

luchtvaart, horeca of detailhandel) of de omvang van de onderneming (de groep versus de kleine onderneming). Al deze argumenten doen volgens ons echter niet af aan de mogelijkheid om in uitzonderlijke gevallen de toepassing van een hardheidsclausule bij de beoordeling van de NOW-subsidieverlening wel toe te staan, ervan uitgaande dat geen sprake is van fraude, misbruik of oneigenlijk gebruik.

Hierbij valt te denken aan de volgende uitzonderingssituatie die zich zou kunnen voordoen bij het invullen van de aanvangsdatum van de meetperiode voor het te verwachten omzetverlies (dit was in geschil in de uitspraak van 3 december 2020, in deze uitspraak ging het om de meetperiode bij een aanvraag onder de NOW-1) bij een aanvraag op basis van de NOW-3. Aanvragen voor de eerste tranche van de NOW-3 waren in eerste instantie mogelijk in de periode van 16 november 2020 tot en met 13 december 2020. Werkgevers moesten op dat moment dus kiezen voor een aaneengesloten periode van drie maanden met een aanvangsdatum van 1 oktober, 1 november of 1 december 2020. Vanaf 15 december 2020 geldt echter als gevolg van nieuwe COVID-19 maatregelen voor de detailhandel dat alle niet-essentiële winkels gedwongen waren hun ondernemingen te sluiten. Om die reden is een extra aanvraagtijdvak opengesteld voor de NOW-3 tot en met 27 december 2020 (*Stcrt.* 2020, 67954). Het is aannemelijk dat een winkel bij aanvraag van de eerste tranche van de NOW-3 in de oorspronkelijke aanvraagperiode geen rekening heeft kunnen houden met deze nieuwe COVID-19 maatregelen aangezien deze vooraf niet (volledig) voorzienbaar waren op het tijdstip van de aanvraagperiode. In dit geval is voorstelbaar dat de winkel-aanvrager de aanvangsdatum op basis van voortschrijdend inzicht zal willen wijzigen (vanaf 1 december 2020 in plaats van 1 oktober 2020 of 1 november 2020) om de periode van de gedwongen sluiting vanaf 15 december 2020 te overbruggen. Ervan uitgaande dat geen sprake is van fraude of misbruik, valt niet in te zien waarom een correctie van de aanvangsdatum van de meetperiode binnen de aanvraagperiode niet kan worden gerechtvaardigd. In de eerste plaats moet het argument van controleerbaarheid worden gerelativeerd vanwege de bevoegdheid van het UWV om het subsidievoorschot ingeval van misbruik ingevolge de NOW en de Awb terug te vorderen en de subsidievaststelling te wijzigen of

in te trekken (zie hiervoor art. 4:95 lid 4 en art. 4:49 lid 1 Awb). Ten tweede zou het in dit geval mogelijk moeten zijn voor een werkgever om de aanvraag binnen de aanvraagperiode in te trekken en een geheel nieuwe gecorrigeerde aanvraag in te dienen. Naar ons oordeel levert dit geen strijd op met de NOW en moet deze situatie worden onderscheiden van de situatie waarin de werkgever, wanneer het UWV de subsidieverlening weigert, niet nogmaals op basis van hetzelfde loonheffingnummer een nieuwe aanvraag mag indienen.

Alles afwegende zien wij daarom zeker mogelijkheden voor de minister van SZW om voor uitzonderingsgevallen de toepassing van een hardheidsclausule in de NOW mogelijk te maken. Dat zou in ieder geval voor de laatste tranches van de NOW-3 kunnen worden toegestaan met inachtneming van de waarborgen tegen fraude en misbruik. Deze meer genuanceerde benadering doet naar ons oordeel beter recht aan het oorspronkelijke doel van de NOW.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

mr. T.O. Boot
advocaat bij Stibbe

31

Terechte afwijzing subsidie NOW 2.0 vanwege nulaangifte door accountant

Rechtbank Den Haag
8 december 2020, nr. SGR 20/5323,
ECLI:NL:RBDHA:2020:12419
(mr. Van der Meer, mr. Harms, mr. Schotte)
Noot mr. drs. A.M. Helstone, mr. T.O. Boot,
onder «JAR» 2021/30.

