

Medezeggenschapsrecht

Ondernemingsrecht 2015/24

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014,
nr. 200.138.560/01 OK

m.nt. Janneke van der Kroon en Maaïke Faber

RO 2014/37

JONDR 2014/558

TRA 2014/47

ARO 2014/84

ROR 2014/7

JAR 2014/82

RAR 2014/77

ECLI:NL:GHAMS:2014:556

De OK oordeelt dat Fundis bij een afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit te participeren in het Langeland Ziekenhuis, nu niet wordt voldaan aan (door Fundis eerder zélf gestelde) essentiële en/of opschortende voorwaarden ter minimalisering van de financiële risico's van deze participatie

Fundis

1 Feiten

Fundis (een organisatie met ca. 3.500 werknemers) houdt zich bezig met het leveren van intramurale zorg, thuiszorg en welzijnsactiviteiten voor chronisch zieken en kwetsbare ouderen. Fundis is voornemens om met een achtergestelde lening te participeren in het Langeland Ziekenhuis (LLZ) en vraagt daarom op 25 april 2013 advies aan haar ondernemingsraad (ingevolge artikel 25 lid 1 sub b WOR). In het daarop volgende adviestraject uit de ondernemingsraad grote zorgen over de slechte financiële situatie van LLZ en de risico's die voor Fundis voortvloeien uit de voorgenomen participatie. Onder meer wijst de ondernemingsraad erop dat LLZ een zeer hoge schuldenlast heeft. De ondernemingsraad wenst daarom bewijzen te ontvangen dat er een akkoord bestaat met alle crediteuren die bij de participatie zijn betrokken, waaronder diverse banken, de gemeente Zoetermeer, zorgverzekeraars, zorgkantoren en medische staf LLZ. Op 10 juli 2013 sluiten Fundis en LLZ een intentieovereenkomst aangaande de voorgenomen participatie. Hierin wordt als "essentiële voorwaarde" voor het daadwerkelijk aangaan van de samenwerking opgenomen dat de balans van LLZ zodanig wordt geherstructureerd dat de schuldenlast en het bijbehorende aflossingsprofiel van LLZ passen bij haar draagkracht. Verder wordt in de intentieovereenkomst een aantal opschortende voorwaarden opgenomen, die erin de kern op neerkomen dat partijen overeenstemming hebben bereikt met een aantal specifieke derde partijen over de (her)financiering van LLZ.

Na een intensief adviestraject adviseert de ondernemingsraad op 4 oktober 2013 negatief over de voorgenomen participatie in LLZ. De ondernemingsraad concludeert dat een grootschalige financiële injectie in een zwak ziekenhuis hem financieel en beheersmatig te risicovol en onverstandig lijkt vanwege de grote veranderingen en bedreigingen die op Fundis afkomen. In dit verband wijst de ondernemingsraad er onder meer op dat de financiële prognose sterk afhankelijk is van externe partijen, terwijl met een aantal van hen nog geen definitieve overeenstemming is bereikt. Op 8 oktober 2013 besluit Fundis de participatie evenwel toch door te zetten. Na een korte periode waarin tevergeefs wordt geprobeerd alsnog overeenstemming met de ondernemingsraad te bereiken, bevestigt Fundis op 15 november 2013 haar definitieve besluit tot participatie in LLZ. Op dat moment is nog niet aan alle opschortende voorwaarden uit de intentieovereenkomst van 10 juli 2013 voldaan: zo is met een aantal crediteuren/derde partijen nog geen definitieve overeenstemming bereikt over de (her)financiering van LLZ.

Op 10 december 2013 heeft de ondernemingsraad de OK verzocht (i) te verklaren dat Fundis bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit in LLZ te participeren, (ii) aan Fundis de verplichting op te leggen dit besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken, alsmede (iii) om Fundis te verbieden handelingen te verrichten of te doen verrichten ter verdere uitvoering van het besluit of onderdelen daarvan.

