

Ondernemingskamer Gerechtshof

te

Amsterdam

Zitting 28 november 2018

Zaaknummer 200.267.924/01 OK (WOR)

Zaaknummer 200.268.950/01 OK (Enquête)

Pleitaantekeningen  
van  
mr. R.J.M. Hampsink en mr. L.C.J. Sprengers

inzake

**de ONDERNEMINGSRAAD van XS4ALL INTERNET BV,**  
voorzitter: de heer D. Willems,  
advocaten: mr. R.J.M. Hampsink en mr. L.C.J. Sprengers

tegen:

**1. de besloten vennootschap XS4ALL INTERNET BV,**

alsmede

**2.1 de besloten vennootschap KPN BV, en**  
**2.2 de naamloze vennootschap KONINKLIJKE KPN NV,**  
advocaten: mr. S. Sikkink en mr. A.J. de Gier  
mr. A.R.J. Croiset van Uchelen en mr. T.M. Sweerts

## **Inleiding**

De ondernemingsraad heeft twee vrij uitvoerige verzoekschriften ingediend met daarbij de nodige producties. Het verzoekschrift van 18 oktober 2019 is gericht tegen het besluit van 19 september 2019 dat door XS4ALL en KPN eufemistisch wordt aangeduid als een besluit om XS4ALL te integreren binnen KPN, maar dat de facto neerkomt op een besluit tot opheffing van het merk en de onderneming XS4ALL, een terminaal besluit dus. Het verzoekschrift van 8 november 2019 is erop gericht te bewerkstelligen dat er een onderzoek komt naar het beleid en de gang van zaken met betrekking tot de onderneming van XS4ALL en vooruitlopend op de uitkomst(en) van dat onderzoek onmiddellijke voorzieningen worden getroffen.

XS4ALL en KPN hebben naar aanleiding van beide verzoekschriften twee eveneens vrij uitvoerige verweerschriften ingediend met daarbij ook weer de nodige producties. In deze verweerschriften wordt vrijwel elke stelling van de ondernemingsraad weersproken, maar vrijwel geen enkele stelling weerlegd. Vanwege de beperkte spreektijd die ons als gemachtigden van de ondernemingsraad wordt geboden, zullen wij er in deze mondelinge toelichting niet in slagen om dat voor wat betreft elke stelling toe te lichten en alle onjuistheden in beide verweerschriften te weerspreken. Dat zullen we dan ook niet proberen.

Wel wensen wij te benadrukken dat dit niet betekent dat daar waar er op een door XS4ALL en KPN gesteld feit of gestelde omstandigheid niet wordt ingegaan, de juistheid ervan wordt erkend.

Achtereenvolgens komen aan de orde:

1. Algemene opmerkingen n.a.v. de verweerschriften
2. Het besluitvormingstraject in de WOR-procedure
3. De business case die aan het terminale besluit ten grondslag is gelegd en de kritiek daarop, zoals die blijkt uit het Finext rapport
4. Koninklijke KPN NV en KPN BV in de procedures
  - 4.1 Mede ondernemerschap
  - 4.2 Concern-enquête
5. Twijfel aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken
6. Onmiddellijke voorzieningen

### **1. Algemene opmerkingen n.a.v. de verweerschriften**

- Aan het terminale besluit tot integratie van XS4ALL binnen KPN ligt de vooronderstelling ten grondslag dat het business model van XS4ALL door marktontwikkelingen op termijn onder druk zou komen te staan omdat internet slechts een commodity zou zijn, een vervangbaar massaproduct waarbij het niet om kwaliteit zou gaan, maar slechts om prijs, snelheid en aantallen bits. Uit niets blijkt dat deze vooronderstelling juist is, althans niet voor wat betreft XS4ALL dat, zoals XS4ALL dat in de adviesaanvraag zelf omschrijft, “*een duidelijk herkenbare en onderscheidende positie in het premium klantsegment*” heeft en daarmee – anders dan bijvoorbeeld Telfort – een nichemarkt bedient, dit niet alleen vanwege de missie van XS4ALL maar ook vanwege de excellente, persoonlijke dienstverlening die XS4ALL biedt en de aandacht voor privacy, security en een vrij en open internet (XS4ALL is zogezegd een ‘love brand’). De markt geeft ook geen signalen in die richting. Sterker nog: er zijn meerdere partijen geïnteresseerd in een overname van XS4ALL *as is*, dus onder handhaving van het merk en de missie van XS4ALL; en met de komst van Freedom Internet staat er een nieuwe internetprovider in de startblokken om de plek van XS4ALL in het internetlandschap op te vullen en die daarbij – naar het zich laat aanzien – genoeg zal nemen met marges die onder het niveau van die van XS4ALL en KPN liggen.

- Een aanmerkelijk deel van de klanten van XS4ALL is klant van XS4ALL juist vanwege de missie van XS4ALL. Die missie komt tot uiting in kernwaarden die ook zijn vastgelegd in het – statutair gewaarborgde – corporate charter uit 1998, de uitdrukkelijk voor onbepaalde tijd aangegane ondernemingsovereenkomst uit 2002 en de gedragscode uit 2015, waarvan de uitgangspunten in mei 2016 nog eens werden bevestigd. Daarbij gaat het om een vrije en ongecensureerde uitwisseling van gegevens en ideeën, (technologische) vernieuwing, bescherming van de privacy, veiligheid en betrokkenheid bij maatschappelijke discussies rondom het internet en de klant als leidraad bij bedrijfsmatige beslissingen. Voor de medewerkers van XS4ALL geldt dat zij zich sterk verbonden voelen met de missie van het bedrijf. Anders dan XS4ALL en KPN bij het terminale besluit tot uitgangspunt nemen, vormt KPN voor deze klanten en medewerkers van XS4ALL geen *next best choice*, zeker niet nu uit niets blijkt dat de missie van XS4ALL bij KPN in goede handen is (KPN stelt in het besluit “*op het gebied van kwaliteit, service, privacy en security stappen vooruit*” te hebben gemaakt en stelt in het verweerschrift van 14 november 2019 aan de AVG te voldoen, maar dat is het dan ook) en zich met de komst van Freedom Internet een nieuwe internetprovider heeft aangediend die dezelfde missie en kernwaarden huldigt als XS4ALL.

- Zowel in het verweerschrift van 14 november 2019 als in het verweerschrift van 21 november 2019 worden maar enkele woorden aan de ondernemingsovereenkomst gewijd en worden de missie en kernwaarden van XS4ALL gerelativeerd. In de ondernemingsovereenkomst staat naar de letter inderdaad niet dat XS4ALL niet tot het besluit mag komen om de onderneming in die van KPN te integreren, zoals XS4ALL en KPN in het verweerschrift van 21 november 2019 benadrukken, maar dat betekent nog niet dat dat terminale besluit daarmee in lijn is. De ondernemingsovereenkomst is uitdrukkelijk voor onbepaalde tijd aangegaan en is erop gericht de (relatief) autonome positie van XS4ALL te waarborgen en daarmee de missie en kernwaarden van XS4ALL te beschermen tegen te ver gaande (operationele) bemoeienissen vanuit KPN. Het terminale besluit tot integratie van XS4ALL binnen KPN en daarmee tot opheffing van het merk en de onderneming XS4ALL vormt het ultieme voorbeeld van zo'n te ver gaande (operationele) bemoeienis en valt daarmee onder het bereik van het aan de ondernemingsraad in de ondernemingsovereenkomst toegekende enquêterecht. Alleen al het gegeven dat de ondernemingsraad ter bescherming van de (relatief) autonome positie van XS4ALL het zwaarst mogelijke middel van het enquêterecht is toegekend, maakt duidelijk hoe fundamenteel de (relatief) autonome positie en de daarmee te beschermen missie en kernwaarden voor de onderneming XS4ALL zijn.

- In een persbericht van 10 januari 2019 maakte KPN de één merkstrategie wereldkundig.

*“Om uitvoering te geven aan deze strategie, zal KPN in de loop van 2019 en 2020 het KPN-merk aanvullen met de sterke eigenschappen van de merken Telfort, Telfort Zakelijk, XS4ALL en Yes Telecom. Voor klanten van deze merken verandert er niets.”*

Aldus het persbericht van KPN van 10 januari 2019 dat nog steeds op de website van KPN staat (prod. 19). Medewerkers van de klantcontactteams van XS4ALL werd door KPN opgedragen om de klanten van XS4ALL conform het persbericht te vertellen dat er voor hen niets zal veranderen en uitdrukkelijk niet te vertellen dat er *“het komend jaar”* of *“voorlopig”* niets zal veranderen (prod. 99). En tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van KPN op 10 april 2019 verzekerde de toenmalige bestuursvoorzitter van KPN, de heer Ibarra, met de woorden *“Nothing means nothing”* ook de aandeelhouders van KPN dat er met de integratie van XS4ALL binnen KPN niets zou veranderen voor de klanten van XS4ALL. In lijn daarmee bevat de adviesaanvraag de passage: *“Klanten en klantcontracten blijven ongewijzigd binnen de XS4ALL BV.”* Volgens de ondernemingsraad van XS4ALL kan deze belofte aan de klanten van XS4ALL en de aandeelhouders van KPN niet waar worden gemaakt.

