

Artikel 24 en 25 WOR; zijn het wel communicerende vaten?

ArbeidsRecht 2019/7

Het komt regelmatig voor dat een ondernemingsraad (hierna: OR) pas wordt betrokken als een voorgenomen besluit al in vergaande mate is voorbereid. Dat dit een risico met zich brengt, volgt uit een tweetal uitspraken van de Ondernemingskamer (OK), namelijk de *Uniface* en *Nalco* beschikkingen.² De betreffende ondernemers moesten hun besluiten intrekken.

De uitkomst van de OK-beschikkingen is geen verrassing. De OR moet namelijk 'wezenlijke invloed' kunnen uitoefenen. De OR dient tijdig te worden betrokken en over alle relevante informatie te kunnen beschikken. Er valt echter te twisten over de wijze waarop artikel 24 wordt betrokken in een OK-procedure over artikel 25 Wet op de Ondernemingsraden (WOR). De huidige aanpak van de OK sluit – naar ons oordeel – niet aan bij de WOR en de wetsgeschiedenis.

1. Inleiding

In dit artikel gaan we aan de hand van de wetsgeschiedenis in op het spanningsveld tussen het recht op informatie in de overlegvergadering van artikel 24 WOR en de adviesprocedure van artikel 25 WOR.³ In dit verband staan we ook stil bij het verschil in de mogelijkheden voor de OR om naleving van voorgenoemde artikelen af te dwingen.

1.1 artikel 24

Artikel 24 schrijft voor dat de ondernemer minimaal tweemaal per jaar de OR informeert over adviesplichtige besluiten die hij in voorbereiding en dat er afspraken worden gemaakt wanneer en op welke wijze de OR wordt betrokken.

Op deze manier zou de OR niet mogen worden verrast met een (verstrekende) adviesaanvraag. De intentie is dat de OR al betrokken is *voordat* een formele adviesaanvraag is ingediend. In de praktijk wordt deze verplichting van de ondernemer lang niet altijd, of slechts in beperkte mate, opgevolgd.

Als de ondernemer geen juiste invulling geeft aan artikel 24, dan kan de OR op grond van artikel 36 naleving bij de

kantonrechter afdwingen door een gebod of een verbod te laten opleggen. In dit verband heeft de rechter de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen.⁴ Ook geldt dat als de ondernemer een door de rechter opgelegd gebod niet nakomt, hij een strafbaar feit pleegt.⁵

Echter, deze handhavingsmogelijkheden zijn in de realiteit van weinig waarde. Als de ondernemer de OR namelijk niet informeert, kan de OR simpelweg niet weten welke voorbereidingen in de pijplijn zitten. De OR kan dan moeilijk inzage en betrokkenheid afdwingen van iets waarvan hij het bestaan (nog) niet kent. Hier komt de OR vaak pas pas achter als de adviesaanvraag eenmaal is ingediend, waarna de verplichtingen uit artikel 24 zijn achterhaald. In dit licht is het begrijpelijk dat naleving van artikel 24 een rol speelt bij de beoordeling of een besluit de redelijkheidstoets van artikel 26 kan doorstaan. De vraag is echter of dit juridisch juist is, of dat de beperkte slagkracht van de handhaving bij artikel 24 niet op een andere wijze zou moeten worden verbeterd.

1.2 artikel 25

Artikel 25 schrijft kort gezegd voor dat de ondernemer zijn voorgenomen besluit moet voorleggen aan de OR. Hij moet dat op een zodanig tijdstip doen dat het advies van de OR wezenlijke invloed is op het te nemen besluit. De ondernemer moet een overzicht verschaffen van zijn beweegredenen voor het besluit, de gevolgen die hij verwacht voor het personeel en de maatregelen die hij in dat verband wil gaan nemen (artikel 25 lid 3). Met andere woorden, de OR moet daadwerkelijk inspraak hebben. Echter, tegelijkertijd wordt van de ondernemer verwacht dat het voorgenomen besluit al in vergaande mate is voorbereid, anders kan hij immers geen inzage geven in de gevolgen die hij verwacht.

