

Adviesrecht voor de OR?

Wanneer is een besluit van de ondernemer adviesplichtig op grond van de Wet op de ondernemingsraden? De Ondernemingskamer van Hof Amsterdam heeft zich recentelijk in twee beschikkingen daarover uitgelaten. In de ene zaak was nog geen sprake van een besluit, zodat de ondernemingsraad geen adviesrecht toekwam. In de andere zaak was juist de spiegelbeeldige situatie aan de orde. Cruciaal voor de beoordeling was in hoeverre reeds sprake was van een uitgekristalliseerde beslissing.

Op grond van artikel 25 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) dient de ondernemer advies te vragen aan de ondernemingsraad (OR) over bepaalde voorgenomen besluiten. Het gaat dan om belangrijke beslissingen van financieel-economische of bedrijfseconomische aard, bijvoorbeeld een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming of een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (art. 25 lid 1 sub d en e WOR).

De wet spreekt van een voorgenomen besluit van de ondernemer waarover de OR in de gelegenheid moet worden gesteld advies uit te brengen. Dit advies moet op een dusdanig tijdstip worden gevraagd, dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 25 lid 2 WOR). Anderzijds moet het voorgenomen besluit vergezeld gaan van een overzicht van de beweegredenen voor dit besluit, alsook van de gevolgen die het besluit naar verwachting voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben, en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (art. 25 lid 3 WOR). Er bestaat een spanningsveld tussen deze vereisten: hoe concreet moet een voorgenomen besluit zijn om daarvan te kunnen spreken en niet slechts van een beleidsvoornemen danwel van een definitief besluit? Om dit na te kunnen gaan, wordt in het kader van de term 'besluit' onderscheid gemaakt tussen een voorgenomen besluit, een besluit en de uitvoering van een besluit.

Zekere mate van concreetheid

Bij een voorgenomen besluit dient sprake te zijn van een zekere mate van concreetheid. Bij een voornemen om een bepaald beleid te gaan voeren is de besluitvorming meestal nog niet voldoende geconcretiseerd om van een voorgenomen besluit in de zin van artikel 25 lid 1 WOR te kunnen spreken. In geval van een beleidsvoornemen bestaat over een aantal aspecten van het voornemen nog geen duidelijkheid. Ook moet worden aangegeven wat de gevolgen voor het personeel zijn en welke maatregelen zullen worden genomen om deze gevolgen op te vangen. Dit duidt erop dat er in een laat stadium van het besluitvormingstraject advies moet worden gevraagd, omdat deze gegevens pas in een laat stadium inzichtelijk worden.

Gecompliceerd kan het worden in geval van een reorganisatieplan met zowel beleidsvoornemens als voorgenomen besluiten. Als de OR advies uitbrengt over het reorganisatieplan als geheel, verspeelt hij daarmee niet zijn adviesrecht met betrekking tot latere uit de beleidsvoornemens voortvloeiende voorgenomen besluiten. Daarover moet dan door de ondernemer advies worden gevraagd aan de OR.

Advies moet van invloed kunnen zijn

Zoals aangegeven moet het advies nog van wezenlijke invloed kunnen zijn op het voorgenomen besluit. Deze eis weegt in de praktijk erg zwaar. Zo heeft de Hoge Raad in 1998 bepaald dat voorafgaand aan de ondertekening van een intentieverklaring om te komen tot een samenwerking, met een niet vrijblijvend karakter, advies dient te worden gevraagd. Het ging erom hoe concreet en hoe gedetailleerd de intentieverklaring was geformuleerd en wat de rechtsgevolgen van de intentieverklaring zijn; zijn er onomkeerbare gevolgen voor het personeel?

Van belang is in hoeverre er nog ruimte is voor andere opties. Als de beschikbare opties zijn verkend en er een keuze is gemaakt, is er sprake van een voorgenomen besluit. Bij een voorgenomen samenwerking of fusie van ondernemers zal een principebesluit adviesplichtig zijn, indien uit de feiten blijkt dat over de samenwerking of fusie al in vergaande mate overeenstemming bestaat en deze niet langer vrijblijvend is. Mogelijk wordt de samenwerking nog kracht bijgezet met een boetebepaling, hetgeen het niet vrijblijvende karakter onderstreept. Het feit dat in de intentieverklaring een opzegmogelijkheid is opgenomen, neemt niet weg dat de overeenkomst de samenwerking beoogt te verwezenlijken. Het gaat dan om een uitgewerkt geheel, waarbij uitsluitend een voorbehoud is gemaakt (als opschortende of ontbindende voorwaarde) ten aanzien van het verkrijgen van een positief advies van de OR. Dit alles is slechts anders indien de OR al heeft ingestemd met de ondertekende intentieverklaring, dan staat het hem niet vrij om in een later stadium aan te geven dat het onderzoek naar een verdere uitbreiding van de samenwerking verder moet gaan dan enkel en alleen de samenwerkingspartner.