- In zijn advies noemt de ondernemingsraad 8 voorbeelden van assets (producten, zoals het FRITZ!Box-modem, e-mail, VoIP etc.) en features (productkenmerken, zoals een vast IP-adres, voicemailnotificaties etc.) waarvan op dat moment, mede gelet op de doelstelling van de integratie, al duidelijk is dat ze binnen KPN niet of niet onverkort zullen kunnen worden voortgezet. Deze 8 voorbeelden maken deel uit van een steeds langer wordende lijst met assets en features, die de ondernemingsraad ondanks herhaaldelijke verzoeken daartoe nog steeds niet digitaal of op schrift heeft ontvangen. In het terminale besluit wordt nog gesproken over 71 key features, maar inmiddels blijken het er al meer dan 100 te zijn. In het terminale besluit worden de door de ondernemingsraad genoemde voorbeelden ook niet weersproken, maar wordt verduidelijkt dat de belofte niet in absolute termen moet worden gezien, maar in de context van een *“gelijke of betere klantervaring”*. In een misleidende mail van 19 september 2019 (prod. 97), van dezelfde datum als het besluit dus, schreef XS4ALL al haar klanten echter het volgende:

*“Op dit moment [onderstreping, RH & LS) blijft voor u alles hetzelfde. Uw abonnement en onze dienstverlening blijven ongewijzigd.*

*[...]*

*Als de integratie in KPN gestart wordt, gaat u als klant vermoedelijk pas op z'n vroegst in de tweede helft van 2020 over naar KPN. Dat gebeurt pas als de service en dienstverlening gelijkwaardig of beter zijn dan hoe u die nu ervaart. U houdt dezelfde FRITZ!Box-modem met technische ondersteuning van de helpdesk, hetzelfde e-mailadres en u kijkt tv via dezelfde ontvanger. Ons doel is een geruisloze overgang. Daar gaan wij ons stinkende best voor doen.”*

Op dát moment, op 19 september 2019, bleef voor klanten inderdaad alles hetzelfde, maar stond dus al vast dat dat niet zo zal blijven, en dat niet alleen voor wat betreft de missie en kernwaarden, de bedrijfscultuur en de kleinschaligheid van XS4ALL, die in ieder geval zullen worden losgelaten. Tot op de dag van vandaag, meer dan 10 maanden na het persbericht van 10 januari 2019, is nog steeds niet helder hoe het zogenaamde landingsportfolio eruit komt te zien en welke assets en features zullen worden gecontinueerd en hoe, iets wat in het verweerschrift van 14 november 2019 (bij randnr. 6.27 t/m 6.32, waar ten onrechte de indruk wordt gewekt dat de ondernemingsraad een lijst met alle features digitaal en/of schriftelijk zou zijn aangeboden, daar waar in werkelijkheid de ondernemingsraad deze lijst enkel beperkt mocht inzien) ook wordt erkend (zie ook prod. 6). Goed uitgewerkte integratie- en/of implementatieplannen liggen er nog steeds niet. Sterker nog, inmiddels is de ondernemingsraad duidelijk geworden dat KPN helemaal niet voornemens is om alle diensten en de daarmee samenhangende assets en features voort te zetten, al trachten XS4ALL en KPN dat naar de ondernemingsraad en de buitenwereld toe te maskeren. Zo bevat de op 9 oktober 2019 na herhaald aandringen van de ondernemingsraad, aan de ondernemingsraad verstrekte vertrouwelijke, gecensureerde, versie van het rapport van Deloitte Consulting van september 2019 (prod. 184) op p. 23 bij nr. 17 “*Special revenues*” onder de kop “*Deloitte observation*” de volgende tekst:

- *@, this stands separate from the XS4ALL brand integration and the management case considers the latter only*
- *Churn on these special revenues categories is assumed to be lower versus telco due to long-term contracts and switching barriers”*

Uit de als productie 5 bij het verweerschrift van 14 november 2019 gevoegde, niet gecensureerde versie van het Deloitte rapport blijkt echter dat de ondernemingsraad met de vertrouwelijke, gecensureerde, versie op een cruciaal punt moedwillig en doelbewust een rad voor ogen lijkt te zijn gedraaid, iets wat op zichzelf al een gegronde reden vormt om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen als bedoeld in art. 2:350 lid 1 BW. De op de plek van de apenstaart (@) geblurde tekst blijkt namelijk als volgt te luiden:

*“Co-location and hosting business is indicated by management not to be in line with KPN strategy”*

Daar waar de ondernemingsraad in zijn advies al grote twijfels uitspreekt over de ongewijzigde voortzetting van co-location (waarbij klanten hun eigen server(s) in het datacenter van XS4ALL onderbrengen) en hosting (waarbij klanten hun website bij XS4ALL onderbrengen), stellen XS4ALL en KPN in het verweerschrift van 14 oktober 2019 (bij randnr. 6.26) dat reeds voordat project Eik van start ging, zou zijn besloten dat de Shared Webhosting dienst zou worden verplaatst naar Argeweb, terwijl in juni 2019 nog in antwoord op vragen aan de ondernemingsraad werd medegedeeld dat er slechts sprake zou zijn van

een “voorgenomen MT besluit op hosting en colocation”, dat in het adviestraject zou worden meegenomen (prod. 61 onder nr. 1). In het verweerschrift van 21 november 2019 (bij randnr. 3.22 en 3.115) stellen XS4ALL en KPN met betrekking tot co-location en hosting echter weer dat het productaanbod in stand zou worden gehouden om bestaande klanten goed te kunnen bedienen, maar dat er niet verder in zou worden geïnvesteerd. Uit de ongecensureerde versie van het Deloitte rapport blijkt echter dat anders dan XS4ALL en KPN de ondernemingsraad bij voortduring hebben doen geloven, co-location en hosting onder KPN-vlag eenvoudigweg niet worden voortgezet! Niet alleen blijft voor de klanten die van deze twee diensten gebruik maken dus niet alles hetzelfde, ook leidt de niet voortzetting van co-location en hosting tot een door XS4ALL en KPN in de Eik-business case niet doorgerekend fors verlies aan inkomsten, waarover later meer.

- Mede samenhangend met de hiervoor gedane constatering moet er van een aanmerkelijk hogere *churn* uit worden gegaan dan XS4ALL en KPN doen. In het bestreden besluit wordt uitgegaan van een *churn* van 6%, hetgeen gelijk staat aan 15.000 klanten, die in het Deloitte rapport iets hoger wordt ingeschat op 7,5%. Deze percentages blijken echter te zijn gebaseerd op het Rio rapport, dat uit 2016 stamt en dus al meer dan 3 jaar oud is. De ondernemingsraad heeft dit door McKinsey & Company zonder betrokkenheid van de ondernemingsraad en de COR van KPN vervaardigde rapport – ondanks herhaaldelijk gedane verzoeken daartoe – nooit in zijn volledigheid ontvangen. Aan dit rapport ligt kennelijk de volgende vraag ten grondslag: “*Imagine if XS4ALL phases out and you’ll move to KPN “XS4ALL powered by KPN” retaining all your benefit; would you stay with KPN?*” en in het rapport blijken de antwoorden “*yes*” en “*probably yes*” bij elkaar te zijn opgeteld (prod. 115). Niet alleen zijn er sedert de verschijning van het Rio rapport de nodige jaren verstreken, ook wordt er in het rapport vanuit gegaan dat de XS4ALL-klant al zijn voordelen behoudt en zoals bij de hiervoor gedane constatering al bleek, zal dat dus bepaald niet het geval zijn. Bovendien wordt er in het Rio rapport geen rekening mee gehouden dat zich met de komst van Freedom Internet een nieuwe internetprovider heeft aangediend die dezelfde missie en kernwaarden huldigt als XS4ALL en graag bereid is de plek van XS4ALL in het internetlandschap over nemen. Dat de *churn* aanmerkelijk hoger zal zijn dan op basis van Rio rapport wordt ingeschat, blijkt ook uit de maatschappelijke ophef die er al bijna een jaar over het bestreden besluit en het voorgenomen besluit daartoe bestaat en die veel groter is dan KPN Mediarelaties heeft ingeschat (KPN Mediarelaties schatte de reacties van klanten en de media in als ‘neutral to positive’). In de Nederlandse geschiedenis is het nog niet eerder voorgekomen dat er een actiecomité in het leven is geroepen om een onderneming te behouden en dat een petitie tot behoud van een onderneming door bijna 55.000 mensen is ondertekend. Uit de ip-adressen en mailadressen van de ondertekenaars blijkt overigens dat 75% van hen aantoonbaar klant van XS4ALL is. Een deel van de klanten van XS4ALL lijkt er echter op voorhand niet meer in te geloven. Sinds de bekendmaking van de één merkstrategie op 10 januari 2019 is het tot dan toe vrij stabiele klantenaantal (zie prod. 16 en 17), ondanks de merkverbondenheid van de XS4ALL-klanten (zoals die ook blijkt uit het Up to Data onderzoek van maart 2019, prod. 84) aanzienlijk gedaald, hetgeen in het strategisch plan van XS4ALL voor 2019 ook niet was voorzien, zoals blijkt uit de bijlagen 2 en 3 bij het Finext rapport (prod. 185).