Loonaangifte maanden na peildatum gecorrigeerd. Eigen accountant maakt fout. Hardheidsclausule ontbreekt in NOW 2.0.

[Awb art. 4:84; NOW 2.0 art. 5 sub c, 8]

De ondernemer ontvangt op grond van de NOW 1.0 subsidie voor de loonkosten. Op 16 april 2020 mailt de ondernemer een spreadsheet met de te

verlonen uren van de oproepkrachten over maart 2020 aan zijn accountant. De accountant dient op 22 april 2020 een nulaangifte in bij de Belastingdienst voor de maand maart. Nadat de Belastingdienst de ondernemer van de nulaangifte op de hoogte stelt, wordt de loonaangifte op 15 juli 2020 gecorrigeerd. De ondernemer doet op 6 juli 2020 een aanvraag in het kader van de NOW 2.0. Het UWV wijst de aanvraag af omdat de loonsom over maart op de peildatum 15 mei 2020 nul euro bedroeg. De ondernemer stelt beroep in tegen de beslissing van het UWV. Hij voert primair aan dat de nulaangifte gelijk moet worden gesteld met de situatie waarin geen gegevens bekend zijn. Er had daarom naar de loonsom van november 2019 gekeken moeten worden. De ondernemer stelt subsidiair dat sprake is van bijzondere omstandigheden zoals bedoeld in de Awb.

De bestuursrechter overweegt dat op grond van art. 8 lid 7 NOW 2.0 de gegevens uit de loonaangifte die uiterlijk op 15 mei 2020 zijn ingediend, bepalend zijn voor de hoogte van de subsidie. Daarvan kan alleen worden afgeweken als geen loongegevens bekend zijn over het aangiftevak waardoor de loongegevens van november 2019 moeten worden gebruikt. Het UWV stelt zich terecht op het standpunt dat de correctie van 15 juli 2020 niet meegenomen kan worden in de beoordeling omdat de correctie na de peildatum van 15 mei 2020 ligt. Het doen van een nulaangifte kan niet gelijk worden gesteld met de situatie dat geen loongegevens bekend zijn. Uit de parlementaire stukken volgt dat de situatie waarin geen loongegevens beschikbaar zijn, het gevolg moet zijn van belemmeringen die worden opgeworpen door een derde (overheids)instantie. In dit geval waren de loongegevens over maart 2020 beschikbaar waardoor het UWV niet gehouden was uit te gaan van de loongegevens over november 2019. De mogelijkheid tot het doen van correcties na de peildatum is expliciet uitgesloten met het oog op de beperking van misbruik van de regeling. Verder kent de NOW 2.0 geen hardheidsclausule waardoor afwijking van de bepalingen niet mogelijk is.

NB. Ook in «JAR» 2020/246 en «JAR» 2021/30 werd overwogen dat de NOW geen hardheidsclausule kent en dat er daarom geen ruimte is voor een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Dit is niet anders als sprake is van een fout van de eigen accountant of administratiekantoor.

Zie over de beperkte reikwijdte van de toetsing van het besluit tot afwijzing van een verzoek om een voorschot of een subsidie op grond van de NOW ook «JAR» 2020/265, m.nt. Helstone en Boot.

Restaurant De Basiliek B.V. te Den Haag,
eiseres,
gemachtigde: mr. V. Kortenbach,
tegen
de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
namens deze de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv),
verweerder,
gemachtigden: mr. J.J. Grasmeyer en mr. M.C. Puister.

Procesverloop
(...)

