Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.42681

File ID	uvapub:42681
Filename	124_-_JAR_Verklaard_mei_2005.pdf
Version	unknown

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	article
Title	JAR Verklaard 21 mei 2005
Author(s)	R.M. Beltzer, M.S.A. Vegter
Faculty	UvA: Universiteitsbibliotheek
Year	2005

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.426152

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-27)

Mr. R.M. Beltzer

Medezeggenschapsrecht

Gelede besluitvorming

De stand van zaken in het medezeggenschapsrecht zoals gepubliceerd in de JAR van 2005 laat in mijn optiek vooral een voortzetting zien van eerdere rechtspraak. Dat betekent niet dat de medezeggenschap inmiddels een rustig bezit is waarover het meeste wel is gezegd. De voortzetting geldt immers bijvoorbeeld ook voor innerlijk schijnbaar tegenstrijdige uitspraken van de OK. Het belangrijkste twistpunt over de afgelopen periode is een twistpunt dat reeds vele malen de OK heeft gehaald en waarvoor nog steeds geen oplossing is gevonden, ook niet in de WMW: wanneer heeft de OR (nog) wat te zeggen bij zogenaamde gelede besluitvorming? Gelede besluitvorming doet zich voor bij vrijwel elke belangrijke strategische beslissing in de zin van art. 25 WOR. Om een voorbeeld te noemen: een belangrijke inkrimping (uitbreiding of andere wijziging) van de werkzaamheden van de onderneming, zoals bedoel in art. 25 lid 1 onder d van de WOR, brengt verschillende deelbeslissingen mee. Welke werkzaamheden worden afgestoten? Hoe ziet "het organisatieplaatje" er voor en na de reorganisatie uit? Welke mensen komen waar terecht? Welke financiële waarborgen kunnen voor de werknemers worden gecreëerd? Voor elke beslissing dient de ondernemer zich af te vragen of deze op zichzelf weer adviesplichtig is. Om de zaken nog gecompliceerder te maken, dient de ondernemer er rekening mee te houden dat zaken in de loop van het reorganisatieproces veranderen. Wat te doen indien blijkt dat niet de vooraf gedachte vier, maar vijf onderdelen dienen te worden afgestoten? Heeft de OR ten aanzien van dat vijfde onderdeel een nieuw adviesrecht, of is het besluit dit vijfde onderdeel ook af te stoten op zichzelf niet belangrijk genoeg om de OR dit recht toe te kennen? Of dient de ondernemer wellicht het gehele besluit in te trekken en de OR om een nieuw advies te vragen waarin het voornemen tot het afstoten van alle vijf de onderdelen wordt voorgelegd? Allemaal vragen waarop geen eenduidig antwoord te geven is, en ook in de afgelopen periode biedt de rechtspraak ten aanzien van deze punten geen eenduidig beeld.

Nieuwe feiten: OR gebonden aan eerdere goedkeuring?

Het laatste voorbeeld – de aan de OR bekende feiten veranderen gedurende het beslissingstraject – was aan de orde in Hof Amsterdam (OK) 8 november 2004 (JAR 2005/9). Op instigatie van de politiek was de Organisatie ter verbetering van de Binnenvisserij (OVB, een ZBO) fusiebesprekingen gestart met de Nederlandse Vereniging van Sportvisserfederaties (NVVS). OVB en NVVS hadden gezamenlijk gewerkt aan een bedrijfsplan en hadden een plan van aanpak ter zake van de fusie opgesteld. Bij deze stukken is ook de OR betrokken geweest. Tegelijkertijd was gewerkt aan een convenant tussen OVB, de Staat (ministerie van Landbouw) en NVVS. De OR heeft zich mogen buigen over verschillende concept-versies van dit Convenant. Volgens het Convenant en het concept-bedrijfsplan zou de fusie een aantal gedwongen ontslagen meebrengen. Daarbij werd aangegeven dat, gezien de omvang van het personeelsbestand en de noodzaak tot privatisering, de ontslagen vooral bij OVB en niet bij NVVS zouden plaatsvinden. De selectie voor ontslag zou plaatsvinden op basis van kwaliteit en niet op basis van de organisatie waaruit men afkomstig is. Het huidige (begin mei 2005) Ontslagbesluit maakt dat overigens niet mogelijk: worden deze werknemers om bedrijfseconomische redenen ontslagen (en dat lijkt me aannemelijk), dan dient de werkgever volgens art. 4:2 van dat besluit rekening dient te houden met het lifo-beginsel, dan wel indien hij dit wenst, met het afspiegelingsbeginsel

