

Kroniek medezeggenschapsrecht 1 juli 2017-1 juli 2018

TRA 2018/97

1. Inleiding

In deze kroniek zal ingegaan worden op de ontwikkeling op het terrein van het medezeggenschapsrecht in het kroniekjaar juli 2017-juli 2018. Ingegaan wordt op de rechtspraak over advies- en instemmingsrecht. De voornaamste ontwikkelingen hebben plaatsgevonden op het terrein van de rechtspraak. Alvorens die te bespreken zal eerst aandacht worden besteed aan de ontwikkeling op wetgevingsgebied.

2. Wetgeving

In het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' van kabinet Rutte III wordt geen aandacht besteed aan medezeggenschap. Het kabinet heeft geen plannen voor (grote) veranderingen in de medezeggenschapswetgeving.

Wel trof het kabinet nog een wetsontwerp aan, ingediend door toenmalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Asscher, over de wijziging van art. 23 WOR. Daarin wordt de verplichting opgenomen voor ondernemingen met meer dan 100 werknemers om ten minste eenmaal per jaar in de overlegvergadering te spreken over de beloningsregelingen. Het bestaande informatierecht, tot stand gebracht door de Wet Harrewijn, wordt niet gewijzigd, maar toegevoegd wordt de verplichting dat bestuurder en ondernemingsraad hierover jaarlijks overleg met elkaar voeren. De toegevoegde waarde hiervan is beperkt omdat reeds nu zowel bestuurder als ondernemingsraad deze aangelegenheid kunnen agenderen. De vraag is of de wettelijke verplichting daar veel verandering in zal gaan brengen. Het wetsontwerp is als hamerstuk op 12 juni 2018 door de Eerste Kamer aangenomen en inmiddels in het Staatsblad gepubliceerd.² De geplande datum inwerkingtreding is 1 januari 2019.

3. Adviesrecht

3.1 Inleiding

Uit het jaarverslag van de Ondernemingskamer³ blijkt dat het aantal zaken dat over het adviesrecht bij de Ondernemingskamer aanhangig wordt gemaakt sinds 2014 schommelt tussen de 35 en 50 per jaar. Het aantal beschikkingen varieert van 9 tot 13 per jaar. Tussen de 65 en 75% van deze procedures worden ingetrokken voordat er een beschikking door de Ondernemingskamer is geweest. In 2017 heeft de Ondernemingskamer 13 beschikkingen gegeven. In dit kroniekjaar, waar een deel van 2017 mee overlapt, zijn er 14 beschikkingen gegeven. De Hoge Raad heeft eenmaal in cassatie over een WOR-zaak geoordeeld.

3.2 Toetsingsnorm

De ondernemingsraad Holland Casino heeft in cassatie de vraag voorgelegd hoe de toetsingsnorm van art. 26 lid 4 WOR dient te worden beschouwd. De Hoge Raad oordeelt dat de ondernemer gehouden is bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken.⁴ Het betreft een door de Ondernemingskamer te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer, waarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid wordt gelaten. De terminologie 'marginale toetsing' wordt door de Ondernemingskamer als zodanig niet gehanteerd. Uit het oordeel van de Hoge Raad wordt duidelijk dat het gaat om de toetsing of de ondernemer alle kenbare belangen betrokken heeft voor zover deze als gerechtvaardigd zijn te kwalificeren. Het kenbaar zijn van de belangen stelt ook eisen aan het OR-advies, zoals door de Hoge Raad wordt benadrukt. Als uitgangspunt geldt dat de ondernemingsraad zijn bezwaren, eventuele gebreken in de adviesaanvraag en nadere vragen volledig in zijn advies tot uitdrukking moet brengen. De ondernemer kan bij zijn besluitvorming immers geen rekening houden met bezwaren waarvan hij niet op de hoogte is. Evenmin hoeft hij daarbij rekening te houden met bezwaren die in een eerder stadium naar voren zijn gebracht, maar in het advies niet zijn gehandhaafd.

