

**GERECHTSHOF AMSTERDAM**  
**ONDERNEMINGSKAMER**  
**ZITTING 28 NOVEMBER 2019**  
**NRS: 200.268.950/010K, 200.267.924/010K**

## **PLEITNOTITIES VERWEERSTERS**

inzake:

**XS4ALL INTERNET B.V.**  
gevestigd te Amsterdam

en

**KPN B.V.**  
gevestigd te Rotterdam

en

**KONINKLIJKE KPN N.V.**  
gevestigd te Rotterdam

verweersters in de 26 WOR-procedure en het enquêteverzoek

advocaten: mr. S. Sikkink, mr. T.M. Sweerts,  
mr. A.R.J. Croiset van Uchelen en mr. A.J. de Gier

tegen

**ONDERNEMINGSRAAD XS4ALL INTERNET B.V.**

verzoeker in de 26 WOR-procedure en het enquêteverzoek

advocaten: mr. R.J.M. Hampsink en mr. L.C.J. Sprengers

Edelgrootachtbaar College,

## **1. TER GELEIDE**

- 1.1 XS4ALL Internet B.V. (**XS4ALL**), KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. verweren zich in twee procedures die de Ondernemingsraad van XS4ALL (de **OR**) tegen hen heeft aangespannen. De artikel 26 WOR-procedure en het enquêteverzoek hangen uiteraard nauw samen. Het gaat in wezen om dezelfde feiten en belangen. Wij pleiten daarom in beide zaken tegelijk en hebben, mede gelet op de beperkte pleittijd, geen kunstmatige scheiding tussen beide procedures willen aanbrengen.
- 1.2 De belangen van verweersters lopen in deze procedures parallel en zij worden dus gezamenlijk bijgestaan door één advocatenkantoor, maar hun onderscheidenlijke posities moeten niet uit het oog worden verloren. Vandaag zal eerst namens XS4ALL worden gepleit in beide procedures en vervolgens nog kort, want het gaat over het beleid van XS4ALL, namens de KPN-entiteiten.
- 1.3 Een aantal onderwerpen in de verzoek- en verweerschriften is concurrentiegevoelig. Het gaat dan bijvoorbeeld om de omvang van de klantenbase, acquisitieaantallen, de marge en verwachte besparingen als gevolg van de integratie. Ook de hoogte van de *Net Promotor Score* en het aanbod van diensten voor en na integratie is concurrentiegevoelig. Verweersters verzoeken uw College eerbiedig deze zaken in deze openbare zitting niet te vermelden en ook niet in de beschikkingen op te nemen. Een verzoek van gelijke strekking deden zij reeds aan de raadsmanen van de OR.

## **2. INLEIDING**

- 2.1 XS4ALL en de rest van het KPN-concern staan voor een grote uitdaging. Zij moeten als Nederlandse dienstverlener concurreren met twee internationale telecomconglomeraten op een verzadigde Nederlandse telecommarkt. Om die concurrentie succesvol aan te gaan, moet een onderneming efficiënt zijn en middelen rationeel inzetten om de beste dienstverlener te kunnen blijven.
- 2.2 Het MT van XS4ALL vindt dat de onderneming van XS4ALL geïntegreerd moet worden in die van KPN. Dat was geen gemakkelijk besluit. Het MT voelt zich verbonden met XS4ALL en het merk: ook bij hen leeft het 'gele gevoel'. Het MT is echter van oordeel dat een gecombineerde onderneming een sterkere onderneming is, die geïntegreerd voor meer klanten een betere dienstverlener wordt dan als de som der delen.

- 2.3 Zoals bekend, is de aanleiding voor het integratiebesluit van XS4ALL de één-merk strategie, waartoe Koninklijke KPN N.V. in januari heeft besloten. De centrale ondernemingsraad van KPN (de **COR**) adviseerde positief op het voornemen tot integratie van de activiteiten van de verschillende merken binnen de groep, waaronder XS4ALL. De OR is vertegenwoordigd in de COR en een delegatie van de OR was als onderdeel van een door de COR gevormde werkgroep betrokken bij het besluitvormingstraject op holdingniveau. Het strategisch voornemen van Koninklijke KPN N.V. is pas gecommuniceerd nadat de OR op ‘Ondernemingsradendag’ op 10 januari 2019 bevestigde zich achter het besluit te scharen en achter de berichtgeving daarover.
- 2.4 Op 11 januari heeft de OR naar de medewerkers van XS4ALL bevestigd dat, ook ten aanzien van XS4ALL, de één-merk strategie begrijpelijk en goed onderbouwd is. Later is de OR teruggekomen op zijn positieve grondhouding ten aanzien van de één-merk groepsstrategie. Tijdens het adviestraject ten aanzien van XS4ALL, is het MT geconfronteerd met een OR die zich gaandeweg steeds meer leek te gaan wapenen om integratie te voorkomen, in plaats van een OR die zich wilde laten informeren om een adviserende rol te vervullen en invloed uit te oefenen. Ondanks de toenemende weerstand bij de OR bleef het MT gericht op overleg en het bereiken van consensus. De inzet van het enquêtewapen, met klachten over feiten die grotendeels uit een ver verleden stammen, kennelijk zonder dat destijds behoefte bestond om daar in rechte tegen op te komen, passen niet in het beeld van eigenlijke bezwaren, maar van een bredere strategie om de integratie tegen te houden.
- 2.5 XS4ALL meent dat de verwijten van de OR voor uw College geen aanleiding mogen vormen om te verbieden dat in een concernverhouding, en na een uitvoerig en volledig medezeggenschapstraject, een dochtervennootschap besluit om de eigen onderneming te integreren met die van de moedervennootschap. Er zijn ook geen andere redenen om in te grijpen bij de betrokken vennootschappen. De verzoeken in de artikel 26 WOR- en de enquêteprocedure dienen dus te worden afgewezen.

### **3. DE WEG NAAR INTEGRATIE ALS VOLGENDE STAP**

- 3.1 Voor een goed begrip van de context waarbinnen XS4ALL heeft besloten tot integratie is het goed stil te staan bij de reis die de afspraken tussen KPN en XS4ALL over de positie van XS4ALL binnen het concern laten zien.
- 3.2 De reis begint in 1998 wanneer XS4ALL, vijf jaar na haar oprichting in 1993 en met ongeveer 60.000 klanten, ongeveer een kwart van het huidige aantal, als pionier onderdeel wordt van het KPN-concern. In een tijd waarin de technologische ontwikkelingen elkaar in rap tempo opvolgden en XS4ALL niet winstgevend was, moest XS4ALL op zoek naar een strategische partner zodat zij de nodige

investeringen kon blijven doen om de ontwikkelingen te kunnen bijbenen en de concurrentie aan te kunnen gaan met andere marktpartijen. Die strategische partner vond zij in 1998 in het KPN-concern.