(dit zal spoedig veranderen). Afgezien van de geboden mogelijkheid in artikel 4:2 lid 5 Ontslagbesluit kan de werkgever derhalve niet selecteren op kwaliteit. Om dit toch te bewe4rkstelligen, zal voor de weg van ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW moeten worden gekozen.
Op 15 juni 2004 werd vervolgens het Convenant door OVB, de Staat en NVVS getekend. Diezelfde dag is de OR geïnformeerd over het bestaan van een Side Letter bij het Convenant met daarin de afspraak dat de fusie geen gedwongen personele gevolgen voor de NVVS-medewerkers zou hebben. De OR stemde vervolgens in met de fusie, waarbij hij de voorwaarde stelde dat werknemers van OVB niet slechter zouden worden behandeld dan die van NVVS en dat de fusie geen gedwongen personele gevolgen voor de OVB-medewerkers zou hebben. Omdat OVB deze voorwaarde van de hand wees, stelde de OR beroep in bij de OK.
Volgens de OK was het besluit van OVB en de Staat tot het aangaan van het Convenant althans de Side Letter kennelijk onredelijk in de zin van art. 26 lid 4 WOR, nu de OR daarover niet om advies was gevraagd, terwijl dit wel had moeten gebeuren: de Side Letter bevatte immers juist ten aanzien van de personele gevolgen van de fusie een cruciale regeling bevatte. Deze regeling - het uitsluiten van gedwongen personele gevolgen voor NVVS-medewerkers - maakte het Convenant en de Side Letter als onderdeel daarvan adviesplichtig. Daaraan doet niet af dat de OR betrokken was geweest bij de opstelling van het Convenant, nu de OR er niet op bedacht hoefde te zijn dat het Convenant kort voor de ondertekening ervan op een belangrijk punt zou worden gewijzigd. OVB en de Staat dienden het bestreden besluit daarom in te trekken en de OR alsnog om advies te vragen, aldus de OK.
Dat betekent volgens de OK overigens niet dat de OR alle in het Convenant opgenomen onderwerpen waarover reeds overeenstemming tussen hem en OVB en de Staat bestond opnieuw ter discussie zou kunnen stellen. Dat lijkt mij nogal snel besloten. Zou de OR – die immers in het kader van de adviesbevoegdheid van art. 25 WOR vooral geïnteresseerd zal zijn in de personele gevolgen – geen belang bij eerdere goedkeuring te herzien nu die personele gevolgen in de Side Letter bekend zijn geworden? Of stond die Side Letter dusdanig op zichzelf, dat geconcludeerd moest worden dat dát stuk in feite het positieve advies van de OR zou moeten krijgen, en niet zozeer de eerder aan de OR voorgelegde voorgenomen besluiten ten aanzien van de fusie? De OK spreekt het niet uit. In ieder geval mag niet worden geconcludeerd dat de OK dit punt heeft verabsoluteerd. De uitspraak zou dan immers strijdig zijn met hetgeen de OK overwoog in haar uitspraak van 31 januari 2005 (JAR 2005/80). In deze zaak deed zich het volgende voor. Tussen GGZ Groningen en de OR was een convenant overeengekomen in 1997. Art. 4 lid 1 van dit convenant, met als titel "Verdergaande fusie of samenwerkingsplannen", luidde, voor zover hier van belang: "1. Over de ingediende adviesaanvraag over de samenwerkingsovereenkomst met AZG besluiten de partijen dat deze los van de fusiebesluitvorming afgehandeld zal worden. Dit betekent dat eerst na verkregen positief advies van de medezeggenschap over het voorgenomen besluit met betrekking tot de samenwerkingsovereenkomst met AZG tot besluitvorming kan worden overgegaan, tenzij:

- het standpunt van de medezeggenschap om niet positief te adviseren onredelijk is; of
- de samenwerkingsovereenkomst met AZG van de ondernemer gevergd wordt door zwaarwegende zorginhoudelijke, bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische redenen. "