Dit is een bevestiging van de vaste lijn in de rechtspraak van de Ondernemingskamer. In een adviesprocedure gaan er vaak de nodige stukken heen en weer en vindt er het nodige overleg plaats waarin al vaak opvattingen door de ondernemingsraad kenbaar worden gemaakt. Echter aan het eind van de adviesprocedure dient de ondernemingsraad in zijn advies integraal zijn bezwaren kenbaar te maken. In de beroepsfase kan niet verwezen worden naar kritiek die voorafgaand aan het advies is geuit door de ondernemingsraad indien daar niet op zijn minst uitdrukkelijk naar verwezen wordt in het advies. Omdat het gaat om een afweging van de kenbare bezwaren, heeft dat ook een belangrijk gevolg voor de reikwijdte van de toetsing door de Ondernemingskamer. De omvang en de concreetheid van de belangen die de ondernemingsraad in zijn advies kenbaar maakt stellen eisen aan de belangenafweging die de ondernemer voorafgaand aan het besluit daarover dient te maken. Vervolgens bepaalt dat ook de reikwijdte van het debat en de toetsing door de Ondernemingskamer.⁵

3.3 Primaat van de politiek

In het afgelopen kroniekjaar heeft de Ondernemingskamer in drie zaken zich gebogen over het primaat van de politiek.⁶

1 Loe Sprengers is advocaat te Utrecht en verbonden aan de sectie arbeidsrecht van de EUR.

2 *Stb.* 2018, 221.

3 Jaarverslag Ondernemingskamer 2017 te vinden op de website www.rechtspraak.nl.

4 Hoge Raad 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:725, *JOR* 2018/172, m.nt. L.G. Verburg; *AR-updates* 2018-0611, m.nt. L.C.J. Sprengers.

5 Zie hierover uitgebreider mijn annotatie bij deze beschikking in *AR-updates*.

6 In één van die zaken heb ik zelf als advocaat opgetreden en in de andere zaken kantoorgenoten van mij.

In twee zaken had de ondernemer advies gevraagd en pas in het verweerschrift voor het eerst een beroep op het primaat van de politiek gedaan. Het geschil bij de gemeente Maastricht had betrekking op een Shared Service Centre Zuid-Limburg waarin de gemeente Maastricht samen met twee andere gemeenten zou participeren.⁷ In een geschil dat aanhangig is gemaakt door de ondernemingsraad Politie Regionale eenheid Oost-Brabant ging het om de tijdelijke verhuizing van een onderdeel van de politie waarbij ook andere ketenpartners betrokken waren van Eindhoven naar 's-Hertogenbosch.⁸

Anders dan de vaste leer van de Ondernemingskamer dat bij de toekenning van een bovenwettelijk adviesrecht de Ondernemingskamer ook bevoegd is op grond van art. 32 lid 4 WOR om het besluit te toetsen, is de Ondernemingskamer van oordeel dat dit tot uitzondering leidt wanneer het gaat om een besluit dat onder de reikwijdte van het primaat van de politiek valt. Het is onverenigbaar met de bedoeling van de wetgever indien op deze wijze besluiten van democratisch (gecontroleerde) organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking zouden komen voor toetsing door de rechter. Hiermee trekt de Ondernemingskamer de eerder ingezette lijn in de rechtspraak sinds 2015 door.⁹

De Ondernemingskamer baseert haar oordeel op de bedoeling van de wetgever zoals die is terug te vinden in de wetsgeschiedenis van de invoering van de WOR bij de overheid. De wetgever heeft echter nimmer een bedoeling geformuleerd in de context van het toekennen van extra bevoegdheden. Na invoering van de WOR bij de overheid is in 1998 art. 32 WOR gewijzigd en is daarin opgenomen dat ondernemer en ondernemingsraad afspraken kunnen maken onder meer over het uitbreiden van de bevoegdheden van de ondernemingsraad.¹⁰ Als dat betrekking heeft op een adviesrecht volgt uit art. 32 lid 4 WOR dat dan ook de beroepsprocedure en de bevoegdheid van de Ondernemingskamer van toepassing is. In die wetsgeschiedenis is niet terug te vinden dat dit voor ondernemingsraden bij de overheid anders zou zijn. Bij de evaluatie van de WOR bij de overheid heeft het kabinet naar aanleiding van de eerste Hoge Raad uitspraak aangegeven dat hij het zou betreuren indien deze jurisprudentie zou leiden tot het minder vroegtijdig betrekken van ondernemingsraden bij besluiten die onder het primaat van de politiek vallen waarbij uitdrukkelijk ook gewezen is op het minimumkarakter van de wet en de mogelijkheid om advies te vragen.¹¹ Vraag is wanneer een overheidsondernemer er behoefte aan heeft om de ondernemingsraad verdergaande adviesrechten te geven of er

dan toch reden is om de rol van de rechter beperkt uit te leggen. Deze vraag is inmiddels in beide zaken aan de Hoge Raad voorgelegd.

