

oogpunt van kenbaarheid van de doorwerking van wijzigingen in de desbetreffende bindende EU-rechtshandeling respectievelijk kenbaarheid van het geldende recht melding wordt gedaan in de Staatscourant.

6. Afsluiting

Verwijzingen naar het vervallen artikel 3:17a Wft kunnen naar mijn mening worden genegeerd door de ruime reikwijdte van artikel 1:121 Wft waardoor een expliciete verwijzing niet (meer) nodig is. Voor het antwoord op de vraag wanneer wijzigingen van die CRD- en IFD-bepalingen waarnaar in artikel 1:121 Wft is verwezen, van toepassing zullen zijn, zal zeer waarschijnlijk artikel 1:1a Wft bepalend zijn: een nieuwe nog concept-bepaling die naar mijn mening enige verduidelijking behoeft.

Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol²⁸

Is de OR de laatste jaren slechter af bij de OK?

Ondernemingsrecht 2022/97

Enigszins onopgemerkt in dit tijdschrift bleef het boek *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, uit 2019.¹ Het beslaat de 40 jaar na 1979, omdat in dat jaar het beroepsrecht werd ingevoerd. In het boek is een interessant onderzoek te vinden van Meyer en Sprengers naar het aantal procedures en uitkomsten van de procedure ex art. 26 WOR.² Zoals bekend, gaat dat artikel over de mogelijkheid die de ondernemingsraad heeft om bij de Ondernemingskamer beroep in te stellen tegen besluiten van de ondernemer waarop het adviesrecht ex art. 25 WOR van toepassing is. Deze cijfers zijn ook voor ondernemingsrechtjuristen van belang. Het komt geregeld voor in de praktijk dat betrokkenen zich afvragen hoe groot de kans is dat een ondernemingsraad naar de OK stapt en hoe vaak die gelijk krijgt. Voor hen die meer in de wetenschappelijke kant geïnteresseerd zijn, speelt de vraag of op basis van deze cijfers iets gezegd kan worden over de voorspelbaarheid en kwaliteit van de bepaling en haar toepassing.

Een laatst bekende schatting van het aantal ondernemingsraden in Nederland bedroeg ongeveer 17.000.³ Aangenomen mag worden dat de meeste ondernemingsraden daarvan wel één of meer keren per jaar worden geconfronteerd met een voorgenomen besluit waarop art. 25 WOR van toepassing is. Tegen die achtergrond is het opvallend dat er over de periode 1980-2018 gemiddeld maar 65 zaken middels een verzoekschrift aanhangig zijn gemaakt bij de OK. Vervolgens blijkt dat over dezelfde periode gemiddeld 73% van die verzoekschriften is ingetrokken voordat de OK tot een beschikking heeft kunnen komen. Per saldo waren er gemiddeld 13 beschikkingen per jaar, waarin in 43% van de gevallen de ondernemingsraad in het gelijk werd gesteld.

De onderzoekers plaatsen een aantal kanttekeningen bij deze cijfers. Het lage aantal zaken duidt op de "belangrijke preventieve werking" van art. 25 en 26 WOR. Het hoge aantal intrekkingen kan worden verklaard door het feit dat art. 26 WOR een termijn bevat om binnen een maand een onderbouwd verzoekschrift in te dienen. Lang niet altijd is dan het overleg over een oplossing al afgerond. Daarna wordt er dus nogal wat ingetrokken, naar men volgens de onderzoekers mag aannemen, omdat de OR zijn zin heeft gekregen. De 43% overwinningen voor de OR duidt op "een substantiële kans op succes".

Het onderzoek besloeg de periode tot en met 2018. Uit het verslag van de OK over 2021 blijkt hoe het na 2018 verder is gegaan.⁴

	Gemiddelde 1980-2018	2019	2020	2021
Ingekomen verzoeken	65	26	31	24
Beschikkingen	13	7	6	8
% intrekkingen	73%	73%	80%	66%
Aantal verzoeken toegewezen	5,5	1	1	1
% verzoek toegewezen	43%	14%	17%	13%

Opvallend aan deze cijfers is dat het aantal verzoekschriften de afgelopen drie jaar zeer aanzienlijk (met meer dan 50%) is gedaald ten opzichte van het langjarig gemiddelde. Tegelijkertijd is het aantal intrekkingen – dat men kan uitleggen als winst voor de ondernemingsraad – gemiddeld gelijk gebleven. Dat markeert het meest opvallende cijfer nog meer: de winstkans van de ondernemingsraad is gedaald met meer dan 50% ten opzichte van vroeger.

28 Christel Grundmann is emeritus hoogleraar Effectenrecht (in het bijzonder onderneming en financiële markten), Radboud Universiteit Nijmegen.

1 L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019. Gratis te downloaden via de site van de Vereniging voor arbeidsrecht.

2 M. Meyer & L.C.J. Sprengers, '40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht: de feiten en cijfers', in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 27 e.v.

3 M. Meyer & L.C.J. Sprengers, '40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht: de feiten en cijfers', in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 32.