- Zoals in het enquêteverzoekschrift naar voren wordt gebracht, is het geel van XS4ALL de laatste jaren enigszins verbleekt, doordat KPN zich, in weerwil van het corporate charter, de ondernemingsovereenkomst en de gedragscode, steeds verdergaand met de woordvoering en de operationele bedrijfsvoering van XS4ALL is gaan bemoeien.

Het meest pregnant kwam dat voor wat betreft de woordvoering tot uiting bij het raadgevend referendum over de Sleepnetwet in 2018. Zoals uit het enquêteverzoekschrift blijkt,

verhinderde KPN dat XS4ALL zich te prominent roerde in het maatschappelijke debat dat aan het referendum voorafging. Ook ontzegde KPN XS4ALL de mogelijkheid om in alle openheid met haar klanten te communiceren over een door de Autoriteit Persoonsgegevens geconstateerde overtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens bij KPN en XS4ALL. Tekenend in dat verband zijn ook de verklaringen van de woordvoerder van XS4ALL, de heer Huijbregts, vandaag ook hier aanwezig, (prod. 125 en 129), waarin hij uitlegt hoe hij als woordvoerder gaandeweg aan banden werd gelegd en uiteindelijk voor vrijwel alle publieke uitingen de toestemming van KPN moet hebben. Die toestemming wordt vrijwel altijd geweigerd. XS4ALL mag zich niet meer in het publieke debat mengen en niet meer naar buiten toe communiceren over onderwerpen die XS4ALL van oudsher van belang vindt. Ondertussen stellen XS4ALL en KPN in het terminale besluit meerdere keren dat XS4ALL onvoldoende onderscheidend is in de markt.

Dan de operationele bedrijfsvoering. De ondernemingsraad heeft de afgelopen vrijdag nog met een oud-directeur van XS4ALL gesproken, die in 2013 is vertrokken, nadat KPN, in haar streven naar maximaal rendement om geen al te gemakkelijke overnameprooi voor América Móvil te worden, zelfs de verstrekking van fruit aan de medewerkers van XS4ALL had geblokkeerd. Daaraan voorafgaand had hij als directeur van XS4ALL met veel moeite de vingers van KPN uit de core-business van XS4ALL weten te houden, maar in ruil daarvoor wel moeten accepteren dat XS4ALL steeds meer een 'wingewest' voor KPN werd en de inzet van personeel en middelen steeds verder aan banden werd gelegd met als spreekwoordelijke druppel het geschil over de fruitverstrekking. Zoals in het enquêteverzoek uitvoerig wordt uitgelegd, laat KPN zich bij de sturing van XS4ALL leiden door de drang de kosten tot een minimum te beperken en het rendement te maximaliseren, waarbij zelfs de kernwaarden van XS4ALL op het spel worden gezet, zoals blijkt uit de e-mail van de functionaris gegevensbescherming, de heer Huijbregts, tevens woordvoerder van XS4ALL (prod. 148 bij het enquêteverzoek). Omdat KPN dat niet toestaat, beschikt XS4ALL onder meer niet over een eigen mobiel aanbod en een eigen TV-app. Onder druk van KPN heeft XS4ALL afstand moeten doen van het (klein) zakelijk 'internetportfolio'. Daarnaast zit XS4ALL grotendeels vast aan de 'preferred suppliers list' van KPN waarvan slechts kan worden afgeweken als XS4ALL dat naar het oordeel van KPN goed kan onderbouwen en kan XS4ALL vrijwel geen medewerkers aanstellen zonder de voorafgaande toestemming van KPN. Het gevolg daarvan is een steeds defensiever wordende organisatie die steeds meer met het oog op korte termijn efficiencybelangen wordt aangestuurd, waar steeds meer uitzendkrachten en tijdelijk contractanten rondlopen en die met steeds meer openstaande vacatures en bijbehorende onderbezetting en werkdruk te kampen heeft, dit met alle gevolgen van dien voor de dienstverlening en innoverende kracht van XS4ALL.

Met de kennelijke bedoeling het verwijt van operationele bemoeienissen in het bijzonder met betrekking tot de (klein)zakelijke markt te weerleggen, heeft KPN op 25 november 2019 als productie 50 een verklaring van de heer Mijnhardt overgelegd die van januari 2014 tot april 2015 en van medio september 2018 tot medio februari 2019 directeur van XS4ALL was. De heer Mijnhardt stelt in zijn verklaring:

*“De keuze om niet langer in het zakelijke segment te investeren was logisch en niet opgelegd door KPN.”*

In de Adviesaanvraag Persoonlijke verkoop van 14 april 2014 schreef de heer Mijnhardt op p. 2 onder 3.3 echter juist het tegenoverstelde (prod. 134):

*“Waar het grootste deel van de deals en de funnel tot vorig jaar nog vanuit KPN ZM voortkwam zagen we daar vorig jaar een kentering in komen. We zagen vorig jaar de verkoop trajecten al moeizamer verlopen in samenwerking*

*met KPN. De rol van XS4ALL ligt vaak ter discussie en veelal merken we dat we niet zijn meegenomen in de payplannen van accountmanagers en worden we niet meer gevraagd mee te dingen naar een offerte. Hierdoor wordt het lastiger om de bestaande funnel te converteren (weinig tot geen medewerking van KPN, directe concurrentie vanuit KPN organisatie, tegenwerking vanuit KPN management) en wordt deze ook niet meer aangevuld.”*

## **2. Het besluitvormingstraject in de WOR-procedure**

XS4ALL en KPN laten, ook in beide verweerschriften, niet na te wijzen op de nieuwsbrief die de ondernemingsraad zijn achterban op 10 januari 2019 heeft toegezonden naar aanleiding van het persbericht van 10 januari 2019 waarin het strategisch voornemen van KPN om met één merk verder te gaan wereldkundig werd gemaakt. In de nieuwsbrief liet de ondernemingsraad op basis van wat hij op dat moment wist onder druk van de toenmalige directeur van XS4ALL, dit in een poging de gemoederen te bedaren, aan zijn achterban weten te moeten vaststellen dat het verhaal van KPN voldoende was onderbouwd. Maar al gauw bleek dat er bij de totstandkoming van het strategisch voornemen niet vanuit was gegaan dat de klanten van XS4ALL zich op zo grote schaal en met zo een heftigheid zouden roeren. XS4ALL werd met honderden e-mails en telefoontjes van klanten overspoeld die het er niet mee eens waren, er werd een Actiecomité in het leven geroepen en er kwam een petitie waarin KPN werd opgeroepen op haar schreden terug te keren die in korte tijd tienduizenden keren werd ondertekend. Dit bleek een misrekening in de onderbouwing die aan het strategische voornemen ten grondslag werd gelegd. De ondernemingsraad kreeg daardoor grote twijfels bij de haalbaarheid van het strategische voornemen en naarmate KPN het strategische voornemen van een verdere onderbouwing voorzag (een uitgewerkte business case lag er aanvankelijk niet), bleek die onderbouwing steeds meer onvolkomenheden en onzorgvuldigheden te bevatten. Mede daardoor zag de ondernemingsraad zich genoodzaakt om op een afzonderlijke adviesaanvraag ten aanzien van de onderneming XS4ALL aan te dringen, doch tevergeefs.

