voor een vendor due diligence-onderzoek, (iii) november 2016 consultancybedrijf L.E.K voor een rapport over de belangen en prioriteiten bij een dergelijke verkoop, en (iv) begin december 2016 Loyens en Loeff voor een rapport met de belangrijkste juridische bevindingen. Dit zijn voor de onderneming belangrijke aangelegenheden in de zin van sub a: een voorgenomen overdracht van zeggenschap door de verkoop van aandelen. Het verstrekken van deze adviesopdrachten was daarmee adviesplichtig. Een aantal van die opdrachten tot voorbereiding van verkoop was mogelijk meer van uitvoerende dan adviserende aard, toch nam de Ondernemingskamer aan dat deze opdrachten aan externen onderhevig waren aan het adviesrecht. De relatie met de voorgenomen verkoop lijkt belangrijker te zijn dan de aard van de werkzaamheden. Wij menen dat het – mede gezien de hiervoor beschreven vermenging – verstandig is de wetsbepaling ruim uit te leggen. Daarnaast is nu onder de aandacht gebracht dat ook de inschakeling van advocaten voor advisering over en/of begeleiding van een verkoop of fusie onder het adviesrecht van een ondernemingsraad kan vallen. In de praktijk is het weinig gebruikelijk om dat te doen. De Ondernemingskamer noemt echter uitdrukkelijk ook de inschakeling van Loyens en Loeff bij de opsomming van door Uniface ingehuurd deskundigen. Dit kan dus wel degelijk ook onder het adviesrecht vallen.

Het adviesrecht bij het inschakelen van deskundigen kwam onlangs in de SHL-beschikking aan de orde.¹⁵ Daar had de buitenlandse holdingmaat-

schappij van een Nederlandse vennootschap zakenbank Goldman Sachs gevraagd om als financieel adviseur op te treden in relatie tot een mogelijke verkoop van de aandelen. De opdracht aan Goldman Sachs was omvangrijk en behelsde onder andere het assisteren bij meer voorbereidende handelingen, het opstellen van een *information memorandum* en managementpresentatie en het adviseren over financiële implicaties van een mogelijke verkoop. De Ondernemingskamer concludeerde op basis van de tekst uit de *engagement letter* waarin de opdracht was vastgelegd, dat op zichzelf was voldaan aan de relatie tussen art. 25 lid 1 sub n en art. 25 lid 1 sub a WOR. Het besluit tot het geven van de adviesopdracht aan Goldman Sachs was daarmee adviesplichtig.

Volgens de Kantonrechter Utrecht hoefde er geen discussie te worden gevoerd over de vraag of er al een voorgenomen besluit is ter zake van de aangelegenheden uit art. 25 lid 1 WOR.¹⁶ Het moet voldoende aannemelijk zijn dat het '*te gelegener tijd door [de ondernemer] te nemen voorgenomen besluit op het advies zal gaan steunen*'. Dit ligt voor de hand, omdat bij het verstrekken van een adviesopdracht nog niet zal vaststaan of vervolgens een besluit wordt genomen en het adviesrecht ten aanzien van het inschakelen van een extern deskundige dan in feite inhoudsloos wordt.

Bij de beoordeling of er sprake is van een koppeling met een adviesplichtig besluit uit art. 25 lid 1 WOR blijven *in de derde plaats* de overige elementen van art. 25 lid 1 WOR relevant. Een bestendige lijn in de rechtspraak is ontstaan, voor het eerst expliciet uitgemaakt in de zaak Brink¹⁷, dat de overdracht tot aandelen op een hoger niveau binnen het concern, ongeacht of sprake is van een wijziging in de organisatie van de onderneming, niet aan een adviesplicht in de weg hoeft te staan.¹⁸ Er dient echter wel sprake te zijn van een belangrijk besluit van, dan wel toerekening aan/medeondernemerschap van, de ondernemer in de zin van de WOR. Met andere woorden: in dit geval dient de inschakeling van de adviseur te worden toegerekend aan de onderneming waar de ondernemingsraad is ingesteld. De Ondernemingskamer oordeelde in de zaak VNU Publitec dat het besluit tot het geven van een adviesopdracht formeel noch materieel aan de ondernemer op wiens niveau de ondernemingsraad was ingesteld, kon worden toegerekend.¹⁹ Het ging om een adviesopdracht van een internationale grootmoedermaatschappij, die betrekking had op de mondiale IT-structuur van het concern. Er was geen plaats voor toerekening aan lager in het concern gesitu-

13. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer), 29 november 1984, NJ 1987/991.

14. Zie L.C.J. Sprengers, 'Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband', ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco), TAO 2017/1, pag. 33.

15. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19

oktober 2016, JAR 2016/278 (SHL).

16. Kantonrechter Utrecht 4 maart 2011, JAR 2011/252, met noot E. Knipschild.

17. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 februari 2015, JAR 2015/108.