Overwegingen

1.1. Op 6 april 2020 heeft [directrice], directrice van eiseres ([directrice]), namens eiseres een aanvraag gedaan op grond van de Eerste tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW 1.0) in verband met een verwacht omzetverlies van 80% vanaf 1 maart 2020. Bij besluit van 10 april 2020 heeft verweerder aan eiseres een tegemoetkoming toegekend van € 107.268,-, waarvan € 85.815,- als voorschot is uitbetaald.

1.2. Op 6 juli 2020 heeft [directrice] namens eiseres een aanvraag gedaan op grond van de NOW 2.0 in verband met een verwacht omzetverlies van 40% vanaf 1 juni 2020. Bij de aanvraag heeft zij een kopie van de bankafschriften van de ondernemersrekening van eiseres over de periode van 5 januari 2019 tot en met 6 juli 2020 gevoegd. Bij het primaire besluit heeft verweerder de aanvraag afgewezen, omdat op de peildatum, 15 mei 2020, de loonsom over maart 2020 € 0,- bedroeg. Eiseres heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt.

2. Bij het bestreden besluit heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat de in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte worden beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 is ingediend, alsmede de aanvullingen daarop die uiterlijk op die datum hebben plaatsgevonden. In de NOW 2.0 is geen mogelijkheid opgenomen om af te wijken van de peildatum. In dit geval betekent dit dat de loonaangifte die de accountant van eiseres op 15 juli

2020 over het aangiftetijdvak maart 2020 heeft ingediend niet meegenomen kan worden, omdat deze na de peildatum is gedaan. Er wordt dan ook uitgegaan van de op 22 april 2020 gedane nul-aangifte. Er is dus geen recht op een tegemoetkoming op grond van de NOW 2.0, omdat de loonsom over maart 2020 op de peildatum € 0,- bedroeg.

3. In beroep voert eiseres – samengevat weergegeven – aan dat haar accountant zonder overleg met haar te hebben gevoerd en zonder haar medeweten op 22 april 2020 een nul-aangifte over de maand maart 2020 heeft ingediend. De accountant heeft later verklaard dit gedaan te hebben met de intentie om meer tijd te winnen om uit te zoeken op welke wijze de oproepkrachten vanaf de sluiting in maart verloond moesten worden en de aangifte later te corrigeren. Op 15 juli 2020 is de loonaangifte ook daadwerkelijk gecorrigeerd. Eiseres stelt zich primair op het standpunt dat het doen van een nul-aangifte over maart 2020 gelijkgesteld moet worden met de situatie waarin er over deze maand geen loongegevens bekend zijn. Verweerder had dan ook moeten kijken naar de loongegevens over de maand november 2019. Subsidiair stelt eiseres zich op het standpunt dat in dit geval sprake is van bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op grond waarvan afgeweken moet worden van het beleid van verweerder. De toepassing van dit beleid, de NOW 2.0, heeft namelijk onevenredige gevolgen voor eiseres in verhouding tot de met deze regeling te dienen doelen. Door geen rekening te houden met de (bijzondere) omstandigheden van het geval zijn het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel geschonden. Zonder de tegemoetkoming kan eiseres niet overleven en/of haar werknemers niet in dienst houden voor de uren die zij werkten voordat sprake was van de terugval. Met het bestreden besluit schiet verweerder daarom het doel van de regeling in dit concrete geval volledig voorbij. Afwijking moet in dit concrete geval dus mogelijk zijn en is ook geboden. Ter onderbouwing van haar standpunten beroept eiseres zich, onder andere, op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 26 oktober 2016¹ en heeft zij, onder andere, correspondentie met haar accountant en een overzicht van de over 2019 en 2020 gedane loon-

aangiftes verstrekt. Aanvullend heeft eiseres de antwoorden van minister Koolmees (de minister) op de Kamervragen van kamerlid Tielen van 14 september 2020 ingediend.

4. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

5. Ingevolge artikel 5, aanhef en onder c, van de NOW 2.0, voor zover hier van belang, wordt de subsidieverlening geweigerd, onverminderd artikel 4:35, eerste en tweede lid, van de Awb, indien of voor zover geen loongegevens beschikbaar zijn in de polisadministratie over de aangiftetijdvakken, bedoeld in artikel 8, tweede tot en met vierde lid.

In artikel 8, eerste lid, van de NOW 2.0 is bepaald, voor zover hier van belang, dat de hoogte van de subsidie de uitkomst is van:

$A \times B \times 4 \times 1,4 \times 0,9$

Hierbij staat:

A voor het percentage van de omzetzaling;

B voor de loonsom waarbij wordt uitgegaan van de totale loonsom van werknemers waarvoor de werkgever het loon heeft uitbetaald in het tijdvak, bedoeld in het tweede, derde of vierde lid.

In het tweede lid van artikel 8 van de NOW 2.0 is bepaald, voor zover hier van belang, dat voor de loonsom, bedoeld in het eerste lid, wordt uitgegaan van het loon over het derde aangiftetijdvak van het jaar 2020.

Uit het derde lid van artikel 8 van de NOW 2.0 volgt, voor zover hier van belang, dat indien er geen loongegevens zijn over het tijdvak, bedoel in het tweede lid, wordt uitgegaan van het loon over de maand november van het jaar 2019.

Ingevolge artikel 8, zevende lid, van de NOW 2.0, voor zover hier van belang, worden de in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte van de werkgever ten behoeve van de bepaling van de letter B, bedoeld in het eerste lid, beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 is ingediend, alsmede de aanvullingen daarop die uiterlijk op die datum hebben plaatsgevonden.

6.1. Ter zitting heeft eiseres desgevraagd toegelicht dat zij op 16 april 2020 per e-mail een spreadsheet met de te verlonen uren van de oproepkrachten over maart 2020 aan de betrokken medewerker van het accountantskantoor gestuurd heeft. De accountant heeft, volgens eiseres zonder voorafgaand overleg met haar te voeren en zonder haar medeweten, op 22 april 2020 echter een nul-aangifte gedaan over maart 2020. Voorts

1 ECLI:NL:RVS:2016:2840.

heeft eiseres ter zitting toegelicht dat zij hier pas in juli 2020 achter kwam, omdat er door de Belastingdienst contact werd opgenomen met de vraag waarom een nul-aangifte was gedaan over maart 2020. Naar aanleiding van dit telefoontje heeft de accountant de loonaangifte over maart 2020 op 15 juli 2020 gecorrigeerd. Op aandringen van (de gemachtigde van) eiseres heeft de accountant op 12 augustus 2020 een schriftelijke verklaring opgesteld over de wijze waarop het opstellen en indienen van de aangifte loonheffingen over maart 2020 is verlopen. Hetgeen eiseres ter zitting heeft verklaard komt overeen met de uit de gedingstukken blijkende feiten en omstandigheden. Bovendien is tussen partijen niet in geschil dat op de peildatum, 15 mei 2020, over de maand maart 2020 enkel een nul-aangifte was gedaan en dat niet eerder dan op 15 juli 2020 de aangifte loonheffingen met de gegevens van de vaste en oproepkrachten is gedaan.