Dit zorgt voor een constant spanningsveld tussen enerzijds het voldoende uitwerken van een voorgenomen besluit en anderzijds niet te lang wachten met het vragen van advies.

Artikel 24 kan die spanning voor een deel neutraliseren. In die zin kan artikel 24 voor een deel voorkomen dat het verwijt wordt gemaakt dat de OR geen wezenlijke invloed kan uitoefenen. Bij (te) beperkt gebruik van artikel 24 zal eerder de conclusie worden getrokken dat de OR met een voldongen besluit wordt geconfronteerd.

De OR kan een procedure bij de OK starten als het besluit niet overeenstemt met het advies van de OR, of als de OR achteraf bekend wordt met relevante feiten en omstandigheden die

¹ Mr. M. (Marnix) Ritmeester is advocaat partner bij Workx advocaten te Amsterdam, mev. mr. A. (Anniek) van Nimwegen is juridisch medewerker bij Workx advocaten te Amsterdam.

² Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123; Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232.

³ Voor de leesbaarheid zullen de artikelnummers hierna zonder de toevoeging "WOR" worden vermeld. Uitsluitend als een artikel aan een andere wet refereert, zal dit worden vermeld.

⁴ JAR 1995/54.

⁵ Artikel 1 onder 4 Wet op de economische delicten.

het advies anders zouden kunnen hebben gemaakt. Artikel 26 lid 1 verwijst exclusief naar artikel 25 lid 5.

Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Het gaat er daarbij om of een redelijk handelend ondernemer het besluit had kunnen nemen. In dit verband zijn de inhoud en de manier waarop het besluit tot stand is gekomen van belang.⁶ Ook kan van belang zijn op welke wijze de ondernemer uiteenzet waarom hij afwijkt van het advies van de OR.⁷

De handhaving en toets van artikel 25 is derhalve exclusief geregeld in artikel 26. In de wettekst van artikel 26 speelt artikel 24 geen rol.

2. De wetsgeschiedenis

Bij de herziening van de WOR van 1975-1976, inwerking-treding 01-09-1979⁸, is aan artikel 25 de zin toegevoegd dat "het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit". Deze bepaling beoogt te bevorderen dat de OR in een zo vroeg mogelijk stadium wordt betrokken.⁹ Later is artikel 24 aangepast, waardoor artikel 24 bepaalt dat de ondernemer minimaal tweemaal per jaar de OR informeert over besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot artikel 25 en afspraken maakt over wanneer en hoe de OR wordt betrokken.

Ruim 25 jaar geleden signaleerde de Sociaal Economische Raad (SER) al dat de fasering in de besluitvorming van artikel 25 knelt. Het onderscheid tussen (a) een besluit dat in voorbereiding is; (b) een voorgenomen besluit; (c) een genomen besluit; en (d) de uitvoering van dit besluit, is niet duidelijk. De SER constateerde toen al dat juist door de onduidelijkheid vaak te laat advies wordt gevraagd.¹⁰ Daarom is een bepaling voorgesteld om wettelijk te verplichten dat de ondernemer met de OR overleg zou voeren over de wijze waarop de OR bij de besluitvorming zou worden betrokken. Hoewel de SER de problematiek dus heeft erkend, heeft de SER het uiteindelijk toen niet nodig gevonden om artikel 24 aan te passen. De reden hiervoor is dat een en ander al in artikel 31a lid 6 was geregeld, aldus de SER.

Artikel 31a lid 6 schrijft voor dat de ondernemer minimaal tweemaal per jaar de OR moet informeren over zijn verwachtingen ten aanzien van voorgenomen besluiten ex artikel 25. Het is opmerkelijk dat dit artikel tot op heden geen rol van betekenis lijkt te spelen in OK-procedures. De strek-

king en inkleuring ervan zijn namelijk vergelijkbaar met artikel 24.

