

115. Artikel 30 WOR: wel blaffen maar niet bijten

MW. MR. K.N. VAN DER HEIJDEN EN MW. MR. M. FABER

De ondernemingsraad heeft op grond van artikel 30 WOR een adviesrecht over elk voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming. De procesrechtelijke positie van de ondernemingsraad ten aanzien van artikel 30 WOR-besluiten is tamelijk beperkt: de ondernemingsraad mag weliswaar adviseren, maar hij heeft nadrukkelijk géén mogelijkheid om beroep bij de Ondernemingskamer (OK) in te stellen indien de ondernemer zijn advies niet overneemt.

In dit artikel wordt een overzicht gegeven aangaande de rechten die art. 30 WOR aan de ondernemingsraad geeft. Tevens wordt ingegaan op de (on)mogelijkheden voor de ondernemingsraad om actie te ondernemen indien de ondernemer art. 30 WOR niet (juist) naleeft en wordt de legitieme vraag gesteld wat nu eigenlijk het nut en de noodzaak van art. 30 WOR is indien de ondernemingsraad wel mag blaffen, maar niet kan bijten. En is het nodig dat te veranderen?

Inleiding

Reeds sinds 1979 heeft de ondernemingsraad (OR) een adviesrecht over elk voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming. Dit adviesrecht is verankerd in art. 30 Wet op de ondernemingsraden (WOR). Hierdoor kan de ondernemingsraad invloed uitoefenen op de personen die op dagelijkse basis leiding geven aan de onderneming en met wie hij als ondernemingsraad veel contact heeft. Hoewel dit adviesrecht inhoudelijk hetzelfde is als het adviesrecht dat de ondernemingsraad heeft op basis van art. 25 WOR, is de procesrechtelijke positie van de ondernemingsraad ten aanzien van art. 30 WOR-besluiten tamelijk beperkt: de ondernemingsraad mag weliswaar adviseren, maar hij heeft nadrukkelijk géén mogelijkheid om – zo hij dat wel heeft bij de onderwerpen uit art. 25 WOR – beroep bij de Ondernemingskamer (OK) in te stellen indien de ondernemer zijn advies niet overneemt.

Inhoud bepaling

Bestuurder

Ingevolge art. 30 WOR hoeft de ondernemer enkel advies te vragen over de benoeming of het ontslag van een bestuurder in de zin van art. 1 lid 1 sub e WOR. Dit is hij (of natuurlijk zij¹) die alleen dan wel tezamen met anderen in

een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. Dit betreft dus alleen de bestuurders die daadwerkelijk op dagelijkse basis leiding geven aan de onderneming. Indien een bestuurder louter op papier bestuurder is, maar de dagelijkse leiding feitelijk delegeert aan iemand anders, is hij of zij dus geen bestuurder in de zin van de WOR. Aan de andere kant kunnen reguliere werknemers ook bestuurder in de zin van de WOR zijn, mits zij door de formele bestuurders belast zijn met het rechtstreeks uitoefenen van de hoogste zeggenschap binnen de onderneming. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de chef van een filiaal en een directeur van een bankkantoor.² Uiteindelijk zijn het de feitelijke omstandigheden in de onderneming die bepalen wie de bestuurder is.³ In de praktijk zijn de meeste WOR-bestuurders echter wel simpelweg de statutair bestuurders.

Benoeming of ontslag

De ondernemingsraad moet ingevolge art 30 lid 1 WOR in de gelegenheid worden gesteld om advies uit te brengen over ieder voorgenomen besluit tot (i) de benoeming en (ii) het ontslag van een bestuurder.

