

Medezeggenschap bij concernfinancieringen: een hoofdrol of bijrol?

ArbeidsRecht 2014/5

Uit cijfers van De Nederlandsche Bank (DNB)² blijkt dat de banken eind september 2013 € 345 miljard aan krediet hadden uitstaan bij Nederlandse ondernemingen, waarvan het overgrote deel een oorspronkelijke looptijd van minder dan 1 jaar heeft. Financieringen alsmede herfinancieringen zijn dan ook nog steeds aan de orde van de dag en komen in vele varianten voor. De rol van de ondernemingsraad bij concernfinancieringen wordt hierbij niet zelden onderbelicht. Nog steeds wordt er in de praktijk weinig tot geen gebruikgemaakt van de mogelijkheden die de Wet op de ondernemingsraden (WOR) op dit terrein biedt.

Achtergrond en recente ontwikkelingen

Het aantrekken of verstrekken van kredieten binnen een onderneming of concern³ of het stellen van zekerheden is in het huidige economische klimaat nog steeds actueel. Bij concernfinancieringen gaat het dan om het aantrekken of verstrekken van een krediet ten behoeve van de verschillende groepsvennootschappen. Daarbij worden van deze groepsvennootschappen veelal zekerheden over en weer en jegens de kredietverstrekkers gevraagd. Banken verlangen in toenemende mate zekerheden die de aflossing van het krediet waarborgen voor het geval het met de onderneming misloopt. De solvabiliteitsrichtlijnen van DNB⁴ stimuleren ook tot het vragen van zekerheden door de banken.

Het feit dat een vennootschap deel uitmaakt van een concern brengt voor de bank zowel een risico als een zekere bescherming mee. Het risico bestaat dat het krediet dat de bank aan een vennootschap verleent elders binnen het concern wordt aangewend en de mogelijkheden tot aflossing daarmee worden beperkt. Anderzijds biedt het de kredietverstrekkers bescherming als geregeld is dat zij in een 'event of default' kunnen terugvallen op de financiële reserves van andere groepsmaatschappijen.

In de praktijk eisen banken vaak dat de vennootschappen binnen het concern zich hoofdelijk aansprakelijk stellen.⁵ Het praktische gevolg is dan dat nakoming door de ene vennootschap de andere vennootschap doorgaans bevrijdt van betaling jegens de bank. In dat geval ontstaan wel regresanspraken tussen de vennootschappen onderling. Dit heeft uiteraard direct gevolgen voor de liquiditeitspositie van de onderneming en kan daarmee voor de ondernemingsraad relevant zijn. Een aantal recente ontwikkelingen geeft een nieuw licht op de rol van de ondernemingsraden binnen het concern.

De eerste ontwikkeling gaat terug naar 2012. In dat jaar heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt als het gaat om de regresrechten en onderlinge draagplicht van vennootschappen binnen een concern.⁶ Als uitgangspunt geldt dat als is afgesproken dat bij een concernfinanciering met hoofdelijke aansprakelijkheidstelling door de groepsmaatschappijen geen onderlinge regresrechten ontstaan, een dergelijke afspraak nog steeds effect sorteert. Indien er echter geen afspraken zijn gemaakt, geldt niet langer een draagplicht naar gelijke delen. Om te bepalen wie welke draagplicht heeft moet volgens de Hoge Raad worden gekeken naar de vennootschap die de lening heeft gebruikt of ten behoeve van wie deze ter beschikking is gekomen en 'naar de overige omstandigheden van het geval'. De Hoge Raad heeft het daarmee niet gemakkelijk gemaakt om de onderlinge draagplicht vast te stellen.

Een andere recente ontwikkeling betreft de informatievoorziening aan ondernemingsraden binnen een (internationaal) concern. Het gaat dan om de recente wijziging van art. 31 lid 2 onderdeel d WOR (per 1 juli 2013). De wijziging vindt zijn basis in het al in 2008 door de SER uitgebrachte advies 'Evenwichtig Ondernemingsbestuur'⁷ waarin aandacht is gevraagd voor de medezeggenschapsrechten in relatie tot vestigingen van internationale concerns in Nederland. De SER was van mening dat voor een fundamentele herziening van het Nederlandse medezeggenschapsrecht geen aanleiding was. Tegelijkertijd werd wel vastgesteld dat, voor zover belangrijke besluiten worden genomen op internationaal concernniveau, deze zich deels aan het bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen onttrekken. Uiteindelijk heeft dit SER-advies geleid tot de motie Hamer⁸ waarin de regering is verzocht om te onderzoeken hoe ondernemingsraden intensiever zouden kunnen worden betrokken bij een internationale groep van ondernemingen. In het nieuwe art. 31 lid 2 onderdeel d WOR staat dat de ver-

1 Mevr. mr. W. Hafkamp-van der Zwaard is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

2 *Financieele Dagblad*, zaterdag 26 oktober 2013, p. 1.

