

De stand van de medezeggenschap: juli 2020 tot en met juli 2022

ArbeidsRecht 2022/41

Dit artikel biedt een overzicht van de ontwikkelingen in het medezeggenschapsrecht in de afgelopen twee jaar. Waar Verburg zich in zijn eerdere kronieken in dit tijdschrift toelegde op de rechtspraak van de Ondernemingskamer (de “OK”) en de medezeggenschap,² geeft dit artikel de ontwikkelingen op wetgevingsgebied en de relevante rechtspraak breder weer, met de nadruk op rechtspraak over het advies- en instemmingsrecht van de ondernemingsraad.

1. Wetgeving

Hoewel het vaak om kleine aanpassingen gaat, krijgt de ondernemingsraad (de “or”) in nieuwe wetgeving regelmatig een extra rol toebedeeld waarop de ondernemer bedacht dient te zijn. De basis blijft de WOR, die per 1 januari 2022 licht is aangepast.³ Mede op basis van adviezen van de SER Commissie Bevordering Medezeggenschap om flexkrachten meer te betrekken bij de medezeggenschap en om obstakels voor participatie aan medezeggenschap weg te nemen, tellen ingeleende uitzendkrachten op grond van artikel 1 lid 3 sub a WOR sindsdien vanaf 15 maanden (dat was 24 maanden) mee als “in de onderneming werkzame personen”. De wachttijd voor actief en passief kiesrecht in artikel 6 lid 2 en 3 WOR is verlaagd naar 3 maanden (dit was 12 respectievelijk 6 maanden). Een uitzendkracht, waaronder ook een payroller, verwerft dus na 18 maanden (15+3) actief en passief kiesrecht. Voor “flexkrachten” zonder arbeidsovereenkomst, zoals zzp’ers en opdrachtnemers, blijft medezeggenschap vooralsnog buiten bereik, al zou de ondernemer hen op basis van artikel 6 lid 4 WOR kunnen laten meedoen.⁴ Verder kan de or op basis van artikel 15 lid 2 WOR sinds 1 januari 2022 vaste commissies instellen – bijvoorbeeld een financiële of arbocommissie – die eventueel ook in meerderheid uit niet-leden van de or kan bestaan, zodat de werkbelasting van or-leden beperkt wordt. Als een commissie in meerderheid uit niet-leden bestaat, blijft het advies- en instemmingsrecht bij de or liggen.

De rol van de or is recent ook in andere wetgeving uitgebreid. Zo heeft de or bijvoorbeeld een standpuntbepalingsrecht bij de vaststelling van het beloningsbeleid voor

nv-bestuurders, terwijl dit bij beursvennootschappen sinds eind 2019 om een adviesrecht gaat (artikel 2:135 en 2:135a BW).⁵ Op basis van de Wet inroeping bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap verkreeg de or per 1 mei 2021 een standpuntbepalingsrecht ingeval het bestuur bij een vijandige overname een beroep doet op de bedenktijd (artikel 2:114b lid 7 BW).⁶ In de opeenvolgende NOW-loonsubsidieregelingen kreeg de or een beperkte rol toebedeeld, bestaande uit een informatierecht en, soms, de rol van overlegpartner voor werkbehoudafspraken of de rol van partij met wie de werkgever een overeenkomst kon sluiten over het bonus- en dividendbeleid.

Verdere uitbreiding van de or-bevoegdheden in andere wetgeving vond plaats of staat op stapel. Op insolventiegebied heeft de or sinds 1 januari 2021 een rol op basis van de Wet homologatie onderhands akkoord: schuldeisers en aandeelhouders moeten geïnformeerd worden over hoe de or om advies gevraagd is of wordt over het akkoord, en de or mag net als iedere schuldeiser of aandeelhouder, de rechtbank verzoeken om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.⁷ In de pijplijn bevinden zich ook het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I,⁸ en het concept Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement,⁹ waarin de or of personeelsvertegenwoordiging een rol krijgt in pre-packsituaties en een adviesrecht bij overgang van onderneming.¹⁰

Voorts is het de bedoeling dat de Wet toekomst pensioenen (de “Wtp”) per 1 januari 2023 in werking treedt.¹¹ De meeste werkgevers zullen hun pensioenregeling in dat geval vanaf 2023 moeten aanpassen, waarbij de or op basis van artikel 27 WOR een instemmingsrecht heeft over de wijzigingen in de pensioenovereenkomst en in de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder. Ook een keuze om vast te houden aan een premiereregeling met progressieve premiestaffel voor bestaande deelnemers valt volgens de wetgever onder het instemmingsrecht van de or, omdat er voor nieuwe deelnemers dan uiterlijk per 2027 een nieuwe pensioenregeling moet zijn.¹² Binnen pensioenfondsen is eveneens sprake van medezeggenschap: het verantwoordings- of belanghebbendenorgaan krijgt in de Wtp een advies- respectievelijk een goedkeuringsrecht ten aanzien van het ‘invaren’ van oude pensioenrechten in het nieuwe pensioencontract. Voor pensioengerechtigden en ex-deelnemers

1 Mr. P.G. (Paul) Vestering is advocaat bij Stibbe N.V.

2 De laatste aflevering daarvan was: L.G. Verburg, ‘De Ondernemingskamer, de medezeggenschap en de periode 2009 tot en met 2011’, *ArbeidsRecht* 2012/8.

3 Verzamelwet SZW 2022 (*Stb.* 2021, 627; *Stb.* 2021, 628 en Kamerstuknummer 35897).

4 Zie voor een uitspraak waarin hierover discussie was: Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1777, *JAR* 2018/222. Zie ook hierover J.M. van Slooten, ‘Platformondernemingen en medezeggenschap’, *Ondernemingsrecht* 2022/12.

5 *Stb.* 2019, 423; *Stb.* 2019, 436; Kamerstuknummer 35058.

6 *Stb.* 2021, 185; *Stb.* 2021, 210; Kamerstuknummer 35367.

7 Zie artikel 375 lid 1 aanhef sub I en artikel 371 lid 1 Fw.

8 Kamerstuknummer 34218.

9 Zie https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

10 Zie over de or en insolventie ook L.C.J. Sprengers, ‘De rol van de ondernemingsraad bij insolventies’, *Ondernemingsrecht* 2021/124.

11 Kamerstuknummer 36067, in behandeling bij de Tweede Kamer.

12 *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, p. 311.

introduceert de Wtp een hoorrecht over het transitieplan van de werkgever.

Op basis van het initiatiefwetsvoorstel “wijziging Arbeidsomstandighedenwet” in verband met het verplicht stellen van een vertrouwenspersoon,¹³ krijgt de or of personeelsvertegenwoordiging een instemmingsrecht ten aanzien van de benoeming van de vertrouwenspersoon. Het Initiatiefwetsvoorstel gelijke beloning voor mannen en vrouwen¹⁴ geeft de or recht op informatie over ingestelde klachten bij het College voor de Rechten van de Mens over (on)gelijke beloning.

