De gewijzigde richtlijn overgang van onderneming en medezeggenschap

Auteurs
Mr. drs. R.M. Beltzer
Mr. M. Holtzer

1 Inleiding

Op 29 juni 1998 werd de uit 1977 daterende richtlijn overgang van ondernemingen vervangen door een nieuwe richtlijn.[1] Naast enkele wijzigingen van cosmetische aard en codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie EG bevat deze richtlijn (verder: Richtlijn 1998) een aantal wijzigingen ten opzichte van de oude richtlijn (Richtlijn 1977) en de daarop gebaseerde rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG. Richtlijn 1998 is inmiddels in twee overzichtsartikelen besproken door Loman[2] en Holtzer.[3] Beltzer[4] is wat dieper ingegaan op de nieuwe regels inzake overgang van een insolvente onderneming.
In dit artikel willen wij ingaan op een onderwerp ten aanzien waarvan Richtlijn 1998 een nieuwe tekst heeft geïntroduceerd, namelijk medezeggenschap in het kader van de overgang. In een volgende bijdrage zullen wij ingaan op de toepasselijkheid van de richtlijn op de overgang van en naar publiekrechtelijke ondernemingen.

2 Richtlijn 1998 en medezeggenschap in concernverband

Richtlijn 1998 introduceert nieuwe bepalingen die zien op de medezeggenschap van werknemers en werknemersvertegenwoordigers. Artikel 6 van de richtlijn (informatie en raadpleging) is uitgebreid met bepalingen die de inhoud van de informatieverstrekking uitbreiden (lid 1) en die zien op de situatie dat zich in de onderneming geen vertegenwoordigers van de werknemers bevinden (lid 6). Van bijzonder belang is het gewijzigde vierde lid van artikel 6, dat als volgt luidt: "*De in dit artikel bedoelde verplichtingen gelden ongeacht of de beslissing betreffende de overgang door de werkgever wordt genomen of door een onderneming die zeggenschap heeft over de werkgever.*" Deze bepaling ziet op de besluitvorming in concernverband. Het gaat meer in het bijzonder om de machtsverhoudingen binnen het concern, waarbij enerzijds de invloed van de moedervennootschap op door de dochtervennootschap te nemen besluiten en anderzijds de eigen verantwoordelijkheid van (het bestuur van) de dochtervennootschap centraal staat. In jurisprudentie is verschillende malen uitgemaakt dat onder omstandigheden een besluit van de moedervennootschap aan de dochter moet worden toegerekend, zodat de ondernemingsraad (OR) van de dochter tegen het besluit van de moeder kan opkomen. Dit leerstuk wordt wel "toerekening" of "vereenzelviging" genoemd.

---

[1] Richtlijn van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Richtlijn 98/50/EG).
[2] J.W. Loman, "Gewijzigde richtlijn overgang van ondernemingen: werk aan de winkel voor de wetgever", *ArbeidsRecht* 1999/5, 29.
[3] M. Holtzer, "De gewijzigde richtlijn overgang ondernemingen", *SR* 1999, p. 189-195.
[4] R.M. Beltzer, "Insolvente ondernemingen en werknemers in transitie", in: Hugo Sinzheimer Instituut, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 81-108.

De vraag kan gesteld worden welke reikwijdte artikel 6, vierde lid van Richtlijn 1998 nu heeft. Die bepaling lijkt er immers op neer te komen dat het niet uitmaakt of het besluit door de concernleiding of door de dochtervennootschap is genomen: de medezeggenschapsrechtelijke bepalingen gelden onverkort bij overgang van onderneming. Betekent dit nu ook dat in alle gevallen - automatisch - toerekening van besluiten plaatsvindt? Hierna wordt op die vraag nader ingegaan. Daartoe gaan wij eerst in op de toerekeningsleer, ditmaal vanuit de invalshoek van overgang van ondernemingen in de zin van Richtlijn 1998. Vervolgens zal worden betoogd dat ter zake van artikel 6 lid 4 twee interpretaties mogelijk zijn. Geconcludeerd zal worden dat artikel 6 lid 4 wel een concernrechtelijke benadering kiest, maar geen automatische toerekening impliceert.