Over de reikwijdte van de eerste categorie bestaat niet veel discussie; het is vrij duidelijk wanneer sprake is van een voorgenomen benoeming. Hieronder valt niet alleen

1 De WOR kan in onze optiek wel een kleine update naar het jaar 2022 gebruiken.

2 P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 32.

3 Zie OK 19 juli 2010, «JOR» 2010/268, m.nt. M. Holtzer.

het in dienst treden, maar ook een functiewijziging die tot de status van bestuurder leidt, zo blijkt duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.⁴ Ook een herbenoeming van bestuurders valt hieronder,⁵ evenals de benoeming van een interim-bestuurder.⁶ Het adviesrecht van de ondernemingsraad in een benoemingssituatie heeft louter betrekking op de persoon van de voorgedragen bestuurder in relatie tot de taken die hij of zij gaat uitoefenen; daarover moet de ondernemingsraad zich in het kader van art. 30 WOR een oordeel vormen. De ondernemingsraad heeft echter geen adviesrecht ten aanzien van de samenstelling en de werkwijze van de raad van bestuur; dit gaat de reikwijdte van art. 30 WOR te buiten.⁷

Al met al is duidelijk dat de ondernemingsraad op dit gebied terrein aan het winnen is en dat zijn adviesrecht ook reeds een rol speelt bij de fase waarin met een bestuurder wordt onderhandeld over een vaststellingsovereenkomst

Over de tweede categorie, het ontslag, bestaat meer discussie. Uit de parlementaire geschiedenis volgt duidelijk dat hiervan enkel sprake is bij een ‘onvrijwillig ontslag’.⁸ Maar is daarvan bijvoorbeeld ook sprake bij het aangaan van een vaststellingsovereenkomst?

De aanleiding voor de meest recente discussie over dit onderwerp betreft de Eneco-uitspraak van de OK van 18 juli 2018.⁹ In deze casus had de tot ontslag bevoegde raad van commissarissen (RvC) van Eneco aan de ceo een vaststellingsovereenkomst aangeboden, maar daarover had hij de COR geen advies gevraagd. De OK oordeelde – in een door de ondernemingsraad geëntameerde enquêteprocedure – dat ernstig moet worden betwijfeld of deze gang van zaken wel in overeenstemming is met de WOR. De OK overwoog ter onderbouwing daarvan dat ‘de gang van zaken (...) een zo grote gelijkenis [vertoont] met een voorgenomen besluit tot ontslag als bedoeld in artikel 30 WOR dat het daarmee op één lijn moet worden gesteld. Een andere opvatting zou er toe leiden dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in wezenlijke mate wordt uitgehouden’.¹⁰ Daarbij speelde een eminente rol dat vaststond dat de RvC het er unaniem over eens was dat de ceo diende te vertrekken.

Deze uitspraak vormde een breuk met de tot dan toe veel verdedigde opvatting dat het adviesrecht uit art. 30 WOR niet van toepassing werd geacht bij een vertrek door middel van een beëindigingsovereenkomst. Het belangrijkste argument daarvoor luidde dat een beëindigingsovereenkomst wordt gesloten met wederzijdse instemming en derhalve – althans in strikt juridische zin – niet onvrijwillig wordt aangegaan. Ook werd wel aangevoerd dat in die situatie geen sprake is van een voorgenomen besluit.¹¹

De Eneco-uitspraak heeft in de literatuur nadien veel bijval gekregen. Sterk is het roerend eens met de gebezigde aanpak en pleit ervoor dat art. 30 WOR ook van toepassing is indien een ondernemer het initiatief neemt voor het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. Daarbij is het volgens hem irrelevant hoe stellig het voornemen tot ontslag op dat moment reeds is, nu voor toepasselijkheid van art. 30 WOR louter een voornemen tot ontslag behoeft te bestaan.¹² Zaal en Van Tuyll menen dat een adviesrecht bestaat indien het tot het ontslag bevoegde orgaan feitelijk al het besluit tot ontslag heeft genomen¹³ en ook Salemink en Van de Bult nemen een vergelijkbaar standpunt in.¹⁴

Al met al is duidelijk dat de ondernemingsraad op dit gebied terrein aan het winnen is en dat zijn adviesrecht ook reeds een rol speelt bij de fase waarin met een bestuurder wordt onderhandeld over een vaststellingsovereenkomst – doorgaans de fase voordat een formele ontslagprocedure wordt ingezet. Ook wij staan hier volledig achter. Een andersluidende opvatting zou er immers toe leiden dat het adviesrecht van de ondernemingsraad afhankelijk zou zijn van de opstelling van de bestuurder (wel of niet meewerken aan een vaststellingsovereenkomst), terwijl dat aan het materiële ontslagbesluit en de eventuele gevolgen daarvan voor de onderneming en de werknemers niets afdoet. Dat zou dus ook niet relevant moeten zijn voor de rechten van de ondernemingsraad.