De ondernemingsraad ontving op 4 februari 2003 een adviesaanvraag over de voorgenomen samenwerking tussen het AZG (Academisch Ziekenhuis Groningen) en GGZ Groningen. In die adviesaanvraag was een vijftal doeleinden geformuleerd, waaronder het bereiken van een geïntegreerd systeem van CGG's (centra's voor geestelijke gezondheidszorg) in de

provincie Groningen. De OR adviseerde op 8 mei 2003 negatief; op 14 juli 2003 besloot GGZ Groningen de samenwerking toch voort te zetten. De OR begon daarop een procedure bij de OK en voerde daarbij aan dat GGZ niet mocht besluiten tot de samenwerking met AZG gelet op het ontbreken van een positief advies. GGZ voerde primair als verweer aan dat art. 4 van het convenant niet van toepassing was, aangezien deze betrekking had op de toen – acht jaar geleden - aan de orde zijnde fusie, namelijk samenwerking in het verband van een stichting. De OK volgde dit standpunt niet. Naar het oordeel van de OK was in redelijkheid niet vol te houden dat het aan de OR toegekende verzwaarde adviesrecht werd geïndiceerd door de juridische vormgeving van de beoogde samenwerking en niet, althans minder, door het plan tot samenwerking als zodanig en de inhoudelijke betekenis daarvan in al haar facetten. De omstandigheid dat de samenwerking in de vorm van een stichting op het gebied van arbeidsvoorwaarden verdergaande gevolgen heeft dan de thans ter discussie staande vorm van samenwerking, doet hier niet aan af. Evenmin achtte de OK relevant dat inmiddels acht jaren waren verstreken, nu het voorgenomen besluit van februari 2003 hetzelfde onderwerp had als art. 4 van het Convenant, te weten een plan van samenwerking tussen GGZ Groningen en het AZG.
De relatie met de vorige uitspraak houdt verband met de overwegingen van de OK op de volgende stelling van GGZ: het standpunt van de OR niet positief te adviseren is onredelijk in de zin van art. 4 lid 1 van het Convenant, omdat over alle geschilpunten overeenstemming werd bereikt, met uitzondering van de vormgeving van de medezeggenschap. Volgens de OR was het echter onjuist dat de bestaande geschilpunten door GGZ volledig waren weggenomen, in die zin dat er enkel nog overeenstemming diende te worden bereikt over de vorm van medezeggenschap. De OR gaf aan dat het juist is dat indien het mogelijk zou zijn geweest de medezeggenschap in goed overleg te regelen, er ook een basis zou kunnen zijn om over de andere punten tot overeenstemming te komen.
De OK was van oordeel dat de OR zich met recht op het standpunt stelt dat hij in zijn opstelling tegenover GGZ zijn advisering steeds als één geheel van besluitvorming heeft gezien en GGZ zich er niet op kan beroepen dat de OR zich op alle andere punten van de medezeggenschap heeft verbonden. Ook al zou worden aangenomen dat slechts de regeling van de medezeggenschap als onderwerp van geschil zou overblijven, dan was dit punt van geschil naar oordeel van de OK van voldoende gewicht om te oordelen dat het besluit van de OR niet positief te adviseren niet onredelijk is. Vast stond dat tussen GGZ Groningen en het AZG een potentieel spanningsveld bestond in de werksituaties, zodat het niet onredelijk is dat de OR grote betekenis hechtte aan een regeling van de medezeggenschap op een wijze die zijn instemming kon hebben.
In deze uitspraak oordeelde de OK dus, in tegenstelling tot de vorige uitspraak, dat de OR de verschillende deelaspecten wel degelijk als één geheel mag zien, met als gevolg dat indien de OR op één punt weigert, de weigering wordt beschouwd als het gehele besluit in al zijn facetten betreffende. Mij is niet geheel duidelijk op welke feitelijke verschillen in de casus dit onderscheid op is gebaseerd.

Versterkt advies: OK bevoegd?

Voorts is in de zojuist behandelde casus van belang dat het adviesrecht van de OR, gebaseerd op art. 25 lid 1 sub e WOR, in het Convenant was uitgebreid tot een recht dat het instemmingsrecht evenaarde. Met uitzondering van twee in het convenant nader bepaalde gronden diende de ondernemer immers het advies van de OR te volgen. Deze uitzonderingen komen grotendeels overeen met het bepaalde in art. 27 lid 4 WOR. De OK stelde niet dat sprake was van een verzwaard adviesrecht krachtens het convenant in die zin dat in feite sprake was van een instemmingsrecht. Zou zij dat hebben gedaan, dan zou zij immers ingevolge art. 32 lid 4 WOR niet langer bevoegd zijn over de zaak te oordelen.