18. Zie o.a. I. Zaal, 'Kroniek ondernemingsraden 2016', *ArbeidsRecht* 2017/15.

19. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 2004, JOR 2004/165 (VNU Publitec).

eerde ondernemingen. Dergelijke toerekening diende volgens de Ondernemingskamer te worden bepaald aan de hand van 'substance-leer': naarmate het besluit op een hoger niveau wordt genomen en het besluit niet specifiek betrekking heeft op een Nederlandse onderneming, maar mede in overwegende mate op buitenlandse ondernemingen, zou de ondernemingsraad daar niets over mogen zeggen.²⁰ In de SHL-uitspraak was sprake van een holdingmaatschappij die de adviesopdracht verstrekke aan Goldman Sachs, en aan welke holdingsmaatschappij het mogelijke besluit tot aandelenoverdracht was voorbehouden, waardoor de Ondernemingskamer tot de conclusie kwam dat van toerekening geen sprake kon zijn. Aan medeondernemerschap kwam de Ondernemingskamer wel toe, omdat de holdingmaatschappij stelselmatige invloed had op de Nederlandse SHL-onderneming.

In de Uniface-beschikking wordt aan deze laatste problematiek geen bijzondere aandacht besteed. In deze zaak verstrekke Uniface een opdracht aan Baird en Deloitte. Marlin schakelde L.E.K. en Loyens en Loeff in. Er was echter niet in geschil tussen partijen dat Uniface en Marlin (en de overige aandeelhouders in dit concern) als mede-ondernemer moeten worden beschouwd. Daarmee viel de opdracht van Marlin aan L.E.K. en Loyens en Loeff (indirect) onder de reikwijdte van het adviesrecht. Gezien de eerdere jurisprudentie en de Uniface-uitspraak, achten wij het raadzaam om bij de inschakeling van externe deskundigen na te gaan of:

1. de adviesopdracht wordt verstrekt aan een extern deskundige,
2. waarvan het aannemelijk is dat dit kan leiden tot een voorgenomen belangrijk besluit in de zin van de in art. 25 lid 1 sub a tot en met m WOR genoemde aangelegenheden,
3. van de ondernemer op het niveau waar de ondernemingsraad is ingesteld, al dan niet door middel van toerekening of medeondernemerschap.

3.2. Overlegvergadering art. 24 WOR

De bedoeling van de wetgever is dat een ondernemingsraad in een vroeg stadium wordt aangehaakt en van voorinformatie wordt voorzien. De overlegvergadering uit art. 24 WOR is daar een uiting van. Tijdens een overlegvergadering met de ondernemingsraad moeten inhoudelijke mededelingen worden gedaan over besluiten die worden voorbereid, zoals in dit geval, in het kader van de overdracht van de zeggenschap, zodat de advies-

aanvraag over die overdracht niet als een verrassing komt.

Uniface deelde tijdens een overlegvergadering in september 2016 slechts mede dat de aandeelhouder de mogelijkheden voor een verkoop aan het onderzoeken was en het proces zich in een 'early stage' bevond. Dat reeds 153 partijen waren benaderd en een informatiepakket met 36 geïnteresseerde partijen was gedeeld, is toen niet kenbaar gemaakt. De overlegvergadering die daarop volgde in februari 2017 werd evenmin benut om relevante informatie te verstrekken. Dat gebeurde pas in een overlegvergadering in april 2017. Toen was het biedingsproces echter al afgerond en was er éénieder over. Evenmin zijn er afspraken gemaakt met de ondernemingsraad over het tijdstip en de wijze waarop hij in de besluitvorming zou worden betrokken. De ondernemingsraad had in december 2016 al een document genaamd 'assessment points' met gedachten en zorgen met betrekking tot de voorgenomen verkoop aan Uniface gestuurd. Daar had Uniface niet op gereageerd. Dit alles maakt volgens de Ondernemingskamer dat Uniface haar verplichtingen uit art. 24 WOR heeft geschonden.

Een dergelijke schending kwam vorig jaar eveneens aan de orde in de Nalco-beschikking.²¹ Nalco besloot de gehele R&D-afdeling te sluiten, maar had nagelaten de ondernemingsraad op de hoogte te stellen toen deze sluiting een *aannemelijk scenario* werd. Met deze overweging gaf de Ondernemingskamer richting aan het moment waarom een 'besluit in voorbereiding' is in de zin van art. 24 lid 1 WOR. Wanneer een bepaald scenario aannemelijk wordt, is het tijd om de ondernemingsraad op de hoogte te brengen. In de Uniface-zaak lijkt de Ondernemingskamer van mening te zijn dat de ondernemingsraad tijdens de overlegvergadering in september 2016 meer inhoudelijke informatie had moeten ontvangen. Het had bovendien op de weg van Uniface gelegen om op zijn minst te reageren op het document van de ondernemingsraad met gedachten en zorgen in december 2016. Het enkel laten doorschemeren dat de ondernemer de mogelijkheden voor een verkoop onderzocht, was niet afdoende. In die maanden was een verkoop immers al een aannemelijk scenario en waren partijen benaderd en van informatie voorzien.