- 3.3 Als onderdeel van de verkoop, was overeengekomen dat het bestaande management en de raad van commissarissen van XS4ALL gedurende de eerste drie jaar in functie zouden blijven, waarbij de raad van commissarissen verantwoordelijk was voor het uitzetten van de strategie. Deze omgangsvorm paste toen binnen de *multi-brand* strategie die het KPN-concern voerde ten aanzien van al haar merken. Nadat de afspraken over die zelfstandigheid in 2001 – 18 jaar geleden – afliepen, zijn de verhoudingen meer in lijn gebracht met die binnen de rest van de groep. Voor KPN was het van belang om haar dochters volledig en eenduidig aan te kunnen sturen in lijn met de concernstrategie en het bestaande besturingsmodel.<sup>1</sup> Concreet hield dit in dat XS4ALL zelf keuzes kon maken ten aanzien van woordvoering en technologie, mits dat de positie van KPN niet zou schaden, zonder daarbij de mogelijkheden van synergie met andere ondernemingen binnen de KPN-groep uit te sluiten en met inachtneming van de netwerkkarchitectuur en -technologie van KPN. Deze relatie tussen KPN en XS4ALL werd weergegeven in het zogenoemde *policy statement*. De raad van commissarissen is destijds vervangen door een raad van advies.
- 3.4 In 2006 is met een statutenwijziging de mogelijkheid gecreëerd om een *corporate charter* op te stellen. Het *corporate charter* uit 2007 beschrijft de kernwaarden van XS4ALL en zet op hoofdlijnen uiteen hoe XS4ALL uitvoering wenst te geven aan haar operationele activiteiten, bijvoorbeeld op het gebied van technologie, innovatie, veiligheid en *privacy*.
- 3.5 Toen in de periode voorafgaand aan 2014 het aantal klanten fors begon daalde, introduceerde XS4ALL het ‘Terug naar Groei’-programma om het tij te keren.<sup>2</sup> XS4ALL ging zich expliciet richten op de consumentenmarkt. Dit werkte: de boodschap ‘First Class Internet’ sloeg aan en het klantenbestand stabiliseerde en vertoonde zelfs een kleine groei. In 2015 hebben XS4ALL en KPN de gedragscode in de plaats gesteld van het *policy statement*. Deze gedragscode had tot doel om de relatie tussen XS4ALL en KPN te versterken en verdere samenwerking te stimuleren. De raad van advies is gelijktijdig, met de statutenwijziging in 2015, komen te vervallen. De gedragscode bevestigt expliciet dat XS4ALL in juridische zin een volwaardige dochter van KPN is en dit ook in beleving en gedrag zal worden. Tegelijkertijd is vastgelegd dat XS4ALL op operationeel vlak nog steeds bepaalde eigen keuzes kan maken, bijvoorbeeld ten aanzien van intellectuele eigendom, techniek en woordvoering op het gebied van *privacy & security*. In alle

---

<sup>1</sup> Productie 11 bij het Verzoekschrift WOR.

<sup>2</sup> Zie Productie 50 zijdens Verweersters.

gevallen is daarbij helder dat dit in goed overleg plaatsvindt en dat gezien wordt wat in de onderlinge verhoudingen nodig en nuttig is.

- 3.6 De relatief zelfstandige positie van XS4ALL binnen het KPN-concern is steeds in lijn geweest met de strategie van de groep. Door de bijzondere eigenschappen, eigen identiteit, en kennis en kunde van XS4ALL op het gebied van technologie, veiligheid en *privacy* te combineren met de voordelen van de rest van het KPN-concern, kon XS4ALL en dus de KPN-groep haar klanten optimaal bedienen. Profilering op de kernwaarden van XS4ALL was onderdeel van de strategie en daar bestond dus vanzelfsprekend ruimte voor, maar wel met inachtneming van het concernbelang.<sup>3</sup> Als logisch en bedoeld gevolg van de ontwikkeling van de onderlinge relatie zijn XS4ALL en KPN steeds meer gaan samenwerken. XS4ALL en KPN maken gebruik van elkaars kracht om als geheel de beste propositie in de markt te kunnen zetten. Dit bood XS4ALL tevens de kans om haar portfolio uit te breiden. Zo levert XS4ALL aan haar eigen klanten, onder haar eigen naam, de televisiedienst van KPN en worden pakketten verkocht aan XS4ALL-klanten waarbij het mobiele aanbod (zowel internet als telefonie) geheel door KPN wordt verzorgd.
- 3.7 De samenwerking is op vele andere gebieden zichtbaar. De internettoegang die XS4ALL levert aan haar klanten loopt, met de eigen technische structuur van XS4ALL, via het KPN-netwerk. Operationeel is derhalve een aanzienlijke verwevenheid ontstaan, die ook zichtbaar is op het vlak van de ondersteunende processen en schaalvoordelen. KPN int de facturen voor XS4ALL, XS4ALL profiteert van het inkoopvolume van KPN, de afdeling Finance bij XS4ALL wordt bemand en betaald door KPN en XS4ALL maakt gebruik van juridische ondersteuning vanuit KPN. Met andere woorden: XS4ALL is stap voor stap, en op natuurlijke wijze, getransformeerd van een individuele, zelfstandige onderneming naar een concernvennootschap die in vergaande mate en op diverse onderwerpen nauw verweven is en samenwerkt met het KPN-concern. Daarbij is het doel om steeds de gezamenlijke propositie te optimaliseren binnen de kaders van de groepsstrategie.
- 3.8 Het is niet terecht dat de OR deze samenwerking karakteriseert als een ingrijpen. Deze samenwerking is in het belang van XS4ALL én KPN. Samenwerken binnen het concern getuigt van een juist beleid van een vennootschap die deel uitmaakt van een concern. Aanleiding om aan een juist beleid te twijfelen, geeft dat niet.<sup>4</sup> Evenmin getuigt van een onjuist beleid dat XS4ALL minder onderscheidend is

---

<sup>3</sup> Het verwijt uit het enquêteverzoek dat de kernwaarden van XS4ALL zijn veronachtzaamd is onterecht. Zie ook randnummers 3.10 tot en met 3.95 van het verweerschrift in de enquêteprocedure.

<sup>4</sup> Het verwijt uit het enquêteverzoek dat oneigenlijk is ingegrepen op de operatie van XS4ALL, is dus onterecht. Zie ook randnummers 3.10 tot en met 3.95 van het verweerschrift in de enquêteprocedure.

geworden. Wijzigende marktomstandigheden en snelle ontwikkelingen bij KPN hebben ertoe geleid dat KPN en XS4ALL in de loop der jaren naar elkaar zijn gegroeid: kijkend naar de kwaliteit van dienstverlening is bijvoorbeeld zichtbaar dat KPN en XS4ALL elkaar niet veel ontlopen. De recente meting van de Consumentenbond laat dat duidelijk zien: KPN scoort op een aantal onderdelen zelfs beter dan XS4ALL.<sup>5</sup> En ook op het gebied van *privacy* doet KPN niet voor XS4ALL onder.<sup>6</sup>