3 Vennootschappen die onder een centrale leiding organisatorisch verbonden zijn en een economische eenheid vormen, worden in boek 2 BW tezamen aangeduid als groep en in de praktijk als concern.

4 Richtlijnen zijn opgenomen in Regeling Solvabiliteitsbeoordeling kredietrisico en grote posities Wft 2010, Regeling solvabiliteitsbeoordeling marktrisico Wft 2010, Regeling solvabiliteitsbeoordeling operationeel risico Wft 2010 en de Regeling staten financiële ondernemingen Wft.

5 In dit artikel wordt geen aandacht besteed aan een bijzondere vorm van hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling ex art. 2:403 BW ('403-verklaring').

6 HR 13 juli 2012, *IJN* BW4206, *JOR* 2012/306.

7 SER 2008/1.

8 *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544, nr. 264.

plichting om de ondernemingsraad te informeren zich ook uitstrekt tot de ondernemer die deel uitmaakt van de internationale groep van ondernemingen. Deze zal informatie moeten verschaffen over wie tot deze groep behoren, hoe de zeggenschapsverhoudingen zijn waardoor zij onderling zijn verbonden en de personen die de zeggenschap uitoefenen. Het alleen uitbreiden van het informatierecht over de zeggenschaps-verhoudingen is wel een mager resultaat in het licht van de motie Hamer waarin juist werd opgeroepen om de ondernemingsraad nog intensiever te betrekken (en een meer en duidelijkere rol te geven). Het informatierecht helpt de ondernemingsraden echter wel, zeker die ondernemingsraden die geconfronteerd worden met ingewikkelde (internationale) concernfinancieringsconstructies. Inzicht in de structuur en zeggenschaps-verhoudingen kan bij de beoordeling van (internationale) concernfinancieringen dan zeer welkom zijn.

Adviesplichtige besluiten

Sinds de inwerkingtreding van de wijziging van de WOR op 4 maart 1998 is aan de lijst van adviesplichtige besluiten in art. 25 WOR een aantal voor concernfinanciering relevante besluiten toegevoegd. Het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming, het verstrekken van een belangrijk krediet en het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer zijn adviesplichtig ex art. 25 lid 1 sub i en j WOR. Achtergrond is dat dergelijke besluiten de liquiditeit en solvabiliteit van de ondernemer in gevaar kunnen brengen, zodat ook de continuïteit van de onderneming op het spel kan komen te staan. In het kader van een concernfinanciering wordt veelal een krediet aangetrokken ten behoeve van de verschillende groepsvennootschappen. Van deze groepsvennootschappen worden dan zekerheidstellingen over en weer en jegens de kredietverstrekker gevraagd. Het aantrekken van een concernkrediet zal in praktijk dus meestal op het bord van een eventueel aanwezige Centrale Ondernemingsraad (COR) komen omdat het dan als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang gekwalificeerd kan worden.

Als het om het stellen van zekerheden gaat, zijn er uiteraard diverse smaken. Het kan gaan om garanties, hypotheekrechten, borgstellingen, maar ook pandrechten. Naast een pandrecht op activa kan de bank ook een pandrecht op de aandelen in het kapitaal van de groepsmaatschappij(en) eisen.⁹ In praktijk werd daarbij veelal overeengekomen dat het stemrecht op de aandelen pas op een moment na vestiging van het pandrecht overging naar de banken, bijvoorbeeld op het moment dat de onderneming niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de financieringsovereenkomst voldeed. Sinds de invoering van de Wet Vereenvoudiging en Flexibilisering BV (Wet Flex-BV) is verduidelijkt dat verpanding en overgang van het stemrecht onder opschortende voorwaarde kunnen plaatsvinden. Daarnaast is nieuw dat toekenning van het stemrecht aan de pandhouder ook op een later moment