2 Beslissing

De OK stelt vast dat de voornaamste bezwaren van de ondernemingsraad zien op (i) de beweegredenen die Fundis voor (de noodzaak tot) participatie in LLZ heeft gegeven, alsmede (ii) de voorwaarden waaronder Fundis vervolgens tot die participatie is overgegaan. In wezen trekt de OK het besluit van Fundis in haar beoordeling uiteen in twee beslismomenten: ten eerste het aangaan van de intentieovereenkomst op 10 juli 2013 en ten tweede het nemen van het definitieve besluit omtrent de participatie op 15 november 2013.

De OK overweegt dat het besluit van Fundis om in een andere zorgonderneming als LLZ te participeren in beginsel een aangelegenheid van de ondernemer is, dat er strategische en/of commerciële en/of bedrijfseconomische redenen voor zo'n besluit kunnen zijn en dat het aan de ondernemer is om die redenen te inventariseren en te beoordelen. Dit neemt volgens de OK niet weg dat de ondernemer de belangen van de onderneming en haar *stakeholders*, waaronder de werknemers, in zijn besluitvorming dient te betrekken en dat hij een afweging dient te maken van de beweegredenen voor, en de voor de onderneming te verwachten gevolgen van het voorgenomen besluit. Voor deze transactie brengt dit volgens de OK mee dat niet alleen de (transactie-)voorwaarden waaronder Fundis in LLZ participeert in ogenschouw dienen te worden genomen, maar ook de (overige) omstandigheden

waaronder de participatie wordt geëffectueerd. De OK overweegt vervolgens dat Fundis zich de bestaande risico's van de participatie terdege lijkt te hebben gerealiseerd: Fundis heeft de hier aan de orde zijnde kansen (op voordeel) en risico's (op nadeel) mede met behulp van externe deskundigen in kaart gebracht en heeft zich ervoor ingespannen dat de kans van slagen van de transactie zou worden geoptimaliseerd en de risico's daarvan zouden worden geminimaliseerd. Hiervan getuigt – aldus de OK – onder meer de opname van de essentiële voorwaarde en de opschortende voorwaarden in de intentieovereenkomst met LLZ van 10 juli 2013. Het standpunt van de ondernemingsraad dat Fundis de kans van slagen van de transactie te positief ziet en dat zij met name de financiële risico's te licht opvat, wordt door de OK verworpen. Uiteindelijk komt de OK tot het oordeel dat niet gezegd kan worden dat Fundis in juli 2013 (het eerste beslismoment) niet in redelijkheid kon overgaan tot het aangaan van de intentieovereenkomst. In zoverre faalt het beroep van de ondernemingsraad dan ook.

Met betrekking tot het definitieve besluit omtrent het aangaan van de participatie in LLZ op 15 november 2013 (het tweede beslismoment) onderschrijft de OK echter het standpunt van de ondernemingsraad dat Fundis onvoldoende heeft zorggedragen voor daadwerkelijke vervulling van de in de intentieovereenkomst opgenomen risicomatigende voorwaarden. Immers, diverse van de – door Fundis zelf gestelde – voorwaarden voor het aangaan van de participatie waren op dat moment nog niet vervuld. Er waren weliswaar “zachte” bereidverklaringen en intentieovereenkomsten met enkele van de bedoelde externe partijen, maar er waren nog geen daadwerkelijke overeenkomsten (terwijl dat wel een opschortende voorwaarde was). Het betoog van Fundis dat wel degelijk sprake is van toezeggingen, althans dat Fundis er “het volste vertrouwen” in heeft dat de externe partijen in kwestie hun mondelinge toezeggingen of intentieverklaringen zullen nakomen indien Fundis tot besluitvorming en uitvoering van haar participatie zou overgaan, overtuigt de OK niet. In het licht van hetgeen de OK eerder heeft overwogen over de gesignaleerde risico's en de noodzaak deze risico's te minimaliseren, kan naar het oordeel van de OK niet worden aanvaard dat voorbij wordt gegaan aan de vervulling van – ten minste – bepaalde van de essentiële en/of opschortende voorwaarden voor de transactie. Het gaat naar het oordeel van de OK niet aan met “de afhechting” van alle gemaakte afspraken te wachten tot na de closing van de transactie tussen Fundis en LLZ. Op dat moment immers zal Fundis zich ten opzichte van de externe partijen in een substantieel andere situatie bevinden dan thans en zal zij niet of minder in de positie zijn om, ter minimalisering van de diverse gesignaleerde (financiële risico's), haar eigen voorwaarden en zekerheden aan haar participatie in LLZ te verbinden. Uiteindelijk komt de OK tot het oordeel dat Fundis bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het definitieve besluit van 15 november 2013 omtrent het aangaan van de participatie in LLZ. De OK wijst de vorderingen van de ondernemingsraad toe.