- 3.9 Tegen deze achtergrond, de reis die XS4ALL heeft afgelegd én de gewijzigde groepsstrategie, is de volgende stap, integratie, een volstrekt logische stap. De integratie houdt niet in dat de XS4ALL activiteiten van het een op het andere moment materieel veranderen. Feitelijk betekent implementatie van de integratie dat de resterende zelfstandige XS4ALL activiteiten bij wijze van overgang van onderneming overgaan naar KPN. Dit verandert feitelijk niets aan de manier waarop de klanten op dit moment worden bediend en hoe XS4ALL medewerkers hun werk doen. In de fase daarna volgt een technische migratie van de XS4ALL systemen, waarna diensten aan klanten van XS4ALL geleverd gaan worden vanaf het KPN platform. Ook hiervoor geldt dat de XS4ALL-klant hier niets van zal merken. De klant behoudt zijn modem, krijgt dezelfde XS4ALL medewerkers aan de telefoon wanneer hij de helpdesk belt, ontvangt op dezelfde manier als voorheen zijn internet en ook op het gebied van televisie, mobiele telefonie en mobiel internet zal de klant niets merken. Deze diensten worden al geleverd door KPN. Een harde voorwaarde voor de integratiestappen is bovendien dat een stap pas aan de orde is wanneer de kwaliteit na de betreffende stap minstens zo goed is als op dit moment het geval is.
- 3.10 XS4ALL wil hiermee niet zeggen dat de integratie geen belangrijke stap is. XS4ALL heeft altijd ruimte gehad om eigen beslissingen te nemen en daarin te investeren.<sup>7</sup> Sommige beslissingen die XS4ALL nu zelf neemt ten aanzien van bijvoorbeeld techniek zullen bij KPN komen te liggen en uiteraard is dat een wezenlijk verschil ten opzichte van de situatie nu en dat geldt zeker ook voor de gevoelsmatige impact die het verdwijnen van het merk XS4ALL met zich brengt. Het verdwijnen van de nu bestaande en ervaren eigenheid betekent echter niet dat de kernwaarden en de service van XS4ALL verdwijnen. Die zijn onlosmakelijk verbonden met de activiteiten van XS4ALL en die wil KPN nu met de medewerkers van XS4ALL voor al haar klanten beschikbaar maken. KPN wil niets liever dan met de medewerkers van XS4ALL verder gaan om de *premium* propositie van XS4ALL onder de vlag van KPN verder uit te bouwen.

---

<sup>5</sup> Randnummer 3.21 Verweerschrift WOR.

<sup>6</sup> Productie 51 zijdens Verweersters.

<sup>7</sup> Dat wordt overigens ook bevestigd door de voormalig bestuurder Mijnhardt in zijn verklaring, Productie 50 zijdens verweersters. Het verwijt uit het enquêteverzoek dat enkel op de korte termijn werd gestuurd, bezwaar (3) is in zoverre onterecht. Zie ook randnummers 3.96 tot en met 3.157 van het verweerschrift in de enquêteprocedure.

- 3.11 Samenvattend, is de integratie operationeel en vanuit commercieel perspectief een volgende en logische stap in de onderlinge samenwerking en de markt waarin KPN én XS4ALL toonaangevend willen blijven.

#### **4. BELANG VAN DE INTEGRATIE**

- 4.1 Het is nu ook het juiste moment om deze stap te zetten. Het integreren van XS4ALL is in het belang van XS4ALL, de daaraan verbonden onderneming en al haar *stakeholders*, waaronder in het bijzonder de klanten, de werknemers en het KPN-concern waartoe XS4ALL behoort. Het MT heeft de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen gewogen en is zorgvuldig tot het besluit tot integratie gekomen.<sup>8</sup>
- 4.2 Er moet namelijk iets gebeuren. De Nederlandse telecommarkt is uiterst uitdagend. De markt is verzadigd en is onderhevig aan grote concurrentie, onder meer van Ziggo/Vodafone en T-mobile/Tele2. Net zoals in 1998, toen XS4ALL aansluiting zocht bij KPN om te kunnen concurreren, zijn er grote investeringen nodig in netwerkkwaliteit en kwaliteit van de dienstverlening om concurrerend te blijven. De *base* van XS4ALL is al jaren beperkt, groeit niet tot nauwelijks, en ondanks dat daar ruimte toe bestaat, lukt het XS4ALL niet om met innovaties te komen waarmee zij werkelijk onderscheidend blijft. Dat onderschrijft de moeilijke markt en het belang van de integratie.
- 4.3 Innovaties moeten sneller, beter en grootser zijn om onderscheidend te zijn en worden steeds kostbaarder. Het televisieaanbod van XS4ALL is tekenend. Ondanks de technische expertise van XS4ALL, bleek het met de schaal waarop XS4ALL opereert niet mogelijk om een concurrerend televisieaanbod in de markt te zetten. Dat is de reden waarom XS4ALL nu het product van KPN onder eigen naam aanbiedt.<sup>9</sup> Ook de investeringen in het netwerk zijn een voorbeeld: het snelste en beste netwerk is een glasvezelnetwerk en het aanleggen van een dergelijk netwerk vergt grote investeringen. Door de afwijkende techniek van XS4ALL is de uitrol van KPN-diensten vaak niet zomaar mogelijk en is het kostenefficiënt die ook voor XS4ALL te ontwikkelen.
- 4.4 De integratie maakt het KPN-concern efficiënter. Er wordt bespaard op marketingbudgeten voor parallel opererende merken en op naast elkaar functionerende techniek. Integratie zal leiden tot een sterke vereenvoudiging van de bedrijfsvoering en projecten kunnen efficiënter worden uitgevoerd. Klanten profiteren van deze efficiëntieslag. De efficiëntieslag geeft de benodigde ruimte om te investeren in het beste glasvezelnetwerk van Nederland, waarvan ook XS4ALL-klanten profiteren. Verder zullen XS4ALL-klanten die ook KPN-producten afnemen

---

<sup>8</sup> HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, r.o. 3.4.2.

<sup>9</sup> Randnummer 3.54 Verweerschrift Enquête.

straks één klantenservice als *one-stop-shop* kunnen benaderen. Ook zullen zij, net zoals nu, kunnen profiteren van doorontwikkeling van de dienstverlening van KPN, die zij al tegenkomen in hun mobiele telefonie- en televisieaanbod.

- 4.5 De dienstverlening blijft voor het leeuwendeel van de XS4ALL-klanten hetzelfde en wordt nog beter. Zij kunnen rekenen op het beste internet, over het netwerk waarover XS4ALL nu ook verbindingen aanbiedt, dezelfde televisie- en telefoondiensten, dezelfde dienstverlening, hetzelfde modem en hetzelfde e-mail adres. Maar dan met een aanbieder die meer middelen heeft om te investeren in verbeteringen.
- 4.6 Met de integratie wordt het KPN-concern bovendien een betere dienstverlener voor meer klanten. De sterke kanten van XS4ALL worden niet meer ingezet voor een beperkte eigen doelgroep, maar voor de gedeelde doelgroep van het concern. Dat is in de huidige markt verstandig: want doelgroepen liggen minder ver uit elkaar dan vroeger. Meer mensen verwachten de hoge kwaliteit service en de dienstverlening, waar XS4ALL om bekendstaat. De kennis, kunde en *high-end service* van XS4ALL worden onderdeel van een gezamenlijk en uitgebreid aanbod waar veel meer klanten van zullen profiteren.
- 4.7 Het besluit heeft veel aandacht voor de positie van werknemers. De arbeidsvoorwaarden van XS4ALL-werknemers worden gerespecteerd en er is voor iedereen een baan, ook voor diegenen die niet direct plaatsbaar zijn op een vergelijkbare functie. Nu kan dat. De onderneming van XS4ALL past nu naadloos in de *premium* propositie die KPN wil ontwikkelen en in de markt wil zetten en daarmee sluit de behoefte aan medewerkers met de kennis en kunde die XS4ALL in huis heeft aan op de behoefte. Het is de vraag hoe dat over aantal jaar zal zijn, als er nu geen gezamenlijke slag wordt gemaakt om de moeilijke markt het hoofd te bieden.
- 4.8 De integratie is in het belang van XS4ALL, maar dat maakt het niet makkelijk om afscheid te nemen van de merkbeleving die bestaat bij XS4ALL: een merk met een sterke reputatie en een harde kern van zeer betrokken klanten. Toch is voor het MT duidelijk dat integratie voorkeur verdient boven het relatief zelfstandig voortbestaan van XS4ALL. Het KPN-concern, inclusief XS4ALL, heeft focus nodig. Focus op het beste netwerk. Focus op de beste klantbeleving en de beste diensten. Focus op versnelling van de vereenvoudiging van de organisatie, maar ook op innovatie en digitalisering.<sup>10</sup> De integratie zorgt voor de benodigde doelgerichtheid en dat is ook in het belang van XS4ALL, klanten en werknemers. Het alternatief is dat KPN en

---

<sup>10</sup> Pagina 4 van de adviesaanvraag van XS4ALL aan de OR van 5 juni 2019, Productie 37 Verzoekschrift WOR.