Indien een bestuurder wordt geschorst hoeft de ondernemingsraad van tevoren (nog) niet te worden geconsulteerd.¹⁵ Sprengers wijst erop dat dit anders kan liggen indien de schorsing moet worden gezien als uitvoering geven aan een reeds vaststaand (voornemen tot) ontslag

4 Kamerstukken II 1985/86, 18980, nr. 5.

5 F.G. Laagland, *Commentaar op Wet op de ondernemingsraden*, art. 30 (Arbeidsrecht thematisch).

6 Ktr. Noord-Nederland 10 augustus 2016, «JAR» 2016/222.

7 Krt. Apeldoorn (vzr.) 20 juni 2008, «JAR» 2008/172 (Koninklijke Wegener).

8 Kamerstukken II 1975/76, 13954, nrs. 1-3, p. 47.

9 OK 18 juli 2018, «JAR» 2018/217, m.nt. S.J. Sterk.

10 OK 18 juli 2018, «JAR» 2018/217, m.nt. S.J. Sterk, nrs. 3.33 en 3.35.

11 Van der Grinten, ‘De bevoegdheid van de Ondernemingsraad bij benoeming en ontslag van bestuurders van een onderneming’, *de NV* 1980, p. 84; M.J. Kroeze in Asser/Maeijer & Kroeze 2-1 2015/632; F.G. Laagland, *Commentaar op Wet op de ondernemingsraden*, art. 30 (Arbeidsrecht thematisch); P.F. van der Heijden, *Rood’s Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 373; L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of BV*, Den Haag, Boom juridische uitgeverij, p. 128, en L.C.J. Sprengers in *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, p. 684.

12 Zie S.J. Sterk in zijn noot bij OK 18 juli 2018, «JAR» 2018/217 en in ‘Het OR-adviesrecht bij een bestuurdersontslag na Eneco: (on)afwendbaar?’, *TAP* 2019/1.

13 I. Zaal & C.F.J. van Tuyll, ‘De OR en de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen’, *TvO* 2018/4, p. 152.

14 Zie OK 18 juli 2018, *Ondernemingsrecht* 2018/123, m.nt. T. Salemink en F.C.A. van de Bult.

15 Rb. Oost-Brabant (vzr.) 18 november 2015, «JAR» 2016/9.

van deze bestuurder.¹⁶ Dit lijkt ons juist, helemaal met de Eneco-uitspraak in het achterhoofd. Indien immers al vaststaat dat de bestuurder hoe dan ook weg moet, lijkt dat ons het gereede moment om de ondernemingsraad bij het proces te betrekken. Bovendien gaat het in dit verband om het tijdelijk ontnemen van bevoegdheden aan een bestuurder, terwijl in het omgekeerde geval – het tijdelijk toekennen van bevoegdheden aan een interim-bestuurder – ook een adviesrecht bestaat. Dat pleit er in onze optiek voor om ook bij een schorsing een adviesrecht aan te nemen. De OK denkt hier echter anders over, en heeft op 21 mei 2019 – dus ná de Eneco-uitspraak – geoordeeld dat een voorgenomen besluit tot schorsing niet onder de reikwijdte van art. 30 WOR valt.¹⁷ De OK heeft dit helaas niet gemotiveerd, maar wellicht speelde hierbij een rol dat schorsing een ordemaatregel is, en dat een adviesrecht van de ondernemingsraad hier verdragend bij zal werken. Dit argument kunnen wij ons in elk geval voorstellen.