Ten slotte zijn er de (concept)initiatiefwetsvoorstellen “eerlijk beslissen” en “eerlijk delen” van het Tweede Kamerlid Alkaya (SP).¹⁵ De behandeling hiervan lijkt op een laag pitje te staan, maar deze voorstellen bieden in potentie substantiële extra bevoegdheden voor de or in grotere ondernemingen (vanaf honderd werknemers). Het conceptinitiatiefwetsvoorstel “eerlijk beslissen” zou een instemmingsrecht introduceren, te gebruiken na een werknemersraadpleging, bij belangrijke besluiten zoals een sluiting of de aan- of verkoop van bedrijfsonderdelen. Het initiatiefwetsvoorstel “eerlijk delen” is op 11 december 2020 bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁶ Hiermee zou de or de ondernemer kunnen verzoeken om een Stichting administratiekantoor (de “STAK”) op te richten, die geleidelijk (1% per jaar) een aandelenbelang kan opbouwen tot ten minste 10% van de uitstaande aandelen. De werknemers kunnen via de STAK invloed uitoefenen binnen de algemene vergadering en delen mee in de winst. De or-leden vormen het bestuur van de STAK en vertegenwoordigen de werknemers tijdens de algemene vergadering. Het is uiteraard nog maar de vraag of er een Kamermeerderheid te vinden is voor deze (concept)wetsvoorstellen.

2. Rechtspraak

Hierna volgt een thematisch overzicht van de belangrijkste rechtspraak op medezeggenschapsgebied in de periode juli 2020–juli 2022.

2.1 Toepassing WOR, bestaansrecht van de ondernemingsraad

De WOR bevat dwingende minimumregels voor medezeggenschap. Méér medezeggenschap (bovenwettelijk) toekennen kan, minder mag niet. Dat betekent dat het de ondernemer niet is toegestaan om in het voorlopige or-reglement uitzendkrachten in afwijking van artikel 1 lid 3 WOR, uit te sluiten.¹⁷ Een *uitbreiding* van de groep “in de onderneming werkzame personen” kan wel overeengekomen worden (artikel 6 lid 4 WOR), waarbij de rechtbank overwoog dat het

begrip “uitzendkracht” in de WOR niet beperkt is tot personen werkzaam op basis van een uitzendovereenkomst naar Nederlands recht. De strekking van de WOR is om medezeggenschapsrechten toe te kennen aan in Nederland gevestigde ondernemingen en personen die feitelijk in die onderneming werken. De vraag of uitzendkrachten werkzaam zijn op grond van een uitzendovereenkomst naar Nederlands of naar buitenlands recht, acht de rechter daarbij niet bepalend, daarop ziet niet de territoriale werking van de WOR. Dit oordeel lijkt mij juist, net zoals voor toepassing van de WOR het toepasselijk recht op de arbeidsovereenkomst van in de onderneming werkzame personen niet bepaalt of zij in de onderneming werkzaam zijn of niet.

Or-leden worden door verkiezing verkozen en ontlenen daaraan hun ‘mandaat’. De termijn voor een or-lidmaatschap is drie jaar, maar bij reglement kan dit ook op twee of vier jaar worden gesteld (artikel 12 WOR). Rechtvaardigde de coronacrisis uitstel van or-verkiezingen, met verlenging van de zittingstermijn van de or-leden? De Voorzieningenrechter Oost-Brabant oordeelde van niet en overwoog dat or-leden niet langer in functie mogen zijn dan de hun door het reglement toegemeten tijd.¹⁸ Enerzijds hebben ze na die tijd geen mandaat meer van hun kiezers, anderzijds houden ze zonder rechtsgrond de kiesgerechtigden af van hun wettelijk recht om een nieuwe or te kiezen. Dit belang is principieel en de coronacrisis rechtvaardigde geen inbreuk hierop. Deze uitspraak vormt een waarschuwing voor praktijksituaties waarin bijvoorbeeld ten tijde van een fusie tussen de ondernemer(s) en de bestaande ondernemingsraden, bij convenant afgesproken wordt dat vooruitlopend op de vorming van één nieuwe or of cor, de zittingstermijn van een of meer bestaande ondernemingsraden verlengd wordt. Hoewel dergelijke afspraken praktisch zijn, biedt de WOR hiervoor geen juridische basis en is het de vraag of de betrokken or-leden na de expiratie van hun termijn nog formeel lid van de or zijn. Dergelijke afspraken zouden aangetast kunnen worden door werknemers of bijvoorbeeld vakbonden die niet bij de verlengingsafspraken betrokken waren. Omgekeerd geldt voor de ondernemer die instemt met (tijdelijke) verlenging van de or dat hij zich vervolgens niet op het standpunt kan stellen, bijvoorbeeld in een procedure bij de OK, dat de or niet-ontvankelijk is bij de uitoefening van zijn beroepsrecht omdat deze niet meer bestaat; dat komt in strijd met de redelijkheid en billijkheid.¹⁹

De ondernemer die twee of meer ondernemingen in stand houdt, bijvoorbeeld groepsvennootschappen of bedrijfs-onderdelen, kan een gemeenschappelijke or instellen indien dit bevorderlijk is voor de goede toepassing van de WOR (artikel 3 WOR). Ook de werknemers of een bestaande or kunnen hier ex artikel 36 WOR bij de kantonrechter om verzoeken. Of de instelling van een gemeenschappelijke or bevorderlijk is voor de goede toepassing van de WOR – een

13 Kamerstuknummer 35592, in behandeling bij de Tweede Kamer.

14 Kamerstuknummer 35157, in behandeling bij de Tweede Kamer.

15 Deze wetsvoorstellen zijn in de literatuur al becommentarieerd, zie M. Holtzer, ‘De initiatieven voor de Wet eerlijk beslissen en de Wet eerlijk delen’, *Ondernemingsrecht* 2021/12, en J.E. Devilee, ‘Wetsvoorstellen voor een eerlijke economie’, *MvO* 2021/1.1.

16 *Kamerstukken II* 2020/21, 35672, nr. 2.

17 Rb. Noord-Holland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9545, *JAR* 2021/293, m.nt. C. Nekeman (*Nautilus*).