XS4ALL langzaam worden ingehaald en uiteindelijk achterblijven op de concurrentie.

- 4.9 De integratie is de beste keuze. De opbrengst van het investeren in een *stand alone* scenario is uiterst onzeker gezien de uitdagende markt, lost de structurele efficiëntieproblemen niet op, brengt niet de focus in het concern die integratie wel doet en bundelt niet de sterke elementen binnen het concern voor één merkbeleving.
- 4.10 Verkoop van XS4ALL is geen alternatief: verkoop zou een nieuwe concurrent in een verzadigde markt creëren en een verlies van marktaandeel betekenen.<sup>11</sup> Het concern zou de sterke kanten van XS4ALL verliezen en KPN zou met XS4ALL *wholesale* contracten moeten afsluiten om het KPN-deel van de dienstverlening van XS4ALL alsnog middellijk door KPN te laten bieden. Dit alles nog lost van het feit dat een verkoop veel onzekerheid voor klanten en werknemers zou betekenen. KPN neemt altijd kennis van interesse van serieuze partijen in *assets* van de KPN-groep. Die kan dan op zijn merites worden beoordeeld, in het belang van alle *stakeholders* van de groep. Een financiële investeerder die de mogelijkheid bieden interesse in XS4ALL kenbaar te maken moet in dat licht worden gezien. Als er een voorstel op tafel zou komen dat past in de strategie en ook overigens zou voldoen aan de minimale eisen die KPN aan een bod stelt, zal KPN in gesprek gaan. Dat was en is ten aanzien van XS4ALL absoluut niet aan de orde geweest.
- 4.11 Het plan te integreren is rationeel, goed doordacht en ook van een solide onderbouwing voorzien. XS4ALL heeft het besluit tot integratie niet lichtzinnig genomen en de belangen van de verschillende *stakeholders* goed en zorgvuldig afgewogen.<sup>12</sup> Het besluit is gestoeld op grote interne expertise en ervaring en verschillende deskundigenrapporten. Deze bevestigen de rationale voor het besluit: merken worden minder onderscheidend, de focus moet liggen op kwaliteit van de dienstverlening en KPN kan de klanten die XS4ALL aanspreekt ook goed bedienen. Zij bevestigen ook dat KPN de expertise en ervaring heeft om deze integratie uit te voeren.
- 4.12 De korte termijn financiële resultaten van de *business case* zijn enkel ondersteunend voor het plan om te integreren en niet het doel op zich. Het gaat om het aanbrengen van focus in het concern en de inzet van haar sterke ondernemingen voor één groep klanten met een divers aanbod. Het is uiteraard van belang dat nu al duidelijk is dat dit ook een grote waarde in het concern ontsluit, maar de grondslagen voor het besluit zijn veel breder en meeromvattend dan alleen die waarde in direct financiële zin.

---

<sup>11</sup> Randnummer 5.41 Verweerschrift WOR.

<sup>12</sup> Pagina 2 besluit XS4ALL van 19 september 2019, Productie 73 Verzoekschrift WOR.

- 4.13 De *business case* is zorgvuldig opgebouwd en getest. Deze *business case*, die onderdeel is van de beweegredenen van XS4ALL, is volledigheidshalve extern, door Deloitte, gevalideerd met als uitkomst dat integratie inderdaad een significante meerwaarde vertegenwoordigt. Het rapport van Finext<sup>13</sup> kan, op basis van de inhoud van het rapport, niet worden gezien als een vergelijkbaar objectief onderzoeksrapport: het is een vooringenomen want volstrekt niet realistisch rapport waarin zonder deugdelijke onderbouwingen en met gebrekkige kennis van de telecommarkt en de operatie van het KPN-concern allerlei opbrengsten worden weggeschreven en verliezen worden verzonnen. Finext telt alle door Deloitte geïdentificeerde ‘rainy’ scenario’s bij elkaar op. Vervolgens miskent Finext het integratieplan, de marktontwikkelingen, de KPN-strategie en de fasering van het project en maakt zij calculatiefouten om tot de astronomische bijstelling te komen. Finext verliest zich daarbij volledig in de hyperbool. KPN en XS4ALL hebben het rapport bestudeerd en het geeft geen aanleiding om de *business case* bij te stellen.<sup>14</sup> Hetzelfde geldt voor Deloitte, dat bevestigt dat het rapport geen inzichten bevat en dat Deloitte integraal achter haar analyse in het rapport van september 2019 staat.<sup>15</sup>
- 4.14 Kortom: het besluit tot integratie is goed en solide onderbouwd. Het is verstandig in een krimpende telecommarkt. Er heeft bovendien een gedegen afweging plaatsgevonden. De belangen van alle *stakeholders* zijn in deze afweging zorgvuldig meegenomen, waarbij los van de voordelen voor de verschillende *stakeholders*, geen objectieve nadelen van enige betekenis staan: er zijn nagenoeg geen personele gevolgen verbonden aan het besluit. Het is daarmee een rationele keuze om tot integratie over te gaan. Daar komt bij dat de *business case* het besluit eveneens ondersteunt. De conclusie luidt dat het besluit tot integratie niet onredelijk is. Het besluit levert dan ook geen gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen.<sup>16</sup> Dit wordt onderstreept door het feit dat bij XS4ALL (en KPN) niet enkel op korte termijn winsten wordt gestuurd, maar op het belang van de onderneming, klanten en werknemers, ook op lange termijn.

## 5. WEZENLIJKE INVLOED

- 5.1 Een beoordeling van het met de OR doorlopen adviestraject leidt tot dezelfde conclusie. Het traject is deugdelijk geweest en is zorgvuldig doorlopen. De OR heeft daar een diametraal andere visie op. Dit ziet op één van de kernbeginselen van medezeggenschap: het kunnen uitoefenen van wezenlijke invloed. Een ondernemingsraad moet in staat worden gesteld wezenlijke invloed uit te oefenen op

---

<sup>13</sup> Productie 185 van de aanvullende producties van de OR.

<sup>14</sup> Productie 53 zijdens Verweersters.

<sup>15</sup> Productie 53 zijdens Verweersters.