In een situatie waarin de bestuurder eenzijdig wordt overgeplaatst naar een andere, niet-bestuurlijke functie in de onderneming, heeft de OR volgens de parlementaire geschiedenis ook een adviesrecht. Met ontslag wordt immers de keerzijde van benoeming bedoeld, en dat is ook aan de orde bij een eenzijdige overplaatsing, aldus de wetgever.¹⁸

Overigens heeft de ondernemingsraad van een NV met een verzwakt structuurregime, naast de bevoegdheden die de WOR hem toekent, tevens het recht om een standpunt over de benoeming, schorsing of het ontslag van een bestuurder in te nemen, welk standpunt gelijktijdig met het voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag aan de algemene vergadering dient te worden aangeboden (art. 2:134a BW). Dit standpuntbepalingsrecht ziet op *alle* bestuurders van de desbetreffende NV, en dus niet enkel op de bestuurders in de zin van de WOR.

Geen beroepsrecht

Voor art. 30 WOR-besluiten is bewust geen beroepsrecht opgenomen.¹⁹ Hoewel in het wetsvoorstel aanvankelijk wel een beroepsrecht was opgenomen, is dit later geschrapt. De wetgever overwoog daartoe dat een beroepsrecht in de praktijk niet goed zou kunnen werken omdat (i) de OK niet goed zou kunnen beoordelen of een bepaalde persoon geschikt is voor de functie van bestuurder en (ii) het om een ander soort ondernemersbeslissing gaat dan die genoemd in art. 25. Om deze redenen verdiende het volgens de regering aanbeveling *‘dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor een bestuurdersbenoeming bij de onderneming zelf wordt gelaten’*.²⁰ De regering twijfelde er niet aan dat *‘het advies*

van de ondernemingsraad ook zonder beroepsrecht zwaar zou wegen’.²¹ Tevens gaf de regering aan dat een beroepsrecht haar hier minder juist voorkomt *‘met name in verband met de persoonlijke belangen van de betrokken bestuurder. Wanneer deze niet instemt met het hem verleende ontslag, dan is het aan hem om te beslissen daartegen al dan niet actie te ondernemen. Derhalve achten wij een beroepsrecht van de ondernemingsraad tegen zo’n ontslagbesluit, dat in eerste instantie de hoogst persoonlijke belangen van de bestuurder betreft, dan ook niet passend.’*²²

Remedies bij schending artikel 30 WOR

Het is derhalve duidelijk dat de ondernemingsraad niet in beroep kan indien de ondernemer zijn advies niet overneemt. Maar wat kan de ondernemingsraad doen indien de ondernemer in het geheel geen advies heeft gevraagd?

Artikel 36 WOR

Als de ondernemer nog geen besluit heeft genomen kan de ondernemingsraad op grond van art. 36 WOR naleving van art. 30 WOR verzoeken. De rechter kan de ondernemer verplichten om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten (art. 36 lid 5 WOR). Zo kan de rechter (i) de ondernemer verplichten om relevante informatie (art. 30 lid 3 WOR) met de ondernemingsraad te delen en (ii) de ondernemer verbieden om een besluit te nemen voordat de ondernemingsraad de gelegenheid heeft gehad om te adviseren.²³ Vooruitlopend op een uitspraak in een art. 36 WOR-bodemprocedure kan de ondernemingsraad een kort geding starten²⁴ of een provisionele vordering instellen.

Maar wat kan de ondernemingsraad doen indien de ondernemer in het geheel geen advies heeft gevraagd?

Maar wat als de ondernemer het besluit al heeft genomen en/of daar zelfs al uitvoering aan heeft gegeven; biedt art. 36 WOR dan nog uitkomst? Van der Heijden gaat ervan uit dat de ondernemingsraad ook dan kan verzoeken om de ondernemer te verplichten een ontslagen bestuurder in zijn functie te herstellen of een benoemde bestuurder te ontslaan.²⁵ Van Mierlo meent daarentegen dat de rechter de ondernemer niet kan verplichten een genomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder in te trekken. Hij redeneert dat het opleggen van dusdanig vergaande verplichtingen een specifieke wettelijke basis vereist en dat art. 36 WOR die, in tegenstelling tot art. 26 WOR, niet

16 L.C.J. Sprengers in *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, p. 684.

17 OK 21 mei 2019, «JAR» 2019/179, m.nt. K.M.J.R. Maessen en D. Schwartz.

18 *Kamerstukken II* 1985/86, 18980, nr. 5, p. 20.