De omstandigheid dat de OR in de praktijk vaak te laat wordt betrokken, komt in de kamerstukken uit 1995/96 nogmaals aan de orde. Wederom is toen vastgesteld dat bij een volledige benutting van de wet (lees: artikel 31a lid 6) dit knelpunt niet hoeft te bestaan en dat nadere procedureregels hierover niet noodzakelijk zijn.¹¹

Bij de wetwijziging van de WOR in 1998 is artikel 24 echter toch aangepast als gevolg van een amendement van de Kamerleden Schimmel/Middel.¹² De tweede zin van artikel 24 lid 1 is aangepast:

"De ondernemer doet in dit kader mededeling over besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot de aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27."

Ook de derde zin van artikel 24 lid 1 is aangepast:

"Daarbij worden afspraken gemaakt wanneer en op welke wijze de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken."

De reden voor deze aanpassingen is dat artikel 25 een innerlijke tegenstrijdigheid bevat, omdat van de OR wordt verwacht dat hij nog wezenlijke invloed kan uitoefenen, terwijl de ondernemer (gelet op de gedetailleerde informatie die hij moet verschaffen) zijn besluitvorming reeds moet hebben afgerond. Partijen zijn in de praktijk kennelijk niet goed in staat om dit knelpunt zelf op te lossen. Daarom is het noodzakelijk om artikel 24 aan te vullen zodat de ondernemer en de ondernemingsraad een duidelijke aanwijzing krijgen hoe het knelpunt in de praktijk kan worden aangepakt.¹³

Het is opmerkelijk dat de problemen rond de informatieverstrekking aan de OR binnen artikel 25 in artikel 24 moet worden opgelost. Daarnaast is nog altijd niet voorgeschreven welke afspraken er in het kader van artikel 24 moeten worden gemaakt tussen de ondernemer en de OR. Dit maakt naleving en een eventuele toetsing ervan niet eenvoudig.

3. Invloed van artikel 24 WOR op artikel 25 WOR

Uit de literatuur en recente rechtspraak van de OK volgt dat aan de hand van artikel 24 inkleuring wordt gegeven aan artikel 25.

3.1 Literatuur

Van der Heijden stelt dat via artikel 26 WOR aan de orde kan komen of de OR tijdig is betrokken bij de adviesprocedure.¹⁴

6 J. Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2010, p. 340.

7 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 4 juli 1985, NJ 1986/498, m.nt. J.M.M. Maeijer.

8 Stb. 1979, 448.

9 *Kamerstukken II 1975/76*, 13954, 1-3, p. 38.

10 SER-advies 1992/07, p. 18-20.

11 *Kamerstukken II 1995/96*, 24615, 3, p. 10, 11.

12 *Kamerstukken II 1996/97*, 24615, 52 (amendement Schimmel/Middel).

13 *Kamerstukken II 1996/97*, 24615, 52 (amendement Schimmel/Middel).

14 P.F. van der Heijden, *Roods Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2004, p. 267.

De OK toetst namelijk aan de procedurevoorschriften. Hij vermeldt ook dat het niet voldoen aan artikel 24 lid 1 WOR niet automatisch betekent dat daarmee een besluit kennelijk onredelijk is in de zin van artikel 26 WOR. Wel zou de invulling van artikel 24 WOR in een concreet geval aanwijzingen kunnen geven over de al dan niet tijdige betrokkenheid van de OR bij het adviestraject van een voorgenomen besluit.

