

De stand van de medezeggenschap: juli 2022 tot juli 2024

ArbeidsRecht 2024/45

Dit artikel biedt een overzicht van de ontwikkelingen in het medezeggenschapsrecht in de afgelopen twee jaar. Net als in de voorgaande stand van de medezeggenschap,² komen nieuwe initiatieven op wetgevingsgebied en de relevante rechtspraak aan de orde. Die rechtspraak was in afgelopen twee jaar interessant en leidde tot verschillende uitspraken van kantonrechters, hoven en de Hoge Raad waar we in de medezeggenschapspraktijk rekening mee moeten houden.³

1. Wetgeving

Eerst de ontwikkelingen op wetgevingsgebied. Minister van Gennip (de “minister”) van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (“SZW”) kondigde in haar brief aan de Tweede Kamer van 21 december 2023 een ‘update’ van de Wet op de ondernemingsraden (“WOR”) aan en stappen om te komen tot een betere naleving van de WOR.⁴ Medio 2023 had 31% van de ondernemingsraadplichtige ondernemingen in Nederland geen ondernemingsraad (“or”) ingesteld. Dit percentage is vrij constant en in lijn met het percentage dat in eerdere onderzoeken naar voren kwam. Omdat de WOR civielrechtelijk van aard is, is er geen instantie die controleert of een onderneming een or heeft ingesteld en geldt er geen sanctie bij schending van deze verplichting. Wel kunnen belanghebbers, zoals de werknemers of een vakbond, uiteraard een verzoek tot naleving bij de kantonrechter indienen (art. 36 lid 1 WOR), al komt dit weinig voor.⁵ Het ontbreken van een or kan zowel aan een gebrek aan enthousiasme bij de ondernemer als bij de werknemers liggen. De minister heeft verdiepend onderzoek naar de nalevingsproblematiek laten verrichten, waaruit verschillende redenen voor werkgevers om geen or te (willen) hebben, blijken.⁶ De minister heeft

de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap verzocht om met voorstellen voor nalevingsinstrumenten te komen, zoals nieuwe rapportage- of registratieverplichtingen (bijvoorbeeld in het jaarverslag). Begin 2025 verwacht de minister hierop terug te komen.

Ook aangekondigd voor 2025 is een voorstel tot actualisatie van de WOR waarbij het mogelijk wordt om zaken digitaal te behandelen, daar waar de WOR nu uitgaat van een schriftelijkheidsvereiste of een fysieke bijeenkomst. Tevens zal worden onderzocht of de or in de WOR rechten kan krijgen met betrekking tot de inzet van algoritmes in de werkomgeving (bijvoorbeeld om medewerkers aan te sturen of te beoordelen, zoals bij platformbedrijven al gebeurt), hoe flexwerkers meer bij de medezeggenschap kunnen worden betrokken, of een scholingsplan voor de or (of de personeelsvertegenwoordiging (“PVT”)) verplicht moet worden, en hoe de ondersteuning van or-leden en samenwerking van de or met toezichthouders kunnen worden verbeterd. Ten slotte heeft de minister de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap gevraagd om te adviseren over de vraag of de medezeggenschap bij de overheid door de strikte toepassing van de uitzonderingsgrond ‘primaat van de politiek’ in de rechtspraak niet te ver is ingeperkt,⁷ en wordt het functioneren van de Europese ondernemingsraad (“Europese or”) in Nederland onderzocht. Kortom, vanuit het Ministerie van SZW zijn de komende periode nieuwe (wetgevings)initiatieven te verwachten.

Een wijziging van de Faillissementswet⁸ voegde per 1 januari 2023 een nieuw lid 8 toe aan art. 31a WOR. Op basis hiervan bestaat voortaan de verplichting voor de accountant om een negatieve accountantsverklaring onverwijld ook aan de or toe te zenden. Deze wijziging is onderdeel van de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie, en staat los van de bestaande, eigen verplichting van de ondernemer om ex art. 31b WOR financiële informatie met de or te delen.

Verder stond van 14 mei tot en met 25 juni 2024 de internetconsultatie van het conceptwetsvoorstel Personeelsbehoud bij crisis (de “Wpc”) open.⁹ Indien een werkgever die ‘geraakt is door een crisis’ voornemens is om op basis van de Wpc gebruik te maken van de (nieuwe) mogelijkheden om werknemers te herplaatsen en/of om hun loon te verminderen, heeft de or of PVT (of personeelsvergadering) hierover volgens dit conceptwetsvoorstel een adviesrecht ‘als bedoeld in de WOR’ (voorgestelde art. 3 en 6 Wpc). Het concept van de memorie van toelichting¹⁰ maakt duidelijk dat het gaat

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

2 P.G. Vestering, ‘De stand van de medezeggenschap: juli 2020 tot en met juli 2022’, *ArbeidsRecht* 2022/41.

3 Zie voor een ander overzicht ook: L.C.J. Sprengers, ‘Kroniek medezeggenschapsrecht juli 2022–juli 2023’, *TRA* 2023/90.

4 Brief regering inzake medezeggenschap en aanbidding onderzoeken (*Kamerstukken II* 2023/24, 29 818, nr. 47), met als bijlagen het Nalevingsonderzoek 2023: ‘Naleving op de Wet op de ondernemingsraden’ van onderzoeksbureau SEO, en een onderzoek van het Ministerie van SZW uit oktober 2023: ‘Medezeggenschap en de WOR; onderzoek naar afspraken in cao’s’.

5 Indien de kantonrechter de ondernemer verplicht een or in te stellen, is een dergelijke uitspraak uiteraard afdwingbaar en kan de schending van die verplichting een economisch delict zijn (vgl. art. 36 lid 5 WOR jo. art. 1 onder ten vierde WED). Ook bestaat het risico dat de besluitvorming over adviesplichtige en instemmingsplichtige onderwerpen moet wachten totdat alsnog een or opgericht is, indien het de ondernemer te verwijten valt dat er geen or is; zie hierover al J. Dop, ‘Besluitvorming (1) bij een gebrekkige OR en (2) zonder een OR’, *ArbeidsRecht* 2005/21.

6 Brief regering inzake medezeggenschap: toezegging or en flexwerk en verdiepend onderzoek naleving WOR (*Kamerstukken II* 2023/24, 29 818, nr. 48), met als bijlage de Eindrapportage ‘No worries?’.

7 Zie hierover: www.ser.nl/nl/actueel/Nieuws/Adviesaanvraag-Politiek-Primaat. *Stb.* 2022, 491.

9 Zie www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelpersoneelsbehoudbijcrisis/b1.

10 Concept van de memorie van toelichting, p. 100–101 en 103–104.

om een adviesrecht conform art. 25 WOR, of voor de PVT of personeelsvergadering conform art. 35c of 35b WOR. Wel worden de opschortingstermijn (art. 25 lid 6 WOR) en de beroepstermijn van art. 26 lid 2 WOR vanwege de crisissituatie elk verkort van een maand naar twee weken. Het UWV zal toetsen of ook aan deze voorwaarde voor toepassing van de Wpc is voldaan. Overigens wordt het door dit soort nieuwe wetgeving lastiger voor de praktijkjurist om het overzicht te behouden over alle advies- en andere rechten van de or en de daarbij behorende termijnen; alleen in de WOR kijken is niet meer voldoende. Het zou naar mijn idee beter zijn als de wetgever alle wettelijke adviesrechten in art. 25 WOR bundelt, zodat dat artikel dan als volledige 'checklist' kan dienen, met waar nodig een verwijzing naar andere wetgeving. Zo bevat bijvoorbeeld het conceptwetsvoorstel Overgang van onderneming in faillissement een specifieke uitbreiding van art. 25 WOR.¹¹

Ten slotte heeft de Europese Commissie een voorstel tot wijziging van de Richtlijn Europese Ondernemingsraden gepubliceerd (de "Richtlijn").¹² Indien de Richtlijn (in Nederland geïmplementeerd in de Wet op de Europese ondernemingsraden) inderdaad volgens het voorstel wordt aangepast, leidt dit hoogstwaarschijnlijk tot heronderhandeling van een groot aantal bestaande Europese-or-overeenkomsten. Een belangrijke wijziging ziet namelijk op het afschaffen van bepaalde vrijstellingen in de Richtlijn waardoor meer ondernemingen een Europese or moeten oprichten. Verder gaat het om aanpassing van de consultatieprocedure met de Europese or, zodat de Europese or een onderbouwde reactie op zijn opinie moet ontvangen voordat de ondernemer een besluit neemt over een transnationale kwestie. Ook bevat het voorstel een verplichting om te streven naar een genderdiverse samenstelling van de Europese or, en naar een verduidelijking en verruiming van de definitie van 'transnationale kwesties' waarover de Europese or moet worden geraadpleegd. Transnationale kwesties worden dan naast besluiten die gevolgen hebben voor werknemers in meer dan een lidstaat, ook besluiten die direct effect in één lidstaat én invloed op werknemers in minstens één andere lidstaat hebben.