Gezien de tekst van de uitzonderingen, die zo sterk lijken op hetgeen art. 27 lid 4 bepaalt, zou het oordeel evenzeer kunnen zijn geweest dat de kantonrechter, en niet de OK, bevoegd zou zijn. Overigens acht ik het ongelukkig dat bij versterking van een adviesrecht ex art. 25 WOR tot een instemmingsrecht ex art. 27 WOR niet de OK, maar de kantonrechter bevoegd is. Het lijkt mij tot betere rechtspraak aanleiding geven indien niet zozeer naar de aard van het de OR toegekende recht, maar naar de aard van het voorgenomen besluit wordt gekeken. Dat brengt mee dat bij een tot instemmingsrecht versterkt adviesrecht de OK de bevoegde instantie blijft: de OK, niet de kantonrechter, is immers specialist op het terrein van de strategische besluiten waarover art. 25 WOR handelt. Een OR zou er wel eens achter kunnen komen te vroeg te hebben gejuicht toen zijn adviesrecht tot instemmingsrecht werd 'versterkt' in een situatie dat de kantonrechter een minder OR-vriendelijke houding aanneemt. Opmerkelijk genoeg keert art. 32 lid 4 WOR overigens niet terug in de WMW.

Adviesrecht ten aanzien van deelaspecten

Samenhangend met het probleem van gelede besluitvorming in fases, is het probleem dat de ondernemer met betrekking tot een besluit dat verschillende deelaspecten bevat, niet ten aanzien van al die aspecten advies vraagt, zoals geschiedde in Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, JAR 2005/45. In deze zaak had de OR van BBA Personenvervoer in februari 2004 positief geadviseerd ten aanzien van het voornemen van de ondernemer een offerte uit te brengen in het kader van aanbesteding van een openbaarvervoerconcessie. Op 13 april 2004 werd deze concessie aan de ondernemer verleend. In de loop van mei-juni 2004 besloot de ondernemer in het concessiegebied vanuit drie plaatsen te gaan rijden. Hij heeft hierover, en over een eventueel af te sluiten onderhoudscontract en het leasen van de benodigde bussen, aanvullend advies aan de OR gevraagd. Daarbij heeft de ondernemer laten weten dat de bussen zullen worden geleast, dat huurovereenkomsten zijn aangegaan voor de drie locaties en dat met de vakbonden nog geen algehele overeenstemming is bereikt over mogelijke overname van personeel van de vorige concessiehouder. Uit de brief bleek dat niet al het personeel bij de ondernemer in dienst zou komen. De OR verzocht hierop aan de ondernemer de raad een aangepaste adviesaanvraag te doen toekomen waarbij wordt ingegaan op de overgang van indirect personeel (werknemers die geen chauffeur zijn). Verder verzocht de OR om meer duidelijkheid over de leaseconstructie. De ondernemer wees deze verzoeken van de hand. De OK wees het beroep van de OR af voor zover het zich richtte tegen het leasen van bussen ter uitvoering van de concessie. De ondernemer had immers voldoende duidelijk gemaakt dat dit leasen vast beleid was en dat de OR hierover in eerdere situaties steeds had geadviseerd. De ondernemer mocht er daarom van uitgaan dat het door de OR met betrekking tot de concessie gegeven positieve advies mede betrekking had op de wijze waarop de voor de concessie benodigde bussen ter beschikking van de ondernemer zouden komen te staan.
De OR kreeg wel gelijk met betrekking tot het niet-vragen van advies ten aanzien van het over te nemen personeel. De vraag of het bij een concessie betrokken personeel al of niet voltallig in dienst komt bij de partij die de concessie verwerft, is een relevant gegeven in het kader van de medezeggenschap die de OR van de verwervende partij toekomt, aldus de OK. Weliswaar is het niet aan de nieuwe concessiehouder alléén uit te maken of het personeel in zijn dienst komt (hierbij zijn ook de oude concessiehouder en de vakbonden betrokken), maar dat neemt niet weg dat er alleen dan géén personeel bij hem in dienst kan komen als hij dat niet wenst. Om die situatie te bereiken, is dus wel degelijk een besluit van de nieuwe concessiehouder nodig. Over een dergelijk besluit dient advies gevraagd te worden aan de OR. Nu dat niet was gebeurd, diende de ondernemer het besluit in te trekken.
Hoewel de uitspraak vanuit medezeggenschapsrechtelijk oogpunt wellicht juist is, zal de arbeidsjurist die wat weet van overgang van onderneming met enkele vragen zitten.