18 Rb. Oost-Brabant (kort geding) 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5215, *JAR* 2020/279 (*ASML*).

19 Hof Amsterdam 26 november 1987, *ROR* 1987/32.

open norm – wordt op basis van de omstandigheden per geval beoordeeld. Bij een voldoende mate van samenhang tussen de bedrijfsonderdelen en centrale besluitvorming, ligt een gemeenschappelijke or voor de hand, ook om “versnippering van de medezeggenschap” te voorkomen.²⁰

Of de or bij een overgang van onderneming blijft voortbestaan, hangt af van de vraag of het bedrijf of bedrijfsonderdeel dat overgaat naar de verkrijger als eenheid blijft bestaan na een overgang van onderneming, dit volgt uit Richtlijn 2001/23/EG.²¹ Zo niet, dan verplicht artikel 6 lid 1 vierde alinea van deze richtlijn lidstaten ertoe om andere maatregelen te nemen om de medezeggenschapsrechten te waarborgen. De Nederlandse wetgever heeft dit onderdeel van de richtlijn echter tot op heden niet geïmplementeerd. De Voorzieningenrechter Noord-Holland oordeelde dat de or niet “mee over ging” in een zaak waarin beveiligingswerkzaamheden op Schiphol van dienstverlener SDBV overgenomen werden door Securitas.²² Er was weliswaar sprake van overgang van onderneming van de betrokken werknemers, maar Securitas voegde de over te nemen taken en bestaande taken samen in een nieuwe structuur, zodat van behoud van de voorheen bij SDBV bestaande eenheid geen sprake was. Securitas hoefde de bij SDBV bestaande or niet te erkennen en voor een richtlijnconforme uitleg van de WOR was in dit geval geen grond, aldus de voorzieningenrechter.

2.2 Adviesrecht ondernemingsraad (artikel 25 en 26 WOR)

2.2.1 Geschillen bij de Ondernemingskamer

De rechtspraak over het adviesrecht van de or is afkomstig van de OK. De OK ontving in 2020 en 2021, 31 respectievelijk 24 verzoekschriften ex artikel 26 WOR, die uiteindelijk leidden tot zes respectievelijk acht beschikkingen; het merendeel van de verzoekschriften wordt dus wel ingediend, waarschijnlijk mede vanwege de “fatale” termijn van een maand uit artikel 26 lid 2 WOR, maar vóór de zitting ingetrokken. Meestal zal er dan een onderlinge oplossing voor het geschil gevonden zijn.²³ Een doorgezet artikel-26-WOR-beroep blijkt vervolgens een *uphill battle* voor de or:

in beide jaren werd één verzoek toegewezen, in de andere uitspraken wees de OK de verzoeken af of waren deze niet-ontvankelijk.

2.2.2 (Niet-)ontvankelijkheid

De hoofdregel voor (niet-)ontvankelijkheid is dat de or beroep kan instellen binnen een maand nadat de ondernemer de or heeft geïnformeerd over zijn besluit, indien dat besluit afwijkt van het advies van de or (artikel 26 lid 1 en lid 2 WOR). Op basis van de ‘Linge-leer’ geldt dat de or ook beroep kan instellen als de ondernemer ten onrechte geen advies gevraagd heeft.²⁴ In de *Abeos Agri*-uitspraak voegde de OK een element toe aan deze Linge-leer: als direct duidelijk is dat de ondernemer (ten onrechte) geen advies aan de or zal vragen, hoeft de or niet af te wachten met beroep instellen totdat de ondernemer zijn besluit genomen heeft.²⁵ In deze zaak verschaftte de ondernemer de or geen inzage in een conceptservicelevel-agreement tussen twee groepsvennootschappen, terwijl de or meende dat hem daarover adviesrecht toekwam. De or wendde zich tot de OK, die oordeelde dat als de ondernemer zich jegens de or definitief op het standpunt stelt dat hij geen advies zal vragen, een redelijke toepassing van artikel 26 WOR en de Linge-leer meebrengt dat: (a) de or niet hoeft te wachten op (mededeling van) het genomen besluit om beroep in te stellen op de grond dat ten onrechte geen advies is gevraagd, en (b) de or niet uitsluitend is aangewezen op een verzoek tot nakoming op de voet van artikel 36 WOR. Een andere opvatting, namelijk dat de or hoewel hem is medegedeeld dat geen advies zal worden gevraagd pas beroep kan instellen nadat het besluit is genomen, zou slechts leiden tot vertraging waarmee geen redelijk belang is gediend. Deze aanvulling op de Linge-leer past de OK sindsdien ook toe in situaties waarin de ondernemer zich op het standpunt stelt dat hij geen advies hoeft te vragen; ook als het besluit dan wellicht nog niet genomen is, is het instellen van beroep door de or bij de OK dan niet prematuur;²⁶ uit deze uitspraak blijkt ook dat de keuze voor één exclusieve distributeur voor de verkoop van producten van de onderneming, waarmee voor circa vijf procent van de omzet van de onderneming een wijziging in distributeurs plaatsvindt, geen belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 sub b WOR vormt. De OK vond dit in de kern een commerciële beslissing passend in de normale bedrijfsvoering van Lantor, welke beslissing in beginsel aan Lantor als ondernemer is.

De or is ook ontvankelijk indien hij beroep instelt binnen een maand nadat nieuwe feiten of omstandigheden bekend geworden zijn die, kort gezegd, tot een ander advies geleid

20 Rb. Amsterdam 24 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6762, JAR 2022/21 (*Veon Wholesale Services*, verzoek toetreding tot gemeenschappelijke ondernemingsraad toegewezen); Rb. Limburg 28 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:4468 (*Tarina*, werknemers niet-ontvankelijk bij verzoek instelling gemeenschappelijke ondernemingsraad) en Hof Den Haag 1 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1021, TRA 2021/88, m.nt. Y.H. Dissel, JAR 2021/188, m.nt. C. Nekeman (*Belastingdienst*, instellen gezamenlijke ondernemingsraad bevorderlijk voor toepassing WOR, versnippering medezeggenschap is dat niet).

21 Richtlijn 2001/23/EG tot het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen en is bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU 29 juli 2010, C-151/09, JAR 2010/217 (UGT)).

22 Rb. Noord-Holland (kort geding) 2 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10136, JAR 2021/6 en RAR 2021/44 (*Securitas*).

23 Dit blijkt uit de jaarverslagen van de OK over 2021 en 2020, zie: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/jaarverslag-ondernemingskamer-2021.aspx> en <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/jaarverslag-2020.aspx>.

24 Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981/271, m.nt. J.M.M. Maeijer.

25 Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2871, TRA 2021/8, m.nt. L.C.J. Sprengers, JAR 2020/301, m.nt. C. Nekeman en JOR 2021/119, m.nt. M. Holtzer (*Abeos Agri*).

26 Hof Amsterdam (OK) 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1837 (*Lantor*).

zouden hebben.²⁷ Hierbij moet het gaan om feiten of omstandigheden die al bestonden vóór het advies van de or, maar die de or en de ondernemer onbekend waren of waarvan de ondernemer kennis had of redelijkerwijs had kunnen hebben, maar die zijn achtergehouden. Ook feiten of omstandigheden die zich hebben voorgedaan tussen het advies en besluit vallen hieronder. Nieuwe feiten of omstandigheden die zich na het besluit hebben voorgedaan, moeten volgens vaste rechtspraak buiten beschouwing blijven. In een zaak betreffende Mitsubishi ging het advies-traject over een reorganisatiebesluit en bestond de nieuwe omstandigheid waarop de or zich beriep uit het hanteren van de nullijn voor salarissen in 2020.²⁸ De OK onderzocht daarom of aannemelijk was dat de ondernemer ten tijde van het nemen van het reorganisatiebesluit al wist dat voor de salarissen van de achterblijvende medewerkers dat jaar de nullijn zou worden gehanteerd, of dat hij daarmee redelijkerwijs bekend had kunnen zijn. De OK oordeelde dat dit niet aannemelijk was en verklaarde de or niet-ontvankelijk.