3 Commentaar

Ingevolge artikel 26 lid 4 WOR kan een beroep van de ondernemingsraad bij de OK alleen worden toegewezen indien de OK van oordeel is dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Beslissend in dit verband is niet of de OK, afgaande op alle feiten en omstandigheden die gedurende de procedure naar voren worden gebracht, tot hetzelfde besluit zou zijn gekomen als de ondernemer, maar of de wijze waarop de ondernemer de relevante omstandigheden tegen elkaar heeft afgewogen, in redelijkheid verdedigbaar is. De OK mag derhalve niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten en toetst de inhoud van het bestreden besluit slechts marginaal.

De procedure gedurende het adviestraject en de motivering van het besluit van de ondernemer worden door de OK daarentegen onderworpen aan een volle toetsing. In dit verband is onder meer van belang dat de ondernemer de ondernemingsraad volledig en juist informeert over alle aspecten van het voorgenomen besluit, dat alle vragen van de ondernemingsraad (voor zover redelijk en relevant) worden beantwoord, dat verzoeken om aanvullende informatie (voor zover redelijk en relevant) worden ingewilligd en dat eventuele door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven worden onderzocht. Ten aanzien van de motivering van het besluit is vervolgens van belang dat de ondernemer inzicht geeft in de argumenten die voor het nemen van het besluit pleiten, maar ook in de argumenten die hem ertoe hebben gebracht de bezwaren van de ondernemingsraad en de (eventuele) door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven te verwerpen. Met andere woorden: de OK toetst marginaal op de inhoud, maar vol op de procedure.

Een interessante vraag die opkomt bij het lezen van de onderhavige uitspraak is of de OK hierin de grenzen van de hierboven geschetste beoordelingskaders oprekt. De OK lijkt immers op inhoudelijke gronden te oordelen dat Fundis bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit in LLZ te participeren. Men kan zich afvragen of de OK hiermee dieper dan te doen gebruikelijk de inhoud van het besluit induikt. Naar onze opvatting is dit niet het geval en kleurt de OK hier keurig “binnen de lijntjes” van de haar toekomstige beoordelingsruimte.

Eenzijds kan de vraag worden gesteld of hier überhaupt wel sprake is van toewijzing van het verzoek van de ondernemingsraad op inhoudelijke gronden. Immers, men zou kunnen redeneren dat de OK hier simpelweg (maar wel met de nodige inhoudelijke omhalingen) tot de conclusie komt dat het besluit onvoldoende is gemotiveerd. Indien een ondernemer namelijk zelf bepaalde essentiële voorwaarden stelt waaronder hij het verantwoord acht een bepaald besluit te nemen (en dit ook op stellige wijze richting de ondernemingsraad communiceert) en aan deze voorwaarden is vervolgens niet of niet volledig voldaan, dan kan de onder-

nemer vervolgens niet lichtvaardig – dat wil zeggen: zonder stevig onderbouwde motivering – alsnog het besluit nemen. Het besluit van Fundis ontbeerde een dergelijke stevige motivering, nu Fundis in wezen geen andere argumentatie aandraagt dan dat zij er het “volste vertrouwen” in heeft dat de diverse externe partijen hun mondelinge toezeggingen zullen nakomen. Deze argumentatie schuift de OK (terecht) terzijde als niet overtuigend.