Inderdaad is het al dan niet overnemen van het personeel niet aan de concessiehouder alleen, zoals de OK terecht opmerkt. Sterker nog: in vele situaties zal hij zich de overgang van werknemers moeten laten welgevallen, simpelweg omdat de overname van een wezenlijk deel van de activa en/of het personeel veelal een overgang van onderneming bewerkstelligt (zie de vorige JAR Verklaard), waarbij ik nog opmerk dat in de vervoerssector veelal sprake zal moeten zijn van een overname van materiële activa van betekenis (zoals de bussen), wil sprake zijn van een overgang van onderneming. Ik vraag mij af of de OK dat onder ogen heeft gezien. Relevant is in dit verband bovendien dat de hier toepasselijke Wet personenvervoer 2000 in beginsel uitgaat van de overgang van het bij de concessie betrokken personeel.

Uit elkaar voortvloeiende besluiten

In voorkomende gevallen kan men het vorige discussiepunt – vraagt de ondernemer wel ten aanzien van alle deelaspecten advies? – als volgt parafraseren: heeft de ondernemer terecht aangenomen dat het positieve advies van de OR tevens een later te nemen deelbesluit betreft? Steeds gaat het immers om de vraag of de ondernemer wel alle aspecten van het besluitvormingstraject aan de OR heeft voorgelegd. Dat over het antwoord op de vraag welk besluit al dan niet logisch uit een vorig besluit voortvloeit veel discussie mogelijk is, mogen de uitspraken in de JAR hebben bewezen. Begin dit jaar speelde een dergelijke discussie in Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2005 (JAR 2005/64). Werkvoorziening Oost Twente (WOT) is een openbaar lichaam in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen dat ten behoeve van de gemeenten Denekamp, Losser en Oldenzaal een onderneming in stand houdt die zich toelegt op het verrichten van werkzaamheden in het kader van de nieuwe Wet sociale werkvoorziening. De onderneming bestaat uit de bedrijfsonderdelen bouw, groenvoorziening, detachering en industrie, welk laatste bedrijfsonderdeel op zijn beurt onder meer de onderdelen hout, montage, inpak en caravanfabricage kent. WOT houdt eveneens alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Priwotco. Priwotco fungeert als personeelsvennootschap. Bij haar in dienst zijnde werknemers worden gedetacheerd bij en zijn werkzaam ten behoeve van de door WOT en Top Craft in stand gehouden onderneming. De ondernemingsraad is krachtens een daartoe tussen de ondernemingsraad, WOT en Top Craft gesloten convenant ingesteld bij WOT en Top Craft. De laatste onderneming wordt conform een mondelinge afspraak als medeondernemer beschouwd. De (financiële) situatie van Top Craft is al jaren zorgwekkend, in verband waarmee medio 2003 het voornemen is ontstaan de onderneming te reorganiseren. Bij brief van 2 april 2004 heeft de bestuurder van Top Craft de OR verzocht advies te geven over het voorgenomen besluit tot beëindiging van de fabricage en verkoop van caravans. De OR heeft op 6 mei 2004 ingestemd met dit besluit. Bij brief van 14 september 2004 is een financiële analyse aan de ondernemingsraad gezonden, met het verzoek deze van commentaar te voorzien. In deze analyse is als "saneringsmaatregel op korte termijn" onder meer het ontslag van vijftien medewerkers van Priwotco genoemd. De OR heeft om nadere informatie gevraagd over de analyse en heeft een aantal voorwaarden gesteld aan het ontslagplan. De bestuurder heeft hier niet op gereageerd.
Vervolgens is op 4 november 2004 advies gevraagd over het ontslag van veertien Priwotco-medewerkers. Op diezelfde dag is tevens het CWI gevraagd om toestemming voor ontslag van deze medewerkers. De OR heeft laten weten hier niet mee akkoord te gaan. Wel gaf de OR aan akkoord te zijn met een voorgenomen besluit tot het afstoten van de afdeling hout, indien over de gevolgen voor het personeel separaat advies zou worden gevraagd. De OR heeft vervolgens beroep ingesteld bij de OK tegen het besluit tot ontslag van de veertien medewerkers op de grond dat de ondernemer ten onrechte zijn advies niet heeft afgewacht.