kan plaatsvinden dan de vestiging van het pandrecht. Het is de vraag of hiervan bij financiering gebruik zal worden gemaakt. Een aandeel zonder stemrecht zal niet van waarde zijn. De meeste banken zullen dan ook naar verwachting al direct een regeling voor het stemrecht opgenomen willen hebben. Aan het verstrekken van een pandrecht op aandelen zit nog een bijzonderheid. Zeer bepleitbaar is dat de betrokken ondernemingsraad naast een adviesrecht ex art. 25 lid 1 sub j, tevens een adviesrecht ex art. 25 lid 1 sub a WOR toekomt. De zeggenschap gaat immers direct over op de kredietverstrekker op het moment dat de onderneming niet langer aan zijn verplichtingen voldoet of anderszins in verzuim is. Op het moment dat de onderneming in verzuim is, vaak jaren later, zou een adviesplicht weinig waarde hebben. De bestuurder heeft op het proces immers dan geen enkele invloed meer: de overdracht van de aandelen is al een feit en onomkeerbaar. Bij het aangaan van de kredietovereenkomst doet zich dan ook een beslismoment voor de bestuurder voor. In het kader van concernfinanciering is verder relevant dat voor het afgeven van een 403-verklaring eveneens advies van de ondernemingsraad vereist is. Het intrekken van een 403-verklaring is daarentegen niet adviesplichtig, tenzij daarover toezeggingen richting de ondernemingsraad zijn gedaan.¹⁰ Voor de vraag of de ondernemingsraad tevens adviesrecht heeft bij herfinanciering wordt in de literatuur verschillend gedacht.¹¹ Daarbij wordt allereerst verwezen naar de letterlijke tekst van art. 25 WOR, waarin de ondernemingsraad over 'elk' voorgenomen besluit tot het aantrekken of verstrekken van een belangrijk krediet adviesrecht toekomt. Valt daar dan ook het wijzigen van de voorwaarden van een bestaand krediet onder, zoals bijv. het enkel wijzigen van het rentepercentage, het verhogen van het bedrag van de lening of de verlenging van de looptijd? Het argument dat de ratio van het adviesrecht dit met zich brengt, namelijk het kunnen uitoefenen van wezenlijke invloed op het voorgenomen besluit vanwege de gevolgen die het besluit kan hebben voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming, vind ik wel overtuigend. De veranderde voorwaarden brengen dan met zich dat dit in feite het aantrekken van een nieuw krediet behelst en daarmee het advies van de ondernemingsraad behoef. Dit zou dan alleen anders zijn als het bij een herfinanciering enkel gaat om wijziging van niet-essentiële voorwaarden en daarmee dan niet aan het 'belangrijkeheidscriterium' is voldaan.

Belangrijk besluit

Om adviesrecht voor een ondernemingsraad te creëren moet het wel steeds gaan om een 'belangrijk' besluit. De vraag wanneer er sprake is van een belangrijk besluit bij concernfinanciering laat zich niet altijd makkelijk beantwoorden. Normaal fungeren bij de beoordeling sociale factoren (aantal betrokken personen, werkgelegenheid, wijzi-

⁹ Art. 2:89 BW (NV) en 2:198 BW (BV).

¹⁰ Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2000, JOR 2000/174 en Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2001, LJN AG2749, JAR 2001/110.

¹¹ Zie o.a. L.A. Beukers, De rol van de OR bij het aantrekken van krediet en het stellen van zekerheid in concernverband, V&O 2012, nr. 11.

ging van werkzaamheden) als criterium voor de invulling van het begrip 'belangrijk' naast factoren zoals de geldingsduur van het besluit, het effect van het besluit op omzet en afzetvolume ofwel de consequenties voor kernactiviteiten van de onderneming.¹² Bij de kredietverstrekking en het stellen van zekerheid door de ondernemer voor belangrijke schulden van de andere ondernemer spelen deze factoren doorgaans veel minder. De Memorie van Toelichting zegt dan enkel nog dat het moet gaan om besluiten die *'van wezenlijk belang zijn voor de onderneming, diens financiële situatie en toekomstperspectief. Zij behoren derhalve niet aan het gezichtsveld van de OR onttrokken te zijn.'*¹³ Of en wanneer hiervan sprake is, is niet altijd goed te duiden. Een aantal lijnen valt wel te trekken. Kredieten waarvan het aantrekken of verstrekken tot de normale bedrijfsuitoefening behoort valt daar niet onder. Dit geldt ook voor een normale rekening-courantverhouding met een bank. Uit de rechtspraak valt ook niet een eenduidig antwoord af te leiden. In de rechtspraak is wel een aantal uitspraken aan te wijzen die zien op de vraag wanneer er sprake is van een belangrijke investering ex art. 25 lid 1 sub h WOR. De verhoudingsgetallen kunnen wel een indicatie zijn voor de vraag wanneer er sprake is van een belangrijk krediet.