2. Rechtspraak

Hieronder volgt een thematisch overzicht van de belangrijkste rechtspraak op medezeggenschapsgebied in de periode juli 2022–juli 2024.

11 www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/b1. De internetconsultatie stond open tot en met 1 september 2024. De or krijgt adviesrecht (art. 25 lid 7 (nieuw) WOR als (i) de curator de onderneming voortzet en een besluit neemt in de zin van art. 25 lid 1 WOR en (ii) als de curator het voornemen heeft een dergelijk besluit te nemen in het kader van de overdracht van de onderneming aan een derde (een doorstart). De gebruikelijke procedurevoorschriften gelden, maar een korte adviestermijn geldt (minimaal drie dagen), geen maand wachtermijn en beroepsrecht bij de rechter-commissaris.

12 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2009/38/EG wat betreft de instelling en werking van Europese ondernemingsraden en de doeltreffende handhaving van transnationale informatie- en raadplegingsrechten (COM/2024/14 final): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=COM:2024:14:FIN>.

2.1 Medezeggenschapsstructuur

De WOR biedt, zoals bekend, verschillende vormen van medezeggenschap, zoals door de or, de gemeenschappelijke or ("gem-or") en de groeps- en centrale or ("cor"). De norm voor de keuze van de juiste vorm is open geformuleerd, namelijk dat deze vorm 'bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR'. Is er een or, dan kan hij de (vaste) commissies instellen die hij voor zijn taak redelijkerwijs nodig heeft, per taak of onderwerp, of voor een onderdeel van de onderneming (art. 15 WOR). Van belang is dat het initiatief voor het instellen van (de juiste vorm van) een or bij de ondernemer ligt, die *gehouden is* om de juiste vorm or in te stellen,¹³ terwijl het initiatief voor een commissie bij de or ligt, die deze *mogelijkheid* heeft.¹⁴ Dat maakt verschil indien er een geschil ontstaat over de vraag wat de juiste vorm van medezeggenschap is en welke commissies nodig zijn.

In een zaak tussen Albert Heijn Online en zijn or had Albert Heijn besloten de medezeggenschapsstructuur te wijzigen en een gem-or in te stellen. De or verzocht de kantonrechter dit besluit te laten intrekken, omdat dit niet bevorderlijk zou zijn voor een goede toepassing van de WOR.¹⁵ De kantonrechter wees dit verzoek af en overwoog dat de vraag of de instelling van de gem-or bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR moet worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij de medezeggenschapsstructuur zoveel mogelijk bij zeggenschapsstructuur moet aansluiten. Dat zijn bekende criteria. Daarbij overwoog de kantonrechter dat uitgangspunt van de WOR is dat het aan de ondernemer is om te beoordelen of de instelling van de gem-or bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR, zodat de kantonrechter dienaangaande de nodige terughoudendheid moet betrachten en niet 'op de stoel van de ondernemer moet gaan zitten'. De (terughoudende) toets is dan of de ondernemer in redelijkheid tot het besluit kon komen en dat was in deze zaak het geval. De ondernemer kan dus het initiatief nemen om de medezeggenschapsstructuur te wijzigen en krijgt daarvoor enige speelruimte. Omdat de or in deze kwestie vanaf 1 mei 2024 ophield te bestaan (zijn zittingstermijn liep af) en sindsdien een onderdeelcommissie vormde van de gem-or, was de or niet-ontvankelijk in een lopende verzoekschriftprocedure over de eventuele nietigheid van het besluit tot invoering van een nieuw telefoonsysteem.¹⁶ De bevoegdheid tot het voeren van rechtsgedingen kwam niet meer toe aan de or als onderdeelcommissie, maar aan de gem-or die de procedure niet wenste voort te zetten (en die zich als belanghebbende in de procedure mengde). De kantonrechter overwoog verder dat een vermeende toezegging van Albert Heijn de or niet (meer) procesbevoegd kon maken. En dat een opgehouden or nog in rechte kan optreden als procespartij voor zover dat nodig is om de belangen te waarborgen

13 Vgl. de tekst van art. 2 en 3 WOR, de ondernemer is "verplicht" een or in te stellen resp. "stelt" een gemeenschappelijke or in.

14 Art. 15 lid 1 tot en met 3 WOR bepalen dat de or commissies "kan" instellen.

15 Rb. Noord-Holland 15 april 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:3709, JAR 2024/156.

16 Rb. Noord-Holland 26 juni 2024, AR Updates 2024-0814.

in zaken die zich voor de opheffingsdatum van de or afspeelden, maar dat in dit geval de belangen van de or al waren gewaarborgd door het mandaat dat inmiddels bij de gem-or lag. De ondernemer heeft dus enige vrijheid om de juiste vorm van medezeggenschap (wat voor soort or) in te stellen. De WOR biedt geen mechanisme om een bestaande or 'op te heffen', maar het aflopen van de zittingsduur van de or hielp de ondernemer in dit geval om de overstap naar de gem-or te maken.

De ondernemer kan echter niet zomaar 'afdwingen' dat de or bepaalde commissies instelt. ID Logistics vorderde in kort geding, vanwege een moeizame verhouding met de gem-or en *voortuitlopend* op een nieuwe structuur met één or per vennootschap en een cor, dat alvast per vennootschap een vaste commissie zou worden ingesteld.¹⁷ Elke commissie zou dan voorlopig de medezeggenschap uitoefenen over onderwerpen die enkel de betrokken vennootschap aangaan. De kantonrechter overwoog (terecht) dat het ex art. 15 WOR aan de or is om commissies in te stellen, waartegen de ondernemer dan indien gewenst bezwaar kan maken. Dit betrof de spiegelbeeldige situatie. Toch overwoog de kantonrechter dat hij "onder omstandigheden" een bevel tot instelling van commissies zou kunnen opleggen, zij het met de nodige terughoudendheid. Dat lijkt me inderdaad eerder uitzondering dan regel, omdat het hier om een bevoegdheid van de or gaat, die hij dan onrechtmatig niet zou uitoefenen. De kantonrechter vervolgde dat de instelling van commissies niet per bv kan, omdat art. 15 lid 2 WOR uitgaat van een commissie voor bepaalde onderwerpen; hier zouden daarom een or per vennootschap en een cor aangewezen zijn, aldus de kantonrechter. Dat het gevorderde bevel tot instelling van vaste commissies niet zomaar werd gegeven, verbaast niet. De kantonrechter had in deze zaak meer gekund met art. 15 lid 3 WOR, dat wel degelijk de mogelijkheid biedt om per onderdeel van de onderneming een vaste commissie in te stellen, hetgeen binnen concerns regelmatig gebeurt. Ook had de ondernemer wellicht het initiatief meer naar zich kunnen toetrekken door alvast te besluiten tot invoering van de gewenste nieuwe structuur met ondernemingsraden per vennootschap en een cor en dan daarvoor medewerking (in kort geding) kunnen vorderen (zie de *Albert Heijn online*-zaak hiervoor).