Nadat KPN op 15 januari 2019 het besluit bekend maakte om tot uitvoering van het principiële/strategische voornemen over te gaan om in de loop van 2019 en 2020 alleen met het KPN-merk verder te gaan, zag de ondernemingsraad zich genoodzaakt op de voet van art. 26 WOR in beroep te gaan omdat het besluit een terminaal besluit jegens XS4ALL impliceerde maar de ondernemingsraad van XS4ALL niet op de voet van art. 25 WOR om advies was gevraagd. Dit beroep werd weer ingetrokken nadat KPN de ondernemingsraad bij memorandum van 6 maart 2019 had medegedeeld dat het besluit uitdrukkelijk niet inhield *“dat reeds (voor XS4ALL) zou zijn besloten om het merk XS4ALL en de organisatie XS4ALL op te heffen en/of XS4ALL te integreren in KPN”* en dat de ondernemingsraad een *“volwaardig adviesrecht”* toe zou komen ten aanzien van het nog te formuleren besluit inzake XS4ALL. In dat licht komen de voortdurende verwijzingen van XS4ALL en KPN naar het nieuwsbericht van de ondernemingsraad naar de achterban van 10 januari 2019 de ondernemingsraad nu ietwat merkwaardig voor.

XS4ALL en KPN stellen dat het bestreden besluit na een lange periode van intensief en constructief overleg met de ondernemingsraad en zijn adviseurs tot stand zou zijn gekomen, dat alle vragen van de ondernemingsraad zouden zijn beantwoord, dat de ondernemingsraad in het bezit zou zijn gesteld van alle benodigde informatie, dat de ondernemingsraad daarbij ruim in de gelegenheid zou zijn gesteld om van deskundigen van binnen en buiten de onderneming gebruik te maken en dat de ondernemingsraad daartoe alle tijd zou zijn geboden. De ondernemingsraad heeft er geen behoefte aan om hierover

tijdens de mondelinge behandeling in een welles-nietes discussie te geraken, maar bestrijdt het hieromtrent door XS4ALL en KPN gestelde onder verwijzing naar hetgeen hij hieromtrent in het advies van 31 augustus 2019 en in beide verzoekschriften stelt. Verder wenst de ondernemingsraad in dit verband het navolgende te benadrukken.

In het verzoekschrift van 18 oktober 2019 weidt de ondernemingsraad bij de randnummers 45 t/m 49 en 55 onder verwijzing naar de relevante producties (waaronder prod. 60, 61 en 66) uitvoerig uit over de permanente worsteling om tijdig aan de benodigde informatie te komen. Zoals ook op diverse plekken in het advies naar voren komt, is de ondernemingsraad – anders dan XS4ALL en KPN in hun verweerschriften doen geloven – door de gebrekkige informatieverschaffing ernstig in zijn functioneren belemmerd. De ondernemingsraad heeft de uiteindelijke adviesaanvraag pas op 5 juni 2019 ontvangen en de daaraan ten grondslag gelegde Excel-berekeningen na lang aandringen (prod. 59.7) pas op 13 augustus 2019 (prod. 62). Het aan de Eik-business case ten grondslag gelegde Rio rapport heeft de ondernemingsraad ondanks herhaaldelijk gedane verzoeken daartoe (o.a. bij e-mails van 18 april 2019, prod. 66) nooit in zijn volledigheid ontvangen, zoals de ondernemingsraad in zijn advies onder 12 ook benadrukt. Het Deloitte rapport van september 2019 heeft de ondernemingsraad pas op 9 oktober 2019 na herhaald aandringen ontvangen, maar dan in de vorm van een gecensureerde versie. Dat er in weerwil van mededelingen van de zijde van XS4ALL en KPN dat een verkoop van XS4ALL geen optie zou zijn (een conclusie die anders dan in het verweerschrift van 14 november 2019 wordt gesuggereerd ook nooit door de ondernemingsraad is getrokken) en dat zich bovendien ook geen serieuze kopers zouden hebben gemeld, toch gesprekken over een verkoop van XS4ALL hebben plaatsgevonden en er zelfs een bod op XS4ALL is uitgebracht, heeft de ondernemingsraad pas achteraf mogen vernemen, niet van XS4ALL en/of KPN maar van het Actiecomité XS4ALL Moet Blijven. Noch de ondernemingsraad noch de COR is daarbij op welke wijze dan ook betrokken. Overigens, naar de ondernemingsraad inmiddels heeft vernomen, werd het gedane bod door KPN M&A als een goed bod gekwalificeerd.

Omdat XS4ALL in weerwil van het memorandum van 6 maart 2019 naliet om eventuele alternatieven voor het (voorgenomen) besluit tot integratie van XS4ALL binnen KPN te onderzoeken, zag de ondernemingsraad zich genoodzaakt dat onderzoek naar eventuele alternatieven zelf te verrichten en daartoe een beroep te doen op externe deskundigheid. Dat onderzoek nam de nodige tijd in beslag en nadat het was voltooid, bleek dat XS4ALL en KPN het onderzoek als een formele exercitie zagen. Ze hadden er weinig behoefte aan om over eventuele alternatieven mee te denken en stelden zich vervolgens op het standpunt dat de ondernemingsraad erg veel tijd en geld had besteed aan de business case en het alternatievenonderzoek en er zelf voor zou hebben gekozen geld voor dit alternatievenonderzoek in te zetten en niet voor de business case zelf. XS4ALL was daarom slechts bereid om maximaal 20 uur beschikbaar te stellen voor de inzet van het op het terrein van de telecomsector en IT gespecialiseerde financieel adviesbureau Finext ter ondersteuning van de ondernemingsraad bij de bestudering van de business case (prod. 59.4, 59.5 en 59.6). Ondertussen verlangde XS4ALL dat de ondernemingsraad uiterlijk op 31 augustus 2019 zijn advies uitbracht. Wel stelde XS4ALL de ondernemingsraad daartoe, zoals hiervoor al bleek, eindelijk de Excel-berekeningen ter beschikking die aan de Eik-business case ten grondslag werden gelegd.

### **3. De business case en de kritiek daarop, zoals die blijkt uit het Finext rapport**

De eerste bevindingen van Finext als verwoord in het Verkennend onderzoek van 23 augustus 2019, die de ondernemingsraad als bijlage bij het advies heeft gevoegd (prod. 57),



logen er niet om: daar waar XS4ALL en KPN blijven spreken over een “*solide business case*”, blijkt de Eik-business case een waslijst aan onjuistheden en onvolkomenheden te bevatten en kwam Finext tot de conclusie dat er een reële mogelijkheid bestaat dat de Eik-business case negatief uitvalt. Volgens Finext was er meer informatie en aanvullend onderzoek nodig. Onder andere in een gesprek op 25 september 2019 stelde de ondernemingsraad XS4ALL en KPN voor de Eik-business case nog een keer gezamenlijk ter hand te nemen. XS4ALL en KPN sloegen dit aanbod af en gaven vervolgens Deloitte de opdracht om de Eik-business case te onderzoeken. Ze weigerden echter de ondernemingsraad bij dit onderzoek te betrekken, noch op de voet van art. 25 lid 1 onder aanhef en n WOR noch op andere basis. De ondernemingsraad zag zich daarop genoodzaakt Finext te vragen om een aanvullend onderzoek te verrichten. Ofschoon XS4ALL en KPN niet bereid bleken om hun medewerking aan het onderzoek van Finext te verlenen en aldus de kosten van het aanvullende onderzoek van Finext te dragen en Finext in het bezit van alle voor het aanvullende onderzoek benodigde informatie te stellen, bleek Finext ondanks de onzekerheid over de betaling van haar werkzaamheden toch bereid op het verzoek in te gaan. Op 21 november 2019 heeft de ondernemingsraad het daaruit voortkomende onderzoeksrapport van 20 november 2019 als productie 185 in het geding gebracht. Wordt in het verweerschrift van 14 november 2019 nog geframed dat in deze zaak cijfers tegenover principes en idealisme staan, uit het onderzoeksrapport valt geen andere conclusie te trekken dan dat de Eik-business case grotendeels op drijfzand berust en dus die cijfers niet kloppen.

De heer Van den Broek, auteur van het Finext onderzoeksrapport, zal nu een korte toelichting geven op zijn rapport en ingaan op de kritiek die daarop van de zijde van XS4ALL en KPN is geleverd.

[...]

#### **4. Koninklijke KPN NV en KPN BV in de procedures**

Partijen zijn verdeeld, zo blijkt uit de verweerschriften, over het antwoord op de vraag of Koninklijke KPN NV en KPN BV door de ondernemingsraad in deze procedures in rechte zijn te betrekken. KPN stelt dat niet duidelijk is of het de ondernemingsraad er om te doen is één van beide rechtspersonen of beide rechtspersonen in rechte te betrekken. Het mag duidelijk zijn dat het de ondernemingsraad er om gaat beide rechtspersonen in rechte te betrekken, maar in ieder geval KPN BV.

