

Annotatie

Hoge Raad 18 mei 2018,

ECLI:NL:HR:2018:725

mr. E.H. Damen¹

In deze zaak gaat het om het besluit van Stichting Holland Casino ('HC') tot een rechtsvormwijziging bestaande uit 1) juridische afsplitsing van het gehele vermogen van HC naar de nieuw op te richten naamloze vennootschap Holland Casino N.V. ('HC N.V.'), waarbij alle aandelen in het kapitaal van HC N.V. na de afsplitsing in eerste instantie worden gehouden door HC en 2) de daarop volgende ontbinding van HC, waarna de Staat de aandelen in HC N.V. zal verkrijgen.

1. Procesverloop

De ondernemingsraad ('OR') van HC heeft een negatief advies uitgebracht over dit voorgenomen besluit en heeft na het besluit van HC om de rechtsvormwijziging toch ongewijzigd door te voeren, beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam ('OK'). In deze beroepsprocedure heeft de OR zich op het standpunt gesteld dat HC bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. De OR voert hiertoe onder meer aan dat de beoogde omvorming niet op zichzelf staat, maar verband houdt met de door de regering beoogde privatisering van HC en dat deze privatisering en de gevolgen daarvan ten onrechte niet in het adviestraject zijn betrokken. Daarnaast stelt de OR dat door de gekozen wijze van omvorming afbreuk wordt gedaan aan de in art. 2:18 BW beoogde bescherming van het stichtingsvermogen, HC onterecht voorbij is gegaan aan het door de OR aangedragen alternatief voor de structuur van de onderneming en dat evenmin een zorgvuldige belangenafweging door HC heeft plaatsgevonden, nu bij deze afweging alleen oog zou zijn geweest voor het belang van de Staat.

De OK oordeelt dat de door de OR aangevoerde argumenten niet maken dat HC niet in redelijkheid tot het besluit tot rechtsvormwijziging heeft kunnen komen. De OK overweegt in dit kader onder meer dat de verwachte privatisering geen deel uitmaakt van het huidige besluit en dat HC deze koppeling

ook niet hoefde te maken, HC het voorgestelde alternatief afdoende gemotiveerd heeft verworpen en dat HC zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat de belangen van de betrokkenen niet aan omvorming in de weg staan. Met betrekking tot de gekozen wijze van omvorming stelt de OK zich op het standpunt dat dit in deze situatie niet leidt tot een ongeoorloofde omzeiling van art. 2:18 BW. Voor zover dit wel zo zou zijn, geldt dat dit geen onderdeel zou uitmaken van de toets door de OK, nu de OR dit bezwaar te laat naar voren heeft gebracht en niet reeds in zijn advies heeft betrokken. Het verzoek van de OR wordt afgewezen.

De OR stelt cassatieberoep in tegen de beschikking van de OK. Ook in cassatie wordt de OR in het ongelijk gesteld. De HR oordeelt allereerst dat het oordeel van de OK dat HC bij haar besluitvorming geen koppeling heeft hoeven te maken met de op handen zijne privatisering van HC niet onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd is. Voorts is de HR van oordeel dat de OK geen blijk heeft gegeven van een juridische miskennis van de marginale toets ex art. 25 lid 4 en 5 WOR door te oordelen dat de belangen van de betrokkenen niet aan omvorming in de weg staan en dat de met de mogelijke toekomstige privatisering samenhangende belangen door HC ook niet bij de besluitvorming hadden hoeven te worden betrokken. Tot slot is naar oordeel van de HR het standpunt van de OK dat de bezwaren van de OR over art. 2:18 BW niet in de beoordeling ex art. 26 WOR betrokken kunnen worden, nu deze bezwaren niet reeds in het adviestraject door de OR aan de orde zijn gesteld, niet onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd. Ten overvloede geeft de HR in zijn laatste rechtsoverweging nog opheldering over de toepassing van art. 2:18 lid 6 BW.