2.2 Benadeling leden ondernemingsraad

Or-leden mogen niet worden benadeeld of ontslagen in verband met hun rol als or-lid.¹⁸ Benadeling kan ook indirect volgen uit het or-lidmaatschap, bijvoorbeeld als or-leden (deels) worden vrijgesteld voor het verrichten van hun or-werk, maar daardoor een eenmalige uitkering voor nachtwerk mislopen. De Kantonrechter Rotterdam oordeelde dat het mislopen van deze uitkering – terwijl in dit geval andere werknemers vrijgesteld van nachtwerk deze wel

ontvingen – een financiële belemmering voor voortzetting van hun or-lidmaatschap kan zijn, en dus in strijd is met de benadelingsbepaling van art. 21 WOR.¹⁹ Soms wordt compensatie voor gemiste toelagen door or-lidmaatschap bij ondernemingsovereenkomst geregeld.²⁰

Ook het geven van een formele waarschuwing aan de or-voorzitter wegens – in de ogen van de werkgever – onacceptabel, negatief gedrag jegens collega's en een onheuse behandeling van de bestuurder tijdens een or-bijeenkomst kan als verboden benadelingshandeling kwalificeren.²¹ De kantonrechter oordeelde dat de waarschuwing enkel zag op het handelen van de werknemer als voorzitter van de or, zodat sprake is van causaal verband tussen het or-lidmaatschap en de waarschuwing.²² De kantonrechter overwoog dat het or-lidmaatschap geen vrijbrief is voor ongepast gedrag van een or-lid *buiten* zijn of haar werk voor de or. Dat is natuurlijk juist, maar mijns inziens een te beperkt voorbehoud, waarmee de kantonrechter het verschil tussen ongepast gedrag als or-lid en als 'gewoon werknemer' te absoluut neerzet. Het or-lidmaatschap behoort met een zekere mate van onafhankelijkheid en vrijheid te kunnen worden uitgeoefend, maar vormt geen vrijbrief voor (duidelijk) ongepast of grensoverschrijdend gedrag in de uitoefening van het or-werk. Dat heeft niets met de normale uitoefening van or-werkzaamheden te maken waarvoor het benadelingsverbod ex art. 21 WOR is bedoeld²³ en zou een merkwaardige uitzondering zijn op de bij veel ondernemingen inmiddels gangbare gedragscodes over wat passend gedrag is.

Of het opzegverbod voor or-leden in de weg staat aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst hangt sterk samen met het antwoord op de feitelijke vraag of er een (voldoende) verband is tussen het streven naar beëindiging door de werkgever en het or-lidmaatschap van de werknemer.²⁴ Kan de rechter niet vaststellen dat een ontbindingsverzoek losstaat van dat lidmaatschap, of is de aanleiding een kwestie die verband houdt met het or-lidmaatschap, dan geldt het opzegverbod.²⁵ Indien een or-lid zich bemoeit met een individuele kwestie, zoals het functioneren van een collega, zal dit in de regel buiten zijn of haar rol als or-lid

17 Rb. Zeeland-West-Brabant (kort geding) 30 juni 2023, JAR 2024/7, m.nt. S.J. Sterk & P.E.R. van Genuchten (*ID Logistics*).

18 Zie art. 21 WOR, dat ook de andere daar genoemde functionarissen/werknemers beschermt tegen benadeling, alsmede het opzegverbod in art. 7:670 lid 4 BW.

19 Rb. Rotterdam 8 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:11805, JAR 2024/26, m.nt. D. Schwartz (*APM Terminals Maasvlakte*).

20 Zie Rb. Limburg 10 april 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:1745 en ECLI:NL:RBLIM:2024:1740 (*Politie*). In deze (bestuursrechtelijke) zaak werd overigens geen beroep op het benadelingsverbod van art. 21 WOR gedaan.

21 Rb. Zeeland-West-Brabant 5 december 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:8483, JAR 2023/63, m.nt. S.J. Sterk & E.S.C. van Schie.

22 Hiervoor verwees de kantonrechter nog naar Hoge Raad 26 juni 1992, JAR 1992/42.

23 Aldus ook S.J. Sterk en E.S.C. van Schie in hun annotatie bij deze uitspraak in JAR 2023/63.

24 Zie hierover ook E. Muhseni, "De toetsing van het "medezeggenschaps-opzegverbod" in de praktijk", *ArbeidsRecht* 2023/47 en zie F.A. Weber & D. Schwartz, "Benadelingsverboden in het arbeidsrecht. Wassen neus of noodzakelijke bescherming?", *TRA* 2022/79.

25 Zie Rb. Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4688, *TRA* 2023/92, m.nt. D. Schwartz (*Consumentenbond*) en Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:128, JAR 2023/72, *TRA* 2023/82, m.nt. Y.H. Dissel.

vallen en kan een daaruit voortvloeiend conflict tot een beëindiging leiden.²⁶

2.3 Adviesrecht ondernemingsraad (art. 25 en 26 WOR)

2.3.1 Geschillen over het adviesrecht

Het aantal beroepsprocedures bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (de “OK”) ex art. 26 WOR is in de afgelopen jaren aanzienlijk lager dan gemiddeld; waar er langjarig gemiddeld zo’n 65 verzoekschriften door de or werden ingediend en de OK circa 13 keer uitspraak deed, ging het in 2021 en 2022 maar om 24 respectievelijk 20 verzoekschriften en 8 respectievelijk 5 uitspraken. Bovendien daalde het aantal toegewezen verzoeken van de or verder naar één respectievelijk nul in 2021 en 2022.²⁷ In mijn vorige kroniek over de periode 2020–2022 noemde ik een doorgezet artikel-26-WOR-beroep al een uphill battle voor de or. Dat beeld is niet veranderd. Van Slooten verklaart dit door erop te wijzen dat de Hoge Raad in het *Holland Casino*-arrest uit 2018 heeft bevestigd dat de OK de besluitvorming van de ondernemer marginaal moet toetsen, dat het politiek primaat een rol speelt bij medezeggenschap bij de overheid en dat ondernemers inmiddels wellicht beter rekening houden met de procedurele aspecten van een adviestraject.²⁸ Van Slooten denkt ook dat de grote rechtsvragen bij het adviesrecht inmiddels zijn uitgeprocedeerd en dat de OK-rechtspraak een consistente (voorspelbare) lijn heeft: een marginale toetsing van ondernemersbesluiten, welke toetsing kritischer wordt als er veel op het spel staat voor werknemers.

Albert Heijn Online en zijn or zorgden recent voor verschillende uitspraken, waarbij het gaat om de inlening van externe arbeidskrachten (uitzendkrachten). De Hoge Raad oordeelde over de vraag wanneer het groepsgewijze inlenen van uitzendkrachten door Albert Heijn Online voor zijn distributiecentra adviesplichtig is op basis van art. 25 lid 1 aanhef en sub g WOR. Dat adviesrecht geldt naar de letter van die bepaling bij elk voorgenomen besluit tot groepsgewijze inlening.²⁹ Albert Heijn sloot sinds 2010 steeds voor periodes van twee jaar een raamovereenkomst met enkele uitzendbureaus (circa 90% van de 9.500 medewerkers zijn uitzendkrachten) en vond dat de nieuwe raamovereenkomst als business as usual niet onder het adviesrecht viel. De OK was dat eerder met Albert Heijn eens en oordeelde dat dit adviesrecht alleen geldt indien sprake is van een *ongewone*

groepsgewijze aantrekking van arbeidskrachten.³⁰ De gedachte dat het om niet dagelijkse of gebruikelijke besluiten moet gaan, is terug te vinden bij de in art. 25 lid 1 WOR vermelde besluiten waarbij het criterium “belangrijk” is vermeld. Moet dit criterium ook bij art. 25 lid 1 sub g WOR (waarin het woord “belangrijk” niet voorkomt) worden ingelezen? De Hoge Raad oordeelt van niet: de tekst van art. 25 lid 1 aanhef en sub g WOR noch de wetsgeschiedenis biedt steun voor die opvatting van de OK. Het adviesrecht geldt dus niet alleen bij belangrijke besluiten die afwijken van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid en voor een voor de onderneming ongebruikelijke vorm van inlening, maar voor alle vormen van groepsgewijze inlening.