In 2012 boog de Ondernemingskamer (OK)¹⁴ zich over het besluit van een stadsdeel in Amsterdam tot renovatie van de Mirandabad waarbij de ondernemingsraad zich op het standpunt heeft gesteld dat dit een adviesplichtig besluit is nu het gaat om een belangrijke investering ex art. 25 lid 1 onder h WOR dan wel een belangrijke kredietaanvraag van ruim € 4,2 miljoen ex art. 25 lid 1 onder i WOR. De OK was van mening dat er sprake was van een belangrijke investering van € 4,2 miljoen in het licht van het gegeven dat de boekwaarde van de activa € 161 miljoen is en het totaal aan investeringen over 2011 van € 3,7 miljoen en het totaal aan desinvesteringen € 5 miljoen bedroeg. De Hoge Raad heeft overigens in deze zaak recent geoordeeld dat toepassing van art. 46 d, aanhef en onder b WOR meebrengt dat de ruimte voor medezeggenschap bij het stadsdeel wordt beperkt. Deze beperking gaat, aldus de Hoge Raad, evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek dat geldt ten aanzien van de uitoefening door het stadsdeel van zijn bevoegdheid tot herinrichten en vaststellen van zijn begroting en tot het nemen van daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten.¹⁵

Al veel eerder boog de OK zich over een besluit van de Universiteit van Amsterdam tot aankoop van een pand in Manhattan van f 16 miljoen waarbij dit als een belangrijke investering werd gezien in de zin van art. 25 lid 1 onder h WOR.¹⁶ Dat bedrag maakte een wezenlijk deel uit van de totale (begrote) investeringen van de UvA die in 2000 f 29 miljoen

en in 2001 f 46 miljoen belopen. Ook hier ging het dus niet om een krediet, maar de uitspraak geeft een indicatie voor de vraag wanneer er sprake is van een belangrijk besluit. In de praktijk kan discussie hierover worden voorkomen door afspraken te maken over de vraag in welke gevallen sprake is van een belangrijk besluit op het terrein van verstrekken of aantrekken van een belangrijk krediet, bijvoorbeeld door afspraken te maken over een bepaalde financiële waarde.

Timing

Het advies van de ondernemingsraad moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 25 lid 2 WOR). Dit is geen nieuws onder de zon. De timing van de adviesaanvraag kan echter bij het verstrekken of aantrekken van krediet nog wel eens lastig zijn.

Als richtsnoer kan in ieder geval wel worden aangenomen dat de overeenkomst waarop het voorgenomen besluit ziet nog niet getekend mag zijn. De term 'voorgenomen besluit' duidt op een zekere mate van concreetheid in de gedachtevorming van de bestuurder. De OK¹⁷ oordeelde in 2012 dat een businessplan dat enkel afhankelijk is van de vraag of subsidies worden toegewezen, in de gemaakte keuzes en daaraan verbonden gevolgen voldoende concreet is zodat er niet meer gesproken kan worden van een enkel beleidsvoornemen.

De vastlegging in een intentieovereenkomst kan te laat zijn. De OK¹⁸ oordeelde in een aantal gevallen dat aan een intentieverklaring niet steeds het vrijblijvend karakter kan worden toegekend als de onderneming wil doen voorkomen. In de concrete gevallen stonden partijen niet (geheel) vrijblijvend tegenover elkaar. Juist aan het aangaan van financieringsovereenkomsten gaan doorgaans de nodige termsheets of intentieverklaringen of een voorlopige vastlegging van afspraken vooraf. Uit de aangehaalde jurisprudentie blijft vooral overeind staan dat het feit dat de bepalingen in de termsheet (of welke naam dan ook aan de vastlegging van afspraken wordt gegeven) al dan niet bindend zijn voor de onderneming buitengewoon relevant zijn voor de vraag of en op welk moment er een advies van de ondernemingsraad moet worden gevraagd.