In de literatuur is aandacht besteed aan de vraag of een ondernemer een overlegvergadering bijeen dient te roepen op het moment dat hij een adviesplichtig besluit in voorbereiding heeft. Terecht is daarbij opgemerkt dat de rechtspraak van de Ondernemingskamer zo moet worden uitgelegd dat niet direct een officieel artikel 24-overleg dient plaats te vinden, maar dat de ondernemingsraad ook tijdens een informeel overleg kan worden geïnformeerd.²² Bovendien wordt met deze uitspraak

20. Zie voor een uitgebreidere behandeling van de SHL-uitspraak en de begrippen toerekening en mede-ondernemerschap o.a. R.G.J. de Haan, E.H. Damen en M. Milbou en S.F.H. Jellinghaus in hun annotaties bij de SHL-beschikking (JAR 2016/278, JOR 2017/63 en JIN 2017/26) en L.C.J. Sprengers, 'Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco)', TAO 2017/1.

21. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, JAR 2017/29.

22. Zie o.a. in de noot van Tuyll van Serooskerken bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer), 17 november 2016, JAR 2017/29, I. Zaai, 'Medezeggenschap-

duidelijk dat er geen separaat overleg gepland hoeft te worden wanneer er reeds overlegvergaderingen over andere kwesties worden gehouden. De ondernemer dient die overlegvergadering dan aan te grijpen om de ondernemingsraad over alle lopende besluiten in voorbereiding te informeren. Wanneer dat niet gebeurt is men in feite al te laat en is art. 24 WOR geschonden. Dit is met name interessant in concernverband, waarbij het moment waarop sprake is van een besluit in voorbereiding moeilijker valt te bepalen. Reden daarvoor is dat veelal op hoger niveau binnen het concern strategische plannen worden gemaakt en de Nederlandse onderneming daar niet altijd (onmiddellijk) bij betrokken is. Zodra sprake is van een enigszins concreet scenario bij de Nederlandse dochter, zal de dochter dat aan de ondernemingsraad moeten laten weten. Onder andere Verburg meent dat er een zekere ruimte bestaat ten aanzien van het moment van inschakelen van de ondernemingsraad in het voortraject en als dat moment in objectieve zin iets later valt, de ondernemer niet per se fout zit.²³ De Ondernemingskamer schonk daar aandacht aan in de Philips-Lighting en Nalco-beschikkingen. Zo overwoog de Ondernemingskamer dat een verzuim van de ondernemer om de ondernemingsraad in het voortraject tijdig te informeren, zoals art. 24 WOR voorschrijft, niet per definitie leidt tot de conclusie dat sprake is van een kennelijk onredelijk besluit in de zin van art. 26 lid 4 WOR.²⁴ Dat is slechts het geval als het advies niet van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit. Een gebrekkig voortraject kan worden geheeld door een zorgvuldig adviestraject. In deze zaken was echter niet alleen art. 24 WOR geschonden, maar waren de uiteindelijke adviesaanvragen in de zin van art. 25 WOR eveneens te laat. In het geval van Uniface merkt de Ondernemingskamer op dat door het feit dat er gebrekkige informatie in het kader van het adviestraject is verstrekt, hetgeen ook niet was geheeld met het achteraf ge-

ven van informatie en beantwoorden van vragen, het 'des te meer klemt' dat i) voorafgaand aan de adviesaanvraag geen relevante informatie aan de ondernemingsraad was verstrekt, ii) geen inhoudelijke reactie is gegeven op het document van de ondernemingsraad en iii) bovendien het voorschrift van art. 24 WOR is geschonden. De Ondernemingskamer gebruikt in overweging 3.8 de woorden 'mede gelet op', waarbij zij verwijst naar overweging 3.5 waarin de schending van art. 24 WOR aan de orde komt, en de frase 'ook dit een en ander maakt dat verweersters in redelijkheid niet tot het bestreden besluit hebben kunnen komen'. Hiermee bevestigt de Ondernemingskamer dat een schending van art. 24 WOR het besluit niet automatisch kennelijk onredelijk maakt, maar dat dit wel in de beoordeling wordt betrokken. Door het woordgebruik 'des te meer klemt' benadrukt de Ondernemingskamer het belang van art. 24 WOR. Hoewel de Ondernemingskamer door dat woordgebruik iets strenger lijkt te zijn dan voorheen, blijft uiteindelijk de vraag of de ondernemingsraad nog wezenlijke invloed had kunnen uitoefenen op het besluit in de zin van art. 25 WOR. Kortom, een schending van art. 24 WOR *an sich* zou ook na deze uitspraak niet automatisch onoverkomelijk hoeven te zijn.

Een tweede verplichting uit art. 24 WOR is dat afspraken met de ondernemingsraad moeten worden gemaakt over wanneer en op welke wijze de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken. Deze verplichting is middels een amendement van de Kamerleden Middel en Schimmel aan de wet toegevoegd.²⁵ In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel merkten de betrokken ministers op dat het in de rede ligt dat ondernemer en ondernemingsraad afspraken maken over het verloop van de besluitvorming en rol van de ondernemingsraad.²⁶ Met het amendement werd beoogd partijen een 'duidelijke aanwijzing' te geven. In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer wordt dit zelfs als een verplichting gezien.²⁷ In de literatuur discussieerde men over de vraag of dit als een stevige oproep, een gebod of een slechts een inspanningsverplichting moet worden gezien.²⁸ Los van de wettelijke verplichting doet een ondernemer er verstandig aan afspraken met de ondernemingsraad te maken. Zo kunnen eventuele problemen en geschillen als aan de orde bij Uniface worden voorkomen. Bovendien is dit relevant bij de beoordeling of is voldaan aan art. 24 WOR. De Ondernemingskamer liet de afwezigheid van afspraken in het ge-

gebrek in voorbereidende fase sluiting RD&E facility Nalco niet geheeld door zorgvuldig adviestraject', *TRA* 2017/42 en L.C.J. Sprengers, 'Vroegtijdig inschakelen ondernemingsraad bij besluitvorming in concernverband ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL) en ECLI:NL:GHAMS:2016:5232 (Nalco)', *TAO* 2017/1.