2.2.3 Kennelijk onredelijk besluit?

Zoals bekend, toetst de OK een aangevochten besluit op basis van artikel 26 lid 4 WOR procedureel strikt, terwijl de inhoudelijke toetsing daarvan terughoudend is; de OK dient niet “op de stoel van de ondernemer” te gaan zitten, ofwel de ondernemer heeft inhoudelijk een zekere mate van beleidsvrijheid.²⁹ Wel dient de ondernemer in zijn besluit het or-advies op een redelijke wijze mee te wegen. De or dient van zijn kant alle argumenten in het advies op te nemen, zodat de ondernemer hiermee rekening kan houden bij zijn besluit; daaruit volgt dat de or in beginsel geen nieuwe argumenten in de beroepsprocedure bij de OK kan aanvoeren, tenzij deze voortvloeien uit nieuwe feiten of omstandigheden die de or ten tijde van zijn advies niet kende, of het gaat om bezwaren over wezenlijke gebreken in de adviesaanvraag.³⁰

Deze vaste lijnen bevestigde de OK in een zaak waarin de ondernemer, Stichting Reinaerde, het functiehuis wijzigde om in de krappe arbeidsmarkt aan meer medewerkers te kunnen komen. De ondernemer wilde generieke functies invoeren, waarin ruimte was voor extra beloning van zwaardere functies. De or adviseerde – overigens op basis van een toegekend, bovenwettelijk adviesrecht – dat extra functiedifferentiatie nodig was en plusfuncties met een hogere beloning. De OK oordeelt dat deze keuze aan de ondernemer is. De ondernemer heeft zijn keuze onderbouwd en hij heeft in reactie op het advies van de or drie extra

functieprofielen toegevoegd. Deze gemaakte keuze is niet kennelijk onredelijk of onbegrijpelijk, aldus de OK.

Ondernemen is keuzes maken en (afgewogen) risico's nemen: de ondernemer die een besluit neemt, baseert dit vaak op verwachtingen over de toekomst. De vraag is in hoeverre de ondernemer vooraf onderzoek moet doen naar (alle) eventuele gevolgen van het besluit, bijvoorbeeld omdat de or in het adviestraject meent dat die gevolgen te onzeker of mogelijk negatief zijn en daarover een andere verwachting heeft dan de ondernemer. Toen NS Reizigers besloot om de bevoegdheid van hoofdconducteurs als bijzonder opsporingsambtenaar (boa) af te schaffen, meende de or dat NS Reizigers eerst onderzoek had moeten doen naar de preventieve werking van die bevoegdheid en de veiligheidsbeleving van NS-medewerkers en reizigers.³¹ De OK oordeelde echter dat NS Reizigers op basis van de beschikbare informatie een beredeneerde en voldoende onderbouwde inschatting had gemaakt van de gevolgen van de afschaffing van de boa-bevoegdheid. Nader onderzoek vooraf hiernaar was lastig uit te voeren, (iets) grotere effecten zou NS Reizigers kunnen opvangen en zij had toegezegd (onverwachte) effecten tijdens de implementatiefase en daarna, te monitoren. Daarmee kon NS Reizigers in redelijkheid besluiten geen nader onderzoek vooraf te doen. Deze rechtspraak is in lijn met eerdere OK-uitspraken. Zo overwoog de OK eerder dat inherent is aan toekomstige ontwikkelingen dat er geen cijfermatige zekerheden zijn, zodat uitgegaan mag worden van beredeneerde veronderstellingen,³² en dat hoewel er soms aanleiding kan bestaan voor onderzoek vooraf – zoals wanneer de or verzoekt om een professionele analyse van cultuurverschillen tussen twee te fuseren organisaties – het ontbreken van dergelijk onderzoek een besluit niet (om die reden) kennelijk onredelijk maakt en ook een door de ondernemer beoogde aanpak voor de gewenste cultuur in de nieuwe organisatie kan volstaan.³³

Een procedureel gebrek, bijvoorbeeld het niet (tijdig) om advies vragen, kan gerepareerd worden. Dit bleek al uit de *Uniface*-beschikking van de OK.³⁴ Ook de ondernemer die zijn R&D-afdeling wilde verplaatsen, als onderdeel van een concentratie daarvan op groepsniveau in Zweden, kon zijn al aangekondigde besluit intrekken toen de or erop wees dat hierover eerst om advies gevraagd had moeten worden.³⁵ Hoewel het tweede besluit vervolgens grotendeels overeenstemde met het eerste, ingetrokken besluit, kon de or hierop alsnog wezenlijke invloed uitoefenen, aldus de OK. Het tweede besluit was ook aangepast naar aanleiding van bezwaren vanuit de or. Inhoudelijk had de ondernemer voldoende aangetoond dat de reorganisatie nuttig was, waarbij

27 Zie hierover J.J.M. van Mierlo & L.C.J. Sprengers, ‘Nieuws over nova (artikel 26 lid 1 WOR)’, *ArbeidsRecht* 2014/8, en P.G. Vestering, ‘Adviesprocesrecht in de WOR – beroep bij nova opnieuw bezien’, *Arbeid Integraal* 2007/2, p. 145-156.
 28 Hof Amsterdam (OK) 4 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:632, *TRA* 2021/48, m.nt. R.H. van het Kaar, *JAR* 2021/82 (*Mitsubishi*).
 29 Zie L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 331; HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, *JOR* 2018/172, m.nt. L.G. Verburg; *JAR* 2018/151, m.nt. I. Zaal; *NJ* 2018/377, m.nt. P. van Schilfgaarde en *Ondernemingsrecht* 2019/28, m.nt. S.F.H. Jellinghaus en K.M.J.R. Maessen (*Holland Casino*).
 30 Conform HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725 (*Holland Casino*).

31 Hof Amsterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1997 (*NS Reizigers*), voor de goede orde: de auteur was als advocaat betrokken bij deze zaak.
 32 Hof Amsterdam (OK) 30 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1182.
 33 Hof Amsterdam (OK) 20 oktober 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8694.
 34 Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, *JAR* 2017/285, m.nt. S.J. Sterk; *JOR* 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout en *TRA* 2017/103, m.nt. I. Zaal (*Uniface*).
 35 Hof Amsterdam 29 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1310, *JAR* 2022/28; *TRA* 2022/43, m.nt. Y.H. Dissel (*Assa Abloy*).

het concernbelang mocht meewegen, en dat alternatieven niet goed mogelijk waren. Aangezien de onderliggende argumenten vooral bedrijfsorganisatorisch van aard waren, hoefde de ondernemer geen nadere financiële onderbouwing van het besluit te geven.