Terzijde merk ik op dat het niet vanzelfsprekend is dat een OR adviesrecht ex art. 25 WOR heeft bij vennootschapsrechtelijke besluiten. Bij besluiten die de vennootschappelijke organisatie betreffen, zoals statutenwijziging, benoeming/bezoldiging/ontslag van bestuurders en commissarissen, ontbinding en omzetting, speelt namelijk dat deze besluiten veelal zien op de vennootschap en niet op de onderneming in de zin van de WOR en voorts dat het vaak de algemene vergadering van aandeelhouders zal zijn die deze besluiten neemt in plaats van

1. Ester Damen is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

de ondernemer in de zin van de WOR.² Uit de *Inter-gas*-beschikking³ kan worden afgeleid dat de OK van oordeel is dat in het geval het vennootschapsrechtelijke besluit doorwerkt in de door de rechtspersoon gehouden onderneming, er wel degelijk sprake is van een adviesplichtig besluit. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een statutenwijziging of de wijziging van de omvang van het bestuur⁴ met een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming als gevolg. Ook in het geval de medezeggenschapsbevoegdheden van de OR worden geraakt door het vennootschapsrechtelijke besluit zal al snel sprake zijn van doorwerking in de onderneming.⁵ Nu HC de OR in de onderhavige zaak om advies heeft gevraagd over de vennootschapsrechtelijke wijzigingen, staat de adviesplichtigheid hiervan niet ter discussie en laat de OK zich hierover niet uit. Echter, nu het een ingrijpend besluit betreft met aanzienlijke gevolgen voor onder andere de juridische constructie van de onderneming, het vermogen van de stichting die krachtens een afsplitsing overgaat naar de N.V., alsmede de medezeggenschapsbevoegdheden van de OR, is naar mijn mening ook in deze zaak sprake van een vennootschapsrechtelijk besluit dat doorwerkt in de onderneming en betrof het inderdaad een adviesplichtig besluit. Nu HC een stichting was en derhalve het bestuur in plaats van de algemene vergadering van aandeelhouders het voorgenomen besluit nam, kwam de vraag wie de OR om advies diende te vragen evenmin aan de orde.

Op een drietal onderwerpen dat in deze procedures centraal staat zal ik in deze annotatie nader ingaan, zijnde (i) de marginale toets door de OK, (ii) het speelveld van de OK-procedure en tot slot (iii) de omvorming van de stichting.

2. De marginale toets ex art. 26 lid 4 en 5 WOR

In het cassatieberoep speelt de vraag of de OK terecht tot het oordeel is gekomen dat HC in redelijkheid tot het bestreden besluit tot rechtsvormwijziging heeft kunnen komen. Indien een OR van mening is dat de ondernemer niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, zoals in de onderhavige situatie het geval was, staat op grond van art. 26 lid 4 WOR beroep bij de OK open. De OK past bij haar beoordeling de in art. 26 lid 5 WOR neergelegde toets toe, zijnde of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het betrokken besluit heeft kunnen komen.

-
2. Zie: I. Zaal, *Reikwijdte medezeggenschap*, Monografieën Sociaal Recht nr. 63, 2014 /2.4.
 3. Hof Amsterdam 30 december 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AO4547.
 4. Hof Amsterdam 23 januari 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO4545.
 5. Hoge Raad 26 januari 1994, ECLI:NL:PHR:1994:AD2032 (*Heuga Holding*).

In de parlementaire geschiedenis is in dit kader expliciet benoemd dat deze toets een marginale toets betreft.⁶ De wetgever heeft hiermee beoogd dat de ondernemer beleidsvrijheid houdt waarbinnen hij zelfstandig beslissingen kan nemen. De wettekst spreekt om deze reden van een belangenafweging *door de ondernemer*. Blijkens de parlementaire geschiedenis is deze vrijheid echter niet geheel onbegrensd.

