

ONTWIKKELINGEN IN HET ADVIES- EN BEROEPSRECHT VAN DE ONDERNEMINGSRAAD

Dennis Schwartz – Sprengers Advocaten
Ester Damen – Kennedy Van der Laan

Labour |
Law United

Programma

- Juridisch kader
 - *Adviesrecht (artikel 25 WOR)*
 - *Beroepsrecht (artikel 26 WOR)*
 - *Toetsingskader Ondernemingskamer*
- Toetsing Ondernemingskamer in de praktijk – recente beschikkingen
- Observaties

Labour |
Law United

Adviesrecht

Grondslag adviesrecht

- Wettelijk adviesrecht (art. 25 lid 1 sub a t/m n WOR)
 - > besluiten van financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aard
- Indien advies aan de OR is gevraagd
- De (bovenwettelijke) bevoegdheid tot advies is toegekend (art. 32 lid 2 WOR)

- Voorgenomen besluit (voldoende concreet / beleidsvoornemen)
- Belangrijk besluit
- Wezenlijke invloed OR

Adviesrecht

- Inhoud adviesaanvraag
 - Beweegredenen
 - Personele gevolgen
 - Sociale maatregelen

- Vaste rechtspraak: ondernemer is primair verantwoordelijk voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject
 - Recent: *Insight Enterprises* OK 29 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:922
- Adequaat verloop, voldoende niveau en inhoud
- OR bepaalt welke informatie hij nodig heeft om advies te kunnen geven

Beroepsrecht

- Beroepsrecht OR ex art. 26 WOR – Hof Amsterdam (Ondernemingskamer)
- Wanneer?
 - Besluit niet in overeenstemming met advies OR
 - Feiten en omstandigheden na besluit aan OR bekend geworden
 - Geen advies aan de OR gevraagd of niet afgewacht
 - > 'Linge-leer' OK 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579
 - > *Abeos Agri* OK 28 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2871
 - (ook: *Lantor* OK 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1837)
- Opschortingsverplichting (art. 25 lid 6 WOR) <> beroepstermijn (art. 26 lid 2 WOR)

Beroepsrecht

- Toewijzing van beroep:
 - Declaratoire uitspraak: 'de ondernemer heeft bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit kunnen komen'
 - Evt. voorzieningen:
 - Verplichting besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken en aan te wijzen gevolgen ongedaan te maken
 - Verbod aan de ondernemer om handelingen te verrichten ter uitvoering besluit
 - Evt. voorlopige voorzieningen

Beroepsrecht

	2023	2022	2021
Ingekomen verzoekschriften	17	20	24
Behandeling ter zitting	7	7	7
Intrekking of doorhaling totaal	12	15	16
Intrekking of doorhaling voor de zitting	9	14	16
Intrekking of doorhaling na de zitting	3	1	
Beschikkingen totaal	5	5	8
Verzoek toegewezen	3	0	1
Verzoek afgewezen	2	5	5
Verzoek niet-ontvankelijk	0	0	2

Bron: Jaarverslag Ondernemingskamer 2023

- Onderzoek M. Meyer en L.C.J. Sprengers – 40 jr rechtspraak OK – VvA:

Periode 1996-2018
73% van de verzoeken is ingetrokken

Toetsingskader Ondernemingskamer

- Art. 26 lid 4 WOR: 'het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen'



Ten onrechte geen advies gevraagd?

Volle toets



Procedure goed doorlopen?

Volle toets



Afweging van de betrokken belangen?

Marginale toets

Toetsingskader Ondernemingskamer

- De OR dient al zijn bezwaren in het advies op te nemen, ander kunnen de bezwaren niet ten grondslag worden gelegd aan het beroep, behalve:
 - *bezwaren die voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de OR ten tijde van het uitbrengen van het advies niet kende of de kennen*
 - *bezwaren die inhouden dat er wezenlijke gebreken kleven aan de adviesaanvraag*
- Bij afwijking van het advies moet de ondernemer de afwijking motiveren.

Toetsingskader Ondernemingskamer

- Besluitvorming is ook een kwestie van **motivering**, omdat daarin inzicht wordt gegeven in de afweging van de betrokken belangen
- Ingelse: zwaardere toetsing dan bijvoorbeeld arbitraal vonnis, waarbij toereikend is dát er een motivering is en indien deze geen volstrekte onzin oplevert kan het vonnis niet op grond van een tekort aan motivering worden vernietigd
- Willems: de OK is niet de ondernemer en als er een keuze moet worden gemaakt tussen alternatieven die alle goed verdedigbaar zijn kan de OK niet zeggen dat zij een andere keuze had gemaakt. De vraag of de voor een besluit gehanteerde argumenten het besluit kunnen dragen, is een toets ten volle

HR Holland Casino

“De ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken. Het betreft hier een door de Ondernemingskamer te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer. De Ondernemingskamer gaat slechts na of de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Zij laat daarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid.”

HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:724

RECENTE BESCHIKKINGEN

2020-2024

Atlassian



- Wereldwijde reorganisatie (500 boventalligen)
- In NL: 17 van de 500 medewerkers boventallig (3%) en opheffing MT
- OR wordt niet om advies gevraagd, 'geen belangrijk besluit'
- Na bezwaren OR, alsnog adviesaanvraag – zonder dat besluit is ingetrokken en alle uitvoeringshandelingen zijn teruggedraaid
- *“De OK is met de OR van oordeel dat het hier gaat om een adviesplichtig besluit. (...) De OR heeft niet alleen de impact van het ontslag voor de betrokken werknemers benadrukt, maar ook onder meer betoogd dat de opheffing van het MT een grote verandering voor de organisatie inhoudt en dat deze opheffing grote gevolgen heeft voor de medewerkers in andere teams. Atlassian heeft dat niet concreet weersproken.”*

Atlassian



“Vast staat dat het besluit niet aan de OR ter advisering is voorgelegd, laat staan dat dit tijdig en voorzien van voldoende informatie is gebeurd.

*Volgens **vaste rechtspraak** van de Ondernemingskamer brengt dit mee dat Atlassian bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het reorganisatiebesluit kon komen.”*

OK 6 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1899

Soortgelijk: *Insight Enterprises* OK 29 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:922

Spotify



- Spotify - wereldwijde reorganisatie (17% boventallig)
- Voor Spotify NL heeft dit gevolgen voor 19 van de 172 werknemers (11% boventallig)
- OR wordt niet om advies gevraagd, 'niet adviesplichtig'
- "Het betreft een belangrijke inkrimping van de omvang van de werkzaamheden van de onderneming van Spotify NL. Het heeft ook zwaarwegende gevolgen voor de werknemers die het treft: zij verliezen hun vaste baan. Hoe het reorganisatiebesluit in Nederland zal worden vormgegeven (...) is niet duidelijk geworden. (...) Bij die stand van zaken gaat de OK ervan uit dat (...) het reorganisatiebesluit niet alleen een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden betreft, maar ook een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming."

Spotify



"Vast staat dat het reorganisatiebesluit **niet aan de OR ter advisering** is voorgelegd, laat staan dat dit **tijdig en voorzien van voldoende informatie** is gebeurd.

Volgens **vaste rechtspraak** van de Ondernemingskamer brengt dit mee dat Spotify NL bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het reorganisatiebesluit heeft kunnen komen."

OK 22 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3520

Sabic



- Verplaatsing Europees hoofdkantoor van Sittard naar Amsterdam
- Gebreken in het adviestraject, maar deze zijn hersteld door latere intensieve betrokkenheid van de OR:

"Naar het oordeel van de Ondernemingskamer hadden de ondernemingsraden daarom op de voet van artikel 25 lid 1 onder n WOR al in juni 2021 betrokken moeten worden bij het verstrekken en formuleren van de adviesopdracht aan C&W, aangezien op dat moment al voorzienbaar was dat dit tot de sluiting van het EHO in Sittard zou kunnen leiden. Dat is ten onrechte niet gebeurd.

(...)

Sabic



"Gelet op de wijze waarop en de intensiteit waarmee de ondernemingsraden na de eerste adviesaanvragen (alsnog) zijn betrokken bij en geïnformeerd over de (voorgenomen) besluiten zijn de medezeggenschapstrajecten van een voldoende inhoudelijke kwaliteit geweest en zijn de in 3.7 geschetste onvolkomenheden in de (aanvang van de) medezeggenschapstrajecten van onvoldoende gewicht om daarover anders te oordelen. De slotsom is dat de ondernemingsraden uiteindelijk zijn voorzien van alle inlichtingen en gegevens die redelijkerwijs nodig waren en dat het advies op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het nog van wezenlijke invloed kon zijn op de te nemen besluiten."