In een andere procedure was de uitgesproken ambitie van Albert Heijn om door te groeien naar 25% vaste medewerkers, naar het oordeel van de OK, geen afspraak waaraan Albert Heijn gebonden geacht kon worden. Daarmee was de besluitvorming van Albert Heijn over de opening van een nieuw Home Shop Center voor de verwerking van onlinebestellingen – volgens de or in strijd met die ‘afpraak’ – niet kennelijk onredelijk.³¹

Een mooi voorbeeld van de (terughoudende) inhoudelijke toetsing van besluiten door de OK biedt de uitspraak over de voorgenomen verhuizing door SABIC van haar Europese hoofdkantoor van Sittard naar Amsterdam.³² Kantoorpersoneel in hogere functies moet daardoor vanuit Sittard, en deels ook vanuit Bergen op Zoom, minimaal 50% van de tijd in Amsterdam gaan werken, met een aanzienlijke reistijd als gevolg. Een ander deel van het personeel wordt verplaatst naar een bedrijfsgebouw op industrieterrein Chemelot in Geleen. De OK overwoog in lijn met gangbare rechtspraak dat hoewel dit besluit binnen het mondiale SABIC-concern feitelijk op Europees niveau werd genomen en de beslissingsruimte voor SABIC’s Nederlandse management dus beperkt was, het Nederlandse management toch het eigen belang diende af te wegen tegen het grotere concernbelang. De OK tikte SABIC op de vingers voor het niet tijdig om advies vragen voor de inschakeling van een deskundige, maar oordeelde ook dat SABIC nadien de betrokken twee ondernemingsraden alsnog voldoende gelegenheid en informatie had gegeven om een advies te kunnen geven dat nog van wezenlijke invloed kon zijn op de te nemen besluiten (al was de beslissingsruimte voor SABIC in Nederland binnen het concern beperkt). Deze mogelijkheid om later tijdens het adviestraject eerdere omissies te repareren, kwam al naar voren in de *Uniface*- en *Assa Abloy*-beschikkingen van de

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5249.

27 Zie www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/Jaarverslag-Ondernemingskamer-2022.aspx. En: J.M. van Slooten, ‘Is de OR de laatste jaren slechter af bij de OK?’, *Ondernemingsrecht* 2022/97.

28 J.M. van Slooten, ‘Is de OR de laatste jaren slechter af bij de OK?’, *Ondernemingsrecht* 2022/97.

29 HR 3 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1514, *JAR* 2023/308, m.nt. C. Nekeman, *RAR* 2024/13, *JOR* 2024/28, m.nt. L.G. Verburg, *JIN* 2024/21, m.nt. A.M.W. van Vlodrop, *Ondernemingsrecht* 2024/33, m.nt. J.J.M. van Mierlo (*Albert Heijn online*).

30 Hof Amsterdam (OK) 1 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2581, *JAR* 2023/48, m.nt. C. Nekeman, *JIN* 2023/21, m.nt. A.M.W. van Vlodrop, *TRA* 2023/43, m.nt. Y.H. Dissel (*Albert Heijn Online*).

31 Hof Amsterdam (OK) 14 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3506, *RO* 2024/30 (*Albert Heijn*).

32 Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2024:519, *TRA* 2024/51, m.nt. R.D. Poelstra (*Sabic*). Voor de goede orde zij opgemerkt dat de auteur als advocaat betrokken was bij deze procedure.

OK.³³ De omstandigheid dat uitgebreid sprake was geweest van overleg en het uitwisselen van informatie, en dat het voorgenomen besluit tijdens het adviestraject nog enigszins werd aangepast op basis van commentaar van de or, droeg ook bij aan het oordeel van de OK dat de or nog wezenlijke invloed op de besluitvorming had kunnen uitoefenen. Wat de inhoudelijke belangenafweging betreft, verwees de OK nadrukkelijk naar de *Holland Casino*-rechtspraak van de Hoge Raad uit 2018: de OK houdt rekening met de beleidsvrijheid van de ondernemer en toetst (marginaal) of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. De inhoudelijke risico's van de verhuizing (zoals groot personeelsverloop) achtte de OK voldoende inhoudelijk tijdens het adviestraject besproken en meegewogen, en de genomen mitigerende maatregelen leken de OK afdoende. Ook de door de or aangevoerde mogelijke veiligheidsrisico's voor de over te plaatsen medewerkers naar Geleen achtte de OK niet zodanig dat SABIC dat deel van het besluit niet in redelijkheid kon nemen.

Ook in de *Medtronic*-zaak ging het om (internationale) besluitvorming – over de wereldwijde strategie – ten opzichte van de invulling van die strategie en de concrete besluitvorming in Nederland.³⁴ De OK overwoog dat de or nog voldoende wezenlijke invloed op de besluitvorming in Nederland kon uitoefenen, mogelijk ook omdat de or tegen de reorganisatie geen bezwaren had, maar alleen tegen de wijze van omgang met de personele gevolgen. De geboden ontslagvergoedingen doorstonden de kennelijke (on)redelijkheidstoets van de OK: Medtronic bood alleen boven-tallige werknemers waarvoor geen herplaatsing mogelijk was tweemaal de wettelijke transitievergoeding. Werknemers die een passende functie kregen aangeboden maar deze weigerden, of die verweer voerden tegen het ontslag ontvingen alleen de wettelijke transitievergoeding. De OK oordeelde dat Medtronic een gerechtvaardigd belang had bij deze aanpak waarin werknemers werden gestimuleerd passend werk te aanvaarden en waarin dure en tijdrovende ontslagprocedures werden vermeden.

2.3.2 Ten onrechte geen advies vragen – wat is een “belangrijke” reorganisatie?

Inhoudelijk krijgt de ondernemer in een adviestraject dus een behoorlijke mate van beleidsvrijheid van de OK. Indien de ondernemer echter geen advies vraagt terwijl dat wel is vereist, maakt deze omissie het besluit om die reden in de regel kennelijk onredelijk. Daardoor is de discussie of een besluit onder het adviesrecht van de or valt dan beslissend voor de uitkomst van de zaak. In drie zaken was de vraag aan de orde of de ondernemer advies had moeten vragen over een reorganisatiebesluit. Een besluit tot een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden of een belangrijke

wijziging van de werkzaamheden van de onderneming is adviesplichtig. Maar wat is “belangrijk”? Dit verschilt per onderneming, maar bij deze toets laten de wetsgeschiedenis en de rechtspraak zien dat het om bijzondere, niet alledaagse besluiten gaat met een zeker ‘gewicht’ in verhouding tot de totale activiteiten van de onderneming en wat betreft de gevolgen voor de medewerkers (zowel voor de werknemers die hun baan verliezen als voor de overblijvende collega's die wellicht hierdoor anders moeten gaan werken).³⁵ Ook reorganisatiebesluiten die minder dan 20 personen (de WMCO-grens) raken, kunnen “belangrijk” genoeg zijn om onder het adviesrecht te vallen.

De eerste zaak betrof Spotify, dat in het kader van een wereldwijde reorganisatie in Nederland 19 ontslagen aankondigde (van de 172 medewerkers in vaste dienst), maar ondanks verzoeken hiertoe van de or geen nadere informatie of een adviesaanvraag aan de or voorlegde.³⁶ Kennelijk verschaft Spotify ook de OK in de beroepsprocedure weinig concrete informatie. De OK oordeelde dat sprake was van een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden en van een belangrijke wijziging in de organisatie. Door geen advies hierover te vragen, had Spotify in redelijkheid niet tot dit besluit kunnen komen.