23. Overigens verwijst hij in dit verband naar de uitspraak Watts (Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2013, *JAR* 2013/223), waarin kwam vast te staan dat een ondernemer zich niet kan verschuilen achter het feit dat hij deel uit maakt van een concern, maar zelf verantwoordelijk is voor een juist medezeggenschapstraject, in L.G. Verburg en R.M. Beltzer, *Arbeidsrechtelijke aspecten reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 6. Eerder heeft Verburg opgemerkt dat indien het moment van advies vragen later valt, extra zorgvuldigheid vereist is in het informeren en consulteren van de ondernemingsraad, L.G. Verburg, *Het territorium van de (Nederlandse ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, (diss. Amsterdam UvA), pag. 179 [promotieversie].
24. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer), 6 oktober 2006, *JAR* 2006/303 en 8 februari 2007, *JAR* 2007/67 (Philips Lighting).

25. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 52.

26. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 165, nr. 3 (p. 10-11).

27. *Kamerstukken I*, 1997-/98, 24 615, nr. 81a, pag. 19.

28. L.G. Verburg, Artikel 24 lid 1 WOR: voorwetenschap maakt niet altijd gelukkig, *SR* 1998, p. 364-367, L.C.J. Sprengers, 'Wijziging art. 24 WOR: wordt de ondernemingsraad nu daadwerkelijk een denktank van de ondernemer?', *SR* 1998, p. 367-370 en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, pag. 149.

val van Uniface immers eveneens een rol spelen bij de schending van dit artikel.

4. Het adviestraject: het signing protocol en toereikende informatie en motivering

Het voortraject gaat over in het adviestraject, wanneer de ondernemer niet langer een aannemelijk scenario voor ogen heeft, maar een daadwerkelijk voorgenomen besluit. Dat advies moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het voorgenomen besluit en moet voorzien zijn van een gedegen onderbouwing met onderliggende documentatie. In de praktijk loopt dat nog wel eens anders.

4.1. Signing protocol

In de Uniface-kwestie waren koper en verkoper een *signing protocol* aangegaan met betrekking tot de overdracht van de aandelen. Over de verkoop en de voorwaarden waaronder dit zou gebeuren, waren partijen het al eens. Ten aanzien van het medezeggenschapstraject, dat nog moest worden gestart, werden echter afzonderlijke afspraken gemaakt. Een dergelijk protocol is niet ongebruikelijk in de transactiepraktijk. Daarin wordt dan opgenomen hoe verkoper en koper zullen omgaan met de uitkomsten van het adviestraject, waarbij ieder mogelijk scenario wordt beschreven. De beschikking van de Ondernemingskamer roept de vraag op of het aangaan van zo'n *signing protocol* altijd in strijd is met het adviesrecht van een ondernemingsraad of dat het wel is toegestaan, indien de voorwaarden anders worden geformuleerd en het voortraject met de ondernemingsraad minder gebreken bevat. In dit kader is van belang de jurisprudentie ten aanzien van intentieverklaringen te bezien. De vraag of het vastleggen van een intentie tot samenwerken, verkoop of fuseren viel te kwalificeren als een adviesplichtig besluit, hield eerder de juridische gemeederen bezig. De Ondernemingskamer oordeelde onder meer dat waar de intentieverklaring in feite een 'gave koopovereenkomst' was en bovendien geen ontbindende voorwaarde was opgenomen, ook niet ten aanzien van het adviestraject met de ondernemingsraad, de ondernemer zich in feite al definitief verbonden had aan verkoop van de onderneming. Het besluit was daarmee kennelijk onredelijk.²⁹

Eind jaren '90 wees de Hoge Raad het NS Reizigersarrest. In dit arrest werd overwogen:

'Tegen de achtergrond van genoemde omstandigheden is de Ondernemingskamer tot het oordeel gekomen dat NSR zich te dezen toch tenminste in die zin zozeer heeft vastgelegd, dat

de betekenis van medezeggenschap, zoals die is neergelegd in het adviesrecht als bedoeld in art. 25 WOR, slechts van marginale aard zou zijn indien eerst advies zou worden gevraagd nadat het hiervoren genoemde businessplan tot stand zou zijn gekomen, en dat hetzelfde heeft te gelden waar het de mogelijke partner, in casu NZH, van NSR in het betrokken gebied betreft, zodat aan de intentieverklaring niet het vrijblijvend karakter kan worden toegekend als NSR wil doen voorkomen [...]

In dit oordeel ligt besloten dat de in de intentieverklaring tussen NSR en NZH neergelegde overeenstemming inhoudt dat zij zich tegenover elkaar hebben verbonden, met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, te streven naar de verwezenlijking van het beoogde samenwerkingsverband, zodat zij niet geheel vrijblijvend tegenover elkaar stonden.'