Sabic



- Ten aanzien van de inhoudelijke bezwaren van de OR:
 - “De Ondernemingskamer is van oordeel dat Sabic c.s. voldoende inhoudelijk debat hebben gevoerd met de ondernemingsraden over het risico van attritie en de gevolgen daarvan voor de ondernemingen. De bezwaren van de ondernemingsraden zijn serieus genomen en meegenomen in de belangenafweging”
 - “In de Besluiten is gemotiveerd op grond waarvan wordt aangenomen dat het personeelsverloop door Sabic c.s. lager wordt ingeschat dan door de ondernemingsraden en dat de bedrijfsvoering door personeelsverloop naar verwachting niet in gevaar zal komen”

Sabic



*“De besluiten zijn naar het oordeel van de **Ondernemingskamer voldoende gemotiveerd**. In de Besluiten wordt ingegaan op de door de ondernemingsraden in hun adviezen geuite bezwaren en wordt **voldoende toegelicht** op grond waarvan de door de ondernemingsraden gegeven adviezen wordt afgeweken.”*

OK 7 maart 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:519.

Bেকেart



- Adviesaanvraag deel van de productie verplaatsen naar Roemenië, met als gevolg verval van arbeidsplaatsen in Assen
- Reden: het spreiden van de productie maakt de onderneming minder kwetsbaar voor externe bedreigingen
- Voor de boventallige werknemers wordt een vrijwillig vertrekregeling ingesteld
- OR vraagt naar de volumeverdeling tussen Assen en Roemenië, of er i.h.k.v. risicospreiding ook productie van branders deels van Roemenië naar Assen wordt verplaatst en verduidelijking over de maatregelen over de personele gevolgen op te vangen
- OR vindt de antwoorden niet toereikend en adviseert negatief. Bekaert neemt het besluit tot en de OR stelt beroep in

Bেকাert



- De OR mag het bezwaar dat hij geen wezenlijke invloed heeft gehad als grond aanvoeren, ook al stond het niet in het advies, omdat dit gaat om een wezenlijk gebrek aan de adviesaanvraag. Maar, advies heeft van wezenlijke invloed kunnen zijn.
- Met het verplaatsen van de helft van het aantal machines naar Roemenië verplaatst een aanmerkelijk groter deel van het productievolume naar Roemenië. De ondernemer had dit moeten motiveren.
- De motivering waarom de productie van branders niet van Roemenië naar Assen wordt verplaatst is wel voldoende gemotiveerd.
- Onvoldoende inzicht geboden in de gevolgen voor de medewerkers.

Bekaert



"Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt echter niet in te zien dat – als gevolg van de risicobeperkende maatregel van spreiding van productie over Nederland en Roemenië – met de helft van de machines tevens een aanmerkelijk groter deel dan de helft van het werk uit Assen verdwijnt. **De bestuurder had deze voorgenomen keuze al in de adviesaanvraag moeten motiveren, maar in elk geval gedurende het adviestraject daarna. Dit heeft hij nagelaten en in zoverre slaagt het beroep van de ondernemingsraad: de beweegredenen die ten grondslag is gelegd aan het voorgenomen besluit kan dit bestreden besluit niet dragen.**"

OK 9 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2450

Zorginstelling Reinaerde



- OR heeft adviesrecht m.b.t. wijziging functiehuis op grond van een gesloten convenant (art. 32 lid 2 WOR)
- Discussie over de wijze waarop het nieuwe functiehuis ingericht zou moeten worden
- "Als uitgangspunt geldt dat **de keuze** om in het kader van de vernieuwing van het functiehuis te kiezen voor een functiemix met (alleen) generieke functies **aan Reinaerde is**. Reinaerde heeft de OR steeds (ook vóór december 2020) bij het proces van herijking van het functiehuis **betrokken** (...). In de adviesaanvraag heeft Reinaerde (...) **toegelicht** waarom zij voor een functiemix en niet voor (ook) plusfuncties kiest."

Zorginstelling Reinaerde



- *“De OR heeft nog aangevoerd dat hij in de periode na de adviesaanvraag de daarin opgenomen lijst met voor- en nadelen gemotiveerd heeft weerlegd, maar in zijn advies is de OR hier niet meer met zoveel woorden op teruggekomen. In zijn advies heeft de OR zich met name geconcentreerd op de gestelde onvolledigheid van de set functie- en woonprofielen. Voor Reinaerde bestond er dan ook geen aanleiding om in haar besluit in te gaan op eventuele eerder aangevoerde bezwaren tegen de lijst voor- en nadelen of om de lijst nog eens nader toe te lichten.”*
- *“Reinaerde is in die zin **tegemoet gekomen aan bezwaren** van de OR dat zij in de periode na de adviesaanvraag drie aanvullende functieprofielen heeft toegevoegd.”*
- *“Reinaerde heeft met het vorenstaande **uitgelegd** hoe zij tot haar besluit is gekomen en zij heeft haar besluit **deugdelijk gemotiveerd**.”*