Vergelijkbaar in omvang met de *Spotify*-zaak was een reorganisatie bij Atlassian, waarbij in Nederland 17 (van de 524) functies vervielen. Atlassian had al uitvoering gegeven aan dat besluit zonder hierover advies aan de or te vragen, maar zette dit later ‘on hold’ en maakte er een voorgenomen besluit van nadat de or aan de bel had getrokken. De OK bevestigde dat Atlassian over dit besluit vooraf advies aan de or had moeten vragen. Zekerheidshalve legde de OK op verzoek van de or nog een veroordeling tot het ongedaan maken van het besluit op, omdat Atlassian het besluit nog niet had ingetrokken.³⁷ Aandachtspunt is nog dat de OK overwoog niet de bevoegde rechter te zijn om over de vergoeding van (advocaat)kosten van de or te gaan. Een geschil daarover moet de or op basis van art. 36 lid 2 WOR aan de kantonrechter voorleggen.

Ten slotte blijkt uit de zaak betreffende Insight Nederland³⁸ dat ook het schrappen van één (belangrijke) leidinggevende functie, die van senior solution sales manager, kan kwalificeren als een belangrijke wijziging in de organisatie of in de verdeling van bevoegdheden binnen de organisatie van de onderneming. De betrokken managementfunctie gaf leiding aan 70 medewerkers (circa een derde van het totale aantal medewerkers) en haar taken werden toegevoegd aan

33 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*) en Hof Amsterdam 29 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1310, JAR 2022/28, TRA 2022/43, m.nt. Y.H. Dissel (*Assa Abløy*).
34 Hof Amsterdam (OK) 21 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2888, TRA 2023/23, m.nt. L.C.J. Sprengers (*Medtronic*).

35 Zie hierover ook Sprengers, *De Ondernemingsraad* (MSR nr. 86) 2024/9.2.1.
36 Hof Amsterdam (OK) 22 december 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3520, JAR 2024/49, m.nt. I.H. Vermeeren-Keijzers & K.A. van Haaren, RO 2024/20 en TRA 2024/39, m.nt. L.C.J. Sprengers (*Spotify*). Zie over de *Spotify*-zaak ook: S.F.H. Jellinghaus & A. Veldscholte, ‘De jukebox van Spotify’, TvO 2024/2.5.
37 Hof Amsterdam (OK) 6 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1899, JAR 2023/234, TRA 2024/17, m.nt. R.D. Poelstra en ARO 2023/123 (*Atlassian*).
38 Hof Amsterdam (OK) 29 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:922, JAR 2023/190, m.nt. C. Nekeman, TRA 2023/93, m.nt. L.C.J. Sprengers (*Insight Nederland*).

de taken van haar leidinggevende, die aldus een verzwaarde functie kreeg. Daardoor was sprake van een ingrijpend gewijzigde opzet van de salesafdeling, volgens de OK.

2.4 Instemmingsrecht ondernemingsraad (art. 27 WOR)

2.4.1 Wel of geen instemmingsrecht – beloningssysteem

Over de vraag of een besluit over beloning instemmingsplichtig is, is al vaak geschreven en geprocedeerd.³⁹ De norm van art. 27 lid 1 sub c WOR, inhoudend dat het moet gaan om een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een “beloningssysteem” laat ruimte voor discussie, omdat het om een besluit met betrekking tot de wijze van vaststelling van de beloning (het systeem) moet gaan, die de onderlinge rangorde van beloningen binnen de onderneming beïnvloedt, en niet om de hoogte van de beloning. Maar het een beïnvloedt uiteraard het ander.

Bij CLdN Ports werden salarisschalen toegepast volgens de cao, waarbij een medewerker bij goed functioneren jaarlijks een salarisstap kon maken, totdat de hoogste trede in de schaal was bereikt.⁴⁰ CLdN Ports besloot om in 2023 geen loonstappen toe te kennen. Is dat een systeemwijziging, of gaat het om een besluit dat alleen op de hoogte van de beloning ziet? De Kantonrechter Rotterdam oordeelde dat het gaat om een besluit van algemene strekking (voor de betrokken groep van 87 werknemers), ook al zou CLdN Ports in individuele gevallen een uitzondering kunnen maken. Vervolgens oordeelde de kantonrechter dat het besluit niet vooral op de hoogte van de beloning ziet, maar een systeemwijziging inhoudt omdat hiermee het tempo van salarisgroei voor medewerkers die nog niet aan het maximum van hun salarisschaal zitten, wordt veranderd. Volgens de kantonrechter beïnvloedde het besluit de onderlinge rangorde van de salarissen en vormde het een trendbreuk met het verleden. Kortom, CLdN Ports had instemming hiervoor moeten vragen aan de or. Deze uitspraak illustreert wat mij betreft dat het onderscheid tussen een systeemwijziging van beloning en een besluit over de hoogte van beloning flinterdun is. Indien alle medewerkers een bepaald jaar geen salarisverhoging ontvangen, lijkt dat toch vooral een besluit dat ziet op de hoogte van de beloningen, waarbij de onderlinge rangorde niet verandert (geen enkele werknemer krijgt er iets bij). Toegegeven kan worden dat het besluit van CLdN Ports vooral de medewerkers raakte die nog niet hun schaalmaximum hadden bereikt, en dat de verhouding in beloning met de medewerkers die dat maximum al wel hadden bereikt door dit besluit anders werd. Het beloningssysteem in de onderneming wijzigde echter inhoudelijk niet, de ondernemer besloot om het systeem gedurende

2023 niet toe te passen, hetgeen toch vooral ging over de hoogte van de beloningen.

Het besluit van VDL GL Precision om het tijdstip waarop jaarlijks individuele salarisaanpassingen plaatsvinden te veranderen van 1 januari naar 1 maart van ieder jaar was volgens de kantonrechter geen wijziging van een beloningssysteem: het wijzigt de manier van toekenning van beloningen of de onderlinge rangorde van beloningen tussen medewerkers niet.⁴¹ De kantonrechter verwees hierbij ook naar de jurisprudentie over de uitleg van het begrip ‘beloningssysteem’ en naar de restrictieve uitleg van art. 27 WOR van de Hoge Raad in het (andere dan hiervoor genoemde) *Holland Casino*-arrest uit 2002.⁴² Hierin bepaalde de Hoge Raad dat de opsomming van art. 27 lid 1 WOR uitputtend is bedoeld en dat voor de beantwoording van de vraag of een besluit onder een van de opgesomde regelingen valt, moet worden gekeken naar het doel van het besluit, niet naar de vraag of het besluit (ook) gevolgen heeft voor onderwerpen genoemd in art. 27 lid 1 WOR.

2.4.2 Wel of geen instemmingsrecht – roosterwijzigingen

Bij RVWM, onderdeel van Rijkswaterstaat, wordt gewerkt met een indicatief normrooster voor het kalenderjaar, op basis waarvan vervolgens een maandrooster wordt opgesteld dat rekening houdt met wensen van werknemers en met bijzonderheden zoals ziekte, onverwacht onderhoud en calamiteiten.⁴³ In 2015 oordeelde de Kantonrechter Utrecht al dat het besluit tot invoering van nieuwe normroosters instemmingsplichtig is. Het normrooster voor 2024 voor Vlissingen werd pas laat aan de or voorgelegd en de or verleende hier geen instemming voor, waarbij de or de nietigheid inriep van daarop gebaseerde maandroosters in 2024. De kantonrechter overwoog dat de normroosters wel onder het instemmingsrecht vallen als arbeids- en rusttijdenregeling in de zin van art. 27 lid 1 sub b WOR; hoewel te laat, had RVWM deze alsnog aan de or ter instemming voorgelegd. De maandroosters zijn de uitvoering van die arbeids- en rusttijdenregeling en de uitvoering van een dergelijke regeling valt niet onder de instemmingsplichtige besluiten van art. 27 lid 1 WOR. Ervan uitgaande dat de maandroosters binnen de kaders van de normroosters blijven, lijkt mij dit juist, omdat de vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling (de normroosters) instemmingsplichtig kan zijn, niet de toepassing of uitvoering van die regeling.