Of partijen nog wel geheel vrijblijvend tegenover elkaar staan, werd door de Hoge Raad aldus een factor van belang geacht. Door een uitspraak van de Ondernemingskamer in 2011 werd daar nog eens de aandacht op gevestigd. In die zaak hadden twee verenigingen zich al zodanig vastgelegd, dat volgens de Ondernemingskamer van vrijblijvendheid geen sprake meer was.³⁰ Naar aanleiding van deze jurisprudentie is opgemerkt dat de grens van vrijblijvendheid wordt overschreden, indien andere gegadigden afvallen,³¹ exclusief wordt onderhandeld, een boetebepaling is opgenomen³² of de koopprijs al is bepaald.³³

In de transactiepraktijk is echter de noodzaak om nog *geheel vrijblijvend* tegenover elkaar te staan voor waarborging van een deugdelijk medezeggenschapstraject, zoetjes aan naar de achtergrond verdwenen. Voorwaardelijke besluitvorming werd niet ongebruikelijk met het gevolg dat de timing van de adviesaanvraag naar een (steeds) later moment verschoof.³⁴ Holtzer heeft hierover opgemerkt dat dit gezien de wetsgeschiedenis bij een openbaar bod is toegestaan, maar dat daarbuiten de omstan-

30. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 januari 2011, JAR 2011/69 (Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie).

31. L.C.J. Sprengers, 'Waar moeten ondernemer en ondernemingsraad rekening mee houden bij advies- en instemmingsrechten', *ArbeidsRecht* 2017/35.

32. I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

33. Noot van E. Knipschild bij JAR 2011/69 en M. van der Veen, 'Wat maakt een intentieverklaring adviesplichtig', *VeO* 2011, 7/8.

34. Dit mede met een beroep op de uitspraak van de Ondernemingskamer van 15 april 1999, JAR 1999/101 (Noest Beheer), waarin het niet opnemen van ontbindende voorwaarden, ook niet ten aanzien van het nog uit te brengen advies van de ondernemingsraad, leidde tot het oordeel dat sprake was van een 'gave koopovereenkomst'. Hieruit is afgeleid dat het opnemen van zo'n voorwaarde aanleiding zou kunnen geven tot een ander oordeel.

29. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1999, JAR 1999/101 (Noest Beheer).

digheden anders zijn. Hierdoor kan worden betwist of bij een volledige uitonderhandelde deal nog wel sprake is van het kunnen uitoefenen van wezenlijke invloed door de ondernemingsraad, zelfs al is de raadpleging van de ondernemingsraad als voorwaarde opgenomen.³⁵ Ook Laagland merkt op dat het opnemen van zo'n voorbehoud niet uitsluit dat de ondernemer te laat is met het vragen van advies.³⁶

Henrichs en Oostwouder hebben bepleit dat voorwaardelijke besluitvorming tussen koper en verkoper, mag en ook de voorkeur verdient.³⁷ Zo zou een koopovereenkomst kunnen worden getekend, mits een opschortende voorwaarde (*condition precedent*) is opgenomen ten aanzien van de medezeggenschap. In de jaren daarna lijkt de *condition precedent* steeds meer te zijn uitgebreid en wel tot een *signing protocol* van meerdere pagina's. Vastgelegd wordt dan dat verkoper en koper zo snel mogelijk de koopovereenkomst willen uitvoeren, dat verkoper zich zal inspannen om het medezeggenschapstraject zo snel mogelijk af te ronden en dat koper niet gebonden is aan eisen en/of voorwaarden gesteld door de ondernemingsraad. Afspraken worden voorts gemaakt voor het geval de ondernemingsraad van verkoper negatief advies geeft en/of in beroep aantekent bij de Ondernemingskamer. Betekent de Uniface uitspraak nu dat het gebruik van het *signing protocol* en het pleidooi van Henrichs en Oostwouder helemaal niet meer op gaan? Dat laatste lijkt niet het geval te zijn. In de conclusie bij hun artikel sommen zij op welke elementen in acht moeten worden genomen, teneinde ervoor te zorgen dat, ook als een voorwaardelijke koopovereenkomst al is getekend, de ondernemingsraad nog wezenlijke invloed kan uitoefenen. Kort samengevat, komen deze elementen erop neer dat i) er een commerciële noodzaak moet zijn voor het in stilte voorbereiden en vastleggen van de transactie, ii) een opschortende voorwaarde moet worden opgenomen, iii) bij voorkeur wordt opgenomen dat verkoper en koper te goeder trouw in onderhandeling zullen gaan als het advies van de ondernemingsraad daartoe aanleiding geeft en iv) in de voorfase de ondernemingsraad al wordt betrokken, waarbij geldt dat hoe later in het traject advies wordt gevraagd, hoe zorgvuldiger men dient te zijn met informeren en consulteren.

In de Uniface kwestie lijkt het op al deze punten niet goed te zijn gegaan. De noodzaak van in stilte moeten onderhandelen komt niet in de uitspraak aan de orde. Het *signing protocol* bepaalde voorts bijzonder stellig dat de verkoop zou doorgaan, ook als

er een negatief advies kwam van de ondernemingsraad en in de voorfase was de ondernemingsraad niet of nauwelijks betrokken.

