

wordt aangesproken op het in stand helpen houden van de onrechtmatige daad, althans een succesvolle procedure uit kennelijk onredelijk ontslag en onrechtmatige daad tegen de vennootschap/werkgever en de moedervenootschap wordt aangespannen.

Sluiting regiokantoor door OK afgehamerd

W.J.M. v. Tongeren¹

49 Op 16 juni 1994 besliste de Ondernemingskamer in een zaak van de OR Delta Lloyd tegen Delta Lloyd Verzekeringsgroep NV. In de beslissing gaat het over de ondeelbaarheid van een (voorgenomen) besluit en (wederom) de betekenis van een toezegging.

Delta Lloyd heeft 4 regio-kantoren in Nederland en een met het regio-kantoor te Amsterdam verbonden hulpkantoor in Maastricht. Ten aanzien van het hulpkantoor in Maastricht waren vanaf 1977 aan de OR toezeggingen gedaan over zijn voortbestaan, mits door natuurlijk verloop etc. de bezetting niet zou afnemen tot minder dan 5 en later 6 werknemers. In verband met allerlei ontwikkelingen en behoeften van klanten worden aan de Ondernemingsraad wijzigingen voorgesteld in de organisatie van de regio-kantoren en wordt in het voorgenomen besluit kenbaar gemaakt het hulpkantoor in Maastricht te sluiten omdat uitgaande van dezelfde wijzigingen als op de regio-kantoren het aantal werknemers in Maastricht zal afnemen tot 4 of 5. De OR adviseerde negatief, alleen echter voor wat betreft de sluiting van het hulpkantoor in Maastricht.

— Een besluit is ondeelbaar.

De opvatting van de ondernemer was dat de sluiting van het hulpkantoor in Maastricht onderdeel was van het totale reorganisatieplan – waarmee de OR ingestemd had – en dat de sluiting van het hulpkantoor in Maastricht niet voldoende belangrijk was om te worden aangemerkt als apart adviesplichtig. De Ondernemingskamer maakte korte metten met het niet-ontvankelijkheidsverweer. Nu de sluiting van het hulpkantoor onderdeel was van het totale reorganisa-

tieplan, waarover de OR advies is gevraagd, betekent een besluit dat afwijkt van het (negatieve) advies ook al betreft het (negatieve) advies slechts een beperkt onderdeel van het totale besluit, een (volwaardig) negatief advies, hetgeen op grond van art. 26 WOR aan de OR rechtsingang biedt. Zoals een aanbod en een aanvaarding op elkaar moeten aansluiten wil het rechtsgevolg een overeenkomst zijn, zo ook moeten het advies en het genomen besluit (volledig) op elkaar aansluiten.

De vraag is of de ondernemer had kunnen voorkomen dat (sluiting van) het hulpkantoor in Maastricht een ‘probleem’ zou worden. Hij had immers de sluiting van het hulpkantoor in Maastricht buiten het reorganisatieplan kunnen houden en (eerder of) later een dergelijk besluit kunnen nemen. De ondernemer kan het adviesrecht aan een OR niet onthouden door het besluitvormingsproces zo te sturen, een (voorgenomen) besluit zo te versnipperen dat een (naar zijn aard) vanzelfsprekende samenhang verbroken wordt. Vgl. OK 29 november 1990 NJ 1992, 220. Besluitvorming bij wege van salami-tactiek is voor de Ondernemingskamer niet aanvaardbaar. Los van de vraag of in casu opheffing van het hulpkantoor in Maastricht op zichzelf al niet adviesplichtig was, mede gelet ook op de voortdurende bemoeienis van de OR met het voortbestaan van het hulpkantoor in Maastricht, was in het onderhavige geval een zekere samenhang gegeven nu ten aanzien van het hulpkantoor in Maastricht dezelfde benadering gekozen werd voor wat betreft de toekomst van de organisatie als ten aanzien van de regio-kantoren.

Bestaat er geen samenhang dan is het voor de hand liggend om ‘onbelangrijke’ (voorgenomen) besluiten die op zichzelf staan niet onderdeel te laten uitmaken van een (omvangrijker) adviesplichtig voorgenomen besluit omdat dan enkel omdat het onderdeel is, het adviesplichtig wordt. Het verweer van de ondernemer dat de sluiting van het hulpkantoor in Maastricht niet apart als adviesplichtig aangemerkt kon worden, kon mijns inziens niet slagen. Gesteld kan nog worden dat door ten aanzien van het hulpkantoor te Maastricht – ook – advies te vragen de ondernemer het adviesrecht (zonder meer) erkend heeft.