##### **4.1 Medeondernemerschap**

In de art. 26 WOR procedure gaat het om de vraag of KPN NV en/of KPN BV als mede-ondernemer zijn aan te merken ten aanzien van het besluit dat aan de orde is. Dat wordt door de ondernemer aangeduid als een besluit tot integratie van XS4ALL binnen KPN, maar de facto vormt het een terminaal besluit om eerst XS4ALL in comateuze toestand te brengen om vervolgens de onderneming te staken. Hoewel de ondernemer de aldus omschreven strekking van het besluit weerspreekt, wordt in 6.7 verweerschrift WOR-zaak wel erkend dat in het vervolgtraject afhankelijk van het tempo van afnemen van het aantal XS4ALL klanten vervolgadviessaanvragen zullen worden ingediend, die

*“in feite of in ieder geval in overwegende mate het karakter van uitvoeringsadviesaanvragen in de zin van art. 25 lid 5 laatste zin (zullen hebben), nu het slechts gaat om de gevolgen van de uitvoering van het Besluit.”*

Dit valt niet anders uit te leggen dan dat het besluit de terminale strekking heeft die de ondernemingsraad er aan geeft. Anders zou er in een later stadium nog een aparte art. 25 lid 1 WOR-adviesaanvraag moeten komen.

De vraag is: Wie heeft bepalende invloed op dit besluit? Gaat het om een vrijwillige of een gedwongen, opgelegde keuze? Volgens de ondernemer heeft alleen XS4ALL zelf de inhoud van het besluit bepaald. Maar het gaat wel om een opvolgingsbesluit (randnummer 2.34), waarbij de instructie van de moeder wordt gevolgd. Daarbij wordt ook nog verwezen naar het feit dat in de statuten gebruik is gemaakt van de mogelijkheid van art. 2:239 lid 4 BW, de instructiebevoegdheid. In de statuten van XS4ALL is dit zo vertaald dat het bestuur is gehouden zodanige aanwijzingen op te volgen, tenzij in strijd met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (randnummer 2.35 verweerschrift). Verder wordt erop gewezen dat de instructie, het volgen van het concernbeleid, te weten het meewerken aan het één merkbeleid, *“buiten de sfeer van aan XS4ALL toekomstende bevoegdheden valt en niet rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waar de ondernemingsraad is ingesteld.”*

Deze redenering is niet vol te houden: je dochter de instructie geven om haar merk en onderneming op termijn op te heffen, grijpt natuurlijk in in die onderneming. Het feit dat XS4ALL daarbij in het kader van de besluitvorming nog een eigen besluit (formeel) neemt, doet daar niet aan af.

Vraag is of KPN NV en KPN BV een positie innemen die hen ‘stelselmatig’ een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschafft, dat kan worden gezegd dat de onderneming mede door hen in stand wordt gehouden (HR 26 januari 2000, JOR 2000/55).

Discussie is er geweest of het daarbij vereist is dat de medeondernemer continu invloed dient uit te oefenen of dat voldoende is dat hij het kan doen. Ingelse (Medeondernemerschap en concernenquête, TAO 2012/1) heeft gesteld dat het laatste voldoende is. Zo ook Y.H. Dissel & I. Zaal, Elders genomen besluiten en het adviesrecht van de OR, opgenomen in L.C.J. Sprengers en R.D. Poelstra, *40 jaar rechtspraak Ondernemingskamer over adviesrecht*, Boomjuridisch 2019, p. 83).

En nog belangrijker, het volgt uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer:

- OK 30 oktober 2002, ARO2002/171 (NS Reizigers)

*“De inhoud van de stukken leidt onmiskenbaar tot de conclusie dat beslissingen omtrent aanbestedingen als hier aan de orde op holdingniveau en in groepsverband worden genomen, alsmede dat een 100% dochtervennootschap als NS Reizigers, wier bestuur wordt gevormd door NS Groep N.V., zich aan een zodanige beslissing niet kan onttrekken. Vastgesteld moet dan ook worden dat zich ter zake van het aangevallen besluit het geval voordoet dat voor de toepassing van de artikelen en 25 en 26 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) NS geacht moet worden in de zin van art. 1 lid 1 letter d WOR de onderneming van NS Reizigers mede in stand te houden.”*

- OK 10 mei 2011, ARO 2010/181 (Novio)

*“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 een en ander wordt ook geïllustreerd door de gebruikte terminologie: het gaat niet om Novio of Hermes die inschrijft, maar om inschrijving “met Novio” of “met Hermes”. [...] blijkt hieruit dat Connexxion met betrekking tot de inschrijving op de tender SAN als mede-ondernemer dient te worden aangemerkt.”*

In beide beschikkingen beoordeelt de Ondernemingskamer de betrokkenheid van de mede-ondernemer aan de hand van de inhoud en strekking van het besluit dat aan de orde is, en gaat de Ondernemingskamer niet na of en in welke mate er sprake is van een doorlopende betrokkenheid. Het begrip ‘stelselmatig’ wordt dan ook uitgelegd in de zin dat het voldoende is dat het kan.

Zie ook de SHL-beschikking van 19 oktober 2016, JAR C2016/278:

*“Daarvoor is ten minste noodzakelijk dat het besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming van SHL Engineering en dat de aandeelhouders stelselmatig de mogelijkheid hebben om op zodanige wijze invloed uit te oefenen op SHL Engineering dat gezegd moet worden dat zij de onderneming van SHL Engineering mede in stand houden.”*

Wat zijn nu de argumenten die maken dat in deze sprake is van mede-ondernemerschap:

- de aard van het terminale besluit, dat is ingegeven door het concernbelang. Het besluit is bedoeld om door integratie en opheffing van de merknaam de operationele kosten van het concern te drukken;
- de wijze waarop de invloed vanuit het concern op de besluitvorming die aan de orde is, is georganiseerd:
- de Holding KPN NV is 100% aandeelhouder van KPN BV, die weer 100% aandeelhouder is van XS4All Internet BV (zie uittreksel KvK, prod. 179-181);
- KPN NV vormt het bestuur van KPN BV, en vervolgens vormt KPN BV weer het bestuur van XS4ALL Internet BV (zie uittreksel KvK, prod. 179-181);
- er is sprake van een instructiebevoegdheid van de moeder, die ook in de statuten van XS4ALL is verankerd, hetgeen de sturende invloed vanuit het concern accentueert;
- de invloed van KPN op de bedrijfsvoering is in de loop van de tijd steeds meer uitgebreid. Dit blijkt niet alleen uit de dagelijkse praktijk waarbij het procuratieproces met zich brengt dat er altijd een medewerker van KPN goedkeuring moet geven voor een aanvraag vanuit XS4ALL, maar bijvoorbeeld ook uit de verschillende boards die KPN heeft ingesteld en waaraan XS4ALL vooraf groen licht moet vragen voor zeer veel operationele beslissingen:

<b>Pricing Board</b>	Stelt het prijsniveau binnen de verschillende KPN dochters op elkaar af.
<b>Consumer board</b>	Kijkt of het portfolio van XS4ALL niet te veel afwijkt van het KPN-consumenten portfolio. De directeur van XS4ALL heeft hier in het verleden deel van uitgemaakt. Is inmiddels opgeheven.
<b>Spend board</b>	Moet iedere uitgave boven de € 10.000 euro (CAPEX of OPEX) buiten budget goedkeuren. Is inmiddels opgeheven.
<b>Sourcing board</b>	Moet iedere contractsverlenging, inclusief die voor uitzendkrachten, voor een periode van maximaal 4 maanden goedkeuren.

<b>Commercial Board</b>	Houdt de markt in de gaten. Vooral Ziggo (grootste concurrent) als interne bewegingen (bijv. wisselen binnen de KPN-groep). Wijzigingen in de propositie van XS4ALL moeten door deze board worden goedgekeurd. De directeur van XS4ALL heeft hier in het verleden deel van uitgemaakt en later weer niet; de huidige directeur heeft er wel weer ingezeten. Is inmiddels opgevolgd door het CMLT.
<b>Consumer Management Leadership Team (CMLT)</b>	Opvolger van de Consumer Board en Commercial board, bestaande uit de top van de consumententak van KPN. De huidige algemeen directeur van XS4ALL/EVP Customer Service KPN maakt hier deel van uit.