In het geschil bij de Politie Oost-Brabant speelde ook nog de vraag of het besluit tot tijdelijke verhuizing van de eenheidsleiding te beschouwen is als een besluit van een democratisch gecontroleerd orgaan, wat maakt dat een beroep op het primaat van de politiek op zijn plaats is. De Ondernemingskamer is van oordeel dat weliswaar het besluit niet namens de korpschef is ondertekend, maar dit onverlet laat dat de korpschef gezien het bepaalde in de Politiewet verantwoordelijkheid draagt voor een besluit dat invulling geeft aan de publiekrechtelijk politietaak en legt daarover verantwoording af aan de Minister van Veiligheid en Justitie. Dit brengt mee dat anders dan de ondernemingsraad betoogt sprake is van een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan. Deze ruime formulering van de Ondernemingskamer leidt ertoe dat zowat alle besluitvorming binnen een overheidsonderneming op die wijze onder de reikwijdte van het primaat van de politiek wordt gebracht. Kijkend naar de wetsgeschiedenis is het de vraag of het niveau waarop het besluit wordt genomen binnen een overheidsorganisatie ook niet sterk medebepalend is bij de vraag of er een noodzaak is om de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten faveure van het politieke besluitvormingsproces in te perken. In de wetsgeschiedenis zijn maar een beperkt aantal voorbeelden uitgewerkt die met name betrekking hadden op kabinetsformatie, departementale herindeling en collegeonderhandelingen.¹² Besluiten die in dat kader genomen werden beschouwd als politiek van aard. De vraag is of een tijdelijke verhuizing vanwege een verbouwing van het politiebureau in Brabant ook van een vergelijkbaar gewicht is en dat tot dezelfde gevolgen dient te leiden ten aanzien van inperking van de bevoegdheden van de ondernemingsraden. De Hoge Raad heeft in een zaak die betrekking had op het invoeren van een Shared Service Centre HRM bij de rijksoverheid aangegeven dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad vanwege het primaat van de politiek vervielen omdat dit besluit genomen werd in een politieke context en betrekking had op een politieke herverdeling van taken.¹³ Een vergelijkbare politieke context is niet aanwezig bij besluitvorming over het tijdelijk verhuizen van een politiebureau.

De ondernemingsraad IND was van oordeel dat het besluit om te bepalen hoeveel gemeenschappelijke vreemdelingenlocaties (GVL) en de keuze waar deze zouden komen onder het adviesrecht viel. De Ondernemingskamer is van oordeel dat het bepalen van hoeveel GVL's er komen en waar deze komen, onder het primaat van de politiek valt.¹⁴ De Ondernemingskamer geeft aan dat het een besluit betreft waar de staatssecretaris en ambtelijke top nauw bij betrokken is en dat de locatiekeuze ook sterk afhankelijk is van de bereid-

7 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1337, JAR 2018/17; ECLI:NL:GHAMS:2017:4527, JAR 2017/305..

8 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 19 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1337, JAR 2018/121.

9 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, JAR 2015/127, waarin uitdrukkelijk door de Ondernemingskamer een ander standpunt werd ingenomen dan in eerdere uitspraken.

10 Stb. 1998, 107.

11 Kamerstukken II 2000/01, 27610, 1, p. 10/11.

12 Zie L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. UvA) Deventer: Kluwer 1998, hfdst. 6 i.h.b. hfdst. 6.3.

13 Hoge Raad 20 mei 2005, JAR 2005/156.

14 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1586, JAR 2018/144.

heid van gemeentes om mee te werken om vreemdelingen te willen en te kunnen huisvesten. In deze zaak waren de betrokkenheid van de staatssecretaris en het overleg met decentrale overheden dat nodig was indicatoren dat besluitvorming ook in de politieke context plaatsvond en dat er sprake was van democratisch gecontroleerde organen.

3.4 *Personele gevolgen*

Belangrijk onderdeel bij reorganisatiebesluiten is de wijze waarop de personele gevolgen opgevangen worden. Veelal wordt dit geregeld in een sociaal plan.