De ondernemer stelde zich op het standpunt dat het beoogde ontslag van de veertien Priwotco-medewerkers niet méér behelst dan het logische gevolg - dan wel de uitvoering - van de besluiten de fabricage en verkoop van caravans te beëindigen en de afdeling hout af te stoten, over welke (toen voorgenomen) besluiten de ondernemingsraad al positief had geadviseerd. Er was dan ook geen sprake van een nieuw "belangrijk" besluit ter zake waarvan de ondernemingsraad adviesrecht (dan wel beroepsrecht) zou toekomen.
De OK verwierp dit standpunt. Reeds omdat met het beoogde ontslag van veertien Priwotco-medewerkers ook op andere afdelingen dan enkel in de afdeling hout en caravans zou worden ingegrepen, kon niet worden gezegd dat dat (voorgenomen) ontslag - uitsluitend - een logisch gevolg, dan wel uitvoering was van de besluiten de fabricage en verkoop van caravans te beëindigen en de afdeling hout af te stoten. Overigens was terzake ook daarom sprake van een logisch gevolg, dan wel uitvoering van de besluiten de fabricage en verkoop van caravans te beëindigen en de afdeling hout af te stoten, omdat het (eventuele) ontslag van Priwotco-medewerkers uitdrukkelijk buiten de besluitvorming rond de beëindiging van de fabricage en verkoop van caravans en het afstoten de afdeling hout werd gelaten. Daar kwam nog bij dat in het kader van de besluitvorming over de beëindiging van de fabricage en verkoop van caravans aan de ondernemingsraad met zoveel woorden was toegezegd dat ter zake van de organisatorische en personele consequenties nog een adviesaanvraag zou volgen.
De uitspraak is niet verrassend te noemen. De gedwongen ontslagen zijn inderdaad niet logischerwijs het gevolg van de inkrimping van afdelingen. Denk alleen al aan het niet onbekende verschijnsel van reorganisaties met baangaranties. In casu vielen ook ontslagen binnen afdelingen die niet werden gesloten, werd in de eerdere adviesaanvragen niet gesproken over het voorgenomen ontslag en was zelfs min of meer aan de OR toegezegd dat een separate adviesaanvraag zou volgen omtrent de personele gevolgen. Art. 25 lid 2 WOR bepaalt bovendien dat de ondernemer bij het vragen van advies aangeeft wat de te verwachten gevolgen van het voorgenomen besluit voor de in de onderneming werkende personen zullen zijn, alsmede welke maatregelen hij naar aanleiding daarvan zal nemen. Wanneer de gevolgen van het personeel niet worden vermeld en de OR toch positief adviseert, is verdedigbaar dat daaruit al blijkt dat op dit punt een separaat advies dient te worden gevraagd.
Terzijde zij opgemerkt dat het adviesrecht met betrekking tot een voorgenomen besluit tot ontslag van een bepaald aantal werknemers alleen adviesplichtig is wanneer dit ontslag een belangrijke inkrimping of wijziging van de werkzaamheden van de ondernemer inhoudt, dan wel beëindiging van (een deel van) de werkzaamheden van de onderneming. Er hoeft niet altijd sprake te zijn van een collectief ontslag in de zin van de WMCO; het criterium is immers of het voorgenomen ontslagbesluit een belangrijke wijziging inhoudt voor deze onderneming.