3 Toerekening

Reeds in 1978 besliste de President van de Arrondissementsrechtbank Amsterdam in een kort geding strekkende tot verbod tot bedrijfssluiting van sigarettenfabriek Batco[5] dat een dochter, gezien haar verplichtingen naar Nederlands recht, ruimte heeft om niet direct de aanwijzingen van de moedervennootschap op te volgen. Rood concludeerde uit deze beslissing dat die rechten en plichten van de dochtervennootschap kunnen meebrengen dat de dochter minder "a puppet on a string" is dan de ondernemingsraad aannam.[6] Hiermee lijkt het uitgangspunt voor de rechtspraak inzake de medezeggenschap van de OR gegeven. De bekendste uitspraak waarin de Ondernemingskamer (OK) een vergelijkbare redenering naar voren bracht is de zaak Howson-Algraphy.[7] Minder bekend is dat de OK in eerdere beschikkingen in gelijke zin heeft geoordeeld.[8] In deze beschikkingen oordeelde de OK dat een moedervennootschap weliswaar aan haar dochter richtlijnen en aanwijzingen kan geven, waaraan de laatste zich door haar afhankelijkheid van de moeder moeilijk kan onttrekken, maar dat de dochter haar eigen rechten en plichten als rechtspersoon naar Nederlands recht behoudt. Haar bestuur is uitsluitend bevoegd over haar reorganisatie te beslissen.
De Howson-Algraphyzaak is in dit verband van bijzonder belang, omdat hierin een bedrijfsfusie door middel van de overname van de activa en passiva centraal stond: een transactie die naar alle waarschijnlijkheid als een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn moet worden beschouwd. In die zaak had de OR zijn ondernemer, Howson-Algraphy BV, in rechte betrokken ter zake van een besluit van haar buitenlandse moedervennootschap. Hoewel het bestuur van de dochter nog geen besluit had genomen, meende de OR dat hij reeds om advies had moeten worden gevraagd, omdat de Engelse moedermaatschappij ertoe in staat zou zijn haar beslissingen bij de dochter (in de woorden van de OR) "door te drukken". Naast de hierboven weergegeven overweging oordeelde de OK echter dat niet was gebleken dat het bestuur van Howson-Algraphy BV een besluit tot fusie had genomen. Daarbij werd meegewogen dat niet alle directieleden van de komende fusie op de hoogte waren en dat de directie formeel moest afwachten tot er een advies van de OR zou zijn ontvangen. Er was daarom slechts sprake van een voorgenomen besluit.

---

[5] Rb. Arnhem 9 maart 1978, *NJ* 1978, 220. Hoewel het verbod in die zaak werd toegewezen, is de werkgelegenheid in de onderneming nadien geen rustig bezit gebleven en hebben volgende besluiten geleid tot een reeks uitspraken, onder meer leidend tot de beschikking van de OK van 28 november 1991 (*NJ* 1992, 201) waarin het besluit tot sluiting van de fabriek van Bat Nederland niet kennelijk onredelijk werd geacht.
[6] M.G. Rood, *TVVS* 1983, nr. 83/8, p. 246.
[7] Hoge Raad 11 juli 1984, *NJ* 1985, 212. De Hoge Raad heeft die zaak niet inhoudelijk behandeld, maar het cassatieberoep bij gebrek aan voldoende belang verworpen.
[8] OK 2 december 1982, *NJ* 1983, 747 en OK 2 juni 1983, *TVVS* 1983, p. 264.

Naast het feit dat de dochter in het kader van de medezeggenschap van de OR in beginsel als zelfstandig rechtssubject moet worden beschouwd, blijkt uit de Howson-Algraphybeschikking eveneens dat een besluit van de moeder tot overgang van onderneming moet worden gevolgd door een eigen, separaat besluit van het bestuur van de dochter. Anders gezegd: zelfs wanneer de ondernemer aan besluiten van de moedermaatschappij is gebonden, dient hij desondanks zelf nog besluiten zo te handelen. Zijn besluit is pas dan aan advies onderhevig.
In latere uitspraken achtte de OK echter termen aanwezig om tot een toerekening van besluiten te komen. In de Shell-zaak[9] ging het om een voorgenomen besluit tot inkrimping van een laboratorium. Het besluit tot inkrimping was genomen door een dienstverlenende maatschappij, terwijl de inkrimping bij een van de werkmaatschappijen diende plaats te vinden. De werkmaatschappij had echter met het besluit tot inkrimping ingestemd. De voorzitter van de directie van de werkmaatschappij was lid van de Raad van Beheer van de dienstenmaatschappij. De bestuurder van het laboratorium, tevens directielid van de werkmaatschappij, had aan de budgetbesprekingen deelgenomen en zich met de voorgestelde reductie verenigd. De OK oordeelde dat, de hierboven vermelde feiten meewegend, het besluit van de dienstenvennootschap voor de toepassing van artikel 25 WOR aan de werkmaatschappij diende te worden toegerekend. Gezien de verwevenheid van de besluitvorming op verschillende niveaus, was een toerekening onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd.
Na de Shell-uitspraak heeft de OK in een toenemend aantal gevallen tot (een vorm van) toerekening besloten. Het is niet de bedoeling in het kader van deze bijdrage tot een gedetailleerde bespreking van deze jurisprudentie over te gaan. Hiertoe wordt verwezen naar de in deze bijdrage genoemde literatuur. Voorts zullen uitspraken als Amfas[10], PUEM[11] en Nedlin[12] niet worden besproken, nu deze zien op aandelenoverdracht en daarmee geen overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 1998 zijn. Wel wordt hierna bij een aantal belangrijke beslissingen stilgestaan, omdat die van belang zijn voor de techniek van kanalisering van medezeggenschap en voor het signaleren van een ontwikkeling in de jurisprudentie.