Een andere, voor de ondernemingsraad soms lastig te beantwoorden vraag, is of het wel gaat om een besluit van de ondernemer zelf. Juist bij (concern)financieringen gaat het vaak niet alleen om besluiten van de eigen onderneming, maar om besluiten op het niveau van de aandeelhouder of besluiten die zelfs hoger in de corporate tree worden genomen. In praktijk kan deze vraag wel worden opgelost met toepassing van de zogenaamde toerekeningsleer – het voorgenomen besluit van de aandeelhouder kan gelden als een

12 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 9, p. 10.

13 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 10.

14 Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2012, JAR 2013/29.

15 HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1139.

16 Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2001, ROR 2001/12.

17 Hof Amsterdam (OK) van 30 mei 2012, ROR 2012/16.

18 HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251; Hof Amsterdam (OK) van 19 juli 1997, JAR 1997/164; Hof Amsterdam (OK) van 20 januari 2011, JAR 2011/69.

besluit van de ondernemer – en daarmee onder het bereik van de ondernemingsraad worden gebracht. Hier past wel een kritische kanttekening bij. Het is niet zo dat een naar zijn aard adviesplichtig besluit – ongeacht door wie en op welk niveau dit besluit binnen het concern wordt genomen – per definitie onder het bereik van de ondernemingsraad komt. De rechtspraak van de OK laat zien dat onder omstandigheden de ondernemingsraad een beroep kan doen op de leerstukken van toerekening (en eventueel medeondernemerschap). Dit geldt dan voor besluiten die worden genomen op het niveau van de (internationale) holding die rechtstreeks en onmiddellijk ingrijpen in, dan wel van belang zijn voor de gang van zaken, de organisatie of het beleid binnen de Nederlandse onderneming. In dergelijke gevallen moet de ondernemer dus advies vragen aan de ondernemingsraad, ook al is het besluit genomen door de (buitenlandse) moedermaatschappij.¹⁹

De WOR biedt de ondernemingsraad ten slotte nog wel een ander instrument om meer inzicht te krijgen. De ondernemingsraad kan gebruikmaken van de in art. 24 lid 1 WOR opgenomen regel dat iedere 6 maanden de algemene gang van zaken van de onderneming besproken moet worden waarbij de bestuurder mededelingen moet doen over de besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot aangelegenheden als bedoeld in art. 25 en 27 WOR. Op deze manier kan de bestuurder worden bevraagd of een adviesaanvraag ex art. 25 lid 1 sub i en/of j WOR in de lucht hangt.

Gevolgen van schending van de verplichtingen van de WOR

Ieder besluit van een ondernemer dat geheel of gedeeltelijk afwijkt van het advies van de ondernemingsraad moet op grond van art. 25 lid 6 WOR met ten minste één maand worden opgeschort, tenzij de ondernemingsraad uitdrukkelijk afstand doet van die opschortingstermijn. Binnen deze termijn kan de ondernemingsraad beroep aantekenen bij de OK. Op verzoek van de ondernemingsraad kan de voorzieningenrechter of de OK in voorkomende gevallen onverwijld de noodzakelijk geachte voorlopige voorzieningen treffen.

Bij concernfinancieringen komt het in de praktijk wel voor dat de ondernemingsraad helemaal niet om advies wordt gevraagd en de ondernemingsraad daar op een veel later tijdstip achter komt. Het is de vraag wat de ondernemingsraad dan nog aan mogelijkheden heeft. De OK is strikt in zijn oordeel dat de beroepstermijn van art. 26 lid 2 WOR pas begint te lopen vanaf het moment dat de ondernemer de ondernemingsraad *schriftelijk* op de hoogte heeft gesteld van zijn besluit. Die gedragslijn wordt gevolgd sinds een arrest van de Hoge Raad uit 1987.²⁰ De rechtspraak over het aanvangstijdstip van de beroepstermijn van art. 26 lid 2 WOR in de situatie waarin er geen dag is vast te stellen waarop de

ondernemingsraad schriftelijk van het besluit in kennis is gesteld, is minimaal. Wanneer de ondernemer geen advies heeft gevraagd, zal hij doorgaans de ondernemingsraad niet in kennis stellen van zijn definitieve besluit. Veelal wordt voor dit geval aangenomen dat de beroepstermijn van een maand een aanvang neemt op het moment waarop de ondernemingsraad de reikwijdte van het besluit heeft onderkend of redelijkerwijs kon kennen. De OK verwoordt het aldus dat zonder voorbehoud moet kunnen worden gezegd dat de ondernemingsraad heeft begrepen, althans heeft moeten begrijpen dat een onherroepelijk besluit is genomen. Hierbij geldt dat kritisch wordt gekeken of de ondernemingsraad bekend was of had moeten zijn met de precieze inhoud en omvang van het besluit. Dit zal dan moeten blijken uit een handeling van de ondernemingsraad.