Eerder werd al vermeld als tekenend voorbeeld van de bemoeienis van KPN met de bedrijfsvoering van XS4ALL dat KPN de directeur van XS4ALL verbood om nog fruit te kopen dat aan het personeel ter beschikking werd gesteld. Een ander voorbeeld tot slot: eerder dit jaar werd het gebruik in reclame-uitingen op de radio van de zinsnede 'best getest door de consumentenbond' door KPN niet toegestaan.

Allemaal voorbeelden die duidelijk maken dat binnen het KPN-concern een sterke operationele betrokkenheid is van de moeder bij de dochteronderneming, zo ook bij XS4ALL.

De invloed van KPN in en op de samenstelling van het managementteam van XS4ALL is groot. In pt. 2.3 van het verweerschrift in de enquêtezaak wordt de huidige samenstelling van het MT geschetst. In voetnoot 2 daarbij wordt aangegeven dat 1.6 fte een XS4ALL contract heeft en 3,6 fte een KPN contract. Van de 1,6 fte XS4ALL wordt 0,8 fte gevuld door de managementassistente, die in het verweerschrift gemakshalve als MT-lid wordt gepositioneerd. Dat is niet terecht, zij heeft geen stemrecht in het MT. Dat betekent dat 85% van het MT (3,6 van 4,2 fte) van de MT-leden van XS4ALL een KPN contract heeft. Het MT, dat volgens het verweerschrift alleen en zelfstandig verantwoordelijk is voor het besluit, heeft een overheersende groene KPN kleur en signatuur en geen gele XS4ALL kleur.

Samenstelling MT:

Naam	Functie in MT XS4ALL	Andere functie/taak binnen KPN	Voorafgaande functie bij KPN	MT-lid sinds
Jörg Kramer	Directeur (aok met KPN)	EVP Customer Service		Febr. 2019
Xandra Buiten	Manager HR (aok met XS4ALL)			Sept. 2017
Marlijn Krudde van der Horst	Manager Finance (aok met KPN)	Manager Business Navigation CRM & Analytics	Teamlid Financial control Marketing & Sales	Mei 2015
Nienke Ruis	Manager Commercie (aok met KPN)		9 jaar bij KPN Marketing werkzaam	Juli 2019
Wilco Mol	Manager Klantcontact (aok met KPN))	Directeur Customer Services voor Telfort, XS4ALL & KPN Sourcing Partners		April 2019

Hidde Andriessen	Manager T&O (aok met KPN)		Transformation coach KPN	Nov. 2019
------------------	---------------------------	--	--------------------------	-----------

- Een groot deel van de deelnemers aan de overlegbijeenkomsten in het kader van het Eik-project dat betrekking had op het integratiebesluit, was KPN-functionaris.

- De afspraken die in het memorandum van maart 2019 zijn vastgelegd, zijn met KPN gemaakt en het recente overleg met de ondernemingsraad over mogelijke oplossingen voor de ontstane problemen door het terminale besluit is gevoerd door de voorzitter van de RvB van KPN NV.

Al deze argumenten tezamen geven de grote verwevenheid weer zowel in de formele structuur, in delen van de operationele bedrijfsvoering als met betrekking tot het aan de orde zijnde besluit van KPN NV en KPN BV met het reilen en zeilen binnen de onderneming XS4ALL BV. Buiten iedere twijfel staat dat KPN NV en KPN BV in ieder geval bevoegdheden kunnen uitoefenen aangaande besluiten die ingrijpen in de onderneming XS4ALL.

In het verweerschrift wordt voorts op twee gedachten gehinkt. Enerzijds wordt benadrukt dat zowel de 'wat' als de 'hoe' vraag nog volledig onderwerp van het adviestraject is en daarmee beïnvloedbaar zou zijn door en ter besluitvorming zou zijn van het management van XS4ALL (randnr. 4.16 verweerschrift WOR). Anderzijds wordt niet nagelaten te wijzen op het concernbelang en de mate waarin dit een rol moet spelen bij de besluitvorming en de (relatief) zelfstandige positie van XS4ALL (par. 2 verweerschrift WOR).

Hierin zit een tegenstrijdigheid als dit wordt betrokken bij de onderbouwing van het verweer dat er geen sprake is van mede-ondernemerschap. Het feit dat het volledige besluit nog ter advisering en beïnvloeding voor heeft gelegen, is daarmee geen bewijs voor de stelling dat er geen sprake van mede-ondernemerschap kan zijn. Juist de inhoud en strekking van het besluit en de sturing vanuit KPN duiden veeleer op medeondernemerschap.

Ook het feit dat de ondernemingsraad het eerdere beroep heeft ingetrokken nadat werd gegarandeerd dat het gehele (voorgenomen) besluit nog onder het adviesrecht zou vallen, is evenmin zo uit te leggen dat daarmee de ondernemingsraad zou hebben geaccepteerd dat KPN NV/KPN BV niet de hoedanigheid van mede-ondernemer zou hebben. Het is niet zo dat het concern louter aan de zijlijn toekijkt wat XS4ALL gaat beslissen. Vanuit het KPN-concern is actieve bemoeienis geweest met het besluitvormingstraject en de uitkomst ervan.

De conclusie is dan ook dat KPN NV en/of KPN BV als mede-ondernemer zijn te beschouwen.

#### **4.2 Concern-enquête**

In het verzoekschrift in de enquêteprocedure heeft de ondernemingsraad ook KPN NV en KPN BV in de procedure als verweersters betrokken. In het verweerschrift wordt beweerd dat dit ten onrechte is gedaan en dat het verzoek dan ook niet-ontvankelijk is jegens KPN NV en KPN BV (randnr. 6.1 t/m 6.5). Als reden wordt aangevoerd dat het gaat om een contractueel toegekend recht, dat beperkt moet worden uitgelegd.

De vraag is derhalve of er een grondslag kan zijn voor wat wel wordt aangeduid als een concern-enquête in geval van het toekennen van een enquêterecht op grond van art. 2:346 lid 1 sub e BW. De ondernemingsraad is van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.

De ondernemingsraad wil allereerst opmerken dat het toekennen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad van XS4ALL Internet BV in 2002 (prod. 12 bij verzoekschrift enquête) juist heeft plaatsgevonden, zo blijkt uit de overwegingen bij de overeenkomst, met het oog op de (relatief) autonome positie die XS4ALL inneemt binnen het KPN concern en de latente spanningsverhouding die deze met zich meebrengt. Hieruit blijkt dat het beleid en de besluiten van de moeder met betrekking tot de dochteronderneming mede reden zijn om de ondernemingsraad van de dochter het enquêterecht toe te kennen. Dit duidt erop dat doel en strekking van de overeenkomst zijn om het beleid en de gang van zaken van de moeder voor zover betrekking hebbend op XS4ALL ook onder het bereik van het enquêterecht van de ondernemingsraad te brengen.

Vraag is vervolgens of daarvoor een vereiste is dat de overeenkomst ook door een of meer KPN-rechtspersonen is ondertekend. Dat hoeft niet het geval te zijn. Niet kan met recht worden gesteld dat deze overeenkomst buiten KPN om is gemaakt of gecontinueerd. Toen er in 2014-2015 problemen ontstonden over een reorganisatie binnen XS4ALL, heeft de ondernemingsraad voor het eerst gebruikmakend van de toegekende bevoegdheid een enquête-brief geschreven. Dit heeft geleid tot overleg met vertegenwoordigers van XS4ALL en KPN, waaronder de heer Wildeboer, EVP Strategy van KPN. In dat overleg is ook aan de orde geweest dat de ondernemingsraad het enquêterecht zou moeten inleveren in het kader van het vernieuwen van de afspraken over relatieve zelfstandigheid van XS4ALL. KPN liet daarbij overigens weten dat de eventuele inzet van het enquêterecht het einde van XS4ALL zou betekenen. Eindresultaat is in ieder geval geweest dat de overeenkomst waarin het enquêterecht is vastgelegd in stand is gehouden en dat er een gedragscode (prod. 13) is overeengekomen. Daarmee is de overeenkomst zeker sinds 2015 te beschouwen als een van de elementen in het samenstel van afspraken die de relatie tussen KPN, XS4ALL en de ondernemingsraad van XS4ALL bepaalt.

Vervolgens moet nog worden ingegaan op de juridische kant van de concern-enquête.