Inhoudelijk kennelijk onredelijk achtte de OK een besluit van de ondernemer Bekaert tot verplaatsing van een deel van de productie vanuit Assen naar Roemenië, waarbij 16 van de 24 functies in Assen zouden komen te vervallen en de ondernemer een vrijwillige vertrekregeling voorstelde.³⁶ De ondernemer voerde als reden voor het besluit risicospreiding aan, waardoor de helft van de productiemachines verplaatst zou worden. Waarom dit tot verplaatsing van circa twee derde van het werk en het aantal arbeidsplaatsen leidde, had de ondernemer onvoldoende toegelicht. Ook was de ondernemer niet ingegaan op de gevolgen voor de boventallige werknemers indien onvoldoende zou worden gebruikgemaakt van de vrijwillig vertrekregeling en leidde het besluit tot afschaffing van de tweeploegendienst, omdat er daarvoor te weinig medewerkers overbleven, zonder dat de ondernemer dit voldoende had toegelicht. Al met al oordeelde de OK dat de ondernemer in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen.

Naast het onvoldoende motiveren van (delen van) het besluit, zoals de vertrekregeling en ploegendienst, paste de opgegeven reden voor het besluit (risicospreiding) niet goed bij de inhoud daarvan. De businesscase voor het besluit deugde dus niet. Indien de ondernemer eventueel ook andere redenen voor het besluit had, bijvoorbeeld een noodzaak tot goedkoper of dichter bij klanten produceren in Roemenië, dan had het besluit beter onderbouwd en daarop getoetst kunnen worden. Is dit nu een inhoudelijke of procedurele toets van de OK? Ik vind het een oordeel op het snijvlak van een procedurele (onvoldoende motivering) en inhoudelijke (geen besluit dat een redelijk handelend ondernemer zou nemen) toets: op basis van de gegeven motivering acht de OK het besluit kennelijk onredelijk. Die motivering haalt inhoudelijk de lat niet. Dat sluit niet uit dat als de ondernemer nog andere en betere argumenten voor het besluit zou hebben (gehad), het oordeel anders had kunnen uitvallen. Ten slotte bevestigde de OK dat nieuwe argumenten die niet in het or-advies opgenomen waren in beginsel niet meer in de beroepsprocedure bij de OK kunnen worden aangevoerd, tenzij het gaat om nieuwe feiten of omstandigheden of bezwaren over wezenlijke gebreken in de adviesaanvraag. Onder deze tweede uitzondering³⁷ valt de klacht van de or dat het advies niet tijdig gevraagd was, omdat de ondernemer zich al aan het besluit had gecommitteerd dan wel dat besluit al had genomen.

2.2.4 Samenloop van het adviesrecht met het instemmingsrecht of de cao

In de genoemde *Bekaert*-zaak zou de beoogde reductie in medewerkers onvermijdelijk leiden tot afschaffing van de tweeploegendienst. Dit “personele gevolg” van het besluit kon in het adviestraject en het daaropvolgende artikel-26-WOR-beroep aan de orde komen, terwijl de specifieke invulling van eventuele nieuwe werktijden voorwerp van een instemmingsaanvraag zou moeten zijn.³⁸ Al is mijns inziens ook goed voorstelbaar dat, indien de or daaraan meewerkt, de nieuwe werktijden direct in een adviestraject “afgekaart” worden, zodat de or daarover ook adviseert of zijn zegen hieraan geeft en verder afziet van een apart instemmingsrecht.

In een *PostNL*-zaak leidde een nieuwe bezorgstructuur voor medewerkers onder meer tot een langere reistijd naar het depot en langere diensten verder weg van huis. De or stelde dienaangaande bepaalde voorwaarden, zoals een vergoeding voor de reistijd en betaalde pauzes, die PostNL niet wilde inwilligen. PostNL stelde dat dergelijke arbeidsvoorwaardelijke toezeggingen behoren tot het terrein van het cao-overleg, waarbij PostNL niet mocht afwijken van haar standaard-cao die hierover een regeling bevatte. Artikel 25 WOR kent geen equivalent van artikel 27 lid 3 WOR zodat, anders dan bij het instemmingsrecht, het adviesrecht over personele gevolgen van het besluit niet vervalt indien hierover bij cao afspraken zijn gemaakt. Niettemin mocht PostNL voor het verstrekken van inzicht in de personele gevolgen van het besluit (artikel 25 lid 3 WOR) wel verwijzen naar de cao. Afwijken van een dwingende standaard-cao kon PostNL niet, waarmee de discussie over de personele gevolgen grotendeels buiten bereik van de or kwam te liggen (qua gevolg dus vergelijkbaar met artikel 27 lid 3 WOR); als sprake was geweest van een gebruikelijker minimum-cao, zou de or gemakkelijker aanvullende wensen over de personele gevolgen van het besluit in zijn advies hebben kunnen opnemen.

2.2.5 Gefaseerde besluitvorming mag, mits geen afbreuk aan de medezeggenschap

De ondernemer mag kiezen voor gefaseerde besluitvorming, ofwel het realiseren van een bepaald project of een transactie in stappen. Die keuze is aan de ondernemer.³⁹ Daarbij dient hij volgens de OK wel te voorkomen dat dit afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap. Dat kan door vooraf procesafspraken met de or te maken over informatievoorziening en het tijdstip van de adviesaanvraag. Ook kan de or eventueel bij belangrijke deelstappen een aantal keer om advies worden gevraagd. Zo had de or van Abeos Agri bij splitsing van de onderneming en een

36 Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2450, JAR 2021/261; TRA 2021/97, m.nt. L.C.J. Sprengers (*Bekaert Combustion Technology*).

37 Al aangenomen in Hof Amsterdam (OK) 14 november 1985, NJ 1986/555, m.nt. J.M.M. Maeijer.

38 Bij samenloop van het advies- en instemmingsrecht is het uitgangspunt dat voor de verschillende onderdelen van het besluit zowel het advies- als het instemmingsrecht geldt. Zie hierover L.C.J. Sprengers in zijn annotatie bij deze uitspraak in TRA 2021/97, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 3, p. 44*).

