

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad Novio/Novio NV en Connexxion Holding NV

Besluit tot niet-inschrijving van Novio op nieuwe SAN-concessie is kennelijk onredelijk, want ondeugdelijk gemotiveerd. Connexxion is mede-ondernemer in het kader van de adviesaanvraag van Novio

Novio verricht diensten op het gebied van openbaar vervoer in en rond Nijmegen. Connexxion verricht vervoersdiensten in Nederland, onder meer via haar dochtervennootschappen Connexxion Openbaar Vervoer N.V. (hierna: Connexxion OV), Hermes en Novio. Per 13 december 2009 exploiteert Novio de zogenoemde SAN-concessie. Zij doet dit niet geheel zelfstandig, maar mede door middel van Connexxion OV en Hermes als haar onderaannemers. De concessie heeft een looptijd tot december 2012. De bedrijfsregels, waaronder de dienstregeling voor de buschauffeurs, zijn bij Novio anders dan bij Connexxion OV en Hermes. Op 3 januari 2011 is het bestek voor de SAN-concessie C2013 (hierna: de SAN-concessie) vrijgegeven. Deze concessie, die zal ingaan op 3 december 2012, zal voor de duur van tien jaar worden verleend. Binnen Connexxion is overleg gepleegd welke entiteit namens Connexxion zal inschrijven voor de tender. Besloten is dat Hermes dit zou doen. Vervolgens heeft Novio het voorgenomen besluit tot niet-inschrijving van de tender SAN-concessie aan haar ondernemingsraad ter advies voorgelegd. De OR heeft negatief geadviseerd. Thans verzoekt de OR te verklaren dat Connexxion en Novio bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet hebben kunnen komen tot het besluit om niet met Novio in te schrijven op de tender voor de SAN-concessie; en aan Connexxion en Novio de verplichting op te leggen het besluit dat de Hermes Groep zich zal inschrijven voor de tender in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Volgens Novio en Connexxion is de ondernemingsraad niet-ontvankelijk in zijn verzoeken voor zover het Connexxion betreft, nu deze niet als mede-ondernemer kan worden aangemerkt. Voorts hebben zij zich op het standpunt gesteld dat het verzoek van de ondernemingsraad zich niet kan uitstrekken tot het (voorgenomen) besluit dat Hermes de inschrijving zal doen. De Ondernemingskamer overweegt ten aanzien van deze twee kwesties als volgt. Het besluit van 5 april 2011 dat Novio niet inschrijft, is onderwerp van de onderhavige procedure. Niet duidelijk is welk zelfstandig belang (de onderneming van) Novio heeft bij haar besluit om niet in te schrijven. Wel duidelijk is dat Connexxion in de besluitvorming op dit punt geheel bepalend is, zowel binnen Novio als binnen Hermes en – vanzelfsprekend – binnen haarzelf: het is Connexxion die

bepaalt wie zij de inschrijving laat doen. Dit wordt ook geïllustreerd door de gebruikte terminologie: het gaat niet om Novio of Hermes die inschrijft, maar om inschrijving 'met Novio' of 'met Hermes'. Mede tegen de achtergrond van hetgeen de Ondernemingskamer in haar beschikking van 29 maart 2010 onder 3.4 heeft overwogen, blijkt hieruit dat Connexxion met betrekking tot de inschrijving op de tender SAN als mede-ondernemer dient te worden aangemerkt. Connexxion neemt ten opzichte van Novio een positie in die haar stelselmatig en in ieder geval voor zover hier van belang, een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming van Novio verschaft dat gezegd moet worden dat Connexxion de onderneming van Novio mede in stand houdt. Met het besluit dat Novio niet inschrijft is onlosmakelijk verbonden het (voorgenomen) besluit van Connexxion onderscheidenlijk Hermes dat deze laatste de inschrijving zal doen. Dit (voorgenomen) besluit kan in de onderhavige procedure als zodanig niet ter discussie staan. Dit laat echter onverlet dat bij de beoordeling van het verzoek betekenis kan worden toegekend aan de afweging die Novio én Connexxion hebben gemaakt dat niet Novio maar Hermes inschrijft. Die afweging, die berust op een bedrijfseconomische vergelijking tussen de bedrijfsregels van Novio en Hermes, is een onderdeel van de motivering van het bestreden besluit. Bij de beantwoording van de vraag of Novio en Connexxion bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot dit besluit hebben kunnen komen, kan derhalve betekenis worden toegekend aan het (voorgenomen) besluit van Connexxion om Hermes de inschrijving te laten doen. De hierboven weergegeven standpunten van Novio en Connexxion worden door de Ondernemingskamer gepasseerd.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat Novio op tal van onderdelen heeft gefaald in haar motiveringsplicht (onder meer met betrekking tot de rechtspositionele gevolgen van de werknemers en medezeggenschap bij overgang van concessie). In zoverre hebben Connexxion en Novio in redelijkheid niet tot het besluit kunnen komen met betrekking tot het niet inschrijven van Novio N.V. op de SAN-concessie. De verlangde voorziening (verbod op tenuitvoerlegging besluit tot tender Hermes) zal worden afgewezen, vanwege de mogelijk zeer verstrekkende gevolgen (te weten het niet indienen van een tender voor sluitingsdatum van de aanbesteding).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-05-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ4821

Zaaknummer: 200.085.372/01 OK

Rechters: P. Ingelse, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, J.H.M. Willems, E.R. Bunt en G.A. Cremers

Advocaten: M. van Leeuwen-Scheltema en M.A. Huisman

Wetsartikelen: 25 WOR, 26 WOR en 20 WOR