Anderzijds kan worden gesteld (en daarvoor voelen wij meer, gelet op de bewoordingen die de OK gebruikt) dat de OK de inhoud van het bestreden besluit weliswaar inhoudelijk toetst, maar dat zij dit op marginale wijze doet. De OK stelt immers in de kern vast (i) dat Fundis zelf bepaalde risicomatigende (“essentiële”) voorwaarden voor de participatie in LLZ heeft gesteld en (ii) dat een aantal hiervan niet is vervuld. Onder deze omstandigheden oordeelt de OK dat Fundis bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het definitieve participatiebesluit heeft kunnen komen. De OK bedient zich hierbij uitdrukkelijk niet van een zelfstandige (financiële) risicoanalyse ten aanzien van het participatiebesluit (lees: zij gaat niet op de stoel van de ondernemer zitten ter zake de vraag of wenselijk is in LLZ te participeren), maar zij borduurt voort op de risicoinschattingen die Fundis in een eerder stadium zelf heeft gemaakt. Reeds dit wijst op een marginale toetsing door de OK. Een andere aanwijzing dat het hier een marginale inhoudelijke toetsing (en geen volle inhoudelijke toetsing) betreft, is dat de onredelijkheid van het besluit vrij evident is: het is niet zo dat aan één (door Fundis zelf gestelde) voorwaarde voor participatie niet geheel is voldaan of dat hieraan een klein “smetje” kleeft. Wat hier aan de orde is, is dat aan verschillende risicomatigende voorwaarden duidelijk niet is voldaan, terwijl Fundis deze voorwaarden eerder zelf als essentieel had aangemerkt. Het vergt geen diepgaande analyse (lees: een volle toetsing) om te zien dat het desalniettemin doorzetten van de participatie in LLZ dan – zonder andere waarborgen – onverstandig/onredelijk is. Zelfs bij een marginale toets komt dat onvermijdelijk naar boven drijven. Naar onze mening gaat de OK in deze uitspraak dus zeker niet op de stoel van de ondernemer zitten, maar oordeelt zij op basis van een marginale toetsing (terecht) dat een redelijk handelend ondernemer niet tot dit besluit had kunnen komen.

Hoe men de in deze uitspraak aangelegde toets derhalve ook wenst te duiden (procedureel of inhoudelijk), in beide gevallen achten wij het oordeel van de OK in lijn met de huidige jurisprudentie inzake artikel 26 lid 4 WOR. Overigens kunnen de procedurele volle toetsing en de inhoudelijke marginale toetsing niet altijd geheel van elkaar worden onderscheiden en soms lopen zij noodzakelijkerwijs in elkaar over. Daarvan lijkt in deze uitspraak sprake te zijn. Wat hier verder ook van zij, de les die ondernemers uit deze uitspraak kunnen trekken, is dat de OK geneigd is hen te houden aan (essentiële) voorwaarden die zij zelf stellen voor het nemen van bepaalde besluiten. In vergelijkbare zin oordeelde de OK ook in haar uitspraak van 14 september 2012

(JAR 2012/287). In die zaak wensten 4 gemeenten bepaalde werkzaamheden op het gebied van gemeentelijke belastingen uit te besteden. Om de kwaliteit te behouden, stelden zij een aantal randvoorwaarden voor de uitbesteding op, maar hieraan werd vervolgens niet voldaan en de ondernemingsraad in kwestie adviseerde negatief. De OK oordeelde dat het woord “randvoorwaarden” uitdrukt dat daadwerkelijk aan de (door de ondernemer zelf) gestelde voorwaarden moet zijn voldaan, althans dat aan die voorwaarden een zwaarwegend belang moet worden toegekend, en dat de ondernemingsraad er daarom redelijkerwijs van uit mocht gaan dat uitbesteding slechts zou plaatsvinden indien aan alle voorwaarden zou zijn voldaan. De OK oordeelde diensengevolge dat het besluit onvoldoende was gemotiveerd. Uit deze uitspraak uit 2012 en de onderhavige uitspraak van de OK kan dus worden afgeleid dat als de ondernemer zelf een voorwaarde stelt én deze als essentieel (of woorden van vergelijkbare strekking) aanduidt, vervolgens een tamelijk stringente *comply or explain* toets geldt.

Janneke van der Kroon en Maaïke Faber