19 *Kamerstukken II* 1977/78, 13954, nr. 106, p. 5.

20 *Kamerstukken II* 1977/78, 13954, nr. 106, p. 14.

21 *Kamerstukken II* 1977/78, 13954, nr. 106, p. 13.

22 *Kamerstukken II* 1977/78, 13954, nr. 6, p. 40.

23 P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 375-376.

24 P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. .

25 P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. .

biedt.²⁶ Hier kan echter tegenin worden gebracht dat een verplichting om een besluit in te trekken strikt genomen als “een verplichting om een bepaalde handeling te verrichten” zoals bedoeld in art. 36 lid 5 WOR kan worden aangemerkt, dus wij zien hier wel enige ruimte. Van Mierlo schrijft ook dat als de ondernemer kan worden veroordeeld om een besluit in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken, in feite een beroepsrecht bestaat, terwijl de wetgever dat nu juist niet heeft gewild.²⁷ Daar kan dan weer tegenin worden gebracht dat op grond van art. 36 WOR enkel formele toetsing van de besluitvorming zou kunnen plaatsvinden, terwijl de wetgever het beroepsrecht heeft uitgesloten omdat ‘de Ondernemingskamer niet zou kunnen beoordeelen of een persoon geschikt is als bestuurder’.²⁸ De wetgever verzette zich dus tegen materiële toetsing, maar niet tegen formele toetsing.

Mogelijk kan uit deze opmerking van de wetgever worden afgeleid dat art. 30 WOR-besluiten op grond van art. 36 WOR tóch kunnen worden aangetast

In de beperkte jurisprudentie op dit vlak wordt wisselend geoordeeld over de vraag of de ondernemer op grond van art. 36 WOR kan worden verplicht om een met art. 30 WOR strijdig genomen besluit in te trekken en de gevolgen daarvan ongedaan te maken. De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde ontkenkend,²⁹ maar de Rechtbank Zwolle oordeelde bevestigend en verplichtte de ondernemer om een opgezegde managementovereenkomst te herstellen.³⁰

Artikel 2:14 BW en 2:15 BW

Kan de ondernemingsraad daarnaast terecht bij art. 2:14 en 2:15 BW voor mogelijke remedies? Art. 2:14 BW bepaalt dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, dat in strijd is met de wet of de statuten, nietig is, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Art. 2:15 lid 1 BW bepaalt dat een besluit vernietigbaar is wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (sub a), wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW worden geeïst (sub b) of wegens strijd met een reglement (sub c).

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:14 BW volgt dat besluiten die zijn genomen in strijd met art. 30 WOR, volgens de wetgever in beginsel onder het bereik van art. 2:14 BW vallen, maar daar gelet op de laatste zinsnede

van die bepaling tóch niet onder vallen omdat in art. 36 WOR reeds is voorzien in een voorschrift die ‘een bepaalde rechtsgang voor vernietiging inhoudt’.³¹ Er vloeit dus ‘uit de wet iets anders voort’. Die redentatie vinden wij opmerkelijk; art. 36 WOR biedt immers geen expliciete vernietigingsgrondslag, althans is onzeker of de ondernemer op grond van dit artikel kan worden verplicht een ontslag of benoeming terug te draaien. Mogelijk kan uit deze opmerking van de wetgever worden afgeleid dat art. 30 WOR-besluiten op grond van art. 36 WOR tóch kunnen worden aangetast; dit is in ieder geval een argument voor die stelling.