Ingelse (Mede-ondernemen en concernenquête, TAO 2012p. 31-33) stelt :

*“De problematiek in het enquêterecht respectievelijk in het medezeggenschapsrecht vertoont enige verwantschap. Bij beide staat ter beoordeling een handelen -beleid respectievelijk een concreet besluit – in het kader van de interne verhoudingen van de rechtspersoon respectievelijk de onderneming. In wezen gaat het bij beide om de vraag hoever die interne verhoudingen zich met het oog op die beoordeling uitstrekken. In zijn standaardbeschikking omtrent de concernenquête inzake Landis stelt de Hoge Raad (HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127) voorop ‘dat het bij de toepassing van het enquêterecht uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid en dat dit ook het uitgangspunt is ‘bij de beantwoording van de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden aandeelhouders [...] van de moedermaatschappij bevoegd zijn een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een (100%) dochtermaatschappij in te dienen.”*

Hier gaat het om de omgekeerde situatie, maar ook daarbij zijn de interne verhoudingen en de economische werkelijkheid de belangrijkste toetsingscriteria. De feiten zoals hiervoor geschetst, duiden er dan ook op dat KPN NV en KPN BV op die grond als verweersters in deze procedure kunnen worden betrokken.

Het ligt ook voor de hand om aan te sluiten bij de rechtspraak inzake een enquêteverzoek van vakbonden die alleen leden hebben in de dochtervennootschap en niet in de holding. De staatssecretaris heeft in de wetsgeschiedenis gesteld dat *“onder omstandigheden onder rechtspersoon (als bedoeld in art. 2:347 BW) mede mag worden begrepen de rechtspersoon die als moedermaatschappij het beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon waar*

*leden van de enquête verzoekende vakorganisatie werkzaam zijn, geheel of in belangrijke mate bepaalt volkomen beantwoorden aan de bedoeling die de wetgever met het enquêterecht voor ogen heeft gehad.*” (Kamerstukken II 1991/92, 22400, nr. 3, p.10) Storm concludeert met verwijzing naar de Landisbeschikking en de wetsgeschiedenis *“dat ook de HR de bevoegdheidsdoorbraak omhoog (van dochter naar moeder) voor art. 347 zal aanvaarden”* ( P.M. Storm, Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer 2018, Boomjuridisch p. 108). De positie van een ondernemingsraad van een rechtspersoon die bij overeenkomst het enquêterecht heeft gekregen, is voor dit vraagstuk vergelijkbaar met de positie van een vakbond met alleen leden in de dochtermaatschappij. Het beleid van de Ondernemingskamer is om dergelijke verzoeken van vakbonden onder omstandigheden toe te wijzen. Zie OK 17-03-1994, TVVS 1994, p. 164 (Jansen Pers), OK 18-5-04, ARO 2004/74 (Esteves-DWD) en OK 10-01-2008, JOR 2008/39 (PCM), waarin een onderzoek ook naar de holding werd toegestaan mede *“omdat mede de positionering van Holding in de in het geding zijnde gebeurtenissen aanleiding geven tot de gerezen twijfel omtrent een juist beleid.”* Welke overweging in OK 14-4-2010, JOR 2010/185 (St. Meavita) als inmiddels vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer wordt aangehaald (zie Storm p. 109).

Het in het enquêteverzoekschrift geschetste beleid en de gang van zaken maken voldoende duidelijk dat de gerezen twijfel ten aanzien van het gevoerde beleid in de kern ligt in de wijze waarop binnen het KPN-concern is omgegaan met de (positie van) de rechtspersoon XS4ALL Internet BV en de door haar in stand gehouden onderneming. De sturende rol van de RvB van de NV en de directe betrokkenheid vanuit de holding bij de operationele bedrijfsvoering is sterk vergroot nadat KPN had besloten zijn buitenlandse dochter in Duitsland en België af te stoten en zich volledig op de Nederlandse markt te gaan richten. Het is gepaard gegaan met wijziging in de organisatiestructuur en managementstructuur gericht op een vereenvoudiging en eenduidigere en centrale aansturing. Het één merkbesluit is daar de ultieme resultante van.

Het belang van de ondernemingsraad is er vooral in gelegen dat bij het op te leggen onderzoek niet louter de interne gang van zaken binnen XS4ALL onderwerp van onderzoek zal zijn, maar dat het onderzoek zich ook uitstrekt tot het beleid en de gang van zaken binnen het concern, binnen KPN NV en KPN BV, voor zover dit van invloed is geweest op het beleid en de gang van zaken ten aanzien van XS4ALL Internet BV en de door haar in stand gehouden onderneming. KPN NV en KPN BV zijn (op zijn minst ook) te beschouwen als nauw verbonden rechtspersonen als bedoeld in art. 2:351 lid 2 BW.

## **5. Twijfel aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken**

Juist is, zoals in het verweerschrift wordt gesteld, dat wanneer het terminale besluit niet zou zijn genomen de ondernemingsraad nu deze enquêteprocedure niet zou zijn gestart. De gang van zaken rondom de totstandkoming van dit besluit als zodanig levert al een gegronde reden op voor twijfel aan de juistheid van het beleid en de gang van zaken. Maar zoals uit het verzoekschrift blijkt, legt de ondernemingsraad niet alleen dit besluit aan het verzoek ten grondslag. Het terminale besluit is het sluitstuk van een beleid dat in strijd is met de in verleden gemaakte afspraken, laatstelijk in 2015 vastgelegd in de gedragscode, over de (relatief) autonome positie van XS4ALL binnen het concern. De ondernemingsraad heeft geconstateerd dat de dominantie van KPN in relatie tot XS4ALL steeds meer is gaan toenemen. In het verweerschrift wordt bij herhaling aangevoerd dat de gemaakte afspraken (Corporate Charter, gedragscode) het terminale besluit dat nu voorligt niet verbieden of uitsluiten. Dat is kenmerkend voor het niet handelen naar de letter en geest van deze afspraken.

In het verzoekschrift en in het voorafgaande wordt voldoende aangetoond dat er gegronde twijfel is aan het gevoerde beleid en de gang van zaken met betrekking tot de onderneming XS4ALL. Samengevat komt het erop neer dat:

- geen of onvoldoende rekening is gehouden met de kernwaarden en het eigene van XS4ALL, waarmee klanten zich identificeren en wat XS4ALL maakt tot een bijzondere nichespeler in de internetmarkt. Een onderneming waaraan door de in de onderneming werkzame personen van oudsher met veel inzet en passie inhoud is gegeven als ook door de ondernemingsraad;
- is ingegaan tegen de verplichtingen dienaangaande die het KPN concern expliciet op zich heeft genomen, gezien de in het verleden gemaakte bijzondere afspraken met betrekking tot het beleid en de positie van XS4ALL als ook de verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur; en
- het beleid en de gang van zaken die tot het terminale besluit hebben geleid tegen het belang van de rechtspersoon en de door haar in stand gehouden onderneming als ook haar klanten en werknemers ingaat.

Een belangrijk aspect hierbij is de wijze waarop de onderbouwing van het terminale besluit tot stand gekomen is en de daaraan ten grondslag liggende business case, mede gezien de daarop geuite kritiek, zoals door de ondernemingsraad en zijn deskundigen in deze procedure is ingebracht.

Het voorgaande duidt op een tunnelvisie bij de concernleiding en een verkeerde inschatting van de markt, mede op basis van verouderde gegevens en een onvoldoende bereidheid om op nieuwe ontwikkelingen in de markt adequaat in te spelen, hetgeen het belang van XS4ALL in het bijzonder maar ook van KPN als geheel ernstig schaadt. De afgelopen tijd hebben de nodige voormalige leden van het managementteam van XS4ALL als ook een voormalig lid van de RvB van KPN in gesprekken met OR-leden de kritiek op het beleid van KPN om de relatief zelfstandige positie van XS4ALL aan te pakken, onderschreven, alleen willen zij geen schriftelijke verklaring afleggen, vanwege de (afhankelijkheids)relatie die zij nog met KPN hebben. Ook daarom is het van belang om een onderzoek te gelasten, zodat de onderzoeker die door de Ondernemingskamer wordt aangewezen met deze personen kan spreken.

In deze fase gaat het om de toetsingsnorm of er gegronde reden is voor twijfel aan de juistheid van het beleid of de gang van zaken. Dit betekent dat niet is vereist dat dit beleid zich ook al kwalificeert als wanbeleid (P.M. Storm, Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer, p. 156/157). Uit de inhoud van de verzoek- en verweerschriften blijkt hoe tegengesteld partijen de gang van zaken interpreteren. Het belangrijkste argument voor het terminale besluit is hier wel het sprekende voorbeeld van. KPN baseert zich op een veel beter resultaat door te kiezen voor het besluit tot integratie, gebaseerd op de door haar opgestelde business case. Zowel de procedurele gang van zaken rondom het delen van informatie met betrekking tot de business case als ook de inhoud daarvan in relatie tot de daarop naar voren gebrachte kritiek in het Finext rapport, maken dat er met recht kan worden getwijfeld aan deze gang van zaken. Zeker ook als daarbij wordt betrokken dat na dit besluit de weg terug niet meer open ligt. Als het merk is opgeheven en de onderneming is ontmanteld, is het niet goed meer mogelijk om de gevolgen van de gemaakte keuze te herstellen.