Bij het aanleggen van de marginale toets gaat de OK allereerst na of het besluitvormingsproces op juiste wijze is doorlopen. Een zorgvuldig tot stand gekomen advies van de OR is immers een cruciale voorfase van een gedegen belangenafweging door de ondernemer. In dit kader toetst de OK – mits door de OR aangevoerd – onder meer of de OR in de gelegenheid is gesteld wezenlijke invloed uit te oefenen en of de OR voldoende informatie, middelen en tijd heeft gekregen om tot een weloverwogen advies te komen. Een schending van deze procedurele voorschriften leidt blijkens vaste rechtspraak al snel tot het oordeel van de OK dat de wettelijke rechten van de OR zijn geschonden en het besluit om deze reden kennelijk onredelijk is.⁷

Daarnaast toetst de OK of de ondernemer alle kenbare betrokken gerechtvaardigde belangen op behoorlijke wijze bij de besluitvorming heeft meegevoerd en op basis daarvan in redelijkheid tot het besluit heeft *kunnen* komen. Deze betrokken belangen betreffen in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen (art. 2 WOR) niet alleen de belangen van de OR en/of de werknemers, maar ook van andere belanghebbenden, waaronder het eigen ondernemersbelang en een eventueel concernbelang. De OK gaat niet op de stoel van de ondernemer zitten en beoordelen of hij in de dezelfde positie hetzelfde besluit zou hebben genomen; de ondernemer heeft immers ondernemersvrijheid.⁸ Wel toetst de OK of bij de besluitvorming wel voldoende rekening is gehouden met het werknemersbelang en het ondernemersbelang (in plaats van bijvoorbeeld enkel het concernbelang) en of de ondernemer zijn besluit voldoende heeft gemotiveerd.⁹ Indien de ondernemer hierbij behoorlijk te werk is gegaan en op goede gronden kan uitleggen hoe hij tot het besluit is gekomen, zal niet snel sprake zijn van een kennelijk onredelijk besluit.¹⁰

-
6. *Kamerstukken II 1974/75*, 13350, 3, p. 10.
 7. O.a.: Hof Amsterdam 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (*Lingeziekenhuis*); Hof Amsterdam 5 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5261; Hof Amsterdam, 8 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1978.
 8. In lijn met vrijheid van ondernemerschap ex art. 16 Handvest van de grondrechten van de EU. In dit kader: L.G. Verburg, "Ter visie – Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap: een nieuw geluid?", *TAO* 2017, nr. 3, p. 115-117.
 9. O.a. Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2336; Hof Amsterdam 17 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5431; Hof Amsterdam 14 november 1985, ECLI:NL:GHAMS:1985:AC3853.
 10. Zie over de marginale toetsing ook: Asser/Maeijer

Met betrekking tot deze marginale toets overweegt de HR thans in r.o. 3.4.2 expliciet: *'De ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken. Het betreft hier een door de OK te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer. De OK gaat slechts na of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Zij laat daarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid.'* De HR heeft zich niet eerder zo expliciet uitgelaten over de invulling van de toets die de OK dient aan te leggen. Hiermee bevestigt de HR de bestendige lijn in de OK-jurisprudentie dat de OK op de inhoud slechts terughoudend dient te toetsen en zich dient te richten op de afweging van de betrokken belangen.

De OK past in casu deze marginale toets toe. De OK neemt bij de beoordeling het besluit van de ondernemer als uitgangspunt en hecht daarbij grote waarde aan de beleidsvrijheid van de ondernemer. Zo overweegt de OK in r.o. 3.6 van de beschikking bijvoorbeeld: *'Niet gezegd kan worden dat de redenen die HC aanvoert voor dit besluit die erop neerkomen dat de rechtsvorm van de naamloze vennootschap haar beter past dan de stichtingsvorm, het besluit niet kunnen dragen.'* En in r.o. 3.9 met betrekking tot de positie van de Staat: *'Dat de OR op dit een en ander een andere visie heeft, maakt niet dat HC niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen'*. Ook in r.o. 3.10 aangaande de door HC gekozen wijze van omvorming komt de beleidsvrijheid terug: *'De OK stelt voorop dat aan HC in beginsel vrijheid toekomt om te bepalen op welke wijze zij haar doel wenst te bereiken'*.