Drongelen en Jellinghaus menen dat het niet inlichten van de OR er niet toe kan leiden dat er dus geen adviesaanvraag kan worden ingediend of dat het besluit per definitie kennelijk onredelijk is. Het niet vroegtijdig inlichten betekent volgens hen wel dat de OR in redelijkheid kan verlangen dat hij een ruimere termijn krijgt om zijn advies uit te brengen.¹⁵

Ook Verburg haalt dit argument aan. Hij stelt dat in directe zin niet correcte naleving van artikel 24 lid 1 WOR geen gevolgen zal hebben in een procedure ex artikel 26 WOR. Indirect is het daarentegen volgens Verburg wel mogelijk dat niet correcte naleving van artikel 24 lid 1 WOR een rol speelt bij bijvoorbeeld geschillen over een redelijk termijn waarbinnen de OR zijn advies moet uitbrengen. Volgens hem loopt de ondernemer, bij niet correcte naleving van artikel 24 WOR, het risico dat de OK bij de toetsing eerder genegen is verlangens van de OR over de nodige informatie, tijd of nader onderzoek als redelijk te kwalificeren.¹⁶

Volgens Van der Hulst kan het niet voldoen aan de voorschriften van artikel 24 WOR het besluit niet automatisch kennelijk onredelijk maken, maar kan het wel een rol spelen bij de geschillen over de vraag of tijdig advies is gevraagd, of de OR voldoende tijd heeft gehad om zijn advies uit te brengen en of de OR voldoende en tijdige informatie heeft gekregen.¹⁷

3.2 Rechtspraak

De OK heeft redelijk recent twee beschikkingen gewezen waarin artikel 24 een prominentere rol heeft gekregen dan in het verleden. Hieronder zullen wij deze beschikkingen kort toelichten en ingaan op de rol van artikel 24.

3.2.1 Uniface¹⁸

In deze zaak ging het om de verkoop van een onderneming na een veilingproces. De OR werd om advies gevraagd toen het *signing protocol* met de koper al was getekend. De OR adviseerde negatief en voerde onder andere aan dat hij geen wezenlijke invloed had kunnen uitoefenen en geen tijdig overleg had kunnen voeren op grond van artikel 24. Vervolgens legde de OR de kwestie aan de OK voor.

De OK stelt de OR in het gelijk en het besluit moet worden teruggedraaid. De OK is van oordeel dat het medezeggenschapstraject niet zorgvuldig is doorlopen.¹⁹ Ten onrechte is de OR niet op de hoogte gesteld van het delen van informatie met geïnteresseerde kopers, de veiling en het biedingsproces en voorafgaand aan de adviesaanvraag is geen tijdig overleg met de OR gevoerd. Ook zijn er geen afspraken gemaakt over het betrekken van de OR in de besluitvorming. *Uniface* wordt verweten ontoereikende informatie te hebben verschaft en te hebben nagelaten essentiële documenten te verstrekken. Dit kan niet worden gerepareerd door het later alsnog te doen. Dit wordt meegenomen in de beslissing dat de adviesaanvraag gebrekkig is, aldus de OK.

De OK gebruikt in overweging 3.8 de woorden '*mede gelet op*' waarin de schending van artikel 24 aan de orde komt. Hiermee bevestigt de OK dat een schending van artikel 24 het besluit niet automatisch kennelijk onredelijk maakt, maar dat dit wel in de beoordeling wordt betrokken.

Ook wordt hier het tweede lid van artikel 24 betrokken dat afspraken moeten worden gemaakt over hoe, wanneer en op welke wijze de OR in de besluitvorming moet worden betrokken. Ook hier heeft *Uniface* niet aan voldaan.

Tot slot komt eveneens aan de orde dat de ondernemer geen advies heeft gevraagd over het inschakelen van externe adviseur ex artikel 25 lid 1 onder n²⁰. Hiermee heeft de ondernemer al een belangrijke stap gemist.

3.2.2 Nalco²¹

In de *Nalco*-zaak had de ondernemer aan de OR advies gevraagd over de sluiting van een afdeling. Ook hier adviseerde de OR negatief. Het voornaamste bezwaar was dat de onderneming te laat advies zou hebben gevraagd. Naar het oordeel van de OR kon het advies niet meer van wezenlijke invloed zijn omdat het besluit in voorbereiding niet aan hem was medegedeeld tijdens de overlegvergadering. De OR stelde zich op het standpunt dat artikel 24 was geschonden.