Dit maakt het noodzakelijk en gewenst dat het door de ondernemingsraad verzochte onderzoek wordt toegewezen.



## 6. Onmiddellijke voorzieningen

De ondernemingsraad heeft niet tegelijkertijd met het art. 26 WOR verzoek het enquêteverzoek ingediend. De ondernemingsraad had nog steeds de hoop om binnen het concern zelf een gewillig oor te vinden en een basis te vinden om tot een oplossing te komen. De laatste hoop was gevestigd op de RvC. Toen die geen rol bleek te willen vervullen (brief aan de OR van 5 november 2019), heeft de ondernemingsraad besloten om toch het enquêteverzoek in te dienen.

De ondernemingsraad kan mogelijk worden verweten dat hij niet van begin af aan dossieropbouw heeft gedaan om zijn dossier voor deze enquêteprocedure zo sterk mogelijk in te steken. Dit heeft er alles mee te maken dat de ondernemingsraad tot het laatst toe heeft getracht om in overleg met alle relevante niveaus binnen het concern tot een oplossing in overleg te komen. Dat is wat de rechtspraak van de Ondernemingskamer partijen nu juist ook voorhoudt. De ondernemingsraad vindt het daarom ook kwalijk dat deze opstelling van de ondernemingsraad, hoe verdeeld partijen inhoudelijk ook mogen zijn, door de verweersters niet wordt erkend en geprezen. Het omgekeerde is het geval. Niets wordt nagelaten bij het maken van verwijten aan het adres van de ondernemingsraad als ware hij in dit traject bezig het proces te vertragen en het enquêtemiddel in te zetten om oneigenlijke druk uit te oefenen. Feit is dat de ondernemingsraad in de loop van 2019, zoals hiervoor al is geschetst, heeft moeten constateren dat het antwoord op de vraag of er wel voldoende reden is voor het terminale besluit (de 'wat' vraag) niet meer beïnvloedbaar was. Dat is ook de druppel geweest die voor de ondernemingsraad de emmer deed overlopen en heeft geleid tot het besluit om de enquêtebrief te schrijven. Er is een procedureel traject opgestart, waarbij de relevante informatie te laat of niet ter beschikking is gesteld. De gang van zaken rondom de business case spreekt daarbij boekdelen. Het niet willen ingaan op de handreiking van de ondernemingsraad om gezamenlijk een deskundige in te schakelen om de vragen met betrekking tot de business case te onderzoeken, vindt de ondernemingsraad nog steeds onbegrijpelijk. Het vervolgens eenzijdig inschakelen van Deloitte zonder de ondernemingsraad daarbij te betrekken, het niet willen toestaan om Finext de business case goed te laten onderzoeken, het verstrekken van een gecensureerde versie van een Deloitte rapport en de wijze waarop is ingegaan op de uiteindelijke bevindingen van Finext zijn illustratief voor de kritiek die de ondernemingsraad op de gang van zaken heeft.

De ondernemingsraad hoopte en hoopt nog steeds dat het mogelijk blijkt te zijn om de belangen waar hij voor staat, het belang van de rechtspersoon XS4ALL en de door haar in stand gehouden onderneming met haar kernwaarden die haar onderscheiden en waarmee klanten zich identificeren, te redden. Liefst binnen KPN en anders buiten KPN en dan mogelijk ook nog onder het continueren van een nauwe zakelijke relatie met KPN. De ondernemingsraad is er van overtuigd dat zowel de belangen van KPN als die van XS4ALL en zeker van haar klanten daar beter mee zijn gediend. Het is nog niet te laat om dat te realiseren, maar het vergt wel een andere opstelling van KPN. Maar het is wel al erg laat, als ook rekening wordt gehouden met de doorlooptijd van een onderzoek. Het is waarschijnlijk dat dan de dynamiek van de markt een andere werkelijkheid heeft gecreëerd, waarin de oplossingen in het belang van XS4ALL en KPN die nu nog mogelijk zijn, feitelijk niet meer op een reële manier zijn te realiseren. De klanten zullen hun oordeel over deze gang van zaken uitspreken, zeker als er een alternatief van de grond komt zoals Freedom Internet, dat in eerste instantie is gelanceerd als een plan B voor het geval KPN bij haar terminale besluit ten aanzien van XS4ALL blijft.

Daarom ontkomt de ondernemingsraad er niet aan om onmiddellijke voorzieningen te verzoeken. De aard van het terminale besluit brengt met zich mee dat verdergaande maatregelen nodig zijn. Gebleken is dat KPN niet bereid is om als een goed huisvader ook

de belangen van XS4ALL Internet BV en de door haar in stand gehouden onderneming en haar klanten op waarde te wegen bij de besluitvorming. Het strategisch concernbelang uitgestippeld door de inmiddels vertrokken CEO lijkt heilig verklaard, terwijl er vele signalen zijn (effecten m.b.t. opheffen merk Telfort, reactie in de markt op het terminale besluit inzake XS4ALL, forse kritiek op de business case) die tot heroverweging nopen. Daarom is het van belang voor XS4ALL maar ook voor KPN dat een door de Ondernemingskamer te benoemen onafhankelijke bestuurder, niet besmet met het verleden, wordt toegevoegd aan de statutaire directie van XS4ALL Internet BV om er zorg voor te dragen dat niet eenzijdig het concernbelang blijft overheersen in de besluiten en het beleid dat binnen XS4ALL wordt gevoerd. Uitdrukkelijk wijst de ondernemingsraad erop dat hij de aanwezigheid van KPN BV binnen de statutaire directie van XS4ALL wil continueren. Immers zolang XS4ALL onderdeel van het KPN concern is, is de aanwezigheid van KPN binnen het bestuur van de rechtspersoon vooralsnog van belang. Maar de toegevoegde bestuurder met een doorslaggevende stem zal dienen te waarborgen dat het belang van de rechtspersoon XS4ALL in samenhang met het concernbelang evenwichtig wordt afgewogen en niet op voorhand het concernbelang doorslaggevend is, zoals dat materieel tot nu toe wel het geval is geweest. De ondernemingsraad deelt dan ook niet de kritiek in het verweerschrift dat hier sprake is van een *“rücksichtsloos streven naar een zelfstandig XS4ALL waarbij het belang van de onderneming, klanten en het KPN-concern volledig uit het oog is verloren”* (randnr. 5.7 verweerschrift enquête).

Mocht echter blijken dat, ondanks deze voorziening, KPN niet bereid is haar beleid aan te passen om de belangen van de rechtspersoon XS4ALL en de door haar in stand gehouden onderneming, haar klanten en de daarin werkzame personen voldoende te waarborgen, dan moet het ook mogelijk zijn dat met een objectieve blik wordt gezien of het dan zowel in het belang van XS4ALL als ook dat van KPN is om de wegen dan maar te scheiden. Ook een verstandshuwelijk heeft een minimale basis van onderlinge verstandhouding nodig. Als die ontbreekt, moeten er mogelijk knopen worden doorgemaakt om aan de concernrelatie een einde te maken. Maar dan niet, zoals nu het geval is, door het kind met het badwater weg te gooien, maar door op een volwassen manier een scheiding vorm te geven als zich daar goede kansen voor aandienen. Vandaar het verzoek tot overdracht van de aandelen ten titel van beheer.

Tot slot is ook gevraagd indien geen van deze voorzieningen zou worden toegewezen, om dan een voorziening op te leggen die de Ondernemingskamer goeddunkt, rekening houdend met de belangen zoals door de ondernemingsraad ingebracht. Daarbij is essentieel dat er ook rekening mee wordt gehouden dat de factor tijd een grote rol speelt. Doordat het terminale besluit bekend is gemaakt en door de wijze waarop daar in de markt op wordt gereageerd, is XS4ALL nu aangeschoten wild. Voorzieningen die de Ondernemingskamer treft, zouden er in ieder geval aan bij moeten dragen dat partijen worden gestimuleerd om op korte termijn tot oplossingen te komen.

Conclusie: tot handhaving van de stellingen en de verzoeken van de ondernemingsraad zoals opgenomen in het verzoekschrift ex art. 26 WOR en het enquêteverzoekschrift.