Bij Canon Europe speelde een geschil over de vraag of bij gefaseerde besluitvorming het oude sociaal plan van voor de invoering van de WWZ, nog steeds van toepassing was op een reorganisatie die nadien plaatsvond. In de werkingsfeerbepaling van het sociaal plan stond opgenomen dat reorganisaties waarover voor 1 januari 2015 advies was gevraagd onder het bereik van het sociaal plan vielen. In 2015 oordeelde de Ondernemingskamer dat de ondernemer, die een fase 2 in de besluitvorming aankondigde onvoldoende had gemotiveerd waarom die fase 2 niet onder de werking van het sociaal plan zou kunnen vallen.¹⁵ Vervolgens werd in 2017 een besluit genomen over de outsourcing van een onderdeel waarvan de ondernemer van oordeel was dat dit losstond van fase 2. De Ondernemingskamer oordeelt nu dat de ondernemingsraad niet heeft duidelijk kunnen maken dat er een concreet verband is met een reorganisatie waarvoor een adviesaanvraag vòòr 1 januari 2015 is ingediend.¹⁶

De vraag in welke mate het nog niet tot stand gekomen zijn van afspraken met de vakbonden een rol speelt in het adviestraject kwam in twee beschikkingen aan de orde. Bij het Medisch Centrum Leeuwarden was op het moment dat het besluit tot outsourcing van de bedrijfshoreca werd genomen het overgangsprotocol nog niet met de vakbonden afgesloten en het standpunt van de vakbonden daarover nog niet bekend. Zolang de procedure bij de Ondernemingskamer liep is de ondernemer niet gaan overleggen met de vakbonden over het overgangsprotocol. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de ondernemer de gevolgen van het voorgenomen besluit toch voldoende duidelijk heeft gemaakt. Het feit dat ten tijde van het besluit nog niet duidelijk was welke variant gekozen werd en er nog geen akkoord met de vakbonden was, maakt het besluit niet kennelijk onredelijk.¹⁷

Bij het Gezondheidscentrum voor asielzoekers speelde dat na een aanbestedingsprocedure zij de werkzaamheden voor het COA kwijtraakte, waardoor de activiteiten van de ondernemer per 1 januari 2018 aflopen. Op het moment van advisering en besluitvorming is met de vakbonden nog geen overeenstemming bereikt over de aanvulling op het sociaal plan. De Ondernemingskamer vindt het op de weg van de ondernemer liggen om de ondernemingsraad duidelij-

lijk te maken welke regeling van de personele gevolgen hij dan (eenzijdig) zou treffen indien overeenstemming met de vakbonden zou uitblijven, teneinde de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen over die voorgenomen maatregelen te adviseren. De ondernemer had aangevoerd dat dit de onderhandelingen met de vakbonden zou kunnen compliceren, maar dat vindt de Ondernemingskamer geen valide reden om afbreuk te doen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad.¹⁸

In een zaak van *APM terminals Maasvlakte II*¹⁹ had de ondernemer een transitieprotocol afgesloten met de vakbonden onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de ledenraadpleging. De Ondernemingskamer is van oordeel dat met het afsluiten van de overeenkomst met de vakbonden er een besluit genomen is over de personele gevolgen. Gezien het feit dat de ondernemingsraad nog advies had moeten uitbrengen is het besluit prematuur. Hieruit valt af te leiden dat in beginsel ook de ondernemer een voorbehoud dient te maken op het moment dat hij een (principe) overeenkomst met de vakbonden sluit over de uitkomsten van het adviestraject met de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer wijst echter geen voorzieningen toe omdat dit op een onaanvaardbare manier de verhouding tussen de ondernemer en de vakbonden zou doorkruisen.

De wijze waarop de ondernemer dient te laveren in het overleg met zowel de ondernemingsraad als met de vakbonden leidt vaak tot juridische vragen in de praktijk. De Ondernemingskamer neemt als uitgangspunt dat de ondernemer de ondernemingsraad over de personele gevolgen en de te treffen maatregelen de ondernemingsraad moet informeren en de gelegenheid moet geven om te adviseren op een moment dat het advies nog wezenlijke invloed kan hebben, ook wanneer een sociaal plan met de vakbonden wordt overeengekomen. Dit is het uitgangspunt dat vervolgens getoetst wordt aan de concrete gang van zaken waarbij de wijze waarop het overleg en informatievoorziening is verlopen een rol kan spelen en ook tot andere uitkomsten in de toetsing kan leiden.

3.5 *Concernbesluiten*

Indien een onderneming onderdeel is van een concern brengt dat beperkingen met zich mee voor de zelfstandige positie van de onderneming. In twee beschikkingen speelde dit een rol. De Friesland zorgverzekeraar is in 2011 overgenomen door Achmea, waarbij afspraken zijn gemaakt over het behoud van de relatieve autonomie van De Friesland. Bij de overname is FBTO Zorg, dat reeds onderdeel was van het Achmea-concern, ondergebracht in de divisie De Friesland, waarvoor één ondernemingsraad werd ingesteld. Vervolgens eist de Nederlandse Bank vanwege solvabiliteitsproblemen bij FBTO dat er maatregelen genomen moeten worden. Daarop besluit Achmea om De Friesland inclusief FBTO te fuseren met de zusteronderneming het Zilveren Kruis. De

15 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1679, JAR 2015/146.