Ook biedingen in het kader van concessieverleningen (bijvoorbeeld in het openbaar vervoer) zijn adviesplichtig, ook al is nog niet duidelijk of de concessie zal worden verleend. Als een bod namelijk is aanvaard, is het ook bindend en kan de OR geen wezenlijke invloed meer uitoefenen. Soms wordt in de praktijk dit spanningsveld opgelost door een gefaseerde adviesprocedure, gelinkt aan de beslismomenten bij de ondernemer. Dit is bijvoorbeeld het geval in omvangrijke en complexe reorganisaties die gefaseerd worden doorgevoerd.

Van uitvoering van het genomen besluit zal geen sprake kunnen zijn indien de ondernemer nog op bepaalde punten vrijheid van keuze heeft. Het aanvragen van ontslag is een duidelijke uitvoeringshandeling.

In twee zaken waar de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam op 30 mei 2012 oordeelde stond de vraag centraal of er sprake was van een (voorgenomen) besluit waarover advies aan de OR moet worden gevraagd.

Geen (voorgenomen) besluit, OR niet-ontvankelijk

De eerste zaak betreft de welzijnsorganisatie Stichting Vita Welzijn en Advies. Vita huurt verschillende panden van waaruit zij diensten aanbiedt op het gebied van maatschappelijk werk. Vita heeft van de gemeenten Amstelveen en Aalsmeer – door wie subsidies worden verstrekt – de opdracht gekregen Welzijn Nieuwe Stijl (WNS) in te voeren. Vanwege de door de subsidiegevers opgelegde noodzaak tot bezuinigen heeft Vita van enkele panden de huur opgezegd dan wel aangekondigd de huur op te zeggen, als de begroting niet sluitend is. De OR van Vita stelt dat Vita een besluit tot reorganisatie heeft genomen, waartoe voorafgaand advies over had moeten worden gevraagd aan de OR.

De Ondernemingskamer oordeelt dat de huuropzeggingen in dit geval niet adviesplichtig waren. Hoe Vita aan het project WNS invulling gaat geven is nog niet concreet uitgewerkt. Wel heeft Vita in het kader van WNS enkele huurovereenkomsten opgezegd, waarmee zij een onderhandelingsmarge voor eventueel gunstiger huurvoorwaarden beoogd te creëren. Het is echter niet aannemelijk geworden dat Vita besloten heeft het gebruik van de wijksteunpunten in de gehuurde panden daadwerkelijk te beëindigen. Een voorgenomen besluit zou aan de orde kunnen zijn, indien de huur van een of meer panden daadwerkelijk beëindigd zou worden. De Ondernemingskamer concludeert dat door het geconstateerde gebrek aan concretisering van het project WNS binnen Vita en de beperkte betekenis van het opzeggen van de huurovereenkomsten, niet voldaan is aan de voorwaarde dat sprake is van een voldoende concreet besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR. De Ondernemingskamer oordeelt dat vooralsnog geen sprake is van een (voorgenomen) besluit en verklaart de OR niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

Businessplan geen beleidsvoornemen maar besluit

In de tweede zaak is de ondernemer een symfonisch orkest te Eindhoven. De financiering van dit orkest is in overgrote mate afhankelijk van subsidies van het Rijk en

tip

VOORGENOMEN BESLUIT OF NIET?

Vooruitlopend op een adviestraject in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden is het van groot belang dat de ondernemer vaststelt wanneer nog sprake is van een voorgenomen besluit en wanneer niet meer. Op de scheidslijn van die twee momenten zal het voorgenomen besluit (tijdig) voor advies voorgelegd dienen te worden aan de OR.

van de provincie. De vorige rijkssubsidieverlening vond plaats in 2008, voor de periode 2009-2012. In een nieuwe regeling van de staatsecretaris van Onderwijs Cultuur en Wetenschap zijn nieuwe criteria vastgesteld om in aanmerking te komen voor een subsidie voor de periode 2013-2016. Naar aanleiding daarvan heeft de ondernemer een businessplan opgesteld waarin een aantal uitgangspunten is geformuleerd voor de toekomstige organisatievorm van de onderneming. Uit die uitgangspunten blijkt dat de ondernemer voornemens is om een fusie aan te gaan met een symfonisch orkest uit Limburg in de vorm van een nieuwe organisatie, die op 1 februari 2012 is opgericht. Andere, hieraan gelieerde wijzigingen die de organisatie van de ondernemer betreffen, zien onder meer op een nieuw governance model. Het businessplan is niet ter advies aan de OR voorgelegd. De OR stelt beroep in bij de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer overweegt dat het businessplan en de daarin verwoorde uitgangspunten niet slechts als een beleidsvoornemen moet worden gekwalificeerd en dat sprake is van een (voorgenomen) besluit. Er moet namelijk vanuit worden gegaan, dat met de in het businessplan gemaakte keuzes een fundament is gelegd voor de toekomst van de ondernemer. Weliswaar is de realisatie van hetgeen in het businessplan staat afhankelijk van de vraag of het verzoek om subsidie zal worden toegewezen, maar dat brengt op zichzelf niet mee dat het businessplan slechts het karakter draagt van een beleidsvoornemen. Integendeel, indien die subsidie wordt toegekend, hetgeen met de aanvraag en het daaraan ten grondslag liggende businessplan wordt beoogd, staat de koers van de organisatie grotendeels vast. Hieruit volgt dat geen sprake is van een beleidsvoornemen en dat moet worden gesproken van een besluit. Dat het businessplan nog nadere uitwerking nodig zal hebben en een bepaalde mate van onduidelijkheid in zich draagt, maakt dit niet anders. De ondernemer heeft de OR ten onrechte geen advies gevraagd bij de totstandkoming van het businessplan. Dat leidt ertoe dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de vaststelling van dit businessplan heeft kunnen komen. Dit businessplan dient dan ook grotendeels te worden ingetrokken.