6.2. Partijen houdt verdeeld de vraag of in dit geval afgeweken moet worden van de bepalingen van de NOW 2.0 en er alsnog een tegemoetkoming kan worden toegekend, gebaseerd op de loongegevens over maart uit de aangifte loonheffingen zoals deze gedaan is op 15 juli 2020. Eiseres heeft ter zitting naar voren gebracht dat verweerder, blijkens de antwoorden van de minister op de Kamervragen, in de bezwaarfase ruimte heeft om de individuele casus in ogenschouw te nemen en dat hij daarbij zo veel mogelijk moet proberen recht te doen aan het doel van regeling, namelijk het zorgen dat bedrijven hun personeel kunnen doorbetalen. Door de afwijzing van de aanvraag op grond van formele punten te handhaven, heeft hij niet het doel van de regeling vooropgesteld. Eiseres stelt dat deze casus zich goed leent voor een afwijking van de bepalingen uit de NOW 2.0. Eiseres is namelijk de dupe geworden van een fout van haar accountant en er hoeft in dit geval niet gevreesd te worden voor fraude of misbruik. Verweerder heeft zich ter zitting op het standpunt gesteld dat de NOW 2.0 een robuuste regeling is en dat er in de bezwaarfase enkel ruimte voor afwijking bestaat wanneer sprake is van puur administratieve belemmeringen. Volgens verweerder is hiervan slechts sprake wanneer een andere instantie – en niet degene die de aanvraag doet – belemmeringen opwerpt. Het gaat dan bijvoorbeeld om het omzetten van een besloten vennootschap in een vennootschap onder firma zonder dat de bedrijfsvoering van het desbetreffende bedrijf ge-

wijzigd wordt. Fouten van de eigen accountant vallen hier niet onder, aldus verweerder. De rechtbank oordeelt op dit punt als volgt.

6.3. Uit artikel 5, aanhef en onder c, van de NOW 2.0 volgt dat er geen tegemoetkoming wordt verstrekt als er geen loongegevens beschikbaar zijn in de polisadministratie over de aangiftetijdvakken, bedoeld in het tweede tot en met het vierde lid van artikel 8 van de regeling. In het tweede lid van artikel 8 van de NOW 2.0 wordt uitgelegd dat uitgegaan wordt van het loon over het derde aangiftetijdvak van 2020, zijnde maart 2020. Blijkens het derde lid van artikel 8 wordt hiervan enkel afgeweken als er geen loongegevens bekend zijn over het aangiftetijdvak maart 2020. In dat geval wordt gekeken naar het aangiftetijdvak november 2019. Ten slotte volgt uit het zevende lid van artikel 8 dat de in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte van de werkgever beoordeeld worden op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 is ingediend, alsmede de aanvullingen daarop die uiterlijk op 15 mei 2020 hebben plaatsgevonden.

6.4. Op grond van de tekst van voornoemde bepalingen ziet de rechtbank geen aanleiding om het standpunt van eiseres dat het doen van een nul-aangifte gelijkgesteld moet worden met het nalaten van het doen van loonaangifte en dat daarom moet worden uitgegaan van het loon over de maand november van het jaar 2019, te volgen. In de toelichting bij het tweede en derde lid van artikel 8 worden voorbeelden genoemd van gevallen waarin de minister aannemelijk acht dat er geen loongegevens beschikbaar zijn over het loonaangiftetijdvak maart 2020.² Als voorbeeld wordt genoemd het niet tijdig kunnen inloggen met de sinds 1 januari 2020 ingevoerde verplichte eHerkenning. In zo'n geval wordt uitstel verleend door de Belastingdienst en is het aannemelijk dat er geen loongegevens beschikbaar zijn, aldus de Toelichting.³ Van dergelijke problematiek is in onderhavige zaak geen sprake. In dit geval waren op de peildatum namelijk wel loongegevens beschikbaar over het aangiftetijdvak maart 2020, te weten loongegevens waaruit volgt dat de loonsom voor maart 2020 € 0,- bedroeg. Verweerder behoefde dan ook niet uit te gaan van het loon over de maand november van het jaar 2019.