16 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:993.

17 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2857.

18 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3891, JAR 2017/269, m.nt. I. Zaal.

19 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1616.

ondernemingsraad is van mening dat bij de fusie Achmea De Friesland met FBTO heeft opgezadeld en dat geen reden kan zijn om de relatieve autonome positie van De Friesland nu op te heffen. De Ondernemingskamer acht van belang dat FBTO een volle (klein)dochter is van De Friesland en dat de besturen een personele unie vormen. Daaruit volgt dat De Friesland verantwoordelijkheid draagt voor het beleid van FBTO Zorg en dat daaraan niet af doet dat de bedrijfsvoering door middel van service level agreements feitelijk grotendeels is uitbesteed aan andere entiteiten van de Achmea Groep. Ten aanzien van het verwijt dat De Friesland bij de besluitvorming zich te zeer heeft laten leiden door het concernbelang en niet door het eigen belang van De Friesland geeft de Ondernemingskamer aan dat De Friesland niet slechts de belangen van de onderneming in engere zin in aanmerking dient te nemen, ook acht dient te slaan het concernbelang van de Achmea Groep.²⁰

De ondernemingsraad van Möhringer Liften heeft in januari 2017 een convenant gesloten met het moederbedrijf, Schindler Groep, dat erop gericht is de eigen Möhringer identiteit, inclusief de eigen marktpositie en het familiebedrijfsgevoel zoveel mogelijk te verzekeren. In juni 2017 wordt aan de ondernemingsraad advies gevraagd om te verhuizen naar Den Haag met uitzondering van de werkplaats en de magazijnfunctie, waarvoor gekeken gaat worden of deze outgesourced kunnen worden. De Ondernemingskamer is van mening dat de ondernemer de voor- en nadelen van het voorgenomen besluit op een redelijke wijze heeft afgewogen. Voordelen die met name ook op concern breed niveau liggen en niet zozeer op het niveau van Möhringer als zodanig. Omdat bij het besluit de volwaardige positie van Möhringer als entiteit bevestigd werd, acht de Ondernemingskamer het besluit ook niet in strijd met de eerder gemaakte afspraken met de ondernemingsraad.²¹

Het concernbelang dient derhalve een rol te spelen bij de besluitvorming van een dochteronderneming, maar, zoals ook uit eerdere rechtspraak van de Ondernemingskamer blijkt dit is niet het enige belang dat bij de besluitvorming betrokken dient te worden.

In een geschil dat speelde bij TNT werd in het kader van de integratie door FedEx een nieuwe Nederlandse rechtspersoon opgericht die als werkgever ging optreden voor een deel van het topmanagement. De Ondernemingskamer is van oordeel dat gelet op het bepaalde art. 25 lid 3 WOR, verwacht had mogen worden dat de ondernemer maatregelen zou hebben genomen om de continuïteit van de medezeggenschap van deze werknemers te waarborgen in afwachting van de vormgeving van de medezeggenschap bij de daadwerkelijke integratie van beide ondernemingen.²² In deze beschikking hanteert de Ondernemingskamer voor

het eerst de norm van de 'continuïteit van de medezeggenschap'. Het is in de praktijk vaak zo dat na een overname er gefaseerd geïntegreerd gaat worden. Dat brengt met zich mee dat er verschuivingen plaats gaan vinden waardoor bepaalde activiteiten buiten de onderneming geplaatst en daardoor buiten het bereik van de medezeggenschap komen te vallen. Dit maakt het noodzakelijk dat daarover aanvullende afspraken gemaakt worden om in ieder geval te waarborgen dat er geen sprake is van een vacuüm in het medezeggenschap.

3.6 *Eénpersoonsbesluiten*

In dit kroniekjaar zijn twee beschikkingen geweest waarbij het besluit betrekking had op één persoon.