4 Zie: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechthoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/jaarverslag-ondernemingskamer-2021.aspx>; site voor het laatst geraadpleegd op 16 oktober 2022.

Desgevraagd heeft de voorzitter van de OK, mr. A.W.H. Vink, de juistheid van deze conclusies bevestigd.⁵ Hij heeft ook een aantal mogelijke oorzaken genoemd. Ten eerste wijst hij op de beschikking van de Hoge Raad in de zaak betreffende Holland Casino uit 2018.⁶ De Hoge Raad heeft hierin geoordeeld: “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 verichten 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.” [onderstreping JvS]

Hoewel dit oordeel niet als een verrassing kwam,⁷ was het ook niet eerder zo duidelijk geformuleerd door de Hoge Raad. Het is niet uitgesloten dat deze zeer duidelijke taal een aantal ondernemingsraden de moed heeft ontnomen om het eens te proberen, daar waar dat vroeger wellicht wel zou zijn gedaan. Lezing van een interview met de voormalige OK-voorzitter Ingelse in dezelfde Vva-bundel leert overigens dat een ondernemer zich ondanks deze beschikking niet te veel kansen moeten toedichten. In de woorden van Ingelse: “De artikel 26-toets moge dan – voor zover het de inhoud betreft – marginaal zijn, de marge kan door de zware motiveringseis sterk beperkt worden.”⁸

Een andere juridische ontwikkeling waarop de huidige OK-voorzitter wijst, is de rechtspraak van de Hoge Raad inzake het politiek primaat. Dat is een leerstuk dat van groot belang is voor ondernemingsraden bij de overheid. Is dat primaat aan de orde, dan heeft de OR geen adviesrecht voor zover het op het politieke deel van het besluit ziet. Uit de cijfers van Meyer en Sprengers blijkt dat deze overheidsondernemingsraden drie keer zo vaak procederen als andere ondernemingsraden. In de negen beschikkingen die de Hoge Raad over dit leerstuk heeft gewezen, is de ondernemingsraad niet één keer in het gelijk gesteld.⁹ De OK heeft mede naar aanleiding daarvan bij monde van voormalig voorzitter Makkink gezegd dat de wetgever nu aan zet is als er verandering zou moeten komen.¹⁰ Kort gezegd is daarmee een grote klant van de OK duidelij-

lijk gemaakt dat het weinig zin heeft om hierover nog een kansje te wagen aan het IJdok.

Een derde mogelijke verklaring die Mr. Vink noemt, is de indruk dat ondernemers tegenwoordig beter letten op de procedurele aspecten van een adviestraject. Ten slotte wijst hij op de opkomst van mediation; afgelopen jaren zijn er zo'n 6 à 7 zaken naar een mediator verwezen.

Ik kom nu toe aan een eigen duiding van de getallen en oorzaken. Allereerst een waarschuwing: ook al gaat het om een trendwijziging die zich gedurende drie jaren achtereenvolgens voordoet, dat is eigenlijk te kort om met zekerheid van een structurele verandering te kunnen spreken. Bijvoorbeeld in de periode 1996-1998 varieerde het aantal door de OR gewonnen zaken tussen de 63% en 80%. In die tijd schreef Rogier Duk overigens zijn veelzeggende column met de titel “Is de OK nog (de) OK?”¹¹ En verder kan natuurlijk de corona-pandemie oorzaak zijn geweest. Anders dan men wellicht zou verwachten, lijkt een dergelijke crisis juist minder tot rechtszaken te hebben geleid.¹²

Wat valt er verder op aan deze cijfers? Allereerst dat niet alle getallen in gelijke mate veranderd zijn in de laatste drie jaren. Het aantal verzoekschriften is verminderd met meer dan 50%. Dat duidt erop dat ondernemingsraden minder vaak aanleiding zien om beroep in te stellen. Het lijkt me dat dat goed kan komen door een verandering in de rechtspraak zoals Vink ook noemt. Andere oorzaken liggen minder voor de hand: ondernemers zijn niet plotseling meer pro-OR geworden en ondernemingsraden zijn niet plotseling minder gericht op de behartiging van de belangen waarvoor zij staan (tenzij er een vredebevorderend corona-effect zou zijn geweest.)

Tegelijkertijd is het percentage intrekkingen vergelijkbaar. Dat duidt erop dat nog steeds veel van de ondernemingsraden die beroep instellen daarvan uiteindelijk de vruchten plukken. Het opvallendst aan de cijfers is dat bij minder verzoeken en een gelijkblijvend aantal intrekkingen het aantal door de OR gewonnen zaken aanzienlijk daalt. Zijn dan misschien alleen nog de scherplijpers overgebleven? Ondernemingsraden die meer uit ideologische motieven procederen en zich niet direct laten leiden door de voorspelling van hun advocaat, maar omdat ze een punt willen maken?

Als men intrekkingen en toegewezen verzoeken bij elkaar optelt en afzet tegen het totaal aantal verzoeken, is de daling overigens minder scherp: over de periode 1980-2018

5 Telefoongesprek met A.W.H. Vink d.d. 13 oktober 2022.

6 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725.