39 Hof Amsterdam (OK) 22 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3176, JAR 2021/297 (*Stichting Ons Welzijn*).

daarmee verband houdende dienstverleningsovereenkomst over beide elementen advies mogen geven; aangezien de dienstverleningsovereenkomst pas later gesloten werd, mocht de or daarover later apart adviseren.⁴⁰

2.2.6 Adviesrecht binnen pensioenfondsen

Bij besluitvorming binnen pensioenfondsen heeft een verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan adviesrecht ten aanzien van belangrijke besluiten en geldt eveneens een beroepsrecht bij de OK.⁴¹ De OK overweegt dat de jurisprudentie in het kader van de WOR over de primaire verantwoordelijkheid van de ondernemer voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject en tijdig advies vragen van overeenkomstige toepassing is.⁴² Dit leidde in deze zaak eerst tot een kennelijk onredelijk besluit vanwege het zonder advies alvast sluiten van een overeenkomst (tot collectieve waardeoverdracht) met een derde (PGB). Het fonds kwam vervolgens een addendum bij de overeenkomst met PGB overeen, zodat zij eventueel gevolg kon geven aan een negatief advies: dat zou kunnen leiden tot ontbinding van de overeenkomst door het pensioenfonds en het afzien van de collectieve waardeoverdracht. Dit kon in de ogen van de OK door de beugel.⁴³

2.2.7 Uniface-problematiek: afspraken met een escape?

De laatstgenoemde OK-beschikking biedt aldus ook enig houvast voor de problematiek die in de *Uniface*-beschikking van de OK⁴⁴ aan de orde was: hoever mogen de contractuele afspraken tussen partijen bij een overeenkomst gaan voordat de or advies heeft kunnen uitbrengen? Ofwel, welke “escape” of ontbindende voorwaarde moet in een (voorlopige) overeenkomst of *Signing Protocol* opgenomen worden om wezenlijke invloed van de or in een daaropvolgend adviestraject nog mogelijk te maken? Het addendum hield onder meer in dat het pensioenfonds wijzigingen in de overeenkomst kon voorstellen indien het advies van het verantwoordingsorgaan daartoe aanleiding gaf en dat elke partij de overeenkomst kon ontbinden indien over de voorgestelde wijzigingen geen overeenstemming zou worden bereikt. De OK vond dat dit voldoende ruimte bood voor inhoudelijke beïnvloeding van de besluitvorming door het verantwoordingsorgaan (lees onder de WOR: de or).

2.2.8 Geheimhouding ondernemingsraad

Een praktische vraag in adviestrajecten is of, en zo ja hoelang de or geheimhouding opgelegd kan worden ex artikel 20 WOR, afgezet tegen het recht van de or om op enig

moment achterbanoverleg te voeren (artikel 17 lid 1 WOR). In eerdere uitspraken oordeelde de OK dat handhaving van geheimhouding onaanvaardbaar kan zijn en het functioneren van de or te zeer belemmert.⁴⁵ Recent oordeelde de OK echter in het voordeel van de ondernemer.⁴⁶ Het ging om een reorganisatie met ontslagen bij OBA, waarover de or geheimhouding opgelegd was die ondanks verzoeken hiertoe van de or niet werd opgeheven. De OK overweegt dat achterbanconsultatie een wezenlijk onderdeel vormt van de taak van de or. Het ‘recht’ op achterbanoverleg is echter niet ongeclausuleerd. De maatstaf hiervoor is of de ondernemer in redelijkheid tot oplegging van de geheimhouding heeft kunnen besluiten. Het belang van OBA bij een ordermatige en zorgvuldige reorganisatie zou in gevaar kunnen komen bij opheffing van de geheimhouding. De bij de reorganisatie betrokken werknemers zouden dan al geconfronteerd kunnen worden met hun ontslag zonder dat OBA hen daar eerst over kon informeren. Ook was relevant dat het sociaal plan, onderdeel van de toepasselijke cao, bepaalde dat werknemers pas over het verlies van hun baan geïnformeerd worden nadat het reorganisatiebesluit genomen is. Tegen die achtergrond kon OBA in redelijkheid besluiten de geheimhouding te handhaven. Wellicht speelde ook mee dat de or niet verder wilde overleggen over het aanbod van OBA om de directie ook op een personeelsbijeenkomst aanwezig te laten zijn en vragen te laten beantwoorden.

De *Uniface*-uitspraak maakte ook duidelijk dat het negeren van het adviesrecht ex artikel 25 lid 1 sub n WOR bij het inschakelen van externe (financiële en juridische) adviseurs een gebrek kan opleveren in de latere besluitvorming. Het moet dan wel om inhoudelijk advieswerk gaan. Daarvan was geen sprake toen de Deense Scandinavian Tobacco Group (“STG”), aandeelhouder van de Agio Cigars-fabriek in Nederland, een adviesopdracht aan KPMG verstreekte in het kader van adviesaanvragen over een integratietraject en sluiting van de Nederlandse fabriek.⁴⁷ STG had verschillende *workstreams* opgezet voor het integratietraject, waarbij KPMG de bevindingen van deze *workstreams* in een rapport samenvatte. Dit rapport bevat geen aanbevelingen over de toekomst van de groep. Andere KPMG-werkzaamheden zagen vooral op projectmanagement en ondersteuning van de *workstreams*. Dergelijke activiteiten zijn niet adviserend, maar ondersteunend en faciliterend van aard. Hoewel STG verwarring gecreëerd had door zelf te spreken over “advies” en “de opdracht aan KPMG”, was hier geen sprake van een adviesopdracht in de zin van artikel 25 lid 1 sub n WOR, aldus de OK.

40 Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2871, TRA 2021/8, m.nt. L.C.J. Sprengers; JAR 2020/301, m.nt. C. Nekeman en JOR 2021/119, m.nt. M. Holtzer (*Abeos Agri*).

41 Artikel 115a en 115c Pensioenwet jo. artikel 217 Pensioenwet.

42 Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2993, PJ 2021/2, m.nt. S.H. Kuiper; JOR 2021/120, m.nt. R.H. Maatman (*BPF AVH*).

43 Hof Amsterdam (OK) 23 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3763, TRA 2021/38, m.nt. L.C.J. Sprengers (*AVH*).

44 Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123. Zie hierover o.a. J.W. Boelhouwer & E.T. Visser, ‘De Unifacebeschikking (ECLI:NL:GHAMS:2017:4123) en de gevolgen voor het signing protocol en andere corporate praktijken’, *TAO* 2017, nr. 4, p. 173-183 en A. Grimme & B. Kloppert, ‘Uniface: (n)iets nieuws onder de zon’, *ArbeidsRecht* 2018/20.

45 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2007, JAR 2007/108 (*Bolsius*) en Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7420, JAR 2012/181 (*Het Brabants Orkest*).

46 Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643, TRA 2021/19, m.nt. R.H. van het Kaar en JAR 2021/32, m.nt. S.F.A. Jellinghaus en C.P. van den Eijnden (*OBA*). Zie ook hierover R. van der Stege, ‘Onder ons gezegd en tijdelijk gezweven’, *ArbeidsRecht* 2022/23.

47 Hof Amsterdam (OK) 5 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2973, TRA 2021/28, m.nt. Y.H. Dissel en JOR 2021/37, m.nt. J.L. Margry (*STG*).

2.3 Instemmingsrecht ondernemingsraad (artikel 27 WOR)

2.3.1 Rechtspraak

De rechtspraak over het instemmingsrecht is vooral afkomstig van kantonrechters op basis van een verzoek om vervangende toestemming ex artikel 27 lid 4 WOR, en eventueel in hoger beroep van de hoven.