De OK heeft in het kader van de marginale toets onderzocht of HC zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de kenbare gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen niet aan omvorming in de weg staan, hetgeen naar oordeel van de OK – en vervolgens ook de HR – het geval is. Hierbij weegt mee dat de onderneming niet wezenlijk zou veranderen door de omvorming, er geen ingrijpende personele gevolgen waren en de Staat de enige belanghebbende was bij de rechtsvormwijziging. Bovendien zou de positie van de OR juist versterkt worden omdat door de toepassing van het gemitigeerd structuurregime de OR een aanbevelingsrecht krijgt ten aanzien van de voordracht van leden van de raad van commissarissen en een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van de voordracht van een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen.

Vrij recent viel in de *Thomas Cook*-zaak¹¹, en langer geleden in de al eerder genoemde *Heuga*-zaak¹², deze belangenafweging anders uit. In beide zaken

was eveneens sprake van een wijziging van de vennootschapsrechtelijke structuur. Echter, de structuurwijziging had daar tot gevolg dat de aanbevelingsrechten van de OR werden beperkt of zelfs helemaal verdwenen. Dit is een belangrijk verschil met de onderhavige zaak.

Blijkens deze uitspraak mochten ook de belangen gemoeid met de mogelijk toekomstige privatisering in dit stadium bij de besluitvorming buiten beschouwing blijven, nu deze toekomstige privatisering geen deel uitmaakt van het onderhavige besluit. Het oordeel van de OK (r.o. 3.12) dat voor zover al voorbereidingen voor privatisering worden getroffen, HC er in redelijkheid voor heeft kunnen kiezen deze niet bij de onderhavige besluitvorming te betrekken, is volgens de HR niet onbegrijpelijk. De HR overweegt in r.o. 3.3.2. dat dit oordeel niet anders begrepen kan worden dan dat de privatisering zich nog in een pril stadium bevindt en nog niet betrokken hoeft te worden.

Hoewel het de verwachting is dat de privatisering van HC op enig moment zal gaan plaatsvinden, was hiertoe nog geen voldoende concreet voorgenomen besluit. In de afgelopen jaren heeft de OK in andere procedures meermaals geoordeeld dat toekomstige besluiten c.q. fases van de besluitvorming al wel in de besluitvorming moeten worden betrokken.¹³ De OK oordeelde hier waarschijnlijk anders nu de wetswijziging die ten grondslag ligt aan de toekomstige privatisering nog niet eens is aangenomen en HC zelf ook weinig invloed op het besluit kan uitoefenen.

3. Speelveld OK-procedure

Gelet op de voornoemde marginale toets waarbij de OK nagaat of de ondernemer in zijn besluitvorming alle kenbare betrokken belangen op behoorlijke wijze heeft betrokken, is van groot belang dat de OR in de voorfase grondig te werk gaat en een zorgvuldig advies afgeeft waarin alle bezwaren uitputtend zijn weergegeven. Alleen bij de ondernemer kenbare gerechtvaardigde belangen kunnen immers door hem in de besluitvorming worden betrokken. Op grond van art. 25 lid 5 WOR dient de ondernemer, indien het advies van de OR niet of niet geheel is gevolgd, vervolgens ook concreet te motiveren waarom van dat advies is afgeweken. Uit de jurisprudentie volgt dat hierbij niet volstaan kan worden met de conclusie dat de ondernemer een andere mening is toegedaan.¹⁴

Het speelveld van de OK-procedure bestaat vervolgens uit de bezwaren die de OR in zijn advies naar voren heeft gebracht en het daarop volgende besluit van de ondernemer. De HR bevestigt in r.o.

& Kroeze 2-I, 2015/647; J.H.M. Willems, 'Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer', *ArbeidsRecht* 2000/15.

11. Hof Amsterdam 1 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2766.

12. Hoge Raad 26 januari 1994, ECLI:NL:PHR:1994:AD2032.

13. O.a. Hof Amsterdam 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1679; Hof Amsterdam 15 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1979; Hof Amsterdam 21 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM2019.