7 I. Zaai in haar noot in *JAR* 2018/151 en P. van Schilfgaarde in *NJ* 2018/377.

8 Zie L.C.J. Sprengers & P.A.M. Witteveen, ‘De rechters die het adviesrecht toetsen’, in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 43.

9 Besproken in L.C.J. Sprengers, ‘Analyse rechtspraak Hoge Raad’, in: L.C.J. Sprengers e.a., *25 jaar rechtspraak over het primaat van de politiek in de WOR*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, par. 2.3.

10 Zie L.C.J. Sprengers & P.A.M. Witteveen, ‘De rechters die het adviesrecht toetsen’, in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 52.

11 R.A.A. Duk, ‘Is de OK nog (de) OK?’, in: *SMA* 1998, p. 3-4, waarop Willems heeft geantwoord met ‘Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer’, *Arbeids-Recht* 2000/15.

12 Getuige ook de afwezigheid van rechtspraak over de toepasselijkheid van art. 27 WOR op typische corona-kwesties, zoals thuiswerken en gezondheidsmaatregelen.

sleepte de OR in 87% van de ingediende verzoeken er iets uit voor zichzelf. In 2019 was dat 77%, in 2020 83% en in 2021 70%. Maar nog steeds een dalende lijn, dat wel.

De juridische ontwikkelingen waar de OK-voorzitter op wijst kunnen een goede verklaring geven voor de verschillen. Naast de Holland Casino-uitspraak en de rechtspraak inzake het politiek klimaat is er ook de Uniface-uitspraak van de OK uit 2017.¹³ Deze liet duidelijk zien dat veel van de tot dan toe gebruikelijke praktijken bij fusies en overnames voortaan niet meer zouden worden getolereerd. Dat dit geen eenmalige terechtwijzing was bleek wel uit een opmerking van voormalig OK-voorzitter Makkink: *“Nog terugkomend op een zaak die mij is bijgebleven zou ik zeggen de Uniface-zaak. Waar in het signing protocol staat: oh ja we moeten nog naar de OR, maar wat de OR ook adviseert, de overname gaat toch door. Dat vond ik heel erg bijzonder. Dat je dat zo onverbloemd opschrijft en denkt dat het dan goed afloopt, vind ik onbegrijpelijk.”*¹⁴ Ik heb de indruk dat de praktijk inmiddels voorzichtiger is geworden en manieren heeft gevonden om meer aandacht te besteden aan de procedurele normen uit de rechtspraak van de OK.

De vraag die vervolgens opkomt is of er toch sprake is van een koerswijziging die losstaat van de rechtspraak van de Hoge Raad. Mede door de aandacht die Rogier Duk hiervoor in het verleden heeft gevraagd, bestaat bij sommigen de indruk dat onder OK-voorzitter Willems beduidend vaker ten gunste van de OR werd geoordeeld dan onder sommige andere voorzitters. Van dat beeld blijft niet veel overeind als men ziet dat onder leiding van Willems OR'en in 48% van de zaken wonnen; onder Makkink – later overgestapt naar de Hoge Raad – was dit 45%.¹⁵

Wat ik aannemelijker acht is dat “de grote vragen” inmiddels wel zijn uitgeprocedeerd. Dat gaat dus wat verder dan de hiervoor genoemde rechtspraak van de Hoge Raad. In eerdere perioden was er meer onduidelijk dan tegenwoordig. Het aantal rechtsvragen dat bij de uitleg van een wet kan opkomen is niet oneindig. De rechtspraak van de OK in WOR-zaken heeft, ondanks het soms wat casuïstische karakter, over het algemeen een duidelijke en consistente lijn. Dat geldt naar mijn indruk ook voor de nergens duidelijk geformuleerde regel dat, als er veel op het spel staat voor de werknemers, de OK kritischer zal kijken. Dat bleek althans uit de enige zaak die een OR in 2021 won en

die zag op de gedwongen ontslagen in verband met verplaatsing van productie naar Roemenië.¹⁶

De lijn is dus voorspelbaarder en daarmee zullen meer ondernemingsraden en ondernemers weten waar ze aan toe zijn. De cijfers zouden, zo bezien, net zo goed kunnen wijzen op een verbetering van het medezeggenschapsklimaat in Nederland. Ik denk dat er dan ook geen aanleiding is om de vraag te stellen of de OK nog wel hetzelfde is. Mijn indruk is dat de praktijk steeds vaker gewoon zonder OK kan.

*Prof. mr. J. van Slooten*¹⁷

13 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123.

14 L.C.J. Sprengers & P.A.M. Witteveen, ‘De rechters die het adviesrecht toetsen’, in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 47.

15 M. Meyer & L.C.J. Sprengers, ‘40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht: de feiten en cijfers’, in: L.C.J. Sprengers & R.D. Poelstra (red.), *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 39.

16 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2450.

17 Jaap van Slooten is advocaat bij Stibbe te Amsterdam, hoogleraar Arbeidsrecht aan de UvA en redacteur van dit tijdschrift.