

## RECHTSPRAAK

***OR is ten onrechte geen advies gevraagd over het aangaan van een overeenkomst van dienstverlening tussen twee partijen die behoorden tot een gesplitste onderneming.****Feiten*

Abeos Agri Holding BV (hierna: 'Abeos Agri') en Abeos Uitzend behoorden aanvankelijk tot dezelfde onderneming, gedreven door de Coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging U.A. (hierna: de coöperatie). Per 1 juli 2019 is de onderneming gesplitst, waarbij de ondersteunende (staf)diensten bij Abeos Uitzend zijn ondergebracht. De overeenkomst van dienstverlening (ook service level agreement of SLA genoemd) regelt de voorwaarden waarop Abeos Uitzend als opdrachtnemer ondersteunende (staf)diensten verleent aan Abeos Agri als opdrachtgever. Op 16 april 2019 heeft de bestuurder van de coöperatie aan de OR van de coöperatie advies gevraagd over de splitsing/herstructurering van de onderneming van de coöperatie in een agrarisch bedrijf en een uitzendbedrijf. De OR adviseerde negatief, omdat hij naar eigen zeggen geen inzicht in de inhoud van de SLA heeft gekregen. Ook merkte de OR op dat het hier om een adviesplichtig onderwerp gaat, en van de coöperatie wordt verwacht dat zij de OR om advies zou vragen. De coöperatie heeft – in afwijking van het negatieve advies van de OR – besloten tot de herstructurering en bij brief van 23 mei 2019 dat besluit gemotiveerd. In de brief is niet ingegaan op de opmerking van de OR dat de herstructurering een adviesplichtig onderwerp is. Per 1 juli 2019 heeft de herstructurering (formeel) haar beslag gekregen. De coöperatie houdt alle aandelen in Abeos Agri en alle certificaten van aandelen in Abeos Uitzend. Er bestaat thans een personele unie tussen het bestuur van Abeos Agri en Abeos Uitzend. Op 2 januari 2019 is ook een OR ingesteld. Deze OR is teruggekomen op de adviesplichtigheid van de herstructurering en stelde zich op het standpunt dat hem advies moet worden gevraagd over de tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend gesloten overeenkomst van dienstverlening. De OR verzoekt de OK thans te oordelen dat Abeos Agri in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit een overeenkomst van dienstverlening aan te gaan met Abeos Uitzend zónder daaraan voorafgaand de OR om advies te vragen. De OR verzoekt de OK dan ook Abeos Agri te gebieden het besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken alsmede te verbieden handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit. Abeos Agri voert kort gezegd ten verweere aan dat de coöperatie geen verwachtingen heeft gewekt, geen sprake is van een adviesplichtig besluit en dat de OR niet-ontvankelijk is in zijn beroep omdat hij dit niet heeft ingesteld binnen een maand nadat hem duidelijk was dat geen advies zou worden gevraagd over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening.

### *Oordeel*

De OK oordeelt als volgt.

#### *Beroep tijdig ingesteld?*

De OK verwerpt het ontvankelijkheidsverweer van Abeos Agri. In een geval waarin de ondernemer een adviesplichtig besluit neemt zonder advies te hebben gevraagd, kan de OR op de voet van artikel 26 WOR beroep instellen binnen een maand nadat hij van het besluit in kennis is gesteld. In dit geval moet als (te nemen) besluit worden aangemerkt het besluit tot het finaliseren van een overeenkomst van dienstverlening tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend met een bepaalde inhoud. Dat Abeos Agri daartoe inmiddels heeft besloten staat niet vast – ter zitting bleek dat er nog geen ondertekende overeenkomst is – en aan de OR is in ieder geval niet medegedeeld dat zodanig besluit is genomen. Hieruit volgt dat de termijn van artikel 26 lid 2 WOR niet is verstreken; anders dan Abeos Agri kennelijk meent, vangt die termijn niet aan met de mededeling dat geen advies zal worden gevraagd. In een geval als dit waarin de ondernemer zich jegens de OR definitief op het standpunt stelt dat hij geen advies zal vragen, brengt een redelijke toepassing van artikel 26 WOR en de Linge-leer wel mee dat (a) de OR niet hoeft te wachten op (mededeling van) het genomen besluit alvorens beroep in te stellen op de grond dat ten onrechte geen advies is gevraagd en (b) de OR niet uitsluitend is aangewezen op een verzoek tot nakoming op de voet van artikel 36 WOR. Een andere opvatting – inhoudende dat de OR als hem is medegedeeld dat geen advies zal worden gevraagd pas beroep kan instellen nadat het besluit is genomen – zou slechts leiden tot vertraging waarmee geen redelijk belang is gediend. Bovendien zou die andere opvatting de OR in een lastige positie plaatsen indien de ondernemer zich, als uitvloeisel van zijn opvatting dat het te nemen besluit niet adviesplichtig is, tevens niet geroepen voelt om de OR in kennis te stellen van het besluit. Het beroep is dus tijdig ingesteld.