Het is daarmee dus niet gezegd dat een *signing protocol* nooit meer kan. De Ondernemingskamer heeft dan wel gemeend te moeten onderstrepen dat het gaat om de vraag of voorafgaand aan het bestreden besluit wezenlijke invloed kon worden uitgeoefend. Daarmee lijkt echter te worden verwezen naar de gehele rechtsoverweging (3.6.) van de beschikking, waarin ook het gehele (gebrekkige) voortraject aan de orde komt.

Partijen in een transactie zullen er dan ook steeds bij moeten stilstaan of de ondernemingsraad deze invloed nog wel voorafgaand kan uitoefenen. Dat zal met name de verkopende partij in een lastig parket kunnen brengen. Hij dient immers niet alleen rekening te houden met de medezeggenschapsbelangen, maar ook met de wensen en voorwaarden van de koper. De onzekere uitkomst van het medezeggenschapstraject zal de koper willen ondervangen door de verkoper te willen binden aan het onderhandelingsresultaat. Als dat echter vaststaat, dan rest de ondernemingsraad enkel nog het al dan niet geven van een akkoord. Dit zal dan ook blijven wringen, waarbij wij uit ervaring weten dat een meer behoudende opstelling ingegeven door zorgen over het voldoende waarborgen van de wezenlijke invloed van de ondernemingsraad, in de transactiepraktijk lang niet altijd enthousiast wordt ontvangen.

Toch zal moeten worden gewaarborgd dat partijen bij de verkoop van de onderneming nog a la het *NS Reizigers*-arrest geheel vrijblijvend tegenover elkaar staan. In het meest ideale scenario wordt advies gevraagd, voordat de verkoop al rond is. In dat geval is een *signing protocol* niet nodig. Mocht dat echt niet mogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat partijen wel in stilte moeten onderhandelen³⁸, dan zou met een *signing protocol* kunnen worden gewerkt, mits:

- er in het voortraject (dus de art. 24 WOR fase) geen gebreken zijn;
- koper en verkoper niet al hebben afgesproken dat de verkoop hoe dan ook ongeacht de uitkomst van het medezeggenschapstraject doorgang zal vinden;
- niet bij voorbaat al wordt vastgelegd dat de koper geen enkele door de ondernemingsraad gestelde voorwaarde zal accepteren;
- de ondernemingsraad niet alleen ja of nee kan zeggen tegen het doorgaan van de overname, maar het gehele proces onder de medezeggenschapsrechtelijke loop mag nemen en ook met alternatieven kan komen.
- in de adviesaanvraagfase (art. 25 WOR) aan de informatie- en motiveringsplicht wordt voldaan.

35. M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss. Groningen RUG), Deventer: Wolters Kluwer 2014, pag. 110 – 112.

36. F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie* (diss. Nijmegen RUN).

37. E.J. Henrichs en L.S. Oostwouder, 'Voorwaardelijke besluitvorming en de norm van wezenlijke invloed van art. 25 lid 2 WOR', *ArbeidsRecht* 2014/3.

38. Zie hierover onder meer L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, (diss. Amsterdam UvA), pag. 177 [promotieversie].

Dit laatste betekent overigens niet dat de ondernemer en de ondernemingsraad 'hand in hand' op zoek moeten gaan naar een geschikte overnamekandidaat. De strategische keuze is aan de ondernemer. Deze keuze wordt echter wel door het volledige adviesrecht bestreken en kan daarmee door de ondernemingsraad ter discussie worden gesteld, aldus de Ondernemingskamer in de Maliebaan-uitspraak.³⁹ Voorts volgt uit die uitspraak dat een ondernemer dient te motiveren waarom een bepaalde keuze niet is genomen. Een ondernemer dient in redelijkheid te responderen op de wens van de ondernemingsraad om een redelijk aangedragen alternatief te onderzoeken, maar hoeft daarmee niet akkoord te gaan. Dit betekent dat in geval van een *controlled auction* zoals aan de orde in de *Uniface*-zaak, de ondernemingsraad geïnformeerd moet worden over de partijen die afvallen en de redenen daarvoor. In de *Uniface*-uitspraak merkt de Ondernemingskamer op dat de keuze voor het type koper onvoldoende is gemotiveerd. Dit motiveringsgebrek leidt op zichzelf beschouwd tot de conclusie dat *Uniface* in redelijkheid niet tot het besluit kon komen. Dit bevestigt wederom het belang van een zorgvuldige procedure.

Het is raadzaam niet uitsluitend in het *signing protocol* tot uiting te brengen dat het advies van de ondernemingsraad nog van wezenlijke invloed is, maar dit ook in communicatie naar buiten te benadrukken. Hier doelen wij op de mogelijk verplichte meldingen aan de SER en betrokken vakbonden in de zin van de SER Fusiegedragsregels. Het is bovendien niet ongebruikelijk dat verkoper en koper al een persbericht uit laten gaan met de plannen. Het is vrij eenvoudig om daar aan toe te voegen dat een en ander onder voorbehoud is van het advies van de ondernemingsraad.