Aangaande art. 2:15 BW staat in de parlementaire geschiedenis dat besluiten die zijn genomen in overtreding van ‘wettelijke bepalingen die voorschrijven dat aan een ander orgaan voorafgaand aan een besluit advies moet worden gevraagd’, niet onder art. 2:15 lid 1 sub a BW vallen, maar onder art. 2:14 BW.³² Toepassing van art. 2:15 lid 1 sub a BW op met art. 30 WOR strijdig genomen besluiten lijkt daarom in ieder geval niet mogelijk.

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of een besluit dat is genomen in strijd met art. 30 WOR kan worden aangetast op grond van art. 2:14 BW en/of 2:15 BW. Nekeman, Kroeze en Verburg zien hiervoor in meer of mindere mate ruimte.³³ Laagland, Huizink en Van Schilfgaarde e.a. menen dat art. 2:15 BW geen uitkomst biedt, omdat de WOR al een eigen sanctieregeling kent.³⁴ Van Mierlo brengt hier tegenin dat de rechtsingang van art. 36 WOR niet vergelijkbaar is met art. 2:15 BW, maar ziet gelet op de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis ook geen ruimte voor toepassing van art. 2:14 BW en art. 2:15 lid 1 sub a BW.³⁵ Hij ziet wel ruimte voor toepassing van art. 2:15 lid 1 sub b BW (strijd met de redelijkheid en billijkheid). Daartoe voert hij, kort gezegd, aan dat dit in de parlementaire geschiedenis niet is uitgesloten en dat uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat (i) een ontslagbesluit ook aan de eisen van goede trouw moet worden getoetst en (ii) vernietiging van een ontslagbesluit ook mogelijk is ‘omwille van de wijze waarop het tot stand is gekomen’.³⁶ Ook Zaal ziet ruimte voor een beroep op

31 *Kamerstukken II 1982/83, 17725, nr. 3, p. 59-61.*

32 *Kamerstukken II 1982/83, 17725, 3, p. 60-62.*

33 C. Nekeman, commentaar op art. 30 WOR, in: R.A.A. Duk (red.) *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs*, Den Haag: Sdu 2022; M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 632; L.G. Verburg, commentaar op art. 30 WOR in *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 2.3.6.

34 F.G. Laagland, commentaar op art. 30 WOR, *Sdu Commentaar arbeidsrecht thematisch* (online, bijgewerkt 2 september 2021); J.B. Huizink, commentaar op art. 2:15 BW, aant. 3.4, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer; P. van Schilfgaarde, J.D.M. Schoonbrood, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 83.

35 *Kamerstukken II 1982/83, 17725, nr. 3, p. 59.*

36 J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 327 e.v.; HR 30 oktober 1964, ECLI:NL:HR:1964:AB6473; HR 26 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4887.

26 J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 319 e.v.

27 J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 319 e.v.

28 *Kamerstukken II 1977/78, 13954, nr. 106, p. 13.*

29 Rb. Noord-Nederland 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3692.

30 Rb. Zwolle 30 januari 1995, «JAR» 1995/47.

art. 2:15 lid 1 sub b BW.³⁷ Hiertegen pleit in onze optiek echter dat de ondernemer niet uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid verplicht is om de ondernemingsraad te raadplegen over art. 30 WOR-besluiten; die verplichting bestaat immers op grond van de wet.

Ook in de jurisprudentie wordt wisselend geoordeeld over dit onderwerp. Het Hof Amsterdam oordeelde dat de WOR zijn eigen sanctieregime kent en dat het daarbij niet past om de besluiten aan te tasten op grond van art. 2:14 BW of 2:15 BW.³⁸ De Rechtbank Arnhem zag daarvoor echter wel een mogelijkheid op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW (strijd met de redelijkheid en billijkheid)³⁹ en de Rechtbank Limburg overwoog dat een benoemingsbesluit in een eventueel te voeren bodemprocedure vernietigd zou kunnen worden.⁴⁰

Concluderend kan worden gesteld dat een beroep op art. 2:14 en 2:15 BW weliswaar een *uphill battle* is, maar gelet op de jurisprudentie zeker niet kansloos.