<sup>16</sup> Het verwijt uit het enquêteverzoek dat het besluit gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid te twijfelen, bezwaar (4) is dus onterecht. Zie ook randnummers 3.158 tot en met 3.180 van het verweerschrift in de enquêteprocedure.

een te nemen besluit in de zin van artikel 25 WOR. Daarbij past een open houding van zowel de ondernemer als van de ondernemingsraad, teneinde over en weer uitgangspunten ter discussie te kunnen stellen. De SER zegt daarover: “*goede medezeggenschap is elkaar beïnvloeden en ruimte bieden.*”<sup>17</sup>

- 5.2 Begin 2019 heeft de OR zijn twijfels geuit over de vraag in hoeverre de OR in staat zou worden gesteld invloed uit te oefenen. De OR wilde zeker stellen dat het concernbesluit tot het voeren van een één-merk strategie niet direct in zou grijpen in XS4ALL. Dit heeft geleid tot de inmiddels veelbesproken notitie van 6 maart jl.<sup>18</sup>. In de notitie is onder meer bevestigd dat het besluit van Koninklijke KPN N.V. niet direct ingrijpt in XS4ALL en dat XS4ALL, derhalve, een voorgenomen besluit dient te formuleren op basis van alle betrokken belangen en na verschillende scenario's te hebben overwogen. Voorts is bevestigd dat het vervolgens aan de OR is om te adviseren over het daaruit voortkomende voornemen met gebruikmaking van alle instrumenten die de WOR biedt, inclusief het uitwerken en aandragen van alternatieven.
- 5.3 Aan de overeengekomen kaders, die in de notitie vastliggen, heeft XS4ALL invulling gegeven. Op basis van procesafspraken en een overeengekomen rolverdeling hebben XS4ALL en de OR samen aan de plannen voor XS4ALL gewerkt. In dat verband hebben het MT en de OR alternatieven in kaart gebracht en besloten te focussen op twee scenario's: het integratiescenario en het *stand alone* scenario. Over en weer hebben het MT en de OR de beide scenario's beoordeeld en getest en zijn beide plannen als gevolg daarvan bijgesteld. Zoals binnen XS4ALL te doen gebruikelijk, is in het gehele proces de invloed van de OR voelbaar geweest. Dat het proces er niet toe heeft geleid dat het MT het door de OR ontwikkelde alternatief heeft overgenomen, betekent uiteraard niet dat de OR geen invloed heeft kunnen uitoefenen.
- 5.4 Het proces dat het MT en de OR hebben doorlopen was intensief. Er is veel interactie geweest. Los van de schriftelijke uitwisseling van informatie via Q&A documenten en e-mail, zijn het MT en de OR veelvuldig bijeen geweest om verschillende onderwerpen in detail door te spreken. In de vele sessies hebben het MT en de OR op die manier samen doorleefd wat een integratie precies zou betekenen en wat een zelfstandige status zou kunnen brengen. Deze sessies verliepen vrijwel zonder uitzondering zeer constructief en het onderlinge begrip van alle aspecten van de verschillende scenario's nam gestaag toe. De aanwezigen bij deze overleggen waren de betrokkenen vanuit XS4ALL aangevuld met personen vanuit KPN die op inhoudelijk vlak een bijdrage konden leveren ten aanzien van vragen over de situatie bij KPN. Wanneer deze personen niet zouden zijn

<sup>17</sup>

<https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/thema/or/uitgangspunten-goede-medezeggenschap.pdf>.

<sup>18</sup>

Productie 25 Verzoekschrift WOR.

uitgenodigd voor deze overleggen, zou de OR niet op een laagdrempelige wijze in staat zijn gesteld te spreken met de personen die kennis hebben van de situatie bij KPN, hetgeen XS4ALL niet wenselijk vond.

- 5.5 Uit de titel van de door de OR overgelegde productie 171 bij het Verzoekschrift WOR maakt XS4ALL op dat de OR wijst op de bij de gesprekken aanwezige KPN-ers om het punt te maken dat KPN aan de touwtjes trekt en er geen eigen afweging door XS4ALL is gemaakt. Los van het feit dat de aanwezigheid van de KPN-ers niets te maken heeft met de besluitvorming binnen XS4ALL, zou de OR, als die KPN-ers niet waren aangeschoven, ongetwijfeld gesteld hebben dat hij onvoldoende was voorgelicht.
- 5.6 Het overzicht van deelnemers aan de overleggen dat de OR heeft overgelegd als productie 171 is daarbij onvolledig en onjuist. De door XS4ALL overgelegde productie 52 laat het juiste beeld zien. Alleen Jörg Kramer, algemeen directeur XS4ALL, en Wilco Mol, Manager Klantcontact XS4ALL, hebben een tweede functie bij KPN zoals uiteraard bij de OR bekend, en dit heeft in de praktijk nooit tot problemen geleid. Alle andere deelnemers van de overleggen, anders dan de uitgenodigde experts vanuit KPN, zijn XS4ALL medewerkers.
- 5.7 Gaandeweg het adviestraject werd duidelijk dat de insteek van de OR veranderde. Waar de focus aanvankelijk lag op het delen van informatie en standpunten, en daarmee op het vergroten van wederzijds begrip en het zoeken naar gezamenlijk draagvlak, werd na eind mei een kentering en verwijdering zichtbaar. De OR leek zich meer terug te trekken op zijn stellingen en was in toenemende mate gericht op het onderbouwen van het bestaansrecht van XS4ALL als zelfstandige onderneming en op het afbreken van het integratiescenario. Van een echte dialoog was steeds minder sprake. De stelling van de OR onder randnummer 105 van het Verzoekschrift is wat dit betreft tekenend: *“Terugkijkend op het doorlopen adviesproces moet immers worden geconcludeerd dat het strategisch besluit met betrekking tot het een merkbeleid reeds zo in beton was gegoten dat ieder alternatief en iedere kanttekening bij voorbaat terzijde werden gesteld en dat de ondernemingsraad feitelijk geen enkele invloed meer heeft kunnen uitoefenen op het reeds vaststaande besluit.”* Einde citaat.
- 5.8 De OR stelt in voornoemde passage dat het alternatief ‘XS4ALL in zijn kracht’ niet is overgenomen omdat daar simpelweg geen ruimte voor was. Dat zou betekenen dat de waarde van het alternatief ten opzichte van het integratiescenario niet relevant was. Dit ‘geloof’ van de OR staat in schril contrast tot de feiten. Het alternatief is veeleer afgewezen omdat het door de OR ontwikkelde alternatief onvoldoende kan bijdragen aan de doelstellingen van XS4ALL, te weten het duurzaam aanbieden van *premium* diensten aan haar klanten in een uitdagende en snel veranderende markt.