2 Stcrt. 2020, 34308, p.29.

3 Idem.

6.5. Voorts blijkt uit bovenstaande bepalingen dat correcties op de loonaangifte die ná 15 mei 2020 hebben plaatsgevonden niet meegenomen worden. Dit wordt in de toelichting bij het zevende lid van artikel 8 bevestigd.⁴ In de toelichting staat namelijk dat een peildatum, in dit geval 15 mei 2020, nodig is en dat voor de vaststelling van de hoogte van het voorschot noodzakelijk is dat kan worden uitgegaan van de loongegevens zoals deze gelden op een tijdstip gelegen voor de aankondiging van de NOW 2.0. Vanaf dat moment hebben werkgevers namelijk een financieel belang bij een zo hoog mogelijke loonsom in maart. Correctieberichten op de loonaangifte van ná 15 mei 2020 worden, ter beperking van fraude- en misbruikrisico's, niet meer meegenomen.⁵ Hoewel de rechtbank begrip heeft voor de lastige situatie waarin eiseres op dit moment verkeert, ziet de rechtbank geen aanleiding voor het oordeel dat in dit geval afgeweken moet worden van de bepalingen van de regeling in de zin dat uitgegaan wordt van de gegevens uit de gecorrigeerde aangifte loonheffingen van 15 juli 2020. Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat in dit geval geen sprake is van een puur administratieve belemmering. De situatie van eiseres is namelijk niet vergelijkbaar met de voorbeelden die genoemd worden in de antwoorden op de Kamervragen van 14 september 2020, te weten bedrijven waarvan de rechtsvorm is veranderd zonder dat de bedrijfsvoering wordt gewijzigd dan wel bedrijven waarvan het loonaangiftenummer gewijzigd wordt. De strekking van de genoemde voorbeelden is dat de administratieve belemmering wordt opgeworpen door een (overheids)instantie, zodat die belemmering buiten de risicosfeer valt van de ondernemer die de aanvraag heeft ingediend. In dit geval is het eiseres zelf, die verantwoordelijk is voor de invulling van het aanvraagformulier en voor het aanleveren van de daarbij behorende gegevens, ook al maakt zij daarbij gebruik van een accountantskantoor. Dit wordt bevestigd in de toelichting bij de NOW 2.0.⁶ De door de accountant van eiseres gemaakte fout, namelijk het doen van een nul-aangifte op een moment dat alle relevante gegevens, waaronder de opgave van de uren van de oproepkrachten, al beschikbaar waren en het

pas twee maanden na de peildatum corrigeren van deze loonaangifte, komt, hoe vervelend ook, voor rekening en risico van eiseres. Nu de wetgever er bewust voor heeft gekozen geen hardheidsclausule op te nemen in de NOW 2.0 biedt die regeling in dit geval ook overigens geen ruimte om af te wijken van de bepalingen uit de NOW 2.0 en alsnog tot toekenning van een voorschot over te gaan. Ook het beroep van eiseres op de in voetnoot 1 genoemde uitspraak van de Afdeling gaat niet op, reeds omdat het in die zaak ging om de toepassing van een beleidsregel en niet om een noodmaatregel als de onderhavige NOW 2.0.

6.6. De rechtbank ziet ook geen aanleiding om de door eiseres ter zitting naar voren gebrachte stelling, namelijk dat de beslissing op bezwaar onvoldoende gemotiveerd is, te volgen. In het bezwaarschrift heeft eiseres enkel naar voren gebracht dat haar accountant vergeten is aangifte te doen, dat zij niet op de hoogte is van de reden daarvoor, dat haar werknemers hiervan de dupe worden en dat inmiddels wel loonaangifte is gedaan. Naar het oordeel van de rechtbank zijn deze summiere gronden voldoende gemotiveerd weerlegd in de beslissing op bezwaar. De beroepsgrond faalt derhalve.

7. Gelet op het voorgaande heeft verweerder de aanvraag van eiseres terecht en op goede gronden afgewezen. Het beroep is dan ook ongegrond.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

NOOT

Onder «JAR» 2021/30.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

mr. T.O. Boot
advocaat bij Stibbe

4 Stcrt. 2020,34308, p.29.

5 Idem.

6 Stcrt. 2020,34308, p.21.

32

Ondernemer kon in redelijkheid vasthouden aan geheimhouding tijdens adviestraject

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

8 oktober 2020, nr. 200.278.899/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643

(mr. Vink, mr. Wolfs, mr. Vetter, prof. dr. Hoogendoorn RA, drs. Moolenaar)

Noot mr. dr. S.F.H. Jellinghaus, mr. C.P. van den Eijnden

Adviesaanvraag personeelsreorganisatie. Geheimhoudingsverplichting opgelegd aan de OR. Mogelijkheid tot achterbanconsultatie.