In een geschil aanhangig gemaakt door de ondernemingsraad van FNV Horecabond ging het over het verval van de functie van de projectmedewerker. Het besluit kwalificeert volgens de Ondernemingskamer niet als belangrijk waarbij het interessant is dat de Ondernemingskamer daarbij aantekent dat het op zichzelf niet is uitgesloten dat een in absolute zin geringe inkrimping van werkzaamheden niettemin beschouwd kan worden als een belangrijke inkrimping in de werkzaamheden van de onderneming. Daar was in dat geval geen sprake van.²³

Maar de WOR is een minimumwet, het is mogelijk om de bevoegdheden van de ondernemingsraad uit te breiden en dan is op grond van art. 32 lid 4 WOR de Ondernemingskamer ook bevoegd als er sprake is van een extra adviesrecht. In een geschil dat speelde bij de ondernemingsraad Svitzer betrof het het opheffen van de functie van magazijnbeheerder. Hierover was advies gevraagd en daarmee was de bevoegdheid van de ondernemingsraad gegeven en heeft de Ondernemingskamer de zaak op de gebruikelijke wijze getoetst en de omstandigheid dat het één functie betrof geen rol laten spelen bij de beoordeling. Het feit dat pas ter terechtzitting meer duidelijkheid is verschaft kon de ondernemer niet redden. Het gaat er immers om dat de ondernemer tijdens het traject van medezeggenschap de beweegredenen voor een besluit aan de ondernemingsraad kenbaar maakt en dat ondernemer vervolgens – uiterlijk – in het besluit gemotiveerd ingaat op de in het advies te berde gebrachte argumenten.²⁴

3.7 *Aandelenverkoop*

De beschikking van de Ondernemingskamer die de meeste aandacht heeft gekregen is die inzake *Uniface*.²⁵ Het betreft een aandelenverkoop waarbij vanuit medezeggenschapspectief veel fout is gegaan. De ondernemingsraad is geen advies gevraagd over het inschakelen van deskundigen, de informatievoorziening is mondjesmaat geweest en

20 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:422, JAR 2018/65; TRA 2018/42, m.nt. L.C.J. Sprengers.

21 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:874, JAR 2018/103.

22 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3262, JAR 2017/238, m.nt. C. Nekeman.

23 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4004, JAR 2017/270.

24 Gerechtshof Amsterdam 8 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:435, JAR 2018/85.

25 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, JAR 2017/285, m.nt. mr. S.J. Sterk; JOR 2017/292, m.nt. mr. D.F. Berkhout; TRA 2017/103, m.nt. I. Zaal; AR-Updates 2017-1233, m.nt. L.C.J. Sprengers; TvAO/14662, m.nt. J.W. Boelhouwer en E.T. Visser.

het voorbehoud dat gemaakt is in het signing-protocol dat inhoudt dat in een geval van een negatief advies aan de ondernemingsraad gemeld zal worden dat partijen desalniettemin hebben besloten door te gaan met de voorgestelde transactie, betekent dat er geen wezenlijke ruimte meer is voor advisering door de ondernemingsraad. Uit de vele commentaren die op deze beschikking zijn verschenen blijkt dat de vraag is, vanwege de bijzondere omstandigheden van dit geval, in hoeverre er algemene conclusies getrokken kunnen worden uit deze beschikking met betrekking tot de rol van de ondernemingsraad bij de overnamepraktijk. Het gaat de ruimte van deze kroniek te buiten om daar verder uitgebreid op in te gaan. Voor mijn visie hierop verwijs ik naar andere publicaties die daarop betrekking hebben.²⁶

4. Instemmingsrecht

4.1 Inleiding

Over het instemmingsrecht zijn in het afgelopen kroniekjaar zeven uitspraken gepubliceerd. Vier daarvan over besluiten waarover geen instemming was gevraagd (4.2) en drie over een verzoek van de ondernemer om vervangende toestemming te krijgen (4.3).

4.2 Geen instemming gevraagd

De ondernemingsraad Apple Retail Netherlands was van oordeel dat het besluit om in tevredenheidsenquêtes van klanten ook de voornaam van de medewerker te vermelden instemmingsplichtig is. De kantonrechter oordeelt dat het gaat om een regeling over het verwerken van persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen als bedoeld in art. 27 lid 1 onder k WOR. Daar waar de ondernemer op grond van de WPB beleidsvrijheid heeft en een besluit neemt over de wijze waarop daarvan in de onderneming gebruik gemaakt zal worden, komt aan de ondernemingsraad een instemmingsrecht toe. Maar vervolgens concludeert de kantonrechter dat de ondernemingsraad de nietigheid te laat had ingeroepen. De ondernemingsraad is eerst een interne discussie met de bestuurder aangegaan over het instemmingsrecht en pas nadat daaruit bleek dat men het niet eens werd hierover is de nietigheid ingeroepen. Dit is te laat, omdat dit niet binnen een maand na mededeling besluit was gebeurd.²⁷