RVWM besloot, hangende de instemming over een normrooster voor 2023, in augustus 2023 om tijdelijk vanwege een personeelstekort de nachtdiensten niet in te vullen voor het team Terneuzen, zodat de Oostsluis aldaar tijdelijk 's nachts gestremd zou zijn. De or riep de nietigheid van dat besluit in

39 Zie hierover o.a. P.G. Vestering & W.A. Zondag, 'Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van beloningsregelingen', *TAP* 2008/1, p. 14–23 en L. Mitsinga, 'Het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de vaststelling en de wijziging van een beloningssysteem', *ArbeidsRecht* 2023/18.

40 Rb. Rotterdam 11 april 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:3275 (CLdN Ports).

41 Rb. Oost-Brabant 21 september 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4553, *TRA* 2024/28, m.nt. Y.H. Dissel (VDL GL Precision).

42 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0155, *NJ* 2003/141, m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2003/10, m.nt. D.A. Duijm, *JAR* 2003/18 en *JOR* 2003/33 (*Holland Casino*).

43 Rb. Midden-Nederland 15 maart 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:1726, *JAR* 2024/97 (RVWM).

met de stelling dat dit een wijziging van de arbeidstijden-regeling (het normrooster) inhield. Ook geringe wijzigingen van beperkte duur zouden instemming behoeven. Los van de vraag of het hier ging om een wijziging in het normrooster of het maandrooster, oordeelde de kantonrechter dat het besluit om bij onderbezetting enkele maanden geen nachtdiensten te draaien niet instemmingsplichtig is; dit besluit had niet tot doel om het normrooster te wijzigen en het had een tijdelijk karakter (enkele maanden). De verwijzing naar het doel van het besluit, lijkt een verwijzing naar het hierboven al genoemde *Holland Casino*-arrest uit 2002.

Het tijdelijke karakter van een aangepast dienstrooster speelde ook bij Connexxion een doorslaggevende rol, toen zij tijdens een openbaarvervoerstaking in februari en maart 2023 werkwillige chauffeurs op andere diensten inzette dan waarvoor zij oorspronkelijk waren ingeroosterd.⁴⁴ De or verzocht de kantonrechter te verklaren dat dit besluit tot vaststelling van aangepaste dienstroosters instemmingsplichtig was ex. art. 27 lid 1 sub b WOR. Dat verzoek wees de kantonrechter af, omdat uit de wetsgeschiedenis van de WOR volgt dat het begrip regeling een ondernemersbesluit moet omvatten van algemene strekking waarbij een duurzame voorziening wordt ingevoerd met de bedoeling om voor langere tijd of met een zekere duurzaamheid te gelden in de onderneming. Dat was hier niet het geval: het ging om wijzigingen in het dienstrooster voor een beperkt aantal stakingsdagen, dus wijzigingen met een incidenteel karakter. Art. 19 van de geldende cao bepaalde echter dat de or met elk(e) dienstrooster/werktijdenregeling vooraf moest instemmen, voordat deze van kracht werd. Dit instemmingsrecht uit de cao strekte verder dan het wettelijke instemmingsrecht, zodat de or in lijn met art. 32 WOR op dit vlak een extra bevoegdheid had, waarop hij zich kon beroepen en waarmee hij toch terecht de nietigheid van het besluit had ingeroepen.

2.4.3 Instemming ondernemingsraad onder voorwaarden

De or geeft in de praktijk regelmatig advies of instemming onder voorwaarden. Voldoet de ondernemer aan de voorwaarden, dan geldt het advies als positief of verleent de or instemming. In een zaak betreffende Amlin stelde de ondernemer dat instemming verlenen onder een voorwaarde niet mogelijk is, omdat de WOR niet in die mogelijkheid voorziet.⁴⁵ De kantonrechter bevestigde echter de praktijk en stelde dat hoewel de WOR uitgaat van twee smaken, dus wel of geen instemming verlenen, dat niet wil zeggen dat de or geen voorwaarde(n) aan zijn instemming mag verbinden. Voldoende duidelijk moet wel zijn dat zonder voldoening aan de voorwaarde de or niet instemt. Als de or in plaats daarvan bijvoorbeeld gedeeltelijk instemt met het voorgenomen besluit, kan dat tot gevolg hebben dat het onthouden van instemming aan de overige elementen van het besluit

niet meer goed mogelijk is. Dat bleek in een eerdere zaak waarin de or zijn aanvankelijke bezwaren tegen de keuze voor een bepaald pensioenfonds en het vrijwillig aangaan van een uitvoeringsovereenkomst daarmee liet rusten. Responderende bezwaren tegen onvermijdbare gevolgen van aansluiting bij die pensioenuitvoerder werden vervolgens als door de or aanvaard beschouwd, terwijl bezwaren tegen vijf andere onderdelen en gevolgen van het besluit, die elk op zichzelf niet onder het instemmingsrecht van de or vielen, geen grond voor nietigheid daarvan vormden.⁴⁶

De ondernemer die niet wil voldoen aan de gestelde voorwaarde, kan vervangende instemming aan de kantonrechter verzoeken ex. art. 27 lid 4 WOR; bij de toetsing door de rechter of de or op onredelijke gronden zijn instemming onthoudt, kan de (on)redelijkheid van de gestelde voorwaarde dan worden meegewogen. Een voorwaarde aan de instemming moet mijns inziens ook voldoende nauw verband houden met het besluit waarover instemming is verzocht – de or kan de instemmingsaanvraag niet ‘gebruiken’ om wensen over een ander onderwerp ingewilligd te krijgen – anders zal deze voorwaarde geen redelijke grond voor onthouding van instemming kunnen vormen. Dit volgt mijns inziens al uit het *Holland Casino*-arrest van de Hoge Raad uit 2002, dat duidelijk maakt dat bij de uitoefening van het instemmingsrecht door de or het doel van het voorgenomen besluit relevant is, en dat instemmingsrecht inkadert.⁴⁷ Als het voorgenomen besluit mogelijk ook enige gevolgen heeft voor andere onderwerpen, heeft de or niet ook ten aanzien van die andere onderwerpen een instemmingsrecht, aldus de Hoge Raad; daaruit volgt logischerwijze dat de or zijn instemmingsrecht ook niet kan uitbreiden tot dergelijke andere onderwerpen door bij zijn instemming hierover voorwaarden te stellen, of door in een procedure over vervangende instemming een beroep te doen op dergelijke voorwaarden die zien op andere onderwerpen. Ook de Rechtbank Midden-Nederland overwoog bij een geschil over het (in dat geval: onverplicht gegeven) instemmingsrecht dat het onredelijk is als de or een instemmingsrecht gebruikt voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend.⁴⁸

2.4.4 Inhoudelijke beoordeling – vervangende toestemming kantonrechter

Het toetsingskader voor de beoordeling van een werkgeversverzoek om vervangende toestemming ex art. 27 lid 4 WOR komt neer op een tweetrapsraket.⁴⁹ De rechter weegt als eerste stap – is de onthouding van instemming door de or onredelijk? – de argumenten van de ondernemer en de

44 Rb. Midden-Nederland 28 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2519, JAR 2023/168 en TRA 2023/103, m.nt. R.D. Poelstra (*Connexxion*).

45 Rb. Amsterdam 8 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:660, JAR 2023/76, m.nt. S.F.H. Jellinghaus & M. Maaijen, PJ 2023/74, m.nt. E. Schop, RAR 2023/67 en TRA 2023/72, m.nt. R.D. Poelstra (*Amlin Insurance SE*).

46 Rb. Overijssel 16 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:3165, JAR 2020/244.

47 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0155, NJ 2003/141, m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2003/10, m.nt. D.A. Duijm, JAR 2003/18 en JOR 2003/33 (*Holland Casino*).

48 Rb. Midden-Nederland 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4722, JAR 2020/296, m.nt. R.J.M. Hampsink; Hampsink is in zijn noot kritisch over het oordeel van de kantonrechter.

49 HR 4 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159, JAR 2014/54, m.nt. C. Nekeman, NJ 2016/395, m.nt. E. Verhulp, PJ 2014/49, m.nt. E. Lutjens (*Stena Line*); vgl. ook Rood/Verburg, *Wet op de ondernemingsraden*, p. 380.