- 5.9 De redenen voor het integratiebesluit en tegen het alternatief ‘XS4ALL in zijn kracht’, leken de OR niet meer te bereiken. Dit heeft een gezamenlijk en open proces gaandeweg onmogelijk gemaakt en geresulteerd in de onderhavige procedures waarin de OR extreme standpunten inneemt die op grond van de feiten niet te onderbouwen zijn.
- 5.10 Het integratiescenario biedt de klanten en medewerkers van XS4ALL een wezenlijk betere uitgangspositie en *outlook* dan ‘XS4ALL in zijn kracht’. Dit en niets anders is maatgevend geweest. XS4ALL is tot dit besluit gekomen na een grondige belangenafweging op basis van zowel de concernstrategie als de belangen van XS4ALL als onderneming binnen het concern. De gewogen belangen zijn niet allen weergegeven in de adviesaanvraag en in het besluit, maar ook door het MT zeer uitvoerig besproken met de OR in de bijna vier maanden die het adviestraject al liep toen de adviesaanvraag werd ingediend. Dat integratie in beton gegoten zou zijn is echt bezijden de waarheid. De realiteit is dat de markt noodzaakt tot een heroverweging van de strategie, ook die van XS4ALL. Het MT heeft dat onder ogen gezien en de OR gevraagd hetzelfde te doen.
- 5.11 Binnen concernverhoudingen dient een dochter gewicht toe te kennen aan de groepsstrategie. De groepsvennootschap heeft in dat verband een eigen verantwoordelijkheid en die heeft het MT van XS4ALL gevoeld en genomen. Het is binnen deze kaders juist dat er parallellen zitten tussen de beweegredenen van KPN voor het concernbeleid enerzijds en die van XS4ALL voor het integratiebesluit anderzijds. In beide gevallen is het doel een sterke positie van het aanbod in de markt te borgen: op groepsniveau én op het niveau van XS4ALL. Wanneer zou zijn gebleken dat XS4ALL dit doel evengoed of beter kon bereiken op een andere manier, dan zou dat onderdeel zijn geweest van de besluitvorming. Dat was evenwel niet het geval met als gevolg dat XS4ALL een besluit heeft genomen op basis van het integratiescenario.
- 5.12 Wezenlijke invloed betekent onder andere dat de ondernemer zorgvuldig naar de plannen van de ondernemingsraad kijkt en aangedragen alternatieven zorgvuldig weegt. Dat heeft XS4ALL gedaan. Het adviestraject dat XS4ALL en de OR hebben doorlopen na het concernbesluit heeft zeven maanden geduurd. Tijdens deze zeven maanden is een grote hoeveelheid vragen van de OR beantwoord en hebben meer dan 50 (!) formele vergaderingen plaatsgevonden naast de vele andere overlegmomenten en de aanzienlijke hoeveelheid tijd die de OR-leden, het MT van XS4ALL en de beschikbaar gestelde interne deskundigen in het adviestraject hebben geïnvesteerd.<sup>19</sup> De door XS4ALL uitgewerkte plannen zijn aangepast op basis van verzoeken van de OR, bijvoorbeeld door aanvullende toezeggingen te doen op het

---

<sup>19</sup> Paragraaf 5.27 tot en met 5.29 van en producties 19 en 20 bij het verweerschrift in de procedure ex artikel 26 WOR.

vlak van arbeidsvoorwaarden en medezeggenschap. Andersom is ook het alternatief ‘XS4ALL in zijn kracht’ aangepast op basis van het gevoerde overleg.

- 5.13 De wezenlijke invloed over en weer is daarmee een gegeven. XS4ALL stelt vast dat de OR het tegendeel bepleit, maar die stelling niet feitelijk onderbouwt. XS4ALL stelt ook vast dat de OR de grenzen heeft opgezocht van het doel van medezeggenschap. Op verschillende momenten is de OR bewust *niet* de discussie met het MT aangegaan op de inhoud om zodoende invloed uit te oefenen door de ondernemer te overtuigen van de eigen standpunten. In plaats daarvan heeft de OR toegelegd op het bouwen van een betoog gericht op het afbreken van het integratievoornemen.
- 5.14 Het meest sprekende voorbeeld is de gang van zaken rondom het eerste rapport van Finext, dat XS4ALL pas ontvangen heeft als bijlage bij het advies. Voorafgaand aan het advies heeft de OR het MT niet benaderd om over de bevindingen van Finext in gesprek te treden en te bezien wat dat zou betekenen voor het adviestraject. Het rapport is niet eerder gedeeld dan op het moment dat de OR het advies toestuurde. Daarbij is het rapport tot stand gekomen zonder dat Finext XS4ALL of KPN benaderd heeft om vragen beantwoord te krijgen die Finext blijkens het rapport had.<sup>20</sup> Men wilde kennelijk geen dialoog, maar een “case” bouwen. Wat een dans moet zijn, is verworpen tot een schaakpartij. Dat is niet goed.
- 5.15 Een ondernemingsraad hoeft het zeker niet eens te zijn met de ondernemer. Wel mag verwacht worden dat met open vizier wordt gediscussieerd. De indruk van XS4ALL dat de OR zich steeds meer heeft ingegraven, wordt versterkt door het grote aantal verwijten aan het adres van XS4ALL, dat feitelijk gewoonweg niet te rijmen is met het adviestraject dat is doorlopen.
- 5.16 Bij de weerstand tegen integratie past de opmerking van de OR over zijn positie in het COR adviestraject ten aanzien van de concernstrategie. Ondanks de nauwe betrokkenheid van de OR delegatie in dat traject en de aandacht die naar XS4ALL is uitgegaan in het COR advies, stelt de OR in het kader van de onderhavige procedure, dat hij zich in dat adviestraject heeft onthouden van stemming.<sup>21</sup> Maar er is helemaal niet gestemd. Binnen de COR wordt alleen gestemd als daar op basis van het overleg binnen de COR aanleiding voor is en dat was ten aanzien van de concernstrategie niet het geval. De OR heeft ook niet om stemming gevraagd. De stelling van de OR staat ook haaks op het bericht van de OR van 11 januari 2019, waarin de OR een zeer inhoudelijk en positief beeld schetste van het door de COR doorlopen proces, ook ten aanzien van XS4ALL en ondanks dat dit ingrijpende gevolgen heeft voor het bedrijf XS4ALL en de medewerkers.

---

<sup>20</sup> Zie paragraaf 4.28 en verder van het Verweerschrift WOR.

<sup>21</sup> Randnummer 22 van het Verzoekschrift WOR en paragraaf 4.10 van het Verweerschrift WOR.

- 5.17 De als **Productie 26** bij het verweerschrift enquête overgelegde verklaring van de COR bevestigt het beeld dat de COR achter de één-merk strategie staat en het adviestraject als positief heeft ervaren. De opmerking van de COR onder randnummer 23 van het verzoekschrift enquête dat de COR zou hebben gezegd, dat men ‘zoiets nooit meer zou willen’ is derhalve volstrekt onjuist.
- 5.18 Er ligt een doorwrocht besluit van XS4ALL dat tot stand is gekomen na een lang, intensief en zorgvuldig adviestraject. Afgezet tegen het gemiddelde adviestraject in Nederland, is er heel veel tijd en energie geïnvesteerd, door alle betrokkenen. Alle relevante informatie is gedeeld en bij alle betrokken personen stond de deur altijd open. Dat is nog steeds het geval. De OR heeft alle ruimte en middelen gekregen om zich van zijn taken te kwijten.
- 5.19 Het is evident dat de OR daarbij een moeilijke opdracht had, hetgeen al zichtbaar was in het bericht van 11 januari. De OR zei toen: “*Net als alle collega's zijn we geschrokken en verdrietig.*” Dit is begrijpelijk. XS4ALL is een trots en hecht team met een bijzondere cultuur. De missie van XS4ALL voortzetten als onderdeel van en onder de vlag van KPN is voor de gemiddelde XS4ALL medewerker misschien een moeilijke gedachte. Tegelijkertijd hebben de werknemers van XS4ALL en KPN altijd goed samengewerkt en er is geen reden om aan te nemen dat dit in de toekomst niet meer zou kunnen. Het is de taak van het MT én van de OR om zo objectief mogelijk te kijken naar wat, binnen de gegeven omstandigheden, voor de onderneming, haar klanten en haar medewerkers het beste is, ook als dat betekent dat er een moeilijke boodschap gebracht moet worden. Het MT is vanuit die basis tot de conclusie gekomen dat het bundelen van krachten nodig is om te voorkomen dat XS4ALL op termijn relevantie verliest en het momentum voorbij is om gezamenlijk het *premium* segment te bedienen en uit te breiden.
- 5.20 Het MT had aanvankelijk de hoop met de OR tot een gezamenlijk gedragen besluit te kunnen komen. Dat is niet gelukt, maar dat neemt niet weg dat het MT alle randvoorwaarden heeft gecreëerd voor de OR om tot een advies te komen, dat het traject en de besluitvorming zorgvuldig is geweest en dat XS4ALL bovendien de overtuiging heeft dat het besluit goed is voor de klanten en de medewerkers en voorzien is van een solide onderbouwing. Om die reden kan het doorlopen traject naar de stellige overtuiging van XS4ALL ook niet resulteren in gegronde redenen om aan een juist beleid en/of een juiste gang van zaken bij XS4ALL te twijfelen.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Het verwijt uit het enquêteverzoek dat het gebrekkig betrekken van de OR gegronde redenen geeft om aan een juist beleid te twijfelen, is dus onterecht. Zie ook randnummers 3.181 tot en met 3.195 van het verweerschrift in de enquêteprocedure.