4 Vereenzelviging en medeondernemerschap

In de Heuga-zaak is aan de hierboven weergegeven jurisprudentie een nieuw element toegevoegd.[13] In deze zaak ging het om een door de moedervennootschap genomen besluit tot afschaffing van een vrijwillig toegepast verlicht structuurregime door de holding van het Heuga-concern. Binnen het concern was slechts één OR ingesteld en wel bij de dochtermaatschappij. Het bestuur van de dochter weigerde advies te vragen over de afschaffing van het structuurregime bij de moeder. Het bestuur stelde zich op het standpunt dat het besluit slechts de bevoegdheidsverdeling binnen de moedervennootschap en niet binnen de onderneming betrof. Daarnaast stelde de dochter dat het besluit niet zozeer door de holding, maar door de enig aandeelhouder van de holding was genomen.
De OK verwierp het verweer van de ondernemer dat het besluit niet adviesplichtig zou zijn. De OK oordeelde: "*Hier ziet de ondernemer eraan voorbij dat de OR de enige OR is in het conglomeraat van de in Nederland gevestigde Heuga-vennootschappen (…). Het besluit van Heuga*

---

[9] OK 2 april 1987, *ROR* 1987, 25.
[10] OK 30 augustus 1984, *NJ* 1985, 475.
[11] Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990, 734.
[12] OK 23 oktober 1997, *JAR* 1997/244.
[13] Hoge Raad 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545.

Holding BV dient te worden toegerekend aan de vennootschap die als ondernemer in de zin van de WOR optreedt en op wie de in artikel 25 WOR verplichte vermeldingen rusten." Het bijzondere aan deze zaak was dat de ondernemingsraad niet alleen de dochtermaatschappij, maar ook de holding in rechte had betrokken. Waarschijnlijk heeft deze omstandigheid ertoe geleid dat de Hoge Raad, in zijn verwerping van het cassatieberoep tegen de beschikking van de OK, de term "vereenzelviging" heeft geïntroduceerd. In rechtsoverweging 3.3.1 oordeelde de Hoge Raad dat de OK ervan mocht uitgaan dat het besluit tot statutenwijziging diende te worden "toegerekend" aan de dochtermaatschappij. In de daaropvolgende zin vervolgt de Hoge Raad dat het oordeel van de OK dat "*inhoudt dat Interface Heuga in zoverre vereenzelvigd kan worden met Heuga Nederland*", geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting geeft. De Hoge Raad lijkt hier dus de termen "toerekening" en "vereenzelviging" door elkaar te gebruiken – De OK had de term "vereenzelviging in het geheel niet gebezigd. Een andere mogelijkheid is dat de Hoge Raad de term "vereenzelviging" heeft geïntroduceerd, teneinde de mogelijkheid te scheppen dat zowel de dochter- als de moedermaatschappij als procespartij in rechte konden worden betrokken.
De laatste hier relevante ontwikkeling in de rechtspraak doet zich voor op het terrein van de medezeggenschap bij de overheid. In de zaak van de Kamers van Koophandel[14] stelden de staat en de nieuwe kamer van koophandel dat het besluit tot samenvoeging van drie kamers niet adviesplichtig was. De OK oordeelde dat de verhouding tussen de staat en de Kamer van Koophandel vergelijkbaar zou kunnen zijn met een moeder-dochterverhouding in concernverband. De OK vervolgde: "*Die vergelijking gaat - voor zover hier van belang - echter niet op. Immers, in de concernverhouding zal in beginsel - ook indien het beleid centraal wordt voorgeschreven - een besluit van de dochter in het geding zijn, althans een besluit dat - gezien de nauwe betrokkenheid van de dochter in de besluitvorming of andere specifieke omstandigheden - aan de dochter kan worden toegerekend. Zodanige betrokkenheid van de Kamer van Koophandel Rotterdam of andere specifieke omstandigheden voor toerekening zijn hier niet waarneembaar.*" Dat nam volgens de OK niet weg dat door de staat een besluit was genomen dat rechtstreeks op de ondernemingen van de samen te voegen Kamers van Koophandel inwerkte. De staat diende daarom als medeondernemer te worden aangemerkt. Opvallend is hier overigens dat de OK consequent de term "toerekening" is blijven gebruiken, daar waar zowel de staat als de nieuwe Kamer van Koophandel als procespartij optraden.
In een ware golf van opvolgende uitspraken heeft de OK steeds weer opnieuw tot mede-ondernemerschap binnen de overheid geconcludeerd. Wij noemen de zaken herindeling Den Haag[15], de Polderdistrict-zaak[16], herindeling Hengelo[17] en herindeling West-Overijssel[18]. Voor een uitgebreide bespreking van deze kwesties verwijzen wij naar de artikelen van Jansen[19], Sprengers[20] en Koning[21].
Volgens Sprengers[22] betekent dit overigens niet dat in de medezeggenschap bij de overheid automatisch tot medeondernemerschap moet worden besloten. Beslissend is de betrokkenheid en medeverantwoordelijkheid voor de betreffende publiekrechtelijke taak. Indien bijvoorbeeld na het intrekken van een subsidie door de ondernemer een keuze kan