OK 8 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3300

Labour |
Law United

AH e-Commerce



- Na HR-uitspraak (HR 3 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1514) over adviesrecht OR bij het aangaan van raamovereenkomsten voor de inhuur van uitzendkrachten ontvangt de OR voor het eerst een adviesaanvraag voor het aangaan van zo'n overeenkomst
- Bij AH E-commerce werken voornamelijk uitzendkrachten
- Ambitie is om toe te werken naar 25% eigen werknemers

Labour |
Law United

AH e-Commerce



- OR verbindt aan het positieve advies de voorwaarde om zoveel mogelijk aan uitzendkrachten die meer dan 1400 uur hebben gewerkt een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Als na een jaar de ambitie van 25% nog niet is behaald moet tot aan het einde van de looptijd van de raamovereenkomst iedere uitzendkracht die meer van 1400 uur werkzaam is geweest een arbeidsovereenkomst worden aangeboden, tot dat het percentage van 25% eigen personeel is bereikt
- AH e-Commerce neemt deze voorwaarde niet over, omdat er andere initiatieven zouden zijn om de ambitie waar te maken. Daarnaast worden 5 andere redenen geven
- OR: De argumenten van AH e-Commerce zijn niet juist, innerlijk tegenstrijdig en op zijn minst betwifelbaar
- AH: Wel degelijk een redelijke belangenafweging uitgevoerd en valide argumenten ten grondslag gelegd aan het besluit

AH e-Commerce



*“De Ondernemingskamer is van oordeel dat AH e-Commerce daarmee **voldoende inzichtelijk** heeft gemaakt op welke wijze zij invulling wil geven aan haar ambitie om het percentage vaste medewerkers bij e-Commerce geheel te verhogen naar 25% en wat in dat kader binnen de afdeling Fulfilment de specifieke belemmeringen en mogelijkheden zijn. **Dat AH e-Commerce op basis daarvan tot een andere afweging komt dan de ondernemingsraad en dat zij daarbij ook haar bedrijfseconomische belangen laat meewegen, maakt niet dat het besluit om de door de ondernemingsraad gestelde voorwaarde niet over te nemen in redelijkheid niet genomen kon worden.**”*

OK 2 mei 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1559

Pluryn



- COR brengt ongevraagd advies uit met constatering dat sprake is van eilandvorming en versnippering en verslechterde financiële situatie. De COR adviseert de rvb actie te ondernemen
- Adviesaanvraag over Herijking aansturingsmodel, waarbij in 3 fases de organisatiestructuur wordt gewijzigd, evenals de medezeggenschapsstructuur
- Ondernemer heeft een besluit genomen dat afwijkt van het advies
- De COR vindt dat de ondernemer in het besluit slechts minimaal is ingegaan op het advies van de COR, waaruit blijkt dat de COR geen wezenlijke invloed heeft gehad

Pluryn



- “De Ondernemingskamer is van oordeel dat met deze toelichting door Pluryn **voldoende inhoudelijk en concreet op het advies is gerespondeerd**. Pluryn had daarbij niet de verplichting om met andere argumenten te komen dan welke zij valide acht
- De COR heeft in het verzoekschrift verder niet voldoende concreet gemaakt (...) op welke onderdelen van haar advies zij een specifieke toelichting mist in het van het advies afwijkende besluit. **Dat had wel op haar weg gelegen, waar het besluit wel degelijk op alle onderdelen een inhoudelijke toelichting bevat en in zoverre dus met redenen omkleed is**. Het is dan niet aan de Ondernemingskamer om aan de hand van het advies zelf op zoek te gaan naar een mogelijk gebrekkige motivering van dat advies afwijkende onderdelen van het besluit”

Pluryn



- Ten aanzien van de medezeggenschapsstructuur:

*“De Ondernemingskamer acht de gegeven toelichting op de afwijking van het advies **niet onvoldoende.**”*

- Maar gaat de OK hier wel over?
- Bevoegdheid van de kantonrechter om te toetsen of de structuur ‘bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR’

OK 5 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2748

Observaties

- Ca. 75% van ingediende verzoekschriften wordt voor/na zitting ingetrokken door OR -> Beroepsrecht OR als breekijzer?

Gegroundverklaring beroep:

- Ten onrechte geen advies gevraagd?
- Procedure niet goed doorlopen?
- Besluit inhoudelijk kennelijk onredelijk?



Observaties

- Voldoende motivering?
- Snijvlak tussen volle toets op de procedure en marginale toets op de inhoud
- Terughoudendheid OK om de motivering inhoudelijk te wegen