Concreetheid voorgenomen besluit

Een besluit is pas adviesplichtig in de zin van art. 25 WOR indien het voldoende geconcretiseerd is. Dit geldt ook voor eventueel te nemen besluiten later in het besluitvormingsproces bij ingewikkelde en meer tijd in beslag nemende wijzigingen in de onderneming. Begrijpelijkerwijs ziet een OR aan wie in een eerder stadium advies is gevraagd omtrent de hoofdlijnen van een reorganisatie graag op korte termijn wat de specifieke gevolgen zullen op een gedetailleerder niveau. Soms bestaat onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of sprake is van onmacht of van onwil van de ondernemer op die gevolgen vooruit te lopen. In de zaak die leidde tot Hof Amsterdam (OK) 25 januari 2005 (JAR 2005/65) was sprake van een dergelijke onduidelijkheid. De OR had ingestemd met het voornemen het gemeentehuis van de gemeente Drimmelen te her-/verbouwen. Toen er een

voorlopig ontwerp lag, claimde de OR adviesrecht. De gemeente stelde dat advies zou worden gevraagd nadat de gemeenteraad zich zou hebben uitgelaten over "het dekkingsvraagstuk". Was hier sprake van een besluit of van een beleidsvoornemen? De OK oordeelde dat in casu slechts bepaalde financiële voorwaarden waren geschetst om over te gaan tot de finale besluitvorming over de verbouwing van het gemeentehuis en dat er nog geen concreet besluit voor handen was tot het doen van een belangrijke investering. Omdat het besluit nog niet voldoende geconcretiseerd was, was op dit moment nog geen sprake van een adviesplichtig besluit.

OR-leden en zittingsduur

Zeker in tijden waarin het lastig is goede OR-leden te vinden – en wanneer waren die tijden er niet? – is het prettig over OR-leden die een zekere continuïteit binnen de OR kunnen waarborgen. Zo zou men hen kunnen binden aan hun volledige zittingstermijn. De vraag is of, en zo ja, in hoeverre dat kan. Op grond van het reglement van de OR van de ABN AMRO diende elke kandidaat te verklaren dat hij, onvoorziene omstandigheden daargelaten, beschikbaar is voor de volledige zittingstermijn van drie jaar. Op 29 september 2004 waren verkiezingen uitgeschreven voor een nieuwe OR van de ABN AMRO. Voor de FNV hadden zich onder meer twee werknemers verkiesbaar gesteld die vanwege hun leeftijd tijdens de zittingsduur van de OR ABN AMRO zouden verlaten. De OR had om die reden de kandidatuur van deze werknemers geweigerd. FNV en de werknemers achtten dit in strijd met de WOR en vorderden veroordeling van de OR hen te laten deelnemen aan de verkiezingen en de verkiezingen met drie weken op te schorten. De voorzieningenrechter stelde vast dat de werknemers voldoen aan het vereiste van art. 6 lid 3 WOR dat zij ten minste een jaar bij de onderneming werkzaam waren. Voor het overige stelt de WOR geen vereisten aan kandidaten. Volgens de voorzieningenrechter belemmert de regeling uit het reglement de in de onderneming werkzame personen ten onrechte in de uitoefening van hun medezeggenschapsrechten. De wettelijke regeling geeft de leden van een OR uitdrukkelijk de vrijheid een zittingstermijn niet vol te maken (zie art. 12 lid 4 WOR, waarin is bepaald dat de leden van de OR te allen tijde ontslag kunnen nemen). Door de bepaling in het reglement wordt aan een aantal categorieën werknemers het passieve kiesrecht ontzegd. Bovendien wordt hun hierdoor bij voorbaat de wettelijke mogelijkheid onthouden ontslag te nemen en de zittingstermijn niet vol te maken. Daarnaast zal de bepaling in het reglement voor degenen die de verklaring hebben afgelegd, een drempel opwerpen ontslag te nemen.
De OR voerde aan dat hij met de bepaling in het reglement het probleem wil ondervangen van de vrijblijvendheid waarmee sommige OR-leden in het verleden hun taak vervulden en het (lang) voor het einde van de zittingstermijn erbij lieten zitten. Dit probleem kan volgens de rechter echter ook worden opgelost door een kortere zittingsduur of door het verlangen van een intentieverklaring dat men beschikbaar is en zich zal inzetten zolang men in de onderneming werkzaam is. Verder kan van een kandidaat die van tevoren al weet dat hij de termijn (waarschijnlijk) niet zal volmaken, worden verlangd dat hij dit aan de kiezers kenbaar maakt. De OR moest de twee werknemers daarom tot de verkiezingen toelaten. Daarnaast moest de OR de verkiezingen met drie weken opschorten, zodat de twee werknemers en drie anderen die zich in dezelfde positie bevinden, nog de gelegenheid zouden krijgen campagne te voeren.