---

[14] OK 2 april 1998, *NJ* 1998, 751.
[15] OK 5 november 1998 en 28 januari 1999, *NJ* 1999, 185.
[16] OK 22 oktober 1998 en 28 januari 1999, *NJ* 1999, 187.
[17] OK 18 februari 1999, *NJ* 1999, 333.
[18] OK 18 februari 1999 en 8 april 1999, *NJ* 1999, 334.
[19] E.P. Jansen, "Mede-ondernemerschap", ArbeidsRecht 1999/6/7, 37.
[20] L.C.J. Sprengers, "Het primaat van de politiek in de WOR: een evaluatie na vier jaar rechtspraak", *SMA* 1999, p. 398 en "De Provincie en de Staat als mede-ondernemer: zet de Ondernemingskamer bestuurlijk Nederland op zijn kop?", *SR* 1999, p. 92.
[21] F. Koning, "Rechtspraakoverzicht medezeggenschap", *SMA* 1999, p. 45.
[22] L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, Deventer: Kluwer 1998, p. 198.

worden gemaakt uit verschillende alternatieven, kan niet worden gesteld dat het besluit tot intrekken van de subsidie rechtstreeks het ondernemersbesluit tot gevolg heeft. Ook Sprengers stelt hier de eigen verantwoordelijkheid van het overheidslichaam centraal.
Voordat wij terugkeren naar Richtlijn 1998 willen wij nog een korte opmerking maken over de te hanteren terminologie. Dorresteijn[23] meent dat de toerekeningsleer is verdrongen door de leer van vereenzelviging dan wel medeondernemerschap. Wij zijn die mening niet toegedaan. In de eerste plaats hanteert de OK ook na de Heuga-uitspraak nog steeds de term toerekening. In de tweede plaats duidt de door de OK gehanteerde techniek op een erkenning van het onderscheid in rechtssubjecten, waardoor niet van vereenzelviging kan worden gesproken[24]. In de derde plaats heeft de OK de term medeondernemerschap uitdrukkelijk gereserveerd voor medezeggenschap bij de overheid. Wij zullen daarom hierna de term "toerekening" hanteren.

5 Artikel 6, vierde lid van Richtlijn 1998: automatische toerekening?

De vraag kan worden gesteld hoe de hierboven weergegeven jurisprudentie zich verhoudt tot het nieuwe artikel 6, vierde lid van Richtlijn 1998. Immers, daarin wordt gesteld dat de medezeggenschapsverplichtingen gelden ongeacht of de beslissing betreffende de overgang door "de werkgever" wordt genomen of door een onderneming die zeggenschap heeft over de werkgever. Het lijkt in artikel 6, vierde lid niet uit te maken wie het besluit heeft genomen. Ook wanneer de beslissing betreffende de overgang van onderneming is genomen door degene die zeggenschap heeft over de werkgever, gelden de in dat artikel genoemde verplichtingen. De werkgever moet dan advies vragen over een door de moeder genomen besluit, ook wanneer hij zelf nog geen besluit heeft genomen. Richtlijn 1998 lijkt hierdoor bij overgang van onderneming automatische toerekening te introduceren.
In de Nederlandse rechtsliteratuur is al vaker betoogd dat ten aanzien van besluitvorming in concernverband automatische toerekening zou moeten plaatsvinden. Van der Grinten motiveert zijn pleidooi voor automatische toerekening door te verwijzen naar het groepsbegrip van artikel 2:24b BW.[25] Die bepaling erkent de groep als een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Volgens Van der Grinten past daarbij, dat in het kader van de WOR besluiten van de moeder ten aanzien van de dochter worden beschouwd als besluiten van de ondernemer. Dit geldt volgens Van der Grinten ook indien het bestuur van de dochter niet is gekend in het besluit en hieraan geen medewerking heeft verleend; in een dergelijk geval moet toch advies worden gevraagd aan de ondernemingsraad van de dochter. Ook Bartman en Dorresteijn menen dat de toerekenings- en vereenzelvigingsgedachte uitgangspunt moet zijn bij de benadering van het adviesrecht in concernverhoudingen.[26]
Een pleidooi voor automatische toerekening lijkt ook goed te passen in de hierboven omschreven ontwikkeling in de jurisprudentie van de OK. Begon de OK met de beslissing inzake Howson-Algraphy nog voorzichtig, in latere uitspraken lijkt een snellere neiging tot toerekenen te ontstaan. De belangrijkste mijlpalen hierbij zijn het aannemen van de moeder als procespartij naast de dochter (vereenzelviging) en het aannemen van medeverantwoordelijkheid van entiteiten die niet eens in een hiërarchische verhouding tot de onderneming staan (medeondernemerschap). Hieruit zou de conclusie getrokken kunnen