Andere grondslagen

De ondernemingsraad kan ook overwegen om een art. 30 WOR-besluit aan te tasten via de band van art. 25 en 26 WOR. Dit is mogelijk als het besluit verband houdt met een besluit in de zin van die bepalingen. In een zaak waarin een ondernemer twee bestuursleden (her)benoemde, in afwijking van een eerder besluit om een eenhoofdige raad van bestuur in te stellen, oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer wegens gebrekkige motivering in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen. De ondernemer moest het besluit intrekken en de gevolgen ervan ongedaan maken.⁴¹

Een andere mogelijkheid om een art. 30 WOR-besluit aan te tasten kan zijn gelegen in het enquêterecht. De ondernemingsraad kan, als hij het enquêterecht toegekend heeft gekregen van de bestuurder, verzoeken om enquête te gelasten naar de besluitvorming omtrent (onder andere) de benoeming of het ontslag van een bestuurder. De hierboven genoemde Eneco-zaak is daar een mooi voorbeeld van.⁴² Als de Ondernemingskamer na de enquête oordeelt dat sprake is van wanbeleid kan de Ondernemingskamer definitieve voorzieningen treffen, waaronder (mogelijk) het ontslag van een bestuurder. De meeste ondernemingsraden hebben echter geen enquêterecht, zodat deze weg voor hen niet open staat. Bovendien ligt de lat voor wanbeleid hoog, en enkel het niet juist/tijdig betrekken van de ondernemingsraad bij een ontslagprocedure van een bestuurder kwalificeert waarschijnlijk niet als zodanig. De Eneco-zaak staat in die zin derhalve tamelijk op zichzelf.

37 I. Zaal, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs*, Den Haag: Sdu 2017, p. 931.

38 Gerechtshof Amsterdam 20 mei 1999, «JAR»1999/146.

39 Rb. Arnhem 20 juli 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU2533.

40 Rb. Limburg 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7708.

41 Gerechtshof Amsterdam 12 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:806.

42 Gerechtshof Amsterdam 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488.

Enkele beschouwingen

Zoals uit het bovenstaande volgt is handhaving van art. 30 WOR niet onmogelijk, maar zeker niet eenvoudig. Een specifiek op art. 30 WOR gerichte handhavingsbepaling ontbreekt en de jurisprudentie over handhaving op de meer algemene gronden is wisselend. In onze optiek is daardoor sprake van een onvoldoende effectief handhavingsinstrumentarium, terwijl wij dit wel van belang achten. In onze ervaring wordt het raadplegen van de ondernemingsraad namelijk (te) vaak gezien als niet meer dan een juridische formaliteit en wordt het advies ook niet altijd (tijdig) gevraagd. Dit doet af aan de effectiviteit van art. 30 WOR. De aannahme van de regering dat het advies van de ondernemingsraad ook zonder beroepsrecht zwaar zou wegen is in onze optiek dan ook geen bewaarheid geworden.

Wij zijn er dan ook voorstander van de OR in dit verband een handhavingsmogelijkheid te geven. Dit zal eraan bijdragen dat zorgvuldiger wordt omgegaan met het adviesrecht van de OR bij benoeming en ontslag van bestuurders. Het sluit bovendien aan bij de toenemende maatschappelijke belangstelling voor benoeming en ontslag van hoge functionarissen. Die belangstelling blijkt bijvoorbeeld uit spontane stakingen bij Tata Steel na het vertrek van haar bestuurder⁴³ en uit de brief die een grote groep ambtenaren recent stuurde aan minister Hoekstra, omdat hij een man in plaats van een vrouw had benoemd in een hoge positie.⁴⁴ Gelet op dit laatste voorbeeld kan het versterken van het handhavingsinstrumentarium van de ondernemingsraad er ook aan bijdragen dat ondernemers via het adviesrecht van de ondernemingsraad geactiveerd worden om een meer evenwichtige man-vrouwverhouding in de top te creëren, iets wat nog steeds maar niet wil lukken.