#### *Is het besluit adviesplichtig?*

Volgens vaste rechtspraak is de ondernemer primair verantwoordelijk voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject. Hij moet er zorg voor dragen dat de medezeggenschap ten volle tot haar recht komt. Dit betekent dat de ondernemer het medezeggenschapstraject zorgvuldig moet vormgeven en daarover eenduidig dient te communiceren met de OR. Dat geldt ook indien besluitvorming ‘gefaseerd’ plaatsvindt, in die zin dat advies wordt gevraagd over een besluit terwijl bepaalde wezenlijke aspecten daarvan nog niet zijn uitgewerkt. In dat geval moet de ondernemer voorkomen dat onduidelijkheid over de fasering ontstaat en waarborgen dat de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap (zie o.m. ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689, AR 2013-0380 en ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, AR 2015-0507). Omdat de inhoud van de te sluiten overeenkomst van dienstverlening ten tijde van de adviesaanvraag op 16 april 2019 nog niet bekend was, terwijl de splitsing reeds op 1 juli 2019 zijn beslag zou krijgen, is de besluitvorming gefaseerd. Op 23 mei 2019 is tot herstructurering besloten, terwijl besluitvorming over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening pas nadien heeft plaatsgevonden. Hoewel dit op zichzelf toelaatbaar is, mag

dit er niet toe leiden dat aan de medezeggenschap afbreuk wordt gedaan. Naar het oordeel van het hof is van dit laatste echter wel sprake. Hierbij is het volgende van belang.

Het besluit Abeos Agri niet toe te rusten met eigen ondersteunende (staf)diensten, maar in plaats daarvan deze diensten op contractuele basis af te nemen van Abeos Uitzend is adviesplichtig op de voet van artikel 25 lid 1 sub b en e WOR. Indien de voorgenomen inhoud van de overeenkomst van dienstverlening bekend zou zijn geweest ten tijde van de adviesaanvraag over de herstructurering, had de OR ook daarover advies mogen uitbrengen en had de OR die inhoud kunnen betrekken bij zijn advies over het toedelen van de ondersteunende (staf)diensten aan Abeos Uitzend en over de herstructurering als zodanig. Het adviesrecht van de OR is immers niet beperkt tot de hoofdlijnen van een voorgenomen adviesplichtig besluit maar strekt zich ook uit over alle onderdelen en mogelijke gevolgen daarvan. Ter zitting heeft Abeos Agri nog aangevoerd dat ten tijde van het advies van 15 mei 2019 voor de OR (van de coöperatie) voldoende duidelijk was wat de (beperkte) scope van de overeenkomst van dienstverlening zou zijn en dat de OR daarover dus had kunnen adviseren. Volgens het hof miskent dit argument dat niet is gebleken dat de coöperatie aan de (toenmalige) OR wezenlijk meer informatie heeft verstrekt over de inhoud van de te sluiten overeenkomst van dienstverlening. Nadat de OR duidelijk had gemaakt óók te willen adviseren over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening, heeft de ondernemer (toen nog de coöperatie) niet duidelijk gemaakt dat hij daarover geen advies zou vragen. Integendeel, de ondernemer liet weten de gevraagde toezegging overbodig te vinden in het licht van artikel 25 WOR. Ook in de daaropvolgende e-mailwisseling heeft de ondernemer bepaald niet duidelijk gemaakt dat geen advies zou worden gevraagd over de inhoud van de overeenkomst. Aldus heeft de ondernemer in strijd met de door hem in acht te nemen zorgvuldigheid ten aanzien van het medezeggenschapstraject gehandeld.

#### *Uitvoeringsbesluit ex artikel 25 lid 5 WOR*

Voorts voert Abeos Agri aan dat de overeenkomst van dienstverlening slechts als een uitvoeringsbesluit moet worden gezien. Hiermee gaat zij evenwel eraan voorbij dat ook voor dit type besluiten, zij het dat hiertegen geen beroep openstaat, advies moet worden gevraagd. Volgens het hof is de stelling dat het aangaan van de overeenkomst slechts een uitvoeringsbesluit is, bovendien onjuist. De inhoud van de overeenkomst op basis waarvan Abeos Agri ondersteunende (staf)diensten, die voor de continuïteit van haar bedrijfsvoering essentieel zijn, betreft van Abeos Uitzend is immers een wezenlijk element van de herstructurering. Een belangrijk motief voor herstructurering was namelijk dat het agrarische bedrijf en het uitzendbedrijf elk een wezenlijk andere bedrijfscultuur kennen en de splitsing het mogelijk maakt dat zij zich ieder op een eigen wijze verder ontwikkelen. Opmerking verdient dat indien de besluitvorming niet gefaseerd zou hebben plaatsgevonden de OR van de coöperatie daarover had kunnen adviseren, terwijl als gevolg van de fasering de OR van Abeos Agri daarover thans kan adviseren vanuit het perspectief van Abeos Agri (en (desgewenst) de OR van Abeos Uitzend vanuit het perspectief van Abeos Uitzend). De voorkeur van de ondernemer om de samenwerking slechts op hoofdlijnen vast te leggen en niet meer gedetailleerd te regelen, is een keuze waarover de OR behoort te kunnen adviseren.

Nu aan de OR geen advies is gevraagd kan van hem niet verlangd worden in deze procedure al zijn vragen, bedenkingen en bezwaren met betrekking tot de overeenkomst kenbaar te maken. Die zijn immers thans niet aan de orde, maar pas nadat de OR in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen op basis van een adviesaanvraag waarin de beweegredenen voor het voorgenomen besluit uiteen zijn gezet. De verzoeken van de OR worden toegewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 28-10-2020

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2020:2871

**Zaaknummer:** 200.280.323/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, M.M.M. Tillema en M.P. Nieuwe Weme

**Advocaten:** J. de Waard, P.H.E. Voûte en G.T. Hensen

**Wetsartikelen:** 25 lid 1 sub b WOR, 25 lid 1 sub b WOR, 25 lid 5 WOR en 26 WOR