---

[23] A.F.M. Dorresteijn, "Geen toerekening maar 'medeondernemer'", SR 1999, p. 256-257.
[24] Zie hiervoor M. Holtzer, naschrift bij A.F.M. Dorresteijn, a.w. noot 23.
[25] W.C.L. van der Grinten, "Fusievragen", *De NV* 71, p. 239.
[26] S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 146.

worden dat de OK de lijn niet veel verder hoeft door te trekken om, op de voet van artikel 6, vierde lid, automatische toerekening van besluiten aan te nemen.
Daarmee zouden overigens alle nuanceringen uit die rechtspraak, in geval van overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, verdwijnen. In dat licht zou een zaak als Howson-Algraphy anders zijn afgelopen. De OR sprak in die zaak de dochter aan op een door de Engelse moeder genomen besluit. Dat besluit van de moeder was echter niet adviesplichtig. Dat zou het mogelijkerwijs wel zijn geweest onder het huidige artikel 6, vierde lid, wanneer men uitgaat van de interpretatie dat het niet uitmaakt wie het besluit heeft genomen. Ook voor een door de moeder genomen besluit tot overgang van onderneming zou de ondernemer (werkgever) immers de werknemersvertegenwoordiging moeten consulteren.[27]
Wij menen echter dat, bij nadere bestudering van de onderhavige problematiek en de tekst van artikel 6, vierde lid, een andere interpretatie, waarin niet tot automatische toerekening wordt geconcludeerd, meer voor de hand ligt. Wij zullen dit hierna uitwerken.

6 Bezwaren tegen (automatische) toerekening

Wat is er eigenlijk tegen toerekening? Men zou met Duk[28] kunnen betogen dat daarmee niet meer en niet minder wordt bereikt dan dat de OR medezeggenschap heeft over het besluit dat op zijn onderneming inwerkt. Wij menen echter dat tegen toerekening van besluiten, en zeker tegen automatische toerekening, de nodige bezwaren bestaan.
Ons eerste bezwaar is van rechtssystematische aard. Hoewel wij beseffen dat de WOR een min of meer eigen begrippenkader hanteert, menen wij dat bij de uitleg daarvan zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij het vennootschapsrecht en bij de overige regels van het medezeggenschapsrecht, zoals het enquêterecht. Naar onze mening is het onwenselijk om van de WOR een systeem te creëren dat geheel tegen de overige rechtsregels indruist. Het vennootschapsrecht gaat immers uit van een strikte scheiding van rechtspersonen. Dit is laatstelijk bevestigd door de Hoge Raad in het arrest Poot/ABP[29], waarin de Hoge Raad benadrukt dat naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen rechtspersonen zijn die zelfstandig, als dragers van eigen rechten en verplichtingen, aan het rechtsverkeer deelnemen. Slechts bij hoge uitzondering kan doorbraak van de vennootschapsrechtelijke structuur plaatsvinden.[30]
In het enquêterecht wordt een zelfde benadering gekozen. In de beslissingen op de enquêteverzoeken inzake Hyster[31] en - alweer - Howson-Algraphy[32] oordeelde de OK dat de moedermaatschappij aan de dochtervennootschap weliswaar richtlijnen en aanwijzingen kan geven, waaraan die dochtervennootschap zich door haar afhankelijkheid in het algemeen moeilijk kan onttrekken, maar dat dit onverlet laat de eigen rechten en verplichtingen van de dochtervennootschap als rechtspersoon naar Nederlands recht. Slechts bij hoge uitzondering[33] wordt doorbraak aangenomen en concerngenoten in het onderzoek betrokken. Uit systematisch oogpunt dient deze "nee, tenzij"-benadering ook uitgangspunt te zijn bij de benadering van toerekening en de WOR.