Bij Holland Casino speelde de vraag of het besluit tot het wijzigen van de pensioenuitvoerder instemmingsplichtig was. De kantonrechter komt tot de conclusie dat het besluit beoordeeld moet worden aan de hand van de oude wetgeving, van voor de wijziging van de WOR per 1 oktober 2016, en dat er daarom geen sprake was van een instemmingsrecht. Het feit dat de hoofdlijnen met de nieuwe pensioenuitvoerder pas in december 2016 waren uitgewerkt, dat de overeenkomst pas op 31 maart 2017 is getekend en dat de beoogde overgangdatum verschoven is naar 1 juli 2017,

doet niet af aan het oordeel dat het besluit vòòr 1 oktober is genomen, aldus de kantonrechter.²⁸ Het is de vraag of het besluitmoment, dat impliciet wordt afgeleid uit de communicatie, wel op een juiste wijze is bepaald. De rechtszekerheid brengt ook mee vanwege de harde termijn met betrekking tot het invoeren van de nietigheid, dat bij twijfel over de vraag of een ondernemingsraad op de hoogte kon zijn van het besluit, dit ruim dient te worden uitgelegd.

In twee andere beschikkingen gaat het om de vraag of er sprake is van wijzigingen van bestaande regelingen. In een geschil dat aan de Kantonrechter Amsterdam werd voorgelegd ging het over de wijziging van een richtlijn die werd gehanteerd bij reorganisaties over het vervallen van functieplaatsen. De ondernemingsraad had daar geen instemming aan verleend waarna de ondernemer meedeelt dat hij de (oude) richtlijn niet meer zal toepassen. Daarop heeft de ondernemingsraad de nietigheid invoeren. De kantonrechter oordeelt dat de regeling niet valt onder art. 27 lid 1 WOR, omdat de richtlijn handelt over de gevolgen van het ontslag en niet over het ontslagbeleid. Maar omdat de ondernemer wel om instemming had gevraagd oordeelt de kantonrechter dat om die reden het besluit wel onder het bereik van het instemmingsrecht valt.²⁹ De kantonrechter betreft in het oordeel de extra bevoegdheid die is ontstaan omdat de ondernemer instemming heeft gevraagd.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld dat er geen sprake was bij de gemeente Landgraaf van een wijziging van de werktijdregeling.³⁰ In december 2007 is een nieuwe werktijdregeling tot stand gekomen waarin sprake was van een fictieve pauze van 30 minuten. Deze regeling is in de praktijk niet uitgevoerd. Op 20 december 2016 deelt de bestuurder mee dat de pauzeregeling vanaf dan uitgevoerd zal worden conform de inhoud van de regeling van december 2007, die in 2011 ook nog was opgenomen in de arbeidsvoorwaardenregeling Landgraaf waaraan de ondernemingsraad instemming heeft verleend. Het hof is van oordeel dat de mededeling van de bestuurder niet als een wijzigingsbesluit kan worden beschouwd. Ook al staat vast dat binnen de gemeente in de praktijk de fingerende werktijdregeling jarenlang 'verkeerd' is uitgevoerd dan wel dat een voorgenomen besluit jarenlang is uitgevoerd, dan is daarmee nog geen sprake van een besluit in de zin van art. 27 lid 1 WOR. Ook is voor het Hof van belang dat een formeel besluit van B&W tot wijziging van de werktijdregeling ontbreekt.³¹

4.3 Vervangende toestemming

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld in een geschil tussen ondernemer, ondernemingsraad en vakbonden over de vraag of de ondernemer collectieve vakantie-dagen mag afschrijven van het vakantietegoed zonder dat daarover op grond van de cao de vereiste instemming en

26 AR-Updates 2017-1233 en P. Burger & L.C.J. Sprerngers, "Zoals het heurt, is niet zoals het gebeurt", over de rol ondernemingsraad bij verkoop van de onderneming, *Ondernemingsrecht* 2018/31.

27 Rb. Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7888, JAR 2018/1.

28 Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16492.

29 Rb. Amsterdam 18 juli 2017, AR-Updates 2017-1388.

30 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:365.