## 6. CONCLUSIE XS4ALL

- 6.1 Dit brengt ons bij het slot van dit pleidooi. In het besluit heeft de algemeen directeur van XS4ALL Jörg Kramer het volgende gezegd:

*“Hoe moeilijk een integratiebesluit ook te verteren is voor een mooi en trots bedrijf als XS4ALL, de commerciële realiteit is dusdanig dat dit besluit naar mijn stellige overtuiging genomen moet worden. We hebben dat van meet af aan met de OR willen vormgeven en afspraken willen maken op de door de OR aangedragen punten om er op die wijze samen uit te komen.” [...] “Wij hebben met elkaar een langdurig en intensief proces van overleg doorlopen, zowel in aanloop naar mijn voornemen als tijdens het adviestraject zelf. Ik betreur het daarom des te meer dat het ons niet gelukt is om tot een gezamenlijk gedragen besluit te komen. Tegelijkertijd heb ik veel respect voor de inspanningen die de OR heeft geleverd.”*

- 6.2 Het geeft accuraat weer waar XS4ALL staat en benadrukt het belang van duidelijkheid. Duidelijkheid voor de klanten en de medewerkers van XS4ALL. De commerciële werkelijkheid waar Jörg Kramer aan refereert, is een feit. Zodra de integratie vormgegeven kan worden, kan de kracht van XS4ALL en haar medewerkers worden toegevoegd aan een sterke propositie, zodat de groep een belangrijke stap voorwaarts kan maken: de gecombineerde onderneming zal in staat zijn de beste service en kwaliteit te bieden, nu en in de toekomst. Er is geen reden om het besluitvormingsproces dat XS4ALL zorgvuldig heeft doorlopen – met alle gevolgen van dien – over te doen. Er is ook geen belang bij een onderzoek. Het is van het grootste belang dat de organisatie verder kan en zich kan gaan focussen op de nieuwe situatie.
- 6.3 XS4ALL hecht eraan te benadrukken dat zij de meerwaarde van de wettelijke taak van de OR onderkent. Die taak kan in een adviestraject meebrengen dat ondernemingsraad en ondernemer het grondig oneens zijn. Wanneer dat het geval is, zal een ondernemingsraad onderbouwd aan de ondernemer voorhouden waarom dat het geval is al dan niet in combinatie met een door de ondernemingsraad aangedragen alternatief. Dat is echter niet wat XS4ALL heeft ervaren in de slotfase van het adviestraject. Wat een dialoog had moeten zijn, is verworpen tot een schaakspel. Deze werkwijze past naar het oordeel van XS4ALL niet bij de plicht van alle betrokkenen zich te richten op het goed functioneren van de onderneming, waarbij ook hoort dat gekeken wordt naar het concernbelang.
- 6.4 XS4ALL heeft de overtuiging dat integratie in het belang van de onderneming XS4ALL en al haar *stakeholders* is. Het besluit is zorgvuldig en op de juiste gronden genomen na een deugdelijk adviestraject te hebben doorlopen. Tegen deze achtergrond zouden de verzoeken van de OR afgewezen moeten worden. Er is geen



reden om aan te nemen dat XS4ALL bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het integratiebesluit had kunnen komen en er zijn geen gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. XS4ALL is van oordeel dat de implementatie van het integratiebesluit om die redenen zo snel mogelijk zou moeten plaatsvinden, teneinde onder de vlag van KPN verder te kunnen bouwen op de fundamenten die bij XS4ALL zijn gelegd.

## 7. HET ENQUÊTEVERZOEK BIJ KPN

- 7.1 Ik maak tot slot een enkele opmerking over het enquêteverzoek voor zover zich dat richt tegen KPN.
- 7.2 Het enquêterecht is heel bewust alleen toegekend bij XS4ALL. Nu is in Smit Transformatoren door de OK uitgemaakt dat dat niet per definitie in de weg staat aan het door de OR vragen van een enquête bij de moedermaatschappij. Maar in de Smit Transformatoren-beschikking<sup>23</sup> is wel duidelijk uitgemaakt dat het onderzoek bij de moedermaatschappij zich uitsluitend richtte op de invloed die zij als aandeelhouder bij de dochtermaatschappij uitoefende. Op die beslissing is dan ook veel kritiek gekomen.<sup>24</sup>
- 7.3 De manier waarop een aandeelhouder (zoals KPN hier) invloed uitoefent is immers reeds toetsbaar bij een enquêteonderzoek bij dochtermaatschappij XS4ALL zelf. KPN B.V. en Koninklijke KPN N.V. als bestuurder van KPN B.V. (ik noem ze samen nu even KPN) hebben voorts als bestuurder een verantwoordelijkheid binnen XS4ALL, maar ook hun handelen in die hoedanigheid is natuurlijk toetsbaar in een enquête bij XS4ALL. En mochten daarbij interne zaken bij KPN van belang zijn, dan biedt artikel 2:351 lid 2 BW daarvoor soelaas. De Ondernemingsraad heeft daar ook zelf op gewezen.
- 7.4 De OK lijkt in de jaren na Smit Transformatoren dan ook een andere lijn te kiezen en - als het alleen gaat om wat de aandeelhouder in die hoedanigheid en als bestuurder doet - “upstream” enquêteverzoeken af te wijzen.<sup>25</sup>
- 7.5 Bij Smit Transformatoren was het bovendien zo dat sprake was van een personele unie van de besturen van de moeder- en dochtermaatschappij. Die laatste bepaalde in belangrijke mate het beleid bij de dochtermaatschappij. Dat ligt hier anders. Weliswaar is KPN statutair bestuurder van XS4ALL, maar zij heeft die bestuurdersrol ingevuld door XS4ALL te laten besturen door het managementteam van XS4ALL. Er is dus sprake van een onafhankelijk bestuur.

---

<sup>23</sup> OK 5 oktober 2005, JOR 2005/296 m.nt. Leijten (Smit Transformatoren)

<sup>24</sup> Zie de noot van Leijten. Zie Winters/Ploeger in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006/2007, Serie Vander Heijden Instituut 93, p. 14.