---

[27] Dit is betoogd door M. Holtzer, a.w. noot 3, p. 189. Die stelling wordt in deze bijdrage genuanceerd.
[28] R.A.A. Duk, Toerekening en de WOR, *SMA* 1993, p. 395.
[29] Hoge Raad 2 december 1994, *NJ* 1995, 288.
[30] Die doorbraak zal in principe moeten geschieden door middel van het starten van een actie uit onrechtmatige daad. Slechts éénmaal heeft de Hoge Raad een uitspraak van een lagere rechter die doorbraak door middel van vereenzelviging van rechtspersonen had geconstrueerd niet gecasseerd (HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 213).
[31] OK 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571.
[32] OK 29 augustus 1985, *NJ* 1986, 578.
[33] OK 17 maart 1994, *NJ* 1995, 408.

Een tweede bezwaar tegen automatische toerekening betreft de kanalisering van medezeggenschap. Daar waar toerekening wenselijk kan zijn in een concern waarin zich maar één OR bevindt, wordt dit anders wanneer verschillende ondernemingsraden zijn ingesteld. Wij verwijzen bijvoorbeeld naar de zaak Philips/HSA[34], waarbij de tot het concern behorende ondernemingen maar liefst 92 ondernemingsraden, 9 groepsondernemingsraden en 5 centrale ondernemingsraden waren ingesteld. Hoewel de procedure door een van de centrale ondernemingsraden tegen de ondernemer was aangespannen, betrof het verzoek in feite de afbakening van bevoegdheden jegens de collega-ondernemingsraden. De betreffende COR stelde dat hij, en niet de groepsondernemingsraad HSA, om advies gevraagd had moeten worden. De OK oordeelde dat als uitgangspunt heeft te gelden dat over een besluit niet op verschillende niveaus van medezeggenschap advies behoeft te worden gevraagd. De OK verwoordde dit als volgt: "*De WOR is er immers kennelijk op gericht geschillen met betrekking tot de competentie van de OR, GOR en COR zoveel mogelijk te voorkomen, waarbij het past te aanvaarden dat over een besluit, ook indien dit onder verschillende categorieën van artikel 25 eerste lid WOR zou zijn te rubriceren, slechts op één niveau van de betrokken medezeggenschapsorganen advies behoort te worden gevraagd.*" Toerekening vond in die zaak overigens niet plaats met een verwijzing naar de eigen verantwoordelijkheid van de bestuurder van HSA voor zijn beslissing om medewerking te verlenen aan de overdracht van zeggenschap. De Hoge Raad heeft deze benadering bevestigd in de NS Reizigers-zaak.[35]
Door het aannemen van automatische toerekening zou in een dergelijk geval dwars door een wat gecompliceerdere medezeggenschapsstructuur worden heengebroken. Naar ons oordeel zou dit nu juist leiden tot de bevoegdheidsperikelen, die de WOR poogt te voorkomen. De vraag kan dan worden gesteld of de OR van de onderneming waarop het besluit inwerkt dan de bevoegdheid wordt ontnomen over het besluit te adviseren. Evenzeer zou het omgekeerde kunnen worden betoogd: de OR van de moedervennootschap, op welk niveau een bepaald besluit wordt genomen, zou door toerekening zijn bevoegdheid om te adviseren kunnen verliezen ten laste van de OR van de dochter. Uitgaande van een concern waarin 92 ondernemingsraden actief zijn kan automatische toerekening leiden tot een onontwarbare kluwen van medezeggenschapslijnen. Dit kan worden voorkomen door uit te blijven gaan van verschillende rechtssubjecten. Immers, volgens de Howson-Algraphyleer dient het bestuur van de dochter zelf ook het besluit te nemen tot medewerking aan het besluit van de moeder. Wanneer van die opvatting wordt uitgegaan, blijft helder op welk moment en op welk niveau de OR inspraak krijgt.
Dit leidt tot ons derde bezwaar tegen automatische toerekening. Wij menen op beleidsmatige gronden dat uitgangspunt moet zijn dat medezeggenschap wordt bedreven op het niveau waar de OR is ingesteld. Anders gezegd: medezeggenschap waar het hoort. Wij verwijzen hiervoor naar de Douwe-Egbertsbeslissing, waarin de OK terecht aangaf dat de topholding van een internationaal concern zich primair bezighoudt met strategische en internationale, niet met specifiek Nederlandse aangelegenheden.[36] Stel dat een internationaal concern met vertakkingen in heel Europa, waaronder Nederland, besluit tot *outsourcing* van een deel van haar activiteiten. Door automatische toerekening zou de OR van de dochter altijd invloed krijgen op het besluit van de moeder, dat in een veel breder kader wordt genomen. Wanneer een dergelijk besluit kennelijk onredelijk zou worden verklaard, tast die vernietiging dan het hele concernbeleid aan? Of dient onderscheid te worden gemaakt naar het Nederlandse en het buitenlandse deel van het besluit? Zo ja, welk onderdeel van het besluit kan dan worden geacht alleen op Nederland betrekking te hebben? Dient de gehele reorganisatie te worden