Wet: art. 25 WOR

Jurisprudentie: HR 7-10-1998, OK 66 (JAR 1998/251); Hof Amsterdam 30-05-2012, nr. 200.102.831 (LJN: BW7420); Hof Amsterdam 30-05-2012, nr. 200.102.099/01 (LJN: BX0314); Hof Amsterdam 20-01-2011, 200.078.710/01 (LJN: BP3004); Hof Amsterdam 24-06-1999 (ROR 2000, 5)

Bron: mr. drs. M. Van der Veer, 'Wat maakt een intentieverklaring adviesplichtig?', V&O 2011, 7/8; mr. F.W.H. Vink en dr. R.H. van het Kaar, Inzicht in de ondernemingsraad, 22e druk 2011

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl

Toetsstenen voor de praktijk

Uit deze beschikkingen van de Ondernemingskamer, blijkt dat om te bepalen of een besluit adviesplichtig is, van belang is of een voorgenomen besluit:

- voldoende concreet is uitgewerkt conform art. 25 lid 1 WOR;
- voldoende definitief van aard is en niet teruggedraaid kan worden (wat zijn de gevolgen daarvan?); en
- of vastgesteld kan worden dat het businessplan niet het karakter van een beleidsvoornemen draagt?; en
- de koers van de organisatie niet grotendeels al vaststaat?

Indien het antwoord op al deze vragen bevestigend is, is sprake van een beleid en niet van een beleidsvoornemen. Dit wordt volgens de tweede uitspraak niet anders indien het businessplan een nadere uitwerking nodig heeft en een bepaalde mate van onduidelijkheid in zich draagt. Dit alles is ook in lijn met eerdere beschikkingen van de Ondernemingskamer aangaande dit onderwerp (ook bijvoorbeeld ten aanzien van intentiebesluiten voorafgaand aan een voornemen tot fusie of samenwerking).

Conclusie

Het adviesrecht van de OR in de zin van artikel 25 WOR is eerst aan de orde indien niet langer sprake is van een beleidsvoornemen, dat nog nadere uitwerking behoeft, maar al sprake is van een voorgenomen beleidsbeslissing. Of daarvan sprake is dient vastgesteld te worden aan de hand van de feitelijke omstandigheden van het geval, waarbij de hiervoor genoemde toetsstenen van pas kunnen komen. Het is daarbij van belang om tijdig advies te vragen aan de OR, namelijk op een dusdanig tijdstip dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Indien die invloed van de OR echter marginaal is, kan de Ondernemingskamer oordelen dat het adviestraject als 'mosterd na de maaltijd komt' en de ondernemer niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, met alle gevolgen van dien.

mr. M. Rodríguez Escudero, *De Clercq advocaten notarissen*, www.declercq.com

Het sociaal plan in de praktijk

Handleiding voor verantwoord reorganiseren: een integrale aanpak

Reorganisaties en het opstellen van een sociaal plan zijn aan de orde van de dag. Het herplaatsen en afvloeien van medewerkers zijn ingrijpende en complexe aangelegenheden. Het sociaal plan in de praktijk 2012-2013 biedt directieleden en P&O managers praktische handvatten: op arbeidsrechtelijk, financieel, organisatiekundig en personeelsterrein.

Het sociaal plan in de praktijk 2012-2013 besteedt uitvoerig aandacht aan:

- de rol van vakorganisaties en OR, het management en de afdelingen Finance en HRM
- de communicatie met de medewerkers.
- de belangrijkste juridische aspecten van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht
- talrijke tips op het gebied van Finance, HRM en organisatiekunde
- de procedures voor herplaatsing en ontslag en ontslaguitkeringen
- praktische onderwerpen op uitvoeringsniveau, zoals de berekening van de opzegtermijn, non-activiteit, voortzetting van de pensioenverzekering, veelal aan de hand van checklists en tabellen
- het in de hand houden van de kosten van het sociaal plan.

ISBN 978 90 12 57646 8 - € 35,00 (incl btw)

Kijk voor meer informatie op
www.hr-overheid.nl/service/shop



Mr. drs. R.J. van der Ham
T.S.J. Hofman RA
Mr. drs. A.E. Hol
Mr. A. de Ruijter