2.3.2 Voorvragen: besluitvorming en verantwoordelijkheid ondernemer

Voordat het instemmingsrecht van de or inhoudelijk aan de orde is, doen zich vaak (voor)vragen voor over wie het besluit nam, of het een besluit is met de vereiste algemene strekking voor een groep medewerkers en of er een besluit genomen is.

Enigszins in lijn met de gedachte dat de ondernemer primair verantwoordelijk is voor het zorgvuldig verloop van het adviestraject, oordeelde het Hof Den Haag dat van ondernemer McDermott mocht worden verlangd dat hij zijn verzoeken aan de gemeenschappelijke or, zorgvuldig formuleert. Hoewel de ondernemer aanvoerde dat sprake was van een vergissing, wezen twee brieven met in de aanhef "Request for Endorsement" op een (bovenwettelijk) instemmingsverzoek, zodat de or ook inderdaad het instemmingsrecht toekwam.⁴⁸

Hoewel het leerstuk van de toerekening van besluiten⁴⁹ ook toepasbaar is bij besluiten waarvoor het instemmingsrecht geldt,⁵⁰ is een besluit tot opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door het pensioenfonds – een onafhankelijke stichting en de wederpartij van de ondernemer bij de uitvoeringsovereenkomst – in ieder geval niet een besluit van of toerekenbaar aan ondernemer Fluor. De kantonrechter overwoog terecht dat dit besluit van het pensioenfonds wel ingrijpt op Fluor en dat Fluor de uitvoeringsovereenkomst ook zelf had kunnen opzeggen, maar nu van (indirecte) betrokkenheid van Fluor bij het opzeggingsbesluit niet was gebleken en geen zeggenschapsrelatie bestond tussen het fonds en Fluor, van toerekening geen sprake kon zijn.

Een e-mail van de CEO aan het personeel in het kader van de sluiting van de onderneming met de herinnering dat compensatiedagen vóór het einde van het dienstverband opgenomen horen te zijn en anders in beginsel geacht worden te zijn opgenomen, vormde geen besluit van algemene strekking over een arbeids-, rusttijden- of vakantieregeling (artikel 27 lid 1 sub b WOR), maar een eenmalige toepassing van dan wel waarschuwing over de bestaande regels,

waarbij nog per werknemer de concrete afwikkeling bepaald werd.⁵¹

Een or kan geen nakoming vragen van door de ondernemer bij een instemmingsaanvraag verstrekte prognoses van, in dit geval, de verwachte indexatie van pensioenen. Het ging om verwachtingen, niet om garanties. Daarbij geldt dat bij tegenvallende resultaten, de or de ondernemer niet kan verplichten om een nieuw (gunstiger) besluit over deze indexaties ter instemming aan de or voor te leggen; artikel 27 WOR, (de reflexwerking van) artikel 26 WOR en artikel 2:8 BW bieden hiervoor geen mogelijkheid.⁵²

De ondernemer kan de kantonrechter niet al om vervangende toestemming vragen op basis van artikel 27 lid 4 WOR vóórdat het overleg met de or over de instemmingsaanvraag is afgerond.⁵³ Daarmee zou de ondernemer immers het instemmingstraject met de or kunnen "overslaan", en zonder een inhoudelijke reactie van de or op de instemmingsaanvraag kan de rechter de argumenten over en weer ook niet goed afwegen. Over die afweging hierna meer.

2.3.3 Inhoudelijke beoordeling instemmingsrecht

Het toetsingskader voor de beoordeling van een werkgeversverzoek om vervangende instemming ex artikel 27 lid 4 WOR komt neer op een tweetrapsraket.⁵⁴ De rechter weegt als eerste stap – is de onthouding van instemming door de or onredelijk? – de argumenten van de ondernemer en de or tegen elkaar af. Als de argumenten van de ondernemer zwaarder wegen, dient de toestemming te worden verleend, anders wordt deze geweigerd. Wegen de argumenten over en weer even zwaar, dan wordt de toestemming eveneens geweigerd. Wordt op basis van deze eerste afweging geen toestemming verleend, dan kan de ondernemer als tweede stap nog aantonen dat er zwaarwegende bedrijfsorganisatorische of bedrijfs sociale redenen zijn voor het voorgenomen besluit.

De Kantonrechter Utrecht probeerde dit toetsingskader te verduidelijken in een zaak over QBuzz.⁵⁵ Daarin stelt de kantonrechter voorop dat gezien de aard van het instemmingsrecht, een weigering van de or om instemming te verlenen slechts bij uitzondering onredelijk is, bijvoorbeeld bij misbruik van recht, zoals het gebruik van het instemmingsrecht voor een ander doel dan waarvoor het is bedoeld (artikel 3:13 BW). Bij de tweede stap past de kantonrechter – met verwijzing naar de *Fair Play*-arresten van de

48 Hof Den Haag 1 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:835, *JAR* 2022/156 (McDermott).

49 Zie hierover recent C.L.C. Reynaers, 'Grootmoeder; wat doet u nu? Over toerekening en medeondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2020/34.

50 Zie daarover R.J. Veerman, 'Toerekening bij instemmingsplichtige besluiten: de grenzen van het instemmingsrecht verlegd?', *ArbeidsRecht* 2014/45.

51 Zie hierover ook M.E. van Schaick, 'Het instemmingsrecht van de OR: wanneer is sprake van een besluit van algemene strekking?', *ArbeidsRecht* 2020/15.

52 Rb. Noord-Holland 19 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9718, *PJ* 2021/11. Voor de goede orde: de auteur was als advocaat bij deze zaak betrokken.

53 Rb. Amsterdam 18 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1143, *JAR* 2021/94; *TRA* 2021/59, m.nt. Y.H. Dissel.