Juist bij concernfinancieringen is dit een risico. Na het sluiten van de financieringsovereenkomst is het niet altijd – in ieder geval niet voor een ondernemingsraad – duidelijk welke zekerheden precies zijn gegeven of welke afspraken zijn gemaakt. Het effect van het eventueel later aantasten van een besluit is ook niet op voorhand duidelijk. Zal het krediet dan door de banken worden opgezegd of zal de ondernemingsraad dan kunnen bewerkstelligen dat andere zekerheden worden gesteld? Dat is maar zeer de vraag.

Hierbij speelt ook nog het volgende mee. Indien de ondernemingsraad een beroep tegen het besluit instelt bij de Ondernemingskamer dan stelt de wet in art. 26 lid 5 (laatste zin) WOR uitdrukkelijk dat een voorziening van de OK niet tegen derden kan worden tegengeworpen. Dit artikel speelt in de relatie ondernemingsraadkredietverstrekker wel een rol. De wetgever heeft gemeend dat derden er niet de dupe van mogen worden dat een bepaald besluit van de ondernemer kennelijk onredelijk blijkt te zijn.²¹ Het doet er daarbij niet toe of de derde te goeder trouw is. Uit een eerdere uitspraak van de OK²² blijkt dat hierover wel anders kan worden gedacht. De OK stelde de vraag of de overnemer in dat geval wel als 'derde' kon worden beschouwd, nu:

“– althans op grond van hetgeen in het geding bekend is geworden – moet worden aangenomen dat de overnemer (...) voortdurend nauw betrokken is geweest bij de besluitvorming en de wijze waarop in dat verband is omgegaan met de medezeggenschapsrechten van de Ondernemingsraad”.

Met verwijzing naar deze bepaling kan goed worden betoogd dat een bank die bij een financiering is betrokken, zich niet steeds op de bescherming van art. 26 lid 5 laatste zin WOR zou kunnen beroepen in het geval hij voortdurend nauw betrokken is geweest bij de besluitvorming.

19 Zie hierover artikel van prof. mr. L.G. Verburg in deze aflevering *Arbeids-Recht* 2013/5.

20 HR 7 oktober 1987, NJ 1988/854.

21 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 954, nr. 3, p. 42; *Kamerstukken II* 1976/77, 13 954, nr. 6, p. 37.

22 Hof Amsterdam (OK) 15 april 1999, ROR 1999, nr. 19.

In praktijk zijn kredietverstrekkers/banken zich van bovengenoemde risico's bewust. Zij vragen vaak een Legal opinion (als onderdeel van de kredietovereenkomst) om er zeker van te zijn dat aan alle verplichtingen uit de WOR is voldaan. Een alternatief kan nog zijn om in de financieringsdocumentatie een opschortende voorwaarde op te nemen dat een positief advies van de ondernemingsraad is verkregen. Ook hier past nog wel een kanttekening. Het blijft immers de vraag of een opschortende voorwaarde het adviesrecht als zodanig niet uitholt en dat eigenlijk al uitgegaan moet worden van een definitief besluit.

Ten slotte

Er is nog steeds weinig tot geen rechtspraak over de advisering door ondernemingsraden bij concernfinancieringen. Een verklaring hiervoor is niet direct te geven, anders dan dat ondernemingsraden het onderwerp veelal ingewikkeld vinden, het niet goed kunnen overzien, althans niet zonder de hulp van deskundigen. Daarbij speelt tevens mee dat bij het aantrekken of verstrekken van een krediet in de ogen van de ondernemingsraden vaak niet direct werknemersbelangen mee gemoeid zijn. Ondernemingsraden zullen dan in het algemeen niet zo snel in de hoogste boom klimmen. Het is de vraag of de afwachtende houding van de ondernemingsraden terecht is. Het effect van de financieringen op de liquiditeitspositie van ondernemingen kan immers groot zijn.²³ Ondernemingsraden zullen zich in deze tijden van crisis dan ook goed van hun rol bij concernfinancieringen bewust moeten zijn en meer en meer een 'hoofdrol' opeisen. Het niet hebben van een serieuze rol of een enkel bescheiden bijrol past ondernemingsraden in deze tijd niet.

23 Een mooi voorbeeld hiervan biedt Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, RO 2010/48 (PCM).