---

[34] OK 10 mei 1990, *NJ* 1992, 126.
[35] HR 7 oktober 1998, *JAR* 1998/251.
[36] OK 16 februari 1989, te kennen uit J.M.M. Maeijer, "Medezeggenschap en concernverhoudingen", *De NV* 67, p. 116.

teruggedraaid? Wij menen dat deze discussie niet plaats behoort te vinden, anders dan in gevallen waarin van "misbruik van concernstructuur" (zie hierna) kan worden gesproken. Aan de lokale OR moet gelegenheid worden gegeven op te komen voor de belangen van de werknemers waarvoor hij is gekozen. Verder dan dat niveau behoort zijn bevoegdheid in beginsel niet te gaan. Doordat de dochter na het besluit van de concernleiding een eigen besluit dient te nemen, blijft de OR niet van invloed verstoken.
In dat kader heeft Maeijer[37] de hierboven weergegeven opvatting van Van der Grinten over het groepsbegrip in het BW bestreden. Maeijer stelt terecht dat het begrip onderneming in de WOR een specifieke betekenis heeft: het is een arbeidsorganisatorisch begrip. De ondernemer is de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt en dat is de dochter. De groep is als economische eenheid geen rechtspersoon. Wij zijn het echter niet met Maeijer - toch geen voorstander van automatische toerekening - eens waar hij stelt dat voor wat een ingrijpende of volledige bedrijfsfusie betreft, men van oordeel kan zijn dat de bevoegdheid om hiertoe te besluiten vennootschapsrechtelijk bezien toekomt aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Maeijer meent dat indien de moeder als aandeelhouder in de dochter zulk een besluit neemt, op grond hiervan reeds dit besluit bij a.v.a. aan de dochter kan worden toegerekend. Die stelling wordt gelogenstraft door de expliciete overweging van de OK in de Howson-Algraphybeslissing waarin wordt overwogen: "*Anders dan de ondernemingsraad kennelijk meent is het niet de algemene vergadering van aandeelhouders doch - afgezien van de eventueel daarvoor vereiste goedkeuring van andere vennootschapsorganen, waaromtrent niets is gesteld of gebleken - het bestuur van Howson-Algraphy bevoegd tot het nemen van een besluit tot fusie, die zal geschieden door de overname van activa en passiva van Howson-Algraphy Europe door Howson-Algraphy*".
Dit brengt ons tot de tweede interpretatie, die aan artikel 6, vierde lid kan worden gegeven.

7 Artikel 6, vierde lid: misbruik concernstructuur

Een tweede interpretatie die aan artikel 6, vierde lid van Richtlijn 1998 zou kunnen worden gegeven houdt in dat dat artikel slechts kanalisering van medezeggenschap beoogt. Met de bepaling dat de medezeggenschapsverplichtingen gelden ongeacht of de beslissing betreffende de overgang door de werkgever wordt genomen of door een onderneming die zeggenschap heeft over de werkgever, wordt bedoeld dat het de *werkgever* is die altijd informatie moet geven en advies moet vragen, ongeacht of hij of de moeder het besluit heeft genomen. De moeder/niet-werkgever blijft volgens de richtlijn buiten schot. Ook wanneer gezegd zou kunnen worden dat het besluit feitelijk door de moeder is genomen, rusten de medezeggenschapsverplichtingen volgens de richtlijn op de werkgever.
Deze interpretatie vindt steun in de verschillende terminologie die in artikel 6 van de richtlijn wordt gehanteerd. Artikel 6, eerste lid bepaalt namelijk dat de "vervreemder" en de "verkrijger" de werknemersvertegenwoordigers die bij een overgang zijn betrokken informatie dienen te verstrekken. Volgens artikel 6 lid 1 dienen de "vervreemder" en de "verkrijger" deze informatie tijdig aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers te verstrekken. In het tweede en derde lid 3 blijft Richtlijn 1998 consequent over de "vervreemder" en "verkrijger" spreken. In het vierde lid van artikel 6 wordt vervolgens bepaald dat "de werkgever" de medezeggenschapsverplichtingen moet uitvoeren. Het doel van die bepaling is naar onze mening regels van lidstaten terzijde te stellen, die inhouden dat informatie en raadpleging dient te geschieden door de entiteit die het besluit heeft

[37] J.M.M. Maeijer, "De benadering van het concern in het medezeggenschapsrecht", in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal Recht, de grenzen verkend* (De Leede-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 331.