De OK stelt voorop dat de wijze waarop *Nalco* heeft gehandeld in de voorfase een rol speelt bij de vraag of zij in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Op *Nalco* rust de verplichting de medezeggenschap zorgvuldig vorm te geven opdat deze daadwerkelijk van invloed kan zijn op het te nemen besluit. Zodra de sluiting een aannemelijk scenario werd, had de bestuurder met de OR in overleg dienen te treden over het adviestraject. Het moment waarop de sluiting zich als een reële optie aftekende, was het moment geweest voor overleg op grond van artikel 24, althans voor een informeel overleg over de richting van het adviestraject. De OK oordeelt dat het besluit kennelijk onredelijk is.

¹⁵ J. Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2010, p. 183.

¹⁶ L.C.J. Sprengers, 'Wijziging artikel 24 WOR: wordt de ondernemingsraad nu werkelijk een denktank van de ondernemer?', *SR* 1998, p. 367 e.v.

¹⁷ J. van der Hulst, 'Voorbereidingsbesluiten en afspraken met de ondernemingsraad', *Ondernemingsraad* 1.4.4.6.2.

¹⁸ Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123.

¹⁹ J.W. Boelhouwer & mr. E.T. Visser, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming (Annotatie)*, nr. 4 2017.

²⁰ Zie rechtsoverweging 3.5.

²¹ Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232.

De annotator bij “*Nalco*”²² bespreekt de niet correcte naleving van artikel 24. Op de vraag hoe dit kan worden geheel verwijst hij naar een tweetal *Philips Lighting* beschikkingen, *JAR* 2006/303 en *JAR* 2007/67. De OK oordeelt hier dat doorslaggevend is in dit verband of de OR wezenlijke invloed op de uiteindelijke besluitvorming heeft kunnen uitoefenen. De beoordeling van de onredelijkheid van een besluit van de ondernemer wordt dus primair in het kader van artikel 25 geplaatst. Een schending van artikel 24 kan hoogstens ter ondersteuning van de onredelijkheid dienen, maar geen zelfstandige grondslag daartoe vormen. De annotator lijkt dit juist, gelet op de aard van de beroepsprocedure. De *Nalco*-zaak heeft zijns inziens dan ook geen wezenlijke verandering gebracht in dit uitgangspunt.

3.2.3 *Philips Lighting I*²³ en *II*²⁴

In een tweetal *Philips Lighting* beschikkingen werd in het verleden al eens artikel 24 betrokken in een artikel 26 procedure. De OK behandelde hierin de gevolgen van een schending van artikel 24. Deze beschikkingen vormen het startpunt van de (weinig) jurisprudentie over de informatieplicht uit artikel 24.

In beide uitspraken stelt de OR geen wezenlijke invloed te hebben gehad ten aanzien van het voorgenomen besluit en dat artikel 24 zou zijn geschonden. De OK oordeelt in beide uitspraken dat het niet betrekken van de OR in de besluitvorming als voorgeschreven in artikel 24 het niet reparabele gevolg met zich meebrengt dat reeds op die grond moet worden geoordeeld dat het advies ontijdig is gevraagd. Dit is slechts het geval indien het advies niet is gevraagd of op een zodanig tijdstip dat het niet meer wezenlijke invloed kan zijn op het besluit.

4. **Opinie**

Artikel 24 is destijds aangepast omdat in de praktijk bleek dat de OR vaak te laat bij de besluitvorming werd betrokken. Dit zou komen door de innerlijke tegenstrijdigheid van artikel 25. Als gevolg hiervan werd aan artikel 24 toegevoegd dat de ondernemer mededelingen dient te doen in het kader van besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot de aangelegenheden in artikel 25 en 27 en afspraken maakt over wanneer en op welke wijze de OR wordt betrokken. De wetgever heeft er expliciet voor gekozen om artikel 24 aan te passen en niet om de informatieverstrekking in artikel 25 zelf neer te zetten.