31 Tegen deze beschikking is cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

overeenstemming met de ondernemingsraad is bereikt.³² In de cao stond dat de werkgever één dag na overleg met de ondernemingsraad kan inroosteren, de volgende 3 dagen met instemming van de ondernemingsraad en daarna alleen in overeenstemming met de ondernemingsraad. Een voorbeeld van decentralisatiebepalingen.³³ Met betrekking tot de vervangende toestemming voor het vaststellen van drie collectieve vakantiedagen voor de kerststops van 2014-2016 geeft de rechter aan dat de werkgever in de loop der tijd op verschillende wijze met deze collectieve vakantiedagen is omgegaan en dat pas in 2013 ter discussie kwam te staan of deze niet afgeboekt moesten worden van het vakantietegode van de werknemers. Het hof oordeelt dat het voor rekening en risico van de ondernemer komt dat haar medewerkers en de ondernemingsraad in verwarring zijn gebracht door de gewijzigde manier van administreren ten aanzien van het afboeken van de collectieve vakantiedagen. Dit maakt de weigering om instemming te verlenen door de ondernemingsraad niet onredelijk.

De Kantonrechter Rotterdam verleent wel vervangende instemming voor een nieuw systeem van roulerende ploegen.³⁴ Het besluit had betrekking op het invoeren van roulerende teams om de samenstelling te wijzigen opdat werknemers meer uitgedaagd zullen worden om zo efficiënt en zo veilig mogelijk te werken. De kantonrechter vindt de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te verlenen onredelijk. Het belang dat individuele werknemers uit kunnen rekenen wanneer ze moeten werken en wanneer niet, wordt door het besluit niet geschaad omdat dat ook bij roulerende teams mogelijk is. De belangen van de ondernemer en de ondernemingsraad afwegend komt de kantonrechter tot het oordeel dat de belangen van de ondernemer zwaarder wegen en daarmee het besluit van de ondernemingsraad om geen instemming te verlenen onredelijk is. Deze toetsingswijze komt overeen met hetgeen in de wetsgeschiedenis en in de rechtspraak gebruikelijk is.

De Kantonrechter Den Haag heeft zich gebogen over een verzoek tot vervangende instemming van de DJI Zaanstad over het gebruik van de rookruimtes. De kantonrechter vindt het terecht dat de ondernemer slechts in één van de twaalf patio's roken wil toestaan, omdat ook de niet rokende werknemers van de patio's gebruik moeten kunnen maken. Ten aanzien van de negen rookruimtes, die niet in gebruik waren, had de ondernemer aangevoerd dat hij die wou sluiten omdat hij niet kan uitsluiten dat de omgeving van de rookruimte rookvrij blijft bij het openen en sluiten van de toegang tot de rookruimte. De kantonrechter geeft aan dat de ondernemer een zwaarwegend belang kan hebben om roken daar niet toe te staan als (gedegen) onderzoek uitwijst dat er uit de rookruimtes tabaksrook ontsnapt ondanks de aldaar aanwezige afzuiging. Daar is echter geen sprake van geweest. Daarom heeft de ondernemer geen zwaarwegend belang om de rookruimtes niet aan

te wijzen als rookplaatsen. Ten aanzien van het besluit dat werknemers verbiedt om buiten de onbetaalde pauzes te roken is de kantonrechter van oordeel dat argumenten van de ondernemer zwaarder wegen dan die van de ondernemingsraad. De kantonrechter is van oordeel dat de ondernemingsraad uit het oog verliest dat de rokende medewerker die is ontheven van het verrichten van de werkzaamheden aldus een extra pauze heeft hetgeen niet billijk is voor niet-rokende collega's die tijdens de rookpauzes de taken van hun collega's.³⁵

5. Wetenschap

Tot slot kan nog gewezen worden op de aandacht voor medezeggenschap in de wetenschap. In 2018 is Marcus Meyer gepromoveerd aan de Universiteit Maastricht op een proefschrift over de positie van de Nederlandse ondernemingsraden in multinationale ondernemingen. In dit proefschrift is uitgebreide empirische studie verricht naar de positie van de Nederlandse ondernemingsraad in een multinationale omgeving aan de hand van vragenlijsten en interviews. Deze studie bevat daarmee ook een bron aan gegevens over dit onderwerp die eerder niet op een vergelijkbare wijze in kaart zijn gebracht.³⁶

32 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3680; TRA 2017/93, m.nt. R.H. van het Kaar.

33 N. Jansen & I. Zaal, 'De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming: decentraliseren kun je leren', *TvAO* 2017-2.

34 Rb. Rotterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1743.

35 Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1970; *JAR* 2018/94.

36 M. Meyer, *The Position of Dutch Works Councils in Multinational Corporations* (diss. UM), Maastricht Law Series (volume 3), 2018.