— De betekenis van toezeggingen

In het onderhavige geval had de ondernemer toegezegd dat het hulpkantoor in Maastricht open zou blijven zolang het werknemersaantal niet beneden (aanvankelijk 5 en later) 6 zou afnemen. Door introductie van wijzigingen in de organisatie gelijk aan die bij de andere regio-kantoren zou ook in Maastricht het aantal werknemers dalen tot onder de 6. De toezegging is voor onbepaalde tijd gedaan en tussentijds herhaald

1. Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks-Star Busmann, Utrecht.

en in 1992 is ook de betrokken werknemers medege-deeld dat de dreiging van sluiting niet meer bestond. De Ondernemingskamer overweegt allereerst dat de ondernemer tegenover de betwisting door de OR van de juistheid van de berekening van de ondernemer dat na de reorganisatie de bezetting daalt tot onder het getal van 5 werknemers de ondernemer de juistheid van de berekening niet aannemelijk gemaakt heeft. Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer dat niet gebleken is van een zodanig zwaarwegende wijziging in de omstandigheden dat de ondernemer niet aan zijn toezeggingen gebonden zou zijn (Bedoeld zal zijn: nog òf niet langer in plaats van: niet). Van begin af aan heeft de Ondernemingskamer een toezegging beschouwd als een belang waarmee bij de afweging in het kader van de beoordeling van de redelijkheid van het besluit rekening gehouden moet worden. De Ondernemingskamer heeft een toezegging niet beschouwd als een verbintenisrechtelijke aangelegenheid, waarvan (in de veronderstelling dat de OR een rechtssubject zou zijn) nakoming gevraagd zou moeten worden. In de Enka-zaak overwoog de Ondernemingskamer dat slechts omstandigheden van ernstige aard ertoe kunnen leiden dat de ondernemer naar redelijkheid en billijkheid niet geacht kan worden zich naar de gewekte verwachtingen te gedragen. De Hoge Raad is in zijn arrest van 7 juli 1982 (NJ 1983, 35) op dat punt de Ondernemingskamer gevolgd, zij het dat de Hoge Raad oordeelde dat het niet alléén gaat om belangen binnen de onderneming maar ook belangen waarmee de ondernemer rekening moet houden, zoals concern-belangen. In haar beschikking in de zaak Paktank (Hof Amsterdam 24 mei 1984, NJ 1985, 502) volgt de Ondernemingskamer op haar beurt de Hoge Raad. Omdat op formele punten de ondernemer tekortgeschoten is komt de betekenis van de toezegging niet aan de orde. In de Enka-zaak spreekt de Ondernemingskamer over omstandigheden van ernstige aard. In de onderhavige zaak over een 'zodanig zwaarwegende wijziging in de omstandigheden' (...). De bewoordingen die de Ondernemingskamer bezigt doen denken aan de bewoordingen van artikel 258 Boek 6 BW, de *imprévision* nl. onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat een wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Vgl. Hoge Raad 19 november 1993, NJ 1994, 156, de DMV Campina-zaak, waarin in een arbeidsrechtelijke zaak een aan werknemers gegeven garantie voor wat betreft werkgelegenheid, ondanks noodzakelijke reorganisatie etc. in stand blijft. In de praktijk zal een toezegging een bijna doorslaggevend belang in het kader van de belangenafweging betekenen.

Intussen moet wel van een inhoudelijke toezegging onderscheiden worden een toezegging, een afspraak over het toekennen van extra bevoegdheden. Bij een dergelijke toezegging past geen relativering in de zin van zwaarwegende omstandigheden etc.. Een dergelijke toezegging staat (onder alle omstandigheden) en heeft de betekenis zoals kenbaar uit de zaak van Smit Vlootbeheer (HR 19 maart, NJ 1993, 366), waaruit blijkt dat de ondernemer en de Ondernemingsraad afspraken kunnen maken over het uitbreiden van het adviesrecht, rechtsgevolg waarvan is dat de OR ook een beroepsrecht heeft. Opmerking verdient dat een OR de toezegging niet in de kast moet laten liggen. De OR moet op de toezegging een beroep doen in het kader van de adviesprocedure. Voor het eerst een beroep op de toezegging in het verzoekschrift doen in de procedure bij de Ondernemingskamer is te laat. (OK, 21 februari 1985, NJ 1987, 993). Deze beslissing staat helemaal in het strakke verkeer, dat de Ondernemingskamer van een ondernemer en een OR in de adviesprocedure verlangt, waarbij op tijd alle argumenten over en weer gewisseld moeten worden. Omdat de Ondernemingskamer een toezegging betreft bij de beoordeling van de afweging van alle belangen kan het zijn dat een toezegging van de kant van de ondernemer de balans in de richting van de ondernemer laat doorslaan. Ik denk in dit verband aan de DE-zaak (OK 29 juni 1989, ROR 1989, 11), waarbij de ondernemer toezegde om verlies aan medezeggenschapsrechten te compenseren toen de ondernemer het overlegniveau van de COR liet dalen van de (internationale) concern-holding naar de (Nederlandse) subholding. Zoals de Ondernemingskamer toezeggingen ziet kan de ondernemer een toezegging hanteren als een beleidsinstrument. De ondernemer moet wel beseffen dat een toezegging een vergaande reikwijdte heeft in de zin dat een toezegging als een overwegend belang te gelden heeft in het kader van de naar redelijkheid af te wegen belangen. Wat de onderhavige zaak nog betreft merk ik tot slot nog op dat – uiteraard – de reikwijdte van de beslissing van de Ondernemingskamer niet verder strekt dan dat (alleen) de sluiting van het hulpkantoor te Maastricht niet door de beugel kan. De OR had (alleen) hiertegen bezwaren geuit.