14. O.a. Hof Amsterdam 29 december 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AO4546.

3.5.2. opnieuw dat bezwaren die door de OR niet in het advies tot uitdrukking zijn gebracht, in beginsel dus ook niet in de beroepsprocedure kunnen worden aangevoerd.¹⁵ Uitzondering hierop zijn bezwaren die voortvloeien uit feiten en omstandigheden die op het moment van het uitbrengen van het advies niet kenbaar waren bij de OR of als er wezenlijke gebreken kleven aan de adviesaanvraag. Overigens is eerder door de OK geoordeeld dat ook het beroepschrift van de OR een duidelijke uiteenzetting moet bevatten van de gronden waarop het verzoek berust en dat enkel een verwijzing naar het advies onvoldoende is.¹⁶

In onderhavige zaak heeft de OR eerst in de beroepsprocedure aangevoerd dat de door HC voorgestane wijze van omvorming in strijd zou zijn met art. 2:18 BW. Nu de OR dit niet in zijn advies had betrokken, hoefde de ondernemer hiermee bij zijn besluitvorming ook geen rekening te houden. Aangezien door de OR ook niet is aangevoerd dat sprake is van een uitzonderingsgrond waardoor niet van hem verwacht kon worden dat dit bezwaar reeds in het advies was opgenomen, oordeelt de HR dat dit argument buiten beschouwing gelaten dient te worden. Op dit punt brengt het oordeel van de HR niets nieuws onder de zon maar kan het gezien worden als een bevestiging.

4. Omvorming rechtsvorm

Tot slot nog een paar opmerkingen over de door HC gekozen wijze van omvorming van de rechtsvorm van de stichting naar een N.V. door middel van een afsplitsing ex art. 2:334a lid 3 BW. De OR stelde zich – te laat, zie hiervoor – in de beroepsprocedure op het standpunt dat HC niet in redelijkheid heeft kunnen kiezen voor een omvorming op een wijze die afwijkt van de omzetting als neergelegd in art. 2:18 BW. Hierin is onder meer bepaald dat voor een omzetting van een stichting in een N.V. een rechterlijke machtiging is vereist en is in lid 6 een waarborg voor het stichtingsvermogen opgenomen, de zogenaamde ‘vermogensklem’, waaruit volgt dat na de omzetting van de stichting uit de statuten moet blijken dat het vermogen dat de stichting bij omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. De OK oordeelde dat de door HC gekozen wijze van omvorming in casu niet tot een ongeoorloofde omzetting van het bepaalde in art. 2:18 BW leidt. Nu de Staat de enige gerechtigde is tot winstafdracht en het liquidatiesaldo, maakt de gekozen omvorming die ertoe leidt dat de Staat aandeelhouder wordt van de N.V. naar oordeel van de OK niet dat HC dit besluit niet in redelijkheid kon nemen.

In cassatie voert de OR onder meer aan dat de OK ten onrechte zou hebben aangenomen dat de door HC gekozen wijze van afsplitsing afwijkt van art. 2:18 BW, omdat de in lid 6 neergelegde vermogensklem naar mening van de OR ook zou gelden voor het vermogen van de stichting die krachtens een afsplitsing overgaat naar de nieuwe N.V. Dit zou volgen uit de laatste zin van art. 2:18 lid 6 BW: ‘Hetzelfde geldt voor de statuten van een rechtspersoon voor zover dit vermogen en deze vruchten daarop krachtens fusie of splitsing zijn overgegaan’. De HR grijpt zijn kans en schept in de laatste rechtsoverweging ten overvloede (r.o. 3.5.4.) duidelijkheid. De vermogensklem is alleen van toepassing bij omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm op de voet van art. 2:18 BW. Bij de in de wettekst genoemde vermogensovergang krachtens splitsing wordt bedoeld op het geval waarin een omgezette rechtspersoon die aanvankelijk stichting was na die omzetting betrokken wordt bij een splitsing,¹⁷ hetgeen zich in deze zaak niet voordoet. De OR is dus uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

15. Zie ook: Hof Amsterdam 27 mei 1982, ECLI:NL:GHAMS:1982:AC7640; Hof Amsterdam 30 januari 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AD1597.

16. Hof Amsterdam 3 april 1986, ECLI:NL:GHAMS:1986:AB8379.

17. *Kamerstukken II 1987/88, 17725, 18, p. 2.*