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 bedrijfssociale redenen zijn voor het voorgenomen besluit.

Deze afweging maakt de kantonrechter per geval. Het AMC kreeg bijvoorbeeld vervangende toestemming voor het besluit om Goede Vrijdag te vervangen door een flexibel op te nemen vakantiedag, waarbij de kantonrechter overwoog dat de or geen vakbond is en ook de belangen van de onderneming moet meewegen – zoals harmonisatie van arbeidsvoorwaarden met het VUmc en bevordering van de diversiteit en inclusie – en daarom meer moest doen dan afgaan op de (negatieve) uitkomst van een achterbanraadpleging.⁵⁰ Ook de gemeente Amsterdam mocht van de voorzieningenrechter alvast een nieuwe roosterregeling toepassen.⁵¹ De or trok een voorwaardelijk verleende instemming in, omdat er onvoldoende draagvlak voor de nieuwe roosterregeling was onder de medewerkers. De voorzieningenrechter overwoog dat dit onredelijk was, na een langdurig instemmingstraject waarin de gemeente aan vrijwel alle redelijke wensen van de or was tegemoetgekomen. De or was in dit geval ook nogal laat met het intrekken van de instemming, zodat het niet kunnen starten met de nieuwe roosters (waarvoor al allerlei voorbereidingen waren getroffen) tot een organisatorische chaos zou leiden. Interessant is dat de voorzieningenrechter, net als in de genoemde AMC-zaak, overwoog dat de or zelf een belangenafweging moet maken, ook rekening houdend met de belangen van de onderneming; de uitkomst van een achterbanraadpleging mag dus niet allesbepalend zijn. Dat kan de or die zijn achterban nauwer bij de besluitvorming in de onderneming wil betrekken – op zichzelf een goed streven – in een lastige positie brengen en vergt goede uitleg door de or aan de achterban van de afweging die de or uiteindelijk maakt.

Voert de or inhoudelijke en steekhoudende argumenten aan om zijn instemming te onthouden, dan zal de rechter deze moeten afwegen tegen de argumenten van de ondernemer vóór het besluit. Geen vervangende toestemming kreeg DAS Rechtsbijstand uiteindelijk in hoger beroep van het Hof Amsterdam voor een besluit tot, heel kort samengevat, het verlenen van (gedeeltelijke) compensatie en financiering voor de indexatie van pensioenen na beëindiging van een winstdelingsregeling.⁵² Het hof oordeelde dat deze wijziging in de uitvoeringsovereenkomst van invloed is op de pensioenovereenkomst en dus onder het instemmingsrecht van de

or valt ex art. 27 lid 7 WOR. Het hof oordeelde verder dat de argumenten van de or tegen instemming – zoals dat de besparing voor DAS hoger was dan de geboden compensatie – zwaarder wegen dan de argumenten van DAS, zodat geen vervangende instemming werd verleend.

Arriva verkreeg evenmin vervangende toestemming toen zij een bovengrens voor verlof wilde invoeren: indien te veel werknemers tegelijk met vakantie zouden willen, zou een vakantieverzoek boven deze bovengrens niet meer worden gehonoreerd.⁵³ De cor wilde vasthouden aan het wettelijk uitgangspunt dat vakantie wordt vastgesteld overeenkomstig de wensen van de werknemers, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. De kantonrechter achtte het niet onredelijk dat de cor aan dit wettelijke uitgangspunt vasthield. Het argument van Arriva dat zij op piekmomenten mogelijk niet alle bus- en treindiensten kan bemensen, is begrijpelijk, maar dergelijke piekmomenten doen zich in veel bedrijfstakken voor en ook personeelskrapte rechtvaardigt volgens de kantonrechter niet de bovengrens voor verlof.

2.5 De ondernemingsraad en governance van de onderneming

De or probeert in de praktijk ook regelmatig invloed uit te oefenen op de governance van de onderneming, via het adviesrecht of andere bevoegdheden uit Boek 2 BW. Een drietal uitspraken hierover laat echter zien dat dit nog niet zo gemakkelijk is voor de or.

Abeos Agri verzocht de or om advies over de invoering van een raad van commissarissen (“rvc”).⁵⁴ De or vroeg vervolgens om het versterkte aanbevelingsrecht ten aanzien van ten minste één commissaris, maar dat weigerde Abeos Agri omdat zij niet voornemens was het structuurregime (vrijwillig) in te voeren. Tegelijkertijd schafte de aandeelhouder op zijn niveau de rvc af, waarvoor volgens de or wel het structuurregime gold; eigenlijk was daarmee sprake van verplaatsing van de rvc naar een lager niveau zonder structuurregime, aldus de or. Het beroep van de or na negatief advies wees de OK echter af. De or heeft geen adviesrecht ter zake de afschaffing van de rvc op het niveau van de aandeelhouder, terwijl op Abeos Agri geen structuurregime van toepassing was.

Bij Fivoor werden de raad van bestuur en de raad van commissarissen uitgebreid met vertegenwoordigers van twee aandeelhouders. De or adviseerde hierover negatief, omdat dit de eigenstandigheid van Fivoor zou verminderen.⁵⁵ Ook hier oordeelde de OK dat het besluit de artikel-26-WOR-toets kon doorstaan.

50 Rb. Amsterdam 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6243, JAR 2023/276 (AMC).

51 Rb. Amsterdam (kort geding) 30 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2266 (Gemeente Amsterdam).

52 Hof Amsterdam 5 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2202, JAR 2023/267, PJ 2013/110 (DAS Rechtsbijstand).

53 Rb. Noord-Nederland 21 september 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3394, JAR 2022/258, RAR 2022/168 en TRA 2023/7, m.nt. Y.H. Dissel (Arriva).

54 Hof Amsterdam (OK) 25 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2493, JOR 2024/63, m.nt. V. van Kampen (Abeos Agri).

55 Hof Amsterdam (OK) 22 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3638, JOR 2023/205, m.nt. C.F. Perquin-Deelen, ARO 2023/13 (Fivoor).

Ten slotte verzocht de or bij Afvalzorg Holding om ontslag van twee leden van de rvc ex art. 2:161 lid 2 BW.⁵⁶ Achtergrond hiervan was dat de rvc, in afwijking van het artikel-30-WOR-advies van de or, had besloten tot ontslag van een bestuurder op volgens de or onjuiste gronden. Hoewel dergelijke verzoeken bij mijn weten vrijwel niet voorkomen, kan de OK op grond van art. 2:161 lid 2 BW een commissaris op verzoek van de or ontslaan wegens (1) verwaarlozing van zijn taak, (2) andere gewichtige redenen of (3) een ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris redelijkerwijs niet van de vennootschap kan worden verlangd. De OK overwoog met verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat dit alleen in uitzonderlijke gevallen aan de orde kan zijn; het gaat om een noodmaatregel. Dat was hier niet aan de orde; ook niet vanwege het feit dat ten onrechte geen advies over de benoeming van een interim-bestuurder was gevraagd; een eenmalige schending van dat recht is geen taakverwaarlozing van de twee commissarissen als bedoeld in art. 2:261 lid 2 BW.