54 Vgl. L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 380.

55 Rb. Midden-Nederland 21 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3538, *JAR* 2021/205 (QBuzz).

Hoge Raad over artikel 7:613 BW⁵⁶ – op basis van alle omstandigheden van het geval een relatieve weging toe van de inhoudelijke belangen van de ondernemer tegen die van de or. Het gaat niet om het belang van de ondernemer in abstracto, maar concreet afgewogen tegen het belang dat de or aanvoert. Ook daarbij gaat de kantonrechter uit van terughoudendheid, de relatieve weging van belangen kan tot vervangende toestemming leiden indien de or zijn instemming in redelijkheid niet heeft mogen weigeren, aldus de kantonrechter met verwijzing naar de derde grond van artikel 3:13 lid 2 BW. Deze toets leidt in deze zaak tot vervangende toestemming. In een andere uitspraak van de Kantonrechter Utrecht (KDS)⁵⁷ werd ook een relatieve toetsing van de argumenten van ondernemer en de or toegepast analoog aan artikel 7:613 BW, maar zonder de drempel van misbruik van recht uit artikel 3:13 BW. Een relatieve toetsing van de argumenten van de ondernemer en de or op basis van alle omstandigheden van het geval lijkt mij een logische benadering. Maar deze dient, anders dan in de eerste uitspraak gebeurde, al bij de eerste stap plaats te vinden. Uit het *Stena Line*-arrest⁵⁸ van de Hoge Raad volgt immers dat de weigering van de or om instemming te geven onredelijk is “indien de argumenten van de ondernemer voor het voorgenomen besluit zwaarder wegen dan die van de ondernemingsraad voor het onthouden van zijn instemming”; hierbij moet de rechter alle argumenten over en weer gemotiveerd afwegen. Ook betwijfel ik of onredelijkheid van een weigering van instemming door de or, in het kader van de relatieve weging van argumenten, pas bij misbruik van recht door de or aan de orde kan zijn: de Hoge Raad lijkt die lat lager te leggen, namelijk indien bij afweging van de onderlinge belangen de belangen van de ondernemer zwaarder wegen, ofwel de argumenten van de ondernemer moeten redelijker zijn dan die van de or. Enige terughoudendheid bij vervangende toestemming blijkt uit de rechtspraak⁵⁹ en bij gelijkwaardige argumenten over en weer blijft de vervangende toestemming uit, maar dat is iets anders dan de (te zware) eis dat de ondernemer misbruik van recht door de or zou moeten aantonen. In een derde uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland⁶⁰ ging de kantonrechter uit van het gangbare toetsingskader en overwoog dat de eerste stap, de (on)redelijkheidstoets, geen volle toets van de rechter over de redelijkheid van het besluit is, maar een afweging van de argumenten van de ondernemer tegen die van de or; dat past ook bij de geschetste relatieve benadering.

Het is voor de or die deels wel en deels niet instemt met een voorgenomen besluit, “gevaarlijk” om gedeeltelijke instemming te verlenen. Het ging om een or die aanvankelijk weigerde instemming te geven voor de vrijwillige toetreding van de werkgever tot een bedrijfstakpensioenfonds, maar die weigering later introk.⁶¹ De or handhaafde zijn bezwaren tegen vijf andere onderdelen dan wel gevolgen van het besluit, zoals de mogelijkheid van korting van pensioen door het pensioenfonds en de premieverdeling. De or beriep zich bij de kantonrechter op de nietigheid van het besluit aangezien de verzoeken van de or over deze vijf punten door de ondernemer niet gehonoreerd werden. De kantonrechter concludeerde echter dat deze vijf bezwaren elk op zichzelf niet onder het instemmingsrecht van de or vielen en dus geen grond voor nietigheid van het toetredingsbesluit vormden. Hoewel dit op juridische haarkloverij lijkt, doet een or er dus goed aan om zijn instemming eventueel alleen onder (vijf) voorwaarden te verlenen, in plaats van alvast deels instemming te verlenen.

De vraag of een besluit betrekking heeft op een beloningsstelsel in de zin van artikel 27 lid 1 sub c WOR blijft in de praktijk lastig te beantwoorden:⁶² een pure reiskostenvergoeding valt niet onder het instemmingsrecht.⁶³ Het omzetten van een jubileumuitkering in een individueel opleidingsbudget evenmin; de jubileumuitkering werd aangemerkt als een eenmalige verhoging voor een langdurig dienstverband, waarmee het onderdeel van het loon en dus van de primaire arbeidsvoorwaarden was. De aanpassing van primaire arbeidsvoorwaarden valt buiten het instemmingsrecht.⁶⁴

2.4 Varia rechtspraak

2.4.1 Artikel 30 WOR

De WOR biedt zelf geen sanctie bij niet-nakoming van het artikel-30-WOR-adviesrecht over benoeming of ontslag van een bestuurder. Op basis van artikel 36 WOR kan de or geen vernietiging van het benoemingsbesluit vragen, wel eventueel alsnog nakoming van het adviesrecht. Over de vraag of de or een beroep kan doen op de (ver)nietig(baar)heid van het benoemingsbesluit op basis van artikel 2:14 of 2:15 BW wordt verschillend gedacht.⁶⁵ De voorzieningenrechter in de Rechtbank Limburg achtte een beroep door de or op de vernietigbaarheid van het benoemingsbesluit ex artikel 2:15 BW mogelijk.⁶⁶

56 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, *JAR* 2020/11, m.nt. N. Cancian-van Ballegooien en *NJ* 2021/84, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens.

57 Rb. Midden-Nederland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2637, *TRA* 2020/94, m.nt. Y.H. Dissel; *JAR* 2020/188 en *RAR* 2020/154 (KDS).

58 HR 4 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159, *JAR* 2014/54, m.nt. C. Nekeman. Zie ook de wetsgeschiedenis dienaangaande: *Kamerstukken II* 1987/88, 20583, nr. 3, p. 27-28.

59 Zie bijv. ook Hof Den Haag 24 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:472, *JAR* 2020/103 en *RAR* 2020/88.

60 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5162, *RAR* 2021/42 (Witte Kruis).

61 Rb. Overijssel 16 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:3165, *JAR* 2020/44.

62 Zie hierover ook P.G. Vesterling & W.A. Zondag, ‘Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen’, *TAP* 2008/1, p. 14-23.

63 Hof Den Haag 1 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:835, *JAR* 2022/156.

64 Hof Amsterdam 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4012, *TRA* 2022/34, m.nt. A. Keizer; *JAR* 2022/45 (Atos).

65 Zie K.N. van der Heijden & M. Faber, ‘Artikel 30 WOR: wel blaffen maar niet bijten’, *TAP* 2022/115.

66 Rb. Limburg 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7708.

2.4.2 *Enquêteprocedure tegen de ondernemingsraad*

Ten slotte een wat exotische uitspraak van de OK in een enquêteprocedure, waarin een onderzoek naar de gang van zaken binnen de Stichting Omroep Limburg (L1) gelast werd.⁶⁷ De OK overwoog namelijk nadrukkelijk dat ook het functioneren van de or onderzocht diende te worden, nu dit functioneren diverse vragen oproep en voor de OK op bepaalde punten “onnavolgbaar” was. Dat roept de vraag op welke voorzieningen de OK dienaangaande eventueel zou kunnen treffen; wellicht dat (de uitkomst van) het onderzoek zelf al tot veranderingen leidt.⁶⁸

3. **Verfijning van de uitgangspunten**

De stand van de medezeggenschap laat in de afgelopen twee jaar geen ingrijpende wijzigingen in de wetgeving of de rechtspraak zien, ook niet bijvoorbeeld vanwege de (gevolgen van de) coronapandemie. Wel is sprake van bevestiging of verfijning van bestaande uitgangspunten, en is het voor de beoefenaar van het medezeggenschapsrecht goed om daarvan kennis te nemen.

67 Hof Amsterdam 26 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1147, *Ondernemingsrecht* 2021/112, m.nt. M. Holtzer (*Stichting Omroep Limburg*).

68 Zie hierover M. Holtzer in zijn annotatie bij de uitspraak in *Ondernemingsrecht* 2021/112.