4.2. (On)toereikende informatie en motivering

In het adviestraject had *Uniface* mondjesmaat en bovendien stapsgewijs informatie verstrekt. Dit was volgens de Ondernemingskamer onvoldoende voor een goed verloop van de medezeggenschap. Ook over de timing is de Ondernemingskamer niet te spreken. *Uniface* had al direct op 28 april (indiening adviesaanvraag) dan wel 12 mei (indiening vertaalde versie) een voldoende gedocumenteerde adviesaanvraag moeten verstrekken. Bovendien had *Uniface* inzicht moeten bieden in de relatie tussen de inhoud van die adviesaanvraag en de onderliggende documentatie. Het achteraf geven van de informatie en het beantwoorden van de vragen was niet afdoende om de gebrekkige adviesaanvraag te kunnen helen.

De mate van informatievoorziening hangt samen met de motiveringsplicht uit art. 25 lid 3 WOR (welke motiveringsplicht niet verward dient te worden

met de motiveringsplicht van het besluit uit art. 25 lid 5 WOR) en met art. 31 lid 1 WOR. De Ondernemingskamer ging er in 1984 al in het algemeen van uit dat de ondernemer bij het vragen van advies aan de ondernemingsraad zo veel mogelijk relevante gegevens voor zijn voorgenomen besluit behoort te geven.⁴⁰ De adviesaanvraag dient een terdege uitgewerkt plan te bevatten, omdat het anders niet mogelijk is om het door de wet verlangde overzicht te verstrekken.⁴¹

Het ligt in de rede dat de ondernemer de gegevens echter nog op een later moment kan complementeren, zolang de ondernemingsraad maar voldoende tijd heeft om van de stukken kennis te nemen en de nadere gegevens mee te nemen in het nadere advies.⁴² Dit verhoudt zich ook met het feit dat het binnen redelijke grenzen aan de ondernemingsraad en niet aan de ondernemer is om te bepalen welke informatie nodig wordt geoordeeld om tot een afgewogen advies te komen.⁴³ Het is derhalve ook afhankelijk van het feit hoe actief de ondernemingsraad is tijdens het traject of er nog aanvullende informatie moet worden verstrekt en/of vragen moeten worden beantwoord.

Hoe verhoudt dit zich met de overweging van de Ondernemingskamer dat *Uniface* 'al direct' een voldoende gedocumenteerde adviesaanvraag had moeten verstrekken en het achteraf complementeren van de documentatie het ontbreken daarvan niet kon helen? Wij menen dat de Ondernemingskamer hier niet anders heeft kunnen bedoelen dan dat *Uniface* de *essentiële informatie* had moeten verstrekken. Daarvoor vinden wij aansluiting bij de hiervoor genoemde uitspraak in 1984 en andere rechtspraak van de Ondernemingskamer. In een zaak tussen de Verenigde Tankrederij en haar ondernemingsraad werd bijvoorbeeld vastgesteld dat het om de volgende *essentiële informatie* ging: (i) de financiële situatie van de koper, (ii) de structuur van de organisatie bij de koper, (iii) of er noodzakelijke investeringen zouden worden gedaan, (iv) de medezeggenschapsstructuur, en (v) de arbeidsvoorwaarden na de overname. Dit had in het geval van *Uniface* in ieder geval neergekomen op een (i) uitwerking van de beweegredenen voor het besluit tot verkoop en de keuze voor dit type koper, (ii) een uitleg waarom (al dan niet door de ondernemingsraad in het voortraject aangedragen) andere alternatieven (zoals herfinanciering) niet zijn gekozen, (iii) een beschrijving van de koper, inclusief de structuur en de financiële- en arbeidsvoorwaardelijke situatie bij die onderneming, en (iv) de te verwachte gevolgen voor werknemers. Art. 25 lid 3 WOR voegt daar dan nog aan toe dat in geval van verwachte

39. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 april 2010, JAR 2010/120, zie ook de noot van I. Zaal bij deze uitspraak in TRA 2010/71.

40. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 mei 1984, NJ 1985/502.

41. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 april 1991, NJ 1992/271.

42. L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 310-311.

43. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 12 december 2003, ARO 2003/196.

gevolgen, de genomen maatregelen moeten worden beschreven.

Dat dit op een later moment niet kon worden geheeld, was volgens de Ondernemingskamer mede te wijten aan de aanvankelijk gestelde reactietermijn voor de ondernemingsraad. Zoals wij hiervoor aanvoerden, kan er worden geheeld, zolang de ondernemingsraad maar voldoende tijd heeft om van de stukken kennis te nemen en de nadere gegevens mee te nemen in het nadere advies. Dat lijkt hier met name problematisch te zijn geweest voor de Ondernemingskamer. In dit geval werd slechts zeer beperkt de tijd gegeven en werd mondjesmaat informatie verstrekt, nadat ook in het voortraject de nodige slagen waren gemist. Onzes inziens kan er echter nog steeds worden geheeld, al zal een ondernemer die het voortraject niet optimaal heeft vormgegeven, wel extra zijn best moeten doen. Wij delen de mening van Berkhout dat Uniface de situatie niet meer had kunnen repareren *'juist omdat het aan de voorkant mis was gegaan'* derhalve niet.⁴⁴ Uit rov. 3.7 blijkt duidelijk dat niet de gebreken in het voortraject, maar het achteraf geven van informatie en het beantwoorden van vragen – mede gelet op de aanvankelijk gestelde reactietermijn –, niet afdoende waren om de gebrekkige adviesaanvraag te kunnen helen.