De wetgever kan hiertoe bijvoorbeeld een met art. 26 WOR vergelijkbaar beroepsrecht instellen, of simpelweg art. 26 WOR ook van toepassing verklaren op art. 30 WOR-besluiten. Wij pleiten namelijk voor zowel een formele als een materiële toetsing; zonder materiële toetsing blijft art. 30 WOR immers waarschijnlijk alsnog een juridische formaliteit.

Wij zijn er dan ook voorstander van de ondernemingsraad in dit verband een handhavingsmogelijkheid te geven

Anders dan de wetgever zien wij niet dat art. 30 WOR-besluiten een dermate ‘*een ander soort ondernemersbeslissing*’ bevatten dan art. 25 WOR-besluiten dat dit het uitsluiten van een beroepsrecht rechtvaardigt. Beide soor-

43 B. van Zoelen, ‘Stakingen bij Tata Steel na ‘ontslag’ Nederlandse directeur’, *Het Parool* 18 mei 2020.

44 ‘Hoekstra onder vuur, topfuncties te vaak naar mannen’, *NOS* 16 februari 2022.

ten besluiten zijn immers belangrijk én richtinggevend voor de onderneming – de persoon van een bestuurder kan een behoorlijke stempel drukken op een onderneming. Het feit dat hier (ook) de persoonlijke belangen van de bestuurder in het geding zijn, maakt dit niet anders. Dit doet immers niet af aan de impact op de organisatie, en dáár gaat het in het kader van art. 30 WOR om. Bovendien denken wij niet dat de OK over een art. 30 WOR-besluit minder goed een oordeel zou kunnen vellen dan over een art. 25 WOR-besluit. Bij art. 25 WOR-besluiten moet de ondernemer kunnen uitleggen waarom hij in redelijkheid een bepaald besluit heeft genomen, waarna de OK dit besluit inhoudelijk slechts marginaal toetst. Wij denken dat deze toetsing bij art. 30 WOR-besluiten ook goed mogelijk is, waarbij we ons kunnen voorstellen dat de materiële toets bij dit soort besluiten wellicht nóg marginaler is dan bij art. 25 WOR-besluiten. De formele toetsing dient in onze optiek echter net zo vol te zijn bij art. 26 WOR het geval is. Dit betekent dat als ten onrechte geen advies is gevraagd over de benoeming of ontslag van een bestuurder, hier een streep door zou moeten.

Wij realiseren ons terdege dat het invoeren van een beroepsrecht in de praktijk voor de nodige obstakels kan zorgen. Wij zien dan ook aanleiding om te bepalen dat beroep tegen een art. 30 WOR-besluit binnen een veel kortere termijn (bijvoorbeeld enkele dagen) moet worden ingesteld dan in art. 26 WOR is bepaald en dat ook een kortere (of zelfs geen) wachtperiode (vergelijkbaar met art. 25 lid 6 WOR) geldt; dit sluit aan bij de praktijk, waar doorgaans

op korte termijn uitvoering moet worden gegeven aan ontslag- of benoemingsbesluiten. Verder is van belang dat bij het instellen van een beroepsrecht aandacht is voor de vraag in hoeverre de rechten van bestuurders bij een succesvol beroep worden beschermd. In onze optiek zouden die in vennootschapsrechtelijke zin niet moeten worden beschermd, maar in arbeidsrechtelijke zin wel.

Al met al menen wij dat art. 30 WOR beter nageleefd zal worden indien de OR niet louter kan blaffen, maar ook daadwerkelijk kan bijten. Voor een bijtende hond heeft men doorgaans toch iets meer ontzag, en dat is hier precies de bedoeling.

Dit artikel is afgesloten op 9 april 2022.

Over de auteurs



Mw. mr. M. (Maaïke) Faber

Advocaat te Utrecht bij Wijn & Stael Advocaten



Mw. mr. K.N. (Karlijn) van der Heijden

Advocaat te Utrecht bij Wijn & Stael Advocaten