2.6 *Varia rechtspraak*

2.6.1 *Recht op collectief onderhandelen versus contractsvrijheid werkgevers*

De Hoge Raad boog zich over een vordering van FNV in de zaak tegen TUI Airlines Nederland ("TUI") over het recht op collectief onderhandelen van de vakbond, in verhouding tot de rol van de or.⁵⁷ TUI beschouwde alleen haar or als partner voor overleg over arbeidsvoorwaarden voor het cabinepersoneel, die werden vastgelegd in een arbeidsvoorwaardenregeling. De or was daarvoor op grond van art. 32 WOR instemmingsrecht toegekend voor de vaststelling van primaire arbeidsvoorwaarden. FNV stelde dat zij voldoende TUI-medewerkers vertegenwoordigde (dus: representatief was) en verzocht TUI herhaaldelijk maar tevergeefs om met haar in onderhandeling te treden over deze arbeidsvoorwaarden. Net als het hof, oordeelde de Hoge Raad dat als uitgangspunt geldt dat werkgevers en werknemers – en hun organisaties – zelf mogen bepalen of, en zo ja met wie zij over collectieve arbeidsvoorwaarden willen overleggen. In het *AbvaKabo*-arrest⁵⁸ is echter al bepaald dat als een vakbond een groot aantal werknemers in de branche vertegenwoordigt en representatiever is dan andere vakbonden, deze vakbond in beginsel recht heeft op toelating tot cao-onderhandelingen die met die andere vakbonden worden gevoerd. TUI onderhandelde echter niet met andere vakbonden, maar met de or. Dit neemt volgens de Hoge Raad niet weg dat ook dan – gelet op de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, mede gezien het in

diverse verdragen gewaarborgde recht op collectief onderhandelen – de weigering van een werkgever om met een vakbond in onderhandeling te treden, onrechtmatig kan zijn (art. 6:162 BW). Of dat zo is, hangt af van een belangenafweging gebaseerd op alle omstandigheden van het geval. De vakbond zal dergelijke omstandigheden moeten aanvoeren, waarbij de rechter volgens de Hoge Raad onder meer kan kijken naar de volgende trits omstandigheden: de representativiteit van de vakbond, de belangen die de vakbond nastreeft, de deskundigheid en de ervaring van de vakbond met onderhandelingen in de betrokken branche, het belang dat onderhandelingen over primaire arbeidsvoorwaarden in het voorliggende geval worden gevoerd door onderhandelaars die onafhankelijk zijn ten opzichte van de werkgever, het draagvlak bij de werknemers voor de bestaande wijze waarop wordt onderhandeld over primaire arbeidsvoorwaarden en de aan die wijze verbonden waarborgen voor werknemers, de omstandigheid dat bestaande of te voeren onderhandelingen zijn gericht op hetzij een cao, hetzij een andersoortige collectieve regeling over arbeidsvoorwaarden, de bezwaarlijkheid van een collectieve actie in het voorliggende geval en het gewicht van de bezwaren die de werkgever of de werkgeversorganisatie ten grondslag legt aan de weigering om met de vakbond in onderhandeling te treden. In dit geval leidde deze afweging van belangen tot toewijzing van de door FNV gevorderde verklaring voor recht, omdat FNV ruim meer dan 20–25% van de medewerkers vertegenwoordigde (de in de rechtspraak vaker gehanteerde grens voor representativiteit) en de TUI-medewerkers ontevreden waren over het arbeidsvoorwaardenoverleg met alleen de or. Dat TUI niet verwachtte overeenstemming met FNV te kunnen bereiken, was onvoldoende om FNV uit te sluiten van collectieve onderhandeling. In deze zaak woog het recht op collectieve onderhandeling dus zwaarder dan de vrijheid van de werkgever om wel of niet te onderhandelen met wie hij wil. Een representatieve vakbond met draagvlak onder het personeel zal dus al snel kunnen afdwingen dat hij wordt toegelaten tot het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg dat al wordt gevoerd met andere vakbonden (de *AbvaKabo*-situatie) of met de or (zoals bij TUI). Of dat overleg dan ook tot overeenstemming leidt, is een andere vraag; de ondernemer is niet verplicht om tot zaken te komen met de vakbond. Wel kan de vakbond haar positie in dergelijke onderhandelingen kracht bijzetten door gebruik te maken van het collectief actierecht, indien er onder het personeel voldoende animo voor acties is (dit laatste verschilt nog wel eens per onderneming en sector).

2.6.2 *Enquêterecht en de ondernemingsraad*

Ook de beschikkingen van de OK inzake de Estro kinderopvanggroep⁵⁹ zijn interessant voor de medezeggenschap. De OK oordeelde dat de informatie in de eerste adviesaanvraag aan de or over een financiering te summier was

56 Hof Amsterdam (OK) 4 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2235, TRA 2024/7, m.nt. L.C.J. Sprengers, JOR 2023/288, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Afvalzorg Holding*).

57 HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:673, JAR 2024/146, m.nt. N. Jansen, *Ondernemingsrecht* 2024/46, m.nt. A.T.J.M. Jacobs (*FNV/TUI Airlines Nederland*).

58 HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4118, JAR 2007/162, NJ 2007/464, m.nt. E. Verhulp, *Ondernemingsrecht* 2007/12, m.nt. F.B.J. Grapperhaus, RAR 2007/12 en SR 2007/71, m.nt. J.J.M. de Laat (*AbvaKabo*).

59 Hof Amsterdam (OK) 17 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1119, JOR 2023/207, m.nt. H.L. Kaemingk, Tvl 2023/39, m.nt. M.L. Lennarts (*Estro*). Zie hierover ook: K. Wiersma & S.R. Sewnath, 'De *Estro*-beschikking: over wanbeleid en gebreken in de medezeggenschap', TAP 2023/338.

geweest; zo was er niets vermeld over kernvoorwaarden, zoals de termijn van terugbetaling, renteverplichtingen, of zekerheden. Evenmin was er iets vermeld over fusieplannen en de gevolgen daarvan. De OK vond met name ernstig dat in een tweede, opvolgende adviesaanvraag – toen het bestuur inmiddels over meer informatie beschikte – opnieuw onvoldoende informatie aan de or werd verschaft over de financieringsconstructie en over de hogere lasten voor de onderneming, en dat op misleidende wijze werd gesteld dat de fusie alleen bedoeld was om een overzichtelijke juridische structuur te creëren. De OK oordeelde dat in een enquêteprocedure naar wanbeleid door het bestuur, zwaar meeweegt dat informatievoorziening aan de or in een adviestraject ex art. 25 WOR correct en volledig moet zijn. Daarnaast oordeelde de OK dat de ondernemer ook wijzigingen die zich gaandeweg het adviestraject voordoen, uit zichzelf aan de or moet melden.

Hiermee is niet gezegd dat elke schending van het adviesrecht van de or in een enquêtezaak leidt tot de conclusie dat sprake is van wanbeleid. In de *Lighthouse*-zaak overwoog de OK dat weliswaar het artikel-30-WOR-adviesrecht van de or was geschonden bij de benoeming van een nieuwe bestuurder, maar dat het toetsingskader voor wanbeleid ruimer is dan alleen de vraag of de wet is overtreden.⁶⁰ De OK woog mee dat niet zonneklaar was dat het adviesrecht gold en dat de aandeelhouder voornemens was om de or te informeren, al was dat uiteindelijk niet gebeurd omdat het bestuur van de vennootschap hieraan niet wilde meewerken. Het zal van de weging van alle omstandigheden afhangen of sprake is van wanbeleid, waarbij een schending van art. 30 WOR meeweegt bij de beoordeling (vgl. de *Eneco*-zaak).⁶¹

3. Rechtsontwikkeling door de Hoge Raad

Met twee uitspraken heeft de Hoge Raad de praktijk meer duidelijkheid verschaft over het adviesrecht bij groepsgewijze inlening van arbeidskrachten en over het collectieve onderhandelingsrecht van de vakbond in verhouding tot de contractsvrijheid van de werkgever. Daarmee zorgt met name de Hoge Raad voor nieuwe ontwikkelingen in het medezeggenschapsrecht. De overige rechtspraak volgt grosso modo de lijnen die eerder zijn uitgezet. Op wetgevingsgebied gaan wij volgen of het inderdaad tot actualisatie van de WOR en een nieuwe Richtlijn Europese Ondernemingsraden komt.

60 Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:748 (*Lighthouse*).

61 Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488, *JAR* 2018/217, m.nt. S.J. Sterk, *JOR* 2018/303, m.nt. D.J.F.F.M Duynstee, *Ondernemingsrecht* 2018/123, m.nt. T. Salemink & F.C.A. van de Buit en *TRA* 2018/90, m.nt. R.H. van het Kaar (*Eneco*).