In de besproken literatuur nemen de auteurs het standpunt in dat een schending van artikel 24 er niet automatisch toe

kan leiden dat een besluit automatisch kennelijk onredelijk is in de zin van artikel 26.

In *Uniface* en *Nalco* lijkt de OK echter een stap verder te gaan dan deze opvatting in de literatuur en ook een stap verder dan hoe de OK tot dan toe heeft geoordeeld (*Philips Lighting I en II*). Uit deze beschikkingen van de OK lijkt te volgen dat de OK artikel 24 meeneemt in de beantwoording van de vraag of het besluit kennelijk onredelijk is. Het lijkt alsof de OK de redelijkheidstoets van artikel 25 (mede) inkleurt met de vraag of artikel 24 correct is nageleefd. Het gehele medezeggenschapstraject van artikel 24 wordt als het ware betrokken bij de toetsing van de vraag of de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Dit lijkt ons juridisch niet zuiver. Het betreft twee verschillende grootheden/bepalingen met een eigen normenkader en eigen handhavingsmechanisme.

5. **Praktijk en toekomst**

Wij vermoeden dat de OK de vereisten van artikel 24 een grotere rol heeft willen geven in de artikel 25/26 toets omdat de handhaving van artikel 24 zelf in de praktijk lastig (b)lijkt.

Artikel 24 gaat immers een rol spelen op het moment dat er sprake is op van een besluit in voorbereiding. Indien de ondernemer nalaat om de OR op dat moment te betrekken in het besluitvormingsproces, kan de OR om naleving verzoeken op grond van artikel 36. De OR komt daar vaak echter pas achter op het moment dat al sprake is van een voorgenomen besluit in de zin van artikel 25. Op dat moment heeft het in de praktijk doorgaans geen zin meer om een artikel 36 procedure te starten om naleving van artikel 24 te verzoeken, hiervoor is het immers al te laat. Sterker nog, de schending van artikel 24 valt eenvoudigweg niet meer te repareren. Dit maakt handhaven van artikel 24 via artikel 36 vrijwel onmogelijk.

Dit heeft als gevolg dat artikel 24 wat dat betreft veelal inhoudsloos is, omdat de handhaving in de praktijk niet werkt. Niet voor niets is in de rechtspraak (voor zover ons bekend) geen enkele uitspraak te vinden waarin om naleving van artikel 24 via artikel 36 is verzocht. Het is hierdoor op zich begrijpelijk dat de OK artikel 24 inhoud wil geven door het te betrekken in de artikel 25/26 procedure. Echter, juridisch lijkt ons dit niet juist.

De oplossing ligt wat ons betreft in een aanpassing van de WOR. Wij stellen voor om de informatieverstrekkingverplichting uit artikel 24 aan artikel 25 en 27 zelf toe te voegen. Hierdoor kunnen de verplichtingen die nu in artikel 24 zijn opgenomen uitdrukkelijk worden getoetst in de artikel 26 procedure.

Vraag is nog wel wat de gevolgen dienen te zijn van de schending van deze verplichtingen. Wat ons betreft zouden de gevolgen met name moeten zien op de “redelijke ter-

22 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5232, *JAR* 2017/29, m.nt. C.F.J. van Tuyll van Serooskerken.

23 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1985, *JAR* 2006/303.

24 Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA0764, *JAR* 2007/67.

mijn” die de OR krijgt om zijn artikel 25 advies te geven. Hoe later de OR wordt betrokken, hoe meer tijd hij mogelijk moet krijgen voor het opvragen van informatie en het geven van advies. Zodat de ondernemer voor een efficiënt proces er juist voor kan kiezen om de OR tijdig te betrekken, ook als de voorgenomen besluiten nog in voorbereiding zijn. Deze aanpassing zou volgens ons zorgen voor verduidelijking over hoe het medezeggenschapstraject moet worden vormgegeven en hoe de OK het adviestraject kan toetsen.