[WOR art. 20, 25, 26 lid 4]

OBA drijft een op- en overslagbedrijf voor voornamelijk steenkool in de haven van Amsterdam. In december 2019 bericht OBA het personeel en de OR dat een reorganisatie onvermijdelijk is. Na het verkrijgen van extern advies over de mogelijke scenario's, vraagt OBA op 2 maart 2020 advies aan de OR. Daarbij wordt een geheimhoudingsplicht opgelegd. De OR vraagt na enige tijd volledige opheffing van de geheimhouding zodat hij zijn achterban kan raadplegen. Hiermee gaat OBA niet akkoord. Zij stuurt wel op 26 maart 2020 een nieuwsbrief met meer globale informatie over de reorganisatie. In verband met het op 15 april 2020 geplande achterbanberaad vraagt de OR op 9 april 2020 nogmaals om opheffing van de geheimhouding. OBA weigert opnieuw opheffing te verlenen maar biedt aan dat de directie bij een personeelsbijeenkomst vragen zal beantwoorden. De OR last het achterbanberaad af en brengt een negatief advies uit. OBA gaat vervolgens over tot de voorgenomen reorganisatie. De OR vraagt een verklaring voor recht inhoudende dat OBA in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen.

De Ondernemingskamer overweegt dat achterbanconsultatie een wezenlijk onderdeel vormt van de taak van de OR. Het 'recht' een achterbanoverleg te voeren is echter niet ongeclausuleerd.

De maatstaf die hierbij hoort, is of de ondernemer in redelijkheid tot de oplegging van de geheimhouding heeft kunnen besluiten. De OR en OBA hebben gedurende het traject constructief overleg gevoerd. Nadat de OR voor de tweede keer de geheimhouding wilde loslaten, is door OBA een grens getrokken. Het belang van OBA bij een ordermatige en zorgvuldige reorganisatie zou in gevaar kunnen komen. De bij de reorganisatie betrokken werknemers zouden namelijk zonder geheimhouding nog voor het reorganisatiebesluit geconfronteerd kunnen worden met hun ontslag zonder dat OBA hen daar eerst over kon informeren. Tegen die achtergrond kon OBA in redelijkheid besluiten de geheimhouding te handhaven. Het aanbod van OBA om de directie op een personeelsbijeenkomst vragen te laten beantwoorden zodat het achterbanberaad kon doorgaan, is door de OR zelf gefrustreerd. De verzoeken worden afgewezen.

NB. In «JAR» 2007/108 (OR Bolsius) overwoog de OK dat het verbazingwekkend was dat de OR geheimhouding over een concept Sociaal Plan had geaccepteerd. Ook in «JAR» 2011/239 toonde de OK zich terughoudend ten aanzien van de aan een OR op te leggen geheimhouding. In dat licht bezien is het opvallend dat de OK de geheimhouding in deze zaak gerechtvaardigd acht. Kennelijk vindt de OK, evenals in OK 21 januari 1982, NJ 1983/31, dat de OR het aan zichzelf heeft te danken dat hij de gevraagde informatie niet heeft gekregen.

De ondernemingsraad van OBA GROUP B.V. te Amsterdam, verzoeker, advocaat: mr. J.D.A. Domela Nieuwenhuis, kantoorhoudende te Amsterdam, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid OBA GROUP B.V. te Amsterdam, verweerster, advocaat: mr. F.C.A. van de Bult, kantoorhoudende te Amsterdam.

1. Het verloop van het geding (...)

2. De vaststaande feiten

2.1. OBA is een organisatie die zich bezig houdt met op- en overslag van droge bulkgoederen in de