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld OK 17 maart 2011, ARO 2011/57, ECLI ECLI:NL:GHAMS:2011:BP9513, Golfbaan Spaarnwoude: “3.5 [Verzoekers] hebben nog andere gronden aangevoerd die zien op het door [Moedermaatschappij] gevoerde beleid en de gang van zaken in [Dochtermaatschappij]. Deze gronden zijn echter te weinig geconcretiseerd en uitgewerkt om bij de beoordeling te kunnen worden betrokken. 3.6 De door [Verzoekers] aangevoerde gronden die wel bij de beoordeling zijn betrokken zien slechts op het door [Moedermaatschappij] als bestuurder van [Dochtermaatschappij] gevoerde beleid van [Dochtermaatschappij]. De Ondernemingskamer ziet reeds daarom geen aanleiding om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij [Moedermaatschappij]. In zoverre zal het verzoek worden afgewezen.”

- 7.6 Wellicht ten overvloede: ik lees in het verzoekschrift geen bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken bij KPN anders dan de wijze waarop ze als aandeelhouder en statutair bestuurder bij XS4ALL opereren. Dat het concernbeleid van KPN ook “buiten” XS4ALL niet zou deugen, is niet aangevoerd. Integendeel, de Ondernemingsraad vindt dat KPN te goed voor zichzelf zorgt en dat het belang van KPN “te veel leidend” zou zijn geweest bij XS4ALL.
- 7.7 Upstream-enquêteverzoeken van vakbonden zijn wel gehonoreerd, zoals meest recent in Esteves<sup>26</sup>. Vaak kent een holding weinig werknemers en zitten de vakbondsleden bij een of meer werkmaatschappijen. Het beleid wordt echter vaak in de holding gemaakt en het is dus niet zo gek als de vakbond dan toch tegen dat beleid een enquête kan verzoeken. Dat is echter een andere casus dan hier aan de orde.
- 7.8 Maar zelfs in zaken als Esteves lijkt de reikwijdte van het onderzoek (en de voorzieningen) bij de moeder beperkt te zijn tot het beleid van de moeder met betrekking tot de werkmaatschappij waar de verzoekende vakbond leden heeft en is dus de vraag waarom een enquête bij de moeder überhaupt nodig is. Aldus ook Spruitenburg<sup>27</sup> over Esteves in haar proefschrift:

*“Het onderzoek bij de moedervenootschap blijft echter beperkt tot het beleid en de gang van zaken voor zover zij als aandeelhoudster het beleid van de dochtervenootschap bepaalt. Gelet op dit laatste begrijp ik de “noodzaak” tot het gelasten van een onderzoek bij de moedervenootschap niet goed. Een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de dochtervenootschap omvat immers mede het functioneren van haar organen. Hieronder valt ook de aandeelhoudersvergadering van de dochter, die de moedervenootschap (Inverberg) vormt. Een enquête naar boven heeft in dit geval dus weinig toegevoegde waarde, ook voor het tegengaan van het mogelijke wanbeleid van de moedervenootschap.”*

- 7.9 Ook het punt dat KPN ‘mede-ondernemer’ zou zijn, waarop de Ondernemingsraad nogal sterk leunt, kan geen grond voor een enquêterecht zijn. ‘Mede-ondernemerschap’ is een begrip uit het medezeggenschapsrecht en niet uit het enquêterecht. Zoals in het verweerschrift toegelicht, is er van ‘mede-ondernemerschap’ ook geen sprake.
- 7.10 Tenslotte: er is niet alleen geen rechtsgrondslag maar vooral ook geen belang bij een zelfstandig enquêteonderzoek naar KPN. Ik heb dan ook een beetje het gevoel dat de Ondernemingsraad KPN vooral onder schot heeft genomen om maximale (ook publicitaire) druk uit te oefenen in haar pogingen de integratie tegen te houden.

---

<sup>26</sup> OK 18 mei 2004, JOR 2004/195 (Esteves).

<sup>27</sup> De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV, Serie Van der Heijden Instituut nr. 153, p. 255 e.v.

- 7.11 Opmerkelijk is in dat verband dat de als productie 54 overgelegde bezwarenbrief uitsluitend gericht is aan XS4ALL en uitsluitend bezwaren aanvoert over het beleid en de gang van zaken bij XS4ALL, niet bij KPN. Ook het verzoekschrift maakt niet duidelijk welke bezwaren er tegen KPN bestaan anders dan de rol die ze in de organen van XS4ALL uitoefent.
- 7.12 De gevraagde onmiddellijke voorzieningen, wat daar verder van zij, zijn ook geen voorzieningen die bij KPN worden getroffen maar bij XS4ALL.
- 7.13 Als belanghebbende (want dat is KPN in deze enquêteprocedure wel) maakt KPN overigens wel bezwaar tegen die onmiddellijke voorzieningen. Er is al toegelicht dat het managementteam van XS4ALL met voldoende zelfstandigheid ten opzichte van het KPN-concern de belangen van XS4ALL dient, ook al maakt (maar dat is vaste rechtspraak) het concernbelang van KPN natuurlijk deel uit van het vennootschappelijk belang van XS4ALL en moet daar dus rekening mee worden gehouden.
- 7.14 Een reden om een extra bestuurder aan te stellen is er dus niet. Dat zou je je hooguit kunnen voorstellen als KPN als bestuurder feitelijk het door haarzelf gemachtigde managementteam opzij schuift om haar eigen zin door te drijven. Maar daarvan is geen sprake.
- 7.15 Voor het in beheer geven van de aandelen XS4ALL bestaat al helemaal geen noodzaak. Ik heb ook over geen enkel aandeelhoudersbesluit van KPN horen klagen die zo iets noodzakelijk zou maken.
- 7.16 Ik wijs er tenslotte op dat bij KPN een COR actief is en dat het toch wel gek zou zijn als nu een enquête bij KPN wordt gelast, terwijl de COR van KPN het betrokken beleid juist steunt.
- 7.17 Om al deze redenen kan de Ondernemingsraad in haar enquêteverzoek bij KPN niet worden ontvangen, althans moet dat worden afgewezen.
- 7.18 Ik maak nog een slotopmerking over het onderzoek. In de kern gaat het vandaag toch vooral om het 26 WOR-verzoek en het wel of niet kunnen uitvoeren van het integratiebesluit. Als u in de 26 WOR-procedure beslist dat dat mag, dan is moeilijk in te zien dat uw Kamer anderzijds datzelfde besluit zou typeren als gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.
- 7.19 Resteren de andere bezwaren dan die betreffende het integratiebesluit, maar daarvan is denk ik al voldoende aangetoond dat die er een beetje met de haren bij zijn gesleept. Er is geen reden om alsnog een onderzoek te gelasten naar allerlei zaken die in het verleden zijn gebeurd en toen geen reden zijn geweest voor de

Ondernemingsraad om te klagen, althans om ter zake een enquêteverzoek door te zetten.

- 7.20 Omgekeerd geldt dat, als u in 26 WOR-procedure de bezwaren van de Ondernemingsraad honoreert, een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken ten aanzien van dat besluit niet veel zin meer heeft. Het managementteam van XS4ALL zal dan met inachtneming van het oordeel van uw Kamer opnieuw over de toekomst van XS4ALL moeten nadenken en met de Ondernemingsraad moeten gaan overleggen. Niemand is er bij gebaat dat dat wordt doorkruist door een onderzoek naar de totstandkoming van een besluit dat dan toch niet wordt doorgezet.

---

Deze zaak wordt behandeld door mr. S. Sikkink, mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. T.M. Sweerts en mr. A.J. de Gier, Allen & Overy LLP, Apollolaan 15 (1077 AB) Amsterdam, telefoon: 020 674 1373, fax: 020 674 1051.