genomen. Daarmee heeft de richtlijn de medezeggenschap binnen concernverband geattribueerd: het is de werkgever die advies moet vragen, ook al is het besluit op een ander niveau genomen.
Naar onze mening is het daarbij de bedoeling van Richtlijn 1998 dat die "werkgever" (de dochter) zich niet achter de stelling kan verschuilen dat het besluit door de moeder is genomen.[38] Voordat de dochter het besluit tot medewerking neemt dient zij in WOR-termen advies te vragen, en kan zij niet stellen dat zij door het besluit van de moeder aan handen en voeten is gebonden. Daarmee vindt dus géén toerekening aan de moeder plaats, maar wordt slechts voorkomen dat de dochter zich met een beroep op de concernstructuur aan de adviesverplichting poogt te onttrekken.
Hier doemen de tekortkomingen van roepnamen als "vennootschapsrechtelijke" en "concernrechtelijke" benadering op. Wij verwijzen bijvoorbeeld naar de noot van Maeijer bij de Heuga-beschikking, waarin hij stelt: "*De onderhavige uitspraak van de HR geeft allerminst steun aan de zgn. concernrechtelijke benadering met haar automatische toerekening*." Wanneer men echter met deze begrippen wil werken, menen wij dat artikel 6 lid 4 wel een concernrechtelijke benadering voorstaat, maar dat deze benadering geen automatische toerekening impliceert. De benadering is concernrechtelijk, omdat de dochter zich niet achter het besluit van de moeder kan verschuilen. Automatische toerekening vindt echter niet plaats, omdat eerst het eigen besluit van de dochter adviesplichtig wordt.
Die bedoeling van de richtlijn wordt onderstreept door de tweede zin van artikel 6, vierde lid, die als volgt luidt: "*Bij onderzoek van beweerde gevallen van niet-nakoming van de in deze richtlijn bedoelde verplichtingen inzake informatie en raadpleging, wordt geen rekening gehouden met een eventueel verweer van de werkgever op grond van het feit dat een onderneming die zeggenschap over hem heeft, de noodzakelijke informatie niet heeft verstrekt*." Daarmee wordt naar onze mening de werkelijke bedoeling van de richtlijn duidelijk. De richtlijn beoogt misbruik van concernstructuur te voorkomen, doordat de moeder de dochter de noodzakelijke informatie onthoudt. Deze bepaling vertoont overeenstemming met de Nederlandse enquête-jurisprudentie. In de enquête naar Howson-Algraphy bepaalde de OK immers evenzeer dat de moeder aan de dochter zodanige informatie dient te verschaffen als de dochter nodig heeft voor een behoorlijke vervulling van haar taak, waaronder begrepen is het tijdig verschaffen van duidelijke informatie aan de bonden en de OR. Van het Kaar meent dat deze medewerkingsverplichting van de moeder voortvloeit uit artikel 2:8 BW.[39]
Wij menen dat deze tweede interpretatie meer voor de hand ligt. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat alleen bij overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 1998 automatische toerekening zou plaatsvinden, daar waar bijvoorbeeld ten aanzien van een aandelenoverdracht de Howson-Algraphybenadering zou blijven gelden. Bovendien menen wij, in het licht van de bedoeling en de overige tekst van Richtlijn 1998, dat het te onwaarschijnlijk is dat automatische toerekening is beoogd. Wij achten het onwaarschijnlijk dat de lidstaten hebben bedoeld het moment van adviesaanvraag door toerekening naar voren in de tijd te verschuiven. De lidstaten zullen niet de bedoeling hebben gehad de beslisbevoegdheid van de moeder aan te tasten of te hinderen door haar te verplichten haar plannen aan de OR van de dochter voor te leggen in het stadium vóór de besluitvorming van de dochter. Gelet op de bezwaren, die tegen automatische toerekening kunnen worden ingebracht, concluderen wij dat artikel 6 lid 4 ziet op kanalisering van medezeggenschap en het voorkomen van misbruik van concernverhoudingen.

---

[38] Jaspers ("De overheid als 'gewone' ondernemer", *SR* 1998, p. 363) spreekt in dit verband van "de verschuiltruc".
[39] R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, Deventer: Kluwer 1993, p. 138.

Conclusie

Wij menen dat het nieuwe artikel 6, vierde lid van Richtlijn 1998 beoogt "de werkgever" aan te wijzen als degene op wie de medezeggenschapsverplichtingen rusten. Daarmee wordt, in concernverband, niet het besluit van de moeder, maar pas het besluit van de dochter zelf adviesplichtig. Het praktische belang van hierboven gegeven uiteenzetting is dat de medezeggenschap niet in tijd naar voren wordt geschoven of op een ander niveau wordt getild. De eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de dochter blijven ook in het kader van de medezeggenschap centraal staan. Wel hebben de opstellers van Richtlijn 1998 naar ons inzicht willen voorkomen dat de dochter zich met een beroep op het besluit van de moeder aan haar eigen medezeggenschapsverplichtingen poogt te onttrekken. Een concernrechtelijke benadering dus, zonder dat automatische toerekening het gevolg is.

R.M. Beltzer is onderzoeker bij het Hugo Sinzheimer Instituut te Amsterdam.
M. Holtzer is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.