Voorts merkt de Ondernemingskamer op dat Uniface inzicht had moeten bieden in de relatie tussen de inhoud van die adviesaanvraag en de onderliggende documentatie. Hoewel het voor de hand ligt, bevat art. 25 lid 3 WOR geen verplichting om de adviesaanvraag schriftelijk te verstrekken. De Ondernemingskamer geeft nu een duidelijke aanwijzing: er dient niet alleen een terdege uitgewerkt plan te zijn, maar dit dient ook te zijn voorzien van onderliggende documentatie.

De Ondernemingskamer merkt in het kader van de informatievoorziening tevens op dat niet duidelijk is, waarom de concept-koopovereenkomst niet is gedeeld. De enkele mededeling van Uniface dat daarin voor de ondernemingsraad geen relevante informatie staat, wordt onvoldoende geacht. Het komt regelmatig voor dat de ondernemingsraad vraagt om inzage in zo'n koop- of vergelijkbare overeenkomst en dat de ondernemer daar weinig voor voelt. Uit de overweging van de Ondernemingskamer volgt niet dat de koopovereenkomst altijd moet worden verstrekt. Dit zal echter wel goed moeten worden gemotiveerd. Dat zal niet eenvoudig zijn, nu het in beginsel aan de ondernemingsraad is om te bepalen welke stukken hij nodig heeft en de aanvankelijk in de wet opgenomen mogelijkheid om inlichtingen te weigeren om zwaarwichtige redenen in 1979 is geschrapt.⁴⁵ Ook hier is het weer aan te raden om met de ondernemingsraad tot afspraken te komen. In plaats van

een kopie te geven (met al het uitlekrisico van dien) kan er ook voor worden gekozen om leden van de ondernemingsraad tijdens een overleg de overeenkomst te laten inzien, opdat zij zich ervan kunnen vergewissen wat erin staat en daar eventueel ook vragen over kunnen stellen.⁴⁶

Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat het besluit van Uniface onvoldoende gemotiveerd was. Dat baseert de Ondernemingskamer echter niet op het besluit zelf, maar op gebreken in het voortraject en de adviesaanvraag. Zo was niet ingegaan op de vraag waarom niet meer was gekozen voor herfinanciering, en de keuze voor het type koper was evenmin gemotiveerd. Dat leidde op zichzelf beschouwd tot de conclusie dat het besluit kennelijk onredelijk was. Hieruit maken wij op dat gebrekkige motiveringen eveneens kunnen leiden tot een onvoldoende gemotiveerd besluit in de zin van art. 25 lid 5 WOR.

5. Concluderend

Het is inherent aan de inhoudelijke marginale toetsing die de Ondernemingskamer slechts mag doen, dat sterk wordt gekeken naar de procedurele zorgvuldigheid. Deze uitspraak benadrukt het belang van deze procedurele zorgvuldigheid in een medezeggenschapstraject. Een zorgvuldige communicatie en het uitwisselen van informatie zijn al van groot belang zodra een besluit in voorbereiding is en blijven dat wanneer het adviestraject omtrent het voorgenomen besluit van start gaat. Voorts zal de praktijk meer aandacht moeten schenken aan het adviesrecht over de inschakeling van deskundigen, nu de Ondernemingskamer het belang hiervan wederom heeft onderstreept. Het gebruik van een *signing protocol* blijft ons inziens mogelijk. Dan zal echter wel aan de volgende voorwaarden moeten worden voldaan: i) de ondernemingsraad is in de voorfase al betrokken, ii) koper en verkoper hebben niet afgesproken dat de verkoop hoe dan ook doorgang zal vinden en dat geen enkele door de ondernemingsraad gestelde voorwaarde zal worden geaccepteerd en iii) de ondernemingsraad wordt in de gelegenheid gesteld te adviseren over het gehele proces en wordt niet beperkt tot het enkel confirmeren van al gemaakte overname-afspraken. Tot slot is het belang van toereikende informatie en een goede motivering aangetoond. Een ondernemer dient al direct een voldoende gedocumenteerde adviesaanvraag te verstrekken, die de essentiële informatie bevat en die bovendien kan worden geverifieerd aan de hand van onderliggende stukken. Er kan worden geheeld, mits de ondernemingsraad voldoende tijd heeft om van de stukken kennis te nemen en de nadere gegevens mee te nemen in het

44. D.F. Berkhout in zijn annotatie bij de Uniface-uitspraak in JOR 2017/292.

45. Zie hierover ook M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss. Groningen RUG), Deventer: Wolters Kluwer 2014, pag. 55.

46. Zie hierover ook L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, (diss. Amsterdam UvA), die op pag. 124 en 129 vergelijkbare oplossingen noemt [promotiever-sie].

nadere advies. Een ondernemer die het voortraject niet optimaal heeft vormgegeven, zal wel extra zijn best moeten doen.